

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 190246**

**letzte Aktualisierung: 05. August 2022**

**BGB § 2250**

**Errichtung eines Nottestaments vor drei Zeugen; Formverstöße; Mitwirkung der begünstigten Lebensgefährtin als Zeugin**

**I. Sachverhalt**

Der Lebensgefährte der Mandantin ist verstorben. Er verstarb nach einem Kreislaufzusammenbruch unerwartet im Juni 2021. Die Mandantin lebte lange Zeit mit dem Verstorbenen in häuslicher Gemeinschaft. Die Hochzeit, welche für 2020 geplant war, wurde coronabedingt verschoben.

Ein Tag vor seinem Tod kam der Lebensgefährte der Mandantin wegen Kreislaufproblemen in das Krankenhaus. Die Mandantin war bereits bei ihm, als auch ihre Mutter und eine Freundin hinzukamen. Mehr Besucher waren aufgrund der Coronamaßnahmen nicht zulässig.

In Anwesenheit dieses Personenkreises wollte der Verstorbene noch seinen letzten Willen festlegen, falls es nicht gut ausgehe. Da er nicht mehr schreiben konnte, bat er die Mandantin nach seinem Diktat das Testament aufzusetzen. Dieses hat er dann unterzeichnet.

Das Testament wurde zum Nachlassgericht eingereicht, welches dieses Testament eröffnete. Daraufhin wurde ein Erbschein beantragt. Seitens des Nachlassgerichts wurde dieser Antrag moniert: zum einen fehle das Datum auf dem Testament, zum anderen seien keine drei Zeugen gem. § 2250 BGB vorhanden, da die Lebensgefährtin selber bedacht sei und somit die Zeugeneigenschaft fehle.

**II. Frage**

Handelt es sich um ein wirksames Testament?

**III. Zur Rechtslage**

**1. Vorliegen eines Dreizeugentestaments nach § 2250 Abs. 2 BGB**

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts wurde das Testament nicht durch eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichtet. Es liegt daher kein eigenhändiges Testament i. S. v. § 2247 BGB vor.

Das Testament wurde ferner nicht zur Niederschrift eines Notars i. S. v. § 2232 BGB errichtet.

Fraglich kann daher nur sein, inwieweit das Testament die Voraussetzungen eines Nottestaments i. S. d. §§ 2249-2251 BGB erfüllt. Die Voraussetzungen für ein Nottestament auf See (§ 2251 BGB) sowie ein Nottestament vor dem Bürgermeister (§ 2249 BGB) liegen offensichtlich nicht vor. Damit bliebe allenfalls die Annahme eines Nottestaments vor drei Zeugen i. S. v. § 2250 BGB. Zweck des § 2250 BGB ist es, Vorsorge für außerordentliche Notfälle zu treffen, in denen weder ein Notar noch ein Bürgermeister erreichbar ist (vgl. MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2250 Rn. 8).

Dabei unterscheidet das Gesetz zwei Fälle, in denen neben der stets möglichen Errichtung eines privatschriftlichen Testaments i. S. v. § 2247 BGB die Errichtung eines Nottestaments möglich ist.

Nach § 2250 Abs. 1 BGB kann ein Nottestament vor drei Zeugen zum einen errichtet werden, wenn sich der Erblasser an einem Ort aufhält, der infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist. Unter „Aufenthaltsort“ ist dabei nicht der gewöhnliche Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, sondern der aktuelle Aufenthalt zu verstehen, an dem sich der Erblasser – möglicherweise auch nur vorübergehend – befindet (vgl. BeckOGK-BGB/Grziwotz, Std: 1.4.2022, § 2250 Rn. 2). Außerdem muss sich der Erblasser an einem Ort aufhalten, der infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist. Eine „Absperrung“ ist dabei nur anzunehmen, wenn ein Hindernis besteht, das es dem Notar unmöglich oder sehr schwer macht, zum Erblasser zu gelangen (vgl. BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 2).

Im vorliegenden Fall befand sich der Erblasser laut mitgeteiltem Sachverhalt im Krankenhaus. Es dürfte daher davon auszugehen sein, dass der Erblasser selbst den Ort nicht zwecks Aufsuchen eines Notars verlassen konnte. Andererseits ist es möglich und bei Schwerkranken auch üblich, dass der Notar das Krankenhaus aufsucht, um dort ein Testament zu beurkunden. Aus unserer Sicht dürften daher die Voraussetzungen für die Errichtung eines Absperrungstestaments regelmäßig nicht erfüllt gewesen sein, zumindest dann, wenn die Testamenterrichtung nicht außerhalb der üblichen Geschäftszeiten der Notare erfolgt ist (zur Corona-Thematik vgl. noch unten 5).

Ein Nottestament kann nach § 2250 Abs. 2 BGB ferner durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet werden, wenn sich der Erblasser in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 BGB (Nottestament vor dem Bürgermeister) nicht mehr möglich ist. Letzteres bedeutet, dass die Todesgefahr für den Erblasser so akut sein muss, dass weder ein Notar noch ein Bürgermeister bzw. sein Stellvertreter mit dem Erblasser ein Testament rechtzeitig beurkunden könnte (BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 6).

**Todesgefahr** liegt dann vor, wenn aufgrund konkreter Umstände der Eintritt des Todes alsbald, d. h. vor Eintreffen eines Notars, zu befürchten ist (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2017, 905; OLG Hamm, Beschl. v. 10.2.2017 – BeckRS 2017, 103966).

Für das Vorliegen der Todesgefahr kommt es auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung an. Dabei muss die nahe Todesgefahr entweder zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung

objektiv vorliegen oder zumindest die subjektive Besorgnis der Zeugen bestehen, dass wegen der nahen Todesgefahr für den Erblasser ein Testament weder vor einem Notar noch vor dem Bürgermeister errichtet werden kann (BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 8 f.).

Die nahe Todesgefahr liegt bei einer Erkrankung objektiv vor, wenn vom Zustand einer unmittelbar bevorstehenden Endphase des Lebens auszugehen ist, was sich i. d. R. dadurch nachweisen lässt, dass der Erblasser tatsächlich wenige Tage später verstirbt (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2250 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 8 m. w. N.).

Dass diese Voraussetzung des § 2250 Abs. 2 BGB vorlag, bedarf im Hinblick darauf, dass der Erblasser bereits am Tag nach der Errichtung des Testaments verstorben ist, keiner weiteren Begründung (vgl. BayObLG NJW 1991, 928).

## 2. Der Errichtungsakt

Das Dreizeugentestament nach § 2250 Abs. 2 BGB kann durch mündliche Erklärung seitens des Erblassers errichtet werden. Neben dem Vorliegen der nahen Todesgefahr muss für die Wirksamkeit des Testaments ein genau vorgesehener **Errichtungsakt** eingehalten werden, um den Schutz des Erblassers zu gewährleisten (vgl. Wellenhofer, JuS 2009, 867, 868). Zu diesem Errichtungsakt gehören im Einzelnen:

- die mündliche Erklärung des Erblassers;
- die Niederschrift des Testaments;
- das Vorlesen der Niederschrift;
- die Genehmigung sowie die Unterschrift seitens des Erblassers und der drei Zeugen (vgl. zum Ganzen Grüneberg/Weidlich, § 2250 Rn. 6 ff.).

Die drei Zeugen müssen während der gesamten Verlesung der Niederschrift, der Genehmigung und der Unterzeichnung durch den Erblasser gleichzeitig und persönlich anwesend sein (Grüneberg/Weidlich, § 2250 Rn. 4). Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Zeugen an die Stelle der Amtsperson treten und deren Beurkundungsfunktion als mitwirkende Person erfüllen (MünchKommBGB/Sticherling, § 2250 Rn. 11 f.).

Der Erblasser muss die ihm **vorgelesene** Niederschrift vor allen Zeugen **genehmigen**, weil erst auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass sein letzter Wille richtig dokumentiert wurde (Grüneberg/Weidlich, § 2250 Rn. 9). Im Anschluss daran ist die Niederschrift vom Erblasser und den Zeugen zu **unterschreiben**.

Ob dieser Errichtungsakt vollständig eingehalten wurde, lässt sich dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen und ist Tatfrage.

Eine **mündliche Erklärung des Erblassers** liegt nach den Angaben vor. Er hat das Testament entsprechend diktiert. Es ist aber nicht klar, ob das Dokument dem Erblasser nach der Anfertigung vorgelesen wurde.

Von einer **Genehmigung** durch den Erblasser ist aufgrund seiner **Unterschrift** auszugehen. Die **eigenhändige Unterschrift der Zeugen** fehlt jedoch.

### 3. Beachtlichkeit von Formverstößen

Die fehlende Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 2250 Abs. 1 BGB wäre freilich dann unschädlich, wenn deren Nichteinhaltung nicht automatisch zur Nichtigkeit des Testaments führen würde. Insoweit ist die Vorschrift des § 2250 Abs. 3 S. 2 BGB zu beachten, die auf **§ 2249 Abs. 6 BGB** verweist. Danach steht ein Formverstoß der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegen, wenn bei Abfassung der Niederschrift über die Errichtung des Testaments Formfehler unterlaufen sind, dennoch aber mit Sicherheit anzunehmen ist, dass das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält. In diesem Fall ist der Formverstoß unbeachtlich. Es gilt mithin zwischen **Verstößen gegen die zwingenden Vorschriften über den Errichtungsakt** und solchen gegen Formvorschriften, die lediglich **zur Erhöhung der Zuverlässigkeit der Wiedergabe** des letzten Willens des Erblassers bei Abfassung der Niederschrift gefordert sind, zu unterscheiden (MünchKommBGB/Sticherling, § 2250 Rn. 19).

- a) Unschädlich sind nach h. M. solche Formfehler, die bei der **Abfassung der Niederschrift** unterlaufen sind, d. h. also deren Form betreffen Dazu zählen z. B. die fehlende **Angaben über Ort und Zeit der Verhandlung**, Identitätsnachweise der Beteiligten, und die Nichtangabe von Zweifeln über die Testierfähigkeit des Erblassers (MünchKommBGB/Sticherling, § 2249 Rn. 34).
- b) Demgegenüber machen Mängel, **die den Errichtungsakt selbst betreffen**, die Beurkundung nichtig (MünchKommBGB/Sticherling, § 2250 Rn. 19). Zu diesen zwingenden Erfordernissen des Errichtungsakts gehört das **Verlesen, die Genehmigung und Unterzeichnung durch den Erblasser** (Staudinger/Baumann, BGB, 2018, § 2250 Rn. 26 ff).
- c) Umstritten ist, ob das völlige **Fehlen der Unterschriften der Zeugen** bei vorhandener Unterschrift des Erblassers ein unschädlicher Formfehler ist und ob eine Nachholung der Unterschriften der Zeugen auch nach dem Tod des Erblassers noch möglich ist. Hierzu ist einerseits zu berücksichtigen, dass die Zeugen in ihrer Gesamtheit die Urkundsperson darstellen und nicht nur Überwachungszeugen sind. Andererseits darf nicht übersehen werden, dass es sich um ein Testament handelt, das in einer Notsituation vor Laien „beurkundet“ wird. Ist das Nottestament weder vom Erblasser noch von den Zeugen zum Zeitpunkt des Erbfalls unterschrieben worden, ist es unwirksam. Es fehlt dann eine Niederschrift; erst durch eine Unterschrift wird aus einer Aufzeichnung eine rechtswirksame Niederschrift. Daraus ergibt sich aber, dass bereits bei Vorliegen einer Unterschrift eine Niederschrift gegeben ist, sodass die weiteren Unterschriften der anderen Zeugen bis zum Erbfall oder sogar der Eröffnung des Testaments nachgeholt werden können. Auch die unterbliebene Nachholung ist unschädlich, wenn die Zeugenfunktion von drei Personen feststeht und der Erblasser unterschrieben hat (vgl. BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 23 m. w. N.).

Vor diesem Hintergrund ist mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt festzustellen, dass es entscheidend darauf ankommt, ob das Testament dem Erblasser vorgelesen wurde. Das Unterlassen des Vorlesens würde nämlich den Errichtungsakt selbst betreffen und würde damit zur **Unwirksamkeit** des vorliegenden Testaments führen. Die fehlende Ort- und Zeitangabe sowie die fehlenden Zeugenunterschriften würden die Wirksamkeit hingegen (nach h. A.) nicht beeinträchtigen.

#### 4. Ausgeschlossene Zeugin

Mit der Lebensgefährtin hat eine Zeugin mitgewirkt, die in dem Testament bedacht worden ist. Dies verstößt gegen § 2250 Abs. 3 S. 2 BGB i. V. m. §§ 7 Nr. 1, 27 BeurkG. Bei einem Verstoß gegen §§ 7 und 27 BeurkG ist nur die Verfügung unwirksam, durch die die Zeugin begünstigt wird (vgl. BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2250 Rn. 16). Enthält das Drei-Zeugen-testament aber, wie im vorliegenden Fall, nur die Erbeinsetzung der mitwirkenden Zeugin, ist das Testament **insgesamt unwirksam** (vgl. OLG Köln FamRZ 2018, 393).

Die Beteiligung der ausgeschlossenen Zeugin wäre nur dann unschädlich, wenn außer ihr noch drei rechtlich geeignete Personen als Zeugen mitgewirkt hätten. Diesen (Ersatz-) Zeugen müsste ihre Mitwirkung als Zeuge aber von Anfang an bewusst gewesen sein; als zufällig auch Anwesende können sie beim „späteren“ Ausfall eines Zeugen nicht so ohne Weiteres nachgeschoben werden (vgl. MünchKommBGB/Sticherling, § 2250 Rn. 13).

#### 5. Besonderheiten aufgrund der Corona-Pandemie

Auch die Tatsache, dass die Errichtung des betroffenen Testaments während der Corona-Pandemie erfolgte, dürfte nichts an den vorstehenden Einordnungen ändern.

Zwar ist zuzugeben, dass es während der Corona-Pandemie, namentlich in den ersten Wellen, die mit weitreichenden Kontaktverboten verbunden waren, für Erblasser schwieriger als sonst sein konnte, eine letztwillige Verfügung zu errichten (vgl. zur Errichtung letztwilliger Verfügungen in Corona-Zeiten ausf. Krätzel, ZEV 2020, 268 ff.; Kroiß, ErbR 2020, 458 ff.). Ein Zutrittsrecht für Urkundspersonen war jedoch durch § 30 Abs. 4 S. 2 IfSG gewährleistet.

Ferner wurde keine Abmilderung der Voraussetzungen für die sog. Nottestamente beschlossen (vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2022, 298 f., wonach ein Nottestament trotz pandemiebedingter Kontaktbeschränkungen nur dann wirksam ist, wenn während des gesamten Errichtungsakts – wie von § 2250 Abs. 1 BGB vorgeschrieben – gleichzeitig drei Zeugen anwesend sind).

Laut Sachverhaltsangabe waren im vorliegenden Fall aufgrund der Coronamaßnahmen nicht mehr Besucher zugelassen. Dies dürfte aber einer wirksamen Errichtung eines Drei-Zeugen-testaments nach § 2250 Abs. 2 BGB nicht entgegen gestanden haben, da statt der Lebensgefährtin (als ausgeschlossener Zeugin) auch ein anderer Zeuge, ggf. vom Krankenhauspersonal, hätte zugezogen werden können.