Karin Friedrich-Büttner/Ulrich Kühle*

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag – Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Viele Menschen haben das Bedürfnis, ihre Rechtsnachfolge im Zusammenwirken und in Abstimmung mit anderen, nahestehenden Personen zu regeln. Zentrales Anliegen der Beteiligten ist dabei häufig, eine erbrechtliche Bindungswirkung herzustellen. Denn vielfach besteht die Bereitschaft, selbst eine bestimmte Person von Todes wegen zu bedenken nur aufgrund der Gewissheit, dass auch eine andere Person ein bestimmtes Verhalten zeigen oder eine bestimmte Verfügung von Todes wegen errichten wird. Nicht nur bei Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern, auch in nichtehelichen Lebensgemeinschaften sowie im Eltern-Kind-Verhältnis ist eine solche Interessenlage häufig anzutreffen. Als erbrechtliche Gestaltungsmittel stehen hier in erster Linie zwei Rechtsinstitute zur Verfügung: das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag. Neben vielen Gemeinsamkeiten weisen das gemeinschaftliche Testament und der Erbvertrag aber auch erhebliche Unterschiede auf. Diese betreffen sowohl ihre Voraussetzungen als auch ihre Wirkungen. Der folgende Beitrag möchte die wichtigsten Punkte skizzenartig darstellen und eine erste Hilfestellung auf dem Weg zur optimalen gemeinsamen Nachfolgegestaltung bieten.

I. Persönliche Voraussetzungen

Ein gemeinschaftliches Testament kann ausschließlich gemeinsam von Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartnern errichtet werden, vgl. § 2265 BGB und § 10 IV 1 LPartG. Aus diesem Grunde wird es auch häufig als „Ehegattentestament" bezeichnet. Der Erbvertrag hingegen hat keine besonderen persönlichen Voraussetzungen. Er kann zwischen beliebigen Personen geschlossen werden; auch Ehegatten steht es frei, einen Erbvertrag zu schließen. Während an einem gemeinschaftlichen Testament notwendigerweise nur zwei Personen beteiligt sein können, kann ein Erbvertrag unter Umständen auch von mehr als zwei Personen gemeinsam abgeschlossen werden.[1]

II. Förmliche Voraussetzungen

Der Erbvertrag kann gemäß § 2276 I 1 BGB nur zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden. Ein privatschriftlich errichteter Erbvertrag ist nach § 125 S. 1 BGB unwirksam. Das gemeinschaftliche Testament kann dagegen auch privatschriftlich wirksam verfasst werden. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass ein Ehegatte den gemeinsamen letzten Willen handschriftlich nieder- und unterschreibt. Der andere Ehegatte muss das Testament dann lediglich ebenfalls unterschreiben, vgl. § 2267 S. 1 BGB. Auch das gemeinschaftliche Testament kann in notarieller Form errichtet werden.

III. Bindungswirkung bzw. Aufhebung

Sowohl durch den Erbvertrag als auch durch das gemeinschaftliche Testament kann bezüglich der Berufung von Erben und Vermächtnisnehmern sowie der Anordnung von Auflagen eine Bindungswirkung des betreffenden Erblassers eintreten. Voraussetzung hierfür ist, dass die betreffende Anordnung im Erbvertrag „vertragsmäßig" im Sinne des § 2278 BGB erfolgt bzw. im gemeinschaftlichen Testament „wechselbezüglich" gemäß § 2270 I BGB vorgenommen wird. Andere Anordnungen als die zuvor genannten, etwa die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, können gemäß § 2270 III BGB bzw. § 2278 II BGB nicht vertragsmäßig bzw. wechselbezüglich getroffen werden. Auf sie kann sich die Bindungswirkung deshalb nicht erstrecken. In der Bindungswirkung liegt der wesentliche Unterschied zu den Wirkungen eines „einfachen" einseitigen Testaments. Während dieses jederzeit durch ein neues Testament widerrufen werden kann, ist ein Widerruf bindender Verfügungen in Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament nur in eingeschränktem Maße möglich. Hinsichtlich des konkreten Umfangs der Bindungswirkung bestehen zwischen diesen Instituten jedoch durchaus Unterschiede.

1. Gemeinschaftliches Testament

Beim gemeinschaftlichen Testament besteht zu Lebzeiten beider Ehegatten noch keine echte Bindungswirkung. Beide Ehegatten können ihre eigenen, im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen vollständig gegenüber dem anderen Ehegatten widerrufen. Erforderlich dafür ist nach § 2271 I 1 BGB i. V. m. § 2296 II BGB allerdings, dass dem anderen Ehegatten die Widerrufserklärung in notariell beurkundeter Form zugeht; dieser soll die Möglichkeit zur Kenntnisnahme vom Widerruf erlangen, um hierauf reagieren zu können.[2] Sofern ein

* Karin Friedrich-Büttner ist Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht und Partnerin der Sozietät Esche Schümann Commichau in Hamburg und dort in den Bereichen Erb- und Familienrecht sowie Vermögensnachfolge tätig. Dr. Ulrich Kühle ist Rechtsanwalt und als Associate in dieser Sozietät in den Bereichen Erbrecht und Vermögensnachfolge tätig.

1 *Weidlich,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2274 Rn. 3.

2 Vgl. *Kössinger,* in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23.

Ehegatte die Einsetzung von Erben oder Vermächtnisnehmern auf diese Weise wirksam widerruft, sind wegen § 2270 I BGB häufig auch entsprechende Anordnungen des anderen Ehegatten automatisch unwirksam. Durch die Errichtung eines inhaltlich abweichenden einseitigen Testaments kann die Bindungswirkung indes nicht von einem Ehegatten allein überwunden werden. Jederzeit möglich ist jedoch die einvernehmliche Änderung oder Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments.[3]

Nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten kann der länger lebende Ehegatte die im gemeinschaftlichen Testament vorgenommene Berufung von Erben und Vermächtnisnehmern grundsätzlich nicht mehr widerrufen. Nun greift die Bindungswirkung. Nur wenn der länger lebende Ehegatte das Erbe oder Vermächtnis nach dem Erstversterbenden ausschlägt, kann er wieder ein wirksames neues Testament errichten, vgl. § 2271 II 1 HS 2 BGB. Er muss sich seine Testierfreiheit also förmlich erkaufen.

Die Ehegatten können allerdings einen Vorbehalt vorsehen, demzufolge der länger lebende seine Verfügung von Todes wegen nach dem Tode des Erstversterbenden – vollständig oder in bestimmten Grenzen – ändern darf, ohne ausschlagen zu müssen.[4]

2. Erbvertrag

Der Erbvertrag ist grundsätzlich bereits mit seinem Abschluss bindend.[5] Nach der Konzeption des Gesetzes kann sich eine Partei auch zu Lebzeiten der Vertragsparteien nur in ganz engen Ausnahmen von der Bindungswirkung befreien, vgl. §§ 2293 ff. BGB. Abweichende letztwillige Verfügungen sind nach § 2289 I BGB grundsätzlich unwirksam. Diese im Vergleich zum gemeinschaftlichen Testament stärkere Bindung gilt auch für die Zeit nach dem Tod der ersten Vertragspartei. Grundsätzlich kann die länger lebende Vertragspartei eines Erbvertrages die Freiheit zur wirksamen Errichtung eines neuen Testaments noch nicht einmal durch Ausschlagung dessen zurückerlangen, was ihm vom Erstversterbenden zugewandt wurde.

Diese strengen Regeln können jedoch durch die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehaltes abgemildert werden. Sofern die Parteien von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, können Sie im Ergebnis eine Bindungswirkung herbeiführen, die derjenigen beim gemeinschaftlichen Testament entspricht.[6]

IV. Schutz gegen lebzeitige Verfügungen

Zu Lebzeiten eines Erblassers besteht für die in dessen letztwilliger Verfügung bedachte Person grundsätzlich kein Schutz dagegen, dass der Erblasser sein Vermögen an Dritte überträgt. Dies gilt im Grundsatz auch für Personen, die in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag bedacht sind, vgl. §§ 2287, 2288 BGB.[7] Insoweit gelten jedoch auch Einschränkungen. Um der Gefahr einer Aushöhlung der Bindungswirkung zu begegnen, kann der sog. Vertragserbe gemäß § 2287 BGB unter gewissen Umständen die Herausgabe von solchen Werten verlangen, die der erbvertraglich gebundene Erblasser verschenkt hat. Ein solcher Herausgabeanspruch besteht jedoch erst ab dem Tod des Erblassers.

Gleiches gilt für den Begünstigten eines gemeinschaftlichen Testaments hinsichtlich solcher Schenkungen, die der länger lebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden vorgenommen hat. Denn zu diesem Zeitpunkt bestand bereits eine Bindungswirkung des länger lebenden Ehegatten.[8]

V. Verbindung mit Erklärungen unter Lebenden

Ein Erbvertrag kann ohne große Probleme mit weiteren Rechtsgeschäften – insbesondere Eheverträgen – verbunden werden; dies ergibt sich schon aus § 34 II HS 2 BeurkG.[9] Zudem enthalten nicht wenige Erbverträge eine Verpflichtung zur Erbringung von Pflegeleistungen. Hier verpflichtet sich eine Vertragspartei – häufig ein Abkömmling – dazu, den Erblasser zu versorgen und erhält dafür die gesicherte Aussicht, diesen einmal zu beerben.

Die Verbindung eines gemeinschaftlichen Testaments mit weiteren Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten ist zwar theoretisch möglich, in der Praxis jedoch äußerst unüblich.

VI. Verwahrung und Kosten

Haben Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament privatschriftlich errichtet, können sie dieses entweder privat verwahren oder in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts geben. Bei einem notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament ist die Verwahrung durch das Amtsgericht obligatorisch, § 34 I 4 BeurkG.

3 *Weidlich,* in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2271 Rn. 2.
4 *Kanzleiter,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2271 Rn. 56 m. w. N.
5 Siehe dazu etwa *Kanzleiter,* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2006, § 2271 Rn. 28; *Kössinger,* in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 38.
6 *Kössinger,* in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 14 Rn. 38.
7 Diese Normen gelten unmittelbar nur für vertragsmäßige Verfügungen in Erbverträgen. Sie sind jedoch auf wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten nach Eintritt der Bindungswirkung entsprechend anzuwenden, vgl. etwa BGH NJW 1982, 43.
8 Zwar gilt auch § 2287 BGB unmittelbar nur für den Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen. Die Norm wird jedoch im Rahmen des gemeinschaftlichen Testaments entsprechend auf solche Schenkungen angewendet, die der länger lebende Ehegatte nach Eintritt der Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen vornimmt.
9 *Musielak,* in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2010, Vor § 2274 Rn. 19.

Der vor einem Notar zu errichtende Erbvertrag kann ebenfalls in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts gebracht werden. Daneben besteht die Möglichkeit der Verwahrung durch den Notar.[10] Eine private Verwahrung des Originals ist ausgeschlossen.

Die notarielle Beurkundung löst Notargebühren aus. Deren Höhe bestimmt sich nach dem Wert des Vermögens der Beteiligten.[11] Da ein Erbvertrag zwingend der notariellen Beurkundung bedarf, sind diese Kosten hier nicht zu vermeiden.

Errichten Ehegatten ihr gemeinschaftliches Testament privatschriftlich, können sie die Beurkundungskosten einsparen. Kosten in ähnlicher Höhe entstehen dann jedoch regelmäßig nach dem Erbfall. Denn ohne die Existenz eines notariell beurkundeten Testaments ist die Beantragung eines Erbscheines jedenfalls dann unumgänglich, wenn sich im Nachlass Immobilien oder Bankguthaben befinden.[12] Die Gesamtkosten des Erbscheines entsprechen denen der notariellen Beurkundung.

VII. Fazit

Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag sind die Mittel der Wahl, um zwischen verschiedenen Personen eine erbrechtliche Bindungswirkung herzustellen. Da beide Institute ungeachtet vieler Gemeinsamkeiten jedoch auch deutliche Unterschiede aufweisen, bedarf es einer fundierten Beratung, um im Einzelfall die maßgeschneiderte und damit optimale Lösung für alle Beteiligten zu finden.

10 Vgl. § 34 II, III BeurkG.

11 Maßgeblich für die Berechnung der Notargebühren sind anstelle der bislang geltenden KostO seit dem 01.08.2013 die Normen des GNotKG, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden können. Verfügen beide Ehegatten zusammen über ein Vermögen in Höhe von 500.000 €, löst die notarielle Beurkundung eines Erbvertrages oder eines gemeinschaftlichen Testaments danach beispielsweise Notarkosten in Höhe von 1.870 € aus. Hinzu kommen Auslagen des Notars, Verwahrkosten und Mehrwertsteuer.

12 Siehe hierzu etwa *Seiler,* in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 1. Aufl. 2011, § 2353 Rn. 1 und 8.

Daniel Valdini*

Die Vereinbarkeit der Hilfsmittelverfügung für die Zweite Juristische Staatsprüfung mit dem europäischen Beihilfenrecht

In allen Bundesländern sind im schriftlichen Teil des Zweiten Juristischen Staatsexamens nur Gesetzessammlungen und Kommentare eines einzigen deutschen Verlagshauses als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittelbeschränkungen führen zu einem erheblichen Wettbewerbsvorteil für dieses Unternehmen. Der Beitrag setzt sich daher mit der Frage auseinander, inwieweit die Hilfsmittelverfügungen im Zweiten Juristischen Staatsexamen mit dem europäischen Beihilfenrecht vereinbar sind. Dabei wird auch analysiert, ob die bisherige Rechtsprechung des EuGH, der in ähnlichen Konstellationen das Vorliegen einer Beihilfe regelmäßig verneint, der Annahme einer Beihilfe im vorliegenden Fall entgegensteht. Zuletzt zeigt der Beitrag auch einen Lösungsansatz für diese wettbewerbsrechtlich bedenkliche Situation auf.

I. Einleitung

Bei der Anfertigung der Prüfungsarbeiten im Zweiten juristischen Staatsexamen sind im Gegensatz zur Ersten Juristischen Staatsprüfung Handkommentare als Hilfsmittel zugelassen. Diese Hilfsmittel sind grundsätzlich von den Prüflingen mitzubringen, es besteht jedoch keine Pflicht, Hilfsmittel zu verwenden. Welche Hilfsmittel im Einzelnen erlaubt sind wird in dreizehn[1] im Wesentlichen gleichlautenden Hilfsmittelverfügungen[2], die von den jeweiligen Landesjustizprüfungsämtern erlassen werden, festgelegt. Aufmerksamkeit erregt dabei vor allem eine allen Hilfsmittelverfügungen gemeinsame und im Kern identische Bestimmung: Egal ob Gesetzessammlung oder Handkommentar – zugelassen werden nur Printerzeugnisse einer einzigen deutschen Verlagsgruppe.[3] Diese Einschränkung führt zu einem Wettbewerbsvorteil für diese Verlagsgruppe, denn zumindest in Bezug auf einen Teilabschnitt der juristischen Ausbildung muss keinerlei Wettbewerb mit anderen Verlagen befürchtet wer-

* Dr. iur., Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth). Der Verfasser ist Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg. Der Beitrag basiert auf einem Kolloquiumsvortrag an der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

1 Berlin und Brandenburg sowie Schleswig-Holstein, Bremen und Hamburg haben jeweils ein gemeinsames Justizprüfungsamt errichtet und demgemäß auch eine gemeinsame Hilfsmittelverordnung.

2 Teilweise auch Hilfsmittelverordnung, Hilfsmittelbekanntmachung, Verwaltungsvorschrift (BW) oder schlicht Weisung (NRW) genannt.

3 Vgl. beispielsweise Nr. II. A. und B. VerwHilfsmittel BW oder Nr. I. Hilfsmittelbekanntmachung ZJS Bayern.