

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 2250 Abs. 2 aF; jetzt § 2250 Abs. 2 in gleicher Fassung
ab 1.1.1970

Für die Mitwirkung der Zeugen beim Dreizeugentestament genügt es nicht, daß sie die Erklärungen des Erblassers nur hören und richtig wiedergeben können, sondern sie müssen auch die Absicht und das Bewußtsein ihrer gemeinsamen Mitwirkung und Verantwortung bei der Testamentserrichtung gehabt haben. Nur dann können sie als Zeugen im Sinne des Gesetzes anerkannt werden.

BGH, Urt. v. 24. November 1971 - IV ZR 230/69 - OLG Celle
LG Göttingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 230/69

URTEIL

Verkündet am

24. November 1971
Blecher,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bäckermeisters Hermann E [REDACTED], G [REDACTED],
N [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Schlachtermeister Karl E [REDACTED],
P [REDACTED], Haus Nr. [REDACTED],
2. Frau Elfriede V [REDACTED] geb. E [REDACTED],
P [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
3. Fräulein Anna E [REDACTED], P [REDACTED],
L [REDACTED],
4. den Tischler Fritz E [REDACTED],
P [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
5. Frau Else H [REDACTED] geb. E [REDACTED],
S [REDACTED]/üb.S [REDACTED] (B [REDACTED]),

Beklagte und Revisionsbeklagte -

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß sowie der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Dr. Bukow

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 19. Juni 1969 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger macht gegen die Beklagten Ansprüche auf Grund eines mit dem 27. März 1967 datierten Schriftstückes geltend, das er als ein wirksames Dreizeugentestament seiner am 17. April 1967 verstorbenen Tante Emma D. [REDACTED] geb. E. [REDACTED] ansieht. Die Beklagten und der Vater des Klägers sind die zur Zeit des Erbfalls noch lebenden Geschwister der Erblasserin, die verwitwet war und deren Eltern und Kinder vor ihr verstorben sind.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Erblasserin weilte am 27. März 1967 zu Besuch bei dem Kläger in G[REDACTED]. Abends gegen 23⁰⁰ Uhr erlitt sie in Gegenwart des Klägers, seiner Ehefrau Ruth E[REDACTED] und des Polizeiobermeisters Walter H. einen Herzanfall. Da ein Arzt nicht erreicht werden konnte, wurde ein Freund des Klägers, der Gastwirt Gerhard K., herbeigerufen, um der Erblasserin Tabletten, mit denen er ihr schon früher geholfen hatte, zu geben. Als er kam, brachte er den Papiermacher Kurt J. mit, den er vor dem Haus getroffen hatte und der in der Wohnung der Erblasserin in einem von dem Zimmer, in dem die Erblasserin sich befand, durch zwei Säulen und halbhohe Wände abgetrennten Vorraum verblieb. Seine Anwesenheit wurde zumindest von dem Polizei- obermeister Walter H. nicht bemerkt. Die Erblasserin erholte sich von dem Anfall und kehrte am folgenden Tage in ihre Wohnung zurück. Dort verstarb sie am 17. April 1967.

Der Kläger beantragte bei dem Nachlaßgericht die Erteilung eines Erbscheines, der ihn als Alleinerben der Erblasserin auswies. Er trug hierzu vor, daß die Erblasserin sich bei ihrem Herzanfall am 27. März 1967 in Todesgefahr befunden habe und deshalb ein Testament habe errichten wollen. Da sie wegen ihres Zustandes nicht in der Lage gewesen sei, eine letztwillige Verfügung selbst zu schreiben, habe sie auf Vorschlag des Polizeiobermeisters Walter H. ihren letzten Willen durch ein Nottestament vor Zeugen erklärt. Hierüber sei eine Niederschrift folgenden Wortlauts verfaßt worden, die der Kläger dem Nachlaßgericht eingereicht hat:

"G [REDACTED], den 27. März 1967, 23⁰⁰ Uhr.

Frau Emma D [REDACTED] P [REDACTED], zur Zeit auf Besuch bei ihrem Neffen Hermann E [REDACTED] G [REDACTED], N [REDACTED], erklärt folgendes und bittet es aufzuschreiben, weil sie nicht in der Lage ist, selbst zu schreiben:

Mir geht es nicht gut, ich habe es wieder so mit dem Herzen, vielleicht muß ich sterben. Zu Haus in P [REDACTED] bin ich schon zweimal umgefallen. Wenn ich sterben sollte, soll mein Neffe Hermann alles haben, was ich besitze. Es hat sich sonst niemand um mich gekümmert, auch meine Geschwister nicht. Die sollen auch nichts haben. Ich kann jetzt nicht schreiben, schreiben Sie alles auf.

Frau D [REDACTED] wurde das, was sie gesagt und ich geschrieben habe, vorgelesen. Sie sagt: So ist es richtig, so soll es werden.

Es waren zugegen Hermann E [REDACTED], Ruth E [REDACTED], Gerhard K [REDACTED], Walter H [REDACTED].

Geschrieben: Walter H [REDACTED].

Was hier aufgeschrieben wurde, hat Frau Emma D [REDACTED] gesagt.

Gez.: Gerhard K [REDACTED], Ruth E [REDACTED]."

Das Nachlaßgericht wies nach Beweisaufnahme mit Beschluß vom 16. Oktober 1967 den Erbscheinsantrag des Klägers mit der Begründung zurück, es sei nicht davon überzeugt, daß die Erblasserin am 27. März 1967 ein Testament habe errichten wollen, außerdem weise das Schriftstück vom 27. März 1967 Formfehler auf, die es als Dreizeugentestament unwirksam machten.

Unter dem 10. Mai 1968 erteilte das Nachlaßgericht einen Erbschein dahin, daß die Erblasserin von den Beklagten und dem Vater des Klägers zu je 1/6 beerbt worden sei. Die von dem Kläger gegen den Beschluß vom 16. Oktober 1967 eingelegte Beschwerde wurde zurückgewiesen, auch seine weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Die Beklagten und der Vater des Klägers beantragten nunmehr die Teilungsversteigerung von zwei zum Nachlaß gehörenden Grundstücken, die durch Beschluß vom 16. September 1968 angeordnet wurde.

Der Kläger erhob zunächst Klage mit dem Ziel der Unzulässigkeitserklärung der Zwangsversteigerung. Er hat hierzu vorgetragen:

Die Zwangsversteigerung des Grundstücks sei unzulässig, da das Eigentum an dem Grundbesitz ihm zustehe und er somit ein die Veräußerung hinderndes Recht habe. Er sei Eigentümer der Grundstücke geworden, weil die Erblasserin von ihm allein beerbt worden sei. Sie habe am 27. März 1967 ein Testament errichten wollen und dies sei durch die von dem Polizeiobermeister Walter H. hierüber vorgenommene Niederschrift wirksam geschehen. Zwar sei seine Ehefrau, die als Zeugin mitgewirkt habe, von der Mitwirkung, soweit er bedacht worden sei, ausgeschlossen gewesen. Es habe aber außer den Zeugen Walter H. und Gerhard K. noch der Zeuge Kurt J. mitgewirkt, der die Vorgänge um die Testamenterrichtung verfolgt und zur Kenntnis genommen und nur deshalb nicht mit unterschrieben habe, weil Walter H. zu seiner, des Klägers, Ehefrau gesagt habe: "Frau E [REDACTED], Sie können mit unterschreiben."

Der Kläger hat daher beantragt, die durch Beschluß des Amtsgerichts Osterode a. Harz vom 16. September 1968 angeordnete Teilungsversteigerung für unzulässig zu erklären.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten und hierzu vorgetragen:

Die Erblasserin habe sich am Abend des 27. März 1967 weder in einem lebensbedrohenden Zustande befunden, noch hätten sie und die übrigen anwesenden Personen dies angenommen. Die Urkunde vom 27. März 1967 sei auch nicht bei dieser Gelegenheit errichtet worden. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, habe die Erblasserin doch hierdurch ein Testament nicht errichten wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils ist in dem Zwangsversteigerungsverfahren dem Vater des Klägers durch Beschluß vom 23. Dezember 1968 der Zuschlag erteilt worden. Im Verteilungstermin vom 10. Februar 1969 ist der zu verteilende Erlös an die Beklagten und den Vater des Klägers in Höhe von je 9.985,60 DM ausgezahlt worden.

In der Berufungsinstanz hat daher der Kläger seinen Klageantrag geändert und hierzu vorgetragen:

Die Beklagten seien zur Herausgabe des an sie ausgezahlten Versteigerungserlöses aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet. Der Versteigerungserlös sei an ihn, den Kläger, als Alleinerben der Erblasserin auf Grund Testaments zu zahlen. Sollte jedoch

der Kurt J. nicht als Zeuge anzusehen sein und er, der Kläger, infolgedessen nicht Alleinerbe der Erblasserin geworden sein, da seine Ehefrau nicht als Zeugin seiner Erbeinsetzung habe mitwirken können, sei die Urkunde vom 27. März 1967 als Dreizeugentestament doch insoweit wirksam, als sie nicht nur seine Einsetzung als Alleinerben, sondern gleichzeitig einen Ausschluß der Geschwister der Erblasserin - nämlich der Beklagten und seines Vaters - von der Erbfolge bestimme. An deren Stelle seien demzufolge dann er selbst und die übrigen Abkömmlinge der Geschwister in ungeteilter Erbengemeinschaft getreten, so daß die Beklagten dieser Erbengemeinschaft den von ihnen empfangenen Versteigerungserlös auszuzahlen hätten.

Der Kläger hat nunmehr beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und jeden Beklagten zu verurteilen, je 9.985,60 DM nebst Zinsen zu zahlen und zwar in erster Linie an ihn allein, hilfsweise, zur gesamten Hand an ihn und die mit ihm in ungeteilter Erbengemeinschaft verbundenen übrigen Abkömmlinge der Geschwister der Erblasserin.

Das Berufungsgericht hat mit Teilurteil über den Hauptanspruch des Klägers entschieden und insoweit seine Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat nur über den Hauptantrag des Klägers durch ein abweisendes Teilurteil entschieden. Ohne Erfolg rügt die Revision demgegenüber, das Berufungsgericht habe nicht über den Hauptantrag entscheiden dürfen, ohne gleichzeitig auch über den Hilfsantrag zu entscheiden.

Wie der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes bereits in seinem Urteil vom 1. April 1971 - VII ZR 267/69 - (BGHZ 56, 79) ausgesprochen hat, darf das Gericht bei eventueller Klagehäufung, wie sie hier vorliegt, den Hauptantrag durch Teilurteil abweisen. Dieser Entscheidung und ihrer Begründung, auf die, um Wiederholungen zu vermeiden, verwiesen wird, schließt sich der erkennende Senat in vollem Umfange an.

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Wirksamkeit des streitigen Dreizeugentestaments, soweit die Erbeinsetzung des Klägers in Rede steht, davon abhängt, ob die Erblasserin ihren Willen im Sinne von § 2250 Abs. 1 BGB - sämtliche Vorschriften des BGB hier und auch in der Folge in der Fassung vor dem 1. Januar 1970 - vor drei Zeugen erklärt hat. Es hat dieses Erfordernis für nicht erfüllt gehalten.

Die Ehefrau des Klägers, so führt das Berufungsgericht aus, sei gemäß den §§ 2235, 2234 BGB, die nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB entsprechend anzuwenden seien, als Zeugin ausgeschlossen gewesen. Der zufällig im Vorraum anwesend gewesene Kurt J. aber könne als Zeuge im Sinne des Gesetzes nicht anerkannt werden. Das Gesetz fordere

zwingend, daß ein Testamentszeuge nicht nur anwesend, sondern zu der Testamentserrichtung hinzugezogen sein müsse. Das Testament werde durch mündliche Erklärung "vor drei Zeugen" und unter deren "Mitwirkung" errichtet. Für die Wahrung der Form des § 2250 Abs. 2 BGB sei die zufällige Anwesenheit eines sonst unbeteiligten Dritten als nicht ausreichend anzusehen. Kurt J. habe sich, von den übrigen Testamentszeugen abgesondert, die ganze Zeit über im Vorraum aufgehalten und sei jedenfalls von dem Zeugen Walter H. nicht bemerkt worden. Die Mindestanforderung an eine Mitwirkung von Zeugen bei der Testamentserrichtung sei das Bewußtsein aller Zeugen, für die Richtigkeit der schriftlichen Wiedergabe des Erblasserwillens gemeinsam verantwortlich zu sein und für die fehlerfreie Auffassung und Beurkundung des erklärten Willens gemeinsam Sorge zu tragen. Selbst wenn Kurt J. sich als Zeuge gefühlt und geglaubt habe, das Testament mit unterschreiben zu müssen, so genüge dies jedenfalls dann nicht, wenn auch nur einer der übrigen Zeugen von seiner Anwesenheit nichts gewußt habe. Denn alle mitwirkenden Zeugen bildeten gemeinsam ein einziges Empfangsorgan, indem sie den letzten Willen des Erblassers nicht nur gleichzeitig wahrnahmen, sondern auch die Möglichkeit einer gegenseitigen Kontrolle des Wahrgenommenen erhielten und sich dessen bewußt seien. Fehle es aber bereits an der Mitwirkung des dritten Zeugen, dann sei die Erbeinsetzung des Klägers schon aus diesem Grunde unwirksam und es könne dahinstehen, ob das Testament auch noch mit sonstigen Mängeln behaftet sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keine Rechtsfehler erkennen. Soweit das Berufungsgericht die Ehefrau des Klägers als Zeugin ausgeschlossen hat, werden auch

von der Revision keine Rügen erhoben. Sie wendet sich nur, jedoch ohne Erfolg, gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß Kurt J. als Zeuge im Sinne des § 2250 Abs. 2 BGB nicht anzuerkennen sei.

3. Das Dreizeugentestament des § 2250 Abs. 2 BGB ist ein dem sich in naher Todesgefahr befindenden Erblasser eingeräumter Notbehelf, dessen Gesetzeszweck nicht erreicht würde, wenn man an seine Errichtung und Form Anforderung stellen würde, die über die Gewährleistung des Inhalts und der Ernstlichkeit des letzten Willens des Erblassers hinausgingen. Unschädlich sind daher Verletzungen der die Abfassung der Niederschrift betreffenden Formvorschriften, wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, daß das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärungen des Erblassers enthält (§ 2250 Abs. 3 Satz 2, 2249 Abs. 6 BGB). Hiervon zu unterscheiden sind jedoch die Erfordernisse, bei deren Verletzung eine Gewähr für die zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers nicht mehr gegeben wäre, die daher für die Vornahme des Testamenterrichtungsaktes zwingend vorgeschrieben sind und deren Nichtbeachtung die Ungültigkeit des Testaments zur Folge hat. Das sind die Erklärungen des letzten Willens durch den Erblasser, die Herstellung der Niederschrift, deren Verlesung und Genehmigung durch den Erblasser, die Unterschrift des Erblassers oder deren Ersetzung und schließlich die Teilnahme von drei Zeugen an allen diesen Handlungen (§§ 2250 Abs. 3 und 2, 2240, 2241, 2241 a, 2242 BGB). Wie dem Wortlaut des § 2250 Abs. 2 BGB zu entnehmen ist, muß sich der Vorgang der Testamenterrichtung vor drei Zeugen vollziehen. Sie werden allerdings nicht wie 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". Sie treten gewissermaßen an die Stelle der Amtsperson und übernehmen deren Beurkundungsfunktion (BGHZ 54, 89, 93).

Bedarf es beim Dreizeugentestament mithin auch nicht einer ausdrücklichen Zuziehung der Zeugen, so ist es jedenfalls erforderlich, daß sich die Erklärungen des Erblassers an drei anwesende Personen richten und diese von sich aus zu erkennen geben, gemeinsam gewillt zu sein, den Erklärungen des Erblassers ihre ungeteilte Aufmerksamkeit zuzuwenden und für die richtige schriftliche Wiedergabe der Erklärungen die Verantwortung zu tragen (RG DR 1945, 56; KG-Ost DRZ 1950, 256; Staudinger-Firsching, Kommentar zum BGB, 10./11. Aufl., § 2250 Rdn. 12; Soergel/Siebert, BGB 1961, § 2250 Rdn. 6; Erman/Hense, Handkommentar zum BGB 4. Aufl., Anm. 1 zu § 2250; Kipp/Coing, Erbrecht 12. Bearb., § 29 II. 2.).

Wie das Berufungsgericht daher zutreffend angenommen hat, genügt es für die gemeinsame Mitwirkung der Zeugen nicht, daß sie die letztwilligen Erklärungen des Erblassers nur hören und richtig wiedergeben können, sondern sie müssen auch die Absicht und das Bewußtsein ihrer gemeinsamen Mitwirkung bei der Testamenterrichtung gehabt haben. Denn in den Rahmen der Beurkundung jedes Zeugen fällt auch die Tatsache, daß der Erblasser das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet hat (Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 2250 Anm. 3). Eine solche Beurkundung ist aber nicht möglich, wenn eine dritte Person ihre Mitwirkung nicht zu erkennen gegeben hat, die übrigen zwei Zeugen oder auch nur einer ihre Mitwirkung nicht erkannt haben oder, wie hier, ein Zeuge nicht einmal die Anwesenheit

der dritten Person bemerkt hat. Auch die erforderliche gegenseitige Kontrolle der Zeugen untereinander ist nur denkbar, wenn ein gewolltes und bewußtes Zusammenwirken der Zeugen vorliegt. Daß auch der Gesetzgeber von einem solchen bewußten Zusammenwirken ausgegangen ist, zeigt, daß in § 2250 Abs. 3 BGB auch § 2241 BGB für entsprechend anwendbar erklärt worden ist, wonach die Niederschrift u.a. die Bezeichnung der mitwirkenden Personen enthalten muß. Wenn es sich hierbei auch nur um eine Formvorschrift für die Abfassung der Niederschrift handelt, deren Verletzung gemäß § 2249 Abs. 6 BGB der Gültigkeit des Testaments nicht entgegensteht, so bringt sie dennoch zum Ausdruck, daß die Mitwirkung einer Person erkenntlich gewesen sein muß. Andernfalls wäre ihre Bezeichnung in der Niederschrift gar nicht möglich. Schließlich muß es auf die Erkennbarkeit der Mitwirkung einer Person beim Dreizeugentestament auch im Interesse des Erblassers ankommen, da andernfalls eine Person als Zeuge in Erscheinung treten könnte, vor der der Erblasser, aus welchen Gründen auch immer, seine Erklärungen gar nicht hätte abgeben wollen und nicht abgegeben hätte.

In der Regel wird es für eine hinreichende Mitwirkung genügen, wenn eine Person der Testamentserrichtung beige- wohnt und die darüber vorgenommene Niederschrift mit unterschrieben hat. Dies spricht für eine dem Erblasser und den übrigen Zeugen erkenntliche Mitwirkung. Fehlt es dagegen an der Unterschrift, dann bedarf es nicht nur des Nachweises, daß diese Person die Erklärungen des Erblassers mit angehört hat und richtig wiedergeben kann, sondern auch des Nachweises, daß die Mitwirkung dieser Person dem Erblasser und den übrigen Zeugen, an deren Mitwirkung kein Zweifel besteht, erkennbar und bewußt gewesen ist.

Abzulehnen ist deshalb die Ansicht der Revision, nach dem Gesetz könne jede Person, die die Erklärungen des Erblassers zufällig anhöre und nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen sei, ohne Rücksicht darauf Zeuge sein, ob sie zur Mitwirkung bei der Testamenterrichtung herangezogen ist oder von sich aus ihre Bereitwilligkeit zur Mitwirkung unter Übernahme der bezeichneten gemeinschaftlichen Verantwortung zu erkennen gegeben hat. Nur Personen, die im Bewußtsein der gemeinschaftlichen Verantwortung an dem Errichtungsakt teilnehmen und dabei mitwirken, können als Zeugen im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen.

Das Berufungsgericht hat daher den zufällig anwesend gewesenen Kurt J. ohne Rechtsirrtum als dritten Zeugen nicht anerkannt und daraus zutreffend, soweit es um die Erbeinsetzung des Klägers geht, die Formungültigkeit des nur vor zwei Zeugen errichteten Testaments gefolgert.

Die Revision des Klägers ist mithin als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow