

17. Kann die durch § 2242 Abs. 2 B.G.B. vorgeschriebene Feststellung der Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, durch die Feststellung der Schreibensunfähigkeit ersetzt werden? In welcher Weise ist die Abgabe der Erklärung des Erblassers im Protokoll zum Ausdruck zu bringen?

IV. Zivilsenat. Urtr. v. 27. Mai 1908 i. S. E. u. Gen. (Rl.) w. N. (Wkl.). Rep. IV. 457/07.

I. Landgericht Gotha.

II. Oberlandesgericht Jena.

Die am 29. Juli 1903 verstorbene Witwe S. hat am 5. Juni 1902 vor dem Amtsgericht Ohrdruf, unter Widerruf ihres früheren Testaments vom 1. Juni 1896, ein neues Testament durch mündliche Erklärung ihres letzten Willens zu gerichtlichem Protokoll errichtet. In dem Testament setzte sie den Beklagten zum Alleinerben ein und ordnete verschiedene Vermächtnisse an. Am Schlusse des Protokolls heißt es:

„Hiermit schloß die Witwe Wilhelmine Schmidt ihre letztwillige Verfügung und genehmigte sie ausdrücklich nach nochmaliger langsame Verlautbarung. Testatrix war außerstande, dieses Testament zu unterschreiben, da sie infolge Schlaganfälle gelähmt war.

Zur Beglaubigung.“

Es folgen dann die Unterschriften des Richters und des Gerichtsschreibers.

Die Kläger, welche zu den im Testament vom 1. Juni 1896 eingesezten Miterben gehören, erachten das Testament vom 5. Juni 1902 für formungültig, weil nicht nach Vorschrift des § 2242 Abs. 2 B.G.B. als Ersatz der Unterschrift der Erblasserin deren Erklärung, daß sie nicht schreiben könne, im Protokoll festgestellt sei. Sie nahmen deshalb das in dem ersten Testament ihnen gewährte Miterbrecht in Anspruch. In erster Instanz wurde der Beklagte nach den Klageanträgen verurteilt. Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Auf die Revision wurde das Urteil aufgehoben, aus folgenden

Gründen:

... „In der Sache selbst hängt die Entscheidung davon ab, welche Bedeutung der Vorschrift des § 2242 Abs. 2 B.G.B. beizumessen ist. Es ist hier für die Errichtung des Testaments zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll bestimmt:

Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt.

Das Berufungsgericht hält diese Bestimmung nicht für berart zwingend, daß gerade die Erklärung des Erblassers festgestellt werden müsse. Die Feststellung des tatsächlichen Zustands der Schreibensunfähigkeit sei ein gleichwertiger Ersatz, und sei sogar mehr als die Feststellung der Erklärung der Schreibensunfähigkeit. Dem Formersfordernis des § 2242 Abs. 2 sei daher durch die im Testament getroffene Feststellung genügt, daß die Erblasserin infolge Lähmung durch Schlaganfälle außerstande sei, das Testament zu unterschreiben.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.

Der § 2242 B.G.B. enthält in Abs. 1 die zwingende Formvorschrift, daß das Protokoll von dem Erblasser nach Vorlesung und Genehmigung eigenhändig unterzeichnet werden muß, und läßt in Abs. 2 von diesem Erfordernis der Unterschrift nur die eine Ausnahme zu, daß, wenn der Erblasser erklärt, nicht schreiben zu können, diese Erklärung im Protokoll festgestellt wird. Schon hieraus geht hervor, daß es sich bei dieser Feststellung der Erklärung des Erblassers, in gleicher Weise wie bei der Vorschrift des Abs. 1, um eine wesentliche Formvorschrift handelt, wie dies der erkennende Senat bereits in dem Urteile vom 7. Januar 1904 (Entsch. in Zivilf. Bd. 56 S. 367) ausgesprochen hat, und daß deshalb die Feststellung der Erklärung des Erblassers nicht durch die Feststellung einer anderen Tatsache ersetzt werden kann. Es ergibt auch der ganze Zusammenhang der die Errichtung des Testaments betreffenden gesetzlichen Vorschriften, daß es gerade auf die Erklärung des Erblassers für die Formgültigkeit des Testaments ankommt. Es wird nicht bloß in § 2242 Abs. 2 als Rechtfertigung der fehlenden Unterschrift des Erblassers dessen Erklärung gefordert, daß er nicht schreiben könne. Auch nach § 2244 ist zur Rechtfertigung der bei Buziehung eines Dolmetschers gebotenen besonderen Testamentsform die Er-

klärung des Erblassers nötig, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei. Nur in dem Falle des § 2243, wenn der Erblasser stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist und somit das Testament nicht in der regelmäßigen Form der mündlichen Erklärung errichten kann, begnügt sich das Gesetz mit der Feststellung, daß nach der Überzeugung des beurkundenden Beamten der Erblasser am Sprechen verhindert ist. Die gleichen Vorschriften hinsichtlich der Notwendigkeit der Erklärung sind für die Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden in den, den §§ 2242 Abs. 2 und 2243 entsprechenden, §§ 177 Abs. 2 und 178 des Reichsgesetzes vom 20. Mai 1898 über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben. Wenn der § 179 des letzteren Gesetzes von § 2244 B.G.B. insofern abweicht, als das Protokoll die Feststellung enthalten muß, daß tatsächlich der Aussteller der Urkunde der deutschen Sprache nicht mächtig ist, so können aus dieser andersartigen Regelung, welche aus nationalen Rücksichten eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Dolmetschers verhüten soll (Hahn-Rugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 7 S. 102, 162, 202 flg.), irgend welche Schlüsse für die Bedeutung der die Testamentsform regelnden Vorschriften nicht gezogen werden. Ist hiernach davon auszugehen, daß nach dem § 2242 Abs. 2 nicht das subjektive Ermessen der Urkundsbeamten darüber, ob Schreibensunfähigkeit vorliegt, sondern die objektive Tatsache, daß der Erblasser erklärt hat, nicht schreiben zu können, maßgebend sein soll, so kann eine protokollarische Feststellung, daß in Wirklichkeit der Erblasser nicht habe schreiben können, nicht genügen. Der Gesichtspunkt, daß dadurch in sichererer Weise als durch die bloße Erklärung des Erblassers die Schreibensunfähigkeit festgestellt werde, greift nicht durch. Das Gesetz will dadurch, daß es die Feststellung der Erklärung des Erblassers vorschreibt, eine klare Grundlage für die Beurteilung der Gültigkeit des Testaments bieten. Eine jede Erörterung und Beweisaufnahme darüber, ob wirklich der Erblasser am Schreiben verhindert war, soll abgeschnitten sein (Motive Bd. 5 S. 273). Der beurkundende Beamte darf sich der Verpflichtung zur Aufnahme des Testaments nicht etwa deshalb entziehen, weil er die Richtigkeit jener Erklärung bezweifelt. Ebensowenig ist zur Entkräftung des Testaments eine Beweisaufnahme darüber gestattet, daß der Erblasser nicht am Schreiben verhindert war. Diese Grundsätze

würden, wenn man an Stelle der Feststellung der Erklärung der Schreibensunfähigkeit die Feststellung der letzteren selbst zulassen wollte, eine völlig willkürliche Änderung erfahren. Es würde die Gültigkeit des Testaments von dem Ausfall einer Beweisaufnahme darüber abhängig gemacht werden können, ob der Erblasser am Schreiben in einem Maße behindert war, daß seine Schreibensunfähigkeit mit Recht angenommen wurde, was im einzelnen Falle recht zweifelhaft sein kann. Will man aber eine Beweisaufnahme hierüber nicht zulassen, so enthält die Feststellung der Schreibensunfähigkeit durch den Urkundsbeamten nichts weiter als die Beurkundung seiner subjektiven Überzeugung, durch welche das Formerfordernis des § 2242 Abs. 2 B.G.B. nicht erfüllt werden kann.

Wenn das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts hervorhebt, es sei bei Auslegung der Formvorschriften für Testamente möglichst darauf Bedacht zu nehmen, die Formungültigkeit abzuwenden, so kann diese Erwägung nicht dazu benutzt werden, um eine mit klaren Worten vom Gesetz aufgestellte, sachlich durchaus gerechtfertigte Formvorschrift zu beseitigen. In dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Beschlusse des Reichsgerichts vom 15. Februar 1906 (Entsch. in Zivilf. Bd. 62 S. 7) ist nur das ausgesprochen, daß im Zweifel (bei „ungenauer Gesetzesfassung“) die Auslegung gegen die Häufung sachlich wertloser Formanforderungen sich zu entscheiden habe. In diesem Beschlusse sowie in dem späteren Urteil vom 8. März 1906 (Entsch. in Zivilf. Bd. 63 S. 31 flg.) hat der erkennende Senat unter Hervorhebung des grundsätzlichen Unterschieds zwischen dem verfügenden Teile des Protokolls und den amtlichen Feststellungen (vgl. auch Entsch. in Zivilf. Bd. 50 S. 217) angenommen, daß der in § 2242 Abs. 1 Satz 1 vorgeschriebene amtliche Feststellungsvermerk über Vorlesung, Genehmigung und unterschriftliche Vollziehung nicht einen Teil des vom Erblasser auf Vorlesung zu genehmigenden und zu unterschreibenden Protokolls bildet und deshalb den Unterschriften der Beteiligten nachfolgen kann. Diese Entscheidung ist aus dem Inhalt und dem Zweck des Gesetzes hergeleitet, während vorliegendenfalls der vom Berufungsgericht vertretene Auslegung gleichertweise der Wortlaut und der Zweck der Vorschrift des § 2242 Abs. 2 entgegensteht.

Die von dem Urkundsbeamten im Protokolle zu treffende Fest-

stellung, daß der Erblasser erklärt habe, nicht schreiben zu können, braucht allerdings nicht mit bestimmten, rechtsförmlichen Worten zu erfolgen. Es genügt, wie das Reichsgericht bereits öfter entschieden hat, daß diese Feststellung in irgend einer Weise aus dem Protokolle ersichtlich ist. Es genügt insbesondere, daß nach der Feststellung im Protokoll der die objektive Feststellung der Schreibensunfähigkeit enthaltende amtliche Vermerk von dem Erblasser genehmigt ist, da hieraus hervorgeht, daß diese Feststellung der Schreibensunfähigkeit seiner Erklärung entspricht (Jurist. Wochenschr. 1903 Weil. S. 30 Nr. 60; Entsch. in Zivilf. Bd. 56 S. 367; Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg vom 18. November 1904 in der Zusammenstellung des Reichsjustizamts Bd. 5 S. 49). Und eine solche Genehmigung kann auch darin gefunden werden, daß der Erblasser das Protokoll mit einem Handzeichen versehen hat (Beschluß des Reichsgerichts vom 21. März 1907 in den Entsch. in Zivilf. Bd. 65 S. 375 und der erwähnte Beschluß des Oberlandesgerichts Hamburg). Eine Feststellung der Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, kann ferner in der Beurkundung gefunden werden, daß der Erblasser nicht unterschrieben hat, weil er des Schreibens unkundig sei (Beschluß des Oberlandesgerichts Dresden vom 7. September 1905 im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 6 S. 418, 419 und der angezogene Beschluß des Reichsgerichts vom 21. März 1907). Es ist aber nicht möglich, wenn der Schlußvermerk des Protokolls, wie dies hier der Fall ist, nur dahin lautet:

„Testatrix war außerstande, das Testament zu unterschreiben, da sie infolge Schlaganfälle gelähmt war“,
und unmittelbar hierunter zur Beglaubigung die Unterschriften des Richters und des Gerichtsschreibers beigelegt sind, diesen Vermerk so auszulegen, daß damit die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, beurkundet sei.

In dem Berufungsurteil ist allerdings gesagt, es sei im vorliegenden Falle festzustellen, daß die bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Beamten mit der Bemerkung, daß die Erblasserin nicht schreiben könne, nichts anderes zum Ausdruck hätten bringen wollen und zum Ausdruck gebracht hätten, als daß die Erblasserin den Gerichtspersonen kundgegeben habe, nicht schreiben zu können. Zur Begründung dieser Annahme führt das Oberlandesgericht aus, es sei

unwahrscheinlich und „völlig ausgeschlossen“, daß bei Aufnahme des streitigen Testaments, die eine eingehende Unterredung des Richters mit der Erblasserin erfordert habe, zwar alles andere besprochen, die Frage der Schreibensfähigkeit aber nicht erörtert sei, obgleich die Erklärung der Erblasserin das wichtigste, wenn nicht ausschließliche Mittel sei, sich hierüber zu unterrichten. Schon diese Erwägung unterliegt, wie die Revision mit Recht rügt, erheblichen Bedenken. War die Erblasserin durch Schlaganfälle gelähmt, so konnte dieser Zustand so augenfällig in Erscheinung treten, daß der das Testament aufnehmende Richter auch ohne Rückfrage bei der Erblasserin sich für berechtigt halten konnte, die Schreibensunfähigkeit infolge Lähmung anzunehmen. Der beurkundende Richter kann ferner die Lähmung von dritten Personen erfahren haben. Möglich ist auch, daß ihm die Schreibensunfähigkeit schon aus früherer Zeit bekannt oder glaubhaft war. Die Feststellung des Oberlandesgerichts, daß die Beurkundung der Schreibensunfähigkeit notwendig auf einer von der Erblasserin abgegebenen Erklärung beruhe, erscheint hiernach nicht hinreichend begründet und nicht haltbar. Sie kann den Revisionsrichter um so weniger binden, als ihr nicht aus den konkreten Umständen des Falles hergeleitete Erwägungen zugrunde liegen, sondern im wesentlichen abstrakte, im großen und ganzen für eine jede Testamentsaufnahme passende Ausführungen, welche die Nachprüfung des Revisionsrichters nicht ausschließen.

Keinesfalls können aber die Ausführungen des Berufungsrichters die Tatsache beseitigen, daß eine Erklärung der Erblasserin, nicht schreiben zu können, in dem aufgenommenen Protokolle keinen Ausdruck gefunden hat, worüber das Revisionsgericht, da es sich nicht bloß um eine Tatfrage, sondern zugleich um eine Rechtsfrage handelt, selbständig zu entscheiden hat. Hinsichtlich des Erfordernisses, daß die Vorlesung, Genehmigung und unterschriftliche Vollziehung des Protokolls festgestellt werden muß, hat das Reichsgericht bereits in dem Urteile vom 18. Februar 1904 (Jurist. Wochenschr. 1904 S. 208 Nr. 21) entschieden, daß es nicht genügend sei, wenn die tatsächliche Einhaltung der Vorschrift außerhalb des Aktes der Testamentserrichtung anderweit ermittelt werde, und daß der Nachweis im Prozesse selbst dann nicht als ausreichend angesehen werden könne, wenn sich die Überzeugung des Prozeßrichters auf Schlußfolgerungen aus dem

Inhalt der Testamentsurkunde selbst zu stützen vermöge. Das Gleiche muß auch für den gegenwärtigen Fall gelten. Möchte selbst, was hier nicht entschieden zu werden braucht, mit dem Oberlandesgericht Dresden (Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 6 S. 418) eine Beweisaufnahme für zulässig zu erachten sein, um für die Auslegung des Testaments, was die in § 2242 Abs. 2 vorgeschriebene Feststellung betrifft, die notwendigen Unterlagen zu gewinnen, so kann doch die Beweisaufnahme niemals dazu dienen, in die Testamentsurkunde etwas hineinzutragen, was nicht darin gesagt ist. Der Schlußvermerk in dem hier fraglichen Testamentsprotokoll ist aber ein vollständig klarer. Er besagt nur, daß die Erblasserin schreibensunfähig ist.

Das Testament entbehrt somit einer wesentlichen gesetzlichen Förmlichkeit.“ . . .