

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Ann-Marie Cathérine Kaulbach

Gestaltungsfreiheit im Erbrecht

Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand

Band 8



Wolfgang Metzner Verlag

Ann-Marie Cathérine Kaulbach

Gestaltungsfreiheit im Erbrecht

Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

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

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-01-1

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

Dank 14

Einleitung 16

1. Teil 20

Grundlagen des Erbrechts in Deutschland und Europa 20

A. Fragestellung 20

B. Begriff der Testierfreiheit 20

C. Historische Entwicklung der Testierfreiheit 23

I. Römisches Recht 23

1. Entwicklung der Testierfreiheit 23

a) Das Komitialtestament 23

b) Das Manzipationstestament 24

c) Weitere Testamentsformen 25

2. Grenzen der Testierfreiheit 25

a) Allgemeine Formerfordernisse 25

b) Formelles Noterbrecht 26

c) Materielles Noterbrecht 27

d) Beschränkungen durch den Erblasser 28

II. Deutsches Recht 28

1. Germanisches Recht 29

2. Fränkisch-deutsches Recht 30

3. Hoch- und Spätmittelalter 31

a) Das gemeine Recht 31

b) Stadt- und Landrechte 32

c) Zwischenergebnis 33

4. Preußisches Allgemeines Landrecht 33

5. Paulskirchenverfassung 34

6. Entstehung des BGB 34

7. Weimarer Reichsverfassung 37

8. Testierfreiheit im „Dritten Reich“	38
9. Testierfreiheit in der DDR	40
III. Ergebnis	42
D. Testierfreiheit in Europa	43
I. Deutscher Rechtskreis	43
1. Österreich	44
2. Schweiz	46
II. Romanischer Rechtskreis	48
1. Frankreich	48
2. Spanien	51
3. Italien	52
III. Angelsächsischer Rechtskreis	54
1. England	54
2. Schottland	57
IV. Niederlande	60
V. Nordischer Rechtskreis: Dänemark	62
VI. EMRK und Europarecht	65
VII. Ergebnis	66
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	68
2. Teil	69
Erbrecht und Testierfreiheit in Deutschland	69
A. Fragestellung	69
B. Funktionen des Erbrechts	69
I. Funktionen des Erbrechts im objektiven Sinne	70
1. Freiheitssicherung und Schutz der Wirtschaftsordnung	70
2. Vermögensverteilung	71
3. Stellungnahme	72
II. Funktionen der Testierfreiheit	74
III. Funktionen des Erbrechts im subjektiven Sinne	75
IV. Ergebnis	76
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen	76

I. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit	77
1. Rechtsinstitut	77
2. Grundrecht	78
a) Art. 2 Abs. 1 GG	78
b) Erbrechts- und Eigentumsgarantie	78
c) Eigentumsgarantie	79
d) Erbrechtsgarantie	79
e) Stellungnahme	79
aa) Zuordnung zur Eigentumsgarantie	79
bb) Zuordnung zur Erbrechtsgarantie	81
3. Sozialbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG	83
4. Ergebnis	84
II. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Erbrechts im subjektiven Sinne	85
1. Rechtsinstitut	85
2. Grundrecht	85
3. Ergebnis	87
III. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Familienerbrechts	88
1. Gesetzliche Erbfolge	88
2. Gewillkürte Erbfolge	89
a) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG	89
aa) Wortlaut	90
bb) Systematik	91
(1) Widersprüchliche Garantien in einem Grundrecht	91
(2) Testierfreiheit bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie	92
(3) Leistungseigentum	92
(4) Selbstbindung des Erblassers	93
(5) Gleichteilungsprinzip	94
(6) Startgleichheit	96
(7) Räumliche Entfernung des Familiengrundrechts	98
(8) Zwischenergebnis	98
cc) Telos	99
(1) Gleichlauf von Testierfreiheit und Eigentum	99
(2) Legitimation des Erben durch Testierfreiheit	99
(3) Dekonzentration von Vermögensmassen	100
(4) Geltungserhaltung des Testaments	101

- (5) Korrektiv zur Testierfreiheit 102
 - (a) Übergehung der nächsten Angehörigen 102
 - (b) Belastung der Sozialkassen 102
 - (c) Unsachgemäße Beeinflussung 103
- (6) Zwischenergebnis 104
 - dd) Rechtsgeschichte 104
 - (1) Tradition des Familienerbrechts im einfachen Recht 105
 - (2) Entstehungsgeschichte des BGB 105
 - (3) Tradition des Familienerbrechts im Verfassungsrecht 106
 - (4) Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes 106
 - (5) Zwischenergebnis 107
 - ee) Rechtsvergleichung 108
 - ff) Rechtsempfinden 108
 - gg) Ergebnis 109
- b) Art. 6 Abs. 1 GG 110
 - aa) Wortlaut 111
 - bb) Systematik 111
 - cc) Telos 112
 - (1) Schutz des Familienvermögens 112
 - (2) Weitergabe familienbezogener Subventionen 115
 - (3) Generationenvertrag 116
 - (4) Anreiz zur Eheschließung 118
 - (5) Familiensolidarität 118
 - (a) Schutz von Kindern aus erster Ehe 119
 - (b) Schutz vor Verstoßung 119
 - (c) Familiärer Zusammenhalt 120
 - (d) Unterstützungsbereitschaft und Äquivalenzgedanke 121
 - (e) Versorgung der Angehörigen und Schutz der Sozialkassen 122
 - (6) Zwischenergebnis 123
 - dd) Rechtsgeschichte 124
 - ee) Rechtsvergleichung und Rechtsempfinden 124
 - ff) Ergebnis 124
- c) Art. 6 Abs. 5 GG 125
- 3. Ergebnis 126
- D. Einfachgesetzliche Grundlagen 126

Einleitung

Die *Europäische Kommission* hat im Jahre 2005 ein Grünbuch Erb- und Testamentsrecht veröffentlicht. 2009 folgte der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.¹ Obgleich sich dieses Vorhaben zunächst nur auf das Internationale Privatrecht bezieht, wirft es mittelbar die Frage auf, inwieweit das Erbrecht europaweit vereinheitlicht werden kann. Aus praktischer Sicht besteht dafür durchaus Bedarf, gibt es doch stetig mehr Erbfälle mit Auslandsbezug.² Eine Harmonisierung des Erbrechts scheint entgegen verbreiteter Auffassung³ nicht unmöglich, das BGB selbst, entstanden auf Grundlage der verschiedenen deutschen Rechtsordnungen, ist hierfür ein eindrucksvolles Beispiel.⁴ Da das Erbrecht weitgehend dispositiver Natur ist, bezieht sich die Frage der Vereinheitlichung primär auf die Formen von Verfügungen von Todes wegen sowie auf den Schutz der nächsten Angehörigen des Erblassers, die beiden Pole, zwischen denen die Testierfreiheit besteht. Hier werden auch wesentliche Unterschiede der europäischen Rechtsordnungen gesehen.⁵

Ein Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers für eine europäische Harmonisierung des Erbrechts zu ermitteln. Grundlage für diese Untersuchung ist eine Beleuchtung der historischen Wurzeln der Testierfreiheit. Dabei ist zunächst auf das für alle europäischen Rechtsordnungen bedeutsame römische Recht einzugehen, sodann ist die Entwicklung des deutschen Erbrechts nachzuzeichnen. Weiterhin sollen die in Europa beste-

¹ Dok. KOM (2009) 154 endgültig; dazu *Dörner*, ZEV 2010, 221 ff.

² Vgl. *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1079; 1082 f.; *Kindler*, IPrax 2010, 44; *Kroppenberg*, in: HK-Pflichtteilsrecht, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn 3; *K. Lange*, Erbrecht, § 2 Rn 22, § 3 Rn 43; *Pintens*, ZEuP 2001, 628; ferner *DNotI*, Internationales Erbrecht, S. 23.

³ Siehe nur *DNotI*, Internationales Erbrecht, S. 25.

⁴ *Leipold*, in: FS Söllner 2000, 648 ff., insb. 651; ihm folgend *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1076; *Kroppenberg*, in: HK-Pflichtteilsrecht, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn 3; vgl. *K. Lange*, Erbrecht, § 1 Rn 3, § 2 Rn 22.

⁵ *Herweg*, S. 32 f.

henden Testamentsformen sowie die Sicherungsinstrumente zum Schutz der Angehörigen des Erblassers verglichen werden.

Die Reichweite der Erbrechtsгарantie des Art. 14 GG ist für die Frage der europäischen Erbrechtsгармонisierung aus deutscher Sicht zentral, da das Grundgesetz den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bestimmt. Dabei kommt dem Pflichtteilsrecht besondere Bedeutung zu. Dieses Institut ist bereits seit den Beratungen der ersten Kommission umstritten. *Beckert* hat gezeigt, dass sich das diskursive Feld seit Jahrhunderten kaum verändert hat.⁶ Die herrschende Meinung in der Literatur, nunmehr gestärkt durch das *Bundesverfassungsgericht*,⁷ betrachtet das Pflichtteilsrecht als verfassungsrechtlich garantiert, wobei über die genaue Herleitung Unklarheit besteht. Die starke Gegenmeinung hält das Institut nicht für verfassungsrechtlich geboten, wohl aber für verfassungskonform. Nur vereinzelt findet sich grundsätzliche Kritik am Pflichtteilsrecht. Ein weiteres Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, das diskursive Feld zu erweitern und einen neuen Lösungsansatz für diesen Problemkomplex zu entwickeln, um so die Diskussion wieder fruchtbar zu machen. Dabei gilt der Grundsatz: „Einen grundlegenden Systemwechsel sollte man nur wagen, wenn man sich halbwegs sicher ist, dass man eine wirklich tragfähige Alternative zu bieten hat.“⁸ Immerhin ist zu bedenken, dass es der herrschenden Meinung bislang nicht gelungen ist, die Kritik am Pflichtteilsrecht verstummen zu lassen.

Bezüglich der Möglichkeit der Vereinheitlichung europäischer Testamentsformen soll der Testiervertrag in den Blick genommen werden. § 2302 BGB bestimmt: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.“ Obgleich ein solcher Vertrag in einigen europäischen Rechtsordnungen zulässig ist, wird das Verbot in der deutschen Literatur regelmäßig unter Verweis auf den Schutz der Testierfreiheit ohne weitere Analyse seiner Berechtigung hingenommen. Dabei lässt sich durchaus hinterfragen, ob die Regelung des § 2302 BGB tatsächlich verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Testiervertrag gegen das Grundgesetz verstößt oder nicht in die Systematik des BGB eingefügt werden kann. Andernfalls könnte die Norm sogar verfassungswidrig sein, so dass der Gesetzgeber zur Einführung des Testiervertrags gezwungen wäre. Dies setzt allerdings voraus,

⁶ *Beckert*, Soziologie, S. 84, 101, 323 f.

⁷ *BVerfGE* 112, 332 ff.

⁸ *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 464.

dass die Erlaubnis des Vertrags eine materielle Freiheitserweiterung bewirken würde.

Das Thema „Gestaltungsfreiheit im Erbrecht“ betrifft also zwei Ebenen: einerseits die Freiheit des Erblassers bei der Nachlassplanung, andererseits die Freiheit des deutschen Gesetzgebers bei der Gestaltung erbrechtlicher Regelungen. Beides ist ineinander verschränkt, denn der Gesetzgeber wird durch die Freiheitsrechte des Erblassers ebenso gebunden wie der Erblasser durch das Gesetz. Das Erbrecht ist seit jeher eng verknüpft mit dem Familienrecht. Der Stellenwert der Familie in der Gesellschaft hat deshalb auch Auswirkungen auf die gesetzliche Ausgestaltung des Erbrechts sowie auf das Verfügungsverhalten der Erblasser. Es ist hinlänglich bekannt, dass die Zahl der Eheschließungen tendenziell zurückgeht,⁹ während die Zahl der Ehescheidungen steigt beziehungsweise stagniert,¹⁰ und dass immer weniger Kinder geboren werden.¹¹ Zugleich nimmt der Anteil an Alleinerziehenden, nichtehelichen Paaren mit Kindern und „Patchwork-Familien“ zu.¹² Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass gelegentlich von einem Rückgang der Bedeutung der Familie in der Gesellschaft, gar von einer „Auflösung der Familienbande“¹³ gesprochen wird.

Allerdings hat die Familie, ebenso wie die Eheschließung, auch heute noch große gesellschaftliche Bedeutung. Gewandelt hat sich ihre Funktion: War die Familie früher eine Institution, die gegenseitigen Schutz und wirtschaftliche Absicherung gewährleisten sollte, werden diese Aufgaben heute weitgehend vom Staat übernommen.¹⁴ Dennoch bestehen auch in der heutigen Gesellschaft enge familiäre Bindungen. Im Vordergrund steht dabei nicht mehr wirtschaftliche Absicherung, sondern persönliche Nähe.¹⁵ Die Institution Familie befindet sich

⁹ A. Bauer, S. 177; Fuchs, JZ 2002, 788; Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Übersichten 1.1 und 1.4; dasselbe, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 55 (Tabelle 2.24); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 41 (Grafik 3.4).

¹⁰ A. Bauer, S. 177 f.; Fuchs, JZ 202, 788; Leipold, AcP 180 (1980), 177; Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2010, S. 61 (Tabelle 2.33); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 41 (Grafik 3.4).

¹¹ Fuchs, JZ 2002, 788; Krack-Roberg/Großbecker, in: Wirtschaft und Statistik 5/2011, S. 419 f.; Leipold, AcP 180 (1980), 181; Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Übersichten 1.1 und 1.4; dasselbe, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 55 (Tabelle 2.24); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 31 (Grafik 7.2).

¹² Vgl. Fuchs, JZ 2002, 788; Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 28 (Schaubild 1).

¹³ Petri, ZRP 1993, 206.

¹⁴ Buchholz, FamRZ 1985, 878 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 1 Rn 8; Muscheler, Familienrecht, § 5 Rn 70 f.

¹⁵ Buchholz, FamRZ 1985, 879; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 1 Rn 11; Muscheler, Familienrecht, § 5 Rn 72; vgl. A. Bauer, S. 180 f.; Stüber, JR 2002, 363; Coing, Gutachten 49. DJT, S. A22.

also nicht in Auflösung, sondern in einem tiefgreifenden Strukturwandel¹⁶ – *de Waal*¹⁷ spricht von einer „Neudefinition“.

Dieser Wandel betrifft auch das Erbrecht, wo Rechte an verwandtschaftliche Beziehungen geknüpft werden. Althergebrachte Traditionen, welche das Erbrecht über Jahrhunderte getragen haben, verlieren zunehmend ihre Relevanz als argumentative Grundlage für erbrechtliche Strukturen:¹⁸

„Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unfug, Wohltat Plage,
Weh' dir, dass du ein Enkel bist.“¹⁹

¹⁶ Vgl. A. Bauer, S. 185 f.; Beckert, Soziologie, S. 86.

¹⁷ *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1077.

¹⁸ Eingehend zur Veränderung des (gesetzlichen) Erbrechts infolge der Veränderung familiär-sozialer Strukturen Beckert, Soziologie, S. 103 ff.

¹⁹ v. Goethe, Faust, Studierzimmer, Vers 1972 - 1977.

1. Teil

Grundlagen des Erbrechts in Deutschland und Europa

A. Fragestellung

Der Begriff der Testierfreiheit ist für die vorliegende Arbeit zentral und muss daher zunächst erörtert werden. Als Grundlage der weiteren Untersuchung bedarf es ferner einer Nachzeichnung der historischen Entwicklung der Testierfreiheit. Ausgangspunkt ist das römische Recht, in dem alle europäischen Rechtsordnungen zumindest zum Teil wurzeln. Der Schwerpunkt liegt indes auf der deutschen Rechtsgeschichte. Schließlich soll das Erbrecht der wichtigsten europäischen Rechtsordnungen kurz dargestellt werden. Welche Gemeinsamkeiten, welche Unterschiede gibt es? Im Fokus stehen die Testamentsformen einerseits und der Schutz von Angehörigen andererseits als Pole der Testierfreiheit.

B. Begriff der Testierfreiheit

Testierfreiheit ist die Befugnis des Erblassers, Anordnungen über den Verbleib seines Vermögens nach seinem Tod zu treffen.²⁰ Er kann bestimmen, an wen sein Vermögen fallen soll, kann nach seiner Wahl sein Vermögen an die Bedachten verteilen, eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Rechtsnachfolge anordnen oder einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung überhaupt ausschließen.²¹ Auch hinsichtlich der Frage, welche Verfügungsform (z.B. Testament oder Erbvertrag) und welche Gestaltungstypen (z.B. Erbeinsetzung oder Vermächtnis) er verwendet, besteht für den Erblasser Wahlfreiheit.²²

²⁰ Statt aller *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Art. 14 Rn 44; m. w. Nachw.

²¹ *BVerfGE* 58, 377, 398; 99, 341, 350 f.; 112, 332, 349; *Badura*, in: Röthel, S. 152; *Große-Wilde*, in: *Große-Wilde/Ouart*, Einl. vor § 1922 Rn 5; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 14 Rn 91; *Lange/Kuchinke*, § 2 IV 2 c) (S. 26); *K. Lange*, AcP 204 (2004), 804; *Meyer-Pritzl*, in: *Eckpfeiler des Zivilrechts, Erbrecht Rn 7*; *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, *Jura* 1999, 234; *Otte*, in: *Staudinger*, Einl. ErbR Rn 54; *Reimann*, in: *Henrich/Schwab*, S. 42; *Wendt*, in: *Sachs*, Art. 14 Rn 197; vgl. *Hollmann*, S. 21; *Leisner*, *Erbschaftsbesteuerung*, S. 50; *dens.*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 1. Aufl., Rn 15; *Muscheler*, *Erbrecht*, § 9 Rn 224; *Tersteegen/Reich*, in: *Süß*, Rn 44; *Werkmüller*, S. 5.

²² *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, *Jura* 1999, 234; vgl. *Leisner*, *Erbschaftsbesteuerung*, S. 50.

Darüber hinaus beinhaltet die Testierfreiheit das Recht, sie nicht auszuüben.²³ *Muscheler* gliedert die Testierfreiheit dementsprechend in vier Teilaspekte auf: Errichtungsfreiheit, Inhaltsfreiheit, Typenfreiheit und Formenfreiheit.²⁴

Fraglich ist allerdings, ob die Testierfreiheit die jederzeitige Widerruflichkeit der Verfügung von Todes wegen gebietet. Dies wird von der herrschenden Auffassung bejaht.²⁵ Die Widerruflichkeit der Verfügung sei das Gegenstück zur Testierfreiheit, weil nur dadurch die jederzeitige Testierfreiheit gewährleistet werde.²⁶ Auch in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen ist diese Ansicht vorherrschend.²⁷ Andere argumentieren, die Testierfreiheit könne einer Selbstbindung des Erblassers nicht entgegenstehen, weil auch diese Ausfluss der Privatautonomie sei.²⁸

Da das Testament als Grundform der Verfügung von Todes wegen frei widerruflich ist (§ 2253 BGB),²⁹ liegt es nahe, dieses Merkmal als Bestandteil der Testierfreiheit zu betrachten.

Dagegen ließe sich einwenden, dass die Testierfreiheit bei Gewährleistung der Widerruflichkeit nicht nur einmal, sondern unbegrenzt oft ausgeübt werden könnte. Allerdings können auch andere grundrechtlich geschützte Freiheiten unbegrenzt oft ausgeübt werden. Dies gilt insbesondere für die mit der Testierfreiheit „verwandte“ Vertragsfreiheit. Die Möglichkeit mehrfacher Ausübung spricht also nicht zwingend dagegen, die Widerruflichkeit als Bestandteil der Testierfreiheit anzusehen.

Auch wenn der Erblasser mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet, erlangt im Übrigen letztlich nur eine Verfügung Geltung, nämlich die letzte wirksam errichtete. Insofern übt der Erblasser seine Freiheit trotz Errichtung mehrerer Verfügungen im Ergebnis nur einmal aus. Denkbar ist ferner, dass der Erblasser nur über einen Teil seines Vermögens oder einzelne Gegenstände von Todes wegen verfügt und im Übrigen die gesetzliche Erbfolge eingreifen lässt. Will er zu einem späteren Zeitpunkt auch über den verbleibenden Teil seines

²³ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; *ders.*, Erbrecht, § 13 Rn 327; *Rauscher*, Reformfragen, Bd. I, S. 113.

²⁴ *Muscheler*, Universalsukzession, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; *ders.*, Erbrecht, § 13 Rn 329.

²⁵ *Hoeren*, in: HK-BGB, § 2253 Rn 1; *Krug*, in: Grenzenloses Erbrecht, S. 247; *K. Lange*, Erbrecht, § 11 Rn 14, 32 Rn 1; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn 329; *J. Mayer*, in: Soergel, § 2253 Rn 2; *Schlüter*, Erbrecht, § 17 Rn 184; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 19 Rn 20; vgl. *M. Schmidt*, in: Erman, Vor § 2064 Rn 5.

²⁶ *Lange/Kuchinke*, § 23 I 1 (S. 405); *Schmoeckel*, Erbrecht, § 19 Rn 20.

²⁷ Siehe unten S. 43 ff.

²⁸ *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 50 (bei Fußn. 34); *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rn 303; in diese Richtung tendiert auch *van Venrooy*, JZ 1987, 14.

²⁹ Siehe unten S. 130.

Vermögens von Todes wegen verfügen, so kann man darin schwerlich die erneute Ausübung einer an sich schon „verbrauchten“ Freiheit sehen.

Bei der Verfügung von Todes wegen liegt, anders als bei anderen Rechtsgeschäften, häufig ein langer Zeitraum zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und dem Eintritt der Rechtswirkungen. Das macht sie besonders anfällig für Abweichungen zwischen Wille und Erklärung, weil sich der Wille des Erblassers bis zum Eintritt der Rechtswirkungen ändern kann.³⁰ Deshalb besteht ein großes praktisches Bedürfnis, an der einmal errichteten Verfügung grundsätzlich Änderungen vornehmen zu können. Anderenfalls müsste man, um nicht möglicherweise jahrzehntelang an die getroffenen Anordnungen gebunden zu sein, das Testament bis zur Sterbesekunde aufschieben. Zu diesem Zeitpunkt ist eine Testamentserrichtung aber häufig nicht mehr möglich, etwa weil die Testierfähigkeit nicht mehr gegeben ist oder weil der Tod plötzlich eintritt und für die Errichtung eines Testaments keine Zeit mehr bleibt. Wäre die Verfügung von Todes wegen nicht grundsätzlich widerruflich, so würde die Testierfreiheit faktisch stark eingeschränkt, da viele Erblasser von ihrer Freiheit letztlich keinen Gebrauch machen könnten. Andere wären dagegen an eine Erklärung gebunden, die längst nicht mehr ihrem Willen entspricht.

Diese Überlegung wird in systematischer Hinsicht durch § 130 Abs. 1 BGB gestützt. Danach wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht. Geht dem Empfänger vorher oder gleichzeitig ein Widerruf des Erklärenden zu, so wird die Willenserklärung nicht wirksam. Der dieser Regelung des allgemeinen Teils zu Grunde liegende Gedanke lässt sich auf die Verfügung von Todes wegen übertragen. Zwar ist das Testament eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.³¹ Die systematische Vergleichbarkeit ergibt sich jedoch daraus, dass die Rechtswirkungen der Verfügung von Todes wegen nicht sofort, sondern erst mit dem Tode des Erblassers eintreten.³² Bis zu diesem Zeitpunkt muss also ein Widerruf zulässig sein.

Dies steht nicht in Widerspruch zu den Interessen des Rechtsverkehrs sowie des Bedachten. Da bis zum Tode des Erblassers durch dessen Verfügung von Todes wegen keine Rechtswirkungen herbeigeführt werden, besteht bis zu diesem Zeitpunkt kein Bedürfnis, Dritte vor einer Änderung der Verfügung zu schüt-

³⁰ Vgl. *Battes*, Gemeinschaftliches Testament, S. 19; *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793.

³¹ *Leipold*, in: MünchKomm, § 1937 Rn 6; *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793; *Otte*, in: Staudinger, § 1937 Rn 18; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 19 Rn 1; vgl. *Olzen*, Kap. 3 § 1 Rn 213.

³² *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793; zum Eintritt der Rechtswirkungen des Testaments siehe unten S. 127.

zen.³³ Häufig kennt nur der Erblasser die Verfügung, so dass auch niemand vor Dispositionen im Hinblick auf dessen Anordnungen bewahrt werden muss.

All diese Überlegungen weisen in dieselbe Richtung. Es besteht ein großes praktisches Bedürfnis für die Widerruflichkeit von Verfügungen von Todes wegen, das im Einklang mit der Dogmatik des allgemeinen bürgerlichen Rechts und den Interessen des Bedachten sowie des Rechtsverkehrs steht. Die effektive Gewährleistung der Testierfreiheit erfordert die gleichzeitige Gewährleistung der grundsätzlichen Widerruflichkeit. Deshalb ist diese integraler Bestandteil jener Freiheit. Ob dies unwiderruflichen Verfügungen von Todes wegen in jedem Fall entgegensteht, wird unten³⁴ in Zusammenhang mit § 2302 BGB erörtert.

C. Historische Entwicklung der Testierfreiheit

I. Römisches Recht

Das römische Recht ist die gemeinsame Wurzel vieler europäischer Rechtsordnungen und daher für die Beleuchtung von Harmonisierungsmöglichkeiten von besonderem Interesse.³⁵

1. Entwicklung der Testierfreiheit

a) Das Komitialtestament

Der Begriff „Testament“ beschreibt den Inhalt des Dokumentes, die Bezeugung des letzten Willens des Erblassers, *testatio mentis*.³⁶ Die älteste Form des römischen Testaments ist das Komitialtestament (*testamentum calatis comitiis*).³⁷ Dieses Testament wurde mündlich durch Bekundung vor den Curiatkomitien, also unter Kontrolle der öffentlichen Meinung errichtet.³⁸ Die Verfügungsfreiheit beschränkte sich auf die Verteilung der einzelnen Sachen (sogenanntes Legatentestament); die Einsetzung eines Erben als Gesamtrechtsnachfolger des

³³ K. Lange, Erbrecht, § 32 Rn 1.

³⁴ S. 228 ff.

³⁵ Darauf weisen auch *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1076, und *Leipold*, in: FS Söllner 2000, S. 650, hin.

³⁶ Kaser/Knütel, § 67 Rn 1.

³⁷ Kaser/Knütel, § 67 Rn 2; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); D. Liebs, Römisches Recht, S. 138.

³⁸ Köbler, S. 23; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); D. Liebs, Römisches Recht, S. 138; vgl. A. Bauer, S. 116 (bei Fußn. 17); Kunkel/Schermaier, S. 12.