

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

49

Gesetz: BGB § 2242 Abs 3

Rechtssatz: Nimmt bei der Errichtung eines Testaments die Urkundsperson die Erklärung des Erblassers auf: "Ich kann nicht (oder "nicht mehr") schreiben", so wird die Unterschrift des Erblassers hierdurch nur dann ersetzt, wenn der sonstige Inhalt der Niederschrift selbst ergibt, dass die Urkundsperson damit auch ihre Überzeugung festgestellt hat, der Erblasser könne nicht schreiben. Umstände, die ausserhalb der Niederschrift liegen, sind insoweit unbeachtlich.

Aktenzeichen: IV ZB 5/55

Beschluss des BGH v. 15. März 1955

OLG Hamm

B e s c h l u s s

in dem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins nach dem am 23. Februar 1954 zu E [REDACTED] gestorbenen Landwirt Franz S [REDACTED] H [REDACTED].

Beteiligter:

Fritz S [REDACTED] H [REDACTED] in B [REDACTED], G [REDACTED] Str. [REDACTED],

Antragsteller und Beschwerdeführer,

- vertreten durch die Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]
in [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf den Vorlagebeschluss des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 22. Dezember 1954 in der Sitzung vom 15. März 1955 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johannsen, Dr. Kregel und Scheffler

beschlossen:

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluss der 7. Zivilkammer des Landgerichts in Essen vom 1. September 1954 wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

Der Landwirt Franz S [REDACTED] H [REDACTED] (Erblasser) errichtete am 16. Februar 1954 ein notarielles Testament. Die Niederschrift hat folgenden Wortlaut:

- 2 -

"Verhandelt

zu E [REDACTED] am 16. Februar 1954
im Hause E [REDACTED] S [REDACTED] Weg Nr. [REDACTED]

Vor mir, dem unterzeichneten Notar im Bezirke des
Oberlandesgerichts Hamm

Ewald L [REDACTED]
mit dem Amtssitz in E [REDACTED]
erschienen heute:

1. der Landwirt Franz S [REDACTED] H [REDACTED],
wohnhaft E [REDACTED], S [REDACTED] Weg [REDACTED],
 2. Dr. Wilhelm K [REDACTED], wohnhaft E [REDACTED],
H [REDACTED],
 3. Schwester Else K [REDACTED]-T [REDACTED], wohnhaft
E [REDACTED] P [REDACTED],
- die zu 2 u. 3 Erschienenen als Zeugen zugezogen.

Der Erschienene zu 1 erklärte, nachdem sich
der unterzeichnete Notar von der Testierfähigkeit
desselben in einer Unterhaltung überzeugt hatte,
seinen letzten Willen wie folgt:

Zu meinen Erben setze ich ein meine beiden
Brüder Fritz und Theodor S [REDACTED] H [REDACTED] und
zwar zu gleichen Teilen.

Meiner Haushälterin vermache ich ein lebens-
längliches, unentgeltliches Wohnrecht in meinem
Hause, S [REDACTED] Weg [REDACTED], mit der Maßgabe, dass
sie sich 2 Räume aussuchen kann. Meine Haushälterin
heißt Auguste B [REDACTED], wohnhaft zu E [REDACTED]

Ich kann nicht mehr schreiben.

Das Protokoll ist vorgelesen und von dem Erb-
lasser genehmigt.

gez. Dr. Wilhelm K [REDACTED]
" Else K [REDACTED]-T [REDACTED]
(LS) gez. Ewald L [REDACTED]
Notar".

Der Erblasser ist am 23. Februar 1954 gestorben. Das
Testament wurde am 2. März 1954 eröffnet. Gesetzliche Erben
sind angeblich seine beiden Brüder und zwei Söhne seiner

- 3 -



vorverstorbenen Schwester. Der Beschwerdeführer hat beantragt, auf Grund des Testamentes einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die Beschwerde hiergegen war erfolglos. Der Antragsteller hat weitere Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht ist - anders als das Amtsgericht und das Landgericht - der Auffassung, zur Auslegung der Erklärung des Erblassers "Ich kann nicht mehr schreiben" könnten "auch ausserhalb des Testaments liegende Umstände herangezogen werden, um die Überzeugung der Urkundsperson von der Schreibunfähigkeit des Erblassers darzutun". Es möchte daher der weiteren Beschwerde stattgeben und die Sache zur anderweiten Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverweisen. Hieran sieht es sich jedoch durch die Beschlüsse des Kammergerichts vom 26. Januar 1939 (JFG 19, 98 = DJ 1939, 434 = ZAkDR 1939, 460), 4. Mai 1939 (JFG 19, 279 = DJ 1939, 1049) und 29. Juni 1939 (DJ 1939, 1591 = ZAkDR 1939, 652 = DNotZ 1940, 76) gehindert. Es hat daher die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

Die Vorlage ist nach § 28 Abs 2 FGG gerechtfertigt. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

Sie ist zulässig, sachlich jedoch nicht begründet. Der Meinungsstreit betrifft die Wendung: "Ich kann nicht mehr schreiben". Diese entspricht ihrem Wortlaut genau den Anforderungen des § 2242 Abs 2 BGB in der Fassung, die bis zum Inkrafttreten des Testamentsgesetzes (4. August 1938, § 50 Abs 1 TestG) gegolten hat. Diese Vorschrift lautete: "Erklärt der Erblasser, nicht schreiben zu können, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt". Das Testamentsgesetz hat die Bestimmung jedoch wie folgt geändert:

"Kann der Erblasser nach der Überzeugung des Richters oder des Notars nicht schreiben, so wird die Unterschrift des Erblassers durch die Feststellung dieser Überzeugung in der Niederschrift ersetzt" (§ 16 Abs 3 Satz 1 TestG). Diesen Wortlaut, der also bewusst eine Erschwerung brachte, hat auch § 2242 Abs 3 Satz 1 BGB neuer Fassung (in Kraft seit dem 1 April 1953) übernommen. Während also früher die Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, in der Niederschrift festzustellen war, muss jetzt die Überzeugung der Urkundsperson, dass der Erblasser nicht schreiben könne, in der Niederschrift ausgedrückt werden. An diese gegenüber der ursprünglichen Fassung des BGB durch die Gesetzesänderung festgelegte bewusste Erschwerung der Formvorschrift ist der Senat gebunden.

Der Satz: "Ich kann nicht (oder "nicht mehr") schreiben", legt im allgemeinen die Vermutung nahe, dass der Notar nach dem früheren Recht verfahren ist (vgl auch Kipp-Coing Erbrecht 1953 § 15 I 1 mit Anm 1 S 70 gegen Ripfel DR 1939, 385) und sich nicht darüber im klaren war, dass er sich eine eigene Überzeugung bilden und diese in der Niederschrift ausdrücken musste, dass er folglich eine solche Überzeugung auch nicht feststellen wollte. Im Einzelfalle kann sich jedoch aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift die Überzeugung des Notars, der Erblasser könne nicht schreiben, und sein Wille, dies festzustellen, ergeben. Auch dann lässt sich der Schluss ziehen, die Urkundsperson habe die Schreibunfähigkeit in der Niederschrift festgestellt. Nach Wortlaut und Sinn des § 2242 Abs 3 Satz 1 BGB n.F. können hierbei aber Umstände, die ausserhalb der Niederschrift (nicht des Testaments!) liegen, nicht berücksichtigt werden. Die Vorschrift verlangt ausdrücklich, dass die Urkundsperson sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt und dass sie

ihre Überzeugung in der Niederschrift feststellt. Das vorliegende Oberlandesgericht weist zu Unrecht darauf hin, dass - auch nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats - bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung auch solche Umstände heranzuziehen seien, die ausserhalb der Urkunde liegen [BGH LM Nr 1 zu § 133 BGB (B)]. Es verkennt damit, dass hier keine Willenserklärung im Sinne der §§ 133, 2084 BGB auszulegen ist. Die Urkundsperson hat selbst keine Willenserklärung, d.h. keine Willensäusserung abzugeben, welche die derzeitige Rechtslage irgendwie ändern soll; sie hat vielmehr nur - gelegentlich der Abgabe einer Willenserklärung eines anderen - eine bestimmte, gesetzlich näher bestimmte, Formvorschrift zu beachten, nämlich ihre Überzeugung, dass der Erblasser nicht schreiben könne, "durch Feststellung ... in der Niederschrift" niederzulegen. Da das Gesetz dies fordert, ist mit der Erwägung des Oberlandesgerichts, dass "die Form einer Willenserklärung gegenüber ihrem Inhalt das Mindere" sei, nichts gewonnen.

Der Senat schliesst sich daher der oben angeführten Rechtsprechung des Kammergerichts an. Die gleiche Ansicht wird auch im Schrifttum überwiegend vertreten (Kipp-Coing aaO; Hilderscheid DNotZ 1939, 13 [33]; BGB RGRK 9. Aufl § 16 TestG Anm 8; Palandt-Rechenmacher 14. Aufl § 2242 BGB Anm 7; Soergel 8. Aufl § 2242 BGB Anm 8; vgl auch Kersten-Küntzel, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 5./6. Aufl, Erster Teil 1948 S 17, 346, 349). Zu der bisherigen Rechtsprechung ist allerdings einschränkend folgendes zu bemerken: Soweit das Kammergericht in den eingangs erwähnten Entscheidungen aus dem Jahre 1939, ferner in seinem Beschluss vom 11. Dezember 1941 (DR 1942, 2580 = DNotZ 1942, 184) und ihm folgend die Oberlandesgerichte in Frankfurt (HEZ 1, 34), Stuttgart

(HEZ 2, 195 = NJW 1949, 755 mit abl. Anmerkung von Coing) und Celle (HEZ 3, 39) den sonstigen Inhalt der Niederschrift berücksichtigt haben, haben sie die "äusserste Grenze einer weitherzigen Auslegung" erreicht (so schon Vogels in DJ 1939, 1050 zum Beschluss des Kammergerichts vom 4. Mai 1939) und sie zum Teil dort überschritten, wo es sich um "offenkundige Versehen" der Urkundspersonen gehandelt hat (vgl. insoweit schon Vogels in DJ 1939, 1593 zum Beschluss des Kammergerichts vom 29. Juni 1939). Das letztere braucht hier jedoch nicht abschliessend erörtert zu werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass die Umstände, aus denen insbesondere das Kammergericht in seinem Beschluss vom 11. Dezember 1941 und das Oberlandesgericht in Celle aaO auf die Überzeugung der Urkundsperson schliessen wollen, wenig Gewicht haben. Das Oberlandesgericht in Celle hat z.B. ausgeführt: Der amtierende Richter habe hier nicht nur die Erklärung der Erblasserin, nicht schreiben zu können, hingenommen und sei entsprechend verfahren, er habe vielmehr vorher ausserdem im Testament auch noch ausdrücklich festgestellt, dass die Erblasserin zur Zeit der Testamenterrichtung offenbar auch krank gewesen sei; daraus folge eindeutig, dass der Richter sich auch ein eigenes Urteil über die Schreibunfähigkeit der Erblasserin gebildet gehabt habe und dass er deren Erklärung auch für wahr gehalten habe. Diese Schlüsse sind nicht zwingend und somit auch nicht "eindeutig". Sie ergeben weiter aber auch nichts dafür, dass der Richter seine etwaige Überzeugung in der Niederschrift festgestellt hat.

Die weitergehende Rechtsansicht, die das vorliegende Oberlandesgericht vertreten möchte, ist vor allem von Boehmer in ZAkDR 1939, 460 und 652 und DNotZ 1940, 140, ferner von Seybold in der 4. Auflage (1949) des Erläu-

terungsbuchs von Vogels-Seybold zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938 vertreten worden (§ 16 Anm 12 S 154 f; vgl auch Ripfel DR 1939, 385; Erman-Hense § 16 TestG Anm 6). Seybold beruft sich hierbei insbesondere darauf, dass die Rechtsprechung immer einen Ausweg gesucht habe, "um die Wirksamkeit eines Testaments nicht an dem fehlerhaften Wortlaut einer solchen Feststellung scheitern zu lassen." Dabei übersieht er jedoch, dass in einem Teile der von ihm angeführten Entscheidungen die Urkundsperson zweifelsfrei ihre Überzeugung nicht hat feststellen wollen, weil sie nach dem früheren Recht verfahren ist und glaubte, die Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, genüge auch nach neuem Recht. Es handelt sich also teilweise nicht darum, dass der Wortlaut der Feststellung fehlerhaft ist; vielmehr fehlt die Feststellung ganz. Seybold beruft sich uneingeschränkt auf die Anmerkungen von Vogels in DJ 1939, 435, 1050 und 1593, ohne zu berücksichtigen, dass die beiden letztgenannten Anmerkungen Bedenken gegen eine allzu weitherzige Auslegung hegen, sie mindestens nur für eine gewisse Übergangszeit hinnehmen wollten.

Nach den vorerörterten Grundsätzen ist das streitige Testament wegen Formmangels nichtig.

Aus dem Inhalt der Niederschrift ist, wie das Oberlandesgericht schon zutreffend dargelegt hat, nicht zu schließen, dass der beurkundende Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt hat, noch weniger, dass er eine entsprechende Überzeugung festgestellt hat. Gegen das letztere spricht sogar, dass der Notar ausdrücklich vermerkt hat, er habe sich "von der Testierfähigkeit desselben in einer Unterhaltung überzeugt". Hätte er eine entsprechende Feststellung auch

hinsichtlich der Schreibunfähigkeit treffen wollen, dann hätte es nahegelegen, das in gleicher Weise zu tun und sich nicht darauf zu beschränken, die Worte des Erblassers wiederzugeben. Die Zuziehung von Zeugen besagt nicht, dass der Notar den Erblasser für schreibunfähig gehalten hat. Hätte er bewusst Schreibzeugen zugezogen, dann hätte er sich nach § 2242 Abs 3 Satz 2 BGB n.F. mit einem Zeugen begnügen können. In der Beschwerdeschrift vom 24. August 1954 (Bl 7 GA) ist überdies dargelegt worden, dass der Notar die beiden Zeugen zugezogen hat, weil er den Erblasser in schlechter gesundheitlicher Verfassung, insbesondere körperlich sehr hinfällig vorgefunden hat. Der Notar hat hiernach nur von der Möglichkeit des § 2233 Abs 2 Satz 1 BGB Gebrauch gemacht, nach eigenem Ermessen zwei Zeugen zuzuziehen. Es ist aus der Niederschrift nicht ersichtlich, dass er auch nur nachträglich in einem dieser Zeugen den in § 2242 Abs 3 Satz 2 BGB n.F. geforderten Schreibzeugen gesehen hat.

Die Entscheidungen des Amtsgerichts und des Landgerichts sind hiernach im Ergebnis zutreffend. Die weitere Beschwerde war daher zurückzuweisen.

Schmidt Ascher Johannsen Kregel Schefflér