

91. Testament. Feststellung der Schreibunsfähigkeit des Erblassers im Protokoll. Inhalt des Begriffs „Protokoll“. Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen und vom Erblasser genehmigt ist.

BGB. § 2242.

III. Zivilsenat. Urtr. v. 21. Dezember 1909 i. S. D. (Bekl.) w. Ehefrau G. (kl.). Rep. III. 88/09.

I. Landgericht Danzig.

II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Gründe:

„Vor dem Beklagten als Notar hat der am 6. Juli 1904 zu Danzig verstorbene Rentner M. H. am 2. Juli 1904 den Testamentsnachtrag, Bl. 41 der Testamentsakten, mündlich errichtet. In diesem Nachtrage ist die Klägerin statt ihres Ehemannes als Miterbin berufen. Das Protokoll über die Errichtung schließt mit den Worten:

„Hierauf ist das Protokoll vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt, aber wegen großer Schwäche nicht unterschrieben“,

worauf die Unterschriften der Zeugen und des Beklagten folgen. Das Nachlassgericht hat den Nachtrag für nichtig erachtet, da es „in dem Testamente an der protokollarischen Feststellung fehlt, daß der Erblasser die Erklärung abgegeben habe, er könne nicht schreiben, § 2242 Abs. 2 BGB.“

Wegen dieser Nichtigkeit als einer von ihm verschuldeten nimmt die Klägerin den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Dieser Anspruch ist von den Vorinstanzen für dem Grunde nach gerechtfertigt erklärt. Der Berufungsrichter hält dafür, daß an der Nichtigkeit des Testaments vom 2. Juli 1904 ein Zweifel nicht obwalten

könne. Die Feststellung einer Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, fehle. Das Protokoll erbringe aber auch keinen Anhalt dafür, daß „der Testator die vom Notar getroffene Feststellung der Schreibensunfähigkeit nachträglich genehmigt habe“; denn nur der dispositive Teil des Protokolls bedürfe der Verlesung und Genehmigung. Die sich an den dispositiven Teil anschließende Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen und genehmigt sei, rechtfertige noch keineswegs den Schluß, daß sich die Verlesung und Genehmigung auch auf den Schlußvermerk erstreckt habe. Die Klägerin stütze sich in beiden Instanzen lediglich darauf, daß das Protokoll die Feststellung einer vorgängigen Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, nicht enthalte. Dem tritt der Berufungsrichter bei. Insoweit können seine Gründe dahinstehen. Denn in betreff der jener vorgängigen Erklärung gleichstehenden nachträglichen Genehmigung irrt der Berufungsrichter, und die zutreffende Rechtsauffassung führt jedenfalls zur Verneinung eines Verschuldens des Beklagten, also zur Klageabweisung, so daß es eines Ausspruches über die Gültigkeit des Testaments nicht weiter bedarf.

Zunächst stellt der Berufungsrichter selbst tatsächlich fest, daß die Schlußworte bedeuten, „der schwache Erblasser habe das ihm vorgelesene Protokoll zwar noch genehmigen, nicht mehr aber unterschreiben können“. Diese objektive, gleichviel auf welcher Quelle beruhende Feststellung der Schreibensfähigkeit genügt, wenn auch sie dem Erblasser vorgelesen und von ihm genehmigt ist. Die entscheidende Frage ist also die, ob die Verlesung und Genehmigung auch dieser objektiven Feststellung im Protokoll beurkundet ist, und die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum ab von dem Inhalte, der dem Begriffe „Protokoll“ gegeben wird. Der Beklagte verteidigte sich in beiden Instanzen dahin, er habe unter „Protokoll“ das völlig fertige Protokoll verstanden und in diesem Sinne sowohl tatsächlich das ganze Protokoll vorgelesen und genehmigt erhalten, als auch seine Beurkundung der geschehenen Verlesung und Genehmigung auf jeden Teil des Protokolls, also auch auf den Schlußsatz, bezogen und bezogen wissen wollen. Genau dies war der mit Entschiedenheit ausgesprochene Standpunkt der Entscheidung des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 11. Juli 1905 in der Jur. Wochenschr. 1905 S. 541 Nr. 33: es gebe nach dem Gesetz über

die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nach § 2242 BGB. nur ein einheitliches, in seiner Ganzheit den Erfordernissen der Verlesung und der Genehmigung und Unterzeichnung durch die Beteiligten unterliegendes Protokoll. Von diesem Standpunkte aus war eine Scheidung zwischen dem den Beteiligten vorzulesenden, von ihnen zu genehmigenden und zu unterschreibenden dispositiven Teile einerseits und dem von diesen Anforderungen befreiten Feststellungsvermerke der mitwirkenden Personen anderseits unmöglich; von ihm aus ergab sich, daß das ganze, fertige Protokoll, einschließlich des Feststellungsvermerks, vorgelesen und genehmigt werden mußte, und ergab sich, daß, auch wenn die Worte „vorgelesen und genehmigt“ dem amtlichen Feststellungsvermerke vorausgingen, doch notwendig die Verlesung und Genehmigung auch des Feststellungsvermerks im Protokolle beurkundet war, weil das Protokoll eben beurkundete, daß das Protokoll, d. h. notwendig das ganze Protokoll, vorgelesen und genehmigt war. Von diesem Standpunkte aus war es Sache dessen, der behauptete, die Verlesung und Genehmigung eines Teils des Protokolls, insbesondere des Feststellungsvermerks, sei tatsächlich nicht erfolgt, den Gegenbeweis nach § 418 Abs. 2 ZPO. zu erbringen. Einen solchen Gegenbeweis hat die Klägerin nicht angetreten; sie hat ihrerseits gar nicht behauptet, der Beklagte habe den Feststellungsvermerk und darin die Worte „aber wegen großer Schwäche nicht unterschrieben“ nicht vorgelesen und nicht genehmigt erhalten, und sie hat sogar die Behauptung des Beklagten, daß dies geschehen sei, nie bestritten, wie sie auch die weitere, für den hier entscheidenden Gesichtspunkt der nachträglichen Genehmigung unerhebliche Darstellung des Beklagten nicht bestritten hat, er habe den Erblasser ausdrücklich gefragt, ob er unterschreiben könne, der Erblasser habe die Frage aber verneint, und darauf gründeten sich die Schlussworte des Protokolls: „aber wegen großer Schwäche nicht unterschrieben“.

Daß der Beklagte die Rechtsauffassung des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 11. Juli 1905, welche die herrschende war,

vgl. Weißler, Komment. zum FrG. Berl. 1900 S. 218/219. am 2. Juli 1904 teilte, kann ihm in keiner Weise zum Verschulden angerechnet werden. Erst die gegenwärtige, vom Februar 1906 an vertretene Rechtsansicht des IV. Zivilsenats des Reichsgerichts,

vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 62 S. 1, Bd. 63 S. 31, Bd. 69 S. 79,

„Protokoll“ sei nicht die fertige, sondern die in der fortschreitenden Vollendung begriffene Urkunde, die Bedeutung des Wortes „Protokoll“ sei also eine wechselnde, gab die Möglichkeit zu den Unterscheidungen, aus denen der Berufungsrichter die Nichtbeurkundung der Verlesung und Genehmigung auch des Schlußvermerks durch das vorliegende Protokoll und demnach ein Verschulden des Beklagten folgert. Völlig richtig durfte der Beklagte damals annehmen, er beurkunde in der geschehenen Weise, wenn schon nicht Verlesung und Genehmigung der Feststellung einer vorgängigen Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, so doch Verlesung und Genehmigung der objektiven Feststellung, daß der Erblasser nicht schreiben könne.“