

INGE KROPPENBERG

Privatautonomie  
von Todes wegen

*Jus Privatum*

130

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht  
Band 130





Inge Kroppenberg

# Privatautonomie von Todes wegen

Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen  
der Testierfreiheit im Vergleich  
zur Vertragsfreiheit unter Lebenden

Mohr Siebeck

*Inge Kroppenberg*, geboren 1968, Studium der Rechtswissenschaft in Mainz, 2000 Promotion, 2005 Habilitation, Professorin an der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römische Rechtsgeschichte und Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-151207-0

ISBN 978-3-16-149190-0

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die Privatautonomie steht im Zentrum des Bürgerlichen Rechts. Für die Testierfreiheit als deren Ausprägung auf dem Gebiet des Erbrechts trifft das frühestens seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu. Als historisch umstrittene Freiheit wird sie zuvor an die familienerbrechtliche Leine gelegt. Auch später ist sie nicht frei von Deutungsmustern, die dem gesetzlichen Erbfolgemodus entstammen. Die vorliegende Schrift plädiert für ein dezidiert rechtsgeschäftliches Verständnis der Testierfreiheit.

Als verfassungsrechtlich gehegtes Recht konsolidiert sich die Verfügungsbeugnis von Todes wegen unter der Herrschaft des Grundgesetzes als eigenständiger rechtsgeschäftlicher Gestaltungsraum des Erblassers. Aber der „Siegesszug“ der Testierfreiheit hat auch seine Schattenseiten. Zivilrechtliche Strukturen drohen in den Hintergrund zu treten, wo Verfassungsrecht und „einfaches“ Recht miteinander kurz geschlossen werden. Die vorliegende Arbeit plädiert für eine verfassungsrechtliche Neujustierung der Testierfreiheit, die deren originär zivilrechtlichen Charakter entfalten hilft.

Die Testierfreiheit stand lange Zeit im Schatten der Vertragsfreiheit unter Lebenden. Die Dominanz des lebzeitigen Vertragsparadigmas als der zentralen rechtsgeschäftlichen Ausdruckform des Individuums in einer „Kontraks- und Leistungsgesellschaft“ hat historisch und dogmatisch zu einer Delegitimierung der Testierfreiheit als undemokratische „Herrschaft aus dem Grabe“ oder „von kalter Hand“ geführt. Die vorliegende Arbeit analysiert lebzeitige Vorprägungen der Testierfreiheit und plädiert für eine originär erbrechtliche Lesart.

Die Abhandlung wurde im Wintersemester 2005/2006 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz als schriftliche Habilitationsleistung angenommen. Jüngere Rechtsprechung und Literatur habe ich bis zum Oktober 2007 eingearbeitet. Den Herren Professoren Dres. Andreas Roth und Ulrich Haas danke ich herzlich für Betreuung und Begutachtung, der VG Wort für die Übernahme der Druckkosten. Widmen möchte ich die Schrift meinem Ehemann, Dr. Jürgen Treber.

Regensburg, im Oktober 2007

Inge Kroppenber



# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	1
<i>Erster Teil: Friktionen und offene Fragen im Verhältnis von erbrechtlicher und lebzeitiger Gestaltungsbefugnis</i> .....	11
§ 1 Die mittelbare Wiederentdeckung der Testierfreiheit unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs .....	13
§ 2 Die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit <i>in iure civili</i> – eine zivilrechtsdogmatische Fehlanzeige .....	29
§ 3 Die Testierfreiheit im Verhältnis zur Vertragsfreiheit unter Lebenden	57
§ 4 Die Testierfreiheit im Verhältnis zur lebzeitigen Verfügungsfreiheit .....	118
§ 5 Zusammenfassung des Ersten Teils, Zielsetzung und weiterer Untersuchungsverlauf .....	127
<i>Zweiter Teil: Verfassungsrechtliche Anlage und zivilrechtliche Struktur der Testierfreiheit als privatautonomes Prinzip</i> .....	151
§ 6 Von der Engführung von Eigentum und Erbrecht zum Freiheitsrecht im wirtschaftlichen Bereich .....	153
§ 7 Das so genannte Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben – Grundrechtliche Anlage und zivilrechtliche Folgen für die Testierfreiheit .....	204
§ 8 Zusammenfassung des Zweiten Teils .....	222
<i>Dritter Teil: Die Testierfreiheit als besondere Ausprägung der Privatautonomie</i> .....	229
§ 9 Essentialia und Akzidentia privatautonomes Handelns am Beispiel der Formfreiheit .....	231
§ 10 Vornahme- und Beendigungsfreiheit als Strukturelemente lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	238
§ 11 Inhaltsfreiheit als Strukturelement lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	244
§ 12 Gestaltungsfreiheit als Strukturelement lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	271
§ 13 Zusammenfassung des Dritten Teils und Schlussbetrachtung .....	352



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Einleitung .....	1

## *Erster Teil*

### Friktionen und offene Fragen im Verhältnis von erbrechtlicher und lebzeitiger Gestaltungsbefugnis

§ 1 Die mittelbare Wiederentdeckung der Testierfreiheit unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs .....	13
A. Annäherung über das Pflichtteilsrecht .....	13
B. Annäherung über den Sittenwidrigkeitsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB .....	25
§ 2 Die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit <i>in iure civili</i> – eine zivilrechtsdogmatische Fehlannonce .....	29
A. Verflüchtigung des Zivilrechts in der „Hohenzollern“- Entscheidung des Bundesgerichtshofs .....	29
B. Zivil- und verfassungsrechtliche Grenzgänge und -überschreitungen in der „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	34
I. Zur Frage der Determination des Zeitpunkts der Sitten- widrigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht .....	34
II. Der „Druck“-Topos zwischen Zivil- und Verfassungsrecht ...	39
1. „Druck“ und Intensität des Grundrechtseingriffs – zur verfassungsrechtlichen Adaption eines schillernden Topos .....	39
2. „Druck“ als vermeintlich zivilrechtliche Größe .....	42

C.	„Usurpation“ der Testierfreiheit durch das Verfassungsrecht – unterschätzte Gefahren und zivilrechtliche Vermeidungsstrategien .....	48
I.	Drittwirkung der Grundrechte durch Anerkennung des Bedachten ( <i>Goebel</i> ) .....	48
II.	Nichtauslösung der Drittwirkung bei Zuwendungen mit „Antragscharakter“ ( <i>Gutmann</i> ) .....	51
§ 3	Die Testierfreiheit im Verhältnis zur Vertragsfreiheit unter Lebenden .....	57
A.	Testierfreiheit als ursprüngliche und weniger entwickelte Ausprägung der Privatautonomie .....	57
I.	Prinzip und Mythos – Zur Entwicklungsgeschichte von Vertrags- und Testierfreiheit im 19. und 20. Jahrhundert .....	57
II.	Meilensteine in der Diskussion der Vertragsfreiheit unter Lebenden – ein Überblick .....	62
III.	Zur Frage der Normativierung der Testierfreiheit durch „Testamentsparität“ im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB .....	66
B.	Testierfreiheit unter dem Primat der Privatautonomie unter Lebenden .....	70
I.	Die Verwurzelung des Primats in aufklärerischem Rechts(gleichheits)denken .....	70
1.	Lebzeitige Selbstbestimmung durch Wirkung und Gegenwirkung .....	70
2.	Lebzeitige Hilfskonstruktionen zur formalen Aufhebung der „Fremdbestimmung“ im Erbrecht .....	74
II.	Die Privatautonomie <i>inter vivos</i> als Positiv- und Negativfolie für die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen – ein Überblick .....	79
1.	Negative Abgrenzung vom Recht der Lebenden: Äquivalenz im Erbrecht am Beispiel der Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage .....	79
2.	Positive Anknüpfungen an das Recht der Lebenden .....	84
a.	Zur Zurückdrängung des erbrechtlichen Willensdogmas .....	84
b.	Zur „Verlebzeitigung“ des Erbrechts .....	86
III.	Die Frage der Entgeltlichkeit erbrechtlicher (Erwerbs-) <i>Causae</i> .....	87

IV. Verhaltensbezogene Verfügungen von Todes wegen .....	94
1. Ideengeschichtlicher Kontext .....	94
2. Die juristischen Varianten .....	99
C. Testierfreiheit als <i>aliud</i> zur Privatautonomie unter Lebenden .....	104
I. Verschiedene Varianten als Ausdruck <i>eines</i> Prinzips privatautonomer Selbstbestimmung .....	104
II. Vertrags- und Testierfreiheit als zwei verschiedene Privatautonomien ( <i>Goebel</i> ) .....	106
1. Die Spaltung der Privatautonomie in Persönlich- keits- und Vermögensrechte .....	106
2. Affekt und ökonomische Vernunft als vermeintliche Gegenpole .....	111
§ 4 Die Testierfreiheit im Verhältnis zur lebzeitigen Verfügungsfreiheit ...	118
A. Kausalität des erbrechtlichen Erwerbs und erbrechtlicher Typenzwang aus lebzeitiger Sicht .....	118
B. Verfügungen unter Lebenden unter erbrechtlichem Regime – ein rechtshistorisches Lehrstück .....	123
§ 5 Zusammenfassung des Ersten Teils, Zielsetzung und weiterer Untersuchungsverlauf .....	127
A. Befund .....	127
I. Die Testierfreiheit des Bürgerlichen Gesetzbuchs als wirkmächtiges <i>nudum ius</i> .....	127
II. Verfassungsrechtlicher Legitimierungsversuch .....	128
III. Zivilrechtliche Erklärungsansätze .....	130
1. Intra-erbrechtliche Begründungen .....	130
2. Zwischen Bezugssystem und Definitionsprimat – Parameter eines Vergleichs zwischen dem Recht der Lebenden und dem Erbrecht .....	131
a. Begünstigende Umstände .....	131
b. Erschwerende Faktoren .....	132
aa. Entwicklungsgeschichtliche Vorprägungen auf das Recht der Lebenden .....	132
bb. Inkongruenz des <i>tertium comparationis</i> .....	133
cc. Mangelnder inhaltlicher Bezug im Einzelfall .....	134
dd. Verabsolutierung von Leitbildern der lebzeitigen und erbrechtlichen Privatautonomie .....	136
ee. Gegenläufige Entwicklungslinien und Annäherungs- tendenzen .....	139

B. Zielsetzung und weiteres Vorgehen .....	142
I. Der konservative Ansatz: Testier- und Vertragsfreiheit als gleichberechtigte Formen der Privatautonomie .....	142
II. Der emanzipatorische Ansatz: Entwicklung eigen- ständiger erbrechtlicher Lösungen .....	145
III. Untersuchungsverlauf .....	149

### *Zweiter Teil*

#### Verfassungsrechtliche Anlage und zivilrechtliche Struktur der Testierfreiheit als privatautonomes Prinzip

§ 6 Von der Einführung von Eigentum und Erbrecht zum Freiheitsrecht im wirtschaftlichen Bereich .....	153
A. Überkommene Ansätze in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung .....	153
B. Zur Parallelisierung von Eigentümer- und Testierfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht .....	159
I. Die Testierfreiheit als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Tod hinaus .....	159
II. Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen im Korsett der Eigentümerfreiheit .....	161
C. Plädoyer für eine verfassungsrechtliche Neujustierung der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen .....	166
I. Neue Impulse in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Testierfreiheit .....	166
II. Parallelen in der verfassungsrechtlichen Anlage von Testier- und Vertragsfreiheit .....	167
1. Vertrags- und Testierfreiheit als unbenannte normgeprägte Freiheitsrechte mit zivilrechtlicher Entfaltungsprärogative .....	167
a. Die Normprägung von Testier- und Vertragsfreiheit im Vergleich .....	167
aa. Grad und Qualität .....	167
bb. Normprägung und „natürliche“ Freiheit .....	171
b. Testier- und Vertragsfreiheit als unbenannte Freiheitsrechte .....	174
2. Zur personalen Natur von Vertrags- und Testier- freiheit – eine Grenzziehung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht .....	176
3. Testier- und Vertragsfreiheit als wirtschaftliche Freiheitsrechte .....	182

4. Zum so genannten demokratischen Potenzial von Testier- und Vertragsfreiheit (Art. 20 Abs. 1 GG) . . . . .	187
a. Das lebzeitige Idealbild: Die „demokratische“ Vertragsfreiheit . . . . .	187
b. Das negative Andere: Die „undemokratische“ Testierfreiheit . . . . .	190
c. (Rechts-)Machtneutralisierung mit erbrechtlichen Mitteln . . . . .	193
d. Zur Organisation von Freiheit und Gleichheit im Recht der Lebenden und im Erbrecht . . . . .	195
aa. Der zeitliche Aspekt: Simultanität im Recht der Lebenden versus erbrechtliche Linearität . . . . .	195
bb. Die sachliche Konsequenz: Ergebniskontrolle statt „Richtigkeit durch Verfahren“ . . . . .	198
III. Wirkungen einer verfassungsrechtlichen Parallelisierung von Testier- und Vertragsfreiheit . . . . .	201
1. Emanzipatorisches Signal auf Verfassungsebene . . . . .	201
2. Normenhierarische Bereinigungseffekte und einfach- gesetzliche Entwicklungspotenziale . . . . .	202
§ 7 Das so genannte Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben – Grundrechtliche Anlage und zivilrechtliche Folgen für die Testierfreiheit . . . . .	204
A. Erwerbsrecht des Erben als Reflex des Freiheitsrechts des Erblassers . . . . .	204
I. Verfassungsrechtliche Konzeption . . . . .	204
II. Zivilrechtliche Implikationen . . . . .	207
B. Erwerbsrecht als selbstständiges Recht des Erben . . . . .	210
I. Verfassungsrechtliche Konzeption . . . . .	210
II. Zivilrechtliche Implikationen . . . . .	211
1. Lebzeitige Umwertung der Testierfreiheit durch das verfassungsrechtliche Institut der „Erbrechtsfreiheit“ . . . . .	211
2. Das Erbenrecht als disparate zivilrechtliche Rechtsgesamtheit . . . . .	214
a. Erbrechtliche Vermögensadministrationsrechte . . . . .	214
b. Die Ausschlagung als Ausdruck der Privatautonomie des Erben . . . . .	215
§ 8 Zusammenfassung des Zweiten Teils . . . . .	222

*Dritter Teil*Die Testierfreiheit als besondere Ausprägung  
der Privatautonomie

§ 9	Essentialia und Akzidentia privatautonomes Handelns am Beispiel der Formfreiheit .....	231
	A. Methodische Vorbemerkung .....	231
	B. Zur Formfreiheit als Strukturelement privatautonomes Handelns im Recht der Lebenden .....	232
§ 10	Vornahme- und Beendigungsfreiheit als Strukturelemente lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	238
§ 11	Inhaltsfreiheit als Strukturelement lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	244
	A. Typenfreiheit im Recht der Lebenden und im Erbrecht .....	244
	I. Die Antinomie von lebzeitiger Typenfreiheit und erbrechtlichem Typenzwang – Kritik eines Mythos .....	244
	II. Typenzwang als lebzeitige und nicht erbrechtliche Rechtsfigur .....	248
	1. Nochmals: Anleihen beim sachenrechtlichen Typenzwang .....	248
	2. §§ 1937–1941 BGB als freiheitserweiternde Befugnis- oder freiheitsbeschränkende Ermächtigungs- vorschriften .....	250
	3. Typenzwang als Korrektiv für rechtsgeschäftliches Handeln zulasten Dritter .....	251
	4. Typenzwang als Mittel zur Rekonstruktion des Willens eines Verstorbenen .....	254
	III. Der zwingende Charakter des Erwerbsmodus im Verhältnis zur Inhaltsfreiheit .....	255
	B. Typenentwicklungsfreiheit im Recht der Lebenden und der Verfügungen von Todes wegen .....	257
	I. Inhaltsfreiheit als „evolutive Freiheit“ im Recht der Lebenden .....	257
	II. Das so genannte Behindertentestament als Ausdruck „evolutiver Freiheit“ .....	260

1. Entwicklungsgeschichte und kautelarjuristische Gestaltung eines besonderen Regelungsanliegens .....	260
2. Das so genannte Behindertentestament als typen- gemischtes Rechtsgeschäft .....	266
§ 12 Gestaltungsfreiheit als Strukturelement lebzeitiger und erbrechtlicher Privatautonomie .....	271
A. Die Organisation von Gestaltung und Geltung im Recht der Lebenden .....	271
I. Geltung durch Bindung: Das <i>Larenz'sche</i> Konzept der Geltungserklärung und seine Friktionen im Recht der Lebenden .....	271
II. Geltung durch Wirksamkeit: Spielarten und Kritik eines normativen Geltungsverständnisses .....	275
B. Die Organisation von Gestaltung und Geltung im Recht der Verfügungen von Todes wegen .....	279
I. Die Verengung privatautonom und normativ akzentuierter Bindungstheorien auf das Recht der Lebenden ( <i>Larenz, Hepting</i> ) .....	279
II. Ein lebzeitiges Bindungsmodell in erbrechtlicher Verkleidung: Abgestufte Bindung bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten ( <i>S. Loritz</i> ) .....	284
III. Testierfreiheit als unverbindliche Ausprägung der Privatautonomie .....	287
1. Zur These vom mangelnden Vertrauensschutz im gewillkürten Erbrecht .....	287
a. Lebzeitige Vorprägungen und dogmatische Fehlschlüsse .....	287
b. Arten und Anwendungsfelder von spezifisch erbrechtlichem Vertrauen im Vergleich zum Recht der Lebenden .....	293
aa. Primärvertrauen des Erben in den Fortbestand seiner Rechtsposition .....	293
bb. Auswirkungen des Primärvertrauens im Recht der Auslegung und Anfechtung von erbrechtlichen Willenserklärungen .....	296
(1) Auslegung .....	296
(2) Anfechtung .....	300
cc. Sekundärvertrauen des Erben als Anknüpfungspunkt für eine so genannte <i>culpa in testando</i> des Erblassers .....	304
2. Kompensation der Unverbindlichkeit der Testierfreiheit mit lebzeitigen Mitteln .....	304

a. Zur qualifizierten Verfügungsunterlassungsabrede als <i>tertium</i> zwischen lebzeitigem und erbrechtlichem Rechtsgeschäft . . . . .	304
b. Die so genannte materielle Verfügung von Todes wegen als rechtspolitisch überholtes Konzept . . . . .	308
c. Die rechtskonstruktive Unstimmigkeit der so genannten materiellen Verfügung von Todes wegen . . . . .	310
aa. Das Valutaverhältnis beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall . . . . .	310
bb. Die postmortale Vollmacht . . . . .	312
cc. Die so genannte qualifizierte Verfügungsunterlassungs- abrede . . . . .	318
IV. Inkompatibilität von bindungsbezogener Vertragsfreiheit und bindungsloser Testierfreiheit . . . . .	325
1. Das Beispiel „übergreifender“ Konversion von erbrechtlichen und lebzeitigen Rechtsgeschäften . . . . .	325
2. §§ 2302, 2301 BGB als gegenläufige Konzepte . . . . .	331
V. Entkopplung der Seins- von der Wirkebene privatautonomer Rechtsgestaltung im Erbrecht . . . . .	338
1. Problematische Anleihen beim lebzeitigen Leitbild: Testieren als Vorbereitungs- oder Dauerhandlung . . . . .	338
2. Zur Gültigkeit als vorgelagertem normativen Maßstab im gewillkürten Erbrecht . . . . .	341
3. Der Zeitpunkt der Sittenwidrigkeitsprüfung im Kontext rechtswirkungsrechtlichen Denkens . . . . .	344
a. Gesinnungskontrolle im Errichtungszeitpunkt . . . . .	344
b. Das objektive Modell von „Akt“ und „Regelung“ ( <i>Flume</i> ) – Erbrechtliches Entfaltungspotenzial und lebzeitige Vorprägungen . . . . .	346
§ 13 Zusammenfassung des Dritten Teils und Schlussbetrachtung . . . . .	352
A. Emanzipationsbedarf: Lebzeitige Vorprägungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . . .	352
B. Konsolidierungsstrategie: Entfaltung der Struktur- prinzipien privatautonomem Handeln von Todes wegen . . . . .	353
Literaturverzeichnis . . . . .	361
Sachverzeichnis . . . . .	401

## Einleitung

Die Testierfreiheit war unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Prinzip niemals ernsthaft gefährdet. Nicht mehr, muss man der historischen Genauigkeit halber hinzufügen, nachdem dem (Privat-)Erbrecht und mit ihm der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen<sup>1</sup> im 19. Jahrhundert die Existenzberechtigung zuweilen insgesamt abgesprochen worden war.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs ließ sich auf diese Tradition nicht ein, „ging [vielmehr] ganz selbstverständlich vom Prinzip der Testierfreiheit aus“<sup>3</sup> und verzichtete weitgehend auf eine naturrechtliche oder rechtsphilosophische<sup>4</sup> Begründung.

Die gerade erst überwundene Erschütterung der Testierfreiheit wirkt in der ebenso nüchternen wie selbstbewussten Feststellung *Plancks* nach, „die Befugnis des Erblassers, von Todes wegen zu verfügen, [lasse] sich nicht aus allgemeinen Grundsätzen ableiten, sondern beruhe auf den von der Rechtsordnung darüber getroffenen besonderen Vorschriften.“<sup>5</sup> Nicht ein bestimmter weltanschaulicher Ansatz wird hier zur Begründung bemüht<sup>6</sup>; die Gewährung der Testierfreiheit wird vielmehr schlicht als der Ausdruck einer (selbst-)bewussten gesetzgeberischen Entscheidung vorgestellt – nämlich derjenigen, die Gestal-

---

<sup>1</sup> Die Privaterbfolge ist notwendige Voraussetzung der Testierfreiheit. Sie gestaltet jene inhaltlich aus: BVerfGE 67, 329, 341; *Hetmeier*, S. 70, m.w.Nw. in Fn. 43, 86.

<sup>2</sup> Umfassend dazu *Schröder*, S. 31 ff., 174 ff., 287 ff., 220 ff., 292 ff., 253 ff., 298 ff., 332 ff., 356 ff., 378 ff., 381 ff.; *ders.*, in: Mohnhaupt, S. 281, 289 ff.; des Weiteren *Hattenbauer*, Jura 1983, 68, 74 ff.; *Klippel*, ZRG GA 101 (1984), 117, 137 ff., 163 ff.; *Hetmeier*, S. 38 ff.; *Hofer*, S. 106 f., Fn. 256; *B. Bayer*, S. 163 ff., 196 ff., 285 f., 296 ff., 307 ff.; *Stagl*, S. 154. S. auch *Leisner*, Gleichheitsstaat, S. 154 ff.; und aus soziologischer Perspektive *Beckert*, S. 66 ff., 71 ff.

<sup>3</sup> *Schröder*, S. 145: „In den Vorberatungen der Ersten Kommission, in den Hauptberatungen und in den Beratungen der Zweiten Kommission spielte die Frage nach der Abschaffung des Erbrechts keine Rolle.“; s. auch *ders.*, S. 17 ff.; *H.-G. Mertens*, S. 37, 39 f.; *Hetmeier*, S. 48 ff.; *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 83. Anders im erbrechtlichen Teilentwurf des Redaktors *von Schmitt*, der insoweit bei *Baron*, Angriffe auf das Erbrecht, 1877, reichlich Anleihen machte: Synopse bei *Schröder*, S. 137; *Hetmeier*, S. 42 ff. Inhaltlich war *Barons* Konzeption der Testierfreiheit (dazu *Hofer*, S. 150 f.) allerdings weitaus weniger auf den Willen des Erblassers bezogen als die *von Schmitts*.

<sup>4</sup> Zu rechtsphilosophischen Einflüssen auf den Redaktor *von Schmitt*: *Schröder*, S. 389 ff., 425 ff., 430 ff., 487 ff.

<sup>5</sup> §§ 1937–1942 Vorbem., Anm. 2. a.

<sup>6</sup> Übersicht über die „ausrangierten“ historischen Ansätze zur Begründung der Testierfreiheit bei *Schiemann*, ZEV 1995, 197, 199.

tungsbefugnis von Todes wegen zur dritten tragenden Säule neben der Vertragsfreiheit unter Lebenden und dem freiem Eigentum auszubauen.<sup>7</sup> Ebenso wie diese Prinzipien<sup>8</sup> ließ sich auch die Testierfreiheit<sup>9</sup> auf den ersten Blick zwanglos mit den Interessen des liberalen Besitzbürgertums assoziieren<sup>10</sup> und prägte in diesem Sinne das personelle Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit.<sup>11</sup>

Als erste der Verfassungen, die in Deutschland galten, machte sich das Grundgesetz die zivilrechtliche Grundentscheidung zur Testierfreiheit zu eigen.<sup>12</sup> Neben das „Eigentum“ wurde das „Erbrecht“ ausdrücklich in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gerückt, als dessen „bestimmendes Element“ die Testierfreiheit stets betrachtet wurde.<sup>13</sup> Aus dem existenziell bedrohten Recht war ein zivilrechtlich anerkanntes und verfassungsrechtlich „gehegtes“ Institut geworden.<sup>14</sup> Zwar erwies sich diese „Doppelsicherung“ in der Folgezeit gerade aus zivilrechtlicher Sicht als nicht unproblematisch.<sup>15</sup> Jedoch gemahnt sie daran, dass die Testierfreiheit historisch eine der fragilsten der genannten privatrechtlichen Freiheitsrechte war. Nicht umsonst stand im

<sup>7</sup> Von Schmitt, S. 55; H.-G. Mertens, S. 108. W. Nw. bei Reppen, S. 522; Busche, S. 46. C. Paulus/Zenker, JuS 2001, 1, 1, und Martinek, S. 17, führen noch die Vereinigungsfreiheit an. Boehmer, in: Nipperdey, Grundrechte, Art. 154, S. 250 ff., zählt neben dem Erbrecht und der Vertragsfreiheit die Rechtsinstitute Eigentum, Ehe und elterliche Gewalt zu den „fünf großen Eckpfeilern“ der Privatrechtsordnung. Martinek, a.a.O., spricht von einer der „vier zivilrechtlichen Grundfreiheiten“. Ähnlich Dilcher, NJW 1960, 1040, 1040. W. Nw. bei Heinrich, S. 105, m. Fn. 216.

<sup>8</sup> Allgemein zur Prinzipienbildung im Bürgerlichen Gesetzbuch Hofer, S. 13 ff.; HKK/Rückert, vor § 1 Rn. 68 ff., dort auch zur Testierfreiheit als „kleinerem Prinzip“; zum grundsätzlichen Charakter der Privatautonomie Flume, BGB AT II 2, § 1, 1, S. 1; allgemein zu Prinzipienrelationen Alexy, Recht, S. 177 ff., 206 ff. Aus der grundrechtlichen Prinzipienlehre lässt sich für das Zivilrecht sicher ihr Charakter als normatives Optimierungsgebot übernehmen: Alexy, Grundrechte, S. 75 f.; s. auch Enderlein, S. 83 ff.; 131 ff.; und vor allem Larenz, Richtiges Recht, S. 23 ff., m.w.Nw.

<sup>9</sup> Zur historischen Entwicklung der weiteren erbrechtlichen Prinzipien des Bürgerlichen Gesetzbuchs Muscheler, ErbR 2006, 34 ff.

<sup>10</sup> Reppen, S. 522; Grziwotz, Fs. Schippel, S. 9, 17: „Das Modell der bürgerlichen Gesellschaft, das dem BGB mit seiner Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit zugrunde liegt, ist eine Gesellschaft von Eigentümern [...]“

<sup>11</sup> MünchKomm/Leipold, Einl. zu §§ 1922–2385 Rn. 12 f. Zweifelnd hinsichtlich dieses „individualisierungstheoretischen Zugangs“ aus soziologischer Sicht Beckert, S. 35.

<sup>12</sup> Mit Ausnahme von Art. 60 Abs. 1 der Verfassung von Rheinland-Pfalz erwähnen die Länderverfassungen den besonderen Schutz des „Erbrechts“ nicht, ebenso wenig die Weimarer Reichsverfassung. Anders hielt es § 165 Abs. 1 Satz 1 der Paulskirchenverfassung: „Jeder Grundeigentümer kann seinen Grundbesitz unter Lebenden und von Todes wegen ganz oder teilweise veräußern.“

<sup>13</sup> BVerfG NJW 1998, 2964; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 67, 329, 341.

<sup>14</sup> So auch die Einschätzung von Dauner-Lieb, Fs. Schwab, S. 19, 19 f.: „Das Erbrecht hat sich freilich als zählebig erwiesen: Es wird heute durch Art. 14 I GG in einer Kombination von Verwandtenerbrecht und begrenzter Testierfreiheit geschützt [...]“.

<sup>15</sup> Unten § 2 A., S. 29 ff.

19. Jahrhundert *sie* – und nicht so sehr die Privatautonomie unter Lebenden<sup>16</sup> – in ihrem Bestand zur Debatte.

Der Neuanfang, den das Bürgerliche Gesetzbuch mit der Testierfreiheit gewagt hat, hat sich gelohnt. Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen ist ihrer neuen gewichtigen Rolle funktionell nicht minder gerecht geworden als die Vertragsfreiheit unter Lebenden. Zusammen mit ihr wird die Testierfreiheit als integrierender Bestandteil der „Privatrechtsgesellschaft“ angesehen.<sup>17</sup> Anders als an der *ratio* des Pflichtteilsrechts hat man an der Berechtigung der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen über die Jahre nicht gezweifelt,<sup>18</sup> wohl weil an ihrer gesellschaftlichen Akzeptanz nicht zu rütteln und ein grundlegender sozialer Wandel, der allein den Gesetzgeber hätte auf den Plan rufen können, nicht zu verzeichnen war.<sup>19</sup> Im Gegenteil: Die Testierfreiheit wird mittlerweile als eine der „elementaren Grundbedingungen einer privatautonomen Rechtsordnung“<sup>20</sup> angesehen. Als Konzept ist die Verfügungsbefugnis von Todes wegen gerade in der heutigen Zeit so überzeugend, weil sie – um ein Diktum *Schiemanns* aufzugreifen – „dem Individualismus der gesamten Privatrechtsordnung, also der bestimmenden Kraft von Privateigentum und Vertragsfreiheit, unmittelbar entspricht.“<sup>21</sup>

Die befürchtete „Flucht in die erbrechtsunabhängige Sonderrechtsnachfolge von Todes wegen“,<sup>22</sup> insbesondere in den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall, lässt sich empirisch nicht mit der notwendigen Aussagekraft belegen. Insbesondere kann ein Kausalzusammenhang zwischen einem Rückgang der Verfügungen von Todes wegen und einer Zunahme von lebzeitigen Rechtsgeschäften auf den Todesfall nicht erhärtet werden. Der erhebliche Zuwachs an abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen<sup>23</sup> und die gestiegenen Spareinlagen<sup>24</sup> legen einen Erwerb am Nachlass vorbei und damit eine Minderung des vererbbaaren Vermögens zwar nahe. Jedoch haben die Erblasser auch mehr Vermögen zu verteilen als in den ersten Jahren der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.<sup>25</sup> Wie das Verfügungsverhalten davon real beeinflusst wird, bleibt

<sup>16</sup> *Hofer*, S. 4 f. S. aber auch *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 153, zu kritischen Stimmen im Hinblick auf den Autonomiegedanken in der Privatrechtswissenschaft des ausgehenden 19. Jahrhunderts.

<sup>17</sup> *Canaris*, Fs. Lerche, S. 873, 877 f.: Erbrecht und Testierfreiheit als „Strukturelemente der Privatrechtsgesellschaft“.

<sup>18</sup> *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 21: „Die Legitimation der Testierfreiheit selbst steht nicht mehr ernstlich zur Debatte.“

<sup>19</sup> *Zawar*, DNotZ 1989, 116, 117.

<sup>20</sup> *Singer*, Selbstbestimmung, S. 220.

<sup>21</sup> *Schiemann*, ZEV 1995, 197, 199; ihm folgend *Linker*, S. 126.

<sup>22</sup> *Muscheler*, Vonselbsterwerb, S. 101. Der Begriff „von Todes wegen“ ist in diesem Zusammenhang unglücklich. Er impliziert gerade eine erbrechtliche Zuwendung.

<sup>23</sup> *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 207 f.

<sup>24</sup> Umfangreiches Zahlenmaterial bei *Staudinger/Haas*, Vorbem. zu §§ 2303 ff. Rn. 26.

<sup>25</sup> *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 343 f.; s. des Weiteren *Lange/Kuchinke*, § 1 II, S. 3 f.: „Die

letztlich offen.<sup>26</sup> Da Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall nur für bestimmte Gegenstände des Erblasservermögens – wenn auch für besonders wertvolle<sup>27</sup> – in Betracht kommen, bieten sie ohnehin keine „Gesamtlösung“.

Mit einigem zeitlichen Abstand zu anders lautenden Äußerungen aus den Siebziger Jahren lässt sich heute sagen, dass von einem vollständigen „Funktionsverlust“<sup>28</sup> der Testierfreiheit durch Etablierung eines „Nebenerbrechts“ unter Lebenden nicht die Rede sein kann.<sup>29</sup> Ein modernes kautelarjuristisches *estate planning* kombiniert lebzeitige Gestaltungsmittel auf den Todesfall und erbrechtliche Instrumente im Interesse des Erblassers, aber auch der projektierten Zuwendungsempfänger.<sup>30</sup> Allenfalls lässt sich mit *Otte* von einer „geringeren Angewiesenheit auf erbrechtlichen Erwerb“<sup>31</sup> sprechen. Letztlich im Bereich des Spekultativen bewegt sich die Aussage von *Lange/Kuchinke*, der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen stünden „psychologische Hemmungen“ entgegen, die bei lebzeitigen Rechtsgeschäften auf den Todesfall nicht aufträten.<sup>32</sup> In

---

Bedeutung des Erbrechts ist angesichts des Wachstums der privaten Vermögen [...] erheblich gestiegen“; *Schiemann*, ZEV 1995, 197 ff.; *Ann*, S. 1 f., m.w.Nw.; s. auch *Strätz*, FamRZ 1998, 1353, 1353, m. Fn. 2: „Erb-Boom“; *ders.*, DNotZ 2001, 452 ff.; *Harder/Kroppenberg*, S. V; *Schmoeckel*, NJW 1996, 1697, 1701: „Belastungsprobe für das Erbrecht“; *Pfeiffer*, FamRZ 1992, 1266, 1266: „Generation der Erben“. Die juristischen Beiträge enthalten kaum Zahlenmaterial (eine Ausnahme ist *Schmoeckel*, § 2, Rn. 7); außerhalb der juristischen Literatur findet es sich vor allem in soziologischen Studien wie dem so genannten Alters-Survey: *Kohli/Künemund/Motel*, S. 199 ff., 209 ff., mit den Tabellen 6–A3, 6–A4, 6–A5; *dies./Szydlík*, S. 56, 215 ff., mit den Tabellen 7–30, 7–31, 7–32. Zuletzt *Nave-Herz*, in: *Röthel*, Reformfragen, S. 23 ff. Zur gesellschaftlichen Verteilung des vererbten Vermögens s. *Beckert*, S. 26 ff.; *Szydlík*, KZfSS 1999, 80 ff., 84 ff., 100 f.; *Kohli/Szydlík*, Kursbuch 135, S. 33, 36 f.; *Kosmann*, Kursbuch 135, S. 73 ff. W. Nw. aus der soziologischen Literatur bei *Goebel*, DNotZ 2004, 102, 117, m. Fn. 72. Erbschaftssteuerrechtliche Folgen werden will *Rittstieg*, in: AK-GG, Art. 14/15 Rn. 145, ziehen, „um einem Rückfall in die Klassengesellschaft vorzubeugen.“

<sup>26</sup> Die empirischen Arbeiten von *Guericke*, *J. Vollmer*, *Rotering* und *B. Schulte* behandeln diesen Aspekt nicht. Zum Desiderat einer „Rechtstatsachenforschung auf erbrechtlichem Gebiet“: *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 336. S. auch *Buchholz*, FamRZ 1987, 440, 440 Fn. 2.

<sup>27</sup> *Kollbosser*, AcP 194 (1994), 231, 233: „Bei Familienunternehmen dürfte sie [die vorweggenommene Erbfolge] inzwischen eine Regel mit nur noch wenigen Ausnahmen sein.“

<sup>28</sup> So der Titel des Beitrags von *Schröder*, in: *Mohnhaupt*, S. 281 ff.

<sup>29</sup> So aber *Däubler*, RuG 1974, 43 ff.; *ders.*, ZRP 1975, 136, 144 ff.; zust.: *E. Jung*, FamRZ 1976, 134, 136. Dagegen *Mayer-Maly*, RuG 1974, 40. S. auch *Gerken*, Rpfleger 1989, 45, 47. Wie hier jüngst *Schmoeckel*, § 2, Rn. 7, m. Fn. 11.

<sup>30</sup> *Reimann*, ZEV 1997, 129 ff. Der Begriff stammt aus dem US-amerikanischen Recht: *F. L. Heiss*, Kursbuch 135, 145 ff. Beispielhaft sind *Schiemanns* Ausführungen zur Vermögensnachfolge älterer Menschen (Fs. *Otte*, S. 313 ff.): Die Gestaltung letztwilliger Verfügungen steht neben der lebzeitiger Rechtsgeschäfte. S. auch *Reimann*, Fs. *Otte*, S. 285 ff., zur kautelarjuristischen Gestaltung der Unternehmensnachfolge.

<sup>31</sup> AcP 202 (2002), 317, 344. *Schmoeckel*, § 3, Rn. 1, spricht von „Alternativen zum Erbrecht“. Zu Funktionsveränderungen des modernen Erbrechts aus soziologischer Sicht *Beckert*, in: *Röthel*, Reformfragen, S. 1, 5.

<sup>32</sup> *Lange/Kuchinke*, § 33 I 3, S. 743.

der Substanz ist jedenfalls das Recht, von Todes wegen zu verfügen, gegenwärtig keineswegs so angegriffen, als dass die Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall in das Erbrecht zwingend „zurückgeholt“ werden müssten, wie *Leipold* das zu Beginn der Achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts noch als dringliches Reformanliegen formuliert hatte.<sup>33</sup>

Die Gefahr, die der Testierfreiheit in der heutigen Zeit droht, liegt weniger im bewussten und mehr oder weniger offen vollzogenen (System-)Wechsel des Erblassers vom Erbrecht in das Recht der Lebenden. Das zeigt sich schon daran, dass auch das umgekehrte Phänomen vorkommt.<sup>34</sup> Vielmehr rückt das Recht der Lebenden selbst näher an das Erbrecht heran. Das geschieht auf subtile Weise, in dem lebzeitige Elemente und Argumentationslinien in erbrechtliche Strukturen implementiert werden. In der Tendenz ist eine schleichende „Verlebzeitigung“ der Rechtsgeschäfte von Todes wegen zu verzeichnen, die vielleicht nicht die Macht zur Implosion der spezifisch erbrechtlichen Ausprägung der Privatautonomie hat, der aber in jedem Fall erosives Potenzial eignet. Die Orientierung am Recht der Lebenden erfolgt nicht selten unbewusst, so dass sich der Befund nicht unmittelbar aufdrängt. Die Verfahrensweise hat jedoch durchaus Tradition und Methode.

An der Oberfläche sehen die Dinge positiver aus. Vordergründig hat das totgesagte Erbrecht nicht nur „überlebt“, es hat sich ebenso wie die Testierfreiheit *prima facie* auch mehr als konsolidiert. Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen ist mit einigen spektakulären höchstrichterlichen Entscheidungen in den Focus der erbrechtlichen Judikatur zurückgekehrt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich der Materie in jüngster Zeit gleich zwei Mal angenommen. Es hat die Grenzen der scheinbar schrankenlosen Testierfreiheit erneut abgesteckt, in dem es das Pflichtteils(entziehungs-)recht für verfassungsgemäß erachtet<sup>35</sup> und die Testierfreiheit als durch die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG be-

<sup>33</sup> *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 209; s. freilich heute *ders.*, Rn. 85 a.E. Der Aufsatz aus den Achtziger Jahren war Anlass für die Studie von *Olzen*, Die vorweggenommene Erbfolge, 1984. Dem gegenüber hatte *Coing*, Gutachten 49. DJT, A 25, A 37, noch die Ermöglichung von Sondererbfolgen erwogen. Kritisch dazu *Dieckmann*, Gutachten 49. DJT, K 30 F.

<sup>34</sup> Vom Recht der Lebenden wird kautelarjuristisch auf das Erbrecht vor allem dann ausgewichen, wenn es gilt, den Eintritt von Rechtswirkungen, die nur lebzeitige Rechtsgeschäfte auslösen können, zu verhindern. In der Rechtsprechung ist das für die Umgehung von Vorkaufsrechten dokumentiert: BGHZ 115, 335 ff.; dazu *Grunewald*, Fs. Gernhuber, S. 137 ff.; *Schermaier*, AcP 196 (1996), 256 ff.; sowie BGH NJW 1998, 2136 ff.; hierzu *Harder*, Fs. Kraft, S. 187 ff.; *Sieker*, S. 48, m.w.Nw. aus der Rechtsprechung in Fn. 9.

<sup>35</sup> BVerfGE 112, 332 ff. Dazu *Gaier*, in: Röthel, Reformfragen, S. 161 ff.; *ders.*, ZEV 2006, 2 ff., 5 ff.; *Herzog*, FF 2006, 86 ff.; *Führ*, MittBayNot 2006, 461 ff.; *Weiler*, MittBayNot 2006, 296–304; *Kleensang*, ZEV 2005, 277 ff.; *K. W. Lange*, ZERB 2005, 205 ff.; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441 ff.; *Otte*, JZ 2005, 1007 ff.; *Schöpflin*, FamRZ 2005, 2025 ff.; *Stüber*, NJW 2005, 2122 ff. S. auch Bamberger/Roth/*J. Mayer*, §2303 Rn. 3: „hinsichtlich vieler Details seltsam konturlos“.

schränkt angesehen hat.<sup>36</sup> Erste Stellungnahmen sagen voraus, dass dies „in der Gesamtschau den Auftakt für einen tief greifenden Wandel in der zivilgerichtlichen Judikatur“<sup>37</sup> bilden könnte. Jedenfalls rücken die Entscheidungen das Verhältnis von Verfassungs- und Zivilrecht am Beispiel des Erbrechts erneut in den Blickpunkt der Diskussion. Ob der „Siegesszug“<sup>38</sup> der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen auf diese Weise zu seinem schnellen Ende gekommen ist, ist derzeit eine offene Frage, zu deren Beantwortung Rechtsprechung und Wissenschaft aufgerufen sind.

Letztere hat insoweit Nachholbedarf. Denn auf der Tagesordnung der Privatrechtswissenschaft steht die Testierfreiheit erst seit vergleichsweise kurzer Zeit. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit ihr hat mit Verzögerung begonnen und steht erst am Anfang. Im Vergleich zur ausgereiften Dogmatik der Privatautonomie unter Lebenden handelt es sich, wenn schon nicht mehr um *terra incognita*, so doch um eine Art „Versuchsfeld“, auf dem nicht selten extreme (Gegen-)Positionen ausprobiert werden. In ihrer inhaltlichen Überspitzung erscheinen sie auf den ersten Blick als miteinander nicht kompatibel.<sup>39</sup> Die unversöhnliche Polarität der vorgetragenen Auffassungen ruft Erinnerungen an die Anfänge der Diskussion um die Normativierung und Objektivierung der Privatautonomie unter Lebenden wach.<sup>40</sup> Sie ist Anzeichen und Gradmesser dafür, dass und wie sehr die Materie noch im Fluss ist.

Das Erbrecht vorrangig als „Vermögensrecht der (Über-)Lebenden“<sup>41</sup> zu verstehen und die Testierfreiheit damit auf das Zustande bringen einer „mathematischen, reinen Wertsukzession“<sup>42</sup> zu reduzieren, kann ebenso wenig überzeugen, wie das gewillkürte Erbrecht als Teil einer Todeskultur<sup>43</sup>, nämlich als „Recht des Todes“<sup>44</sup> zu beschreiben und die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen funktionell ausschließlich als thanatologischen „Todes- und Selbst-

<sup>36</sup> BVerfG FamRZ 2004, 765 ff., m. Anm. *Staudinger*.

<sup>37</sup> *Staudinger*, FamRZ 2004, 768, 771, für die „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

<sup>38</sup> *Leipold*, Fg. BGH I, S. 1011, 1033, 1040, 1045. Ähnlich *Falk*, in: ders./Mohnhaupt, S. 451, 492: „Siegesszug der ‚grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie im Erbrecht“ (BGH NJW 1994, 249, 250, m.w.Nw.).

<sup>39</sup> Moderne Antagonisten in diesem Sinne sind *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998, der die Testierfreiheit freilich „durch die Brille“ der Universalsukzession betrachtet, und *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, 2004; *ders.*, Testierfreiheit und Ehegattenschutz, 2004: Er begreift die Testierfreiheit als das rechtliche Instrument zur Todesverarbeitung des Erblassers.

<sup>40</sup> Unten § 3 A. II., S. 62 ff.

<sup>41</sup> *Windel*, S. 244.

<sup>42</sup> *Renner*, S. 137.

<sup>43</sup> Dass Testieren selbst ein „kultureller Akt“ ist (*Groll*, ZEV 2006, 1 f.), steht auf einem anderen Blatt.

<sup>44</sup> *Goebel*, Ehegattenschutz, S. 898; *ders.*, DNotZ 2004, 101, 116.

erfahrungsraum“ der Erblasserpersönlichkeit zu begreifen.<sup>45</sup> Es entsteht eine Unschärferelation, die jeweils einen von zwei integrierenden Bestandteilen der Testierfreiheit auf Kosten des anderen ausblendet. Auf diese Weise verstellt sich der Blick auf deren bestimmendes Merkmal: ihr Charakter als inhaltlich hybrides Recht, dem eine zeitliche Zweiteilung entspricht. Insbesondere diese objektive Zeitstruktur kennzeichnet Verfügungen von Todes wegen in besonderem Maße.<sup>46</sup>

Geteilt wird die Zeit durch ein Ereignis, das das Bürgerliche Gesetzbuch als den „Tod einer Person“ definiert und „Erbfall“ nennt (§ 1922 Abs. 1 BGB). Es bezeichnet einen Umstand, der außerhalb menschlicher Erfahrung liegt. Er markiert die Erkenntnisgrenze schlechthin<sup>47</sup> und liegt damit unter anderem auch außerhalb *rechtlicher* Kategorien.<sup>48</sup> Ein „Recht des Todes“ (*Goebel*) kann es nicht geben, weil der Tod gegenüber dem Leben an sich ein „gebietsfremdes“ Phänomen ist.<sup>49</sup> In einem weiteren Sinne ist daher alles Recht, auch das Erbrecht, denknotwendig ein Recht der Lebenden, weil es rechtsfähige Normadressaten voraussetzt.<sup>50</sup> Vor dem Erbfall ist das zunächst der *lebende* Erblasser, danach sind es die (Über-)*Lebenden* in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Verstorbenen. Damit steht zugleich fest, dass das (Erb-)Recht selbst zwingend eine *immanente Materie* ist. Der *letzte Wille* des Menschen mag transzendieren, die *letztwillige Verfügung* kann es nicht.<sup>51</sup>

Daraus den Schluss zu ziehen, dass das Recht oder seine Interpreten den Tod verdrängten,<sup>52</sup> indem sie ihm „allenfalls in rechtstechnischer Manier eine Rolle in dem Sinne spielen ließen, dass der Erblasser nun einmal in einem eher physiologisch-medizinischen Sinne versterben muss, damit das Erbrecht einen

<sup>45</sup> *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 167 ff., 172 ff., und passim. S. auch *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4, 13: „postmortale Selbstverwirklichung“.

<sup>46</sup> Zur *objektiven* Rechtszeit im Verhältnis und in Abgrenzung zur *geschichtlichen* Zeit *Husserl*, *Recht und Zeit*, S. 7, 31 f. S. auch sogleich S. 8, m. Fn. 58.

<sup>47</sup> Selbst das Bild der Grenze verschwimmt. Einerseits setzt der Tod der Wahrnehmung und Erkenntnis unüberwindbare Grenzen. Andererseits beschreibt er eine Passage ohne deutliche Grenzmarkierung, also eine durchlässige Grenze. Im Einzelnen *B. Schumacher*, S. 169, m.w.Nw. Nicht nur in rechtlicher Hinsicht ist der Tod daher in der Tat ein „widerpenstiges Thema“ (*Macho*, in: *Assmann*, S. 89, 91).

<sup>48</sup> *B. Schumacher*, S. 148 f., m.w.Nw. aus dem philosophischen Schrifttum.

<sup>49</sup> *B. Schumacher*, S. 169, und passim.

<sup>50</sup> Als solches muss es vom Recht der Lebenden im engeren, das heißt juristisch-konstruktiven Sinn unterschieden werden, dessen Gegenbegriff das Erbrecht ist. *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 171, m. Fn. 174, nennt als weitere „Rechtsmaterie des Todes“ das „Recht der Sepulchralkultur“. Auch das Begräbnisrecht ist jedoch ein Recht für die Lebenden. Es regelt ihren Umgang mit den Verstorbenen.

<sup>51</sup> Auf den Unterschied zwischen den beiden Termini weist *Paulus*, S. 46 f., hin. Es nimmt nicht Wunder, dass *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 287, beide Begriffe zu Unrecht in eins setzt.

<sup>52</sup> So der Vorwurf von *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 135 ff.: „Das bisher ausgeblendete Dritte: Der Tod.“, und S. 167 ff.

„Einsatzpunkt“ im Tatsächlichen hat“,<sup>53</sup> geht am Kern der Dinge vorbei.<sup>54</sup> Das Erbrecht kann, wie alles Recht, den Moment des Ablebens einer Person, weil nicht zum Leben gehörig, nur als „blinden Fleck“ oder „Leerstelle“ erfassen. Selbst Institute wie die Nottestamente, in denen sich das Ableben eines Erblassers mit Macht aktualisiert, können notwendig nur die Besorgnis des nahen Todes als Tatbestandsmerkmal erfassen (§§ 2249 Abs. 1, 2250 BGB), nicht den Tod selbst.<sup>55</sup> Das Recht kann nicht anders, als sich vom Tod zurückziehen, in dem es ihn als den Verlust der Rechtsfähigkeit des Individuums und damit als das Ende von dessen Geborgenheit im Recht definiert. Ähnliches gilt für die Geburt, die das Bürgerliche Gesetzbuch erst ab ihrer Vollendung wahrnehmen kann (§ 1 BGB) und auf diese Weise im Leben verortet,<sup>56</sup> sowie für die Empfängnis, die im Fall des § 1923 Abs. 2 BGB so betrachtet wird, als habe die Geburt bereits stattgefunden. Mit einer Verdrängungsleistung hat das alles nichts zu tun. Was rechtlicher Betrachtung überhaupt und grundsätzlich entzogen ist, kann *per definitionem* nicht Gegenstand eines juristisch-dogmatischen „Verabseitsungsprozesses“ sein.<sup>57</sup>

Die außerrechtliche Natur des Todes selbst besagt freilich nichts über dessen Wirkmächtigkeit in den erbrechtlichen Verhältnissen des lebenden Erblassers und des überlebenden Erben. Im Recht der Verfügungen von Todes wegen hat der Erbfall vielmehr eine äußerst zentrale und keinesfalls nur rechtstechnische Funktion.<sup>58</sup> Er strukturiert die zeitliche Anlage einer erbrechtlichen

<sup>53</sup> *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 5 (im Vorwort), S. 136: „Technisierung als bloßer Einsatzpunkt des erbrechtlichen Vermögenstransfers“, und S. 155: „Die herrschende Erbrechtsdogmatik behandelt den Tod in einer fast biologistischen Reduktion als einen rein natürlichen Vorgang, der weitgehend entpersonalisiert und entindividualisiert verstanden wird [...]“.

<sup>54</sup> Offenbar nimmt *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 176, diese Einschätzung selbst schon vorweg: „Diese Sicht auf das gewillkürte Erbrecht wird gewiss nicht unwidersprochen bleiben; man wird sagen, das sei alles etwas weit hergeholt und insbesondere die Verknüpfung von Vermögen und Todesverarbeitung sei Unfug und ein rechtlicher Aberwitz.“

<sup>55</sup> Zum Merkmal der nahen Todesbesorgnis beim Bürgermeister- und Dreizeugentestament *Kappesser*, S. 25 f., 31 f.; *von der Becke*, S. 74.

<sup>56</sup> In der philosophischen Literatur werden neben dem Tod und der Empfängnis auch der Schlaf und die Ohnmacht als der eigenen Wahrnehmung entzogene „Grenzerfahrungen“ diskutiert (*Schopenbauer* und *Landsberg*), Nw. bei *B. Schumacher*, S. 146, 172 f.

<sup>57</sup> So die Terminologie *Goebels*, Persönlichkeitsrecht, S. 163 f. Damit wird nicht verkannt, dass es „beim Erben nicht nur um eine ‚Technik‘ des Transfers von Eigentum [geht], sondern auch um die heftigen Gefühle, die diese Übertragungsvorgänge bei den Beteiligten oftmals auslösen“ (*Brakensiek*, in: *Generationengerechtigkeit?*, S. 1, 3 ff.).

<sup>58</sup> Das Recht ist wie alle „kulturell-sozialen Hervorbringungen notwendigerweise zeitgebunden“: allgemein *Winkler*, S. 546; insbesondere für das Recht der Verfügungen von Todes wegen: *Edenfeld*, DNotZ 2003, 4 ff. Es schafft sich aber zugleich seine eigene Rechtszeit: „Sie [die Zeit] ist auch eine reale und ideelle Hervorbringung des Rechts.“ Die Rechtszeit ist objektiver, nicht historischer Natur (oben S. 7, m. Nw. in Fn. 46), und hat mehrere Funktionen: Sie minimiert zum einen Unsicherheit, indem sie kontrafaktische Erwartungen stabili-

Anordnung im Sinne einer „unmöglichen Gleichzeitigkeit“,<sup>59</sup> einer „temporalen Asymmetrie“<sup>60</sup> oder auch eines „Versteck“-Spiels.<sup>61</sup> Solange der Erblasser Lebender unter Lebenden ist, ist der rechtsgeschäftlich zum Erben Berufene kein Erbe, und der Erblasser bleibt in weitem Umfang Herr seiner erbrechtlichen Angelegenheiten. Erst der Tod, der den Erblasser zu einem Rechtsunfähigen und endgültig zu einem Abwesenden macht, verschafft dem Überlebenden die Rechtsstellung eines Erben. Der tote Erblasser und der überlebende Erbe verfehlen sich in diesem Punkt notwendig. So gesehen ist das Prinzip der Koexistenz von Erblasser und Erbe im Moment des Todes (§ 1923 Abs. 1 BGB)<sup>62</sup> – eben weil der Tod sich dem rechtlichen Zugriff *per se* entzieht – nicht mehr als ein juristisches Gedankenexperiment.

Nicht so die erbrechtliche Willenserklärung des Erblassers, die Ausdruck und Ausübung seiner Testierfreiheit ist. Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen vereint in sich Elemente der materialen Gestaltungsfreiheit, die in der „Gültigkeitsphase“ der Verfügung von Todes wegen, mithin zu Lebzeiten des Erblassers zum Tragen kommen, mit den besonderen formellen Erfordernissen einer Willensfortgeltung aufgrund rechtlicher Anerkennung nach Eintritt des Erbfalls. Sie stellt sich für die Rechtsordnung als Authentifizierungsproblem dar, weil sie den Willen einer Person, die zu Lebzeiten unmittelbar keine Rechtspositionen begründen konnte, gerade in einem Zeitpunkt wirksam werden lässt, zu dem diese selbst nicht mehr rechtsfähig ist. Dass das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs von dieser Zweiteilung selbst ausgeht, lässt sich oberflächlich bereits daran ablesen, dass es Begriffspaare gebildet hat, die zwar inhaltlich dasselbe bezeichnen, jedoch aus jeweils unterschiedlicher Perspektive. Das gilt zum Beispiel für die Termini „Nachlass“ und „Erbschaft“. Der eine spricht „das von einem Verstorbenen hinterlassene Vermögen“ aus eben dessen Sicht an, der andere meint das „nachgelassene Vermögen einer Person, wenn dieses zugleich als mit einem bestimmten neuen Subjekte (Erbe), auf welches das Vermögen übergeht (= Erbfolge), in Beziehung stehend bezeichnet werden soll.“<sup>63</sup> Über das Begriffliche hinaus liegt in der inhaltlichen Verzahnung beider Phasen das spezifisch Erbrechtliche der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen.<sup>64</sup> Von diesem in der Testierfreiheit selbst angelegten und unauflösbaren Spannungsverhältnis handelt *Friedman*, wenn er schreibt:

---

siert. So verringert eine Verwirkungsfrist die Enttäuschung darüber, was geschieht, wenn sie nicht eingehalten wird, beharrt aber andererseits auch auf deren Einhaltung.

<sup>59</sup> B. Schumacher, S. 149, m.w.Nw. in Fn. 31, S. 170.

<sup>60</sup> B. Schumacher, S. 195, m.w.Nw. in Fn. 13.

<sup>61</sup> B. Schumacher, S. 149, m.w.Nw. in Fn. 32.

<sup>62</sup> Harder/Kroppenberg, Rn. 351, m.w.Nw. in Fn. 2.

<sup>63</sup> Motive V, S. 603 f. S. auch Harder/Kroppenberg, Rn. 42, m. Fn. 37; des Weiteren *Ann*, S. 174.

<sup>64</sup> *Krebber*, AcP 204 (2004), 149, 162: „Dass eine Verfügung von Todes wegen erst mit dem Erbfall rechtliche Wirkung entfaltet, steht zudem mit der erbrechtlichen Privatautonomie

„The conflict in principle between free testation and the stiff, formal pattern of rules in the law of succession is likely to continue indefinitely.“<sup>65</sup>

Deshalb müssen Vergleiche mit der Privatautonomie unter Lebenden, zu denen insbesondere die erste Phase einlädt, mit Vorsicht behandelt werden, eben weil der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen (noch) lebt. Will man die Testierfreiheit verstehen, muss man deren Bezogenheit auf die Zeit nach dem Erbfall als vorgegeben akzeptieren und bei den einzelnen Sachfragen adäquat gewichten. Monokausale Erklärungsansätze, die diese Ianusköpfigkeit außer Betracht lassen, können das nicht leisten, weil ihnen das Vermögen zur Erfassung komplexer Zusammenhänge abgeht.<sup>66</sup> Differenziertere, weniger antithetische juristische Erklärungsmodelle sind noch nicht ausgebildet worden. Sie zu entwickeln tut Not.

---

(Testierfreiheit) in einem engen Zusammenhang.“ Die Aussage trifft in ihrem ersten Teil uningeschränkt freilich nur auf das Testament zu. Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament entfalten bereits zu Lebzeiten erbrechtliche Bindungswirkung.

<sup>65</sup> *Friedman*, *Wisconsin LR* 1966, 340, 370.

<sup>66</sup> Ähnlich *Beckert*, S. 338.

Erster Teil

Friktionen und offene Fragen  
im Verhältnis von erbrechtlicher und lebzeitiger  
Gestaltungsbefugnis



# § 1 Die mittelbare Wiederentdeckung der Testierfreiheit unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

## A. Annäherung über das Pflichtteilsrecht

„Die Testierfreiheit steht gegenwärtig in noch viel stärkerem Maße als zur Zeit der Schaffung des BGB im Mittelpunkt des heutigen Erbrechts.“<sup>1</sup> Wenn in der jüngeren Literatur von einer „Renaissance des Erbrechts“<sup>2</sup> im Zivilrecht und einem „Funktionsgewinn des Erbrechts“<sup>3</sup> gesprochen wird, dann trifft das zuallererst auf die Privatautonomie von Todes wegen zu. Die Rechtsprechung hat diese „Fundamentalnorm des Erbrechts“<sup>4</sup> in den letzten Jahren für sich „wieder entdeckt“,<sup>5</sup> und die Kommentatoren werden nicht müde, ihren „hohen Rang“ hervorzuheben, der „zur restriktiven Annahme der Sittenwidrigkeit zwingt“<sup>6</sup>: „Im Zweifel überwiegt die Testierfreiheit“.<sup>7</sup> Der „mehr und mehr im Vordergrund stehenden gewillkürten Erbfolge“<sup>8</sup> sei „soweit [als] möglich der Vorrang einzuräumen“,<sup>9</sup> heißt es. Die Testierfreiheit scheint damit den prominenten Platz, den ihr das Bürgerliche Gesetzbuch von Anbeginn hatte einräumen wollen, endlich eingenommen zu haben.<sup>10</sup>

Doch ist Vorsicht geboten: Die Wiederbesinnung auf die Testierfreiheit ist weniger ein Bekenntnis zur Gestaltungsbefugnis von Todes wegen selbst, obgleich es an entsprechenden Beteuerungen nicht fehlt. Zum einen ist sie vielmehr die Folge einer (Dauer-)Krise des Familien- und Verwandtenerbrechts, zum anderen das Ergebnis einer immer zurückhaltenderen Handhabung des § 138 Abs. 1 BGB innerhalb der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen. Die angedeutete Entwicklung kann daher nicht

---

<sup>1</sup> *Schiemann*, ZEV 1995, 197, 199.

<sup>2</sup> So der Titel von *Schiemanns* Aufsatz (Fn. 1).

<sup>3</sup> *Reimann*, in: Henrich/Schwab, S. 33.

<sup>4</sup> *Otte*, ZEV 1997, 123, 124.

<sup>5</sup> *Leipold*, Fg BGH I, S. 1011, 1029.

<sup>6</sup> *Schmoeckel*, JZ 1999, 517, 519.

<sup>7</sup> *Schmoeckel* (o. Fn. 6).

<sup>8</sup> *Martiny*, Gutachten 64. DJT, A 63, m.w.Nw. in Fn. 324.

<sup>9</sup> *Schlüter*, Fg. BGH I, S. 1047, 1052.

<sup>10</sup> S. oben *Einleitung*, S. 1, m. Fn. 7.

zuvörderst als das Resultat einer positiven Neubestimmung der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen beschrieben werden. Das Bild von der erbrechtlichen Privatautonomie wurde bei Schaffung und erst recht unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wesentlichen von der Diskussion um ihre Grenzen bestimmt, die strukturellen Eigenschaften der Testierfreiheit selbst eher gestreift.

So ergibt sich das Paradoxon, dass ein ähnlich wirkmächtiges Grundprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs wie die Privatautonomie unter Lebenden, die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen, in ihren zivilrechtsdogmatischen Konturen bisher eher vage bleibt – und das, obwohl die Testierfreiheit als Grundsatz in der Reformdiskussion immer wieder mit aufgerufen wird und zumindest die Befürworter einer Modifikation des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts gegenwärtig so gewillt sind wie nie, ihm durch „Deregulierung“<sup>11</sup> mehr Raum zu verschaffen. Freilich hat das Bundesverfassungsgericht dem mit seiner jüngsten Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteils(entziehungs)rechts eine Absage erteilt. Ob damit der bisherige Trend zur wirkmäßigen Entgrenzung der Testierfreiheit bereits zu einem frühen Ende gekommen ist, lässt sich gegenwärtig ebenso wenig vorhersagen, wie die Aussichten einer Restabilisierung familienerbrechtlicher Strukturen in der zukünftigen Zivilrechtsprechung. Man kann sie gegenwärtig immerhin als gut beurteilen. Rechtshistorisch würde damit an eine lange Kontinuitätslinie wieder angeknüpft, auf die sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung kursorisch bezieht.<sup>12</sup> Sie hat sich für die Behandlung der Testierfreiheit selbst als wenig günstig erwiesen. Gerade anhand der verschiedenen Etappen der Diskussion um die Berechtigung der Familienerbfolge lässt sich aufzeigen, dass die zivilrechtliche Annäherung an das Institut der Testierfreiheit nicht selten mittelbar und sozusagen durch die Brille der gesetzlichen Erbfolge und der §§ 2303 ff. BGB erfolgte. Schon die Motive knüpften die Bedeutung der Testierfreiheit an die weitere Entwicklung des Pflichtteilsrechts:

„Die Erweiterung der Testierfreiheit gegenüber dem geltenden Rechte in dem Sinne, dass das Pflichtteilsrecht völlig beseitigt wird, ist bereits abgelehnt. [...] Wie von dem Juristentage auf den Gedanken einer Beseitigung des Pflichtteilsrechtes nicht eingegangen ist, so kann auch hier die Aufhebung nicht bestimmt werden. Von dem Standpunkte der Sozialpolitik aus ist die Frage nicht spruchreif.“<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Das ist der Begriff, den *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460, 465, zur Diskussion stellt.

<sup>12</sup> BVerfGE 12, 332, 350 f.. Des Weiteren *Stagl*, S. 155 ff.; *Kleensang*, DNotZ 2006, 509, 510 ff.

<sup>13</sup> Motive V, S. 382. S. auch *Lauff*, S. 12.

Und in den Protokollen ist festgehalten:

„[D]as Erbrecht beruhe auf der Familie und dieser müsse das Vermögen erhalten bleiben, die Testierfreiheit aber sei nur zugelassen, um den individuellen Verhältnissen des Einzel- falls Rechnung tragen zu können.“<sup>14</sup>

Der Grad an Testierfreiheit, den sich das junge Bürgerliche Gesetzbuch erlauben wollte, wurde, obwohl man sich zu ihr im Grundsatz bekannte,<sup>15</sup> von Bestand und Entwicklung des Prinzips der Familienerbfolge – in Gestalt der gesetzlichen Erbfolge und des Pflichtteilsrechts sowie dessen Verhältnis zum Sozialrecht<sup>16</sup> –, wenn nicht abhängig gemacht,<sup>17</sup> so doch jedenfalls dazu in einen sachlichen Zusammenhang gerückt.<sup>18</sup>

Ähnlich gestaltete sich das methodische Vorgehen im Jahre 1938, wenn auch unter anderen Vorzeichen. Das Pflichtteilsrecht sollte – so insbesondere die Forderung *Boehmers* – zu einem materiellen Noterbrecht der nächsten Familienangehörigen verstärkt werden.<sup>19</sup> Dem Anliegen war schon bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein Erfolg beschieden gewesen.<sup>20</sup> Es wurde aber nun als Gebot des Gemeinschaftsgedankens in einem neuen weltanschaulich-ideologischen Gewand präsentiert.<sup>21</sup> Der Erbrechtsausschuss folgte dem

<sup>14</sup> *Mugdan*, Bd. 5, S. 522.

<sup>15</sup> In dieser Grundentscheidung wird der Einfluss des Redaktors deutlich, der den Geltungsgrund allen Erbrechts im Erblasserwillen verortete: *von Schmitt*, S. 39 ff.; dazu *H.-G. Mertens*, S. 83 f.; *Herzog*, S. 224 ff.; *Stagl*, S. 148 f.; des Weiteren *Beckert*, S. 76 f.

<sup>16</sup> Im Kern geht die Diskussion auch heute noch um die Frage, ob eine Versorgungsfunktion des Erbrechts (noch) anzuerkennen ist. Bejahend *Köbl*, Fg. Söllner, S. 185, 203: „Pflichtteilsrecht [...] als sozialstaatlich legitimierte Schranke der erbrechtlichen Privatautonomie“; *Fuchs*, S. 320 ff.; *ders.*, JZ 2002, 785, 796; *Neuner*, S. 241. In der Tendenz ebenso *Goebel*, Ehegattenschutz, S. 525 f. Dagegen billigen *Herzog*, FF 2006, 86, 91; *dies.*, S. 216 ff.; *dies.*, FF 2003, 19 ff.; *K. W. Lange*, AcP 204 (2004), 804, 808 f.; *Schlüter*, Fg. BGH I, S. 1047, 1050, m.w.Nw. in Fn. 7; dem Pflichtteilsrecht heute keinen unterhaltsrechtlichen Charakter mehr zu. S. auch *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441, 1443, m.w.Nw.; *Ebke*, S. 83; *Haas*, ZEV 2000, 249, 252: „Die Versorgungsfunktion des Pflichtteilsrechts ist [...] gemindert, nicht aber aufgehoben.“ Außerhalb des juristischen Schrifttums scheint die Einordnung von erbrechtlichen Zuwendungen wenn nicht als Beitrag zum Unterhalt, so doch zumindest als „intergenerationelle Unterstützungsleistung“ unproblematisch: *Kobli/Künemund/Motel/Szydlik*, S. 49, 56; s. aber auch *Beckert*, S. 31 f., im Anschluss an *Schröder*.

<sup>17</sup> *Rauscher I*, S. 33: „familienideologisch vinkuliertes Regelungsinstrument zum Zwecke der Angleichung der starren gesetzlichen Erbfolge an die konkreten Verhältnisse“, s. auch S. 103 f.

<sup>18</sup> Zu den Grundlagen eines familiär motivierten Erbrechts in der Rechtsphilosophie *Hegels*: *Klippel*, ZRG GA 100 (1984), 117, 160 ff.; des Weiteren *Beckert*, S. 69 f., 161 (dort zu *Hegels* Position in der Diskussion um die Auflösung der Familienfideikommission).

<sup>19</sup> AcP 144 (1938), 32 ff. = Ausgewählte Schriften, 274 ff. S. auch *Staudinger/ders.*<sup>11</sup>, Einl., §§ 17, 22.; *ders.*, Fg. Jung, S. 253, 256.

<sup>20</sup> Motive V, S. 386 f.; Protokolle bei *Mugdan*, Bd. 5, S. 764 f. Dazu *H.-G. Mertens*, S. 91 f., 97 f., m.w.Nw.; *Hütte*, S. 200 f.; ihm folgend *Ebke*, S. 36.

<sup>21</sup> Soweit, die Testierfreiheit abschaffen zu wollen, ging man freilich nicht. Überblick über die damalige Diskussion bei *Hütte*, S. 134 ff.

letztlich nicht, wollte das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch ausgestaltet hatte, nicht umstoßen.<sup>22</sup> Der Entwurf zu einer Erbrechtsordnung vom Mai 1940 behielt den Geldpflichtteil denn auch bei.<sup>23</sup>

Indirekt bestimmte die Debatte um die Rolle, die dem Pflichtteilsrecht im Gefüge der Familienerbfolge zukommen sollte, das Verständnis der Testierfreiheit. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle – so der Vorsitzende des Ausschusses *Lange* – diene die letztwillige Verfügung einer *sinnvollen Ergänzung* der für den konkreten Fall nicht geeignet erscheinenden gesetzlichen Erbfolge, sie erfolge in der Regel aus nachvollziehbaren Gründen, weswegen ein Geldanspruch den Familiengedanken ausreichend zur Geltung bringe.<sup>24</sup> Das war zwar gegenüber der ideologisch gefärbten Forderung nach dem Noterbrecht immer noch die differenziertere Betrachtungsweise.<sup>25</sup> Dennoch bestimmte das zeitgebundene Verständnis vom Pflichtteilsrecht als Vehikel zur Stärkung des Gemeinschaftsgedankens im Recht die Sicht auf die Testierfreiheit.<sup>26</sup> Sie wurde – auch von den Befürwortern eines Geldpflichtteilsanspruchs im Ausschuss – funktionell auf die Rolle eines bloßen Akzidens zur gesetzlichen Erbfolge reduziert. Diese verstand *Lange* wiederum – insoweit ganz in der Tradition der Gesetzesmaterialien<sup>27</sup> – als den regulären Haupteerbfolgetypus, der nur in besonderen Fällen der punktuellen Korrektur durch letztwillige Anordnungen des Erblassers bedurfte. Als legislative Frucht dieser Anschauung lässt sich das Testamentgesetz vom 31. Juli 1938<sup>28</sup> verstehen, das in seinem Vorspruch die Gebundenheit der Verfügungen von Todes wegen „zum Wohle von Familie, Sippe und Volk“ aussprach.<sup>29</sup> Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen wurde hier über das Prinzip der Familienerbfolge definiert, die gesetzliche Erbfolge materiell als „die richtige“ beschrieben. Am deutlichsten tritt das im bekannten § 48 Abs. 2 TestG hervor, wonach eine Verfügung von Todes wegen nichtig war, „soweit sie in einer gesundem Volksempfinden gröblich widersprechenden

<sup>22</sup> Das kann durchaus als bewusste Abkehr von zeitgebundenen weltanschaulichen Auffassungen gedeutet werden: *Hütte*, S. 212.

<sup>23</sup> §§ 28, 29 ErbRV, wiedergegeben bei *Schubert*, S. 403. Dort auch zur Geschichte des Entwurfs, S. XXXIV.

<sup>24</sup> *Lange*, 2. Denkschrift, S. 213; *ders.*, AcP 144 (1938), 188, 189.

<sup>25</sup> *Hütte*, S. 210.

<sup>26</sup> *Beckert*, S. 82 f., s. auch S. 81: „Gemeinschaftsideologie.“

<sup>27</sup> Oben S. 1.

<sup>28</sup> RGBl. I, S. 973.

<sup>29</sup> Im hier interessierenden Abschnitt lautet die Präambel (wiedergegeben bei *Schubert*, S. 288): „Ziel des Erbrechts ist es, überkommenes wie gewonnenes Gut des Erblassers weiterzuleiten und über seinen Tod hinaus wirken zu lassen zum Wohle der Familie, Sippe und Volk. In der Hand eines verantwortungsbewussten Erblassers dienen diesem Ziele auch Testament und Erbvertrag.“ Zu Entstehungsgeschichte und rechtspolitischen Hintergrund des Testamentgesetzes *Gruchmann*, ZNR 1985, 53 ff., 59.

Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.“<sup>30</sup>

Im Gegensatz zur völkisch-gesellschaftlichen Komponente sind der Appell an das Verantwortungsgefühl des Erblassers und die Bindung an seine Familie dem Begriff der Testierfreiheit in der Nachkriegszeit eingeschrieben geblieben. Spuren davon finden sich bis heute. So wird in der verfassungsrechtlichen Literatur – unter ausdrücklicher Berufung auf *Boehmer*<sup>31</sup> – immer noch die besondere Bedeutung des Familienerbrechts betont, indem ihm ein gleichsam naturrechtlicher Charakter beigelegt wird, der in seinem „vorkonstitutionellen, wenn nicht vorstaatlichen Ursprung“<sup>32</sup> zum Ausdruck komme. Das fügt sich gut zu zivilrechtlichen Versuchen, die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen in der Tendenz eher zu marginalisieren, so wenn zu lesen ist, dass „die Testierfreiheit dem Erblasser [erlaubt], die *Besonderheiten des einzelnen Falles* durch individuelle Regelung zu berücksichtigen, während die gesetzliche Erbfolge einen *generellen Maßstab* anlegt und die nach Meinung des Gesetzgebers für den Normalfall sinnvolle Erbregelung enthält.“<sup>33</sup>

In methodischer Hinsicht wiederholte sich das Muster im Verlauf der Geschichte der Bundesrepublik noch mehrfach; zunächst im Jahre 1969, als ein grundlegender gesellschaftlicher Wandel der Familie als dem Personal des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts behauptet wurde.<sup>34</sup> Ausgehend vom Beschluss des V. Deutschen Bundestags<sup>35</sup> standen die entsprechenden Gesetzesvorschriften erneut auf der Tagesordnung eines Deutschen Juristentags. Eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde bekanntlich nicht empfohlen.<sup>36</sup>

Aufschlussreich ist jedoch einmal mehr die Behandlung der Testierfreiheit in den beiden Gutachten. Insbesondere die Stellungnahme *Coings* spannt sie argumentativ vor den Karren des Pflichtteilsrechts.<sup>37</sup> Er malt darin das Zerrbild<sup>38</sup> vom leicht beeinflussbaren und von seinen Erbaspiranten bedrängten Erblasser,

<sup>30</sup> Dazu *Schmoeckel*, NJW 1996, 1697, 1701.

<sup>31</sup> *Stöcker*, WM 1979, 214, 222, m. Fn. 76, 79.

<sup>32</sup> *Stöcker*, WM 1979, 214, 222.

<sup>33</sup> MünchKomm/*Leipold*, Einl. zu §§ 1922–2385 Rdnr. 13, mit Fn. 21, unter Hinweis auf *Staudinger/Boehmer*<sup>11</sup>, Einl. § 17 Rn. 3; *von Lübtow I*, S. 17: Korrektur und Ergänzung der gesetzlichen Erbfolge. Aus der neueren Literatur: *Linker*, S. 122: Testierfreiheit als „notwendiges Mittel zur Korrektur der Regeln der gesetzlichen Erbfolge in Bezug auf den Einzelfall“; *Belling*, Jura 1986, 625, 625. S. auch *Fuchs*, S. 320 f: „Die vorrangige Behandlung der gesetzlichen Erbfolge bringt nach wie vor zum Ausdruck, dass darin das gesetzliche Leitbild einer vernünftigen Versorgungsregelung zu sehen ist.“ Ähnlich *Hetmeier*, S. 51 f.; w. Nw. bei *Stagl*, S. 154, Fn. 38.

<sup>34</sup> *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 335 f., weist darauf hin, dass das Argument häufig über den Charakter einer bloßen Leerformel nicht hinauskommt.

<sup>35</sup> BT-Prot. v. 14.5.1969, S. 13018 A, 13025 C.

<sup>36</sup> *Staudinger/Haas*, Vorbem. zu §§ 2303 ff. Rn. 10.

<sup>37</sup> Gutachten 49. DJT, A. 47.

<sup>38</sup> So auch *Martiny*, Gutachten 64. DJT, A 69.

der den Einflüsterungen seiner Umwelt erliegt und willkürliche, und das heißt in erster Linie familienfremde Verfügungen von Todes wegen aus einer flüchtigen Laune heraus errichtet:

„Ich glaube persönlich nicht, dass die größere Freiheit, die das Gesetz dem Erblasser einräumen würde im Endergebnis immer nur verwendet würde, um eine berechtigte Fürsorgemaßnahme für einen fürsorgebedürftigen Angehörigen zu treffen; es scheint mir wahrscheinlicher, dass eine solche unbegrenzte Testierfreiheit viel eher im Sinne sehr subjektiver und übrigens wandelbarer Entscheidungen des Erblassers verwendet würde.“<sup>39</sup>

Das Argument trifft ebenso wenig zu wie die Annahme eines mutmaßlichen Willens des Erblassers, im Zweifel die gesetzliche, und das heißt die Familienerbfolge gelten lassen zu wollen.<sup>40</sup> In einem Fall wird der Erblasser idealisiert, im anderen dämonisiert.<sup>41</sup> Ihm werden „Pseudo-Eigenschaften“<sup>42</sup> zugeschrieben, indem ihm einerseits Willkür und Verantwortungslosigkeit gegenüber seinen Angehörigen unterstellt und andererseits die Fürsorglichkeit des Typus<sup>43</sup> eines „gerechten Hausvaters“<sup>44</sup> oder – modern gesprochen – einer Art Familien(über)vaters überbetont wird.<sup>45</sup> Beide Ansätze sind letztlich im Bereich der Fiktion angesiedelt.<sup>46</sup>

Sie können zum einen rechtshistorisch gedeutet werden, nämlich als inhaltliche Überspitzungen des Antagonismus’ zwischen der „individualistischen“ oder „materialistischen“ gewillkürten Erbfolge, die gemeinhin dem römischen Recht zugeschrieben wird, und der „familiensozialistischen“ gesetzlichen Erbfolge deutschrechtlicher Prägung.<sup>47</sup> Zum anderen soll jedoch nicht verkannt

<sup>39</sup> Coing, Gutachten 49. DJT, A 47.

<sup>40</sup> Stöcker, WM 1971, 609, 610f.; Petersen, S. 30f., Niedrée, S. 11. Zuletzt Martiny, Gutachten 64. DJT, A 69, m.w.Nw. in Fn. 360; ders., NJW 2003, Beilage Heft 23, S. 12ff. Krit. MünchKomm/Leipold, Einl. zu §§ 1922–2385 Rn. 10; Michael Fischer, S. 210. Zur historischen Genese dieses Arguments Klippel, ZRG GA 101 (1984), 117, 128; ihm folgend Beckert, S. 68.

<sup>41</sup> Besonders plakativ sprechen Lange/Kuchinke, § 1 I 2, S. 1, von den „dunklen Seiten“ des Erbrechts.

<sup>42</sup> Oechsler, S. 165.

<sup>43</sup> Leenen, S. 25ff., 34 ff.

<sup>44</sup> MünchKomm/Leipold, Einl. zu §§ 1922–2385 Rn. 31; ders., AcP 180 (1980), 160, 195. Ihm folgend Miserre, S. 235 f., m.w.Nw. in Fn. 779; Niedrée, S. 12.

<sup>45</sup> Lange/Kuchinke, § 1 IV, S. 4: „Die Gestaltungsfreiheit von Todes wegen rechtfertigt jedoch auch die Erwartung, dass der Erblasser bei der Regelung seiner Vermögensverhältnisse für die Zeit nach seinem Tod, stärker als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden, dem Pflichtgebot entspricht und im Gedanken an seinen Tod sein Haus pflichtbewusst bestellt.“; ihm folgend Fuchs, S. 337. S. auch Frank, § 1, Rn. 3: „Die Testierfreiheit ist Ausfluss der Privatautonomie. Sie entspricht der liberalen Grundausrichtung des BGB, setzt auf die Vernunft des Erblassers und erwartet von ihr die Herbeiführung einer letzten Endes sozial gerechten Ordnung.“

<sup>46</sup> Wie hier Goebel, Persönlichkeitsrecht, S. 45 ff., m.w.Nw.

<sup>47</sup> In der Sache trifft diese „Frontstellung“ allenfalls in der Tendenz zu. Weder war dem römischen Recht der Pflichtteilsgedanke fremd – man denke an Institute wie die *querela inofficiosi testamenti* oder die *bonorum possessio contra tabulas* (dazu jüngst Zimmermann, in:

werden, dass die Überzeichnung der Testierfreiheit als einer willkürlichen Freiheit im Erbrechtsdiskurs deutscher Prägung<sup>48</sup> rechtspolitisch genau das geleistet hat, was ihr Ziel war: den Gedanken der Gefährdung der Familie durch die Testierfreiheit wach zu halten und den Erblasser zum Treuhänder eines „Sip-peneigentums“ herabzustufen. Auch wenn das so heute nicht mehr vertreten wird, hat die Argumentation jedenfalls maßgeblich dazu beigetragen, den Anliegen und Strukturprinzipien der gesetzlichen Erbfolge im gewillkürten Erbrecht dauerhaft juristischen Raum zu verschaffen.<sup>49</sup>

Vom Standpunkt des geltenden Rechts sind sie schon deshalb keine aus sich selbst heraus tragfähigen Begründungsansätze für die Testierfreiheit, weil sie diese material aufladen und damit zweckgerichtet bestimmen. Das wird im Einzelnen zu zeigen sein.<sup>50</sup> An dieser Stelle genügt es, festzuhalten, dass die Privatautonomie von Todes wegen als Mittel zum Zweck der Disziplinierung des Testierenden erhalten muss.<sup>51</sup> Das ist nicht auf den ersten Blick zu erkennen, weil die personalisierende Argumentationsstrategie die sachliche Instrumentalisie-

---

Röthel, Reformfragen, S. 97 ff.) –, noch der Gedanke der Familienerbfolge. Das familiengebundene Vermögen war im römischen Recht sogar der Ausgangspunkt für die Entwicklung hin zur freien Verfügungsbefugnis von Todes wegen: *Wieacker*, Fs. Siber, S. 1, 19 ff.; *Heuberger*, S. 3; *Grasmann*, S. 3; *De Waal*, in: Visser, Essays, S. 300, 302, m.w.Nw. in Fn. 15. Die Testierfreiheit wurde hier ähnlich wie die Adoption „als Methode zur Fortsetzung der Familie angesehen“, keineswegs als Mittel zur persönlichen Entfaltung: *Maine*, S. 127, 142. Die Vorstellung vom „unsozialen römischen Recht“ trifft daher in dieser Allgemeinheit nicht zu (*Schröder*, S. 37 ff.). Umgekehrt gab es – vor allem unter dem Einfluss der katholischen Kirche – auch im deutschen Recht Testierfreiheit: *De Waal*, a.a.O., S. 311; *Landau*, SZ GA (1997), 56, 59 ff. Der Gegensatz zwischen römischer und germanischer Rechtsanschauung dürfte vielmehr als Teil der Auseinandersetzung zwischen den beiden rechtshistorischen Disziplinen des 19. Jahrhunderts um verschiedene Rechtsmodelle zu verstehen sein: *Hofer*, S. 49 ff., 143, Fn. 93, m.w.Nw.; *Luig*, in: Rückert/Willoweit, S. 95 ff.; s. auch *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 82 f.; *Thiessen*, in: Jahrbuch, S. 29, 36, m.w.Nw. in Fn. 43; eher ablehnend *Klippel*, ZRG GA 101 (1984), 117, 129 ff. In der nationalsozialistischen Zeit wurde insbesondere „germanisch-deutsches Rechtsdenken“ instrumentalisiert, um die gewillkürte Erbfolge auf Kosten eines angeblichen Sippen-, Pflicht- und Gemeinschaftsgedankens in der gesetzlichen Erbfolge zu diskreditieren. Beispielhaft *Strunck*, S. 42, s. auch oben bei Fn. 20. Das Phänomen ist Teil eines größer angelegten, rechtshistorisch legitimierten „Kampfes gegen das subjektive Recht“. Im Einzelnen dazu *Klippel*, in: Rückert/Willoweit, S. 31, 39 ff.

<sup>48</sup> In Frankreich wurde die Ausweitung der Testierfreiheit dagegen gerade umgekehrt als rechtliches Schutzinstrument der traditionellen Familie gedeutet: *Beckert*, S. 21, 56 ff., 329 f., 337. In der Anlage ähnelt die Argumentation hier römischem Rechtsdenken, soeben Fn. 47.

<sup>49</sup> Ähnlich *Beckert*, S. 75, s. auch S. 19: „normativ abgelehnter grenzenloser Individualismus und damit zerstörerisch für die Sozialbeziehungen in der Familie und der Gesellschaft“.

<sup>50</sup> Unten § 3 C. II. 2., S. 111 ff.

<sup>51</sup> Ähnlich *Muscheler*, ZEV 1999, 152, zur Überprüfung der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen gemäß § 138 Abs. 1 BGB (unten B., S. 25 ff.): „wahre Besserungsanstalt für Testatoren“. Deutlich wird dieses Denken auch im Ansatz *Westermanns*, Fs. Wie-gand, S. 661, 663, der „Straf-“ und „Disziplinierungsmaßnahmen“ des Erblassers „nicht ohne besondere Gründe“ zu akzeptieren empfiehlt. Kritisch dazu *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86, 94 f.

rung verdeckt.<sup>52</sup> Das Misstrauen gegen den Verfügenden kann scheinbar in eine Begründung für ein gesetzliches Noterbrecht oder wenigstens das Pflichtteilsrecht von nahen Angehörigen umgemünzt werden, weil die hier beschworene Verantwortungslosigkeit des Erblassers nach einer gesetzlichen Begrenzung zugunsten der übergangenen Familie geradezu verlangt.

Der Ansatz leistet freilich nicht, was er verspricht, weil er einen Zusammenhang suggeriert, wo keiner besteht. Die Legitimation der §§ 2303 ff. BGB kann sich – wenn überhaupt – nur aus dem ihnen zugrunde liegenden Grundsatz, der Familienerbfolge, ergeben, nicht aus dem anders gearteten Prinzip der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen. Zur materiellen Begründung des Pflichtteilsrechts, dessen Personal bestimmte gesetzliche Erbberechtigte sind, können daher keine gedanklichen Anleihen bei der Testierfreiheit als Prinzip der rechtsgeschäftlichen Erbfolge von Todes wegen gemacht werden.

Das wird dadurch bestätigt, dass gewillkürte und gesetzliche Erbfolge strukturell voneinander zu trennende Institutionen sind.<sup>53</sup> Familienbindung und privatautonome Selbstbestimmung des Erblassers sind inhaltlich disparate Prinzipien und als solche nur aus sich selbst heraus zu begründen. Insbesondere stehen sie, weil sie auf unterschiedlichen Geltungsgründen beruhen, *materiell* nicht in einer Relation von Vorrang und Subsidiarität zueinander, wie das vielfach behauptet wird.<sup>54</sup> Das Gesetz behandelt sie vielmehr „kollisionsrechtlich“, weil beide Modi zur Erbenbestimmung bereitstehen und es klar sein muss, aufgrund welchen Erbfolgetypus die Beerbung erfolgt. Allein diese rechtstechnische Überschneidung der beiden Erbfolgetypen wird zugunsten des rechtsgeschäftlichen gelöst. Nur insoweit lässt sich von einem „Vorrang der Willens- vor der Gesetzeserbfolge“<sup>55</sup> und von der gesetzlichen Erbfolge als einer „Regelungsreserve“<sup>56</sup> sprechen. Sie kommt nur zum Tragen, wenn tatsächlich eine Verfügung von Todes wegen vorliegt und sie eine vollständige, gültige und wirksame Regelung der Erbfolge enthält.<sup>57</sup> Eine Stel-

<sup>52</sup> Oechsler, S. 164f.

<sup>53</sup> Windel, S. 221: „Strukturelle Trennung von gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge.“ Er geht zwar zu Recht davon aus, dass das Pflichtteilsrecht methodisch als eine Art *missing link* zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge fungiert (vgl. Schlüter, Fg. BGH I, S. 1047, 1051: „Schnittstelle“), verkennt aber, dass es inhaltlich kein *tertium* zu beiden bildet, sondern wie die gesetzliche Erbfolge der Familienerbfolge zuzuschlagen ist. Ähnlich Leipold, JZ 1996, 287, 288: „Pflichtteilsrecht als partielle Verfestigung des gesetzlichen Erbrechts“.

<sup>54</sup> So aber die ganz herrschende Lehre Fuchs, JZ 2002, 785, 795; Lange/Kuchinke, § 1 V 1, S. 8: „Das BGB erhebt den Erblasser zum Herrscher des Erbrechts. Die gewillkürte Erbfolge hat Vorrang vor der gesetzlichen.“ Ähnlich Herzog, S. 205 f.: „Regel-Ausnahmeverhältnis“; Stagl, S. 153, m.w.Nw. in Fn. 37.

<sup>55</sup> Von Schmitt, S. 155. Zum Verhältnis von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge im Erbrechtsentwurf F. Mommsens: Andres, S. 234 ff.

<sup>56</sup> Isensee, DNotZ 2004, 754, 758.

<sup>57</sup> Von Schmitt, S. 156: „Dass die Gesetzeserbfolge nur durch eine rechtsgültige und zur Wirksamkeit gelangende Erbeinsetzung ausgeschlossen wird, versteht sich von selbst.“

lungnahme zur materiellen Wertigkeit oder unterschiedlichen Bedeutung beider Erbfolgen zueinander ist das jedoch nicht – weder in die eine noch in die andere Richtung.

Die Deutsche Einheit bildete schließlich im letzten Jahrzehnt den Anstoß für die dritte Reformdebatte des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts. Die Literatur dazu ist mittlerweile Legion, die Argumente sind nicht neu<sup>58</sup> und im Wesentlichen ausgetauscht<sup>59</sup>; sie sollen hier nicht noch einmal wiederholt werden. Denn das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 19. April 2005 die Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteils- und Pflichtteilsentziehungsrechts bejaht und deren Verankerung in Art. 6 Abs. 1 GG eigens hervorgehoben,<sup>60</sup> nachdem es diese Frage nach dem Verhältnis von Testierfreiheit und Verwandtenerbfolge in einem ersten Nichtannahmebeschluss noch ausdrücklich offen gelassen hatte.<sup>61</sup> Das Gericht stellt nunmehr ausdrücklich fest, dass die Gestaltungsbefugnis des Erblassers von Verfassungs wegen grundsätzlich auch den durch die Abstammung begründeten familienrechtlichen Bindungen unterliegt und meint damit zu allererst das Pflichtteilsrecht. Auch hier steht mithin einmal mehr die Relation der gewillkürten zur Familienerbfolge im Mittelpunkt der Betrachtungen. Die Aussagen über die Testierfreiheit selbst halten sich dagegen in den gewohnten Bahnen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Thema.<sup>62</sup>

Für die Testierfreiheit selbst hat auch dieser dritte Diskussionsabschnitt, der nunmehr mit der verfassungsgerichtlichen Entscheidung einen vorläufigen Abschluss gefunden haben dürfte, keinen neuen Impuls erbracht. Es lässt sich im Gegenteil sagen, dass sich das juristische Augenmerk auch nach drei Juristentagen<sup>63</sup> – den Erbrechtsentwurf des Jahres 1940 nicht mitgerechnet – einmal mehr nicht oder nur reflexartig auf die Privatautonomie von Todes wegen selbst gerichtet hat. Die Diskussion dreht sich, wie schon zur Zeit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und davor, über weite Strecken immer noch um die Legitimation und Konturierung der Familienerbfolge, wie sie *de lege lata* in den §§ 2303 ff. BGB ausgeprägt ist.<sup>64</sup> Auch wenn die neueste Entscheidung des

<sup>58</sup> Darauf weist auch *Stagl*, S. 157, hin.

<sup>59</sup> So auch die Feststellung *Schröder*, DNotZ 2001, 465, 467. Überblick über die rechtspolitische Diskussion mit umfangreichen Nw. aus der Lit.: *J. Mayer*, in: ders./Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Rn. 18 f.; *Herzog*, S. 204 ff., 216 ff., 224 ff., 227 ff., 239 ff., 243 ff., und passim.; *K. W. Lange*, AcP 204 (2004), 804, 826 ff.

<sup>60</sup> BVerfGE 112, 332, 352. S. die Nw. oben *Einleitung*, S. 5, Fn. 35.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2001, 141.

<sup>62</sup> Unten § 6 A., S. 153 ff., B., S. 159 ff.

<sup>63</sup> 14. DJT in Jena (1878): *von Meyersburg*, S. 50 ff.; *Bruns*, Gutachten 14. DJT, S. 71 ff. (dazu *Schröder*, S. 127 ff.); 49. DJT in Düsseldorf (1972): *Coing*, Gutachten 49. DJT, A 12 ff.; Referat von *Dieckmann*, Bd. 2, K 6 ff.; dazu auch *Bosch*, FamRZ 1972, 417 f.; 64. DJT in Berlin (2002): *Martiny*, Gutachten 64. DJT, A 7 ff.

<sup>64</sup> *Beckert*, S. 83: „erstaunliche Kontinuität“; s. auch *ders.*, S. 86: „Die erneuten Diskussionen um die Testierfreiheit und der vornehmlich eingenommene Standpunkt der Beibehal-

Bundesverfassungsgerichts insoweit eine gewisse Konsolidierung und Stabilisierung der §§ 2303 ff. BGB mit sich bringen dürfte<sup>65</sup>, stehen einmal mehr die Grenzen der Testierfreiheit im Mittelpunkt, nicht sie selbst. Es war die Frage der Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, die – berücksichtigt man die Erfolglosigkeit der bisherigen Anläufe – wenn nicht „Jahrhundertaufgabe“,<sup>66</sup> so jedenfalls „Jahrhundertthema“ des Erbrechts war.

Demgegenüber hat die Testierfreiheit bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein fast keine Rolle mehr gespielt.<sup>67</sup> Als liberales Grundprinzip teilte sie das Schicksal anderer Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es passte erst etwa ab den Sechziger Jahren in die gesellschaftlichen und ökonomischen Verhältnisse,<sup>68</sup> die das Gesetzbuch schon im Zeitpunkt seines Inkrafttretens voraussetzte.<sup>69</sup> Was die Behandlung der Gestaltungsbefugnis von Todes wegen anbelangt, sind die Nachwirkungen dieser Entwicklung bis heute zu spüren. In der Diskussion um die Familienerbfolge kam die Testierfreiheit über die Funktion eines komplementären Prinzips kaum hinaus und bot über weite Strecken der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur eine Art Negativfolie, deren eigene dogmatische Konturen nicht selten verschwammen. Die Arbeit an einer eigenen zivilrechtlichen Dogmatik der Testierfreiheit wurde erst sehr spät aufgenommen.

Dieser Befund steht auf den ersten Blick im Gegensatz zu der Beobachtung, dass die Krise des Familienbezugs des Erbrechts die Testierfreiheit in ihrem Wirkungsbereich wenn nicht gestärkt, so doch jedenfalls unmittelbarer in das Blickfeld hat rücken lassen – und das nicht nur rechtlich, sondern offenbar auch empirisch. Das lässt sich aus dem Umstand entnehmen, dass Verfügungen von Erblassern offenbar gerade deswegen zunehmen, weil das der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende Familienbild zunehmend als unangemessen empfunden wird.<sup>70</sup> Juristisch drückt sich dieser Zusammenhang bis zu einem gewissen

---

tung des Pflichtteilsrechts zeigen die weitere Bedeutung der familienorientierten Argumentation im Erbrecht in Deutschland – angepasst an sich verändernde Familienstrukturen. Die Reformvorschläge reflektieren den Wandel familiärer Solidarität.“

<sup>65</sup> Zu den jüngsten Reformbestrebungen im Pflichtteilsrecht s. die Symposiumsbeiträge von *Diwell*, *Martiny*, *Otte* und *Röthel* in: dies., Reformfragen; S. 185 ff., 195 ff., 203 ff., 291 ff.; sowie den Tagungsbericht von *Wiegand*, DNotZ 2007, 97 ff.; des Weiteren *K. W. Lange*, DNotZ 2007, 84 ff.;

<sup>66</sup> *Bosch*, FamRZ 1970, 497, 504; *ders.*, FamRZ 1972, 417, m.w.Nw. in Fn. 1.

<sup>67</sup> So auch die Beobachtung *Beckerts*, S. 85.

<sup>68</sup> Das wird z.B. daran deutlich, dass das Urteil, mit dem der Bundesgerichtshof erstmals von der „Sittensprechung“ zum so genannten Geliebtentestament abging (BGHZ 52, 17 ff.), vom Ende der Sechziger Jahre, genauer dem 17. März 1969, datiert. Unten *B.*, S. 22.

<sup>69</sup> *HKK/Rückert*, vor § 1 Rn. 97, datiert die „späte Aussöhnung“ mit dem BGB (dazu *Schulte-Nölke*, in: Jahrbuch, S. 9, 16 f., 19 f.; *ders.*, NJW 1996, 1705 ff., 1709 f.) auf die Jahre 1958/1960; s. auch *Rückert*, JZ 2003, 249 ff.

<sup>70</sup> *Staudinger/Haas*, Vorbem. zu §§ 2303 ff. Rn. 2, unter Hinweis auf das Zahlenmaterial von *Leipold*, AcP 180 (1980), 160, 198 ff.; etwas anders akzentuiert *Haas*, ZEV 2000, 249, 253.

Grad in dem „Spannungsverhältnis“<sup>71</sup> aus, in das der Gesetzgeber die beiden materialen Grundsätze des Erbrechts, die Familienerbfolge und die Testierfreiheit, gestellt hat. *Otte* stellt die Beziehung als ein Prinzip von zwei kommunizierenden Röhren dar:

„Das deutsche Recht kannte die Testierfreiheit nicht, und das rezipierte, dem BGB zugrunde liegende römische Erbrecht enthielt den Grundsatz der Testierfreiheit nur zusammen mit dem Pflichtteilsrecht.“<sup>72</sup>

Die Beschränkung des einen Grundsatzes bewirkt hiernach einen Bedeutungszuwachs des anderen und umgekehrt. Jedoch sollte dieser Zusammenhang aus zwei Gründen nicht überschätzt werden. Er trifft zum einen nur zu, wenn tatsächlich Pflichtteilsberechtigte durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurden und nicht andere Personen; wo das nicht der Fall ist, ist die Testierfreiheit das primäre Prinzip.<sup>73</sup> Zum anderen gestaltet sich die Erbrechtsordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst dort „materialistisch“, wo der Anwendungsbereich des Pflichtteilsrechts eröffnet ist. Denn der Berechtigte hat nur einen Geldanspruch gegen den möglicherweise familienfremden Erben.<sup>74</sup> Dessen Berufung aufgrund Verfügung von Todes wegen wird vom Gesetz nicht angetastet.<sup>75</sup> *Martinys* Aussage in seinem Gutachten zum 64. Deutschen Juristentag, dass die „individuelle Gestaltung [des Erblassers] behindert würde, wenn sich die „Ziele, [die der Verfügende mit seiner Gestaltung von Todes wegen verfolgt], nicht mit den zwingenden Vorgaben des Pflichtteilsrechts deckten“, trifft daher nicht zu.<sup>76</sup> Auch der willkürliche Gebrauch der Testierfreiheit, von dem bereits die Rede war,<sup>77</sup> lässt sich – entgegen *Martiny*<sup>78</sup> – mit den Mitteln des Pflichtteilsrechts gerade

---

Exemplarisch *Ritter*, S. 33: „Das Erbrecht nach dem BGB basiert in den zentralen Punkten der gesetzlichen Erbfolge und der Pflichtteilsberechtigung auf der sozialen Wirklichkeit des ausgehenden 19. Jahrhunderts“. Die Gegenposition formuliert *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 330 ff., 340 ff., m.w.Nw.; s. auch *ders.*, ZEV 1994, 193, 197; ihm folgend *Schiemann*, Fs. *Otte*, S. 313, 327.

<sup>71</sup> BVerfGE 112, 332, 355.

<sup>72</sup> AcP 202 (2002), 317, 319 f. *Henrich* bringt die beiden Institute im Titel seiner Abhandlung „Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht“ buchstäblich in Frontstellung.

<sup>73</sup> *Leipold*, Fg. BGH I, S. 1011, 1039.

<sup>74</sup> Vorsicht ist allerdings bei *Michalskis* Feststellung (Rn. 471) geboten, die Testierfreiheit sei „nur in dinglicher Hinsicht uneingeschränkt“. Die Aussage orientiert sich erkennbar an lebzeitigen, i. e. sachenrechtlichen Strukturmerkmalen. Unten § 4, S. 118 ff.

<sup>75</sup> Es ist deshalb auch nicht richtig, von einer Selbstbindung der Testierfreiheit des Erblassers durch Eheschließung und/oder Kinderzeugung auf der Primärebene auszugehen. So aber *von Schmitt*, S. 54; s. auch *H.-G. Mertens*, S. 84; ähnlich *Stöcker*, FamRZ 1971, 609, 617; *Huber*, S. 52 f. Dagegen zutreffend *Herzog*, S. 224 ff.

<sup>76</sup> Gutachten 64. DJT, A 72. Dazu *Klingelhöffer*, ZEV 2002, 293 ff.

<sup>77</sup> Oben bei Fn. 38.

<sup>78</sup> Gutachten 64. DJT, A 70, dem BVerfGE 112, 332, 353, in diesem Punkt folgt: „Relativierung der Möglichkeit zur Ungleichbehandlung von Kindern durch den Erblasser.“

nicht verhindern. Denn die enttäuschte Erberwartung pflichtteilsberechtigter Personen wird ausschließlich sekundär kompensiert. Die Verfügung von Todes wegen selbst bleibt wirksam. Im Verhältnis zum Pflichtteilsrecht – anders als zur gesetzlichen Erbfolge<sup>79</sup> – hat daher die Testierfreiheit gegenüber der Familienerbfolge nach dem geltenden Recht das Übergewicht.<sup>80</sup>

Schließlich handelt es sich bei der Testierfreiheit und der Familienerbfolge, auch in dem Fall, in dem sie das Gesetz tatsächlich aufeinander bezieht – nämlich, wenn der Erblasser Kinder, Ehegatten oder Eltern durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausschließt (§ 2303 Abs. 1 BGB) – immer noch um zwei verschiedene Rechtsprinzipien, deren Handlungslogiken nicht zwingend miteinander gleichzusetzen sind. Während es bei der Familienerbfolge stets um (reziproke) Formen von Solidarität unter nahen Angehörigen geht, ist dies bei der gewillkürten Erbfolge nur ein mögliches Motiv unter mehreren denkbaren, die den Erblasser bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen leiten können. Beide Erbfolgetypen müssen daher aus sich selbst heraus verstanden und erläutert werden. Sie können nicht als Reaktion auf den jeweils anderen Grundsatz begriffen und konturiert werden.<sup>81</sup> *Bruns* hat das schon früh zum Ausdruck gebracht:

„Diese Freiheit der Verfügung ist also nicht eine Concession vom Familienprincipe, sondern selbständiges eigenes Recht des Individuums, ebenso wie umgekehrt das Recht der Familie nicht auf der ‚*voluntas praesumptiva*‘ des Verstorbenen beruht, sondern selbständig auf der gattungsmäßigen Beziehung der Familie zu ihm.“<sup>82</sup>

Die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen selbst wurde bisher aus zivilrechtsdogmatischer Sicht eher nur *en passant* behandelt.<sup>83</sup> Das ist ein Manko, dem die vorliegende Untersuchung abhelfen möchte.

<sup>79</sup> Oben S. 20f.

<sup>80</sup> Deshalb trifft die Einschätzung *Stagls*, S. 161, in der Frage sei eine „grundsätzliche Unentschiedenheit des deutschen Erbrechts“ zu vermerken, auf die *lex lata* nicht zu.

<sup>81</sup> So aber *Schlüter*, Fg. BGH I, S. 1047, 1065.

<sup>82</sup> *Bruns*, Kleinere Schriften II, S. 139, 155. Er plädiert an dieser Stelle nicht für die Abschaffung der Testierfreiheit. Gerungen wurde ausschließlich um die Frage, wie sehr sie das Gesetz einschränken sollte (ähnlich die Einschätzung *Beckerts*, S. 71).

<sup>83</sup> Die Arbeit von *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, bildet nur eine gewisse Ausnahme. Denn er verortet die Gestaltungsbefugnis von Todes wegen in erster Linie im außerrechtlichen Kriterium der Todesverarbeitung. Wo er sie aber dogmatisch beschreibt – als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nämlich –, entkleidet er die Testierfreiheit ihres spezifisch *privatautonomen* Rechtscharakters. Dazu im Einzelnen unten § 3 C. II. 1., S. 106ff., und 2., S. 111ff.

## B. Annäherung über den Sittenwidrigkeitsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB

Die Engführung der Testierfreiheit mit dem Gedanken der erbrechtlichen Versorgung von Familie und Verwandten hat auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen über längere Zeit dominiert. Es ist das Verdienst *Falks*<sup>84</sup> und *Leipolds*,<sup>85</sup> die Entwicklung und ihre Auflösung hin zur Betonung der Testierfreiheit im Einzelnen nachgezeichnet zu haben.

In den Entscheidungen, die im Allgemeinen mit dem Stichwort des Geliebten- oder Mätressentestaments bezeichnet werden,<sup>86</sup> hatte sich der Bundesgerichtshof den Schutz von Ehefrau und Familie des Erblassers sowie die Wahrung ihrer Vermögensinteressen auf die Fahne geschrieben. Sie waren von diesem Ansatz her fast unausweichlich moralisierend gehalten, weil sie im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung notwendig mit einem Unwerturteil, also mit einer richterlichen Wertung verbunden werden mussten.<sup>87</sup> Setzt man die Bedenkung von Ehefrau und Familie als das sittengemäße Verhalten voraus, muss man die Abweichung hiervon – also die erbrechtliche Zuwendung an die Geliebte – zwingend als von den gesellschaftlichen Gepflogenheiten divergierendes, sittlich nicht akzeptables Verhalten des Erblassers kennzeichnen und kommt so kaum umhin, seine Gesinnung statt der letztwilligen Verfügung zu bewerten.<sup>88</sup> Für die Behandlung der Privatautonomie von Todes wegen gilt in dieser ersten Phase der Rechtsprechung der bereits bekannte Befund: „Nicht die Testierfreiheit, sondern der Schutz von Ehe und Familie, konkret der Schutz der Erberwartungen, [stand] im Vordergrund.“<sup>89</sup> Oder in den Worten *Falks*: „Die gesetzliche Testierfreiheit war durch moralisierende Richterfreiheit er-

<sup>84</sup> In: *ders./Mohnhaupt*, S. 451 ff., 482 ff., 490 ff.

<sup>85</sup> Fg. BGH I, S. 1011, 1023 ff.

<sup>86</sup> Detaillierte Nw. aus der Rechtsprechung bei *Falk*, in: *ders./Mohnhaupt*, S. 451 ff., 470 ff., 476 ff., 490 ff. S. auch *Johannsen*, WM 1971, 918 ff.; *A. Schmitt*, S. 60 ff.; *Karow*, S. 68 ff., 77 ff., 104 ff., 108 f., 115 ff., 132 ff., 160 f., 163 ff. Überblick bei *Kaden*, S. 34 ff., 59 f.; *Sasse*, JA 1986, 160 ff.

<sup>87</sup> Kritische Stimmen aus der älteren Literatur: *Gernhuber*, FamRZ 1960, 326, 328 ff.; *Müller-Freienfels*, JZ 1968, 441 ff., 448; *Breithaupt*, NJW 1968, 932 f.; *Speckmann*, JZ 1969, 733 ff.; w. Nw. bei *Zeidler*, Fs. Faller, S. 145, 161 Fn. 84.

<sup>88</sup> *Goebel*, Persönlichkeitsrecht, S. 334: „Konservativ bärbeißige Moralvorstellungen“. Sein Anliegen, die Aufgabe dieser Rechtsprechung rechtstheoretisch zu begründen (S. 334) – insbesondere, den Umstand, dass das Recht von der Moral zu differenzieren ist (S. 335 ff.) –, wirkt heute, nachdem die Kehrtwendung wenn nicht ausdrücklich, so doch in der Sache (dazu *Falk*, in: *ders./Mohnhaupt*, S. 451, 490) bereits seit Jahrzehnten vollzogen ist, anachronistisch (vgl. auch *Goebel*, Ehegattenschutz, S. 490 ff.). Die „Mätressen-Testamente“ taugen heute nur noch als Lehrbeispiele.

<sup>89</sup> *Leipold*, Fg. BGH I, S. 1011, 1025.

setzt worden.“<sup>90</sup> In jedem Fall werden die dogmatischen Strukturen der Testierfreiheit nicht erörtert.

Was sich nunmehr in der Rechtsprechung vollzieht,<sup>91</sup> lässt sich als Verrechtlichungsprozess weg von der Beurteilung des Verhaltens des Erblassers hin zur Überprüfung des Inhalts seiner letztwilligen Verfügung beschreiben. Formal stellen die Entscheidungen die Privatautonomie von Todes wegen voran und betonen ihre Bedeutung *unisono*. Jedoch bleibt auch dies eine mittelbare Annäherung. Gesellschaftliche und rechtliche Veränderung nehmen dem moralisierenden Familienargument seine Berechtigung. Der Bundesgerichtshof verwendet es nicht mehr und zieht sich in den Lebenspartner-Fällen *de facto* aus der Sittenwidrigkeitsprüfung nahezu vollständig zurück.<sup>92</sup> Wohl um die ausdrückliche Aufgabe seiner Rechtsprechung nicht aussprechen zu müssen, soll nur noch die Erbeinsetzung als Entlohnung für sexuelle Dienste unter § 138 Abs. 1 BGB fallen.<sup>93</sup> Auch hier bleibt jedoch ein „Rest Verstrickung in die Probleme persönlicher Moral“,<sup>94</sup> die angesichts neuer gesetzlicher Ansätze zur rechtlichen Behandlung „entgeltlicher Sexualität“ auch als Fallgruppe aufgegeben werden sollte.<sup>95</sup> Es handelt sich ohnehin nur noch um ein rechtlich neutralisiertes Residuum, das kaum jemals zum Tragen kommen dürfte. Dazu tut schon die Beweislastverteilung, so wie der Bundesgerichtshof sie vornimmt, ihr Übriges.<sup>96</sup> Auch außerhalb der bisher betrachteten Fälle wird fortan geradezu formelhaft betont, dass Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen nur ganz ausnahmsweise, in jeweils nicht näher benannten „extremen“ Ausnahmefällen in Betracht komme.<sup>97</sup>

<sup>90</sup> *Ders./Mohnhaupt*, S. 451, 489.

<sup>91</sup> Mit den Entscheidungen BGHZ 52, 17; 53, 369, 374 f. S. auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 583 f.

<sup>92</sup> So auch die Einschätzung *Stagls*, S. 150 Fn. 17.

<sup>93</sup> *Zeidler*, Fs. Faller, S. 145, 162: „Hingabe für die Hingabe“. Aus rechtsvergleichender Sicht: *Kötz*, *RabelsZ* 58 (1994), 209, 212.

<sup>94</sup> *Schwab/Löhnig*, Rn. 689; des Weiteren *Goebel*, Ehegattenschutz, S. 376.

<sup>95</sup> *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86, 103, Fn. 93. Zum Ganzen *Schwab/Löhnig*, Rn. 691 f., im Hinblick auf das am 1.1.2002 in Kraft getretene „Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG)“ vom 20.12.2001 (BGBl. I 3983): „Für die Anwendung des § 138 Abs. 1 [BGB] bedeutet das Gesetz, dass nun weder die Annahme noch die Hingabe eines Entgelts für sexuelle Handlungen als sittenwidrig zu beurteilen sind.“ Für erbrechtliche Zuwendungen wird man nichts anderes gelten lassen können – zumal der Bedachte in der Regel keine Person ist, die sexuelle Leistungen kommerziell anbietet. Ebenso *Bamberger/Roth/Litzenburger*, § 2074 Rn. 7, m.w.Nw.; *Paal*, JZ 2005, 436, 437; *Imgrund/Reese*, Jura 2006, 565, 567, m.w. Nw. in Fn. 21.

<sup>96</sup> *Leipold*, Fg. BGH I, S. 1011, 1032 f. Zur Entwicklung in diesem Punkt: *Falk*, in: *ders./Mohnhaupt*, S. 451, 480 ff., 492: „Auf die Feinheiten und Tücken der Beweislastverteilung kommt es daher längst nicht mehr an.“

<sup>97</sup> BGHZ 111, 36, 39 f.; BGH NJW 1983, 674: „besonders hervorstechende Ausnahmefälle“.