

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Dorothea Ludwig

Die Form des ordentlichen Privattestaments

Überlegungen zum Videotestament

Band 29



Wolfgang Metzner Verlag

Band 29

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Dorothea Ludwig

Die Form des ordentlichen Privattestaments

Überlegungen zum Videotestament



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2019

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-044-9 (Print)

ISBN 978-3-96117-045-6 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2018 vom Promotionsausschuss der Bucearius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 28. November 2018 statt. Für die Drucklegung wurde die Literatur auf den Stand von Dezember 2018 gebracht.

Ich danke meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Anne Röthel herzlich für die Betreuung und Erstbegutachtung meiner Dissertation und die langjährige geteilte Begeisterung für das Thema dieser Arbeit. Bei Herrn Prof. Dr. Peter Rawert bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich den Herausgebern dieser Schriftenreihe für die freundliche Aufnahme meiner Arbeit.

Dem Ehepaar Helga und Hans-Joachim Ehlke danke ich für die großzügige Förderung meines Promotionsvorhabens durch das Notar Dr. Michael Ehlke-Stipendium.

Prof. Dr. Sebastian Martens danke ich sehr herzlich für seine Hilfsbereitschaft, seine kritischen Anmerkungen und die vielen konstruktiven Anregungen.

Dank gebührt auch den Menschen, die ich im Zuge meiner Recherche unbekannterweise kontaktieren durfte und die mir bereitwillig und uneigennützig fachliche Auskunft gegeben haben.

Besonders danke ich in persönlicher Hinsicht meinen Eltern für ihre andauernde, vorbehaltlose Unterstützung mit Rat und Tat und ihren steten Glauben an meine Fähigkeiten. Ohne sie wären mein Studium und meine Promotion nicht denkbar gewesen. Dies gilt genauso für meine lieben Schwestern, die mir in allen Lebenslagen treu zur Seite stehen.

Unermesslich dankbar bin ich Dr. Wolfgang Wittek für seinen bedingungslosen Rückhalt, seinen steten Zuspruch und sein großes Herz. Er hat meine Dissertation nicht nur durch wertvolle Anmerkungen bereichert, sondern mich in den vergangenen Jahren auf jede nur denkbare Weise liebevoll unterstützt.

Schließlich möchte ich meinen engen Kommilitoninnen dafür danken, dass sie gemeinsam mit mir die Promotionszeit verbracht und gerade in den Mittagsstunden stets für fröhliche Stimmung gesorgt haben.

Die Arbeit ist meiner Großmutter gewidmet, die den Abschluss meiner Promotion leider nicht mehr miterleben konnte, meinen Werdegang aber mit großem Interesse verfolgt hat und sehr stolz gewesen wäre.

Hamburg, im Januar 2019

Dorothea Ludwig

Inhalt

Literaturverzeichnis **VI**

Einleitung **1**

1. Kapitel: Das ordentliche Testament **4**

A. Testierformen im Bürgerlichen Gesetzbuch **4**

B. Testiergeschehen in Deutschland **5**

I. Wirtschaftliche Bedeutung **6**

II. Testamentserrichtung **8**

1. Testierhäufigkeit und Testierzeitpunkt **8**

2. Testierart **13**

III. Fazit **15**

2. Kapitel: Form und Formzwecke **16**

A. Dogmatischer Hintergrund **16**

I. Formvorschriften und ihr Verhältnis zur Privatautonomie **17**

II. Übertragung auf die Testierfreiheit **19**

III. Besonderheiten der Form im Testamentsrecht **22**

IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der
Formvorschriften im Testamentsrecht **26**

B. Anerkannte Formzwecke **28**

I. Kumulative Aneinanderreihung von Formzwecken im
Schrifttum und in der Rechtsprechung **29**

II. Formzwecke des § 2247 BGB **32**

1. Ermittlung der Formzwecke **32**

2. Anerkannte Formzwecke des § 2247 BGB **35**

- a) Echtheitsfunktion **36**
 - b) Warn- und Überlegungsfunktion **37**
 - c) Abschlussfunktion **40**
- C. Übergeordnete Schutzrichtung des Formzwangs **41**
- 3. Kapitel: Heutige Realitäten und ihre Auswirkungen auf die Formzwecke **45**
 - A. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen **45**
 - I. Digitalisierung **45**
 - 1. Allgemeine Entwicklung **46**
 - 2. Auswirkungen auf die Formzwecke **50**
 - a) Schwächung der Echtheitsfunktion **52**
 - aa) Methode der Schriftvergleichung **52**
 - bb) Schwierigkeiten des Echtheitsnachweises aufgrund der Digitalisierung **54**
 - (1) Verfügbarkeit geeigneter Schriftproben **54**
 - (2) Fehlende Individualität der Handschrift **56**
 - (3) Unmöglichkeit sicherer Untersuchungsergebnisse **60**
 - cc) Fazit **61**
 - b) Stärkung der Warn- und Überlegungsfunktion **61**
 - c) Stärkere Sicherung des Testierwillens **62**
 - II. Demographischer Wandel **63**
 - 1. Allgemeine Entwicklung **63**
 - 2. Auswirkungen auf die Formzwecke **66**
 - a) Testierunfähigkeit infolge Demenz **67**
 - aa) Prävalenz der Demenz **67**
 - bb) Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit **70**
 - cc) Auswirkungen einer Demenz auf die Testierfähigkeit **72**
 - dd) Schwierigkeiten bei der posthumen Beurteilung einer Demenz **73**
 - b) Leichtere Beeinflussbarkeit im Alter **77**
 - c) Schwächung der Warn- und Überlegungsfunktion **79**

- B. Rechtliche Rahmenbedingungen **81**
 - I. Trend zu einem „offenen“ Recht **81**
 - II. Tendenz zur Materialisierung der Privatautonomie **83**
 - III. Übertragung auf die Testierfreiheit **87**
 - 1. Anforderungen an die Selbstbestimmtheit der Testierentscheidung **88**
 - 2. Unterschied zur Vertragsfreiheit **89**
 - 3. Strukturelle Unterlegenheit des betagten Testators **90**
4. Kapitel: Zukünftige Leistungsfähigkeit und Bedeutsamkeit der Form des § 2247 BGB **96**
- A. Möglichkeit der Veränderung von Formzwecken **96**
 - B. Verschiebungen in den Zwecken der Form des § 2247 BGB **97**
 - I. Von der Echtheitsfunktion hin zur Intentionalitätsgewähr **98**
 - 1. Förderung bedachten und verantwortlichen Testierens **99**
 - 2. Sicherung der materialen Testierfreiheit **101**
 - 3. Sicherung der Testierfähigkeit **105**
 - II. Rechtsprechungsanalyse **109**
 - 1. Wiederkehrende Streitfälle **110**
 - a) Testierwille **111**
 - aa) Zweifel aufgrund des Erklärungskontextes und der Wortwahl **112**
 - bb) Zweifel aufgrund des Schreibmaterials **115**
 - b) Echtheit **118**
 - c) Unterschrift **119**
 - d) (Bezugnahmen auf) maschinenschriftliche Texte **122**
 - e) Testierfähigkeit **125**
 - 2. Formzwecke in der gerichtlichen Argumentation **129**
 - a) Echtheitsfunktion **129**
 - b) Bedachtheitsfunktion **131**
 - c) Zwecke der eigenhändigen Niederschrift **134**
 - d) Bedeutungszuwachs der Bedachtheitsfunktion? **135**

3.	Zusammenfassung	138
III.	Schlussfolgerungen	139
a)	Funktionsverluste des § 2247 BGB	139
b)	Unverzichtbarkeit der Echtheitsfunktion	140
c)	Fazit	141
5.	Kapitel: Reformüberlegungen	143
A.	Prämissen	143
I.	Erwartungen an die Form	144
II.	Beibehaltung des Privattestaments	145
III.	Gebot der Zurückhaltung bei Reformen im Erbrecht	146
B.	Mögliche Reformen	148
I.	Erwägung eines computergeschriebenen Testaments	148
1.	Vorteile eines computergeschriebenen Testaments	148
2.	Nachteile eines computergeschriebenen Testaments	150
a)	Unsicherheiten bezüglich der Erfüllung der Echtheitsfunktion	150
aa)	Eigenhändige Unterschrift	150
bb)	Elektronische Signatur	152
b)	Keine Sicherung der Bedachtheitsfunktion	154
II.	Zeugentestament	157
III.	Altersabhängige Beschränkung auf das öffentliche Testament	158
1.	Nachteile einer Altersbegrenzung	159
2.	Grenzen des Schutzes durch notarielle Mitwirkung	161
IV.	Beschränkung der Formwahlfreiheit in Abhängigkeitslagen	164
V.	Formunabhängige Lösungen	165
1.	Testierverbote zugunsten bestimmter Personen	165
2.	Beweislastumkehr bei Demenzerkrankung	166
3.	Erweiterung der nachträglichen Schutzmechanismen	167

VI. Vorschlag für die Einführung eines Videotestaments	170
1. Echtheitsfunktion	172
2. Auffindbarkeit	175
3. Haltbarkeit	176
4. Warn- und Überlegungsfunktion	178
5. Auslegung der Testiererklärung	179
6. Testierwille	181
7. (Materiale) Testierfreiheit	184
8. Testierfähigkeit	186
9. Inklusivität	187
10. Praktikabilität und Zeitgemäßheit	188
11. Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung	191
12. Zusammenführungen	193

Zusammenfassung und Ausblick **197**

A. Zusammenfassung in Thesen **197**

B. Ausblick **198**

πάντα ῥεῖ – „alles fließt“ (Heraklit zugeschrieben)

Einleitung

Wer sich mit dem Erbrecht beschäftigt, erwartet meist keine hochaktuellen Fragen und bahnbrechenden Neuigkeiten. Es handelt sich nicht um ein schnelllebiges Rechtsgebiet, das ständigen Veränderungen unterliegt. Vielmehr erscheint das Erbrecht in geradezu „majestätischer Unbewegtheit“¹. So ist auch das Testamentsrecht, das Gegenstand dieser Arbeit ist, ein chronisches Thema, aber keines, das als besonders dringlich und reformbedürftig empfunden wird. Trotzdem sollte man es nicht voreilig als abgeschlossenes, funktionierendes und deshalb zu vernachlässigendes Recht betrachten, das vom täglichen Rechtsgeschehen losgelöst ist und keiner Anpassung bedarf. Mögen auch kurzweilige Phänomene das Erb- und Testamentsrecht nicht berühren, wird es doch von grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen erfasst und muss sich für diese interessieren. Es gilt, gleichsam einen Schritt zurückzutreten und die Wirkungen der Normen aus einer ferneren Perspektive zu betrachten. Gerade für das Testamentsrecht muss in langfristigen Kategorien gedacht werden, nicht jeder Trend darf Berücksichtigung finden, da sich der Erblasser auf die postmortale Formwirksamkeit seines Testaments verlassen können muss. Gleichwohl muss das Testamentsrecht so weit mit dem Wandel der Lebensumstände Schritt halten, dass es weiterhin zu befriedigenden Lösungen führt und seine Funktionsfähigkeit nicht verliert. Diese Gefahr besteht besonders, wenn die mit den Normen verfolgten Zwecke nicht mehr erreicht werden. Ursache dafür können veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen sein. Mit dem demographischen Wandel und der Digitalisierung sind zwei gesellschaftliche Megatrends genannt, die das Testamentsrecht tiefgreifend

¹ *Schmoeckel*, NJW 1996, 1697 (1701).

beeinflussen. Durch den demographischen Wandel verändert sich die Altersstruktur der Bevölkerung und damit auch diejenige der Testatoren, welche vermehrt in sehr hohem Alter testieren. Altersbedingte Abhängigkeiten und verminderte geistige Fähigkeiten können die Testierentscheidung prägen. Auch die Digitalisierung wirkt auf die Testiersituation ein, indem sie die Kommunikationsgewohnheiten und damit die Bedingungen der eigenhändigen Testamentserrichtung verändert.

Ziel dieser Arbeit ist es, diese Entwicklungen und ihre Auswirkungen auf die Formzwecke des eigenhändigen Testaments zu untersuchen. Können die ursprünglichen gesetzgeberischen Zwecke des § 2247 BGB heute und in Zukunft noch erreicht werden? Inwiefern haben sich die Gesetzeszwecke verändert, inwieweit werden sie anders gewichtet? Über Formzwecke im Allgemeinen und im Erbrecht im Besonderen ist schon viel geschrieben worden. Trotzdem wurden diese Fragen für das eigenhändige Testament bisher nur wenig diskutiert,² es werden meist nur die bekannten Zwecke aufgezählt und Reformen werden kaum thematisiert.³ Betrachtet man die Formzwecke des § 2247 BGB aber im Lichte der stattfindenden gesellschaftlichen Umbrüche, zeigt sich schnell, dass es sich lohnt, die Form des holographischen Testaments kritisch zu hinterfragen. Die tatsächlichen Veränderungen der Lebenssituation in Deutschland machen das Thema der Testamentsformen aktuell und zunehmend akut. Es braucht zukunftsfähige Testierformen, die sowohl rechtspolitisch als auch rechtsdogmatisch überzeugen können. Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, die im Testamentsrecht teilweise sehr festgefahrenen Argumentationsmuster zu durchbrechen und eine unvoreingenommene Diskussion über die Zukunft des Privattestaments in Deutschland anzustoßen. Gegenstand der Untersuchung ist das eigenhändige Testament, welches von den Problemen einer alternden Gesellschaft und den Auswirkungen der Digitalisierung besonders betroffen ist. Dies schließt nicht aus, dass viele der gewonnenen Erkenntnisse auch für das notarielle Testament gelten und dass dieses vergleichend herangezogen werden kann. Letztlich geht es um die Einführung einer neuen privaten Testierform, welche den bestehenden Herausforderungen gerecht werden kann.

² Siehe aber *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 ff.; vgl. auch *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (444).

³ Dazu passt *Ebels* (Recht und Form, S. 3) Feststellung: „Die Form, in welcher Recht auftreten muß, um Recht zu sein, ist heute eine fast beiläufige, jedenfalls keine eigentlich problematische Angelegenheit, weder der Gesetzgebung noch der Rechtswissenschaft.“ Siehe allerdings *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 393 ff. mit einem Reformvorschlag.

Hierzu soll nach einem kurzen Überblick über die Testierformen des Bürgerlichen Gesetzbuches zunächst das aktuelle Testiergeschehen in Deutschland aufgearbeitet werden (1. Kapitel), um die praktische Relevanz der Testiervorschriften zu verdeutlichen. Anschließend werden die Formvorschriften dogmatisch eingebettet und die bisher anerkannten Formzwecke des § 2247 BGB erläutert (2. Kapitel). Diese Ausführungen bilden die Grundlage für die nachfolgende Untersuchung und die gewonnenen Erkenntnisse dienen als Leitlinien für die Überprüfung der Formzwecke. Darauf folgt eine Darstellung der heutigen Realitäten – sowohl im gesellschaftlichen als auch im rechtlichen Kontext – und ihrer Auswirkungen auf das Testamentsrecht (3. Kapitel). Dabei werden in gesellschaftlicher Hinsicht die Digitalisierung und der demographische Wandel als bestimmende Faktoren behandelt (A.), weiterhin werden die rechtlichen Rahmenbedingungen in den Blick genommen (B.). Die Analyse der gegenwärtigen Situation zeigt die Veränderungen und Funktionsverluste auf, die sich hinsichtlich der Formzwecke des § 2247 BGB ergeben. Sie führt zu der Frage nach der zukünftigen Leistungsfähigkeit der Form des eigenhändigen Testaments *de lege lata* (4. Kapitel), wobei nach der Feststellung der Veränderungsmöglichkeit von Formzwecken (A.) insbesondere eine Verschiebung der Formzwecke des § 2247 BGB hin zu einer stärkeren Intentionalitätsgewähr untersucht werden soll (B.); hierfür soll auch die Rechtsprechung der letzten Jahre analysiert werden. Es wird sich zeigen, dass die Erfüllung der Echtheitsfunktion gefährdet ist und dafür der Bedachtheitszweck der eigenhändigen Erklärung an Bedeutung gewonnen hat, § 2247 BGB den Anforderungen an die Formzwecke aber immer weniger gerecht werden kann. Diese Erkenntnisse führen zur Suche nach Lösungen *de lege ferenda* im letzten Teil der Arbeit (5. Kapitel). Nach der Herausarbeitung der leitenden Prämissen (A.) werden verschiedene Reformvorschläge diskutiert (B.) und das Videotestament als zukunftsweisende Testierform vorgestellt. Dabei soll in Umsetzung der dargestellten Vorzüge und Gestaltungsmöglichkeiten eines Videotestaments insbesondere ein konkreter Formulierungsvorschlag unterbreitet werden, um eine Diskussionsgrundlage für die Einführung eines Videotestaments zu schaffen. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform und einem Ausblick.

1. Kapitel: Das ordentliche Testament

Zu Beginn der Untersuchung soll zunächst ein kurzer Überblick über die gesetzlichen Testiervorschriften gegeben werden. Anschließend soll anhand einer aktuellen Bestandsaufnahme untersucht werden, welche wirtschaftliche Bedeutung dem Testiergeschehen zukommt und wie von den Testiermöglichkeiten praktisch Gebrauch gemacht wird. Diese Kenntnisse sind notwendig, um über Aufgaben und Probleme der Testierformen fundiert diskutieren zu können und dabei die soziale Wirklichkeit nicht außer Acht zu lassen.

A. Testierformen im Bürgerlichen Gesetzbuch

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt als ordentliche Testamentsformen das öffentliche Testament nach §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB und das eigenhändige Testament nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB. Daneben gibt es drei außerordentliche Testamentsarten (§§ 2249, 2250, 2251 BGB), sogenannte Nottestamente, die aber in der Praxis nur eine geringe Rolle spielen⁴ und daher nicht Gegenstand dieser Arbeit sein sollen. So soll auch der Begriff des Privattestaments im Folgenden als Synonym für das ordentliche, nicht-notarielle Testament gebraucht werden und Nottestamente vor drei Zeugen nach §§ 2250 f. BGB ausklammern.

Voraussetzung für die Gültigkeit eines Testaments ist die Beachtung der vorgeschriebenen Form. Werden die gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten, ist das Testament nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Des Weiteren ist die Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung erforderlich. Das Gesetz regelt diese (neben der Spezialregelung für Minderjährige in § 2229 Abs. 1, 2 BGB) in § 2229 Abs. 4 BGB, indem es die gegenteiligen Kriterien der

⁴ Siehe nur *Lange*, Erbrecht, § 15 Rn. 58; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 209. Ebenso die Auswertung von *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 39. Seltene Ausnahmen bilden die Beschlüsse des OLG Frankfurt a. M. vom 12.12.2013 – 20 W 281/12, ErbR 2015, 50 ff. und des OLG Düsseldorf vom 25.06.2015 – I-3 Wx 224/14, BeckRS 2015, 14470, in denen ein vermeintliches Drei-Zeugen-Testament allerdings jeweils für formungültig befunden wurde, sowie der Beschluss des OLG München vom 12.05.2015 – 31 Wx 81/15, NJW-RR 2015, 1034 ff., in dem ein Drei-Zeugen-Testament ausnahmsweise für wirksam erachtet wurde.

Testierunfähigkeit normiert. Das Testament eines Testierunfähigen ist nichtig.⁵ Ferner muss der Erblasser ernstlich von Todes wegen verfügen wollen, also einen Testierwillen aufweisen (vgl. § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB).⁶ Andernfalls liegt kein wirksames Testament vor.⁷ Schließlich muss der letzte Wille höchstpersönlich erklärt werden (§§ 2064 f. BGB) und darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.

Ein privatschriftliches, eigenhändiges (holographisches) Testament kann der Erblasser nach § 2247 Abs. 1 BGB durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Der gesamte Testamentstext muss handschriftlich⁸ vom Erblasser verfasst werden. Die Absätze 2 und 3 des § 2247 BGB enthalten zusätzliche Soll-Vorschriften, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit des Testaments nicht zwangsläufig beeinträchtigt (siehe § 2247 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 BGB).

B. Testiergeschehen in Deutschland

Es ist schwierig, das Testiergeschehen in Deutschland präzise abzubilden.⁹ Viele Annahmen beruhen auf groben Schätzungen und die Datenlage zur Verbreitung des eigenhändigen Testaments ist dünn. So kann hier nur der Versuch einer ungefähren Bestandsaufnahme unternommen werden, um das aktuelle Testiergeschehen einordnen und seine wirtschaftliche, gesellschaftliche und rechtliche Relevanz einschätzen zu können. Dabei sollen sich die Darstellungen auf die Tatsachen beschränken, die die äußeren Umstände und die formelle Seite der Testamentserrichtung betreffen und daher für das hier interessierende Testiergeschehen von Bedeutung sind; inhaltliche Aspekte zur Nachfolgeregelung, zur Zusammensetzung des Nachlassvermögens und zur Gestaltung einzelner Klauseln sollen außer Betracht bleiben.

⁵ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 11; *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 7; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 232; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 20 Rn. 1; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 20 Rn. 4. Näher zur Testier(un)fähigkeit unten 3. Kapitel A. II. 2. a) bb).

⁶ *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 12; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 225.

⁷ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 17; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 225.

⁸ Dies ist allerdings nicht streng wörtlich zu nehmen, da auch das Schreiben mit dem Mund, dem Fuß oder einer Prothese zulässig ist, siehe etwa *Brox/Walker*, Erbrecht, § 11 Rn. 4; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 18.

⁹ So schon *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (203 f.).

I. Wirtschaftliche Bedeutung

Viele Prognosen über das zukünftige Erbschaftsvolumen sagen einen erheblichen Anstieg voraus.¹⁰ Der Wert der potenziellen Erbmasse in Deutschland wächst zunehmend und hat sich während der vergangenen zwanzig Jahre mehr als verdoppelt: Während das Gesamtvermögen¹¹ der privaten Haushalte und privaten Organisationen ohne Erwerbszweck im Jahr 1991 noch umgerechnet 4,56 Billionen Euro betrug, belief es sich im Jahr 2011 bereits auf 10,22 Billionen Euro.¹² Bis zum Ende des Jahres 2015 stieg es auf 12,20 Billionen Euro an.¹³ Das Deutsche Institut für Altersvorsorge prognostizierte im Jahr 2011, dass es in den folgenden zehn Jahren in 7,7 Millionen Haushalten zu Todesfällen kommen werde.¹⁴ Dabei soll das Erbschaftsvolumen, das heißt der Wert des vererbten Vermögens, in Deutschland von 2011 bis 2020 in der Summe 2,58 Billionen Euro betragen.¹⁵ Im Vergleich dazu hatte das Institut im Jahr 2001 für den Zeitraum bis 2010 einen deutlich geringeren Wert ermittelt, nämlich 1,4 Billionen Euro zuzüglich weiterer

¹⁰ *Nave-Herz*, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 23 (24); *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 3. Siehe auch die Presseinformation der Postbank-Studie vom 31.05.2012 mit dem Titel „Erbschaftswelle in historischem Ausmaß rollt auf Deutschland zu – Jeder Zweite plant Nachlass“, abrufbar unter: https://www.postbank.de/postbank/pr_presseinformation_2012_05_31.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹¹ Gemeint ist das Nettovermögen, welches das Geld- und Sachvermögen und hier auch das Gebrauchsvermögen nach Abzug der Kredite und der sonstigen Verbindlichkeiten umfasst.

¹² So die Zahlen zur Vermögensentwicklung nach einem Bericht der Bundeszentrale für politische Bildung vom 27.09.2013 mit Verweis auf die Deutsche Bundesbank und das Statistische Bundesamt, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61775/vermoegensentwicklung> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Zahlen des Statistischen Bundesamtes und der Deutschen Bundesbank, die zuletzt im Bericht „Sektorale und gesamtwirtschaftliche Vermögensbilanzen“ für die Jahre 1999 bis 2015 (erschieden am 24.10.2016) veröffentlicht wurden, weichen davon leicht ab. Für das Jahr 2011 ergibt sich danach ein Gesamtvermögen von 10,29 Billionen Euro. Die Abweichung lässt sich wohl mit methodischen Änderungen nach dem ESVG 2010 (Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen 2010) erklären, das seit September 2014 für alle Länder der Europäischen Union verbindlich ist. Der Bericht ist einsehbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Volkswirtschaftliche-Gesamtrechnungen/Vermögensrechnung/VermögensbilanzenPDF_5816103.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹³ Siehe die Zahlen auf S. 11 des Berichts „Sektorale und gesamtwirtschaftliche Vermögensbilanzen“ (Fn. 12).

¹⁴ *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland 2011, S. 21.

¹⁵ *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland 2011, S. 20. Das Erbschaftsvolumen definieren die Autoren auf S. 91 als das Nettovermögen der Haushalte mit erbschaftsrelevanten Todesfällen in den Jahren 2010 bis 2020. Erbschaftsrelevant seien alle Todesfälle von Haushaltsvorständen oder deren Lebensgefährten.

0,6 Billionen Euro, die die Erben zu späterer Zeit erhalten würden, wenn der überlebende Partner des ersten Erblassers verstorben sei.¹⁶ Im Jahr 2011 betrug das Erbschaftsvolumen Schätzungen zufolge 233 Milliarden Euro.¹⁷ Das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung schätzt, dass zwischen den Jahren 2012 und 2027 bis zu 400 Milliarden Euro jährlich verschenkt und vererbt werden, und damit deutlich mehr als bisher angenommen.¹⁸ Eine Studie der Postbank AG ergab im Jahr 2012, dass künftig mehr als jede fünfte Erbschaft einen Wert von 100.000 Euro und mehr haben werde.¹⁹ Mit Abstand am häufigsten sollen dabei Immobilien vererbt werden.²⁰ Als Grund für die Zunahme des Erbvolmens werden in der Literatur der wachsende Wohlstand nach dem Zweiten Weltkrieg, aber auch der Rückgang der Kinderzahl und die häufigere Kinderlosigkeit in Deutschland genannt.²¹ Nach der Postbank-Studie soll der Hauptgrund für den Anstieg im gewachsenen Immobilienvermögen liegen.²²

Es gibt aber auch Prognosen, nach denen das Erbvolmen langfristig weniger stark ansteigen soll.²³ Gründe dafür seien etwa, dass sich das Einkommenswachstum seit einiger Zeit verlangsamt habe, dass die Lebenserwartung steige und daher höhere Ausgaben im Alter Teile des Vermögens verzehrten, dass künftige Erblasser möglicherweise konsumfreudiger seien und dass die durchschnittlichen Immobilienpreise in Zukunft kaum noch ansteigen würden.²⁴ Diese Prognosen sind jedoch recht vage. Zwar ist zu vermuten, dass die private Altersvorsorge und

¹⁶ Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 3.

¹⁷ Siehe unter: <http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/a-760392-2.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Schätzungen des genauen Erbschaftsvolumens gehen aufgrund unterschiedlicher Methoden weit auseinander, bewegen sich aber aktuell zwischen 200 und 300 Milliarden Euro jährlich, siehe Bach/Thiemann, DIW Wochenbericht 2016, 63 ff.

¹⁸ Siehe Tiefensee/Grabka, DIW Wochenbericht 2017, 565 ff.; der höhere Wert kommt vor allem dadurch zustande, dass das DIW bei der Berechnung regelmäßiges Sparen und potenzielle Wertänderungen berücksichtigt.

¹⁹ Die Postbank-Studie wurde offiziell lediglich in Form einer Presseinformation vom 31.05.2012 veröffentlicht (siehe Fn. 10). Die gesamte Erbschaftsstudie ist jedoch als vertrauliches Dokument unter http://docs.dpaq.de/929-01_postbank_erbschaftsstudie_2012.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) einsehbar. Die Daten beruhen auf einer Befragung von 1613 Bundesbürgern ab 16 Jahren durch das Institut für Demoskopie Allensbach im März 2012. Zum Vermögenswert siehe die Zahlen auf S. 8 f. der Studie.

²⁰ Nach S. 6 f. der Postbank-Studie (Fn. 19) geben 63 Prozent der potenziellen Erblasser an, eine Immobilie vererben zu wollen.

²¹ Nave-Herz, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 23 (24 f.).

²² Siehe die Pressemitteilung vom 31.05.2012 (Fn. 10).

²³ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 29 f.; siehe auch schon Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 4 und 7 ff.

²⁴ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 29 f.

die hohen Kosten für Gesundheit und Pflege im Alter verbunden mit der erhöhten Lebenserwartung viele private Vermögen erheblich schmälern werden.²⁵ Wann und wie genau sich dies in der Höhe der Erbschaften bemerkbar machen wird, ist jedoch unklar. Auch die Entwicklung der Immobilienpreise lässt momentan eher auf steigende als auf sinkende oder stagnierende Preise schließen.²⁶

II. Testamentserrichtung

Empirische Daten zur Testamentserrichtung wurden bisher nur vereinzelt erhoben. Es gibt kaum Rechtstatsachenforschung zum Verfügungsverhalten.²⁷ Weder zur Testierhäufigkeit noch zur Wahl der Testierform liegen umfassende aktuelle Zahlen vor, die aus amtlichen Erhebungen stammen. Die vorhandenen Daten basieren entweder auf einer Auswertung von Nachlassakten eines bestimmten Gerichtsbezirks oder – besonders in jüngerer Zeit – auf privat in Auftrag gegebenen Umfragen durch Meinungsforschungsinstitute. Nicht in allen Fällen sind die Ergebnisse repräsentativ für das gesamte Bundesgebiet. Trotzdem lässt sich aus ihnen eine ungefähre Tendenz ablesen. Es soll an dieser Stelle lediglich um eine zahlenmäßige Einordnung der Testamentserrichtung gehen; Fragen, die mit der Erfüllung der Form zusammenhängen, und häufige Unwirksamkeitsgründe werden weiter unten im Rahmen einer Rechtsprechungsanalyse²⁸ behandelt.

1. Testierhäufigkeit und Testierzeitpunkt

Genauere Zahlen zum Testierverhalten in Deutschland sind nicht bekannt. Erhebungen durch das Statistische Bundesamt liegen nicht vor und auch größer angelegte private Studien wurden bisher nur wenige durchgeführt. Dies mag daran liegen, dass sich derartige Zahlen nur schwer ermitteln lassen. Da es für privatschriftliche Testamente bislang keine verpflichtende amtliche Verwahrung gibt,

²⁵ Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 7 ff.; vgl. auch Szydlík, ErbR 2010, 217 (220).

²⁶ Siehe etwa den bulwiengesa-Immobilienindex 2016, abrufbar unter: http://www.bulwiengesa.de/sites/default/files/pressemitteilung_immobilienindex.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), Kholodilin/Michelsen/Ulbricht, DIW Wochenbericht 2014, 1231 ff. oder den Monatsbericht Oktober 2013 der Deutschen Bundesbank, S. 13 ff., abrufbar unter: https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaetze/2013/2013_10_wohimmobilien.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), die allesamt von weiter steigenden Preisen ausgehen.

²⁷ Hosemann, RNotZ 2010, 520 (529); vgl. auch Breitschmid, Formvorschriften, Nr. 263 und 265.

²⁸ Siehe 4. Kapitel B. II. 1.

die zu einer Erfassung im Zentralen Testamentsregister führt,²⁹ und das Testament nach § 2247 BGB unbemerkt „im stillen Kämmerlein“ errichtet, außerdem beliebig oft geändert oder später verworfen werden kann, könnte nur eine umfassende Befragung der Bevölkerung Aufschluss geben. Bisherige Umfragen beschränkten sich im Höchstfall auf 2036 Personen.³⁰ Auch die Auswertung von Nachlassakten kann Anhaltspunkte liefern, sie muss jedoch zwangsläufig diejenigen Testamente, die nie aufgefunden wurden, unberücksichtigt lassen. Ferner erfolgte eine solche Auswertung bisher jeweils nur regional begrenzt auf einzelne Gerichtsbezirke, sodass ihre Aussagekraft eingeschränkt ist.

Dennoch kann man sich anhand der vorhandenen Untersuchungen ein Bild vom Testierverhalten der Deutschen machen, auch wenn die Ergebnisse stark variieren und daher nur eine grobe Einordnung ermöglichen. Insgesamt lässt sich aus den verschiedenen Umfragen in der Gesamtbevölkerung eine Testierquote von ungefähr 18-27 Prozent ableiten.³¹ Nach einer bundesweiten TNS-Infratest-Umfrage im Auftrag des Deutschen Forums für Erbrecht e.V., in welcher im August 2007 1424 deutschsprachige Menschen ab 18 Jahren befragt wurden, haben 25,8 Prozent der Befragten ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen.³² Ebenso ermittelte das Institut für Demoskopie Allensbach im Jahr 2006 eine Testierquote von 27 Prozent.³³ Auch das forsa-Institut führte 2006 im Auftrag der

²⁹ Nach § 2248 BGB hat der Erblasser die Möglichkeit, sein eigenhändig errichtetes Testament freiwillig in besondere amtliche Verwahrung zu geben. Das seit 2012 geführte Zentrale Testamentsregister erfasst nur solche Urkunden, die sich in amtlicher notarieller oder gerichtlicher Verwahrung befinden. Die große Mehrheit der eigenhändigen Testamente wird daher nicht zentral registriert.

³⁰ So die Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem Jahr 2006 (s.u. Fn. 33).

³¹ Siehe bereits *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 14 f., die von 20-25 Prozent ausgeht; *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 175 (204) schlussfolgert eine etwas höhere Testierquote von 25-35 Prozent.

³² Die Ergebnisse wurden unter anderem im Rahmen der Presseerklärung zur Jahrestagung des Deutschen Forums für Erbrecht e.V. vom 21.09.2007 veröffentlicht, welche unter http://www.erbrechtsforum.de/presse/07/Presse_07_09_25_01.pdf abgerufen werden kann (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Diese Studie ist auch Grundlage der von der Europäischen Kommission im Jahr 2009 in einem Arbeitspapier veröffentlichten Testierzahlen für Deutschland, sodass dieses keine neuen Erkenntnisse liefert (Commission Staff Working Document Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance – Impact Assessment, SEC[2009] 410 final vom 14.10.2009, S. 55 ff.).

³³ „Das eigene Testament“, allensbacher berichte 2006 / Nr. 16. Die bundesweite Umfrage wurde 2006 durch das Institut für Demoskopie Allensbach durchgeführt; es wurden 2036 Menschen ab 16 Jahren befragt. Die Studie ist einzusehen unter: http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/prd_0616.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge eine Bevölkerungsbefragung durch und bestätigte die vorgenannten Zahlen, indem es einen Testierwert (Testament und/oder Erbvertrag) von 26 Prozent errechnete.³⁴ Eine neuere Studie der Postbank, die im März 2012 durch das Institut für Demoskopie Allensbach durchgeführt wurde, kommt zu einem deutlich niedrigeren Ergebnis, wonach nur 18 Prozent der Deutschen ab 16 Jahren ein Testament errichtet haben.³⁵ Immerhin haben nach der Studie 41 Prozent der potenziellen Erblasser bereits darüber nachgedacht, ein Testament zu errichten.³⁶ Unter denen, die sich bereits mit dem Vererben beschäftigt haben, beträgt die Testierquote 31 Prozent.³⁷ Die Testierhäufigkeit nimmt zudem mit steigendem Vermögenswert des Erblassers zu.³⁸ Nach diesen Zahlen hat sich die Testierhäufigkeit im Vergleich zu früheren Erhebungen nur unwesentlich erhöht: *Stöcker* hat auf eine Umfrage durch das Meinungsforschungsinstitut EMNID auf Veranlassung des Bundesministeriums der Justiz im Jahr 1970 hingewiesen, wonach 20 Prozent der Befragten angaben, eine Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) bereits errichtet zu haben.³⁹

³⁴ Die Studie „Erbrechtliche Vorsorge in Deutschland“ vom 31.01.2006 wurde durch das forsa-Institut (Berlin) im Auftrag der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge durchgeführt und von *Christoph Hommerich* und *Nicole Hommerich* (Institut HommerichForschung) ausgewertet. Es wurden insgesamt 1002 Personen telefonisch befragt; die Ergebnisse sind repräsentativ für die bundesdeutsche Bevölkerung ab 18 Jahren. Die Studie steht auf der Homepage der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Startseite) unter <http://www.erbrecht.de> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) zum Download bereit.

³⁵ Zur Postbank-Studie siehe Fn. 19. Zur Testierquote siehe die Presseerklärung vom 31.05.2012 sowie Tabelle 16a der Studie auf S. 133 des Dokuments, in welcher die allgemeine Testierquote von 17,8 Prozent zu finden ist. Im Hauptteil der Studie (S. 18) wird lediglich die Testierquote der „potenziellen Erblasser“ (dazu S. 3 der Studie) angegeben, welche 31 Prozent beträgt.

³⁶ Siehe S. 18 der Studie (Fn. 19). Die „potenziellen Erblasser“ werden auf S. 3 der Studie definiert. Im Jahr 2015 ermittelte das Institut im Auftrag der Deutschen Bank einen Wert von nur noch 39 Prozent (S. 31 dieser Studie). Die Studie „Erben und Vererben“ des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank ist abrufbar unter: https://www.db.com/newsroom_news/Deutsche_Bank_Studie_Erben_und_Vererben_2015.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Befragt wurden im Juli 2015 1651 Personen ab 16 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland.

³⁷ S. 18 der Studie (Fn. 19). Für das Jahr 2015 ermittelte das Institut einen Wert von 36 Prozent (S. 31 der Studie, siehe Fn. 36). Die auf S. 31 etwas irreführend angegebene Testierquote betrifft nur die „potenziellen Erbgeber“, womit nach S. 14 der Studie lediglich ca. 50 Prozent der Bevölkerung gemeint sind, nämlich diejenigen, die sich bereits mit dem Thema Vererben beschäftigt haben und das Vererben nicht ausdrücklich ausschließen.

³⁸ Siehe S. 18 und Tabelle 16c (S. 135 des Dokuments) der Postbank-Studie (Fn. 19).

³⁹ *Stöcker*, FamRZ 1971, 609 f. Befragt wurden etwa 2000 Personen in für die Gesamtbevölkerung repräsentativer Zusammensetzung.