

bei der Errichtung eines Testaments gibt er Hinweise über Möglichkeiten, wie der Bürger im jeweiligen Fall ggf. abweichend von der gesetzlichen Erbfolge über sein persönliches Eigentum für den Fall seines Todes verfügen kann. Dabei sollte der Notar auch darauf hinweisen, daß der Bürger auch nach Errichtung eines Testaments jederzeit weiterhin über sein gesamtes Eigentum frei verfügen kann. Das ist erforderlich, um die mitunter vorhandene irriige Ansicht zu korrigieren, daß man nach Errichtung eines Testaments über sein Eigentum — insbesondere über im Testament genannte Teile des Eigentums — nicht mehr frei verfügen könnte.

Vor der Errichtung eines Testaments hat sich der Notar von der Handlungsfähigkeit des Erblassers zu überzeugen und ihn auch zu befragen, ob er an ein gemeinschaftliches Testament gebunden ist (Ziff. 3.7.1. der Ordnung über die Organisation der Arbeit der Staatlichen Notariate — im folgenden ArbO).<sup>3 4</sup> Dabei ist zu beachten, daß der überlebende Ehegatte selbstverständlich auch dann an ein gemeinschaftliches Testament gebunden bleibt, wenn er nach dem Tod des Ehepartners eine neue Ehe schließt und den Familiennamen seines neuen Ehegatten annimmt.

#### *Inhalt und Anliegen des gemeinschaftlichen Testaments*

Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden (§ 388 ZGB). Das bedeutet, daß Partner, die ohne Ehe Zusammenleben, und auch andere nicht miteinander verheiratete Personen (z. B. Verlobte, Geschwister oder Freunde) kein gemeinschaftliches Testament errichten können. Eine gemeinschaftliche Verfügung solcher Personen i. S. des § 388 ZGB für den Fall des Todes ist unwirksam.<sup>1</sup> Wollen sich nicht miteinander verheiratete Bürger erbrechtlich so stellen, wie dies Ehegatten mittels gemeinschaftlichen Testaments können, so müssen sie zwei selbständige Testamente errichten. Allerdings wäre auch damit nicht die gewünschte Wechselbezüglichkeit erreichbar, die das gemeinschaftliche Testament auszeichnet.

Das Hauptanliegen des gemeinschaftlichen Testaments ist die gegenseitige Einsetzung der Ehegatten zu alleinigen Erben, also der überlebende Ehegatte wird Erbe des gesamten gemeinschaftlichen ehelichen Eigentums und auch des Alleineigentums des zuerst versterbenden Ehepartners. In vielen gemeinschaftlichen Testamenten belassen es die Ehegatten bei dieser Verfügung. Sie — die Ehegatten — überlassen es dem letztlebenden Ehepartner, über sein Eigentum und das aus der Erbschaft des verstorbenen Ehegatten Erlange zu Lebzeiten oder letztwillig zu verfügen, und zwar auch dann, wenn gemeinsame oder nur Nachkommen eines Ehegatten vorhanden sind. Bei einem solchen gemeinschaftlichen Testament, das lediglich die gegenseitige Erbeinsetzung beinhaltet, sollte der Notar vor allem dann, wenn Nachkommen außerhalb dieser Ehe vorhanden sind, darauf hinweisen, daß der überlebende Ehegatte zum Beispiel die Nachkommen des zuerst versterbenden Ehegatten durch neue testamentarische Verfügung vom Erbrecht völlig ausschließen kann. Wenn der überlebende Ehepartner später kein weiteres Testament errichtet und somit die gesetzliche Erbfolge eintritt, würde der Nachlaß des überlebenden Ehegatten nur an dessen gesetzliche Erben fallen. Eine solche Folge ist von den Ehegatten oft nicht gewollt, so daß der Notar empfehlen sollte, daß die Ehegatten Nachkommen oder andere Personen als Erben des zuletzt Versterbenden — sogenannte Schlußerben — im gemeinschaftlichen Testament einsetzen (§ 389 Abs. 1 Satz 2 ZGB). Damit wird es ermöglicht, daß auch Nachkommen des zuerst Versterbenden oder ihm nahestehende Personen nach dem Tode des überlebenden Ehegatten Nachlaß erhalten.

Der Notar sollte weiter darauf hinweisen, daß der überlebende Ehegatte *uneingeschränkter* Alleinerbe des zuerst Versterbenden ist, auch wenn Ehegatten neben der gegenseitigen Erbeinsetzung Schlußerben eingesetzt haben. Er kann über den Nachlaß jederzeit unter Lebenden frei verfügen (§ 390 Abs. 2 Satz 1 ZGB), d. h. er kann ihn z. B. veräußern<sup>5</sup> oder sogar verschenken. Eingesetzte Schlußerben können also nur das erben, was beim Tode des zuletzt lebenden Ehegatten vorhanden ist. Der überlebende Ehegatte ist jedoch nicht berechtigt, testamentarische Verfügungen zu treffen, die den gemeinschaftlichen Verfügungen über die spätere Erbfolge zuwiderlaufen. Insoweit ist er an die gemeinschaftlichen Festlegungen gebunden.

Die Ehegatten können sich aber auch gegenseitig ermächtigen, vom gemeinschaftlichen Testament *abweichende* Verfügungen zu treffen (§ 390 Abs. 1 Satz 2 ZGB). Diese gegenseitige Ermächtigung gilt nicht nur in bezug auf im gemeinschaftlichen Testament eingesetzte Schlußerben, sondern auch

für Vermächtnisse, Auflagen, Teilungsanordnungen sowie für die Einsetzung von Ersatzerben und die Bestimmung eines Testamentsvollstreckers, wenn diese Verfügungen erst nach dem Tode des letztlebenden Ehegatten wirksam werden sollen. Mit einer solchen Ermächtigung wird der Tatsache Rechnung getragen, daß sich die Lebensverhältnisse nach dem Tode eines Ehepartners grundsätzlich ändern können. Der Notar sollte die Beteiligten auf die Möglichkeit hinweisen, eine solche gegenseitige Ermächtigung zum Bestandteil des gemeinschaftlichen Testaments zu machen, da eine zwischen den Ehegatten etwa nur mündlich abgesprochene Ermächtigung rechtlich ohne Bedeutung wäre. Diese Ermächtigung berechtigt den überlebenden Ehegatten lediglich, nach dem Tode des zuerst Versterbenden abweichende Verfügungen in einem Testament zu treffen. Darauf sollte der Notar hinweisen. In einem notariell zu beurkundenden gemeinschaftlichen Testament wäre es daher ratsam, statt des Wortlauts des Gesetzestextes (§ 390 Abs. 1 Satz 2 ZGB) zum besseren Verständnis die Formulierung zu wählen, daß „der überlebende Ehegatte ermächtigt wird, nach dem Tode des erstversterbenden Ehepartners vom gemeinschaftlichen Testament abweichende Verfügungen zu treffen“. Ist eine entsprechende Belehrung erfolgt, kann der Irrtum eines Ehegatten ausgeschlossen werden, er könne etwa auch bereits zu Lebzeiten des anderen Ehegatten ohne dessen Einverständnis vom gemeinschaftlichen Testament abweichende alleinige testamentarische Verfügungen vornehmen.

Da das gemeinschaftliche Testament insbesondere die von den Ehegatten gewünschte Wechselbezüglichkeit zum Ausdruck bringt, sind sie auch an den testamentarisch verfügten Willen gebunden, wenn das Testament nicht von beiden Ehegatten zu Lebzeiten widerrufen oder aufgehoben wird (§ 390 Abs. 1 Satz 1 ZGB) oder die Ehe nicht rechtskräftig geschieden bzw. für nichtig erklärt worden ist (§ 392 Abs. 1 und 3 ZGB)

#### *Widerruf und Aufhebung eines gemeinschaftlichen Testaments*

Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann das gemeinschaftliche Testament jederzeit gemeinsam widerrufen werden (§ 392 Abs. 1 ZGB). Ein einseitiger Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments durch einen Ehegatten gegenüber dem anderen kann nur durch notariell beurkundete Erklärung erfolgen. Die von einem Ehegatten gegenüber dem anderen Ehepartner mögliche Erklärung über den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 392 Abs. 2 ZGB) bedarf auch dann der notariellen Beurkundung, wenn das Testament *eigenhändig* errichtet worden war. Nur schriftlich oder mündlich abgegebene Widerrufserklärungen sind nichtig (§ 66 Abs. 2 1. Halbsatz ZGB i. V. m. § 48 Abs. 2 ZGB). Das trifft sowohl für die beim Staatlichen Notariat in Verwahrung gegebenen (§ 385 Satz 2 ZGB) als auch für die bei den Eheleuten selbst verwahrten oder anderen Personen zur Aufbewahrung überlassenen *eigenhändigen* gemeinschaftlichen Testamente zu.

Auch ein zur Zeit des Widerrufs nicht auffindbares *eigenhändiges* gemeinschaftliches Testament müßte durch notariell beurkundete Erklärung widerrufen werden, falls ein Ehegatte nicht mehr an dieses Testament gebunden sein möchte. Eine Ausfertigung dieser Erklärung ist dem anderen Ehegatten durch das Staatliche Notariat, das den Widerruf beurkundet hat, zuzustellen (Ziff. 5.4.2. ArbO).

Der Notar sollte die Ehegatten auf die Notwendigkeit der notariellen Beurkundung eines solchen einseitigen Widerrufs bereits bei der Errichtung hinweisen. Das ist erforderlich, um zu vermeiden, daß ein Ehegatte in dem Glauben, das gemeinschaftliche Testament widerrufen zu haben, eine einseitige testamentarische Verfügung trifft, die dann unwirksam ist.<sup>6</sup>

Vereinzelte taucht die Frage auf, ob ein Ehegatte ein gemeinschaftliches Testament einseitig widerrufen kann, wenn der andere Ehepartner nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments handlungsunfähig geworden ist (z. B. wegen geistiger Gebrechen). Handlungsunfähige können Erklärungen nicht wirksam abgeben. Die von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind nichtig (§ 52 Abs. 3 Satz 1 ZGB). Sie können daher auch keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen wirksam entgegennehmen. Da aber der einseitige Widerruf

<sup>3</sup> Diese Arbeitsordnung vom 5. Februar 1976 ist auszugsweise abgedruckt in: Aufgaben und Arbeitsweise der Staatlichen Notariate, Berlin 1985, S. 25 ff.

<sup>4</sup> Vgl. ZGB-Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1985, Anm. zu § 388 (S. 433).

<sup>5</sup> Vgl. ZGB-Kommentar, a. a. O., Anm. 2 zu § 390 (S. 434).

<sup>6</sup> Vgl. ZGB-Kommentar, a. a. O., Anm. 1 zu § 390 (S. 434).