

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 2239

Ein Testamentszeuge ist jedenfalls dann bei der Errichtung des Testamentes "zugegen", wenn er zu Beginn der Verhandlungen den (im Bett liegenden) Erblasser gesehen und sich einen Überblick über die Lage verschafft, anschließend vom Nebenraum aus durch die geöffnete Tür aus geringer Entfernung das, was gesprochen wurde, gehört und die Möglichkeit gehabt hat, die Vorgänge auch mit den Augen zu verfolgen, wenn er dies wollte.

BGH, Urt. v. 2. Juli 1964 - III ZR 31/63 - OLG Karlsruhe (Freiburg)  
LG Freiburg i. Br.

III\_ZR\_31/63

V e r k ü n d e t

am 2. Juli 1964

■, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

I m   N a m e n   d e s   V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Anna R ■ geb. F ■ in H ■  
a. Rhein, Rh ■ straße ■,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. ■ -

g e g e n

1. Wilhelmine B ■ geb. F ■ in Br ■/Baden,
2. den Sattler Georg F ■ in H ■ a. Rhein, Rh ■  
straßen ■,
3. den Zollsekretär Paul F ■ in W ■,  
Ha ■ straße ■,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juli 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des  
Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg -  
vom 20. Dezember 1962 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von den Beklagten, ihren Geschwistern, die Übertragung des elterlichen Anwesens auf Grund eines Testamentes, dessen Gültigkeit die Beklagten bestreiten.

Im Grundbuch für H. a. Rhein Band , Heft 30 sind als Miteigentümer zu je 1/2 eines 2,62 ar großen Grundstücks, auf dem ein Wohnhaus mit Anbauten steht, eingetragen: Georg F., Landwirt, und seine Ehefrau Anna F. geb. S.. Die Miteigentümerin Anna F. ist am 18. Juni 1954 verstorben und kraft Gesetzes von ihrem Ehemann Georg F. zu 1/4 und den ehelichen Kindern:

Wilhelm F., Friseurmeister in Basel,  
Wilhelmine B., geb. F. (Erstbeklagte),  
Anna R., geb. F. (Klägerin),  
Georg F. (Zweitbeklagter),  
Rosa D., geb. F., und  
Paul F. (Drittbeklagter)

zu 3/4 beerbt worden. Am 27. November 1959 ist Georg F. im Alter von 81 Jahren verstorben. Er ist von seinen 6 Kindern zu je 1/6 beerbt worden.

Am 22. November 1959 hatte Georg F. ein Nottestament vor dem Bürgermeister der Gemeinde H. a. Rhein errichtet. Als Zeugen waren dabei der Landwirt Franz H. und Frau Wilhelmine S. geb. I., Ehefrau des Arbeiters Stefan S., zugezogen. In dem Testament hat der Erblasser u.a. bestimmt:

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



"Das mir und meiner verstorbenen Ehefrau gehörende Hausgrundstück mit allen Gebäulichkeiten soll nach meinem Tode auf meine Tochter Anna R. [REDACTED] geb. F. [REDACTED] übergehen zum Preis von 6.000 DM, in Worten Sechstausend Deutsche Mark, so daß jedes ihrer Geschwister DM 1.000 erhält und zwar drei Monate nach meinem Ableben. Mein Bargeld und Spareinlagen erhält meine Tochter Anna, sie hat dafür sämtliche Leichenkosten zu tragen und das Grab in Ordnung zu halten, was hierfür nicht gebraucht wird, gilt als Lohn für meine Verpflegung. Das noch vorhandene Brennholz gehört ihr ebenfalls."

Dieses Testament haben die drei Beklagten am 16. Dezember 1959 vor dem Nachlaßgericht mit der Begründung "angefochten", der Erblasser sei testierunfähig gewesen und zur Errichtung des Testaments gezwungen worden.

Die Klägerin behauptet, der Erblasser sei testierfähig gewesen und habe das Testament ohne Beeinflussung nach seinem freien Willen errichtet. Er sei damals zwar krank und geistig nicht mehr sehr rege gewesen, habe aber genau gewußt, daß er ein Testament errichte.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, in die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin des bezeichneten Grundstücks einzuwilligen und die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin des Grundstücks zu bewilligen Zug um Zug gegen Zahlung von DM 1.000 an jeden Beklagten.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen, und vorgetragen, der Erblasser sei am 22. November 1959 nicht mehr testierfähig gewesen.

Beide Parteien gehen davon aus, das Testament enthalte die Anordnung eines sogen. Verschaffungsvermächtnisses.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Mit ihrer Berufung haben die Beklagten u.a. geltend gemacht, bei der Errichtung des Testaments seien die Zeugen nicht während der ganzen Verhandlung zugegen gewesen. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagten bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Das Testament sei nicht ordnungsgemäß errichtet, da die Zeugin Wilhelmine Sc[REDACTED] nicht während der Errichtung des Testaments "zugegen" gewesen sei (§§ 2249, 2239 BGB). Die Folge eines Verstoßes gegen diese Bestimmung führe im Gegensatz zur Verletzung solcher Formvorschriften, die bei der Abfassung der Niederschrift unterliefen (§ 2249 Abs. 6 BGB), zur Nichtigkeit des Testaments (§ 125 BGB). Die Zeugin Sc[REDACTED] habe nach ihren Angaben vor dem Senat, denen die Parteien nicht widersprochen hätten, und die der Senat für glaubwürdig halte, am 22. November 1959 nach dem Betreten des Hauses nur einen kurzen Blick vom Wohnzimmer aus auf den Erblasser geworfen und sich dann auf eine Bank im Nebenzimmer gesetzt. Von diesem Platze habe sie durch die offene Zimmertür zum Schlafzimmer die von dem in seinem Bett liegenden Erblasser gesprochenen Worte zwar gehört, aber ihn während der ganzen Verhandlung überhaupt nicht gesehen. Die Zeugin habe die Vorgänge am Bett des Erblassers also nur mit ihren Ohren, aber

nicht mit ihren Augen verfolgt. Damit sei die Zeugin aber nicht zugegen im Sinne der Bestimmung des § 2239 BGB gewesen (vgl. OLG Colmar, Recht 1913 Nr. 168; KG OLG 32, 64 und KG Recht 1924 Nr. 833 sowie RGRK 11. Aufl. § 2239 Anm. 4; Planck-Strecker, BGB 4. Aufl. 1930 § 2239; Dernburg V § 32 III "in conspectu testatoris"). Die zugezogenen Zeugen müßten während der ganzen Verhandlung, d.h. während der Erblasser seinen letzten Willen erkläre (§ 2238 Abs. 1 BGB), der Niederschrift des letzten Willens (§ 2240), des Verlesens der Niederschrift, der Genehmigung und Unterzeichnung zugegen sein (§ 2242 Abs. 1 BGB). Da ein Zeuge die Unterzeichnung der Niederschrift nur mit den Augen beobachten könne, folge schon hieraus, daß es nicht ausreiche, daß er die Vorgänge nur höre, er müsse den Erblasser auch sehen können. Um diese Überwachung auszuüben, brauchten die Zeugen zwar nicht unbedingt in demselben Raum wie der Erblasser sich aufzuhalten. Sie müßten aber die Vorgänge bei der Errichtung des Testaments verfolgen können. Dazu gehöre u.a., daß sie beobachten könnten, daß der Erblasser seinen letzten Willen selbst ohne Beeinflussung von etwa weiteren im Raume anwesenden Personen erkläre, die Niederschrift genehmige und dann auch eigenhändig unterschreibe. Diese dem Zeugen zugewiesene Kontrolltätigkeit habe die Zeugin Sc. von dem Platz auf der Bank im Nebenzimmer nicht ausüben können. Sie habe den Erblasser während der ganzen Verhandlung von ihrem Platze aus nicht sehen können und auch nicht gesehen.

Ob unter besonderen Umständen, wie sie RGRK 11. Aufl. § 2339 Anm. 4 und Palandt-Keidel 21. Aufl. § 2239 Anm. 2, auf die sich das Landgericht berufe, für den Fall einer Verschüttung des Testierenden annähmen, ein Hören ausreiche, möge dahinstehen. Eine solche Ausnahme sei hier nicht gegeben. Viel-

mehr zeigten die vorhandenen Umstände, wie notwendig es gerade im vorliegenden Fall gewesen wäre, daß die zugezogene Zeugin Sc[REDACTED] den Erblasser während der Aufnahme des Testaments auch dauernd hätte sehen können. Die Zeugin habe gewußt, als sie herbeigerufen wurde, daß die nächsten Angehörigen und sie selbst im übrigen auch, am Tage vor der Errichtung des Testaments, an dem wegen des besonders schlechten Zustandes der Arzt Dr. B[REDACTED] zu einem "Eil-"Besuch gerufen worden sei, damit gerechnet hätten, der Erblasser werde jeden Augenblick einschlafen. Die Zeugin Sc[REDACTED] habe sich am 21. November 1959, also am Tage vor der Testamenterrichtung, als sie von der Klägerin ins Haus gerufen worden sei, auch davon überzeugt, daß der Erblasser kein Wort mehr sagte. Bei dem Erblasser sei außerdem infolge seines Alters eine Schwerhörigkeit vorhanden gewesen. Außerdem hätten sich während des ganzen Vorgangs außer dem Bürgermeister und den herbeigerufenen Testamentszeugen die Klägerin, zu deren Gunsten das Testament habe errichtet werden sollen, und deren Ehemann im Wohnzimmer bzw. Schlafzimmer aufgehalten. Unter solchen Umständen könne jedenfalls nicht davon abgesehen werden, daß die zugezogenen Zeugen den Erblasser während der ganzen Verhandlung hätten hören und sehen können.

## II.

Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, daß ein zur Errichtung des Testaments zugezogener Zeuge der ihm vom Gesetz zugeordneten Aufgabe, die erforderlichen Rechtshandlungen zu beobachten und gegebenenfalls über die Vorgänge zuverlässig zu berichten, regelmäßig nicht voll gerecht werden kann, wenn er die Vorgänge nicht durch Sehen und Hören wahrnimmt. Zutreffend hat es deshalb das Berufungsgericht als fehlerhaft erachtet, daß die als

Testamentszeugin beigezogene Frau Sch[redacted] nur einen kurzen Blick in das Schlafzimmer des Erblassers geworfen und sich dann so in Hebenzimmer hingekümmert hat, daß sie die Vorgänge am Bett des Erblassers nur durch die offene Tür mit den Ohren, nicht aber mit den Augen hat verfolgen können. Gleichwohl kann der Revision der Erfolg nicht versagt werden. Nicht jeder Verstoß bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen hat deren Nichtigkeit zur Folge. Das ist für gewisse Verstöße, z.B. bei Unaufmerksamkeit der beigezogenen Testamentszeugen, von jeher angenommen, und durch die neuere Rechtsentwicklung bestätigt worden.

Die Formvorschriften bezwecken vor allem zweierlei: Einmal zu gewährleisten, daß der wahre Wille des Erblassers kundgetan wird - deshalb muß das Testament zu öffentlicher Urkunde oder eigenhändig errichtet werden-, und zweitens, in der Gestalt der Urkunde ein zuverlässiges Beweismittel für diesen Willen zu schaffen. Diesen Vorteilen steht der Nachteil gegenüber, daß die Formenstrenge nicht selten zu der Notwendigkeit geführt hat, den eindeutig erklärten Willen des Erblassers wegen eines Formverstosses unbeachtet zu lassen. Dies hat den Gesetzgeber bewogen, die ursprünglich strengeren Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch das Testamentsgesetz vom 31. Juli 1938 (RGBl I 973) wesentlich zu mildern, bislang zwingende Vorschriften in Sollvorschriften umzuwandeln und dadurch bei einer Reihe von Verstößen die bisher notwendige Folge der Nichtigkeit der Verfügung entfallen zu lassen. Die Änderungen betreffen, worauf unten noch einzugehen sein wird, auch Vorschriften über die Testamentszeugen. Die Bestimmungen des Testamentsgesetzes sind durch den Ersten Teil Art. 5 Nr. 5 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bür-

gerlichen Rechts vom 5. März 1953 (RGBl I 33) im wesentlichen in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden. Der Gesetzgeber hat also in höherem Maße, als das beim Bürgerlichen Gesetzbuch in der ursprünglichen Fassung der Fall war, das Prinzip der Formenstrenge gegenüber dem Grundsatz zurücktreten lassen, den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Diese dem heutigen Rechtsempfinden entsprechende Entwicklung kann bei der abgrenzenden Auslegung von Formvorschriften auch dann in Betracht zu ziehen sein, wenn diese Vorschriften selbst - wie die hier maßgebende Bestimmung des § 2239 BGB - unverändert geblieben sind.

Der hier vorliegende Verstoß wiegt nicht schwer genug, um die Nichtigkeit des Testaments zu bewirken. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Ein Fehler liegt nicht bereits darin, daß sich die Zeugin Sc. während der Errichtung des Testaments nicht im Schlafzimmer, sondern nebenan im Wohnzimmer aufgehalten hat (OLG Colmar, Recht 1913, 986; KG in OLG 32, 64; Staudinger-Firsching, BGB 10./11. Aufl. § 2329 Anm. 9). Es wäre nicht zu beanstanden, wenn die Zeugin den Erblasser, statt nur einen Blick auf ihn zu werfen, durch die offene Tür vom Wohnzimmer aus weiter bis zum Abschluß der Testamentserrichtung im Auge behalten hätte. Der Fehler, der unterlaufen ist, liegt vielmehr, wovon auch das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, allein darin, daß die Zeugin es unterlassen hat, die Vorgänge der Testamentserrichtung auch mit den Augen zu verfolgen. Umstände, die die Fähigkeit eines Zeugen, die Vorgänge der Testamentserrichtung sachgerecht zu beobachten, lediglich herabsetzen, nicht aber schlechthin beseitigen, bewirken die Nichtigkeit des Testaments nicht. Solche Umstände können im Verhalten (Verweilen in einem anderen Raum, mangelnde Aufmerksamkeit) wie in persönlichen Eigenschaften des Zeugen (Verstandesschwäche,

mangelnde Seh- oder Hörfähigkeit) begründet sein. Bei der Prüfung, inwieweit Umstände schädlich sind, die der ersten Gruppe angehören, sind, um eine einheitliche Linie zu gewinnen, auch die Bestimmungen zu berücksichtigen, die sich mit den der zweiten Gruppe zuzurechnenden Umständen befassen, insbesondere § 2237 BGB. Die Vorschrift des § 2239 BGB, wonach die bei der Errichtung eines Testaments mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen, ist nach herrschender Meinung dahin auszulegen, daß der Zeuge dann zugegen ist, wenn er den Erblasser sehen und hören kann; nicht entscheidend ist, ob er der Verhandlung tatsächlich folgt (so außer den bereits angegebenen Nachweisen BGB-RGRK 11. Aufl. § 2239 Anm. 4; Planck, BGB 4. Aufl. 1930 § 2239 Anm. 4; Soergel, BGB 9. Aufl. § 2239 Anm. 4; Köpp-Coing, Erbrecht § 27 V; ähnlich OLG Saarbrücken in Saarl. RZ 1957, 85 und Erman BGB 3. Aufl. § 2239 Anm. 1 [der Zeuge müsse in der Lage sein, die Verhandlung mit den Sinnen wahrzunehmen<sup>7</sup>]). Dagegen halten zwei ältere Autoren (Leonhard Erbrecht § 2239 Anm. 1 und Kretzschmar Erbrecht 2. Aufl. § 17 IV 4) nicht für erforderlich, daß der Zeuge den Erblasser sehen kann. Ähnlich wird von Palandt 22. Aufl. § 2239 Anm. 2 die Ansicht vertreten, die Mitwirkenden müßten den Erblasser mindestens hören können; danach könnte auch ein Verschütteter ein Testament errichten, der den mitwirkenden Personen nicht sichtbar ist. Diese Ansicht wird von Staudinger-Firsching aaO ausdrücklich abgelehnt, während in BGB-RGRK aaO ausgeführt ist, unter besonderen Umständen - wie bei einem Verschütteten - möge Hören-können genügen.

Für die Auslegung, daß Hörenkönnen - das gleiche müßte für das Sehenkönnen gelten - genüge, spricht die Bestimmung des § 2237 Nr. 4 BGB, wonach u.a. Blinde und Taube nicht als Zeugen herangezogen werden sollen; es handelt sich also um eine Soll-

vorschrift, ihre Verletzung für sich allein führt nicht zur Nichtigkeit des Testamentes (anders etwa, wenn der Zeuge infolge seines Gebrechens die nach § 2242 Abs. 3 BGB erforderliche Unterschrift nicht leisten kann). Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß es wenig folgerichtig wäre, ein Testament als rechtswirksam zu behandeln, bei dessen Errichtung ein Blinder mitgewirkt hat, nicht dagegen ein Testament, bei dessen Errichtung der zugezogene taugliche Zeuge nicht der ganzen Verhandlung auch mit den Augen gefolgt ist. Die Vorschrift des § 2237 Nr. 4 EGB war in der ursprünglichen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht enthalten, sie erscheint erstmals in § 10 des Testamentgesetzes und ist durch das Vereinheitlichungsgesetz vom 5. März 1953 als § 2237 Nr. 4 ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden. Der Satz, die Zeugen müßten den Erblasser während der ganzen Verhandlung sehen und hören können, ist vor der Einführung dieser Vorschrift aufgestellt worden (so z.B. schon Planck 4. Aufl. 1930 aaO). Es spricht viel für die Annahme, die durch das Testamentgesetz herbeigeführte Lockerung der Formenstrenge und insbesondere die Bestimmung des § 2237 Nr. 4 ließen die Weitergeltung dieses Satzes als fraglich erscheinen. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum ein Testament gültig sein sollte, bei dessen Errichtung als Zeuge ein Blinder, Tauber, Geistesschwacher oder Geisteskranker mitgewirkt hat, dagegen ein anderes Testament nicht, dessen Errichtung der zugezogene taugliche Zeuge nur mit den Ohren, aber nicht mit den Augen wahrgenommen hat.

Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es indessen nicht. Denn es muß jedenfalls als genügend und für die Gültigkeit des Testaments unschädlich angesehen werden, wenn die Zeugin, wie hier, zu Beginn der Verhandlungen den Erblasser

gesehen und sich einen Überblick über die Lage verschafft, anschließend aus geringer Entfernung, wenn auch vom Nebenzimmer aus, das, was gesprochen wurde, gehört und die Möglichkeit gehabt hat, die Vorgänge auch mit den Augen zu verfolgen, wenn sie dies wollte. Damit war sie "zugegen" (ähnlich schon KG in OLG 32, 64). Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß sie den wesentlichen Akt der Leistung der Unterschrift durch den Erblasser nicht wahrgenommen hat, was nur durch Sehen hätte geschehen können. Sie wäre, wie auch das Revisionsgericht aus den sonstigen Feststellungen des Berufungsurteils und der in Bezug genommenen Skizze schließen kann, in der Lage gewesen aufzustehen und ebenso wie nach ihrer Ankunft ins Schlafzimmer hineinzusehen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn sie im Schlafzimmer gewesen wäre, aber es unterlassen hätte, die Vorgänge mit den Augen zu verfolgen; dies wäre nach allgemeiner Ansicht unschädlich gewesen. Der Umstand, daß die Zeugin Sch. die Testamentserrichtung nicht mit den Augen verfolgt hat, ist daher für die Gültigkeit des Testaments ohne Bedeutung.

Mit der bisherigen Begründung kann das Berufungsurteil daher nicht gehalten werden. Auch mit anderer Begründung ist das nicht möglich, weil das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, die hierzu nötigen Feststellungen über die Testierfähigkeit des Erblassers nicht getroffen hat. Das Berufungsurteil muß daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten

Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Pagendarn

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Keßler

Dr. Reinhardt