

Das Todesnahe Testament

von

Rechtsanwalt Dr. iur. Menno Aden, Essen*

I. Ausgangspunkt

Der Deutsche Juristentag 2010¹ stellte die Frage: *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?* (Gutachten Röthel). Die Gutachterin erwähnt zwar, dass die steigende Lebenserwartung sich auf das Testierverhalten auswirke (A 16), hat aber nicht die ziemlich häufigen Fälle im Auge nach Muster des folgenden: Der 88 jährige geistig gesunde Testator T hat seit Jahren seinen Neffen N zum Erben bestimmt. N weiß das. Früher ohne tieferes Verhältnis zur Religion, leiht T dem Geistlichen einer Kirche sein Ohr und setzt durch privatschriftliches Testament die Kirche zum Erben ein. Variante: Pflegekraft der letzten Tage; Tierschutzbund, uä werden eingesetzt. Nach der Rechtssprechung ist das gültig.² In Todesnähe befindet sich der Mensch aber in einer einzigartigen, fast immer erstmals erlebten Lage. Alles wird dann unwichtig. Der Dichter spricht es für uns alle aus:

*So geht mir dämmernd alles Leben unter;
jetzt unterscheid ich Farben noch und Formen,
und jetzt liegt Nebel alles unter mir.*³

Angesichts seines eigenen nahen Todes steht alles *sub specie aeternitatis* – im Licht der Ewigkeit. Alles Irdische wird unwichtig. Kein Mensch kann nun noch über Vermögen in derselben Weise entscheiden wie in gesunden Tagen. Dieser Mensch steht unter innerem Druck, insbesondere unterliegt er oft heischenden Einwirkungen auf seine Willensfreiheit. Je reicher er ist, desto stärker.

Es ist zu prüfen, ob für ein Testament in unmittelbarer Todesnähe (hier: Todesnahes Testament) andere Regeln als sonst gelten, wenn ja welche.

II. Analoge Anwendung von § 2247 IV BGB

In § 2247 IV BGB deutet das Gesetz bereits die hier vorzuschlagende Lösung an. Ein Minderjähriger kann zwar ein Testament machen, § 2229 II BGB, aber nicht als privatschriftliches, § 2247 IV, da seine Entscheidungsfreiheit noch zu sehr unter dem Einfluß anderer steht. Sein Testament ist daher nur als notarielles gültig. Die Lage des Minderjährigen, der die volle Entscheidungsfreiheit *noch nicht*, und die des todesnahen Testators, der sie *nicht mehr* hat, ist gleich und sollte gleich gelöst werden. Eine Analogie zu § 2247 IV ist daher angebracht, sodass bereits *lege lata* postuliert wird: Ein privatschriftliches Testament, das in Kenntnis des nahe bevorstehenden Todes errichtet wird, ist ungültig. Es bedarf in Analogie zu § 2247 IV zur Gültigkeit der notariellen Form.

* Prof. (FH) a.D.; Präsident des Oberkirchenrates a.D.

¹ Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Band I Gutachten von A. Röthel, Hamburg A 9 ff

² vgl. BGH IV ZR 122/00 v. 11. Juli 01: Behauptung der Klägerin, der Erblasser habe noch an seinem Todestage ein handschriftliches Testament gemacht, als erhebliche Behauptung.

³ Kleist, Prinz Friedrich v. Homburg V. Akt, 10. Auftritt. – Die mehrfachen literarischen Zitate hier sollen die stark gefühlsbehaftete Thematik dieses Beitrages durch Dichterworte gleichsam objektivieren.

III. Unwirksamkeit der Ausweicherklärung

Die Freiheit der Willensbildung und - erklärung des Verbrauchers (§ 13 BGB) wird geschützt. Er kann dem Druck auf seine Entscheidungsfreiheit durch Abgabe einer vernichtbaren Willenserklärung (vgl. § 355) ausweichen. § 14 HeimG beruht auf ähnlichen Gründen.⁴ Das Gesetz vermutet in der testamentarischen Verfügung eines Heimbewohners zugunsten des Heimes oder seiner Bediensteten unwiderleglich ein Ausweichverhalten des Testators und erklärt diese für ungültig.

Der todesnahe Testator, oft durch Alter und/oder Krankheit geschwächt, ist heischenden Zudringlichkeiten nicht minder ausgeliefert als der Verbraucher oder Heimbewohner. Durch Errichtung eines entsprechenden Testaments kann er dem Druck ausweichen. Aber der Tod macht endgültig, was vielleicht so nicht gemeint war. Auch wer weniger kirchenfeindlich ist als Mephistopheles⁵, weiß, wie die Welt diesseits der Ewigkeit nun einmal beschaffen ist. Habebald und Eilebeute sind rasch zur Stelle, wo etwas zu holen ist.⁶ Als Pflegekraft der letzten Tage kommt heute auch nicht mehr, wie ehemals zur Konsulin Buddenbrook, die selbstlose Diakonisse. Alte Menschen leben oft lange und vereinsamt und verschenken leicht ihr Vertrauen. Altersdemenz wird übersehen oder als Zerstretheit kaschiert, aber von Zudringlichen umso leichter genutzt. Rasch wird dem Testator auf einen Notizblock ein Testament diktiert, von dem er schon bald kaum noch weiß. Die Willensbildungsfreiheit des todesnahen Testators sollte daher aus ähnlichen Gründen ähnlich geschützt werden wie die des Verbrauchers oder des Heimbewohners. Auch ihm ist also ein Ausweichverhalten mit Unwirksamkeitsfolge zuzugestehen. Ein in Todesnähe errichtetes privatschriftliches Testament sollte daher ungültig sein.

IV. Rechtspolitischer Ansatz

Wer unter dem Schutz der Rechtsordnung (Art. 14 I GG) Eigentum erwerben und nutzen konnte, sollte ihr im Tode zurück zu geben, was sie ihm gewährte - Rechtsfrieden. Das wird hier aus Art. 14 II GG (*Eigentum verpflichtet*) hergeleitet. Wer die gesetzliche Erbfolge nicht will, soll daher so verfügen, dass durch seinen Tod der Rechtsfrieden möglichst wenig gefährdet wird. Keine Sicherheit, aber die bestmögliche Gewähr dafür, dass die Nachlassreglung den Rechtsfrieden am wenigsten beeinträchtigt, ergibt sich, wenn der Testator seinen Willen frei von sachfremden Einflüssen bildet. Todesnähe erhöht die Gefahr für die Willensbildungsfreiheit des Testators und damit für den Rechtsfrieden. Die Rechtsgemeinschaft hat daher einen Anspruch auf möglichste Bannung dieser Gefahr. Das geschieht durch Hinzuziehung einer Person öffentlichen Glaubens. Das todesnahe Testament sollte daher aus dem Grunde des Art. 14 II GG nur als notarielles gültig sein.

V. Begriff der Todesnähe

Entscheidender Begriff hier ist die Todesnähe. Aus Gründen der Rechtssicherheit liegt auch hier eine typisierende Betrachtung nahe. Konkret ist die Todesnähe gegeben, sobald der Testator unabhängig von seinem Alter aufgrund einer zum Tode führenden Krankheit zeitnah

⁴ § 14 HeimG will ua die Testierfreiheit der Heimbewohner sichern (vgl. BT- Drucks 11/5120 S. 17), indem alte Menschen davor bewahrt werden, daß ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird. vgl. Münzel NJW 1997, 112 ff.

⁵ Goethe, Faust I, V. 2836: *Die Kirche hat einen guten Magen.... hat ganze Länder aufgefressen und doch noch nie sich übergessen*

⁶ Goethe Faust II, V. 10810: *...geschwinde zu und raff es auf*

mit seinem Tode rechnen muss. Ein Testament, welches nach diesem Zeitpunkt errichtet wird, ist todesnah. Abstrakt: *Das Leben währet 70 Jahre, und wenn's hoch kommt, so sind's 80 Jahre* (Psalm 90, 7).⁷ Nach dieser uralten Menschheitserfahrung stehen wir mit 70 und darüber in abstrakter Todesnähe. Ein Testament, welches nach Vollendung des 70. Lebensjahres errichtet wird, ist daher ein todesnahes Testament. Das privatschriftliche todesnahe Testament ist ungültig. In der typisierenden Betrachtung kommt es nicht darauf an, woran der Testator stirbt.

Wenn der Tod nicht innerhalb einer gewissen Frist (hier: Erwartungsfrist) eintritt, zeigt sich rückwirkend, dass das todesnahe Testament doch nicht todesnah war. Dieses gilt dann, sonstige Gültigkeit und andauernde Testierfähigkeit vorausgesetzt, als normales Testament, bis es ggfs nach normalen Regeln widerrufen wird.

Die Erwartungsfrist bleibt zu definieren. Sie könnte durch Gesetz oder Rechtsprechung den Umständen angepasst werden. Der Rechtssicherheit dienen aber feste Fristen. Im Falle der konkreten Todesnähe werden 360 Tage vorgeschlagen; im Falle der altersbedingten abstrakten Todesnähe 180 Tage, die sich nach weiteren 5 Lebensjahren auf 360 Tage verlängert. Grund: Konkrete Todesgefahr provoziert und erleichtert intensive Bearbeitung des Testators durch Erbheischer, abstrakte Todesgefahr erlaubt längere Bearbeitung.

VI. Ergebnis

Es besteht ein Unterschied zwischen einer Letztwilligen Verfügung, die in gesunden Tagen errichtet wird und dem Todesnahen Testament. Todesnot und begehrlische Einflüsterungen können die Willensfreiheit des Testators beeinträchtigen. Daher wird vorgeschlagen:

Erstens: Nach § 2229 BGB wird als neuer § 2230 BGB eingefügt:

§ 2230 Todesnahes Testament

I. Ein todesnahes Testament bedarf der notariellen Form. §§ 2249 - 2252 bleiben unberührt.

II. Todesnah ist ein nicht privatschriftliches Testament, wenn

1. dem Testator bei Abfassung Umstände bekannt waren, die seinen Tod binnen 180 Tagen wahrscheinlich machen, und wenn er nach Abfassung in dieser Zeit stirbt; oder

2. der Testator bei Abfassung des Testaments das 70. Lebensjahr vollendet hatte, und wenn er binnen 180 Tagen danach stirbt. Nach Vollendung des 75. Lebensjahres verlängert sich die Frist auf 360 Tage.

III. Wenn der Testator die in II 1 und 2 genannte Frist überlebt, gelten die allgemeinen Regeln für Gültigkeit und Widerruf des privatschriftlichen Testaments.

⁷ Der Verfasser ist bei Abfassung dieses Aufsatzes 68 Jahre alt. Er weiß also, dass er auch von sich selbst spricht.

Zweitens: Schon *lege lata* gilt in Analogie zu § 2247 IV BGB, dass ein in Kenntnis des nahe bevorstehenden Todes errichtetes Testament nur als öffentliches, nicht aber als privatschriftliches, Testament gültig ist.

Drittens: § 2247 IV BGB ist in direkter und analoger Anwendung zwingend im Sinne von Art. 34 EGBGB, um einer Umgehungsmöglichkeit durch ausweichende Rechtswahl vorzubeugen. Das gilt, sollte vorgeschlagener § 2230 BGB Gesetz werden, auch für diesen.

M.A.

19. 10. 2010