

Digitales Testieren

Zur Verwendung digitaler Technologien beim eigenhändigen
und Nottestament *de lege lata et ferenda*

von Dr. *Philipp Scholz*, LL.M. (Harvard), Hamburg*

In Zeiten fortschreitender Digitalisierung verschwimmen die Grenzen der analogen Welt. Doch im Gegensatz zu anderen Ländern mussten sich deutsche Gerichte bis heute noch nicht mit Testamenten auseinandersetzen, die – wenngleich von Hand verfasst – auf einem Tablet-Computer errichtet worden sind. Auch waren in Notlagen aufgenommene Videotestamente bislang ebenso wenig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen wie Nottestamente vor Zeugen via Videochat. Der Beitrag untersucht die Möglichkeiten des Testierens an der Schnittstelle von digitaler und analoger Welt *de lege lata*, arbeitet Inkonsistenzen des geltenden Rechts heraus und zeigt auf, dass die von mancher Seite bereits erwogene umfassende Zulassung elektronischer Erreichungsformen *de lege ferenda* eine grundlegende Reform der §§ 2247, 2250 BGB verlangt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	101
B. Eigenhändige Testamente, § 2247 BGB	103
I. Meinungsstand im Schrifttum	104
II. Die missachtete Perspektive: Systematik der Formvorschriften des BGB	105
1. Das systematische Verhältnis von § 2247 BGB und § 126 BGB: Keine großzügigere Auslegung des Eigenhändigkeitsanfordernisses in § 2247 Abs. 1 BGB	106
a) Unerheblichkeit des Verzichts auf die zwingende Namensunterschrift nach § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB für das Stufenverhältnis von § 2247 BGB und § 126 Abs. 1 BGB	107
b) Eigenhändigkeit als Voraussetzung beider Formgebote	107
c) Keine Differenzierung auf Grundlage des Urkundserfordernisses in § 126 Abs. 1 BGB	108
2. Das systematische Verhältnis von § 126 BGB und §§ 126a, 126b BGB: Keine eigenhändige Namensunterschrift in digitalen Dokumenten	109

* Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (Arbeitsgruppe Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann).

3. Konsequenzen für die Auslegung von § 2247 Abs. 1 BGB: Keine eigenhändige Erklärung in digitalen Dokumenten	110
III. Fazit und rechtshistorische Reflexion	111
C. Nottestamente, §§ 2249–2251 BGB	113
I. Das Dreizeugentestament gemäß § 2250 BGB	113
II. Verwendung digitaler Technologien und § 2250 BGB nach der Rechtsprechung des BGH	116
1. Die Rechtsprechung des BGH zu § 2250 BGB	116
2. Konsequenzen für die Verwendung von digitaler Alltagstechnologie in Notsituationen	118
a) Videotelefonisches Dreizeugentestament	118
b) Videotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen	118
c) Digital abgesetztes Dreizeugentestament in Textform	118
III. Bedenken gegen die restriktive Auslegung des § 2250 BGB durch den BGH	120
1. Keine Notwendigkeit von Verlesung, Genehmigung und Unterschrift zur authentischen Dokumentation des Erblasser- willens in Notlagen	121
2. Keine Zurückschneidung von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB unter Hinweis auf die gesetzlich geforderte Sicherheit der Wiedergabe des Erblasserwillens	122
3. Tragweite des Arguments der fehlenden Übernahme des mündlichen Testaments aus dem österreichischen Recht bei Einführung des Notlagentestaments durch das TestG 1938	122
4. Keine Vertretung des Notars durch die drei Zeugen	124
a) Kein öffentlicher Glaube der Zeugen	124
b) Zeugen treten nicht „an die Stelle des Notars“	124
c) Dreizeugentestament kein Testament „zur Niederschrift“	125
d) Keine funktionale Äquivalenz des Beurkundungsvorgangs	125
IV. Neuausrichtung des § 2250 BGB auf Basis des geltenden Rechts	126
1. Anwendung des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB auf alle Formfehler im Zusammenhang mit der Niederschrift	126
2. Mündliche Erklärung statt Niederschrift als Testament	127
3. Keine persönliche Anwesenheit der drei Zeugen	129
V. Fazit	131
D. Zusammenfassung und Ausblick	132

A. Einleitung

Bereits vor fünf Jahren sah sich ein US-Gericht im Bundesstaat Ohio mit der Frage konfrontiert, ob ein Testament den gesetzlichen Formvorschriften genügt, wenn es digital auf einem Tablet-Computer mit einem Stylus verfasst wurde, d.h. mit einem elektronischen Stift, der es ermöglicht, von Hand und

in eigener Handschrift auf solchen Geräten zu schreiben.¹ Die amerikanischen Formvorschriften unterscheiden sich gewiss von denen des BGB.² Im konkreten Fall verlangte Section 2107.03 Ohio Revised Code:

„Except oral wills [made in the last sickness, Section 2107.60], every will shall be in writing, but may be handwritten or typewritten. The will shall be signed at the end by the testator or by some other person in the testator’s conscious presence and at the testator’s express direction. The will shall be attested and subscribed in the conscious presence of the testator, by two or more competent witnesses, who saw the testator subscribe, or heard the testator acknowledge the testator’s signature.“

Insofern ist das Bemerkenswerte an der Entscheidung auch nicht so sehr, dass das Testament im Ergebnis als „in writing“ und damit formgültig anerkannt wurde.³ Vielmehr steht der Fall exemplarisch für einen Bewusstseinswandel, der sich, so steht zu vermuten, über kurz oder lang auch in Deutschland vollziehen wird. Denn der Erblasser griff nicht im Angesicht einer Not-situation zu Tablet und Stylus. Beides war schlicht gerade bei der Hand – und weder der Erblasser noch seine als Zeugen anwesenden Brüder zweifelten an der Zulässigkeit dieser Art des Testierens:

„On December 30, 2012, Javier had a discussion with two of his brothers, Miguel Castro and Albie Castro, about preparing a will. Because they did not have any paper or pencil, Albie suggested that the will be written on his Samsung Galaxy tablet.“⁴

¹ Ohio Court of Common Pleas, Quinipiac Probate Law Journal 27 (2014), 412 (*In Re Estate of Javier Castro*).

² Überblick über die Formgebote im amerikanischen Erbrecht bei *Scalise*, in: Reid/ de Waal/Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Vol. I: Testamentary Formalities, 2012, 358.

³ Ohio Court of Common Pleas, Quinipiac Probate Law Journal 27 (2014), 412, 416 ff. (*In Re Estate of Javier Castro*). Das Gericht sah sowohl das „writing“- als auch das „signature“-Erfordernis als erfüllt an. Das „attestation“-Erfordernis verwechselte es zwar mit der Notwendigkeit einer „attestation clause“ (die hier fehlte), konnte diesen Formfehler aber unter Rückgriff auf Sec. 2107.24 Ohio Rev. Code überwinden („If a document that is executed that purports to be a will is not executed in compliance with the requirements of section 2107.03 of the Revised Code, that document shall be treated as if it had been executed as a will in compliance with the requirements of that section if a probate court, after holding a hearing, finds that the proponent of the document as a purported will has established, by clear and convincing evidence, all of the following: (1) The decedent prepared the document or caused the document to be prepared. (2) The decedent signed the document and intended the document to constitute the decedent’s will. (3) The decedent signed the document [...] in the conscious presence of two or more witnesses.“). Dabei ging das Gericht ohne jedes Wort der Erläuterung davon aus, dass das Tablet-Testament ein „document“ im Sinne dieser *harmless error rule* darstellt. Zu sich daraus ergebenden Folgefragen für das amerikanische Recht siehe nur *Sitkoff/ Dukeminier*, *Wills, Trusts, and Estates*, 10. Aufl. 2017, 195.

⁴ Ohio Court of Common Pleas, Quinipiac Probate Law Journal 27 (2014), 412, 414 (*In Re Estate of Javier Castro*).

Angesichts des immer stärkeren Vordringens der digitalen in die analoge Welt – ein moderner Stylus schreibt druckempfindlich wie ein echter Stift – wird es auch heute bereits in Deutschland Teile der Bevölkerung geben, für die zwischen dem Schreiben auf Papier und der Handschrift auf einem Tablet weder praktisch noch begrifflich ein Unterschied besteht. Ob eine Unterschrift auf einem digitalen Unterschriftspad den Anforderungen des § 126 BGB genügt, hat die Gerichte schon beschäftigt.⁵ Es ist nur eine Frage der Zeit, bis sie mit der Frage konfrontiert werden, ob ein von Hand verfasstes Testament auf einem Tablet auch im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB eigenhändig geschrieben ist – zumal sich im Schrifttum bereits erste Stimmen finden, die zu dieser Rechtsauffassung tendieren.⁶

Auf der anderen Seite ermöglicht die fortschreitende Technisierung selbst in Situationen größter Not häufig verlässlichen und authentischen Kontakt zur Außenwelt bis in die letzten Minuten des eigenen Lebens. Man denke etwa an Videotelefonie über das Mobilfunknetz oder WLAN an Bord von Flugzeugen. In Notlagen, in denen nicht nur das eigene Leben, sondern auch das von Begleitern gefährdet ist, ist es sogar naheliegend, sich dieser technischen Möglichkeiten zu bedienen, um sicher zu stellen, dass der eigene letzte Wille nicht auch der Gefahrensituation zum Opfer fällt. Es steht zu befürchten, dass die Gerichte in Zukunft auch darüber zu befinden haben, ob in solchen Notlagen diktierter oder in die Cloud gespeicherte Testamente den Anforderungen an ein Nottestament genügen.

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten und Grenzen des Testierens an der Schnittstelle von digitaler und analoger Welt für das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB (*sub B*) sowie die Nottestamente gemäß §§ 2249 ff. BGB (*sub C*) untersucht und auf Grundlage dieser Analyse Erwägungen herausgearbeitet werden, die es bei der Frage nach einer etwaigen Digitalisierung der Testamentsformen zu bedenken gilt (*sub D*).

B. Eigenhändige Testamente, § 2247 BGB

Wurden Tablet und Stylus bemüht, um ein von Hand geschriebenes Testament zu verfassen, stellt sich allein die klar umrissene Frage, ob diese Form den Anforderungen des § 2247 Abs. 1 BGB genügt, mithin ob es sich um eine

⁵ Siehe OLG München, NJW 2012, 3584 (die Einhaltung der Schriftform verneinend).

⁶ Vgl. *Grziwotz*, in: BeckOGK-BGB, Stand 01.03.2018, § 2247 Rn. 22; siehe auch *Hergenvörder ZEV* 2018, 7, 9; *Baumann*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2018, § 2247 Rn. 35.

„eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung“ des Erblassers handelt. Im bisherigen Schrifttum wird dies weithin als Frage verstanden, deren Beantwortung sich danach entscheidet, ob ein gewisses Maß an technischer Fälschungssicherheit gewährleistet und so die Formzwecke des § 2247 BGB gewahrt werden können (*sub I*). Dieses Verständnis lässt indes die Systematik der gesetzlichen Formvorschriften außer Acht, die es – insbesondere auf Grund der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte – generell verbietet, digitale Dokumente als eigenhändig geschrieben zu bezeichnen (*sub II*).

I. Meinungsstand im Schrifttum

Das Schrifttum zur Formwirksamkeit von Tablet-Testamenten ist bislang recht spärlich, vor allem aber bei genauerer Betrachtung vielfach unklar bis widersprüchlich.

Nach *Hergenröder* kann ein eigenhändiges Testament unter Nutzung von Stylus und Tablet

„mit Blick auf die tatbestandlichen Anforderungen des § 2247 Abs. 1 BGB [...] errichtet werden, sofern ein weitreichender Ausschluss nachträglicher Manipulation garantiert werden kann.“⁷

Die von ihm ausgemachte Fälschungssicherheit als tatsächliche Voraussetzung für die Subsumption unter das Tatbestandsmerkmal der eigenhändig geschriebenen Erklärung vermerkt *Hergenröder* indes mit einer rechtspolitischen Forderung nach gesetzgeberischer Kodifikation der technischen Spezifikationen:

„Unabdingbare Voraussetzung [...] wäre gleichwohl eine Anpassung der bestehenden Gesetzeslage. Diese müsste konkrete Vorgaben für die fälschungssichere Erstellung und Speicherung digitaler Testamente beinhalten und somit eine rechtssichere Subsumtion unter §§ 2231 Nr. 2, 2247 Abs. 1 BGB ermöglichen.“⁸

Umgekehrt verneint *Baumann* zwar angesichts „gegenwärtig eindeutiger Rechtslage“ die Vereinbarkeit mit § 2247 Abs. 1 BGB,⁹ nur um hinterherzuschieben:

„Nach geltendem Recht ist wegen der zahlreichen EDV-technisch noch möglichen Manipulationsmöglichkeiten ein auf dem Computer niedergelegtes Testament nicht zuzulassen, solange eine digitale Errichtung nicht dieselben Sicherheitsstandards zur Ermittlung der Urheberschaft wie ein eigenhändig verfasstes Testament erfüllt.“¹⁰

⁷ *Hergenröder* ZEV 2018, 7, 9.

⁸ *Hergenröder* ZEV 2018, 7, 11.

⁹ *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 33, 35.

¹⁰ *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 35 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

Voit dagegen lehnt auf Tablets verfasste Testamente auf Grund der Manipulationsgefahr grundsätzlich ab,¹¹ während *Grziwotz* dieser Art des Testierens derzeit wohl am offensten gegenübersteht:

„Gibt es keinen Zweifel an der handschriftlichen Niederlegung des letzten Willens und steht der Flachbildcomputer, auf dem geschrieben wurde, als ‚Material‘ der Niederschrift zur Verfügung, ist somit fraglich, ob im Hinblick auf die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit und die Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten der Erstellung schriftlicher Dokumente zumindest eine Analogie zur Handschriftlichkeit weiterhin verneint werden kann.“¹²

II. Die missachtete Perspektive: Systematik der Formvorschriften des BGB

Führt man die bisherige Diskussion auf die klassischen Auslegungsmethoden zurück, ist zu konstatieren, dass sich die Frage nach der Anerkennung von Tablet-Testamenten nicht am Wortlaut des § 2247 Abs. 1 BGB, sondern an der Wahrung der Formzwecke zu entscheiden scheint. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zwar bewegt sich ein von eigener Hand mit einem – wenn auch digitalen – Stift verfasstes Testament unbedenklich innerhalb der Grenzen des Wortlauts der von § 2247 Abs. 1 BGB verlangten eigenhändig geschriebenen Erklärung. Ginge es sonach nur um die Formzwecke, könnte man dem auf einem Tablet mittels Stylus verfassten Testament auch schwerlich kategorisch die Anerkennung versagen: Da es sich mit einem solchen Stift nicht schneller schreibt, ist der Übereilungsschutz¹³ gewahrt. Und ob die konkrete technische Sicherung dem notwendigen – wie auch immer abstrakt definierten – Maß an Fälschungssicherheit genügt, ist entgegen *Hergenröder* keine abstrakte Rechts-, sondern eine Tatsachenfrage. War etwa das Tablet, wie mittlerweile üblich, mittels Fingerabdruck des Erblassers gesichert und die zum Testieren genutzte App mit einem separaten Passwort geschützt, kann man durchaus darüber streiten, ob dies hinter dem Formzweck des § 2247 Abs. 1 BGB zurückbleibt, der immerhin selbst einem Bleistifttestament auf einem Notizzettel nicht entgegensteht.¹⁴

In der bisherigen Diskussion wird indes weitgehend unterschlagen, dass § 2247 Abs. 1 BGB in ein System von Formvorschriften eingebettet ist und nicht hiervon losgelöst ausgelegt werden kann. Einzig *Hergenröder* hat diese

¹¹ *Voit*, in: Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2247 Rn. 14.

¹² *Grziwotz*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 6), § 2247 Rn. 22.

¹³ Dazu etwa *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 37.

¹⁴ Vgl. *Lauck*, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2247 BGB Rn. 12 f.

Erwägung bislang aufgegriffen, sie jedoch kurzerhand mit dem Hinweis abgetan, § 2247 Abs. 1 BGB sei gegenüber § 126 Abs. 1 BGB *lex specialis* und die Existenz der Sonderregelungen der §§ 126 Abs. 3, 126a BGB stelle „kein Argument“ gegen die Annahme eines digitalen Testaments dar.¹⁵ Diese Argumentation überzeugt nicht.

Dass zwischen § 126 BGB und § 2247 BGB ein systematischer Konnex gerade im Hinblick auf das Eigenhändigkeitserfordernis besteht und § 2247 BGB überdies das strengere der beiden Formgebote enthält, kann nicht in Abrede gestellt werden (*sub 1*). Diese Verbindung zu § 126 BGB zwingt dazu, die §§ 126a, 126b BGB und ihr Verhältnis zu § 126 Abs. 1 BGB in die Auslegung des § 2247 BGB einzubeziehen (*sub 2*). Danach können digital von Hand verfasste Testamente – ungeachtet ihrer Beweissicherheit im Einzel- oder Regelfall – das Eigenhändigkeitserfordernis des § 2247 Abs. 1 BGB unter keinen Umständen erfüllen (*sub 3*).

*1. Das systematische Verhältnis von § 2247 BGB und § 126 BGB:
Keine großzügigere Auslegung des Eigenhändigkeitserfordernisses
in § 2247 Abs. 1 BGB*

Im Ausgangspunkt ist *Hergenröder* zu konzedieren, dass § 2247 BGB – obwohl das strikte Erfordernis einer vollständig eigenhändigen Erklärung aufstellend – nicht *im formalen Sinne* das strengere Formgebot gegenüber § 126 BGB enthält. Denn nach § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB ist beim eigenhändigen Testament im Gegensatz zu § 126 BGB die Unterschrift mit Namen nicht zwingend erforderlich.¹⁶ Das heißt jedoch nicht, dass § 2247 Abs. 3 BGB herangezogen werden könnte, um den systematischen Zusammenhang beider Formvorschriften gänzlich in Zweifel zu ziehen und einer von § 126 Abs. 1 BGB losgelösten Auslegung des § 2247 Abs. 1 BGB das Wort zu reden. Nach der *ratio* des § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB ist der Verzicht auf das zwingende Erfordernis einer Namensunterschrift für das normative Verhältnis beider Vorschriften nämlich unerheblich (*sub a*). Zudem verwenden sowohl § 2247 Abs. 1 BGB als auch § 126 Abs. 1 BGB den Begriff der Eigenhändigkeit und dieser kann angesichts der spezifisch erbrechtlichen Beweisprobleme bei § 2247 BGB nicht grundlegend großzügiger ausgelegt werden (*sub b*). Ein gegenüber § 126 Abs. 1 BGB abweichendes Verständnis lässt sich auch nicht darauf stützen, dass allein § 126 BGB das explizite Erfordernis einer urkundlichen Erklärung aufstellt (*sub c*).

¹⁵ *Hergenröder* ZEV 2018, 7, 9.

¹⁶ *Einsele*, in: MünchKomm, BGB, 7. Aufl. 2015, § 125 Rn. 2.

a) Unerheblichkeit des Verzichts auf die zwingende Namensunterschrift nach § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB für das Stufenverhältnis von § 2247 BGB und § 126 Abs. 1 BGB

Mit dem Erfordernis der Namensunterschrift verfolgt § 126 BGB das Ziel, die Person des Ausstellers erkennbar zu machen.¹⁷ Wiewohl § 126 BGB mit dieser Anforderung formal über § 2247 Abs. 1, Abs. 3 BGB hinausgeht, gewährleistet doch bereits die *vollständige Eigenhändigkeit* des Testaments die sichere Identitätsfeststellung.¹⁸ Für das normative Verhältnis der beiden Formvorschriften kann der Verzicht auf die zwingende Namensunterschrift in § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB mithin keine Rolle spielen. Da § 2247 Abs. 1 BGB nicht nur eine Unterschrift, sondern *zusätzlich* eine vollständig eigenhändige Erklärung verlangt, muss er folglich bei wertender Betrachtung als strengere Formvorschrift verstanden werden. Dieses Stufenverhältnis kann bei der Auslegung des § 2247 Abs. 1 BGB nicht unbeachtet bleiben.

b) Eigenhändigkeit als Voraussetzung beider Formgebote

Für die Interpretation des Eigenhändigkeitserfordernisses in § 2247 Abs. 1 BGB stellt es allerdings ein noch wichtigeres Datum dar, dass sich die Formvorschriften in § 2247 Abs. 1 BGB und § 126 Abs. 1 BGB im Wortlaut überschneiden: Wo § 2247 Abs. 1 BGB eine „eigenhändig“ geschriebene Erklärung verlangt, fordert § 126 Abs. 1 BGB, dass der Aussteller „eigenhändig“ durch Namensunterschrift unterzeichnet. Der Umstand, dass zwei der Formvorschriften des BGB dieselbe Begrifflichkeit verwenden, sollte es bereits verbieten, diese grundlegend unterschiedlich auszulegen.

In jedem Fall kann § 2247 Abs. 1 BGB dort nicht bedeutend großzügiger als § 126 Abs. 1 BGB ausgelegt werden, wo die Beweisfunktion der eigenhändigen Erklärung tangiert ist. Denn die im Hinblick auf das Eigenhändigkeitserfordernis strengere, weil umfassendere, Form des § 2247 BGB versteht sich nicht zuletzt als eine Reaktion auf das dem Erbrecht eigene Problem, dass der Erblasser als (angeblicher) Verfasser des Testaments im Streitfall stets nicht mehr als Zeuge zur Verfügung steht.¹⁹

¹⁷ Siehe nur *Einsele*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2015, § 126 Rn. 16.

¹⁸ *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 1111; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. 1, 2010, § 27 Rn. 1729.

¹⁹ Siehe schon *Motive*, 257, abgedruckt bei *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 5, 1899, 135 f.: „Denn [...] über den Inhalt des Aktes ist von demjenigen, welcher den Akt errichtete, kein Aufschluß mehr zu erlangen, weil zu der Zeit, auf welche die Wirksamkeit des Aktes sich erstreckt, der Mund des Verfügenden sich für immer geschlossen hat.“ Dies wird in der US-amerikanischen Literatur auch prägnant als „worst evidence problem“ bezeichnet,

c) *Keine Differenzierung auf Grundlage des Urkundserfordernisses in § 126 Abs. 1 BGB*

Um zu begründen, dass der Eigenhändigkeitsbegriff des § 2247 BGB einer von § 126 Abs. 1 BGB losgelösten Interpretation zugänglich ist, lässt sich auch nicht auf den Umstand rekurrieren, dass lediglich der Wortlaut des § 126 Abs. 1 BGB explizit eine „Urkunde“, d.h. eine dauerhafte Verkörperung der Erklärung,²⁰ verlangt.²¹ Es ist zwar richtig, dass der historische Gesetzgeber die Testamenterrichtung mittels Tablet und Stylus noch nicht kennen und daher auch nicht ausdrücklich ausschließen konnte.²² Wenn aber zur Zeit der Entstehung der Norm ein Testament tatsächlich nur urkundlich verfasst werden konnte, dann kann das Fehlen des Wortes „Urkunde“ in § 2247 BGB nicht herangezogen werden, um dem Erfordernis einer eigenhändigen Schrift eine von § 126 BGB abweichende Bedeutung beizumessen.

Hinzu kommt, dass etwa § 2255 BGB über den Widerruf durch Vernichtung oder Veränderungen von einer Testamentsurkunde ausgeht. Die Formulierung der Norm als zusätzliche Widerrufsmöglichkeit („kann *auch* dadurch widerrufen werden“) kann dabei auch nicht so verstanden werden, dass § 2255 BGB nur für solche Testamente gilt, die tatsächlich in Urkundsform verkörpert sind.²³ Denn zum einen bezieht sich das „auch“ auf den unmittelbar voranstehend geregelten Widerruf durch Testament nach § 2254 BGB. Zum anderen widerspricht die Formulierung des § 2255 Satz 1 BGB dieser Lesart, da die Norm alle Testamente einbezieht²⁴ und die „Testamentsurkunde“ nur in den Modalitäten des Widerrufs erwähnt.

vgl. *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 10. Aufl. 2017, 141: „The witness who is best able to authenticate the will, to verify that it was voluntarily made, and to clarify the meaning of its terms is dead by the time the court considers such issues.“

²⁰ Siehe nur *Hertel*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2017, § 126 Rn. 108.

²¹ So indes *Hergenröder* ZEV 2018, 7, 11.

²² So *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 35.

²³ So jedoch *Hergenröder* ZEV 2018, 7, 11.

²⁴ Die Vorschrift bezieht sich zwar vorrangig auf Testamente nach § 2247 BGB (was für die hiesige Diskussion bereits genügt), da öffentliche Testamente verwahrt werden und sich nicht in der Verfügungsgewalt des Testators befinden (vgl. *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2255 Rn. 7). Jedoch kann auch ein notarielles Testament durch Vernichtung gemäß § 2255 BGB widerrufen werden (BGH NJW 1959, 2113, 2114).

2. Das systematische Verhältnis von § 126 BGB und §§ 126a, 126b BGB: Keine eigenhändige Namensunterschrift in digitalen Dokumenten

Der Umstand, dass die Systematik der Testamentsvorschriften auch bei § 2247 BGB von einer urkundlichen Verkörperung der Erklärung ausgeht, stellt ein gewichtiges Argument gegen die Anerkennung digitaler Testamente dar. Entscheidend ist jedoch, dass der systematische Zusammenhang zwischen § 2247 BGB und § 126 BGB dazu zwingt, auch die §§ 126a, 126b BGB in die Auslegung des Eigenhändigkeitserfordernisses einzubeziehen. Denn wenn § 2247 BGB und § 126 BGB in Bezug auf das Eigenhändigkeitserfordernis nicht grundsätzlich unterschiedlich ausgelegt werden können, so müsste die Anerkennung von Tablet und Stylus im Rahmen von § 2247 BGB auch für die Schriftform nach § 126 BGB gelten – und dies wiederum mit der Sonderregelung der elektronischen Form in § 126a BGB sowie der Textform in § 126b BGB vereinbar sein. Das ist allerdings nicht der Fall. Aus §§ 126 Abs. 3, 126a, 126b BGB folgt, dass digitale Dokumente das Erfordernis einer eigenhändigen Namensunterschrift im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB nicht erfüllen.

Die gesetzliche Systematik trennt streng zwischen schriftlichen und digitalen Dokumenten. Letztere sind für Formzwecke nicht nur gesondert in § 126a BGB („elektronische[s] Dokument“) und § 126b BGB („lesbare Erklärung [...] auf einem dauerhaften Datenträger“) erfasst. Das Verhältnis dieser Digitalformen zur Schriftform ist zudem ausdrücklich in § 126 Abs. 3 BGB normiert:

„Die schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“

Diese Regelung impliziert zum einen, dass digitale Dokumente der Schriftform in keinem Fall genügen. Denn selbst die elektronische Form „erfüllt“ das Schriftformerfordernis nicht, sondern „ersetzt“ es lediglich.²⁵ In diesem Sinne heißt es auch in den Gesetzesmaterialien:

„Die Unterzeichnung kann *statt* durch eigenhändige Unterschrift *ersatzweise* auch durch elektronische Signierung nach § 126a formwirksam erfolgen.“²⁶

Zum anderen enthält § 126 Abs. 3 BGB die gesetzgeberische Wertung, dass ein digitales Dokument ausschließlich dann den Zwecken der Schriftform gerecht wird, wenn es die Anforderungen des § 126a BGB erfüllt. Diese Erwägungen finden sich explizit im seinerzeitigen Regierungsentwurf zu § 126a BGB:

²⁵ So auch *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 126 Rn. 8.

²⁶ BT-Drucks. 14/4987, 14 (Hervorhebungen durch den Verfasser).

„Die in Absatz 1 vorgeschlagene konkrete Ausgestaltung der elektronischen Form beruht auf folgender Überlegung: Da die elektronische Form grundsätzlich die Schriftform des § 126 ersetzt, muss jene so ausgestaltet sein, dass sie die mit der Schriftform bezweckten Leistungsfunktionen regelmäßig sicherstellt (sog. Funktionsäquivalenz). [...] Die in Bezug genommene Technik der qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz, d.h. einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur, [...] ist grundsätzlich in der Lage, diese Funktionsäquivalenz zu gewährleisten.“²⁷

Ein „von Hand“ verfasstes digitales Dokument kann damit nicht nur unter keinen Umständen als eigenhändig im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB qualifiziert werden; es kann auch nur dann die eigenhändige Unterschrift substituieren, wenn es gemäß § 126a BGB mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist.²⁸ Angesichts der detaillierten Regelungen in § 126 Abs. 3, § 126a BGB, in Art. 28 ff. der EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste²⁹ (eIDAS-VO³⁰) und in dem zum 29. Juli 2017 in Kraft getretenen Vertrauensdienstegesetz (VDG)³¹ bzw. dem gleichzeitig außer Kraft getretenen Signaturgesetz (SigG) a.F. ist auch kein Raum für eine teleologische Extension des Eigenhändigkeitsbegriffs in § 126 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Unterschrift mittels Stylus auf einem Tablet.

3. Konsequenzen für die Auslegung von § 2247 Abs. 1 BGB: Keine eigenhändige Erklärung in digitalen Dokumenten

Für § 2247 Abs. 1 BGB bedeutet dieses zu § 126 BGB gefundene Ergebnis, dass digital von Hand verfasste Dokumente das Erfordernis einer eigenhändig geschriebenen Erklärung – unabhängig von der Wahrung der Formzwecke – nicht erfüllen können.

²⁷ Begr. RegE, BT-Drucks. 14/4987, 15 f.

²⁸ So auch OLG München NJW 2012, 3584, 3585 mit zust. Anm. *Rofsnagel*; zustimmend auch *Schmitz* NVwZ 2013, 410; ebenso *Einsele*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 17), § 126 Rn. 6; *Hecht*, in: BeckOGK, BGB, Stand 15.04.2018, § 126 Rn. 45; *Hertel*, in: Staudinger (Fn. 20), § 126 Rn. 111; *Hoeren*, in: FS für Heinz Holzhauser, 2005, 538, 543.

²⁹ VO (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. 2014, L 257,73.

³⁰ Die Verordnung wird gemeinhin so bezeichnet, vgl. nur das Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Durchführungsgesetz) v. 18.07.2017, BGBl. 2017 I, 2745. eIDAS ist ein Akronym für „electronic identification, authentication and trust services“.

³¹ Dazu *Rofsnagel* MMR 2018, 31.

Dies folgt einmal unmittelbar aus dem systematischen Verhältnis zu § 126 Abs. 1 BGB, d.h. dem Gebot, den Begriff der Eigenhändigkeit in § 126 Abs. 1 BGB und § 2247 Abs. 1 BGB nicht grundlegend unterschiedlich auszulegen (dazu oben 1): Wenn die digitale Unterzeichnung für die eigenhändige Unterschrift nicht genügt, muss dies auch und *a fortiori* für das Erfordernis einer vollständig eigenhändigen Erklärung im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB gelten.

Darüber hinaus lässt sich das für das Verständnis des Schriftformerfordernisses aus § 126 Abs. 3 BGB abgeleitete Argument (vgl. oben 2) unmittelbar für die Auslegung des § 2247 Abs. 1 BGB fruchtbar machen. Denn wo § 126 Abs. 3 BGB es immerhin noch zulässt, dass elektronische Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur die Schriftform ersetzen können, fehlt es für § 2247 BGB sogar an einer solchen Regelung. Das verdeutlicht, dass der Gesetzgeber die Digitalisierung der Formvorschriften gezielt auf den Bereich des Geschäftsverkehrs beschränkt hat.³² Insbesondere hielt er seinerzeit eine

„Anpassung des Privatrechts an die Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien“³³

für notwendig. Wenn eine solche legislative Intervention für die Digitalisierung der eigenhändigen Unterschrift vonnöten war, kann für die Digitalisierung des eigenhändigen Testaments nichts anderes gelten.

III. Fazit und rechtshistorische Reflexion

Die gesetzliche Lage zu mit Tablet und Stylus verfassten Testamenten ist somit weitaus klarer als bislang beschrieben. Unabhängig von der Fälschungssicherheit dieser Form des Testierens verbietet es die Systematik der gesetzlichen Formvorschriften sowie die jüngere Gesetzgebungsgeschichte, digitale Dokumente als eigenhändig geschriebene Erklärungen im Sinne des § 2247 Abs. 1 BGB anzuerkennen. Das privatschriftliche Testament des BGB ist folglich analog.

Auf den ersten Blick liegt dieses Ergebnis auf einer Linie mit der historischen Konzeption des eigenhändigen Testaments. Schließlich war an die digitale Testamentserrichtung bei Inkrafttreten des BGB noch nicht zu denken. Es wäre indes verfehlt, hieraus den Schluss zu ziehen, dass die von § 2247 BGB verlangte Eigenhändigkeit einen bewussten Anachronismus darstellt, um dem Erblasser die besondere Bedeutung des Errichtungsaktes vor Au-

³² So wurden denn auch §§ 126a, 126b BGB im Jahre 2001 durch das „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen *Rechtsgeschäftsverkehr*“ (BGBl. 2001 I, 1542, Hervorhebung durch den Verfasser) eingeführt.

³³ Begr. RegE, BT-Drucks. 14/4987, 1.

gen zu führen, wie dies etwa für das Erfordernis der Errichtung vor Zeugen im angloamerikanischen Rechtskreis angenommen wird.³⁴ Denn im ausgehenden 19. Jahrhundert war die handgeschriebene Korrespondenz noch weit verbreitet und stand gerade deshalb den Anforderungen an das privatschriftliche Testament zum Vorbild.³⁵ In diesem Sinne ging es denn auch bei dessen Einführung von Beginn an darum, eine „moderne Form“, eine „leichtere Form“ letztwilliger Verfügungen zuzulassen,³⁶ um dem Testieren die Lästigkeit zu nehmen³⁷. Das Eigenhändigkeitserfordernis hat folglich seit Inkrafttreten des BGB – und zwar schon beginnend mit der Verbreitung der Schreibmaschine³⁸ – einen Funktionswandel erfahren, der dem privatschriftlichen Testament einen ursprünglich nicht vorgesehenen zeremoniellen Charakter verleiht.³⁹ Aus entstehungszeitlicher Perspektive liegt die Anerkennung digitaler Testamente somit deutlich näher, als es auf den ersten Blick erscheint. Freilich birgt die elektronische Testamentserrichtung ganz eigene Probleme im Hinblick auf die Authentizitätsgewähr, sodass die tragenden Erwägungen für die seinerzeitige Einführung des eigenhändigen Testaments nicht auch notwendigerweise dessen vollständige Digitalisierung rechtfertigen würden.

³⁴ Vgl. *Langbein*, Harvard Law Review 88 (1975) 489, 495 („The formalities associated with attestation also serve cautionary policies. The execution of the will is made into a ceremony impressing the participants with its solemnity and legal significance.“); siehe auch *Scalise*, (Fn. 2), 362 („First, formalities serve a ritualistic purpose and thus impress upon the testator the significance of what he is doing.“).

³⁵ Vgl. *Lange*, Das Recht des Testamentes – 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937, 44 („dass dieser Testamentsakt keine höheren Anforderungen stellt als ein gewöhnlicher Brief“); *Michaelis/Seyffarth*, in: RGRK, BGB, 6. Aufl., 1928, § 2231 Rn. 3 („so einfach und leicht erfüllbar, dass kein Erblasser die Nichtigkeit aus § 125 zu besorgen hat, wenn er seinen letzten Willen [...] mit der Sorgfalt niederschreibt, die jedermann an einen Brief geschäftlichen Inhalts zu wenden pflegt“).

³⁶ Protokolle, 7168, abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 697.

³⁷ Vgl. Protokolle, 7168 f., abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 697: „Die Aufnahme eines Testamentes unterbleibe, wenn es an erschwerende Formen geknüpft sei, vielfach auch in solchen Fällen, wo die Errichtung durchaus angezeigt sein würde. Die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testamentes erfordere häufig einen großen Aufwand an Mühe und Zeit. Die Nothwendigkeit, einen lästigen Weg zu machen, werde viele von dem Testieren um so mehr abhalten, als man sich erfahrungsmäßig zu diesem Geschäfte ohnehin schwer zu entschließen pflege.“

³⁸ Zutreffend *Röthel*, in: Verhandlungen des 68. DJT (Berlin 2010), Bd. I, A 64 Fn. 318; siehe auch schon *Lange*, Das Recht des Testamentes (Fn. 35), 44 („Sicherlich hat auch die steigende Mechanisierung des Briefes durch Vordruck von Orts- und Jahresangabe und durch die Verwendung der Schreibmaschine die heutige Briefform von derjenigen aus der Entstehungszeit des BGB weiter entfernt.“).

³⁹ *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Vol. I: Testamentary Formalities, 2012, 175, 205; ähnlich *Röthel* (Fn. 38), A 64.

Auch insoweit ist jedoch zu bedenken, dass das privatschriftliche Testament ursprünglich nicht wegen seiner *Fälschungssicherheit*, sondern trotz der vielfach geäußerten Bedenken gegen seine *Fälschungsanfälligkeit*⁴⁰ in das BGB aufgenommen wurde. Führt man sich schließlich vor Augen, dass die Einführung der § 126 Abs. 3, § 126a, § 126b BGB auf die e-commerce Richtlinie zurückgeht und die Digitalisierung des § 2247 BGB im Gesetzgebungsverfahren damals mit keinem Wort diskutiert wurde,⁴¹ ist es kein revolutionärer Gedanke, sondern vielmehr historisch informierte Gesetzeskritik, die restriktive *lex lata* rechtspolitisch zu hinterfragen (hierzu noch *sub D*).

C. Nottestamente, §§ 2249–2251 BGB

Das BGB kennt drei Formen von Nottestamenten: das Bürgermeistertestament nach § 2249 BGB, das Dreizeugentestament nach § 2250 BGB sowie das Testament auf See nach § 2251 BGB. Dabei spielt ersteres in der Diskussion um den Einsatz digitaler Alltagstechnologien keine Rolle, während das Seetestament lediglich den Anwendungsbereich des Dreizeugentestaments auf Situationen ohne besondere Notlage erstreckt. Im hiesigen Kontext interessiert daher lediglich § 2250 BGB.

I. Das Dreizeugentestament gemäß § 2250 BGB

Das Dreizeugentestament ist dem Erblasser in solchen Fällen eröffnet, in denen er sich

- (i) an einem Orte aufhält, der infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem No-

⁴⁰ von Schmitt, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, 1879, 403, abgedruckt in Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht 1, 1984, 519 („Gefahren der Unterschlebung falscher, der Fälschung und Unterdrückung wirklicher ächter Testamente nicht gering“); Motive, 258, abgedruckt bei Mugdan (Fn. 19), 136 („daß die Gefahr der Unterschlebung falscher sowie der Fälschung oder Unterdrückung wirklicher echter Testamente eine nicht geringe ist.“); Protokolle, 7170, abgedruckt bei Mugdan (Fn. 19), 697 („Eine Fälschung oder Unterdrückung des Testaments sei jedenfalls in vielen Fällen leicht möglich.“); Bericht der XII. Reichstagskommission, 17, abgedruckt bei Mugdan (Fn. 19), 886 („Die vom Entw. vorgeschlagenen feierlichen Formen der Errichtung vor Gericht oder vor einem Notare gewährten unbestreitbar größere Garantien gegen [...] Unterschlebung und Fälschung, gegen Nachahmung der Handschriften der letztwillig Verfügenden“.).

⁴¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 14/4987, 1.

- tar nicht möglich oder erheblich erschwert ist (sog. *Absperrungstestament* nach § 2250 Abs. 1 BGB⁴²), oder
- (ii) in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 BGB nicht mehr möglich ist (sog. *Notlagentestament* nach § 2250 Abs. 2 BGB⁴³).

In beiden Situationen erlaubt § 2250 BGB dem Erblasser, ein „Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen“ zu errichten, über das nach § 2250 Abs. 3 Satz 1 BGB eine Niederschrift aufgenommen werden muss. Das ist insofern ein wenig merkwürdig, als es in keinem der Fälle darauf ankommt, ob der Erblasser noch in der Lage ist, gemäß § 2247 BGB eigenhändig zu testieren, sodass sich die Anwendungsbereiche der ordentlichen und Nottestamente überschneiden können.⁴⁴ Dieses Regelungssystem erklärt sich nur aus der Entstehungsgeschichte des BGB:⁴⁵ In *Gottfried von Schmitts* Vorentwurf sowie den Entwürfen der ersten und zweiten Kommission war einzig das öffentliche Testament vor dem Notar oder Richter als ordentliche Testamentsform vorgesehen,⁴⁶ während das eigenhändige Testament, subsidiär zum Bürgermeistertestament und neben dem Zeugentestament, lediglich als Notform eröffnet war.⁴⁷ Als das privatschriftliche Testament schließlich und nach knapper Abstimmung von der XII. Reichstagskommission zum Beschluss empfohlen wurde, verblieb keine Zeit mehr, die Konzeption der Nottestamente grundsätzlich zu überdenken, sodass lediglich die redaktionelle Änderung erfolgte, das eigenhändige Testament als Nottestamentsform zu streichen.⁴⁸

⁴² *Lauck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 14), § 2250 BGB Rn. 3.

⁴³ *Lauck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 14), § 2250 BGB Rn. 5.

⁴⁴ Kritisch zu dieser Unstimmigkeit etwa *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2250 Rn. 11a; *von der Beck*, Norminhalt und Formstrenge im Recht der Nottestamente, 1995, 79 f.; *Zimmermann* (Fn. 39), 214.

⁴⁵ Zum Ganzen ausführlich *Zimmermann* (Fn. 39), 212 ff.; Überblick auch bei *Kapfeßer*, Die Nottestamente des BGB, 1995, 74 ff.

⁴⁶ § 168 VorE, (*von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, 1879, 31, abgedruckt in *Schubert* (Fn. 40), 37); § 1914 E I, § 2099 E II (abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), XXXVI).

⁴⁷ Vgl. §§ 179, 180, 181 VorE (*von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, 1879, 31, abgedruckt in *Schubert* (Fn. 40), 39); § 1927 E I, § 2114 E II (abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), XXXIX).

⁴⁸ Vgl. Bericht der XII. Reichstagskommission, 16 ff., 19 f., abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 886 ff. Dass dieser Mangel durch das TestG 1938 nicht behoben wurde, ist wohl der Tatsache geschuldet, dass das privatschriftliche Testament in den Vorbereitungen jener Reform selbst auf dem Prüfstand stand (*Lange*, Das Recht des Testaments (Fn. 35), 41 ff.) und von *Heinrich Lange*, dem Vorsitzenden des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, bereits als „das Nottestament des Erblassers,

Ungeachtet dieser systematischen Unstimmigkeit erscheint § 2250 BGB – mit dem Verzicht auf eine eigenhändige Erklärung des Erblassers – *prima vista* deutlich offener für die Verwendung digitaler Technologien, zumal der BGH schon vor mehr als 45 Jahren judiziert hat, dass das Dreizeugentestament ein dem

„Erblasser eingeräumter Notbehelf [ist], dessen Gesetzeszweck nicht erreicht würde, wenn man an seine Errichtung und Form Anforderung [sic!] stellen würde, die über die Gewährleistung des Inhalts und der Ernstlichkeit des letzten Willens des Erblassers hinausgingen.“⁴⁹

Das heißt jedoch nicht, dass das Nottestament weitgehend von Formalien befreit wäre. Nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB sind auf die anzufertigende Niederschrift §§ 8 bis 10, 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 13 Abs. 1, 3 Satz 1, §§ 23, 28 BeurkG sowie § 2249 Abs. 1 Satz 5, Satz 6, Abs. 2 BGB entsprechend anwendbar. Nur ist es gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB unschädlich, wenn Formfehler „bei Abfassung der Niederschrift über die Errichtung“ unterlaufen, solange mit Sicherheit angenommen werden kann, dass jene eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält.

Das wirft die Frage auf, ob die Verwendung digitaler Alltagstechnologien – etwa ein videotelefonisches Dreizeugentestament mit anschließender Bestätigung per SMS, die Aufnahme eines Videos mit nachträglicher Niederschrift oder ein mündliches Testament mit digitaler Niederschrift – den formalen Anforderungen des § 2250 BGB genügt oder zumindest die hiermit verbundenen Formfehler nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB der Wirksamkeit des Nottestaments nicht im Wege stehen.

Nach den zu § 2250 BGB aufgestellten Rechtsprechungsgrundsätzen ist dies weitgehend ausgeschlossen (*sub* II). Die Prämissen jener Rechtsprechung sind indes auf tatsächlicher Ebene mittlerweile überholt und waren dogmatisch seit jeher zweifelhaft (*sub* III). Dies indiziert eine Neuausrichtung des § 2250 BGB auf Basis des geltenden Rechts, die im Ergebnis auch der Verwendung digitaler Alltagstechnologien mehr Raum gewährt (*sub* IV).

der seinen letzten Willen schriftlich niederlegen kann“, bezeichnet wurde (*Lange*, Das Recht des Testaments (Fn. 35), 88).

⁴⁹ BGH NJW 1972, 202, 202.

II. Verwendung digitaler Technologien und § 2250 BGB nach der Rechtsprechung des BGH

1. Die Rechtsprechung des BGH zu § 2250 BGB

Historisch geht das Dreizeugentestament nach § 2250 BGB zurück bis auf die Ursprungsfassung des BGB, dort jedoch lediglich in der Form des heute in Absatz 1 geregelten Absperrungstestaments und mangels entsprechender Regelung in § 2249 BGB ohne die Abmilderung im Hinblick auf gewisse Formfehler.⁵⁰ Das Notlagentestament des heutigen § 2250 Abs. 2 BGB wurde – gemeinsam mit der heute in § 2249 Abs. 6 BGB verankerten Unschädlichkeitsregelung sowie dem entsprechenden Verweis hierauf in § 2250 Abs. 3 BGB – erst 1938 durch das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (TestG)⁵¹ eingeführt,⁵² ist aber seitdem in seinen Voraussetzungen weitgehend unverändert geblieben.⁵³ Das gab der Rechtsprechung lange vor der Digitalisierung unseres Alltagslebens die Möglichkeit, die formalen Anforderungen an das Dreizeugentestament sowie die Reichweite der Unschädlichkeit von Formfehlern nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB ganz erheblich zu konkretisieren.

Während das Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahr 1942 noch angenommen hatte,

„daß das Gesetz mit der Verweisung auf § 23 Abs. 6 [jetzt § 2249 Abs. 6 BGB] in § 24 Abs. 3 TestG [jetzt § 2250 Abs. 3 BGB] unter den dort bezeichneten Voraussetzungen alle Formfehler hatte treffen wollen, die – abgesehen von der eigentlichen letztwilligen Verfügung selbst – mit der Beurkundung des Errichtungsaktes zusammenhängen, die im weiteren Sinne entsprechend der Regelung amtlicher Protokollerrichtung auch die Verlesung und Genehmigung der Niederschrift mitumfaßt“⁵⁴,

zweifelte der BGH in einer Entscheidung zum Bürgermeistertestament früh an diesem weiten Verständnis des § 2249 Abs. 6 BGB:

„Der Mangel muß allerdings, um unschädlich zu sein, mit der Niederschrift in irgend einem Zusammenhang stehen. Mußerfordernisse, bei denen dieser Zusammenhang fehlt, sind nicht nach Abs. 6 ersetzbar. Das gilt insbesondere für die ‚materiellen‘ Errichtungsfordernisse [...]. Es kann [...] offen bleiben, ob ein Mangel hinsichtlich

⁵⁰ Ursprüngliche Fassung mit Überblick über die Textgeschichte abgedruckt bei *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2250 Rn. 1 ff.; ausführlich zur historischen Entwicklung *Kappeßer* (Fn. 45), 38 ff.

⁵¹ RGBl. 1938 I, 973.

⁵² Vgl. § 24 Abs. 2 TestG.

⁵³ Mit dem Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts v. 05.03.1953, BGBl. 1953 I, 33 wurde die Regelung wieder zurück in § 2250 BGB überführt.

⁵⁴ RG DR 1944, 841 (842).

der Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung wegen des inneren Zusammenhangs dieser Vorgänge mit der Niederschrift unter Abs. 6 fällt, obwohl sie begrifflich nicht zur ‚Abfassung‘ der Niederschrift, sondern zu den weiteren („materiellen“) Erfordernissen der Testamentserrichtung gehören⁵⁵.

Mit Urteil vom 1. Juni 1970 schwenkte der BGH sodann – unter expliziter Ablehnung der zitierten reichsgerichtlichen Entscheidung⁵⁶ – auf eine deutlich restriktivere Linie um. Allen voran sei

„kein Grund ersichtlich, die drei Zeugen anders zu behandeln als die Urkundspersonen, die sie – in ihrer Gesamtheit – zu ersetzen haben.“⁵⁷

Das deutsche Recht habe

„bei der – auf österreichischen Wunsch zurückgehenden – Einführung der dem heutigen § 2250 Abs. 2 BGB entsprechenden Vorschrift des § 24 Abs. 2 TestG nicht das rein mündliche Testament des österreichischen Rechts (§ 585 österr. ABGB) übernommen. [...] 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 i.S. des § 2250 Abs. 2 BGB. [...] 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.“⁵⁸

Nach diesen – vom BGH zuletzt im Jahr 1991 bestätigten⁵⁹ – Rechtsprechungsgrundsätzen werden von § 2250 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB solche Erfordernisse nicht erfasst,

„bei deren Verletzung eine Gewähr für die zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers nicht mehr gegeben wäre, die daher für die Vornahme des Testamentserrichtungsaktes 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 3 Zeugen an allen diesen Handlungen“⁶⁰.

⁵⁵ BGHZ 37, 79, 88 f. = NJW 1962, 1149, 1151 (interne Literatur- und Rechtsprechungsnachweise weggelassen).

⁵⁶ BGHZ 54, 89, 97 = NJW 1970, 1601, 1603 („anders früher RG in DR 44, 841“).

⁵⁷ BGHZ 54, 89, 94 = NJW 1970, 1601, 1602.

⁵⁸ BGHZ 54, 89, 94, 101 = NJW 1970, 1601, 1602 ff. (interne Literatur- und Rechtsprechungsnachweise weggelassen).

⁵⁹ BGHZ 115, 169, 173 ff. = NJW 1991, 3210, 3211.

⁶⁰ BGH NJW 1972, 202, 202.

2. Konsequenzen für die Verwendung von digitaler Alltagstechnologie in Notsituationen

Nach diesem Verständnis bleibt für die Verwendung digitaler Technologien für das Testieren in Notlagen kaum Raum. Das gilt jedenfalls für das videotelefonische Dreizeugentestament (*sub a*) und das Videotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen (*sub b*) sowie, wenn man den BGH beim Wort nimmt, für das digital abgesetzte Testament vor drei persönlich anwesenden Zeugen (*sub c*).

a) Videotelefonisches Dreizeugentestament

Zuvorderst scheidet das videotelefonische Dreizeugentestament, d.h. das mündlich per Videochat – etwa via FaceTime, Facebook Messenger, WhatsApp oder Skype – gegenüber drei Zeugen am anderen Ende der Leitung erklärte und von diesen niedergeschriebene Testament. Bei dieser Form des Nottestierens mangelt es nämlich erstens an der nach dem BGH unverzichtbaren persönlichen Anwesenheit der Zeugen (§ 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) und zweitens – selbst wenn der Erblasser den Inhalt des Testaments anschließend etwa per SMS bestätigt – an der abschließenden Unterschrift des Erblassers (§ 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG).

b) Videotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen

Auch ein in die Cloud geladenes oder kurz vor dem Tod noch abgesendetes Videotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen – d.h. die Substitution der Niederschrift durch eine Videoaufnahme des Testiervorgangs – ist nach der Rechtsprechung unwirksam. Da der BGH § 2250 BGB gleichsam als Beurkundungsform versteht und daher die Aufnahme einer Niederschrift durch die Zeugen als unerlässliche Voraussetzungen für die Gültigkeit des Dreizeugentestaments begreift, kann das Fehlen einer verlesenen, genehmigten und vom Erblasser unterschriebenen Niederschrift auch nicht nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB überwunden werden.

c) Digital abgesetztes Dreizeugentestament in Textform

Aus denselben Gründen ist auch äußerst zweifelhaft, ob die Rechtsprechung ein vor drei persönlich anwesenden Zeugen errichtetes Testament in Textform, das etwa noch vom Erblasser in die Cloud gespeichert oder per Email versendet wurde, anerkennen würde. Denn auch in dieser Situation

fehlt es sowohl an einer urkundlichen Verkörperung zu Lebzeiten als auch an einer eigenhändigen Unterschrift des Erblassers. Letzteres gilt auch für die Unterschrift mittels Stylus, da § 13 BeurkG derselbe Eigenhändigkeitsbegriff wie § 126 BGB und § 2247 BGB zu Grunde liegt.

Andererseits stellt selbst das formell einwandfreie Dreizeugentestament keine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 Abs. 1 ZPO dar, weil § 2250 BGB den Zeugen keinen öffentlichen Glauben verleiht.⁶¹ Auch wenn die Zeugen nach der Rechtsprechung des BGH funktional an die Stelle der Amtsperson treten und deren Beurkundungsfunktion übernehmen,⁶² hat die Urkunde mithin nicht denselben Stellenwert und begründet in keinem Fall vollen Beweis dafür, dass die Erklärung samt niedergelegtem Inhalt und Begleitumständen wie beurkundet abgegeben wurde.⁶³

Umgekehrt ist für die Qualifikation als Privaturkunde im Sinne des § 416 ZPO eine eigenhändige Unterschrift nach Wortlaut und allgemeiner Auffassung im Schrifttum nicht erforderlich.⁶⁴ Überdies verlangt auch § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht in jedem Fall eine eigenhändige Unterschrift. Vermag der Erblasser nämlich nach seinen Angaben oder nach der Überzeugung der drei Zeugen seinen Namen nicht (mehr) zu schreiben, kann die Unterschrift des Erblassers gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 1 Satz 6 BGB durch die Feststellung dieser Angabe oder Überzeugung in der Niederschrift ersetzt werden. Dabei kommt es nach dem BGH nicht einmal darauf an, ob der Erblasser objektiv noch hätte schreiben können.⁶⁵

Diese Erwägungen ändern zwar nichts daran, dass eine digitale Niederschrift des Dreizeugentestaments den Anforderungen nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. §§ 8, 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BeurkG nicht genügt. Sie sprechen jedoch dafür, den Fall als einen von § 2250 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB erfassten Formfehler bei Abfassung der Niederschrift zu begreifen. In der Konsequenz wäre ein solches Dreizeugentestament nicht per se in

⁶¹ BGH BeckRS 1954, 31397859 = LM Nr. 1 zu § 416 ZPO; *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2250 Rn. 40; *Kappeßer* (Fn. 45), 34; *Weidlich*, in: Palandt, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2250 Rn. 9; siehe auch bereits *Motive*, 285, abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 151.

⁶² BGH NJW 1972, 202 (202).

⁶³ Zur Beweiskraft öffentlicher Urkunden nach § 416 Abs. 1 ZPO siehe nur *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 416 Rn. 10.

⁶⁴ *Geimer*, in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 416 Rn. 2; *Huber*, in: Musielak/Voit (Fn. 63) § 416 Rn. 2; *Krafka*, in: BeckOK, ZPO, 28. Ed. 2018, § 416 Rn. 5a; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 416 Rn. 6; *Reichhold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 39. Aufl. 2018, § 416 Rn. 2; *Schreiber*, in: MünchKomm-ZPO, 5. Aufl. 2016, § 416 Rn. 5 f.; *Siebert*, in: Saenger, ZPO, 7. Aufl. 2017, § 416 Rn. 3; siehe auch BGH NJW-RR 1988, 881, 881.

⁶⁵ BGHZ 115, 169, 175 = NJW 1991, 3210, 3212.

Ermangelung einer lebzeitigen Niederschrift formnichtig. Es käme vielmehr darauf an, ob nach den Umständen des Einzelfalls gleichwohl davon ausgegangen werden könnte, dass das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält – etwa, weil das Testament seine händische Unterschrift auf einem Tablet enthält, die Errichtung von ihm durch Sprachnotiz bestätigt oder das Testament auf seinem passwortgeschützten Computer verfasst und noch von ihm versendet wurde.

Nimmt man den BGH allerdings beim Wort, so bleibt es dabei,

„daß die Unterschrift des Erblassers [...] zu den Erfordernissen [gehört] (vgl. § 2249 Abs. 6 BGB), ohne die ein wirksames Nottestament auch dann nicht angenommen werden kann, wenn der Tatrichter überzeugt ist, daß der Erblasser die Erklärung abgegeben hat.“⁶⁶

III. Bedenken gegen die restriktive Auslegung des § 2250 BGB durch den BGH

Die Prämissen dieser strengen – und von der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum gebilligten⁶⁷ – Auslegung des § 2250 BGB durch den BGH waren indes bereits im Jahre 1970 fraglich und sind jedenfalls heute weitgehend überholt. So sind Verlesung, Genehmigung und Unterschrift heute nicht mehr notwendig, um den letzten Willen des Erblassers authentisch zu dokumentieren (*sub 1*). Überdies ist es aber auch unschlüssig, den Anwendungsbereich des § 2249 Abs. 6 BGB zurückzuschneiden, um die gesetzlich geforderte Sicherheit der Wiedergabe des Erblasserwillens zu gewährleisten (*sub 2*). Bei genauer Betrachtung wird die restriktive Auslegung durch den BGH auch nicht von der gesetzgeberischen Entscheidung getragen, das rein mündliche Testament aus dem österreichischen Recht nicht zu übernehmen (*sub 3*). Vor allem aber ist die Prämisse des BGH nicht haltbar, wonach die Zeugen im Rahmen des § 2250 BGB funktional an die Stelle der Amtsperson treten und die Beurkundungsfunktion des Notars übernehmen (*sub 4*).

⁶⁶ BGHZ 115, 169, 175 = NJW 1991, 3210, 3211.

⁶⁷ Siehe nur *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2250 Rn. 27 f., 36; *Grziwotz*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 6), § 2250 Rn. 12, 25; *Hagen*, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 2250 Rn. 1, 18; *Kappler/Kappler*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2250 Rn. 8; *Lauck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 14), § 2250 BGB Rn. 1, 6, 11.

1. Keine Notwendigkeit von Verlesung, Genehmigung und Unterschrift zur authentischen Dokumentation des Erblasserwillens in Notlagen

Zuvorderst ist zu bedenken, dass der BGH seine Rechtsprechung zur ausnahmslosen Indisponibilität von Verlesung, Genehmigung und Unterschrift im Jahre 1970 auf die Erwägung gründete, dass die Bedeutung des Nottestaments darin liege,

„daß es durch möglichst klare und unmißverständliche Wiedergabe der Erklärungen des Erblassers dessen letzten Willen sowohl zum Ausdruck als auch zur Geltung bringen soll. [...] 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 [...]. 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.“⁶⁸

Diese Argumentation ist nicht zu Unrecht von einem – in der Entstehungsgeschichte angelegten⁶⁹ – Misstrauen gegenüber der Zuverlässigkeit des Zeugnisses dreier letztlich willkürlicher Personen geprägt, die im Normalfall nicht mit der Abnahme von Erklärungen, geschweige denn Testamenten, betraut sind. Wir leben heute jedoch in einer Welt, in der die authentische Dokumentation von Ereignissen in den vom Gesetz in den Blick genommenen Notlagen nicht auf die Erinnerungen von Zeugen angewiesen ist und die Niederschrift der mündlichen Erklärung des Erblassers nicht die sicherste – und gewiss nicht die authentischste – Form der Überlieferung darstellt. Jedenfalls in Situationen, in denen der Erblasser nicht mehr in der Lage bzw. daran gehindert ist, zu schreiben, und die Niederschrift mit einem Vermerk nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 1 Satz 6 BGB auskommen muss, ist eine Videoaufnahme des mündlich testierenden Erblassers das deutlich vertrauenswürdiger Beweisittel. Doch auch unter anderen Umständen werden eine Videoaufnahme des Testiervorgangs oder eine Bestätigung des Testamentsinhalts in einer Audionotiz nicht hinter dem Beweiswert einer Unterschrift unter einer fremden Niederschrift zurückbleiben.

⁶⁸ BGHZ 54, 89, 97, 99 = NJW 1970, 1601, 1602 ff.

⁶⁹ Vgl. die Erwägungen bei Erlass des BGB gegen die Zulassung des mündlichen Testaments als ordentlicher Testamentsform *Motive*, 258, abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 136: „Zudem kann die Auffassung der Zeugen eine sehr verschiedene sein, und fehlt jede Kontrolle dieser Auffassung seitens des Erblassers. Die dem Gedächtnisse weniger Personen anvertraute Aufbewahrung des Erklärten ist allen Gefahren ausgesetzt, welchen der Mensch, sein Dasein und seine Erinnerung unterliegt. Selbst bei einem ganz einfachen Inhalte ist das Gewollte nach einiger Zeit nur mit Mühe und kaum mit Sicherheit festzustellen.“

2. Keine Zurückschneidung von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB unter Hinweis auf die gesetzlich geforderte Sicherheit der Wiedergabe des Erblasserwillens

Freilich standen die heute weit verbreiteten technischen Möglichkeiten seinerzeit noch nicht zur Verfügung. Insofern ist es verständlich, dass sich der BGH auf die damals verfügbaren Mechanismen zur Gewährleistung der Authentizität des Nottestaments verlegte. Das erklärt allerdings nicht, warum er in seiner damaligen Argumentation den über § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB entsprechend anwendbaren § 2249 Abs. 6 BGB völlig unbeachtet ließ. Denn auch wenn sich über die konkrete Reichweite des § 2249 Abs. 6 BGB angesichts seines Wortlauts und der entsprechenden Anwendung im Rahmen des § 2250 BGB durchaus streiten lässt, so erklärt diese Vorschrift doch nicht schlicht Formfehler für unschädlich, sondern setzt voraus, dass

„dennoch mit Sicherheit anzunehmen [ist], dass das Testament eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält“.

Die Anwendung von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB kann daher rechtssystematisch nicht mit dem Argument verneint werden, dass ansonsten nicht „mit der vom Gesetz geforderten Sicherheit“⁷⁰ gewährleistet wäre, dass die Niederschrift der Erklärung über den letzten Willen entspricht.

3. Tragweite des Arguments der fehlenden Übernahme des mündlichen Testaments aus dem österreichischen Recht bei Einführung des Notlagentestaments durch das TestG 1938

Auch das vom BGH vorgebrachte historische Argument, wonach das deutsche Recht bei Einführung des § 24 Abs. 2 TestG 1938 nicht das rein mündliche Testament des österreichischen Rechts übernommen habe,⁷¹ trägt die restriktive Auslegung des § 2250 BGB nicht.

Die historische Analyse ist im Grunde zwar zutreffend,⁷² die Schlussfolgerung des BGH indes nicht zwingend. Denn auch bei einem denkbar weiten Verständnis von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB wäre das deutsche Recht formstrenger, weil es die Einhaltung der in Bezug genom-

⁷⁰ BGHZ 54, 89, 99 = NJW 1970, 1601, 1603.

⁷¹ BGHZ 54, 89, 94 = NJW 1970, 1601, 1602.

⁷² Vgl. *Lange*, Das Recht des Testaments (Fn. 35), 91: „Will man hierbei möglichst vielen Fällen eines plötzlichen Bedürfnisses nach Testamentserrichtung gerecht werden, so muß man auf eine, etwa der schweizer Regelung entsprechende Bestimmung zukommen und die mündliche Erklärung vor Zeugen genügen lassen, denen auferlegt wird, für die Niederlegung des letzten Willens zu sorgen. Allein der Ebrechtsausschuß trug einmütig Bedenken gegen eine derartige Auflockerung aller Formen.“

menen §§ 8 bis 10, § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, § 13 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, § 23, § 28 BeurkG und § 2249 Abs. 1 Satz 5, Satz 6, Abs. 2 BGB grundsätzlich verlangte und Formfehler nur dort tolerierte, wo dennoch mit Sicherheit eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers anzunehmen wäre. Selbst wenn § 2250 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB uneingeschränkt auf alle von § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB in Bezug genommenen Formalien angewendet würde, wäre damit nicht das „rein mündliche Testament des österreichischen Rechts“⁷³ eingeführt.

In diesem Sinne heißt es auch in der Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht im Vorfeld der Einführung des TestG, es sei

„ein Unding, in dem Falle des 3-Zeugen-Testamentes die Formanforderungen des § 2250 II zu stellen, die den rechtsunkundigen Zeugen wohl kaum je bekannt sind und darum auch nicht beachtet werden können. [...] [Daher] bestand Einigkeit darüber, daß man sich [beim Dreizeugentestament] mit der Niederschrift und dem Verlesen vor dem Erblasser begnügen müsse. Billigung fand *jedoch auch* der Vorschlag eines Mitgliedes, der dahin ging, „daß die Gültigkeit dieser Nottestamente durch Formfehler nicht berührt werde, wenn das Testament trotz des Formverstoßes eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält.“⁷⁴

Wenngleich sich das TestG mit der Vorläuferregelung des heutigen § 2250 Abs. 3 BGB dagegen entschied, beim Dreizeugentestament auf alle Formvorgaben zu verzichten, so geht doch aus den zitierten Materialien hervor, dass sich der federführende Erbrechtsausschuss für das Dreizeugentestament „mit der Niederschrift und dem Verlesen vor dem Erblasser“ begnügte, die heute in § 2249 Abs. 6 BGB normierte Unschädlichkeitsregelung „jedoch auch“ in Bezug auf diese reduzierten Formvorgaben für anwendbar erachtete. In Übereinstimmung hiermit findet sich zur Beschränkung des heutigen § 2249 Abs. 6 BGB auf Formfehler „bei Abfassung der Niederschrift“ in der offiziellen Gesetzesbegründung auch kein Hinweis darauf, dass die der eigentlichen Niederschrift der Erklärung nachfolgende Verlesung, Genehmigung und Unterzeichnung, unabdingbar seien. Es heißt lediglich:

„Andere Formverstöße, z.B. Nichthinziehung der beiden Zeugen, machen jedoch das Testament nichtig.“⁷⁵

⁷³ BGHZ 54, 89, 94 = NJW 1970, 1601, 1602.

⁷⁴ Lange, Das Recht des Testamentes (Fn. 35), 90 f. (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷⁵ Begr. TestG, DJ 1938, 1254, 1258.

4. Keine Vertretung des Notars durch die drei Zeugen

So bleibt schließlich das Argument des BGH, die Zeugen würden im Rahmen des § 2250 BGB „gewissermaßen an die Stelle der Amtsperson [treten]“ und „die Beurkundungsfunktion des [...] Notars oder Bürgermeisters [übernehmen]“.⁷⁶ Angesichts der von § 2250 Abs. 3 BGB in Bezug genommenen Vorschriften des BeurkG ist dies formal nicht unrichtig. Doch war es bereits im Jahre 1970 gewagt, hieraus zu schließen, dass das Nottestament vor drei Zeugen – nicht anders als öffentliches und Bürgermeistertestament – zwingend einer vollständigen Beurkundung bedarf und der entsprechend anwendbare § 2249 Abs. 6 BGB über hierbei unterlaufende Fehler selbst bei Gewissheit über die Erklärung des Erblassers nicht hinweghilft.

a) Kein öffentlicher Glaube der Zeugen

Anders als das Bürgermeistertestament wird das Dreizeugentestament nämlich auch bei penibler Einhaltung aller Formalien nicht zu einer öffentlichen Urkunde mit der Beweiskraft des § 415 Abs. 1 ZPO (dazu bereits oben C.II.2.c)). Angesichts dieses fehlenden Endziels des „Beurkundungsvorgangs“ im Rahmen des § 2250 BGB und der für die Unschädlichkeit von Formfehlern nach § 2249 Abs. 6 BGB erforderlichen Einzelfallprüfung der zuverlässigen Wiedergabe erscheint es letztlich willkürlich, Verlesung, Genehmigung und Unterschrift in persönlicher Gegenwart der Zeugen zu unerlässlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu erheben.

b) Zeugen treten nicht „an die Stelle des Notars“

Der fehlende öffentliche Glaube der drei Zeugen ist jedoch nicht die einzige Besonderheit, die das Dreizeugentestament strukturell vom Bürgermeistertestament unterscheidet. Bereits in seiner Ursprungsfassung hob § 2250 Abs. 1 BGB den mündlichen Aspekt der Testamentserrichtung beim Dreizeugentestament hervor. Während es dort hieß, das Dreizeugentestament könne „durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet“ werden, gestattete § 2249 Abs. 1 BGB a.F. dem Erblasser lediglich, „das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde“ zu errichten. Überdies trat schon damals nur der Bürgermeister „an die Stelle des Notars“. In der Textgeschichte des Dreizeugentestaments war dies zu keinem Zeitpunkt der Fall. Die Materialien zum BGB liefern für diese Wortlautunterschiede keine Erklärung, ebenso wenig jene zum TestG, das den Wortlaut beider Vorschriften insoweit unangetastet gelassen hatte.

⁷⁶ BGHZ 54, 89, 93 = NJW 1970, 1601, 1601 f.; BGH NJW 1972, 202, 202.

Es liegt daher nahe, dass das Dreizeugentestament, anders als vom BGH behauptet, in seiner historischen Konzeption nicht in einer Linie mit dem öffentlichen und dem Bürgermeistertestament gesehen und die Auslegung des § 2250 Abs. 3 BGB folglich nicht auf der Prämisse aufbauen kann, dass die drei Zeugen in die Beurkundungsfunktion des Notars einträten.

c) Dreizeugentestament kein Testament „zur Niederschrift“

Diese Bedenken wurden durch die Einführung des BeurkG zum 1. Januar 1970⁷⁷ und die damit verbundene Änderungen der BGB-Vorschriften über die Testamentserrichtung⁷⁸ noch einmal verstärkt. Denn heute betont § 2250 BGB gegenüber dem Bürgermeistertestament nicht nur die Möglichkeit, das „Testament durch mündliche Erklärung“ zu errichten. Umgekehrt definiert § 2249 Abs. 1 Satz 1 BGB das Bürgermeistertestament sogar ausdrücklich als ein Testament „zur Niederschrift“ des Bürgermeisters. Darüber hinaus verweist § 2250 Abs. 1 Satz 4 BGB „[f]ür die Errichtung“ des Testaments auf die Vorschriften des BeurkG, während nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB die in Bezug genommenen Vorschriften des BeurkG lediglich „auf die Niederschrift“ anzuwenden sind.

Diese Formulierungsunterschiede zwischen § 2249 BGB und § 2250 BGB werden in den Gesetzesmaterialien zum BeurkG abermals nicht erläutert.⁷⁹ Nichtsdestotrotz ist das Bürgermeistertestament nach dem Wortlaut des § 2249 BGB seither ein „Testament zur Niederschrift“, für dessen „Errichtung“ die beurkundungsrechtlichen Vorschriften gelten und bei dem der Bürgermeister „an die Stelle des Notars“ tritt – während § 2250 BGB es ermöglicht, „das Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen [zu] errichten“.

d) Keine funktionale Äquivalenz des Beurkundungsvorgangs

Schließlich bleibt das Dreizeugentestament auch mit Blick auf die Formzwecke der Beurkundung hinter dem notariellen und Bürgermeistertestament zurück: Zum einen gewährleistet eine Beurkundung durch Zeugen ohne juristische Vorbildung keine sachkundige Beratung.⁸⁰ Zum anderen muss in Situationen plötzlicher Not, in denen die Errichtung eines öffentlichen Testaments nicht mehr möglich ist, der mit dem Beurkundungserfordernis verbun-

⁷⁷ Beurkundungsgesetz v. 28.08.1969, BGBl. 1969 I, 1513.

⁷⁸ Vgl. § 57 Abs. 3 Nr. 5–11 BeurkG v. 28.08.1969.

⁷⁹ Vgl. BT-Drucks. V/3282, 43.

⁸⁰ Vgl. *Hagen*, in: MünchKomm-BGB (Fn. 67), § 2250 Rn. 2 (allerdings im Kontext der Möglichkeit Minderjähriger, nach § 2250 BGB zu testieren).

dene Übereilungsschutz zurücktreten. In diesem Sinne heißt es auch in der Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht zur teleologischen Rechtfertigung der Formanforderungen des § 2250 Abs. 3 BGB allein:

„[D]ie Grenzen des Nottestaments müssen dort liegen, wo die Gefahren der bewußt und unbewußt falschen Übermittlung des letzten Willens den Vorteil der Testamentserrichtung überwiegen.“⁸¹

Im Gegensatz zu §§ 2232, 2249 BGB beschränkt sich der Formzweck des § 2250 BGB mithin auf die Gewährleistung der zuverlässigen Übermittlung der mündlichen Erklärung des Erblassers.

IV. Neuausrichtung des § 2250 BGB auf Basis des geltenden Rechts

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die strenge Auslegung des § 2250 BGB durch den BGH keineswegs zwingend ist. Wortlaut, Systematik sowie die Entwicklungsgeschichte legen vielmehr nahe, das Dreizeugentestament funktional nicht in einer Linie mit den Testamenten „zur Niederschrift“ eines Notars (§ 2232 BGB) oder Bürgermeisters (§ 2249 BGB) zu verstehen, sondern als testamentarische Sonderform zu begreifen, bei der allein die wahrheitsgetreue Wiedergabe der *mündlichen Erklärung* des Erblassers im Vordergrund steht. Das indiziert eine Neuausrichtung des § 2250 BGB auf Basis des geltenden Rechts, die der Verwendung digitaler Alltagstechnologien beim Testieren in Notsituationen im Ergebnis deutlich offener gegenübersteht.

Insofern ist jedenfalls der Anwendungsbereich der Unschädlichkeitsregelung des § 2249 Abs. 6 BGB deutlich weiter zu ziehen, als bislang von der Rechtsprechung angenommen (*sub* 1). Doch legitimieren Wortlaut, Systematik und Funktion des Dreizeugentestaments es darüber hinaus, § 2250 BGB im Wortsinne als Testament „durch mündliche Erklärung“ zu begreifen (*sub* 2) und sogar auf die persönliche Gegenwart der Zeugen als unverzichtbare Formvoraussetzung zu verzichten (*sub* 3).

1. Anwendung des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB auf alle Formfehler im Zusammenhang mit der Niederschrift

Erblickt man den Zweck des § 2250 Abs. 3 BGB einzig darin, die authentische Übermittlung der mündlichen Erklärung des Erblassers zu gewährleisten, dann muss jedenfalls die Unschädlichkeitsregelung des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB umfassend verstanden und auf sämt-

⁸¹ Lange, Das Recht des Testamentes (Fn. 35), 91.

liche Formalien des Beurkundungsvorganges durch die Laienzeugen erstreckt werden, sodass Verlesung, Genehmigung und Unterschrift nicht mehr als unerlässliche Mindestanforderungen eines wirksamen Dreizeugentestaments angesehen werden können.

Eine solche Auslegung ist nach der gesetzlichen Systematik auch ohne weiteres möglich. Das Erfordernis, eine „Niederschrift“ aufzunehmen, folgt aus § 2250 Abs. 3 Satz 1 BGB und die formellen Anforderungen an das Zustandekommen jener Niederschrift aus § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB. Insofern lassen sich alle Fehler in Bezug auf jene Vorgaben des BeurkG als Formfehler „bei Abfassung der Niederschrift“ verstehen. Gleichzeitig wird durch eine solche weite Auslegung die (ohnehin lediglich entsprechend anzuwendende) Beschränkung des § 2249 Abs. 6 BGB auf Fehler bei der Abfassung nicht sinnentleert. Denn für das Erfordernis, drei Zeugen hinzuzuziehen, sowie für die in § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BGB aufgestellten persönlichen Anforderungen an jene Zeugen gilt § 2249 Abs. 6 BGB nicht: Er ist lediglich „auf die Niederschrift [...] entsprechend anzuwenden“.

2. Mündliche Erklärung statt Niederschrift als Testament

Angesichts der Wortlautunterschiede zwischen §§ 2232, 2249 BGB einerseits und § 2250 Abs. 1, Abs. 2 BGB andererseits sowie der teleologischen Verkürzung der Formzwecke des Beurkundungsvorganges nach § 2250 Abs. 3 BGB (dazu oben III.4) ist es nicht nur möglich, sondern sogar naheliegend, im Falle des Dreizeugentestaments das Testament *unmittelbar in der mündlichen Erklärung des Erblassers* und nicht in der von den Zeugen angefertigten Niederschrift zu erkennen.

Diese Differenzierung ist auch bei einer weiten Auslegung des Verweises auf § 2249 Abs. 6 BGB nicht bloß theoretischer Natur. Sie wird dort praktisch bedeutsam, wo es – wie etwa in den Fällen einer Videoaufnahme des Dreizeugentestaments (vgl. oben C.II.2.b)) – zu Lebzeiten des Erblassers (noch) an einer Niederschrift der mündlichen Erklärung mangelt. Denn ein Testament kann nicht posthum errichtet werden.⁸²

Für die Dogmatik des § 2250 BGB heißt das, dass einzig die Notwendigkeit der Erklärung vor drei Zeugen, inklusive der von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 1 BGB in Bezug genommenen Ausschließungsgründe des BeurkG, als echtes *Formerfordernis* anzusehen ist. Im Übrigen ist § 2250 Abs. 3 BGB – vergleichbar mit dem Erfordernis der nachträglichen Bestätigung des münd-

⁸² *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, 291 (§ 21 IV); *Mayer*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2003 § 2250 Rn. 11. Dies folgt schon aus § 1922 Abs. 1, § 1937 BGB.

lichen Testaments im österreichischen Recht⁸³ – als bloße *Beweisregelung* zu verstehen, nach der ein solches mündliches Dreizeugentestament

- (i) nicht allein durch das Zeugnis jener drei Solennitätszeugen bewiesen werden kann, sondern
- (ii) weiterer Beweismittel zum sicheren Nachweis der zuverlässigen Wiedergabe der Erklärung des Erblassers bedarf – und insofern grundsätzlich einer Niederschrift, die nach den von § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB in Bezug genommenen Vorschriften des BeurkG zustande gekommen ist.

So verstanden, kommt § 2250 BGB der Verwirklichung seines Ziels, ein effektiver Notrechtsbehelf zu sein, am nächsten, und geht doch nicht so weit, das „rein mündliche Testament des österreichischen Rechts“⁸⁴ zuzulassen, für dessen Wirksamkeit seit jeher bereits die übereinstimmende Bestätigung durch die Erklärungszeugen genügt.⁸⁵ Ein gewisses Spannungsverhältnis zum Wortlaut des § 2249 Abs. 6 BGB lässt sich dabei zwar nicht in Abrede stellen, da dessen Tatbestand voraussetzt, dass „das Testament“ eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält, und seine Rechtsfolgenanordnung sich auf die „Wirksamkeit der Beurkundung“ bezieht. Allerdings ist § 2249 Abs. 6 BGB gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB nicht wortlautgenau, sondern „entsprechend anzuwenden“ und eine Niederschrift muss nach § 2250 Abs. 3 Satz 1 BGB ohnehin nur angefertigt werden, wenn das Testament „durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichtet“ wird. Dementsprechend kann zwar nicht verhehlt werden, dass sich das Regelungssystem des § 2250 BGB letztlich in keine Richtung gänzlich friktionslos auflösen lässt. Dennoch fällt das aus dem lediglich entsprechend anwendbaren § 2249 Abs. 6 BGB abgeleitete Wortlautargument gegenüber den weiteren systema-

⁸³ So jedenfalls das Verständnis der wohl herrschenden Lehre in Österreich zu § 584 Abs. 1 Satz 2 ABGB (§ 597 Abs. 2 ABGB a.F.), vgl. *Eccher*, in: Schwimann/Kodek, ABGB, 4. Aufl., 2013, § 597 Rn. 10 Fn. 21 m.w.N.

⁸⁴ BGHZ 54, 89, 94 = NJW 1970, 1601, 1602.

⁸⁵ Vgl. – in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung – § 585 Satz 2 ABGB a.F. („Es ist zwar nicht notwendig, aber vorsichtig, daß die Zeugen [...] zur Erleichterung des Gedächtnisses, die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen, oder, so bald als möglich, aufzeichnen lassen.“) sowie § 586 ABGB a.F. („Eine mündliche letzte Anordnung muß auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen oder, wofern einer aus ihnen nicht eidlich vernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen bestätigt werden, widrigenfalls diese Erklärung des letzten Willens unwirksam ist.“). Siehe auch zwischenzeitlich – vom 01.01.2005 bis 31.12.2016 – § 597 Abs. 2 ABGB a.F. sowie heute § 584 Abs. 1 Satz 2 ABGB („Eine solche mündliche letztwillige Verfügung muss durch die übereinstimmenden Aussagen der Zeugen bestätigt werden, widrigenfalls diese Erklärung des letzten Willens ungültig ist.“).

tischen und teleologischen Erwägungen sowie der Fokussierung des § 2250 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Testamentserrichtung „durch mündliche Erklärung“ deutlich geringer ins Gewicht.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass eine Interpretation des Dreizeugentestaments als Testament durch mündliche Erklärung die systematische Schiefelage der Nottestamente gegenüber dem privatschriftlichen Testament (vgl. oben C.I) weitgehend zurechtrücken würde: Erhebt man mit dem BGH die Niederschrift der mündlichen Erklärung zur absoluten Wirksamkeitsvoraussetzung, verbleibt § 2250 BGB gegenüber § 2247 BGB nämlich kaum ein originärer Anwendungsbereich, da im Regelfall auch der Erblasser seinen letzten Willen niederschreiben könnte.⁸⁶ Legt man dagegen das hier vorgeschlagene Verständnis zu Grunde, kommt § 2250 BGB auch und bereits dann zum Zuge, wenn dem Erblasser in der Notsituation die Mittel zur Niederschrift seines letzten Willens gemäß § 2247 BGB fehlen.

3. Keine persönliche Anwesenheit der drei Zeugen

Ist die Vorstellung überwunden, die drei Zeugen würden im Rahmen des § 2250 BGB als Vertreter von Notar und Bürgermeister fungieren, erlaubt die Regelung nicht nur die Testamentserrichtung „durch mündliche Erklärung“. Es lässt sich dann auch in Frage stellen, ob „vor drei Zeugen“ tatsächlich deren persönliche Anwesenheit verlangt. Denn zum einen enthält das BGB keinen spezifischen Zeugenbegriff, wohingegen nach allgemeinem zivilprozessualen Verständnis bereits Zeuge ist, wer über die eigene Wahrnehmung „vergänger Tatsachen oder Zustände“ berichtet (§ 414 ZPO). Zum anderen verwendet neben den §§ 2249 ff. BGB lediglich § 1312 Satz 2 BGB den Begriff des Zeugen und dort heißt es ausdrücklich, dass die Eheschließung „in Gegenwart von einem oder zwei Zeugen erfolgen“ könne.

Freilich verlangt der von § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB in Bezug genommene § 13 Abs. 1 BeurkG die „Gegenwart“ des Notars. Versteht man das Dreizeugentestament indes als Testament durch *mündliche Erklärung* und § 2250 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Halbs. 2 BGB als bloße Beweisregelung, dann können aus den Anforderungen des – letztlich optionalen – § 13 Abs. 1 BeurkG keine zwingenden Rückschlüsse auf die eigentlichen Formvorgaben gezogen werden. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass schon der historische Gesetzgeber bei Erlass des ursprünglichen § 2250 BGB persönlich anwesende Zeugen vor Augen hatte.⁸⁷ Denn die Kommunikationsmöglichkeiten waren

⁸⁶ Das ist sogar der gesetzliche Regelfall, wie sich aus § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 1 Satz 6 BGB ergibt.

⁸⁷ Vgl. Motive, 285, abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 151: „Die Errichtung vor den

im Jahre 1896 – und auch bei Inkrafttreten des TestG im Jahre 1938 – noch himmelweit von unseren heutigen Alltagstechnologien entfernt. Daher kann aus der älteren Gesetzgebungsgeschichte keine bewusste Entscheidung für das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Zeugen geschlossen werden. Aus der Erwägung des BGB-Gesetzgebers, dass „die Zeugen sämtlich bei allen zu der Errichtung erforderlichen Handlungen gegenwärtig sein müssen“⁸⁸, lässt sich insofern lediglich ableiten, dass die drei Zeugen von Anfang bis Ende wahrnehmungs- und mitwirkungsbereit sein müssen.⁸⁹ Dem kann jedoch auch fernmündlich oder videotelefonisch entsprochen werden.

Umgekehrt ist mit Blick auf die jüngere Textgeschichte zu bedenken, dass die mit der Einführung des BeurkG verbundenen Änderungen der Testamentsvorschriften den Wortlaut des § 2250 BGB noch stärker von öffentlichem und Bürgermeistertestament abgegrenzt haben, ohne dabei das allgemein gehaltene Erfordernis der mündlichen Erklärung „vor drei Zeugen“ weiter zu konkretisieren.

Das heißt allerdings nicht, dass sich das Regelungssystem insoweit frictionslos zugunsten eines weiten Zeugenbegriffs auflösen lässt. Denn ebenso wie § 2250 BGB die Möglichkeit eröffnet, das Testament durch mündliche Erklärung „vor“ drei Zeugen zu errichten, spricht die amtliche Überschrift zu § 2249 BGB vom Nottestament „vor“ dem Bürgermeister. Auch § 2250 Abs. 1 BGB verlangt, dass die Testamentserrichtung „vor“ einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist.

Nichtsdestotrotz streitet auch in diesem Fall der Normzweck des § 2250 BGB dafür, die unverzichtbaren formalen Anforderungen gering zu halten, um der Testierfreiheit in Notsituationen zur Geltung zu verhelfen. Wenn es an der persönlichen Anwesenheit der Zeugen mangelt, kann es nämlich auch keine Niederschrift geben, welche die Anforderungen des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1 BGB erfüllt. Dementsprechend käme es in diesen Fallgestaltungen stets darauf an, ob im Einzelfall nach § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB dennoch mit Sicherheit die zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers angenommen werden kann. Der Verzicht auf die persönliche Anwesenheit der Zeugen würde den Standard für die Ermittlung des Testierwillens mithin im Ergebnis nicht senken, sondern lediglich – soweit im Rahmen des Wortlauts des § 2250 BGB möglich – Formalhürden abbauen, die der Effektivität des Notrechtsbehelfs im Wege stehen. Um eine solche Formalhürde und nicht etwa eine unersetzliche

3 Zeugen bedingt selbstverständlich, daß die Zeugen sämtlich bei allen zu der Errichtung erforderlichen Handlungen gegenwärtig sein müssen.“

⁸⁸ Motive, 285, abgedruckt bei *Mugdan* (Fn. 19), 151.

⁸⁹ Insoweit denn auch zu Recht BGH NJW 1972, 202.

Garantiefunktion handelt es sich bei dem Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Zeugen tatsächlich. Denn selbst beim ordentlichen Testament nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB verzichtet das BGB auf eine persönliche Kontrolle der Ernsthaftigkeit und Willensfreiheit und gestattet das Testieren „im stillen Kämmerlein“.⁹⁰

V. Fazit

Auf Grundlage der Konkretisierung des § 2250 BGB durch den BGH, wonach insbesondere Niederschrift, Verlesung, Genehmigung und Unterschrift des Dreizeugentestaments unerlässliche Wirksamkeitsvoraussetzungen sind, bleibt für den Einsatz digitaler Alltagstechnologien zum Testieren in Notsituationen nahezu kein Raum. Insbesondere scheitern danach sowohl das *videotelefonisch erklärte Dreizeugentestament* sowie das *in die Cloud geladene Videotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen*. Ebenso würde wohl ein *vor drei persönlich anwesenden Zeugen errichtetes Testament in Textform* scheitern, wenngleich hier gute Gründe dafür sprechen, wenigstens diesen Fall als Formfehler bei der Niederschrift im Sinne des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB zu qualifizieren.

Allerdings steht die Argumentation, die das Fundament dieser Rechtsprechungsgrundsätze bildet, auf tönernen Füßen. Denn nach Gesetzgebungsgeschichte, Wortlaut, Systematik und Zweck des § 2250 BGB ist es verfehlt, die Auslegung der Vorschrift auf die Prämisse zu gründen, die juristischen Laienzeugen würden beim Dreizeugentestament Notar und Bürgermeister in ihrer Beurkundungsfunktion vertreten. Vielmehr muss das Dreizeugentestament als testamentarische Sonderform verstanden werden, deren Zweck sich in der Gewährleistung der zuverlässigen Übermittlung der mündlichen Erklärung des Erblassers erschöpft. Dementsprechend ist jedenfalls die Unschädlichkeitsregelung des § 2250 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 i.V.m. § 2249 Abs. 6 BGB umfassend zu verstehen, sodass es bei einem *vor drei persönlich anwesenden Zeugen errichteten Digitaltestament* allein darauf ankommt, ob jenes mit Sicherheit eine zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers enthält. Doch spricht weitergehend vieles dafür, das Dreizeugentestament im Wortsinne als „Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen“ zu verstehen und in der Konsequenz auf eine Niederschrift zu Lebzeiten des Erblassers als absolute Wirksamkeitsvoraussetzung zu verzichten, was etwa *in die Cloud geladene Video- oder Audiotestamente vor drei persönlich anwesenden Zeugen* ermöglicht. Schließlich spricht einiges dafür, das Erfordernis der „Erklärung

⁹⁰ Zur Entwicklungsgeschichte des handschriftlichen Testaments eingehend Zimmermann (Fn. 39), 177 ff.; siehe auch Hosemann RNotZ 2010, 520.

vor drei Zeugen“ weit zu verstehen und die persönliche Anwesenheit der Zeugen als Mindestvoraussetzung aufzugeben. Das würde u.a. dem *videotelefonischen Dreizeugentestament* den Weg bereiten.

Selbst eine derart weite Auslegung, die § 2250 Abs. 3 BGB letztlich weitgehend nicht als Formerfordernis, sondern als Beweisregelung qualifiziert, kommt indes nicht an dem Erfordernis einer Erklärung vor drei Solennitätszeugen vorbei. Sind solche nicht verfügbar, muss ein Nottestament stets ausscheiden. Das gilt insbesondere auch für das in die Cloud geladene Videotestament, das erst später von der Familie entdeckt wird. Insoweit bleibt das BGB dann doch analog.

D. Zusammenfassung und Ausblick

1. Angesichts des Verschmelzens von digitaler und analoger Welt und dem damit einhergehenden Wandel alltäglicher Begrifflichkeiten wird es über kurz oder lang auch deutsche Gerichte beschäftigen, ob ein mit einem Stylus „von Hand“ geschriebenes digitales Testament den Formanforderungen des § 2247 BGB genügt. Entgegen sich mehrenden Stimmen in der Literatur ist dies keine Frage der technologischen Fälschungssicherheit (die im Übrigen konkret fallbezogen und nicht abstrakt zu beantworten wäre). Vielmehr folgt aus der Systematik der Formvorschriften des BGB – dem Zusammenhang zwischen § 2247 BGB und § 126 BGB einerseits und dem Verhältnis von § 126 BGB und §§ 126a, 126b BGB andererseits –, dass digitale Dokumente unter keinen Umständen als eigenhändig geschriebene Erklärungen im Sinne des § 2247 BGB anzuerkennen sind.
2. Für die Verwendung digitaler Alltagstechnologien zum Testieren in Not-situationen liegt die Sache weniger klar. Dabei bedarf es zwar nach der restriktiven Rechtsprechung des BGH auch für ein Dreizeugentestament im Sinne des § 2250 BGB, ungeachtet der Unschädlichkeit von Formfehlern bei Abfassung der Niederschrift, zwingend der Verlesung, Genehmigung und Unterschrift in persönlicher Gegenwart der Zeugen, was den Einsatz digitaler Technologien nahezu vollständig ausschließt. Diese im Jahr 1970 aufgestellten Rechtsprechungsgrundsätze verkennen indes, dass die Laienzeugen, anders als der Bürgermeister gemäß § 2249 Abs. 1 BGB, nicht „an die Stelle des Notars“ treten und letzteren auch nicht funktional ersetzen können. Wortlaut, Systematik und Funktion des § 2250 BGB sprechen vielmehr dafür, das Dreizeugentestament als Testament „durch mündliche Erklärung“ und die Vorgaben des § 2250 Abs. 3 BGB lediglich als Beweisregelung zu verstehen, nach der ein solches Testament nicht allein durch das Zeugnis jener drei Zeugen bewiesen werden kann. Darüber hi-

naus sollte dem Erfordernis der „Erklärung vor drei Zeugen“ der zivilprozessuale Zeugenbegriff zu Grunde gelegt und die persönliche Anwesenheit der Zeugen als zwingende Mindestvoraussetzung aufgegeben werden. So verstanden, gestattet § 2250 BGB – bei Sicherheit über die zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers – nicht nur das in die Cloud geladene Video- oder Audiotestament vor drei persönlich anwesenden Zeugen, sondern auch das videotelefonische Testament vor drei Zeugen am anderen Ende der Leitung. Selbst bei weitest möglicher (und gebotener) Auslegung bleibt es indes bei dem Erfordernis einer Erklärung vor drei Zeugen, ohne die ein Nottestament nicht errichtet werden kann. Das vom Erblasser in die Cloud geladene Videotestament, das erst nach dem Tod von der Familie gefunden wird, lässt das BGB damit ungeachtet seiner Authentizität im Einzelfall auch in größter Not nicht zu.

3. Im Ergebnis bleibt das eigenhändige Testament im geltenden Recht mithin vollständig analog, während die Nottestamente den Einsatz digitaler Alltagstechnologien zumindest teilweise ermöglichen. Dennoch enthält das Dreizeugentestament mit seiner Festlegung auf das unerlässliche Erfordernis der Erklärung vor drei Zeugen eine Formalvoraussetzung, die angesichts der heute vorhandenen Möglichkeiten zur Dokumentation des Erblasserwillens kaum rational begründbar ist. In beiden Fällen liegt die rechtspolitische Reaktion auf diese Analyse gleichwohl keineswegs auf der Hand:

- a) Wollte man, wie zuweilen in Erwägung gezogen wird,⁹¹ von Hand geschriebene Digitaldokumente bei Gewährleistung hinreichender Fälschungssicherheit *de lege ferenda* als eigenhändige Testamente im Sinne des § 2247 BGB anerkennen, so dürfte der Wertungsgleichklang mit den §§ 126, 126a, 126b BGB nicht außer Acht gelassen werden. Denn wenn es selbst bei den beweisrechtlich sensibelsten Dokumenten – näm-

⁹¹ So etwa *Baumann*, in: Staudinger (Fn. 6), § 2247 Rn. 35; *Hergenröder ZEV* 2018, 7, 10; a.A. *Röthel* (Fn. 38), A 65: „Gegen eine Erweiterung [...] um eine elektronische Errichtung durch Scans, signierte Dateien und sonstige elektronische Schrift-, Ton- und Bildaufzeichnungen spricht das erhöhte Fälschungsrisiko und die geminderte Bedeutsamkeit gegenüber eigenhändiger und öffentlicher Errichtung. Auch bleibe zu bedenken, dass jede Erweiterung der Testierformen Quelle von Rechtsunsicherheit (Formenvielfalt) sein kann.“ Erstaunlicherweise fand die Frage nach der Digitalisierung des privatschriftlichen Testaments abgesehen von dieser knappen Stellungnahme der Gutachterin auf dem 68. Deutschen Juristentag im Jahr 2010 – immerhin unter dem Thema „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?“ – noch nicht einmal am Rande Beachtung: Weder wurde über eine Reform des § 2247 BGB oder der Testierformen insgesamt Beschluss gefasst noch wurde die Thematik von den Referenten oder Diskussionsteilnehmern aufgegriffen (vgl. Verhandlungen des 68. DJT (Berlin 2010), Bd. II/1, 2011, L 9 ff.; Verhandlungen des 68. DJT (Berlin 2010), Bd. II/2, 2011, L 161 ff.).

lich solchen, bei denen der angebliche Urheber im Streitfall niemals als Zeuge zur Verfügung steht – genügen sollte, händisch auf einem Tablet-Computer zu schreiben, stellt sich die Frage, warum dies bei weniger sensiblen Vorgängen noch unzureichend erscheint. Auf der anderen Seite ließe sich der Gleichklang mit den §§ 126 ff. BGB zwar durch Rekurs auf die qualifizierte elektronische Signatur gemäß Art. 28 ff. eIDAS-VO sicherstellen. Doch würden auf diesem Wege gewiss nicht alle Probleme gelöst. Allen voran würde die Einführung einer § 126 Abs. 3 BGB entsprechenden Regelung in § 2247 BGB die Formanforderungen des eigenhändigen Testaments über den Umweg des digitalen Substituts an die Schriftform angleichen. Diese Entscheidung zu treffen, steht dem Gesetzgeber selbstverständlich offen – doch würde ein solcher Schritt die besondere testamentarische Formstrenge opfern, die spezifisch erbrechtliche Beweisproblematik negieren und insofern weit über eine bloße Anpassung des Testamentsrechts an die fortschreitende Digitalisierung hinausgehen.

Wollte man das gegenüber der Schriftform strengere Formerfordernis beim Testament aus diesen Gründen nicht aufgeben, dürfte die qualifizierte elektronische Signatur lediglich die Notwendigkeit einer urkundlichen Verkörperung des letzten Willens ersetzen, während es im Übrigen dabei bleiben müsste, dass der Erblasser – wenngleich digital – „von Hand“ zu testieren hat. Das führte indes zu dem Problem, dass die für die qualifizierte elektronische Signatur notwendige Soft- und Hardware⁹² bislang nur bedingt mit jenen Geräten kompatibel ist, die das Schreiben „von Hand“ zulassen und gleichzeitig weit verbreitet sind.

In jedem Fall würde so lediglich das Ziel erreicht, dem Erblasser irgendwie die Möglichkeit des digitalen Testierens zu eröffnen. Sollte die Anerkennung digital von Hand verfasster Testamente tatsächlich einem sich wandelnden Begriffsverständnis vom eigenhändigen Schreiben Rechnung tragen wollen, wäre es dagegen bereits im Ausgangspunkt der falsche Weg, die qualifizierte elektronische Signatur zum notwendigen Erfordernis wirksamen Testierens zu erheben. Denn ungeachtet ihres derzeitigen Verbreitungsgrades⁹³ wird die qualifizierte elektronische Signatur jedenfalls nicht mit dem eigenhändigen Schreiben in Verbin-

⁹² Allen voran bedarf es einer Chipkarte und eines Lesegeräts; zum gesamten Verfahren etwa *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 25), § 126a Rn. 4; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 126a Rn. 1; eingehend *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK-BGB, Stand 15.05.2018, § 126a Rn. 13 ff.

⁹³ Vgl. zur Verbreitung der elektronischen Form gemäß § 126a BGB *Mansel*, in: Jauernig (Fn. 92), § 126a Rn. 2 („Aufwand beschränkt faktisch den Anwenderkreis auf Wirtschaftsunternehmen“); siehe auch *Primaczenko/Frohn*, in: BeckOGK-BGB

derung gebracht. So stellt sich die Frage, ob in Bezug auf die Gewährleistung hinreichender Fälschungssicherheit nicht doch ein *normativer Standard*, der es erlaubt, die Umstände des Einzelfalls in den Blick zu nehmen, konkreten technischen Vorgaben überlegen wäre, um das privatschriftliche Testament zu digitalisieren. Das allerdings bedeutete, sich von der Vorstellung eines klar definierten Formerfordernisses zu verabschieden.

Schließlich schwebt über all diesen Erwägungen der schleichende Funktionswandel, den das Erfordernis der Eigenhändigkeit seit Erlass des BGB erfahren hat: Bedenkt man, dass der zeremonielle Ausnahmecharakter des Eigenhändigkeitserfordernisses in der Entstehungsgeschichte des § 2247 BGB nicht angelegt ist (vgl. oben B.III), stellt sich die Frage nach dem digitalen Äquivalent zur Eigenhändigkeit eigentlich erst in einem zweiten Schritt. Zunächst gilt es, zu beantworten, ob grundsätzlich an dem Erfordernis der Eigenhändigkeit festzuhalten ist. Rechtsvergleichend wäre es gewiss keine Besonderheit, testamentarische Formerfordernisse mit Blick auf ihren zeremoniellen Charakter zu rechtfertigen.⁹⁴ Überdies könnte das Eigenhändigkeitserfordernis als Nudge⁹⁵ zur Förderung des öffentlichen Testaments instrumentalisiert werden.⁹⁶ Entscheidend ist, an dieser Stelle zu erkennen, dass die Digitalisierung des privatschriftlichen Testaments nicht durch eine gesetz-

(Fn. 92), § 126a Rn. 13 („über qualifizierte elektronische Signaturen, ihre Einsatzmöglichkeiten sowie ihre tatsächlichen Sicherungsfunktionen weitgehend Unkenntnis“).

⁹⁴ Zu den Formerfordernissen im amerikanischen Recht siehe nur *Scalise*, (Fn. 2), 362: „First, formalities serve a ritualistic purpose and thus impress upon the testator the significance of what he is doing.“

⁹⁵ Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008, 6: „A nudge [...] is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid.“ Nach dieser Definition fungiert das Eigenhändigkeitserfordernis als Nudge, weil die handschriftliche Niederschrift zwar etwas müßig sein mag, jedoch nicht den Einsatz besonderer Ressourcen erfordert. Problematisch ist allerdings, dass jener Aufwand Erblasser vereinzelt gleichwohl insgesamt vom Testieren abhalten könnte (vgl. in diesem Sinne nochmals *Thaler/Sunstein* (aaO.), 72: „the golden rule of libertarian paternalism: offer nudges that are most likely to help and least likely to inflict harm.“).

⁹⁶ Vgl. in diesem Kontext auch *Röthel* (Fn. 38), A 64 f., die diese Funktion zwar nicht ausdrücklich anerkennt, sich aber für die Beibehaltung des Eigenhändigkeitserfordernisses und zugleich dafür ausspricht, „im Interesse der Nachlassbeteiligten und der Rechtspflege weitere Anreize zugunsten des öffentlichen Testaments zu schaffen und die Hindernisse an der Errichtung eines öffentlichen Testaments zu verringern.“

geberische Grundentscheidung vorgeprägt ist – sondern vielmehr die Frage nach einer solchen aufwirft.

- b) Auch im Hinblick auf die Nottestamente scheint sich nach der Analyse der *lex lata* lediglich auf den ersten Blick die Lösung aufzudrängen, das Erfordernis *dreier* Zeugen abzuschaffen.⁹⁷ Denn im Rahmen eines Regelungskonzepts, das bei Formfehlern letztlich auf die zuverlässige Wiedergabe der Erklärung des Erblassers im Einzelfall abhebt, muss sich doch die Frage stellen, wie sich die unverzichtbare Notwendigkeit auch nur *eines* Zeugen teleologisch rechtfertigen lässt. Und sollte der Gesetzgeber – oder die Rechtsprechung durch anschließende Fallgruppenbildung – bestimmte Formen der authentischen Dokumentation des letzten Willens anerkennen (z.B. das Video-Testament), drängt sich die Frage auf, wie es sich begründen lässt, dass diese Formen auf Notsituationen beschränkt sein sollen. Bei nüchterner Betrachtung gewährleistet das eigenhändige Testament doch ebenfalls hauptsächlich einen Authentizitätsnachweis. Denn wenn für das Testieren „im stillen Kämmerlein“ heute jedwedes Schreibmaterial und -gerät akzeptiert wird, die Angabe von Ort und Zeit nicht zwingend ist und es selbst einer Überschrift als „Testament“ nicht bedarf,⁹⁸ bleibt vom Übereilungsschutz als Formzweck⁹⁹ nicht viel mehr übrig als das Erfordernis, den letzten Willen zumindest einmal in eigenen Worten ausbuchstabiert zu haben. Von einem zeremoniellen Charakter kann danach ohnehin nicht mehr die Rede sein.

So führt die Diskussion letztlich auch hier für die außerordentlichen Testamentsformen zu einem grundsätzlichen Problem des geltenden Rechts zurück, nämlich ihrer historisch bedingt mangelnden Abstimmung mit dem privatschriftlichen Testament (vgl. oben C.I). Dementsprechend gilt es nicht nur, beim Nachdenken über eine Neuregelung der Nottestamente § 2247 BGB im Blick zu behalten. Erst recht könnte die Digitalisierung des privatschriftlichen Testaments nicht ohne Auswirkungen auf § 2250 BGB bleiben.

- c) Im Ergebnis bleibt mithin zweierlei festzuhalten: Zum einen kann eine Reform des eigenhändigen Testaments nicht ohne die Nottestamente, eine Reform der Nottestamente nicht ohne das eigenhändige Testament

⁹⁷ In diese Richtung *Röthel* (Fn. 38), A 66 („abgespecktes Zwei- oder Dreizeugen-testament“); siehe auch schon *von der Beck* (Fn. 44), 154 ff., 195; *Kappeser* (Fn. 45), 223 f.

⁹⁸ Siehe nur *Lauck*, in: *Burandt/Rojahn* (Fn. 14), § 2247 BGB Rn. 12, 14, 25.

⁹⁹ Vgl. BGHZ 80, 242, 246 = NJW 1981, 1737, 1738; BGHZ 80, 246, 251 = NJW 1981, 1736, 1737; zur Diskussion um den Übereilungsschutz als Formzweck des § 2247 BGB siehe nur *Baumann*, in: *Staudinger* (Fn. 6), § 2247 Rn. 95.

gedacht werden. Zum anderen rückt die Diskussion um Reichweite und Zulassung des digitalen Testierens lange bestehende Inkonsistenzen des geltenden Rechts wieder in den Vordergrund, deren Auflösung unabhängig von der Digitalisierung unseres Alltagslebens ein rechtspolitisches Desiderat darstellt.

Das digitale Testieren zuzulassen, verlangte daher jedenfalls mehr als eine kleine Anpassung der *lex lata*. Es könnte sich sogar als Stein des Anstoßes für eine umfassende Reform des Testamentsrechts erweisen.