

Das Dreizeugentestament gemäß § 2250 Abs. 2 BGB

Ursula Seiler, Rechtsanwältin, Angelbachtal

Gemäß § 2250 Abs. 2 BGB kann derjenige, der sich in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testamentes nach § 2249 BGB nicht mehr möglich ist, sein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten. Bei der Beratung über die Wirksamkeit eines Dreizeugentestamentes ist grundsätzlich die Anwendbarkeit der §§ 6 und 7 BeurkG zu beachten. Danach sind diverse Personen als Zeugen ausgeschlossen, wobei ein Verstoß gegen § 6 BeurkG die Unwirksamkeit des Testamentes, ein Verstoß gegen § 7 BeurkG die Teilunwirksamkeit des Testamentes zur Folge hat.

1. Voraussetzungen des Nottestamentes

Voraussetzung für die Errichtung eines Nottestamentes ist das Vorliegen einer nahen Todesgefahr. Hierbei ist es unerheblich, worauf die Todesgefahr beruht. Diese kann auch aufgrund einer bereits lang andauernden Krankheit gegeben sein. Der Besorgnis der nahen Todesgefahr steht hierbei der Eintritt dauernder Testierunfähigkeit gleich.¹ Die nahe Todesgefahr muss bei Testamenterrichtung entweder subjektiv nach Meinung aller drei Zeugen vorliegen oder aber objektiv gegeben sein. Die Besorgnis muss bei allen drei Zeugen gegeben sein, auf die Besorgnis des Erblassers kommt es demgegenüber nicht an. Nahe Todesgefahr liegt jedenfalls dann vor, wenn der Erblasser zwei Tage nach Errichtung des Testamentes verstirbt.² Geht ein Zeuge davon aus, dass eine nahe Todesgefahr nicht gegeben ist, fehlt es an einer wesentlichen Voraussetzung für das Dreizeugentestament. Dies hat die Nichtigkeit zur Folge. Hat jedoch tatsächlich Lebensgefahr bestanden, ist die fehlende Besorgnis eines Zeugen unschädlich. Im Falle, dass weder subjektiv noch objektiv eine nahe Todesgefahr vorliegt, ist das Testament nichtig.

2. Errichtung des Nottestamentes

a) Form

Es besteht bezüglich des Dreizeugentestamentes keine völlige Formfreiheit. Die Errichtung des Nottestamentes erfolgt durch mündliche Erklärung gegenüber drei Zeugen. Hierüber ist sodann eine Niederschrift zu erstellen, und zwar noch zu Lebzeiten des Erblassers (§ 2250 Abs. 3 Satz 1 BGB). Für die Anfertigung dieser Niederschrift verweist § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB auf die §§ 8 – 10, 11 Abs. 1 Satz 2, 13 Abs. 1, 3 Satz 1, 23, 28 BeurkG. Diese finden entsprechende Anwendung. Durch diese Verweisung hat der Gesetzgeber für den Errichtungsakt und den Inhalt der Niederschrift gewisse Erfordernisse aufgestellt. Demnach sind einzuhalten:

- Aufnahme einer Niederschrift (§ 8 BeurkG)
- Inhalt der Niederschrift (§ 9 BeurkG)
- Feststellung der Person des Erblassers (§ 10 BeurkG)
- Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers (§ 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG)
- Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift des Erblassers sowie Unterschrift der Zeugen (§ 13 Abs. 1, 3 Satz 1 BeurkG)
- Besonderheiten für taube Erblasser (§ 23 BeurkG)
- Aufnahme der Feststellung über die Geschäfts- und Testierfähigkeit des Erblassers in die Niederschrift (§ 28 BeurkG)

b) Formfehler

Im Übrigen verweist § 2250 Abs. 3 Satz 2 auf § 2249 Abs. 1 Satz 5, 6, Abs. 2, 6 BGB. Dies bedeutet, dass die bei der Abfassung der Niederschrift unterlaufenen Formfehler, d. h. also Verstöße gegen Protokollierungsvorschriften, auf ihre Gültigkeit keinen Einfluss haben. Demgegenüber führen Mängel des Errichtungsaktes, d. h. Verstöße gegen Errichtungsvorschriften, zur Nichtigkeit des Dreizeugentestamentes, und zwar soweit hierbei gegen Mussvorschriften verstoßen worden ist.

aa) Niederschrift

Die Aufnahme einer Niederschrift (§ 8 BeurkG) sowie die Aufnahme der Erklärungen des Erblassers, das Verlesen der errichteten Niederschrift, deren Genehmigung und Unterzeichnung durch den Erblasser sind zwingende Vorschriften. Ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit des Nottestamentes. Für den Fall, dass eine die Erklärung des Erblassers enthaltende Niederschrift in Ich-Form abgefasst ist, und für den weiteren Fall, dass darin die ausdrückliche Feststellung der Mussvorschriften fehlen sollte, führt dies

1) BGHZ 3, 372.

2) LG München, FamRZ 2000, 855.

nicht zur Nichtigkeit des Testamentes, wenn die Einhaltung der Formerfordernisse anderweitig nachgewiesen werden kann.³

bb) Unterschrift des Erblassers

Zwingende Vorschrift ist es, dass der Erblasser die Niederschrift genehmigt und eigenhändig unterschreibt. Unterzeichnet er hingegen nach Vorlesen und Genehmigung ein anderes Schriftstück, das inhaltlich dem Original entspricht und lediglich von diesem abgeschrieben worden ist, ist dies nicht ausreichend. Das Nottestament ist in diesem Falle unwirksam.⁴ Gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2, § 2249 Abs. 1 Satz 6 und Abs. 6 BGB ist die Unterschrift des Erblassers ausnahmsweise entbehrlich, nämlich dann, wenn es dem Erblasser nach seinen eigenen Angaben nicht mehr möglich ist zu schreiben, desgleichen für den Fall, dass es ihm nach Überzeugung der anwesenden Zeugen nicht mehr möglich ist zu schreiben. Diese Schreibunfähigkeit ist jedoch in der Niederschrift festzuhalten. Unterbleibt die Feststellung, greift § 2249 Abs. 6 BGB ein. Es handelt es sich hierbei jedoch um einen Formfehler, der unschädlich ist.⁵

cc) Unterschrift der Zeugen

Inwieweit das Fehlen der Unterschrift eines oder aller drei Zeugen als bei der Abfassung der Niederschrift und damit gemäß §§ 2249 Abs. 6, 2250 Abs. 3 BGB als unschädlicher Formfehler angesehen wird, ist umstritten. Nach einer Ansicht darf nur eine Unterschrift fehlen.⁶ Nach herrschender Ansicht im Schrifttum wird wenigstens eine Unterschrift im Zeitpunkt des Todes des Erblassers verlangt.⁷ Nach weiterer Ansicht ist es unschädlich, wenn keiner der Zeugen unterschrieben hat. Es liegt zwar ein Formfehler vor. Dennoch macht dieser die Beurkundung nicht unwirksam, wenn das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält.⁸

Diejenigen Personen, die nicht unterzeichnet haben, müssen jedoch tatsächlich Zeugen gewesen sein.⁹ Nach Ansicht des BayObLG ist für den Fall, dass nur einer der Zeugen unterzeichnet hat, dieser Mangel gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2, § 2249 Abs. 6 BGB unschädlich, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament die Erklärungen des Erblassers zuverlässig wiedergibt.¹⁰

Haben alle drei Zeugen unterzeichnet und unterzeichnet noch zusätzlich die als Alleinerbe bedachte Person, ist dies unschädlich. Das Testament ist dennoch wirksam.¹¹ Entscheidend ist, dass bei keinem der Zeugen ein Ausschließungsgrund vorliegt. Für den Fall, dass die Zeugen nicht am Ende der errichteten Urkunde unterzeichnet haben,

sondern am Anfang, liegt lediglich ein Formfehler bei der Abfassung der Niederschrift vor. Es handelt sich hingegen nicht um einen Mangel der Testamentserrichtung. Das Testament ist wirksam.¹²

3. Stellung der Zeugen

a) Ausschließungsgründe

Die drei Zeugen sind gleichberechtigte Mitwirkende. Es ist ohne Bedeutung, wenn die Zeugen untereinander verwandt oder verschwägert sind. Zu beachten ist jedoch, dass auf die Zeugen gemäß § 2250 Abs. 3 BGB die Vorschriften der § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, §§ 7, 26 Abs. 2 Nr. 2 bis 5, § 27 des Beurkundungsgesetzes anzuwenden sind. Hier sind die Ausschließungsgründe für die beurkundenden Personen, d.h. im Falle des Dreizeugentestamentes, für die Zeugen geregelt. Danach sind nachfolgende Personen als Zeugen ausgeschlossen¹³

- der Erblasser
- sein Ehegatte
- Personen, die selbst oder deren Ehegatte oder ein in gerader Linie Verwandter, beteiligt sind
- ein Vertreter, der für diese Personen handelt

Personen, die mit dem Erblasser im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, können daher mitwirken.

b) Folgen des Vorliegens eines Ausschließungsgrundes

aa) Unwirksamkeit des Testamentes

Liegt einer der vorgenannten Ausschließungsgründe vor, ist das Testament ungültig. Dies gilt auch für den Fall, dass die Ausschließungsgründe nur bei einem Zeugen vorliegen. Die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes gelten für alle drei Zeugen, nicht nur für denjenigen, der die Beurkundung vornimmt. Die Zeugen übernehmen in ihrer Gesamtheit die Beurkundungsfunktion. Sie tragen somit alle die Verantwortung dafür, dass der Erblasserwille zutreffend und fehlerfrei wiedergegeben wird.¹⁴ Daher darf bei keinem der Zeugen ein Ausschließungsgrund vorliegen.

3) BGHZ 37, 79.

4) BGHZ 115, 169; BGH WM 1991, 1851.

5) KG NJW 1960, 1208 f.; BayObLGZ 1979, 232, 238.

6) *Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung* Rn 1094 mwN.

7) *Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung* Rn 1094 mwN.

8) Vgl. OLG Köln, MDR 1994, 71; KG NJW 1966, 1661.

9) *Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung* Rn 1094 mwN.

10) BGHZ 115, 169, 173; BayObLGZ 1979, 232, 240 f.

11) BGHZ 115, 169; a.A. OLG Frankfurt MDR 1981, 673.

12) BayObLGZ 1990, 294 ff.; BayObLGZ MDR 1991, 252.

13) MüKo § 2250 Rn 12 mwN.

14) Vgl. BayObLG, ZEV 1995, 341; BGHZ 54, 89 ff.

bb) Teilunwirksamkeit des Testamentes

Zu beachten ist allerdings, dass ein Testament, bei dem eine bedachte Person als Zeuge mitwirkt, nicht in vollem Umfang unwirksam ist, sondern nur insoweit, als die ausgeschlossene Person bedacht ist. Es liegt lediglich Teilunwirksamkeit vor.¹⁵

c) **Mitwirkung der Zeugen**

Es ist erforderlich, dass die drei Zeugen während des gesamten Errichtungsvorganges einschließlich der Verlesung der Niederschrift und deren Genehmigung durch den Erblasser anwesend sind, da sie Beurkundungsfunktion übernehmen und an die Stelle der Amtsperson treten.¹⁶ Es ist somit nicht ausreichend, dass der Erblasser seine Erklärung zunächst gegenüber dem einem und sodann gegenüber dem anderen Zeugen kundtut. Für den Fall, dass bei der Verlesung der Niederschrift ein Zeuge, wenn auch nur zeitweise, nicht zugegen ist, liegt keine Mitwirkung vor. Fehlt ein Zeuge, führt dies zur Nichtigkeit des Testamentes. Im Übrigen müssen die Zeugen zur Mitwirkung bereit und sich ihrer gemeinsamen Mitwirkung und Verantwortlichkeit bei der Testamentserrichtung bewusst sein. Keinesfalls ist es ausreichend, dass die Erklärung des Erblassers von einem oder allen Zeugen nur gehört wird und sie nur imstande sind, sie richtig wiederzugeben.¹⁷

Wirkt bei der Errichtung eines Nottestamentes eine geistesschwache Person mit, so ist das Testament dennoch nicht unwirksam, da es sich bei dem Ausschließungsgrund gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 3 BeurkG, wonach als Zeuge bei der Beurkundung nicht zugezogen werden soll, der geistesschwach ist, lediglich um eine Sollvorschrift handelt.¹⁸ Voraussetzungen für die Wirksamkeit des errichteten Nottestamentes sind jedoch, dass die als Zeuge fungierende Person vom Erblasser hinzugezogen worden ist, während der ganzen Zeit der Errichtung anwesend war und dasjenige als Mitwirkung leistet, wozu sie nach ihrem Geisteszustand in der Lage ist.¹⁹

4. **Gültigkeitsdauer des Dreizeugentestamentes:**

Gemäß § 2252 BGB ist das Dreizeugentestament nur für eine begrenzte Zeit gültig. Die Gültigkeitsdauer beträgt drei Monate ab Errichtung, vorausgesetzt, der Erblasser ist bei Ablauf der Frist noch am Leben.

15) BayObLG ZEV 1995, 341.

16) Soergel-Harder § 2250 Rn 9 mwN.

17) BGH NJW 1972, 202.

18) OLG Hamm, MDR 1991, 772.

19) OLG Hamm, aaO.

Auf einen Blick

Bei der Beurteilung, ob ein Dreizeugentestament wirksam ist, ist in jedem Falle zu prüfen, ob bei einem der Zeugen ein Ausschließungsgrund gemäß § 6 BeurkG vorliegt, der zur Nichtigkeit des Testamentes führen kann. Des Weiteren ist zu prüfen, ob Zeugen und bedachte Personen in gerader Linie miteinander verwandt

sind. Für den Fall, dass ein Zeuge mitwirkt und eine Person, die mit diesem in gerader Linie verwandt ist, bedacht wird, ist das Testament teilunwirksam. Die Verwandtschaftsverhältnisse der Zeugen zu den bedachten Personen sind daher in jedem Falle vom Berater zu überprüfen.