

**„Auch ein nicht auffindbares Testament kann eine Erbenstellung begründen“  
(NJW-spezial 2010, Seite 391)**

Wie die Überschrift unserer heutigen Erbrechts-Info übertitelte kürzlich eine renommierte deutsche Rechtszeitschrift einen Bericht über eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 22. April 2010.

Die Überschrift mag zunächst überraschen, ist doch allgemein bekannt, dass im Recht der letztwilligen Verfügungen ein sehr strenger Formenzwang gilt. So sind Testamente, von wenigen Ausnahmen abgesehen, nur zur Niederschrift eines Notars oder eigenhändig möglich (§§ 2231, 2232, 2247 BGB).

Hieran will das Gericht auch nicht rütteln. Es stellt allerdings die Frage, wie der Fall zu behandeln ist, in dem der Erblasser zwar wirksam testiert hat, dieses Testament indes nicht mehr auffindbar ist.

Nach der einhelligen Meinung in Literatur und Rechtsprechung muss ein Testament, um Wirkung entfalten zu können, grundsätzlich im Original vorgelegt werden. Hintergrund ist, dass ein Testament nicht nur in testamentarischer Form widerrufen werden kann (§§ 2254, 2256 BGB), sondern auch dadurch, dass das Testament vernichtet oder verändert (§ 2255 BGB) oder aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen wird (§ 2256 BGB). Nur das Original des Testaments gibt die Gewissheit, dass eine Vernichtung oder Veränderung des Testaments nicht stattgefunden hat.

Dies kann – so das OLG München – aber nicht uneingeschränkt gelten, wenn das Testament ohne bzw. gegen den Willen des Testierenden verloren gegangen ist, sei es durch Ereignisse höherer Gewalt, wie Brände, Überschwemmungen etc. oder durch mutwilliges Eingreifen eines Dritten, beispielsweise eines enterbten Abkömmlings.

In einem solchen Fall, so stellt das Oberlandesgericht München klar, sind grundsätzlich alle zulässigen Beweismittel zu berücksichtigen, die die formgerechte Errichtung und den Inhalt des Testaments belegen können. Mit dieser Rechtsauffassung schließt sich das Oberlandesgericht München der in der Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Rechtsauffassung an.

Dies gilt allerdings auch für die strengen Anforderungen, die das Oberlandesgericht an einen solchen Beweis stellt.

Im zur Entscheidung stehenden Fall hatte der als Beweismittel für den Inhalt und die formgerechte Errichtung des Testaments aufgebotene Zeuge das Testament selbst nie in Augenschein nehmen können. Diese Zeugenaussage hatte das Landgericht München nicht für hinreichend erachtet. Die Beschwerde gegen den gleichlautenden Beschluss des Landgerichts, welche dem Oberlandesgericht München zur Entscheidung vorlag, wurde durch dieses zurückgewiesen.

Trotzdem der konkrete Fall kein bahnbrechend neues Ergebnis erbracht hat, lenkt er den Blick auf einen wesentlichen Aspekt der Testierfreiheit; die Freiheit, den einmal geäußerten „letzten Willen“ zu widerrufen, abzuändern und etwa eingetretenen neuen Entwicklungen anzupassen.

Der entschiedene Fall zeigt instruktiv, welche Gefahr für die Durchsetzung einer solchen abgeänderten letztwilligen Verfügung besteht. Es fällt nicht schwer, sich vorzustellen, zu welchem Ergebnis das Oberlandesgericht München gekommen wäre, hätte die Beschwerdeführerin die Kopie eines handschriftlichen Testaments vorgelegt.

Liegen keine Anhaltspunkte für eine Änderung des Testierwillens des Erblassers vor, würde eine solche Kopie wohl als ausreichend für den Beleg der Existenz eines formgerechten Testaments angesehen. Ein späteres Testament fände – würde es nicht vorgelegt – keine Berücksichtigung. Dadurch wäre es möglich, dass der letzte Wille des Erblassers nicht nur unberücksichtigt bleibt, sondern möglicherweise geradezu konterkariert wird.

Für den Testierenden heißt das, dass er bei jedem Testament, insbesondere aber beim testamentarischen Widerruf oder Abänderung eines Testaments, immer darauf achten muss, dass das Testament im Erbfall auch dem Nachlassgericht zur Kenntnis gebracht wird. Dies erfolgt sinnvollerweise durch Hinterlegung des Testaments bei einer Vertrauensperson, die schon aufgrund des Berufsrechts gehindert ist, mit der Vorlage bzw. Nichtvorlage des Testaments eigene Interessen zu verfolgen – also etwa die Hinterlegung beim Rechtsanwalt oder Steuerberater – oder durch Errichtung eines öffentlichen Testaments vor dem Notar, welches dieser in amtliche Verwahrung nimmt.

Die bloße Vernichtung eines (handschriftlichen) Testaments sollte dagegen nicht als ausreichend angesehen werden, da – wie die Entscheidung des Oberlandesgerichts München zeigt – unter Umständen bereits die Aussage eines Zeugen, der das Testament gesehen und gelesen hat, als Beweis für die ordnungsgemäße Errichtung und den Inhalt des Testaments ausreicht.

Hat dieser Zeuge keine Kenntnis von der willentlichen Vernichtung des Testaments, ist, auch ohne dass man dem Zeugen den Vorwurf einer Falschaussage machen könnte, die Durchsetzung des letzten Willens des Erblassers gefährdet, wenn nicht ausgeschlossen.