

35. 1. Klage des Testamentvollstreckers auf Auflassung eines ihm vermachten Grundstücks gegen den Erben.

2. Kann die in einem Testament enthaltene Anordnung über Ausgleichung einer Schenkung als ein den Gegenstand der Schenkung betreffendes Vermächtnis ausgelegt werden, wenn die Schenkung unter Lebenden unwirksam war?

3. Verbindung der beiden in § 2238 BGB. geregelten Formen der Testamenterrichtung unter Verwendung einer zum Protokoll überreichten Anlage.

BGB. §§ 2211 Abs. 1, 181; §§ 133, 157, 1939, 2150; § 2238.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 10. April 1913 i. S. Sch. u. Gen. (Bekl.)
w. Sch. (Rf.). Rep. IV. 647/12.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Rentner R. Fr. Sch. in Berlin gab am 26. Januar 1901 zu notariellem Protokoll die Erklärung ab, daß er seinem Sohne, dem Schlächtermeister Alwil Sch. sein in Fr. gelegenes Grundstück schenke. Alwil Sch. hat eine notarielle oder gerichtliche Erklärung, daß er die Schenkung annehme, nicht abgegeben. Eine Auflassung des Grundstücks hat bisher nicht stattgefunden. Am 10. November 1906 errichtete sodann R. Fr. Sch. ein gerichtliches Testament. Er erklärte zu Protokoll des Richters und des Gerichtsschreibers, daß er seine vier Kinder und die minderjährige Tochter eines verstorbenen Sohnes zu seinen Erben ernenne, und fuhr fort: „Alles dasjenige, was meine vorbenannten Kinder und meine Enkel von mir zu meinen Lebzeiten aus irgend einem Grunde erhalten haben, ist von ihnen nicht zur Ausgleichung zu bringen und ihnen auf ihre Erbteile nicht anzurechnen. Dasjenige, was ich meinen Kindern und Enkeln bereits zugewendet habe, ergibt die notarielle Erklärung vom 1. Februar 1900, welche ich als Anlage zu diesem Protokoll überreiche.“ . . . Sodann setzte der Erblasser eine Reihe von Vermächtnissen aus und bestimmte weiter, daß alles Vermögen, welches Herta Sch. aus seinem Nachlaß erhalte, bis zu ihrer Großjährigkeit durch den Testamentsvollstrecker verwaltet werden sollte. Zum Testamentsvollstrecker bestimmte er den Alwil Sch.

Das Protokoll über die Errichtung des Testaments schloß mit dem Vermerk ab: „Dies Protokoll und die Anlage zu demselben wurde Herrn Sch. vorgelesen, das Protokoll von ihm genehmigt und wie folgt unterschrieben.“ Darunter befinden sich die Unterschriften des Erblassers, des Richters und des Gerichtsschreibers. Die Protokollanlage ist als solche durch eine vom Richter und vom Gerichtsschreiber unterschriebene Aufschrift bezeichnet. Sie enthält eine zwar nicht notarielle, aber doch notariell beglaubigte Erklärung des Erblassers, worin er sein Vermögen angibt und weiter bemerkt, was jedes der Kinder bereits erhalten habe. Von Alwil Sch. heißt es darin u. a., daß er das Grundstück in Fr. erhalten habe.

R. Fr. Sch. ist am 20. Juli 1911 verstorben. Alwil Sch. hat gegen zwei von den Erben, die ihm seine Ansprüche auf das Grundstück in Fr. bestritten, darunter gegen die durch ihren Vormund vertretene Herta Sch. mit dem Antrage geklagt, sie zur Auflassung des Grundstücks zu verurteilen. Die Beklagten haben die Abweisung der Klage

beantragt und behauptet: der Erblasser habe die Schenkung des Grundstücks an den Kläger nicht ernstlich gemeint gehabt, ihm auch das Grundstück nicht, wie er seinerseits behauptet, in Besitz gegeben. Das Testament aber enthalte eine letztwillige Zuwendung überhaupt nicht, sondern der Vorempfang sei darin nur historisch erwähnt. Sodann sei die Beklagte Herta Sch. durch ihren Vormund im Prozesse nicht gehörig vertreten, weil der Kläger in Ansehung ihres Erbteils zum Testamentsvollstrecker eingesetzt sei und dieses Amt auch angenommen habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Kammergericht nach dem Klagantrage erkannt. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Daß die Beklagte Herta Sch. durch ihren Vormund im Prozesse gehörig vertreten ist (§ 56 P.D.), ergibt sich ohne weiteres aus § 1793 BGB. Es entsteht jedoch die Frage, ob aus der Bestellung des Klägers zum Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung ihres Erbteils übertragen ist, sachliche Bedenken dagegen herzuleiten sind, daß die Klage auf Auflassung eines zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücks gegen sie als die richtige Prozeßpartei erhoben ist, oder ob die von ihr verlangte Leistung eine Verfügung darstellt, die nach § 2211 Abs. 1 BGB. ihr gar nicht zusteht. Allein in dieser Bedeutung sind die Einwendungen der Beklagten gleichfalls unbegründet. Der zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Erben bestehende Streit, ob auf Grund der letztwilligen Verfügung des Erblassers ein zum Nachlasse gehöriger Gegenstand dem Testamentsvollstrecker für seine Person gebührt, kann zwischen beiden nicht nur im Wege der Feststellungsklage zum Austrage gebracht werden, sondern der Testamentsvollstrecker verfährt auch vollkommen sachgemäß und ohne daß ihm ein rechtliches Hindernis dabei entgegenstände, wenn er gegen den Erben die Leistungsklage erhebt. In Ansehung der geforderten Leistung begibt er sich damit der eigenen Verfügung über den Nachlassgegenstand und überläßt diesen zum Zweck der Erfüllung der streitigen Verbindlichkeit dem Erben. Seine Befugnis hierzu läßt sich nicht bezweifeln, zumal dann nicht, wenn zwischen ihm und dem Erben, wie im gegebenen Falle, ein Widerstreit der Interessen besteht. Es braucht daher nicht auf die Frage eingegangen zu werden,

ob an und für sich der Testamentvollstrecker in der Lage sein würde, das Grundstück sich auch selbst aufzulassen (§ 181 BGB.) und ob ihm dies nur um der Gegenseitigkeit der Interessen willen ausnahmsweise verwehrt wäre (vgl. Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 61 S. 139 flg., insbes. S. 143).

Was den Anspruch selbst anlangt, so ist es zu einer Vollziehung der Schenkung unter Lebenden nicht gekommen, das in der notariellen Erklärung vom 26. Januar 1901 enthaltene Schenkungsversprechen aber war, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, trotz Erfüllung der Formvorschrift des § 518 Abf. 1 BGB. unwirksam. Denn in Rücksicht auf seinen Gegenstand hätte eine Beurkundung der Annahme in der gleichen Form hinzukommen müssen (§§ 313, 128, 152); diese aber ist unterblieben. Die Entscheidung hing also davon ab, ob das Testament vom 10. November 1906 eine rechtswirksame Zuwendung des nämlichen Grundstücks enthält. Der Streit hierüber betrifft, wie in den Vorinstanzen so auch in der Revisionsinstanz, sowohl den Inhalt als auch die Form des Testaments.

Mit Bezug auf den Inhalt nimmt der Berufungsrichter an, der Erblasser habe bei Errichtung des Testaments in klarer und unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht, daß der Kläger die ihm schon früher gemachte Zuwendung „haben und behalten“ solle, und zwar zum Voraus vor dem, was ihm als Anteil an dem um die Vorausvergabungen verringerten Nachlasse zukomme. Es handele sich daher um ein Vorausvermächtnis. Die Revision wendet sich gegen diese Auslegung. Der Wille, dem Kläger das Grundstück von neuem zuzuwenden, sei in der letztwilligen Verfügung nicht zum Ausdruck gekommen. Der Erblasser habe darin nur eine Anweisung gegeben, gewisse Schenkungen unter Lebenden nicht zur Ausgleichung zu bringen. Die Anlage zum Testamentsprotokoll aber enthalte nur ein Verzeichnis der bereits zu Lebzeiten gemachten Schenkungen. Dies sei das gerade Gegenteil eines Vermächtnisses. Der Erblasser habe die Schenkung für gültig gehalten. Der Gedanke, das Grundstück nochmals zum Gegenstand eines Vermächtnisses zu machen, habe ihm deshalb völlig fern gelegen. Die Auslegung verstoße gegen §§ 133, 157 BGB.

Diesen Ausführungen konnte nicht beigetreten werden. Es mag sein und entspricht wohl auch der Auffassung des Berufungsrichters, daß der Erblasser den Schenkungsakt vom 26. Januar 1901 für

gütlich gehalten hat. Dies schloß jedoch begriffsmäßig nicht aus, daß er vorsorglich diese, wie alle anderen von ihm in gleicher Weise erwähnten Zuwendungen durch das Testament bestätigte. Eine solche Erklärung liegt in der Kundgebung, daß es bei den Zuwendungen verbleiben solle. An dem Ausdrucke dieses Willens, also der rechts-geschäftlichen Anordnung: jedes der Kinder solle — wie der Berufungs-richter die Erklärungen erläutert — das ihm Zugewendete haben und behalten, hat es bei der Verlautbarung vor dem Richter und dem Gerichtsschreiber keineswegs gefehlt. Die Beurkundungen ergaben auch auf der einen Seite eine zweifelsfreie Ausschließung des Grundstücks von dem, was sich von dem Vermögen des Erblassers auf seine sämtlichen Kinder und die Entelin Herta Sch. vererben, und auf der anderen Seite eine zweifelsfreie Willensäußerung im positiven Sinne, wonach diese Abseidung vom übrigen Nachlasse dem Kläger zugute kommen sollte. Eine rechtsgeschäftliche Anordnung solchen Inhalts fällt unter den Begriff des Vermächtnisses (§§ 1939, 2150 BGB.). Gegen § 133 hat der Berufungsrichter nicht verstoßen. Er ist vielmehr, ohne an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften zu bleiben, durch eine auf Erforschung des wirklichen Willens gerichtete Auslegung dieser Gesetzesvorschrift durchaus gerecht geworden. Da es sich nicht um einen Vertrag, sondern um eine einseitige letztwillige Verfügung handelt, so kommt der gleichfalls als verlegt bezeichnete § 157 BGB. für die Auslegung nicht unmittelbar in Betracht (vgl. Jur. Wochenschr. 1912 S. 344 Nr. 8). Indessen steht die Auslegung des Berufungsrichters auch im Einklange mit der Bedeutung, die nach den Gepflogenheiten des rechtlichen Verkehrs den abgegebenen Erklärungen im täglichen Leben zukommt, und entspricht daher sehr wohl den Anforderungen dieser Gesetzesvorschrift, soweit sie über ihr eigentliches Anwendungsgebiet hinaus dem Richter objektive Anhaltspunkte allgemeiner Art für die Auslegung an die Hand gibt.

Nun stützt sich aber die Auslegung des Berufungsrichters nicht allein auf die Erklärungen des Erblassers, die bei der Testamentserrichtung in dem gerichtlichen Protokolle selbst beurkundet sind, sondern zugleich auf den Inhalt der Protokollanlage. Dies gibt der Revision Veranlassung, mit der Rüge, daß § 2238 BGB. verletzt sei, die reichsgerichtliche Entscheidung darüber nachzusehen, ob in Ansehung der Protokollanlage die für letztwillige Verfügungen vor-

geschriebene Gesetzesform gewahrt sei. Hierbei konnte für den vorliegenden Fall davon abgesehen werden, auf die in der Literatur streitige Frage einzugehen, ob es eine den Anforderungen des § 2238 entsprechende mündliche Erklärung des letzten Willens darstellt, wenn der Erblasser zur Erläuterung oder Ergänzung seiner mündlichen Verordnungen auf ein Schriftstück Bezug nimmt. Denn der Berufungsrichter hat mit Recht angenommen, daß gegebenenfalls die in der Protokollanlage enthaltenen Erklärungen des Erblassers zu einem formgültigen Bestandteile des Testaments deshalb geworden sind, weil bei dem Errichtungsakte mit diesem Schriftstück in einer Weise verfahren ist, die allen Anforderungen der zweiten in § 2238 geregelten Errichtungsform entspricht.

Daß der Erblasser die Schrift von Hand zu Hand dem Richter übergeben hat, wird in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise einmal durch die in dem Protokolle selbst beurkundete Erklärung des Erblassers festgestellt, daß er die Erklärung „als Anlage zu diesem Protokoll“ überreiche, und ergibt sich ferner aus der tatsächlichen Beifügung und der hinzutretenden Beurkundung der Zusammengehörigkeit des Protokolls mit der Anlage, die, wie durch das Protokoll selbst, so auch durch die von dem Richter und dem Gerichtsschreiber auf die Anlage gesetzte, von beiden unterschriebene Aufschrift hergestellt wird. Die nach § 2238 für diese Testamentsform gleichfalls erforderliche Erklärung des Erblassers, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, ist, wenn auch nicht mit den Worten des Gesetzes, so doch der Sache nach dadurch abgegeben, daß der Erblasser im Zusammenhange mit seinen den letzten Willen unmittelbar kundgebenden mündlichen Erklärungen auf den Inhalt der Anlage Bezug genommen und mit unabweisbarer Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht hat, es solle das in der Anlage Niedergeschriebene zur Erläuterung und Ergänzung des mündlich Erklärten dienen. Auch dies ergibt sich aus dem Protokoll und damit erfüllt dieses die Anforderungen des § 2241 Nr. 3 BGB. sowohl in Ansehung der Feststellung der Übergabe der Schrift, als auch in Ansehung der Beurkundung ihrer in § 2238 vorgeschriebenen mündlichen Bestätigung durch den Erblasser.

Das Testament vom 20. November 1906 ist hiernach durch eine Verbindung beider im § 2238 BGB. geregelten Formen der Errichtung vor einem Richter oder Notar zustande gekommen. Gründe

der Zweckmäßigkeit werden in manchen Fällen für eine derartige Vereinigung beider Formen sprechen. Gegen ihre Zulässigkeit aber bestehen keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere kann der Revision nicht zugegeben werden, daß die Vereinigung der beiden Formen zu Unzuträglichkeiten und Zweifeln führt. Auch bei ihr bleibt die Zuverlässigkeit der Beurkundung des letzten Willens gewahrt, sofern nur mit der bei jeder Testamentserrichtung im höchsten Maße erforderlichen Genauigkeit und Sorgfalt verfahren wird.“ . . .