Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 2239, 2250 Abs. 2

Die drei Zeugen, vor denen ein Nottestament nach § 2250 Abs. 2 BGB errichtet wird, gehören zu den "mitwirkenden Personen" im Sinne des § 2239 BGB. Sie müssen deshalb während des ganzen Vorgangs der Testamentserrichtung zugegen sein, also nicht nur bei der Erklärung des Erblassers über seinen letzten Willen, sondern auch bei der Verlesung der über den erklärten letzten Willen aufzunehmenden Niederschrift und bei der Genehmigung dieser Niederschrift durch den Erblasser; dies jedenfalls in den Fällen, in denen der Erblasser nicht mehr in der Lage ist, die Niederschrift eigenhändig zu unterschreiben.

BGH, Beschl. v. 1. Juni 1970 - III ZB 4/70 - BayObLG
LG München I

41

BUNDESGERICHTSHOF

III ZB 4/70

BESCHLUSS

in der Sache

betreffend die Erteilung eines Erbscheins nach der am 1. Oktober 1967 in M[redacted] verstorbenen Margarete S[redacted] geb. P[redacted],

Verfahrensbeteiligte:

1. Ludwig S[redacted], M[redacted], A[redacted]straße [redacted],

Antragsteller und Beschwerdeführer,

- vertreten durch die Rechtsanwälte [redacted] und [redacted] -

2. Franz Z[redacted] Ze[redacted], Haus Nr. [redacted],

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

- vertreten durch Rechtsanwal[redacted] -

3. Georg Z[redacted], Ze[redacted], Haus Nr. [redacted],

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

- vertreten durch Rechtsanwalt [redacted] -

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in der Sitzung vom 1. Juni 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Keßler

beschlossen:

Die weitere Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß der 16.Zivilkammer des Landgerichts München I vom 27. Oktober 1969 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der weiteren Beschwerde einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten Franz Z[redacted] und Georg Z[redacted] hat der Antragsteller zu tragen.

G r ü n d e :

I.

Am 1. Oktober 1967 verstarb im Krankenhaus M[redacted] die verwitwete Erblasserin Margarete S[redacted] geb. P[redacted], nachdem sie einige Wochen zuvor wegen Magenkrebs operiert worden war.

1. Als sich am Tag vor ihrem Tod ihr Zustand bedrohlich verschlechterte, äußerte sie den Wunsch, ein notarielles Testament zu errichten. Es gelang jedoch wegen des dienstfreien Samstags nicht,

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

einen Notar zu erreichen. Daraufhin baten die mit der Erblasserin entfernt verwandten Eheleute Fritz und Maria J[redacted] und der Antragsteller, der Stiefsohn der Erblasserin, Sohn aus der ersten Ehe ihres Ehemannes, die ins Krankenhaus gerufen worden waren, den Krankenhausseelsorger, Kurat Hermann Zw[redacted], ein Testament der Erblasserin aufzunehmen. Die Erblasserin erklärte sodann ihm und den Eheleuten J[redacted] - durch bejahende Antworten auf deren entsprechende Fragen - ihren letzten Willen dahin, daß ihr "Sohn", der Ludwig (Antragsteller), ihr "ganzes Sach" bekommen solle. Kurat Z[redacted] machte sich Notizen über die Erklärung der Erblasserin und verfaßte anschließend folgendes Schriftstück, in dem der Antragsteller zunächst als Stiefsohn bezeichnet war und im übrigen der Vermerk über die Vorlesung und Genehmigung der Niederschrift fehlte:

"<u>Bestätigung:</u>
Niederschrift
Hiermit bestätige ich, daß Frau Margarete S[redacted], geboren am [redacted] 1909, während ihres Aufenthalts im Krankenhaus Sc[redacted] in meiner Gegenwart durch ein klares "Ja" ihre Zustimmung darüber abgegeben hat, daß ihr Stiefsohn Ludwig S[redacted], geboren am [redacted] 1935, wohnhaft in M[redacted], Ar[redacted]-straße [redacted], nach ihrem Tode über ihr gesamtes Vermögen frei verfügen könne.

Die Niederschrift wurde Frau S[redacted] vorgelesen und von ihr genehmigt.

M[redacted], den 30. September 1967

Hermann Z[redacted] Kurat"

Dieses Schriftstück las die Ehefrau J[redacted] im Krankenzimmer im Beisein ihres Ehemannes, jedoch in Abwesenheit des Kuraten Z[redacted] der Erblasserin vor, und wies darauf hin, daß das nun der Text sei, den der Herr Pfarrer verfaßt habe. Die Erblasserin beanstandete die Bezeichnung Stiefsohn und bat, das Testament insoweit zu ändern. Anschließend unterschrieben die Zeugen Fr[redacted] und Maria J[redacted] die "Bestätigung". Die Erblasserin selbst war nicht mehr in der Lage, die Niederschrift eigenhändig zu unterschreiben.

Nach dem Tod der Erblasserin am nächsten Morgen ließen die Eheleute J[redacted] am 3. Oktober 1967 in der Krankenhauspfarrei die Bezeichnung "Stiefsohn" in der Niederschrift vom 30. September 1967 in "Sohn" umändern und am 9. Oktober 1967 durch den Kuraten Z[redacted] das Wort "Niederschrift" sowie den Satz "Die Niederschrift wurde Frau S[redacted] vorgelesen und von ihr genehmigt" ergänzend einfügen.

2. Am 27. Oktober 1967 beantragte der Antragsteller beim Nachlaßgericht München die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben ausweisen sollte. Er ist der Ansicht, die Erblasserin habe ihn durch formgültiges und rechtswirksames Drei-Zeugen-Testament vom 30. September 1967 zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Die Halbbrüder und gesetzlichen Erben der Erblasserin, Franz und Georg Z[redacted], sind dem Antrag entgegengetreten. Sie halten die "Bestätigung" vom 30. September 1967

für unwirksam, weil sie nicht den Formerfordernissen eines Drei-Zeugen-Testamentes entspreche; im übrigen machen sie geltend, die Erblasserin sei am Tage vor ihrem Tode bereits testierunfähig gewesen. Das Amtsgericht hat den Erbscheinsantrag zurückgewiesen, da das Testament nicht in Gegenwart des Kuraten Zw[redacted] als des dritten Zeugen der Erblasserin vorgelesen und von ihr genehmigt worden und deshalb wegen Formmangels nichtig sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht München I als unbegründet zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag auf Erteilung des Erbscheins weiter.

3. Das Bayerische Oberste Landesgericht will sich der Ansicht der Vorinstanzen anschließen, daß die Niederschrift vom 30. September 1967 kein rechtswirksames Nottestament im Sinne des § 2250 BGB sei, weil sie nicht in Gegenwart aller drei Zeugen der Erblasserin vorgelesen und von ihr genehmigt worden sei. Es vertritt die Auffassung: Ein gültiges Drei-Zeugen-Testament komme nur dann zustande, wenn die drei Zeugen bei der ganzen Verhandlung über die Testamentserrichtung, also nicht nur bei der Erklärung des letzten Willens, sondern auch bei der Verlesung der hierüber aufzusetzenden Niederschrift, ihrer Genehmigung und der Unterzeichnung durch den Erblasser (sofern dieser nicht schreibunfähig sei) zugegen seien. Dies folge bereits daraus, daß das Nottestament nach § 2250 Abs. 2 BGB "vor drei Zeugen"

errichtet werde,die damit gewissermaßen in ihrer Gesamtheit an die Stelle der Urkundsperson, des Richters oder Notars, träten. Einer ausdrücklichen gesetzlichen Verweisung auf die Bestimmung des § 2239 BGB, in der die dauernde Anwesenheit der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung angeordnet werde, habe es in § 2250 Abs. 3 BGB nicht bedurft; denn mit einer derartigen Verweisung wäre nur etwas Selbstverständliches wiederholt worden.Wenn auch nicht zu verkennen sei, daß die Testamentsform des § 2250 Abs. 2 BGB für besondere Notfälle, wie etwa Bergunfälle, gedacht sei, so sei doch aus Gründen der Beweiskraft und Rechtssicherheit - bei einem Testament,das nur vor Laien errichtet werde - die Anwesenheit aller drei Zeugen während der ganzen Verhandlung unumgänglich. Wollte man hingegen § 2250 Abs. 2 und 3 BGB dahin auslegen, daß bei der Verlesung der Niederschrift über den letzten Willen des Erblassers und ihrer Genehmigung nicht alle Zeugen zugegen zu sein brauchten, dann wäre kein Grund ersichtlich, das Fehlen nur eines Zeugen als unschädlich zu beurteilen; vielmehr müßte es alsdann auch genügen, wenn lediglich einer der Zeugen anstelle einer Urkundsperson bei diesem Teil der Testamentserrichtung anwesend wäre. Das müßte, da es bei dem Drei-Zeugen-Testament keines besonderen Schreibzeugen (im Sinne des § 2242 Abs. 3 BGB) bedürfe, auch für Fälle wie den hier zu entscheidenden gelten, in denen der Erblasser das Testament nicht unterschreiben konnte. Unter solchen Umständen sei jedoch

- bei einem ordentlichen "öffentlichen" Testament - sogar der Richter oder Notar nach § 2242 Abs. 3 BGB gehalten, einen Zeugen zuzuziehen. Aus diesem Grunde könne eine derart weite Auslegung des § 2250 Abs. 2 und 3 BGB nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Abgesehen vom Fehlen jeglicher Kontrollmöglichkeit erscheine es nämlich ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber einem zufällig anwesenden Laien, der als Zeuge bei der Errichtung eines Nottestaments zugezogen werde, allein die oft schwierige Entscheidung überlassen haben sollte, ob beispielsweise ein Kopfnicken oder eine sonstige Gebärde des Erblassers als Genehmigung der Niederschrift seines letzten Willens zu deuten sei.

4. Aus den dargelegten Gründen möchte das Bayerische Oberste Landesgericht die weitere Beschwerde als unbegründet zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Freiburg vom 15. August 1949 (HEZ 2, 338 ff) und des Kammergerichts vom 22. März 1956 (NJW 1957,953) gehindert, die die gleichzeitige Anwesenheit der drei Zeugen bei allen Teilen des Errichtungsaktes für die Wirksamkeit eines Nottestaments im Sinne des § 2250 Abs. 2 BGB nicht für zwingend erforderlich halten.

Das Oberlandesgericht Freiburg ist der Auffassung, angesichts der bei Unglücksfällen gewöhnlich bestehenden Notwendigkeit beschleunigter Hilfeleistung werde sich eine vorübergehende Entfernung des

einen oder anderen Zeugen häufig nicht vermeiden lassen; hieran könne indessen die Möglichkeit, ein rechtswirksames Drei-Zeugen-Testament zu errichten, nicht scheitern. Der Zweck, den das Gesetz mit der Anordnung der Zuziehung von drei Zeugen verfolge, liege nur darin, daß auf diese Weise mit Hilfe einer dreifachen Kontrolle eine unrichtige Wiedergabe der Erklärungen des Erblassers infolge von Mißverständnissen oder Verfälschungen verhindert werden solle. Diesem Kontrollzweck könne aber im einzelnen Fall auch dadurch genügt werden, daß die Niederschrift über die letztwillige Erklärung des Erblassers vor zwei Zeugen verlesen werde, wenn der dritte Zeuge sie durchgelesen und sich damit Kenntnis von ihrem Inhalt verschafft habe.

Das Kammergericht hält die Regelung über die Errichtung eines Drei-Zeugen-Testaments in § 2250 Abs. 3 BGB für erschöpfend und abschließend mit der Folge, daß eine entsprechende Anwendung der - in § 2250 Abs. 3 BGB nicht angeführten - Vorschrift des § 2239 BGB nicht in Betracht komme und ein Drei-Zeugen-Testament demgemäß nicht deshalb unwirksam sei, weil - in dem vom Kammergericht entschiedenen Fall - der Erblasser die Niederschrift über seine letztwillige Erklärung in Gegenwart von nur zwei und nicht drei Zeugen unterschrieben habe.

Mit Rücksicht auf die von seiner Auffassung abweichenden Beschlüsse des Oberlandesgerichts Freiburg und des Kammergerichts hat das Bayerische

Oberste Landesgericht die weitere Beschwerde gemäß § 28 FGG unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 FGG sind gegeben. Denn das Bayerische Oberste Landesgericht will bei der Auslegung einer reichs- (bundes-) gesetzlichen Vorschrift - des § 2250 BGB -, die eine der in § 1 FGG näher bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von den auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidungen des Oberlandesgerichts Freiburg und des Kammergerichts abweichen.

Ob eine Klärung der unter den Gerichten streitigen Rechtsfragen für die Entscheidung über die anhängige weitere Beschwerde unerläßlich ist, bedarf hier nicht der Prüfung. Für die Zulässigkeit der Vorlage genügt es, daß von dem Standpunkt des vorlegenden Bayerischen Obersten Landesgerichts aus eine Stellungnahme zur Frage der Auslegung des § 2250 BGB notwendig ist. Wenn sich auch die Fallgestaltungen, die den Beschlüssen des Oberlandesgerichts Freiburg und des Kammergerichts zugrundelagen, von derjenigen der anhängigen weiteren Beschwerde insofern unterscheiden, als in den früheren Fällen die Niederschrift über den letzten Willen jeweils vom Erblasser unterschrieben worden war und die Gerichte ausdrücklich die Anwesenheit

sämtlicher Zeugen bei der Unterzeichnung durch den Erblasser nicht als zwingend erforderlich angesehen haben, so hat doch jedenfalls das Oberlandesgericht Freiburg die Gegenwart aller drei Zeugen auch bei der Verlesung der Niederschrift nicht für notwendig erachtet, sofern der fehlende Zeuge sie nur durchgelesen hat. In dieser Hinsicht weicht die Auffassung des vorlegenden Bayerischen Obersten Landesgerichts von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Freiburg ab, die dieses über "dieselbe Rechtsfrage", wenn auch zu der früheren gesetzlichen Bestimmung des § 24 Testamentsgesetz, erlassen hat. Während nämlich das Oberlandesgericht Freiburg die Vorschrift des § 24 Abs. 2 Testamentsgesetz (entsprechend jetzt § 2250 Abs. 2 BGB) dahin ausgelegt hat, daß die gleichzeitige Anwesenheit sämtlicher Zeugen bei allen Teilen des Testamentserrichtungsaktes nicht zwingend geboten sei, daß es vielmehr genüge, wenn einer der Zeugen, statt der Verlesung der Niederschrift zuzuhören, diese selbst durchlese, vertritt das Bayerische Oberste Landesgericht die Ansicht, ein gültiges Drei-Zeugen-Testament im Sinne des § 2250 Abs. 2 BGB setze die dauernde Anwesenheit aller drei Zeugen bei dem gesamten Errichtungsvorgang, auch der Verlesung der Niederschrift über die letztwillige Erklärung des Erblassers, voraus; auf die Zuziehung eines Zeugen bei der Verlesung der Niederschrift könne auch dann nicht verzichtet werden, wenn dieser die - vom Erblasser genehmigte - Niederschrift (nicht nur durchgelesen, sondern) selbst aufgesetzt habe. In dem vom Oberlandesgericht

Freiburg entschiedenen Fall hatte zwar im Gegensatz zu dem Fall der anhängigen weiteren Beschwerde der Erblasser die Niederschrift über die Erklärung seines letzten Willens noch selbst unterschrieben. Diesem Umstand hat das Oberlandesgericht Freiburg indessen für die Beurteilung der Gültigkeit des Testaments - auch unter dem Gesichtspunkt des § 16 Abs.1 Satz 3 Testamentsgesetz (entsprechend jetzt § 2242 Abs. 1 Satz 3 BGB) - keine maßgebliche Bedeutung beigemessen. Vielmehr hat es seine Entscheidung auf eine allgemeine Auslegung des § 24 Testamentsgesetz nach dem Inhalt der Bestimmung und dem ihr zugrunde liegenden Gesetzeszweck abgestellt. Da das Bayerische Oberste Landesgericht von dieser Entscheidung unabhängig von der im "Testament" vom 30. September 1967 fehlenden Unterschrift der Erblasserin abweichen und damit die Vorschrift des § 2250 BGB anders auslegen will, als das Oberlandesgericht Freiburg die entsprechende Vorschrift des § 24 Testamentsgesetz ausgelegt hat, ist die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG zu Recht dem Bundesgerichtshof vorgelegt worden.

III.

Dieser hat daher nach § 28 Abs. 3 FGG über das Rechtsmittel zu entscheiden.

1. Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts München I, durch den die Beschwerde gegen den - den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins

wegen Unwirksamkeit des Nottestaments vom 30. September 1967 zurückweisenden - Beschluß des Amtsgerichts München als unbegründet zurückgewiesen worden ist, ist zulässig (§§ 27, 19, 20 FGG) und auch formgerecht eingelegt worden (§ 29 FGG, § 199 Abs. 1 FGG iVm Art. 23 BayAGGVG).

2. Sachlich führt sie jedoch nicht zum Erfolg. Denn es ist der Auffassung des vorlegenden Bayerischen Obersten Landesgerichts beizutreten, daß die "Bestätigung" vom 30. September 1967 kein rechtswirksames Nottestament im Sinne des § 2250 Abs. 2 BGB enthält, weil sie der Erblasserin nur in Gegenwart der Eheleute Fr[redacted] und Maria J[redacted], aber in Abwesenheit des dritten Zeugen, des Kuraten Hermann Zw[redacted], vorgelesen worden ist.

a) Nach § 2250 Abs. 2 BGB kann ein Erblasser, der sich in so naher Todesgefahr befindet, daß er seinen letzten Willen voraussichtlich nicht mehr vor einem Richter, einem Notar oder - in der Form eines Nottestaments nach § 2249 BGB - vor dem Bürgermeister der Gemeinde beurkunden lassen kann, ein Testament "durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen" errichten. Wie dem Wortlaut dieser Bestimmung zu entnehmen ist, muß sich der Vorgang der Testamentserrichtung vor diesen drei Zeugen vollziehen. Sie werden nicht, wie beispielsweise in den Fällen der §§ 2233, 2249 Abs. 1, 2242 Abs. 3 BGB von dem Richter, Notar oder Bürgermeister bei der Errichtung eines Testaments als zusätzliche Überwachungs-

oder Schreib- bzw. Genehmigungszeugen "zugezogen", sondern das Testament wird "vor ihnen errichtet". Damit treten sie gewissermaßen an die Stelle der Amtsperson und übernehmen die Beurkundungsfunktion des Richters, Notars oder Bürgermeisters,vor denen in der Regel Testamente errichtet werden (§§ 2231 Nr. 1, 2249 BGB; vgl. Lange Erbrecht 1962 § 20 S. 191 unter 3) und Anm. 7). Erklärt ein Erblasser seinen letzten Willen vor einem Richter, Notar oder Bürgermeister, so muß dieser nach § 2239 BGB während des ganzen Vorgangs der Testamentserrichtung zugegen sein; denn er gehört zu den "mitwirkenden Personen" im Sinne der genannten Vorschrift (BGB RGRK.11. Aufl. 1961, § 2233 Anm. 1, § 2249 Anm. 10). Seine Anwesenheit ist also nicht nur bei der Erklärung des Erblassers über seinen letzten Willen (§ 2238 Abs. 1 1. Halbsatz BGB) erforderlich, sondern ebenso bei der Verlesung der über die Erklärung anzufertigenden Niederschrift (§§ 2240, 2241 BGB) und bei der Genehmigung und Unterzeichnung der Niederschrift durch den Erblasser (§ 2242 BGB); erst hiermit ist die Testamentserrichtung abgeschlossen. Wenn nun im Falle des § 2250 Abs. 2 BGB das Testament anstatt vor einer Amtsperson "vor drei Zeugen" errichtet wird, so ist zunächst nach dem Wortlaut der Bestimmung kein Grund ersichtlich, die drei Zeugen anders zu behandeln als die Urkundspersonen, die sie - in ihrer Gesamtheit - zu ersetzen haben, und nicht auch ihre ständige Anwesenheit während aller Teile des Testamentserrichtungsvorgangs zu verlangen (vgl.

Motive V S. 285; Planck BGB 4. Aufl. 1930 § 2250 Anm. 3; Staudinger BGB 10./11. Aufl. 1960, § 2250 Anm. 12; BGB RGRK aaO § 2250 Anm. 9; Palandt BGB 28. Aufl. 1969 § 2250 Anm. 3; Kipp-Coing Erbrecht 12. Bearbeitung 1965 S. 151 Fußnote 9; anderer Ansicht Soergel-Siebert BGB 9. Aufl. 1961 § 2250 Rdn. 6; Erman BGB 4. Aufl. 1967 § 2250 Anm.1). Aus der Formulierung, daß das Testament "durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen" errichtet wird,kann nichts anderes geschlossen werden. Die Testamentserrichtung "durch mündliche Erklärung" bezeichnet nämlich nur eine der möglichen Formen, in denen vor einer Urkundsperson testiert werden kann - im Gegensatz zur Errichtung eines Testaments durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift, § 2238 Abs. 1 und 2 BGB. Das deutsche Recht hat jedoch bei der - auf österreichischen Wunsch zurückgehenden - Einführung der dem heutigen § 2250 Abs. 2 BGB entsprechenden Vorschrift des § 24 Abs.2 Testamentsgesetz nicht das rein mündliche Testament des österreichischen Rechts (§ 585 österreichisches ABGB) übernommen (vgl. hierzu KG in JFG 21, 293 ff). Vielmehr bedarf es nach deutschem Recht zur Errichtung eines rechtswirksamen öffentlichen Testaments, sowohl bei der mündlichen Erklärung des Erblassers als auch bei der Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift, der Abfassung einer Niederschrift, die dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben werden muß; diese Akte sind notwendige Bestandteile des Errichtungsvorgangs. Sie müssen deshalb in Gegenwart der "mitwirkenden Personen" im Sinne des § 2239 BGB vollzogen werden.

Zu diesen "mitwirkenden Personen" gehören nach Auffassung des Senats im Falle des § 2250 Abs.2 BGB die drei Zeugen, vor denen das Nottestament bei naher Todesgefahr errichtet wird. Zwar enthält die Vorschrift des § 2250 Abs. 3 BGB - worauf das Oberlandesgericht Freiburg und das Kammergericht zutreffend hingewiesen haben - im Gegensatz zu § 2249 BGB keine ausdrückliche Verweisung auf § 2239 BGB. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, daß die drei Zeugen nicht - als mitwirkende Personen - während der ganzen Verhandlung über die Testamentserrichtung zugegen sein müßten. Die Verweisungen auf andere Bestimmungen in § 2250 Abs. 3 BGB einerseits und in § 2249 BGB andererseits haben einen unterschiedlichen Inhalt. Während in § 2249 Abs. 1 Satz 3 BGB für das Nottestament vor dem Bürgermeister insgesamt auf die Vorschriften über die Errichtung eines öffentlichen Testaments (§§ 2234 bis 2246 BGB) verwiesen wird, werden in § 2250 Abs.3 BGB jeweils einzelne Bestimmungen - über die Ausschließungsgründe für die Mitwirkung als Zeuge und über die Form der Errichtung der Niederschrift - für entsprechend anwendbar erklärt. Außerdem unterscheiden sich die "Zeugen" bei dem Bürgermeistertestament auch insofern von denjenigen des Drei-Zeugen-Testaments, als im Falle des § 2249 BGB zwei Zeugen als Überwachungszeugen von dem Bürgermeister als Urkundsperson zugezogen werden, wohingegen die drei Zeugen im Falle des § 2250 Abs. 2 BGB selbst die Beurkundungsfunktion übernehmen. Es liegt deshalb nahe anzunehmen, daß dem Gesetzgeber eine

Verweisung auf § 2239 BGB in § 2250 Abs. 3 BGB (ursprünglich § 24 Abs. 2 Testamentsgesetz) überflüssig erschien, weil sie - entsprechend der Regelung in § 2250 Abs. 1 und 3 BGB a.F. - nur etwas nach dem Inhalt des § 2250 Abs. 2 BGB Selbstverständliches zum Ausdruck gebracht hätte (vgl. zu § 2250 Abs. 1 und 3 BGB a.F.: Motive V S. 285). Allerdings hätte es auch in § 2249 Abs. 1 Satz 3 BGB der Bezugnahme auf § 2239 BGB nicht bedurft, da die Überwachungszeugen des § 2249 Abs. 1 Satz 2 BGB ohnehin zu den "mitwirkenden Personen" im Sinne von § 2239 BGB zu zählen sind (vgl. Staudinger aaO § 2239 Rdn. 1-8 und 10). Ebenso wie § 2250 Abs. 3 BGB enthält im übrigen auch § 2233 BGB keine Verweisung auf § 2239 BGB. Dennoch unterliegt es keinem Zweifel, daß die Überwachungspersonen, die der Richter oder Notar bei der Testamentserrichtung durch einen tauben, blinden, stummen oder sonst am Sprechen verhinderten Erblasser zuziehen muß, nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich um ihre Überwachungsfunktion wirksam zu erfüllen, während der ganzen Verhandlung über die Errichtung des Testaments anwesend sein müssen (Staudinger aaO § 2233 Rdn. 1 und 13, § 2239 Rdn. 3; Palandt aaO § 2239 Anm. 2). Gilt das aber - ohne ausdrücklichen Hinweis auf § 2239 BGB - für den Fall des § 2233 BGB, so zwingt der Wortlaut des § 2250 Abs. 3 BGB ebenfalls nicht zu einer Auslegung dieser Bestimmung in dem Sinn, daß sie als erschöpfende und abschließende Regelung über die Errichtung eines Drei-Zeugen-Testaments eine Anwendung des § 2239 BGB ausschließen müßte.

b) Ebensowenig vermögen der erkennbare Wille des Gesetzgebers bei Schaffung der Vorschrift des § 2250 Abs. 2 BGB (§ 24 Abs. 2 Testamentsgesetz) und der Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung die Ansicht zu stützen, daß die drei Zeugen nicht bei allen wesentlichen Teilen des Testamentserrichtungsvorgangs, sondern etwa nur bei der mündlichen Erklärung des Erblassers über seinen letzten Willen, gemeinsam zugegen sein müßten (Soergel-Siebert aaO § 2250 Rdn. 6; BGB RGRK aaO § 2250 Anm. 9). Mit der Einführung des Nottestaments nach § 24 Abs. 2 Testamentsgesetz (jetzt § 2250 Abs. 2 BGB) sollte dem Erblasser, der sich in naher Todesgefahr befindet und seinen letzten Willen nicht mehr eigenhändig niederschreiben kann, die Möglichkeit gegeben werden, unter erleichterten Bedingungen ein gültiges Testament zu errichten. Dabei wurde die Form des Drei-Zeugen-Testaments vor Laien gewählt, um zu verhindern, daß in Fällen, in denen keine Urkundsperson erreichbar ist, der Wille des Erblassers zur Testamentserrichtung an diesem äußeren Umstand scheitern müßte (vgl. Begründung zum Testamentsgesetz in Deutsche Justiz 1938, 1254 ff zu § 24).

Das Oberlandesgericht Freiburg (HEZ 2, 239) hat allerdings in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, die Verwirklichung des letzten Willens des Erblassers dürfe bei naher Todesgefahr nur von der Beachtung derjenigen Formalitäten abhängig gemacht werden, deren Einhaltung zur einwandfreien Ermittlung des letzten Willens schlecht-

hin unentbehrlich sei, bei schärferen Anforderungen würde die Wohltat erleichterter letztwilliger Verfügungsmöglichkeit praktisch bedeutungslos werden. Jedoch müssen sich die an die Gültigkeit des Testaments zu stellenden Anforderungen im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen halten. Die Bedeutung des Nottestaments - wie die eines jeden Testaments - liegt in der Tat darin, daß es durch möglichst klare und unmißverständliche Wiedergabe der Erklärungen des Erblassers dessen letzten Willen sowohl zum Ausdruck als auch zur Geltung bringen soll. Welche Anforderungen aber erfüllt sein müssen, damit die statt von einem Richter oder einem Notar (ggfs. von einem Bürgermeister) von Laien niedergelegten Erklärungen des Erblassers als rechtsverbindliche Wiedergabe seines in naher Todesgefahr geäußerten letzten Willens gewertet werden können, das zu beurteilen steht nicht im Ermessen des Gerichts, sondern ist im einzelnen gesetzlich vorgeschrieben. So verzichtet § 2250 Abs. 2 und 3 BGB trotz der Absicht des Gesetzgebers, eine erleichterte Testiermöglichkeit zu schaffen, nicht auf die Abfassung einer Niederschrift über die Erklärung des Erblassers sowie auf das Erfordernis der Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Niederschrift (§§ 2250 Abs.3, 2240, 2241, 2241 a, 2242 BGB). Wenn dieser Vorgang auch zeitraubend sein mag und es unter Umständen, z.B. bei Bergunfällen, Schwierigkeiten bereiten wird, Schreibmaterial zu beschaffen, sind doch die Aufnahme einer Niederschrift, ihre Verlesung und die Genehmigung durch den Erblasser unerläßliche

Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Nottestaments im Sinne des § 2250 Abs. 2 BGB (Staudinger aaO § 2250 Rdn. 13; BGB RGRK aaO § 2250 Anm. 8; Palandt aaO § 2250 Anm. 4; KG in JFG 21, 293; anders früher RG in DR 1944, 841; vgl. auch für den Fall des § 2249 BGB: BGHZ 37, 79 ff, 88/89). Das Oberlandesgericht Freiburg hat zwar seine Ansicht mit der - durchaus zutreffenden - Erwägung begründet, daß sich gerade bei Unglücksfällen häufig die zeitweise Entfernung von Zeugen nicht vermeiden lassen wird. Dieser Umstand kann indessen die Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Nottestaments ebensowenig beeinflussen wie beispielsweise das Fehlen von Schreibmaterial für die Abfassung der Testamentsniederschrift. Halten sich nur noch zwei oder ein Zeuge in der Nähe des Erblassers auf, so kann die Testamentserrichtung nicht weitergeführt und vollendet werden. Die Lage entspricht dann den Fällen, in denen von Anfang an nur weniger als drei Zeugen zugegen sind. Unter solchen Umständen entfällt die Möglichkeit, ein Nottestament nach § 2250 Abs. 2 BGB zu errichten, von vornherein, da der Gesetzgeber bei Einführung des § 24 Abs. 2 Testamentsgesetz - entgegen der Meinung des Erbrechtsausschusses, der sich wegen seiner Bedenken gegen die Überspannung der Formanforderungen mit zwei Zeugen begnügen wollte (vgl. erste Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht 1937, S. 89-92) - die Regelung des § 2250 Abs. 1 BGB a.F. übernommen und auch für das Nottestament bei naher Todesgefahr des Erblassers die Anwesenheit von drei Zeugen zur Voraussetzung gemacht hat.

Will der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen (durch mündliche Erklärung) errichten, so geht der Hauptzweck des Gesetzes dahin, eine zuverlässige Wiedergabe des Inhalts und der Ernstlichkeit seiner letztwilligen Erklärung zu gewährleisten (BGHZ 37, 79/92; RG in DR 1945, 56/57). Dies gilt - so wie für alle Testamente - im besonderen Maße für das Nottestament des § 2250 Abs. 2 BGB, weil sich der Betroffene gerade bei Unglücksfällen, die den Hauptanwendungsbereich des § 2250 Abs. 2 BGB bilden, plötzlich und unerwartet der Notwendigkeit gegenübergestellt sieht, seinen letzten Willen zu erklären. Zudem wird durch die besondere Situation der "nahen Todesgefahr" die Möglichkeit von Irrtümern und Mißverständnissen erhöht, zumal wenn sich der Erblasser nur noch schwer verständlich machen kann (vgl. OLG Celle in OLGZ 1968, 487). Um den hiermit verbundenen Gefahren zu begegnen, sieht das Gesetz in § 2250 Abs. 2 BGB die Testamentserrichtung vor drei Zeugen vor, die gemeinsam die Verantwortung für die fehlerfreie Auffassung und die richtige Beurkundung des vom Erblasser erklärten letzten Willens zu tragen haben (RG in DR 1945, 56/57; BGHZ 3, 372, 378/79). Die drei Zeugen sind also einerseits für die richtige "Auffassung" der Erklärung des Erblassers verantwortlich; zu diesem Zweck müssen sie gemeinsam bei der Erklärung zugegen sein und diese anhören (BGB RGRK aaO § 2250 Anm. 9). Zum anderen obliegt ihnen die Verantwortung dafür, daß der erklärte letzte Wille zutreffend im Sinne des Erblassers schriftlich niedergelegt wird. Um das zu gewährleisten, ist die

Verlesung der über die letztwillige Erklärung aufzusetzenden Niederschrift angeordnet, damit der Erblasser alsdann zum Ausdruck bringen kann, ob er bei der Abgabe seiner Erklärungen richtig verstanden worden ist und ob die angefertigte Niederschrift seinem letzten Willen entspricht. Ist das der Fall, dann muß der Erblasser die Niederschrift durch ausdrückliche Erklärung oder auf sonstige Weise genehmigen. Dabei kann sich die Notwendigkeit ergeben, ein Zeichen oder eine Gebärde des Erblassers entweder im Sinne einer Zustimmung oder als Ablehnung zu deuten. Hierzu sind wiederum - anstelle einer Urkundsperson - die drei Zeugen berufen, denen damit eine weitere, besondere Kontrollfunktion übertragen ist. Erst wenn der Erblasser die Niederschrift nach der übereinstimmenden Beurteilung der drei Zeugen genehmigt hat, steht mit der vom Gesetz geforderten Sicherheit fest, daß ihr Inhalt der Erklärung über den letzten Willen entspricht. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Verlesen und die Genehmigung der Niederschrift durch den Erblasser ein ebenso wesentlicher Bestandteil der Testamentserrichtung wie die Abgabe der letztwilligen Erklärung selbst, und der Zweck der gesetzlichen Bestimmung des § 2250 Abs. 2 BGB erfordert demgemäß - zur Gültigkeit des Nottestaments - in gleicher Weise wie bei der Erklärung des Erblassers auch bei dem Verlesen und der Genehmigung der Niederschrift die Anwesenheit sämtlicher drei Zeugen.

c) Wollte man demgegenüber mit dem Oberlandesgericht Freiburg (ebenso Soergel-Siebert aaO § 2250 Rdn. 6) ein rechtswirksames Nottestament nach § 2250 Abs. 2 BGB auch dann annehmen, wenn die Niederschrift über die Erklärung des Erblassers in Gegenwart von nur zwei Zeugen verlesen und von dem dritten Zeugen lediglich durchgelesen worden ist, dann wäre nicht ersichtlich, auf welche Weise sich der dritte Zeuge in einem derartigen Falle die Gewißheit verschafft haben sollte, ob der Erblasser die Niederschrift genehmigt hat. Der dritte Zeuge könnte unter diesen Umständen die ihm nach dem Gesetz obliegende Verantwortung nicht auf sich nehmen, daß die Niederschrift die von sämtlichen Zeugen richtig verstandene und vom Erblasser selbst nach dem Verlesen genehmigte Erklärung über seinen letzten Willen enthält. Damit wäre das Testament nicht vor drei, sondern nur vor zwei Zeugen, die die volle Verantwortung für die fehlerfreie Auffassung und Beurkundung des erklärten letzten Willens übernehmen könnten, errichtet worden.

Ließe man im übrigen die Verlesung der Niederschrift vor zwei Zeugen genügen, dann ergäbe sich - darin ist dem vorlegenden Bayerischen Obersten Landesgericht zu folgen - aus dem Gesetz kein zwingender Grund dagegen, nicht auch das Verlesen in Anwesenheit nur eines einzigen Zeugen (und die Durchsicht der Niederschrift durch die beiden übrigen) für ausreichend zu halten. Damit wäre indessen sowohl eine gemeinsame Verantwortung für die Richtigkeit der Niederschrift

als auch jede gegenseitige Kontrolle der bei der Testamentserrichtung als "Urkundspersonen" mitwirkenden Zeugen ausgeschlossen. Das widerspräche erkennbar dem Sinn und Zweck des § 2250 Abs. 2 BGB.

d) Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß die Erblasserin nicht mehr in der Lage war, die Niederschrift über ihren letzten Willen eigenhändig zu unterschreiben. Jedenfalls in einem derartigen Fall kann auf die Anwesenheit aller drei Zeugen bei der Verlesung und Genehmigung der Niederschrift nicht verzichtet werden. Ist nämlich ein Erblasser schreibunfähig, so muß nach § 2242 Abs. 3 Satz 2 BGB selbst der beurkundende Richter oder Notar bei dem Vorlesen und der Genehmigung der Niederschrift einen Schreib- bzw. Genehmigungszeugen zuziehen (wenn nicht ohnehin eine Überwachungsperson zugegen ist). Dieser Umstand spricht - im Zusammenhang damit, daß nach § 2242 Abs. 1 Satz 3 BGB bei eigenhändiger Unterschrift des Erblassers unter der Niederschrift ihre Verlesung und Genehmigung vermutet wird - für die erhebliche Bedeutung, die das Gesetz dem Vorgang des Verlesens und der Genehmigung und dem einwandfreien Nachweis hierüber beimißt.

Dieser Nachweis ist im Falle des § 2250 Abs. 2 BGB nur dann mit der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheit erbracht, wenn die drei Zeugen nicht nur bei der Erklärung des Erblassers, sondern ebenso bei dem Verlesen der Niederschrift

über seinen letzten Willen und bei der Genehmigung dieser Niederschrift - sämtlich - zugegen sind. Das Fehlen eines oder mehrerer Zeugen bei einem dieser Testamentserrichtungsakte stellt keinen bloßen Formfehler bei der Abfassung der Niederschrift dar, der über §§ 2250 Abs. 3, 2249 Abs. 6 BGB heilbar wäre (vgl. KG in JFG 21, 293; KG in DNotZ 1942, 338/339; BayObLG in BayObLGZ 1965, 341). Vielmehr führt es, da es eines der materiellen Erfordernisse des Testamentserrichtungsvorganges selbst verletzt, zur Unwirksamkeit des Nottestaments nach § 2250 Abs. 2 BGB.

3. Nach alledem haben das Amts- und Landgericht dem Antragsteller zu Recht die Erteilung des beantragten Erbscheins versagt. Die weitere Beschwerde des Antragstellers erweist sich mithin als unbegründet und ist daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG.

Meyer

Bundesrichter Dr.Kreft ist beurlaubt und kann deshalb nicht unterschreiben.

Meyer

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Keßler