

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: BGB. § 2242 Abs. 3

Rechtssatz: Die Beglaubigung eines Handzeichens des
Erblassers enthält allein keine Feststellung
der Überzeugung des Notars von der Schreib-
unfähigkeit des Erblassers.

Aktenzeichen: V ZB 17/58

Beschluß des BGH vom 3. Oktober 1958

BayObLG München
LG Deggendorf
AG Regen

B e s c h l u ß

In dem Verfahren

betreffend die Erteilung eines Erbscheins nach der am
12. April 1957 in K[REDACTED] im W[REDACTED] verstorbenen Witwe
Katharina S[REDACTED] geb. B[REDACTED],

Beteiligte:

1. Landwirt Ludwig B[REDACTED] in T[REDACTED],
2. Metzgermeister Bruno B[REDACTED] in K[REDACTED] im W[REDACTED],
3. Haustochter Katharina S[REDACTED] in K[REDACTED] im W[REDACTED],
4. Ehefrau Franziska P[REDACTED] geb. S[REDACTED] in Hef[REDACTED],
Rh[REDACTED],
Antragstellerin,
vertreten durch Rechtsanwalt E[REDACTED] in R[REDACTED],
5. Otto S[REDACTED],
6. Josef S[REDACTED],
beide vertreten durch den Metzgermeister Georg
P[REDACTED] in Z[REDACTED] als Vormund,
Antragsgegner,
7. Auguste S[REDACTED],
8. Elisabeth S[REDACTED],
beide vertreten durch die Beteiligte zu 3 als Vormund,
9. Rechtsanwalt Dr. Wä[REDACTED] in Z[REDACTED] als Nachlaßpfleger,

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Sitzung
vom 3. Oktober 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten
Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Hückinghaus,
Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag und Dr. Mattern beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde der Antragstellerin
wird der Beschluß der 1. Zivilkammer des Landgerichts
Deggendorf vom 19. Dezember 1957 aufgehoben. Die Beschwer-
den der Antragsgegner gegen den Beschluß des Amtsgerichts
Regen vom 20. November 1957 werden auf Kosten der Be-
schwerdeführer zurückgewiesen.

Die Antragsgegner haben der Antragstellerin die durch
das Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten zu erstatten.
Im Verfahren der weiteren Beschwerde werden außergericht-
liche Kosten nicht erstattet.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes beträgt 24 600 DM.

- 2 -

G r ü n d e :

I.

Die am 12. April 1957 verstorbene Witwe Katharina S. geb. B. aus K. im W. hat am 9. April 1957 im Kreiskrankenhaus in G. vor dem Notar Dr. Ra. aus G. (Nr. 643/57 der Urkundenrolle) ein Testament errichtet. Der Notar stellte eingangs der Niederschrift fest, daß er die Witwe S. krank zu Bett liegend angetroffen habe, und vermerkte weiter, er habe durch eine Unterredung mit ihr die Überzeugung gewonnen, daß sie bei vollem Bewußtsein und klarem Verstande sei. Sie habe jede an sie gerichtete Frage verstanden und, allerdings mit leiser Stimme, weil sie durch ihre Krankheit sprechbehindert sei, auf jede Frage unmißverständliche Antworten gegeben. Trotzdem habe er vorsorglich, eben wegen der Sprechbehinderung der Erblasserin, zwei Zeugen zugezogen. In dem dann folgenden Testament setzte die Witwe S. ihre beiden minderjährigen Söhne Otto und Josef (Antragsgegner) als Erben ein und wandte ihren übrigen Kindern, soweit sie nicht bereits abgefunden waren, Vermächtnisse zu. Am Schluß der Niederschrift heißt es:

"Hierüber Testament,

vorgelesen vom Notar, von der Erblasserin genehmigt, vom Notar und den beiden Zeugen u. der Erblasserin je eigenhändig unterschrieben:"

Es folgen drei mit Bleistift oder Kopierstift ausgeführte Kreuzzeichen. Darunter steht: "Handzeichen der Erblasserin". Sodann folgen die Unterschriften der beiden Zeugen und des Notars.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die gesetzlichen Erben und der für die beiden Testamentserben bestellte Vormund haben die Erbschaft angenommen.

Die Antragstellerin hält das Testament, weil der Notar seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin nicht festgestellt habe, für nichtig. Sie hat die Erteilung eines Erbscheins dahin erbeten, daß die Erblasserin kraft Gesetzes von ihren acht Kindern beerbt worden sei. Der Vormund der minderjährigen Otto und Josef S. hält das Testament für gültig.

Das Amtsgericht (Nachlaßgericht) hat in einem Beschluß, in dem es, der Auffassung der Antragstellerin folgend, von der Nichtigkeit des Testaments ausgeht, die Erteilung eines Erbscheins auf Grund gesetzlicher Erbfolge angekündigt. Auf die Beschwerde des Vormundes der minderjährigen Otto und Josef S. hat das Landgericht mit der Begründung, daß die Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin sich aus dem Inhalt der Niederschrift ergebe, den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Behandlung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen. Mit der weiteren Beschwerde erstrebt die Antragstellerin die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde.

Das Bayerische Oberste Landesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich hieran jedoch durch den Beschluß des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. März 1955 (IV ZB 5/55, BGHZ 17, 36) gehindert und hat deshalb die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Voraussetzungen für eine Vorlegung der Sache (§ 28 Abs. 2 FGG) sind gegeben, weil das Bayerische Oberste Landesgericht mit der beabsichtigten Entscheidung bei der Auslegung des § 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB von der Rechtsauffassung, die der Bundesgerichtshof in dem angeführten Beschluß vertreten hat, abweichen würde.

Nach § 2242 Abs. 1 Satz 1 BGB muß die von dem Richter oder Notar über die Testamentserrichtung aufzunehmende Niederschrift (§§ 2231 Nr. 1, 2232, 2240 BGB) vorgelesen, von dem Erblasser genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Kann der Erblasser nach der Überzeugung des Richters oder Notars nicht schreiben, so wird die Unterschrift des Erblassers durch die Feststellung dieser Überzeugung in der Niederschrift ersetzt (§ 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Vorschrift des früheren § 2242 Abs. 2 BGB, wonach, wenn der Erblasser erklärte, nicht schreiben zu können, seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt wurde, war bereits durch § 16 Abs. 3 Satz 1 des am 4. August 1938 in Kraft getretenen Testamentsgesetzes abgeändert worden. Die seit dem 1. April 1953 geltende Neufassung des § 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB hat den Wortlaut des § 16 Abs. 3 Satz 1 TestG übernommen. Hiernach ist die Unterschrift des Erblassers nur dann entbehrlich, wenn die Urkundsperson sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt und ihre Überzeugung in der Niederschrift festgestellt hat. Der neuen gesetzlichen Regelung liegt die Erwägung zugrunde, daß die Unterschrift unter Umständen ein wichtiges Beweismittel hinsichtlich der Feststellung der Personengleichheit des Erblassers bildet (vgl. Vogels/Seybold TestG 4. Aufl. § 16 Bem. 12). Der Richter oder

Notar muß deshalb in eine besonders sorgfältige Prüfung eintreten, wenn der Erblasser angeblich nicht schreiben kann. Diese Prüfung will der Gesetzgeber erzwingen, indem er einen entsprechenden Vermerk in der Niederschrift fordert (vgl. Coing NJW 1949, 755 und Kipp-Coing, Erbrecht, 10. Bearbeitung § 15 I 1; vgl. auch BGH vom 19. Mai 1958, III ZR 21/57, BGHZ 27, 274 = NJW 1958, 1398/9).

Die Entscheidung des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 15. März 1955 betrifft einen Fall, in dem der Notar am Schluß der Niederschrift die Erklärung des Erblassers aufgenommen hatte: "Ich kann nicht mehr schreiben." Bei der Prüfung der Frage, ob die Wiedergabe dieser Erklärung den Anforderungen des § 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB genügte, hat der Bundesgerichtshof sich mit der im Beschluß angeführten Rechtsprechung des Kammergerichts und dem Schrifttum zu § 16 Abs. 3 Satz 1 TestG auseinandergesetzt und ausgeführt, die Aufnahme der Erklärung des Erblassers, er könne nicht mehr schreiben, lege im allgemeinen die Vermutung nahe, daß der Notar nach dem früheren Recht verfahren und sich nicht darüber im klaren gewesen sei, daß er sich eine eigene Überzeugung bilden und diese in der Niederschrift ausdrücken müsse, daß er vielmehr eine solche Überzeugung auch nicht habe feststellen wollen. Im Einzelfall könne sich jedoch aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift die Überzeugung des Notars, der Erblasser könne nicht schreiben, und sein Wille, diese Überzeugung festzustellen, ergeben. Auch dann lasse sich der Schluß ziehen, die Urkundsperson habe die Schreibfähigkeit in der Niederschrift festgestellt. Außerhalb der Niederschrift liegende Umstände dürften dabei jedoch nicht berücksichtigt werden. Der Bundesgerichtshof hat in der Wiedergabe der Erklärung des Erblassers, er könne nicht mehr schreiben, allein keine Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers erblickt und das Testament für nichtig erklärt.

Im vorliegenden Fall enthält die Niederschrift über die Testamentserrichtung weder einen ausdrücklichen Vermerk des Notars noch eine ausdrückliche Erklärung der Erblasserin über ihre Schreibunfähigkeit. Trotzdem wäre die Rechtsgültigkeit des Testaments zu bejahen, wenn aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift die Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin zweifelsfrei sich ergeben würde. Dies ist jedoch entgegen der Auffassung des Landgerichts und des Bayerischen Obersten Landesgerichts nicht der Fall. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, daß die Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin sich nicht schon daraus ergibt, daß der Notar die Erblasserin im Krankenhaus aufgesucht und krank im Bett liegend angetroffen hat. Das gleiche gilt von der Zuziehung der Zeugen, die nach dem ausdrücklichen Vermerk des Notars in der Niederschrift nur wegen der Sprechbehinderung der Erblasserin zugezogen worden sind (§ 2233 Abs. 1 BGB). Zweifelhaft kann jedoch sein, ob, wie das Landgericht meint, aus der Tatsache, daß die Erblasserin nicht mit ihrem Namen, sondern mit drei Kreuzen unterzeichnet und der Notar dieses Handzeichen beglaubigt hat, zu folgern ist, der Notar sei von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin überzeugt gewesen, weil er andernfalls auf ihrer Unterschrift bestanden haben würde. Der Umstand, daß die Erblasserin nur Kreuzzeichen angebracht hat, deutet allerdings mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf hin, daß die Erblasserin ihren Namen nicht mehr schreiben konnte. Diese Vermutung wird, worauf auch das Bayerische Oberste Landesgericht binweist, unterstützt durch den beurkundeten Schwächezustand der Erblasserin und die zitterige und unregelmäßige Ausführung des Handzeichens, die erkennen läßt, daß schon diese einfachste Form des Schriftzeichens der Erblasserin Schwierigkeiten bereitete. Das Gesetz verlangt jedoch, daß der Notar sich von

der Schreibunfähigkeit der Erblasserin überzeugt. Aus dem Schlußabsatz der Niederschrift geht hervor, daß der Notar die Urkunde für eine eigenhändige Unterschrift der Erblasserin, also für eine Unterzeichnung mit ihrem Namen, vorbereitet hatte. Wenn er sich trotzdem mit dem Handzeichen begnügt hat, so kann dies ein Zeichen dafür sein, daß er von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin überzeugt gewesen ist. Dies braucht jedoch nicht der Fall zu sein. Es kann im gegenwärtigen Verfahren dahingestellt bleiben, ob, wie Ripfel (DR 1939, 385) und Boehmer (DNotZ 1940, 142/3) meinen, bei Aufnahme einer Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, eine kaum zu widerlegende Vermutung dafür spricht, daß der Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt habe, oder ob, wie im vorliegenden Fall, die Beglaubigung des Handzeichens nach der Lebenserfahrung ohne weiteres als ein Anzeichen dafür anzusehen ist, daß der Notar sich ein eigenes Urteil über die Schreibunfähigkeit der Erblasserin gebildet habe. Auch wenn man mit dem Landgericht aus dem Ablauf der Beurkundung und dem Inhalt der Niederschrift entnehmen wollte, daß der Notar sich von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin überzeugt habe, könnte das Testament nicht als rechtsgültig angesehen werden, weil der Notar seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin in der Niederschrift nicht ausdrücklich festgestellt hat und eine solche Feststellung auch aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift nicht entnommen werden kann.

Die Erklärung des Notars im Schlußabsatz der Niederschrift über die eigenhändige Unterschrift der Erblasserin war unrichtig, weil das Handzeichen keine Unterschrift darstellt. Offensichtlich hatte der Notar beim Niederschreiben des Vermerks damit gerechnet, daß die Erblasserin mit ihrem Namen unterschreiben werde. Das Landgericht ist nun der Auf-

fassung, die Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin sei aus dem Inhalt der Niederschrift zu entnehmen, aus der sich ergebe, daß der Notar auch seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin habe feststellen wollen. Diese Auffassung des Landgerichts bindet das Gericht der weiteren Beschwerde nicht, weil es sich dabei nicht um eine Auslegung des Testaments, sondern um die Frage handelt, ob eine gesetzliche Formvorschrift gewahrt ist. Die Ansicht des Beschwerdegerichts ist auch nicht gerechtfertigt. Die Annahme des Landgerichts, daß der Notar den Willen gehabt habe, seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin festzustellen, wird vom Bayerischen Obersten Landesgericht beanstandet, indem es darauf hinweist, es könne, weil der Notar die Schreibfähigkeit der Erblasserin - allerdings in dem unrichtigen Sinne, daß sie ein Handzeichen anbringen könne - bejaht habe, nicht angenommen werden, daß der Notar den Willen gehabt habe, seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit (im gesetzlichen Sinne) festzustellen. Das Bayerische Oberste Landesgericht meint jedoch, daß ein solcher Wille keine Voraussetzung dafür sei, daß in der Niederschrift die Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin (im gesetzlichen Sinne) gefunden werde. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Vielmehr kann gerade der Wille des Notars entscheidend sein für die Beantwortung der Frage, ob in einer Niederschrift über die Testamenterrichtung die Feststellung der Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers enthalten ist. Richtig ist, daß das Gesetz für die Feststellung gemäß § 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB keinen entsprechenden Feststellungswillen der Urkundsperson erfordert, sondern lediglich die Feststellung der Überzeugung der Urkundsperson von der Schreibunfähigkeit des Erblassers

verlangt. Wenn diese Überzeugung in der Niederschrift eindeutig zum Ausdruck gebracht ist, kommt eine Prüfung der Frage, ob der Notar auch den Willen gehabt habe, seine Überzeugung festzustellen, nicht in Betracht. Der Wille der Urkundsperson, ihre Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festzustellen, kann vielmehr, wie sich aus den Ausführungen im Beschluß des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs ergibt, nur dann von Bedeutung sein, wenn die Überzeugung des Notars von der Schreibunfähigkeit des Erblassers nicht ausdrücklich in der Niederschrift enthalten ist, wenn also die Feststellung dieser Überzeugung aus dem sonstigen Inhalt der Niederschrift entnommen werden soll. Fehlt in der Niederschrift die ausdrückliche Feststellung, daß der Notar sich von der Schreibunfähigkeit des Erblassers überzeugt habe, und läßt sich auch aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde nicht entnehmen, daß der Notar seine Überzeugung feststellen wollte, oder ist sogar anzunehmen, daß der Notar überhaupt nicht den Willen gehabt hat, seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit des Erblassers festzustellen, so kann in der Niederschrift eine der Vorschrift des § 2242 Abs. 3 Satz 1 BGB genügende Feststellung nicht gefunden werden. Gegen die Annahme, daß der Notar seine Überzeugung von der Schreibunfähigkeit der Erblasserin festgestellt habe, spricht im übrigen auch ein Gesichtspunkt, der im Beschluß des IV. Zivilsenats (aaO S.41) hervorgehoben wird und der auch auf den vorliegenden Fall zutrifft. Der Notar hat sich nämlich, wie die Niederschrift ergibt, zu Beginn der Verhandlung durch eine Unterredung mit der Erblasserin von deren Testierfähigkeit überzeugt. Es hätte deshalb, wenn er eine entsprechende Feststellung auch hinsichtlich der Schreibunfähigkeit der Erblasserin hätte treffen wollen, nahegelegen, dies zum Ausdruck zu bringen und sich nicht auf eine Beglaubigung des Handzeichens der Erblasserin zu beschränken.

Das Amtsgericht hat deshalb mit Recht das Testament wegen Formmangels als nichtig angesehen, so daß nach dem Tode der Erblasserin die gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Auf die weitere Beschwerde der Antragstellerin mußten somit unter Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts die Beschwerden der Testamentserben als unbegründet zurückgewiesen werden.

Gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG haben die Antragsgegner der Antragstellerin die durch das Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten, zu denen auch die durch Zuziehung eines Rechtsanwalts erwachsenen Kosten gehören, zu erstatten. Von einer Anordnung über die Kostenerstattung für das Verfahren der weiteren Beschwerde hat der Senat gemäß § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG abgesehen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Piepenbrock

Dr. Freitag

Dr. Mattern