

INFOBLATT

Aufsatz Prof. Bengel :Privatschriftliches oder öffentliches Testament?

Als ordentliche Testamentsformen kennt das BGB das eigenhändige und das öffentliche Testament.³⁹ Bezüglich der erbrechtsgestaltenden Wirkung sind beide Formen *gleichwertig*; die erbrechtlich zulässigen Verfügungen von Todes wegen können in beiden Formen wirksam niedergelegt werden. Lediglich der Minderjährige, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, ist auf die Form des öffentlichen Testaments angewiesen (§ 2333 Abs. 1 BGB). Auch ist die Form der Testamentserrichtung bei leseunkundigen Personen und bei nicht hinreichend sprechfähigen Menschen auf die öffentliche Urkunde beschränkt (§ 2233 Abs. 2, 3 BGB).⁴⁰

Die *Vorteile des öffentlichen Testaments* sind so erheblich, dass es eindeutig gegenüber dem privatschriftlichen Testament den Vorzug verdient, wenngleich nicht verkannt werden darf, dass bei einfachen und klaren Vermögensverhältnissen, bei Nichtvorhandensein von Grundbesitz und in Eilfällen sich das privatschriftliche Testament anbieten kann. Jedenfalls sollte der Anwalt, häufig infolge langjähriger Mandantenbeziehung auch Initiator einer Verfügung von Todes wegen, vertraut mit den besonderen Umständen des Einzelfalls, vor allem im Bereich der Wechselwirkung von Gesellschafts- und Familienrecht zum Erbrecht, den gemeinsamen Weg mit dem Mandanten zum Notar nicht scheuen, schon im Hinblick auf die unparteiische Kontrolle seines Entwurfs bzw. seiner Vorgaben und die Wirkungen eines öffentlichen Testaments:⁴¹

- *Beweiskraft*: Das notarielle Testament ist eine öffentliche Urkunde und begründet so vollen Beweis hinsichtlich Ort und Zeit der Errichtung, der Identität des Testators, dessen Geschäftsfähigkeit und im Hinblick auf den wiedergegebenen Inhalt sowie die Vollständigkeit der abgegebenen Erklärungen (§§ 415, 418 ZPO),⁴² *ungeachtet* des zulässigen Gegenbeweises der unrichtigen Beurkundung (§ 415 Abs. 2 ZPO). Soweit Grundbesitz in den Nachlass fällt, ergibt sich ein weiterer erheblicher Vorteil durch § 35 GBO, wonach der Erbfolgenachweis nicht durch Erbschein (wie beim privatschriftlichen Testament) geführt werden muss; vielmehr genügt die öffentliche Urkunde i. V. m. der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung. Gleiches gilt für den Nachweis der Rechtsnachfolge gem. § 12 Abs. 2 S. 2 HGB. Schließlich ist auf Nr. 5 der AGB-Sparkassen 1993⁴³ hinzuweisen, wonach regelmäßig auch für die meisten Bankgeschäfte die Vorlage einer Ausfertigung bzw. begl. Abschrift der notariellen Verfügung einschließlich der Eröffnungsverhandlungsniederschrift ausreicht.
- Die *Vorteile* in der Beweisführung erfassen zwar nicht die Richtigkeit der abgegebenen Erklärungen; aber die Sachkunde des Notars, dessen Pflicht zur Erforschung des Willens, zur Beratung und zur Betreuung sowie auch der Übereilungsschutz der Formvorschrift schalten die beim privatschriftlichen Testament bestehenden Risiken weitgehend aus. Dies gilt auch für von Laien häufig unzutreffend verwendete Rechtsbegriffe.⁴⁴

- Als *Nachteil* des notariellen Testaments wird meistens die Kostenfolge empfunden. Dies stellt indes eine irrige Meinung dar; denn zum einen richten sich die Kosten nach dem Reinvermögen (also mit Schuldenabzug); zum anderen löst der Erbschein denselben Gebührensatz aus wie das Testament, ist jedoch meist aus einem höheren Wert zu errechnen, da in der Regel bei der Abfassung einer Verfügung von Todes wegen der Testator über weniger Vermögen verfügt als bei seinem Ableben. Jedenfalls sind regelmäßig die Kosten bei vorhandenem Grundbesitz, ob das Ableben mit notariellen Verfügung von Todes wegen oder mit privatschriftlichem Testament erfolgt, identisch. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass bei Erfüllung von Grundstücksvermächtnissen oder Durchführung einer Teilungsanordnung § 38 Abs. 1 Nr. 6 KostO Anwendung findet. Danach löst der notarielle Vollzugsakt lediglich eine 5/10 Gebühr aus; bei privatschriftlichen Anordnungen muss aus demselben Geschäftswert eine Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO, also ein 20/10-Gebühr erhoben werden.
- Das notarielle Testament muss – anders als das privatschriftliche Testament – gem. § 34 Abs. 1 S. 4 BeurkG unverzüglich in die *amtliche Verwahrung* gebracht werden. Diese löst Kosten gem. § 101 KostO mit einer 1/4 Gebühr aus. Als Nachteil des öffentlichen Testaments kann dies keinesfalls angesehen werden, denn aus Sicherheitsgründen sollte auch das privatschriftliche Testament bei Gericht verwahrt werden. So ist sichergestellt, dass das Testament nicht verloren geht und auf jeden Fall nach dem Tode des Erblassers auch gefunden wird.

Kostenvergleich

Wert	1 Öffentliches Testament durch Einzelperson Notarkosten	2 Notwendige Hinterlegungs- kosten bei Gericht	3 Eröffnungsnie- derschrift bei Gericht	4 Erbscheinskosten bei Gericht
EURO	EURO	EURO	EURO	EURO
11.500.000,-	11.807,-	1.201,75	11.403,50	11.614,-
11.000.000,-	11.557,-	1.389,25	11.778,50	13.114,-
12.500.000,-	13.807,-	1.951,75	11.903,50	17.614,-
15.000.000,-	17.557,-	1.889,25	13.778,50	15.114,-
10.000.000,-	10.757,-	2.689,25	15.378,50	21.514,-
50.000.000,-	27.257,-	6.464,25	12.928,50	54.514,-

Bei der öffentlichen Urkunde fallen die Gebühren der Spalten 1 und 2 sofort mit Beurkundung (§ 46 Abs. 1 KostO) und Verwahrung der Urkunde beim Nachlassgericht (§ 101 KostO) an (Wert: Reinnachlass im Zeitpunkt der Beurkundung, § 46 Abs. 4 KostO), die Kosten der Eröffnungsniederschrift (§ 102 KostO) erst bei der Eröffnung nach dem Erbfall. Da der Erbschein idR nicht erforderlich ist, entfallen die Kosten gem. Spalte 4.

Beim privatschriftlichen Testament sind zwingend Kosten für die eidesstattliche Versicherung (vor Gericht oder Notar, §§ 107, Abs. 1, 49 KostO) und die Erbscheinserteilung (§ 107 Abs. 1 S. 1 KostO) zu erheben (also eine 20/10 Gebühr; Wert des Reinnachlasses im Todeszeitpunkt!)

Der Vergleich der kumulierten Gebühren der Spalten 1 bis 3 ergibt, dass diese niedriger sind als die Gebühr in Spalte 4. Bei diesem Kostenvorteil ist eine wahrscheinliche Geschäftswertveränderung noch nicht berücksichtigt. Ferner erhöht sich der Gebührenunterschied zugunsten der notariellen Verfügung von Todes wegen, wenn das privatschriftliche Testament ebenfalls in die amtliche Verwahrung gebracht wird. Hier sind dann die Kosten Spalte 3 und 4 zu addieren. Bei gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen potenziert sich der Kostenvorteil.

^[39] Vgl. hierzu ausf. *Stahle* § 5 Rdnr. 28 f.

^[40] Nach der Entscheidung des BVerfG v. 19.1.1999 (ZEV 1999, [147](#)) dürfen §§ 2232, 2233 BGB § 31 BeurkG auf schreibunfähige Stumme bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nicht mehr angewandt werden; bis dahin gelten die allg. Vorschriften (§§ 22 bis 26, 27 bis 30, 32 bis 35 BeurkG). Eine Beurkundung darf der Notar nicht nach § 4 BeurkG ablehnen, was wohl nunmehr auch für sonstige mehrfach Behinderte gelten wird (vgl. etwa *Rossak* ZEV 1999, [254](#); *Bengel/Reimann*, Beck'sches Notarhandbuch, Teil C Rdnr. 46).

^[41] Hierzu auch *Sudhoff/Scherer* S. 34,

^[42] *Dittmann/Reimann/Bengel/Voit* § 2231 BGB Rdnr. 5; *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, Rdnr. 1046.

^[43] Abgedruckt in NJW 1993, [844](#) ff.

^[44] *Dittmann/Reimann/Bengel/Voit* § 2231 BGB Rdnr. 9.

(Prof. Bengel in Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht 2007)