

Handbuch der Erbfolge- Gestaltung

Von Dr. Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach
Notar in Köln

 Carl Heymanns Verlag 2011

Teil 4 Das Verfahren der Gestaltung

§ 13 Arten der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen

Übersicht	Rdn.		Rdn.
I. Verfügung von Todes wegen . . .	1	VI. Übersicht: Errichtungsarten (ohne konsularische Errichtung)	26
II. Erbvertrag	4	VII. Eigenhändige oder notarielle Errichtung?	27
III. Ordentliche Testamente	5	1. Eingeschränkte Wahlmöglichkeit	27
1. Öffentliches Testament	5	2. Eigenhändige Errichtung	28
a) Öffentliches Einzeltestament	5	3. Notarielle Errichtung	29
b) Öffentliches gemeinschaftliches Testament	7	4. Die Schutzfunktion notarieller Beurkundung	30
2. Eigenhändiges Testament	8	5. Fazit	32
a) Eigenhändiges Einzeltestament	8	VIII. Kostenvergleich: Eigenhändige und notarielle Errichtung	33
b) Gemeinschaftliches eigenhändiges Testament	10	1. Einzeltestament	35
IV. Nottestamente	11	2. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag	36
1. Die Arten der Nottestamente	12	3. Ehe- und Erbvertrag	37
2. Gemeinsamkeiten	13	4. Sachverhaltsvarianten	41
3. Bürgermeistertestament	16		
4. Dreizeugentestament	18		
5. Seetestament	23		
V. Konsularische Errichtung	24		

Literatur: *Armbrüster/Preuß/Renner*, § 1, Rn. 109 ff.; *Assenmacher/Matthias*, Kostenordnung; *von der Beck*, Norminhalt und Formstrenge im Recht der Nottestamente, Diss. Münster 1994; *Geimer*, Konsularisches Notariat, DNotZ 1978, 3; *Hecker/Müller-Chorus*, Handbuch der konsularischen Praxis; *Hoffmann/Glietsch*, Konsulargesetz (Loseblatt); *Kappeßer*, Die Nottestamente des BGB, 1995; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, Kostenordnung; *J. Mayer*, Zur wirksamen Errichtung eines Nottestaments, ZEV 2002, 140; *Notarkasse München*, Streifzug durch die Kostenordnung; *Rohs/Wedewer*, Kostenordnung; *Schmidt/Schmidt*, Die Nottestamente: Bürgermeister-Testament und Drei-Zeugen-Testament, JuS 1996, 598; *Seiler*, Das Dreizeugentestament gem. § 2250 Abs. 2 BGB, ZErB 2002, 114; *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger.

Literatur zu VIII.: *Bentgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments, Diss. Köln 1991; *Boehmer*, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 1938, 264; *Burkart*, Das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB – Seine Problematik und seine Zukunft, in: FS v. Lübtow (1991), 253; *Görgens*, Die Bindung des Richters an das Gesetz und die Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments, Diss. Bochum 1975; *Görgens*, Überlegungen zur Weiterentwicklung des eigenhändigen Testaments des § 2247 BGB, JR 1979, 357; *Grundmann*, Favor Testamenti – Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten, AcP 187 (1987), 429; *Haegele*, Das eigenhändige Testament in Rechtsprechung, Schrifttum und Praxis, JurBüro 1968, 343; *Hawlitzky*, Das eigenhändige Testament!, DNotZ 1935, 715; *Herold*, Was in Privattestamenten häufig falsch gemacht wird, GrundE 1985, 709; *Pöttsch*, Hat das privatschriftliche Testament noch eine Daseinsberechtigung? NJ 1951, 361; *Singer*, Abschaffung des eigenhändigen Testaments? DNotZ 1934, 482; *Steden*, Formfreie und formbedürftige Änderungen des eigenhändigen Testaments, Diss. Mainz 1971; *Stumpf*, Postscripta im eigenhändigen Testament, FamRZ 1992, 1131; *Vogels*, Inwieweit sind die Testamentsformen des Bürgerlichen Gesetzbuchs erneuerungsbedürftig? ZAKDR 1935, 635; *Vogels*, Das eigenhändige Testament nach dem Gesetz vom 31. Juli 1938, JW 1938, 2161; *Werner*, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen, DNotZ 1972, 6; *Weyer*, Das eigenhändige Testament – Gedanken und Erfahrungen eines Nachlaßrichters, DNotZ 1935, 348; *Wingarter*, Die eigenhändige letztwillige Verfügung im Spannungsverhältnis zwischen Form und der Verwirklichung des Erblasserwillens, Diss. Würzburg 1998.

I. Verfügung von Todes wegen

- 1 »Verfügung von Todes wegen« ist jedes Rechtsgeschäft, mit dem der Erblasser Anordnungen über das **Schicksal seines Vermögens nach seinem Tode** trifft. Auch die Beseitigung solcher Anordnungen durch Widerruf eines Testaments oder einzelner testamentarischer Bestimmungen oder durch Rücktritt von einem Erbvertrag ist Verfügung von Todes wegen.¹ Rechtswirkungen zu Lebzeiten können demgegenüber nur durch Rechtsgeschäft unter Lebenden herbeigeführt werden. Ein Rechtsgeschäft unter Lebenden kann allerdings auch Wirkungen über den Tod hinaus oder überhaupt erst nach dem Tode herbeiführen.² Die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als Verfügung von Todes wegen bestimmt den Anwendungsbereich der dafür geltenden Bestimmungen, etwa über Höchstpersönlichkeit, Anfechtbarkeit oder Testierfähigkeit³ und ist deshalb von großer praktischer Bedeutung. Nicht Verfügung von Todes wegen ist beispielsweise die Anfechtung einer Verfügung von Todes wegen durch den Erb-

1 *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 1937–1941, Rn. 2.

2 Zur Frage, ob und inwieweit Rechtsgeschäfte unter Lebenden auch in Verfügungen von Todes wegen vorgenommen werden können, ausführlich *Staudinger/Otte*, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 17 ff.

3 *Staudinger/Otte*, Vorbem. Zu §§ 1937–1941, Rn. 2.

lasser oder ein mit ihm zu schließender Erbverzichts-, Pflichtteilsverzichts- oder Zuwendungsverzichtsvertrag.⁴

Das Gesetz kennt zwei Arten der Verfügungen von Todes wegen: 2

- Die **einseitige** Verfügung von Todes wegen. Das Gesetz nennt sie Testament oder »letztwillige Verfügung« (§ 1937).⁵ Auch das *gemeinschaftliche* Testament fällt hierunter; die gesetzliche Systematik ordnet es deshalb in den mit »Testament« überschriebenen Abschnitt (§§ 2064 ff.) ein.
- Den **Erbvertrag**, § 1941. Er wird gesetzessystematisch in einem eigenen Abschnitt (§§ 2274) behandelt.

Mit »Verfügung von Todes wegen« ist hier also (ebenso z.B. in §§ 83, 1944 Abs. 2 3 Satz 2, 1948 Abs. 1 BGB, Art. 25 Abs. 2 EGBGB, § 46 KostO) das Rechtsgeschäft als übergreifende Einheit gemeint, nicht die einzelne erbrechtliche Anordnung (wie Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage usw.). Allerdings ist die Terminologie bereits innerhalb des BGB nicht konsistent. So bedeutet beispielsweise »letztwillige Verfügung« im Sinne des § 2077 oder der erbrechtlichen Anfechtungsvorschriften (§§ 2078 ff.) die Einzelanordnung.

II. Erbvertrag

Ein Erbvertrag kann **nur** zur Niederschrift eines Notars und bei gleichzeitiger 4 Anwesenheit beider Teile geschlossen werden, §§ 2276 Abs. 1 Satz 1. Die möglichen Errichtungsarten sind die gleichen wie beim öffentlichen Testament (Erklärung, Übergabe offener oder verschlossener Schrift, unten Rdn. 5–6). Für die Erklärung des anderen Vertragsschließenden gelten diese drei Errichtungsarten entsprechend, § 33 BeurkG. Auch der Erbvertrag kann nach Wegfall des Mündlichkeitserfordernisses (unten Rdn. 6) nonverbal erklärt werden. Näher zum Erbvertrag § 38; zum Vergleich mit dem gemeinschaftlichen Testament § 40.

4 *Staudinger/Otte*, a.a.O.

5 Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist vor terminologischer Unsicherheit nicht gefeit, wie BGHZ 24, 204, 207 zeigt, wo es heißt: »Erbvertrag und Testament sind beides letztwillige Verfügungen ...« (!).

III. Ordentliche Testamente

1. Öffentliches Testament

a) Öffentliches Einzeltestament

- 5 In »ordentlicher Form« kann ein Testament gemäß § 2231 als öffentliches oder eigenhändiges errichtet werden. »Öffentlich« wird ein Testament **zur Niederschrift eines Notars** errichtet, § 2231 Nr. 1. Diese Errichtungsart kennt drei Varianten (näher § 15): Der Erblasser kann
- dem Notar seinen letzten Willen erklären, oder
 - dem Notar eine *offene* Schrift mit der Erklärung übergeben, dass sie seinen letzten Willen enthalte, oder
 - dem Notar eine *verschlossene* Schrift mit der gleichen Erklärung übergeben.
- 6 Bei allen drei Errichtungsarten braucht die Erklärung des Erblassers, anders als früher, nicht mündlich zu erfolgen. Der Gesetzgeber hat das Mündlichkeitsanfordernis für die ordentlichen Testamentsformen und für den Erbvertrag im Jahre 2002 abgeschafft.⁶ Daher ist eine **nonverbale** Erklärung durch Gebärden, Zeichen oder auf andere Weise, selbst durch Wimpernschlag, ausreichend (§ 15 Rdn. 48)⁷ Dies wirkt sich besonders bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen eines Behinderten aus (§ 17). Näher zum Einzeltestament § 36.

b) Öffentliches gemeinschaftliches Testament

- 7 Für das öffentliche gemeinschaftliche Testament gilt das vorstehend für das öffentliche Einzeltestament Gesagte entsprechend. Insbesondere stehen alle drei Errichtungsvarianten für das öffentliche Einzeltestament auch für das öffentliche gemeinschaftliche Testament zur Verfügung. Näher zum gemeinschaftlichen Testament § 38.

2. Eigenhändiges Testament

a) Eigenhändiges Einzeltestament

- 8 Ein »ordentliches« Testament kann gemäß § 2231 Nr. 2 als eigenhändiges Testament durch eine vom Erblasser nach § 2247 abzugebende Erklärung errichtet werden. Die zwingenden Formerfordernisse des eigenhändigen Testaments

6 Durch das OLGVertrÄndG vom 23.7.2002, BGBl. I 2850, 2858.

7 Näher v. *Dickhuth-Harrach*, Testament durch Wimpernschlag, FamRZ 2003, 293.

sind auf ein Minimum reduziert: Das Testament muss eigenhändig geschrieben und eigenhändig unterschrieben sein. Die Angaben von Zeit und Ort der Errichtung sind demgegenüber nur Soll-Erfordernisse, § 2247 Abs. 2; vgl. zur Zeitangabe ferner Abs. 5 und zur Form der Unterschrift Abs. 3.

Das BGB in seiner ursprünglichen Fassung verlangte bei einem privatschriftlichen Testament in § 2231 Nr. 2 zwingend die eigenhändige Orts- und Tagesangabe.⁸ Beim gemeinschaftlichen Testament musste daneben auch die Anchlussklärung des anderen Ehegatten die eigenhändige Orts- und Tagesangabe zwingend enthalten, so § 2267 Satz 2 BGB in seiner ursprünglichen Fassung. Diese rigiden Formvorschriften und die darauf beruhende Rechtsprechung (in exemplarischer Schärfe sah das KG im Februar 1938 ein Testament auf einem Briefbogen mit Ortsvordruck als nichtig an⁹) wurden in den dreißiger Jahren zum Politikum, das sogar *Hitler* beschäftigte: *Picker* zufolge¹⁰ hat *Hitler* berichtet, er habe Anfang Mai 1938 ein handschriftliches Testament auf einem amtlichen Briefbogen des Reichskanzlers mit vorgedruckter Ortsangabe gemacht. Danach sei ihm eine Entscheidung des Kammergerichts (wahrscheinlich die vorgenannte) bekannt geworden, wonach eine vorgedruckte Ortsangabe ein Testament nichtig mache. Das sei »ein absoluter Rechtschwindel«, der habe beseitigt werden müssen.¹¹ Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.7.1938¹² (Testamentsgesetz) schuf legislatorische Abhilfe. Orts- und Zeitangabe waren keine zwingenden Erfordernisse mehr.

b) Gemeinschaftliches eigenhändiges Testament

Für das gemeinschaftliche eigenhändige Testament gilt die **Formerleichterung** des § 2267. Im Übrigen gelten die Ausführungen zum eigenhändigen Einzeltestament entsprechend.

IV. Nottestamente

Die **außerordentlichen** oder »Nottestamente« gibt es – wie die ordentlichen Testamente – als Einzeltestament oder als gemeinschaftliches Testament (arg.

⁸ Dazu *Boehmer*, Privattestamente mit vorgedruckter Ortsangabe, ZAKDR 1938, 264. Grundlegend kritisch gegenüber den damaligen Formerfordernissen *Fritz v. Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935; *ders.*, Rechtsform und Rechtsformalismus, JW 1938, 625.

⁹ KG JW 1938, 680, Beschluss vom 3.2.1938; hierzu *Boehmer* ZAKDR 1938, 264 ff.

¹⁰ *Picker*, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, Taschenbuchausgabe, 2. Aufl. 1981, 157 f.

¹¹ Näher zu den Zusammenhängen – die im Kern nicht ideologisch waren – v. *Dickhuth-Harrach*, »Gerechtigkeit statt Formalismus«, 1986, 334 f.

¹² RGBl. I, 973.

§ 2266¹³). Einen »Not-Erbvertrag« kennt das Gesetz nicht.¹⁴ Praktisch sind die außerordentlichen Testamente weniger bedeutsam.¹⁵

1. Die Arten der Nottestamente

- 12 – Das Testament bei **Todesbesorgnis** zur Niederschrift des Bürgermeisters unter Hinzuziehung von zwei Zeugen, § 2249. Sachlich zuständig ist auch der durch Gemeindeordnung gesetzlich bestimmte Vertreter des Bürgermeisters, § 2249 Abs. 5.¹⁶
 - Das Testament an einem **abgesperrten Ort**, § 2250 Abs. 1. Es ist möglich entweder in der Form des § 2249 (Bürgermeistertestament) oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen.
 - Das Testament bei **so naher Todesgefahr**, dass voraussichtlich auch ein Bürgermeistertestament nicht mehr möglich ist. Es ist zu errichten vor drei Zeugen, § 2250 Abs. 2.
 - Das während einer Seereise außerhalb eines inländischen Hafens mögliche **Seetestament**, § 2251. Es folgt ebenfalls den Regeln des Dreizeugentestaments, setzt aber keine Notlage voraus.

2. Gemeinsamkeiten

- 13 Gemeinsames Merkmal aller außerordentlichen Testamente ist ihre zeitlich begrenzte Wirksamkeit: Ein außerordentliches Testament wird ungültig, wenn seit der Errichtung **drei Monate** verstrichen sind und der Erblasser noch lebt, § 2252 Abs. 1 (vgl. aber für einen Sonderfall beim Seetestament § 2252 Abs. 3).
- 14 Allen außerordentlichen Testamentsformen kommt die **Formerleichterung** des § 2249 Abs. 6 zugute (vgl. §§ 2250 Abs. 3 Satz 2, 2251), wonach gewisse Formverstöße der Wirksamkeit der Beurkundung nicht entgegenstehen. Nach herrschender, aber sehr umstrittener Meinung können nach Abs. 6 (in Anlehnung an dessen Wortlaut) nur Verstöße gegen die Vorschriften über das Abfassen der Niederschrift (z.B. Unterschrift der Zeugen), nicht jedoch Verstöße gegen materielle Vorschriften über den Errichtungsakt (z.B. Pflicht zur Aufnahme

13 Auch ein gemeinschaftliches Seetestament ist möglich, obwohl § 2266 auf § 2251 nicht verweist. Die Verweisung ist überflüssig, weil die Voraussetzungen des § 2251 auch in der Person des zweiten Testators, der sich mit an Bord des Schiffes befindet, ohne weiteres gegeben sind.

14 *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. 1901, Dritter Band, 318; v. *Dickhuth-Harrach* in: FS Gerhard Otte (2005), 55, 65 m.w.N.

15 Siehe aber OLG München ZErB 2009, 253.

16 *Palandt/Edenhofer*, § 2249 Rn. 4.

einer Niederschrift überhaupt – und zwar zu Lebzeiten des Erblassers¹⁷ – und deren Genehmigung durch den Erblasser) unschädlich sein.¹⁸

Ohne Bedeutung ist dieser Meinungsstreit im Bereich der beurkundungsrechtlichen Soll-Vorschriften. Sie sind in Abs. 6 nicht angesprochen, ihre Verletzung führt vielmehr schon nach allgemeinen Regeln nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung.¹⁹ 15

3. Bürgermeistertestament

Auf das Bürgermeistertestament finden weitgehend die Vorschriften des **Beurkundungsgesetzes** Anwendung (§ 2249 Abs. 1), insbesondere hinsichtlich der Niederschrift und der Prüfungs- und Belehrungspflicht des § 17 BeurkG. Der Bürgermeister tritt an die Stelle des Notars (so wörtlich Abs. 1 Satz 4, 2. Halbsatz). Auf die übrigen Nottestamente findet das BeurkG nur in geringerem Umfang Anwendung (§§ 2250 Abs. 3, 2251; beispielsweise wird § 17 BeurkG hier nicht in Bezug genommen). 16

Das Bürgermeistertestament ist **öffentliches** Testament mit der erhöhten Beweiskraft des § 415 ZPO und der grundbuchlichen Wirkung einer öffentlichen Urkunde i.S.d. § 35 GBO.²⁰ Als öffentliches Testament kann es in allen Formen errichtet werden, die für ein solches zur Verfügung stehen, insbesondere auch durch Übergabe einer – offenen oder verschlossenen – Schrift (§§ 2249 Abs. 1 Satz 4, 2232). 17

4. Dreizeugentestament

Das Dreizeugentestament ist in zwei Sachverhaltskonstellationen zulässig. Erstens dann, wenn der Erblasser sich an einem Ort aufhält, der infolge außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist, § 2250 Abs. 1 (Beispiel: Bergunfall²¹). Zweitens, wenn sich der Erblasser in so naher Todesgefahr befindet, dass voraussichtlich auch die Errichtung eines Testaments nach § 2249 (Bürgermeistertestament) nicht mehr möglich ist, § 2250 Abs. 2. 18

17 *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 38 m.w.N.

18 Vgl. *MüKo/Hagen*, § 2249 Rn. 32; *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 32, jeweils m.w.N.

19 *MüKo/Hagen*, § 2249 Rn. 32.

20 *Staudinger/Baumann*, § 2249 Rn. 6.

21 Die Einführung des dem heutigen § 2250 Abs. 2 BGB entsprechenden § 24 Abs. 2 TestG ging auf österreichischen Wunsch zurück, vgl. BGHZ 54, 89, 94 und *Lange/Kuchinke*, § 21 IV 3. Zumeist werden allerdings gerade bei Unfällen im Gebirge nicht drei Zeugen zugegen sein, *Lange/Kuchinke* a.a.O.

»Nahe Todesgefahr« muss entweder objektiv oder nach der subjektiven Einschätzung aller drei Zeugen bestehen.²² Der nahen Todesgefahr steht die Gefahr dauernder Geschäftsunfähigkeit gleich.²³

- 19 Auch beim Dreizeugentestament ist eine Niederschrift Wirksamkeitsvoraussetzung, § 2250 Abs. 3 Satz 1. Sie kann aber von einem beliebigen Dritten gefertigt werden, braucht also nicht von einem Zeugen zu stammen.²⁴ Die Niederschrift muss die Bezeichnung des Erblassers und der Zeugen sowie die Erklärungen des Erblassers enthalten, §§ 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB, § 9 BeurkG. Sie muss in Gegenwart aller²⁵ Zeugen dem Erblasser vorgelesen, von ihm genehmigt und von ihm und den Zeugen eigenhändig unterschrieben werden, § 2250 Abs. 3 Satz 2 BGB i.V.m. § 13 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 BeurkG und § 2249 Abs. 1 Satz 5. Das Vorlesen kann durch einen Dritten, muss also nicht durch einen Zeugen erfolgen.²⁶
- 20 Als Errichtungsform sieht das Gesetz ausschließlich die mündliche Erklärung vor (§ 2250 Abs. 1). Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle, anders als bei den ordentlichen Testamentsformen (oben Rdn. 5–7), das Mündlichkeitserfordernis also nicht abgeschafft. Behinderte, die nicht sprechen können, sind demnach vom Dreizeugentestament ausgeschlossen. Stimmen in der Literatur nehmen das Ergebnis hin,²⁷ obwohl die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen dieses faktische Testierverbot unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 19.1.1999²⁸ zu § 2233 kaum weniger stark sind als diejenigen gegen das früher für die ordentlichen Testamentsformen geltende Mündlichkeitserfordernis.²⁹ Daher muss dem sprechunfähigen Erblasser die Möglichkeit zuerkannt werden, ein Nottestament durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift zu errichten, wobei die dafür notwendige Erklärung nonverbal erfolgen kann.³⁰ Vermag der Erblasser seinen Namen nicht zu schreiben, besteht das Pro-

22 BGHZ 3, 372 (noch zum Testamentgesetz ergangen); OLG München ZErb 2009, 253; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 17.

23 BGH a.a.O.; OLG München a.a.O.

24 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 25.

25 BGHZ 54, 89; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 26.

26 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 26 gegen KG DNotZ 1942, 338.

27 *Palandt/Edenhofer*, § 2250 Rn. 6; *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 37; *MüKo/Hagena*, § 2250 Rn. 13.

28 BVerfGE 99, 41 = DNotZ 1999, 409 m. Anm. *Rossak* = FamRZ 1999, 985 = NJW 1999, 1853.

29 *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 16; vgl. auch *Voit* in *Reimann/Bengel/Mayer*, § 2250 Rn. 7.

30 *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 16. Darüber hinaus muss es dem Erblasser insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 3 GG entgegen § 2250 Abs. 3 Satz 4 Halbs. 1 möglich sein, die Schrift in einer Sprache zu übergeben, die er beherrscht, aber nicht die Zeugen, *Litzenburger* in *Bamberger/Roth*, § 2250 Rn. 17.

blem nicht: Gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 ist § 2249 Abs. 1 Satz 6 entsprechend anwenden. Die Feststellung der Angabe oder Überzeugung in der Niederschrift ersetzt dann die Unterschrift des Erblassers.

Die drei Zeugen sind – in ihrer Gesamtheit – selbst die Urkundsperson.³¹ Aus diesem Grunde gelten für sie gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 2 – neben den für Zeugen einschlägigen Sollvorschriften des § 26 Abs. 2 Nr. 2 bis 5 BeurkG – die Vorschriften insbesondere des § 6 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 und des § 7 BeurkG, deren Verletzung die Unwirksamkeit zur Folge hat (wobei sich die Unwirksamkeit in § 7 auf die Zuwendung an den Bedachten beschränkt, »insoweit«).³² Das Dreizeugentestament ist Privaturkunde,³³ so dass im Grundbuchverfahren (§ 35 GBO) ein Erbschein erforderlich ist. 21

Das Dreizeugentestament kann **nicht** durch Minderjährige errichtet werden (str.).³⁴ Grund ist, dass keine dem Minderjährigenschutz dienende Belehrung und Beratung gesichert ist.³⁵ § 17 BeurkG findet – anders als beim Bürgermeistertestament – keine, auch keine entsprechende Anwendung. § 2250 Abs. 3 verweist, im Gegensatz zu § 2249 Abs. 1 Satz 4, nicht auf § 17 BeurkG. 22

5. Seetestament

Das Seetestament ist ein Dreizeugentestament, das die Besonderheit aufweist, dass eine Notlage irgendwelcher Art nicht zu bestehen braucht. Ausreichend für seine Zulässigkeit ist es, dass der Erblasser sich während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befindet, § 2251. An Bord eines Schiffes in einem ausländischen Hafen ist das Seetestament zulässig. Der Erblasser kann auch Besatzungsmitglied des Schiffes sein. Ist er ständig auf Seereisen, kann sich die Gültigkeitsdauer des Seetestaments wegen § 2252 Abs. 3 auf Jahrzehnte erstrecken.³⁶ Ein Bedürfnis für die Zulässigkeit von Seetestamenten ist zweifelhaft, weil der Erblasser bei einer Notlage auf See die Möglichkeit hat, ein »normales« Dreizeugentestament zu errichten.³⁷ 23

31 BGHZ 54, 89, 93; BayObLG ZEV 1995, 341, 342.

32 Vgl. den Fall BayObLG ZEV 1995, 341 sowie BGHZ 115, 169, 176.

33 *Staudinger/Baumann*, § 2250 Rn. 36 und § 2251 Rn. 10, jeweils m.w.N.; *Voit in Reimann/Bengel/Mayer*, § 2250 Rn. 6; *MüKo/Hagena*, § 2250 Rn. 1.

34 *MüKo/Hagena*, § 2250 Rn. 2; *Staudinger/Baumann*, § 2233 Rn. 20.

35 So die zutreffende Begründung von *Staudinger/Baumann* a.a.O.

36 *Staudinger/Baumann*, § 2252 Rn. 8.

37 *Staudinger/Baumann*, § 2251 Rn. 3.

V. Konsularische Errichtung

- 24 Testamente und Erbverträge können auch vor einem deutschen Konsularbeamten im Rahmen seiner auswärtigen Amtstätigkeit errichtet werden.³⁸ Von Konsularbeamten aufgenommene Urkunden stehen den von einem inländischen Notar aufgenommenen gleich, § 10 Abs. 2 Konsulargesetz. Testamente und Erbverträge sollen die Konsularbeamten nur beurkunden, wenn die **Erblasser Deutsche** sind, § 11 Abs. 1 Satz 1 Konsulargesetz. Für das Verfahren gilt das Beurkundungsgesetz mit einigen Abweichungen, vgl. allgemein § 10 Abs. 3 Konsulargesetz und speziell für Verfügungen von Todes wegen § 11 Konsulargesetz.³⁹
- 25 Für die **besondere amtliche Verwahrung** (§§ 344 Abs. 1–3, 346 f. FamFG) ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin zuständig, § 11 Abs. 2 Satz 1 Konsulargesetz. Der Erblasser kann jederzeit die Verwahrung bei einem anderen Amtsgericht verlangen, § 11 Abs. 2 Satz 2 Konsulargesetz. Schließen die Beteiligten die besondere amtliche Verwahrung eines konsularisch errichteten Erbvertrages aus, verbleibt dieser nicht in der Verwahrung des beurkundenden Konsularbeamten, sondern wird entweder den Beteiligten **ausgehändigt** (§ 10 Abs. 3 Nr. 4 Konsulargesetz) oder auf Verlangen eines Vertragspartners an das Amtsgericht Schöneberg zur einfachen amtlichen Verwahrung übersandt.⁴⁰ Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg ergibt sich insoweit aus § 10 Abs. 3 Nr. 4 Satz 2 Konsulargesetz. Die Möglichkeit, diese einfache Verwahrung bei einem anderen Amtsgericht zu verlangen, sieht das Konsulargesetz nicht vor.

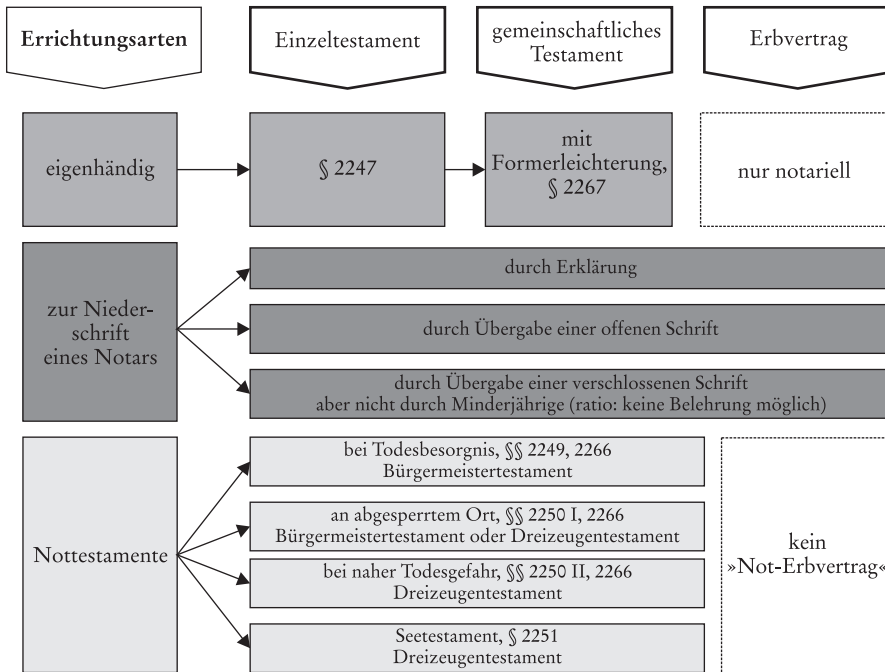
38 Einschlägig ist das Gesetz über die Konsularbeamten, ihre Aufgaben und Befugnisse (Konsulargesetz) vom 11.9.1974, BGBl. I S. 2317. Es ist teilweise abgedruckt bei *Winkler*, § 1 BeurkG, Rn. 44 und *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 1 BeurkG, Rn. 129 f.

39 Zum konsularischen Verfahren bei Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, Vorbem. zu §§ 27–35 BeurkG, Rn. 17 ff. und § 34 BeurkG Rn. 24 ff. Vgl. ferner *Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 45 BeurkG Rn. 12 ff. bezüglich Aushändigung der Urschrift. Vgl. ferner *Geimer DNotZ 1978, 3, 18 ff.*

40 *Armbrüster in Armbrüster/Preuß/Renner*, § 34 BeurkG Rn. 25.

VI. Übersicht: Errichtungsarten (ohne konsularische Errichtung)

26



VII. Eigenhändige oder notarielle Errichtung?

1. Eingeschränkte Wahlmöglichkeit

Ein Vergleich zwischen eigenhändiger und notarieller Errichtung einer Verfügung von Todes wegen ist nur eingeschränkt möglich. Denn bei weitem nicht jeder Erblasser hat überhaupt die Wahl zwischen den beiden Errichtungsarten. Das gilt vor allem für Personen, die gemeinschaftlich testieren wollen. Ein gemeinschaftliches Testament können nur Ehegatten (§ 2265) oder eingetragene Lebenspartner (§ 10 Abs. 4 LPartG) errichten. Wer nicht zu diesen Personengruppen gehört, dem steht für gemeinschaftliches Testieren nur der Erbvertrag – und damit die notarielle Beurkundung (§ 2276) – zur Verfügung. Insbesondere die nach Millionen zählende Bevölkerungsgruppe nichtehelicher Lebenspartner ist auf den Erbvertrag angewiesen. Das Gleiche gilt für alle Erblasser, die eine bereits mit Errichtung der Verfügung einsetzende erbrechtliche Bindung – einseitig oder mehrseitig – begründen wollen.