

GREGOR CHRISTANDL

Selbstbestimmtes  
Testieren in einer  
alternden Gesellschaft

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

116

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

116

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Gregor Christandl

# Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft

Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers  
vor Fremdbestimmung

Mohr Siebeck

*Gregor Christandl*, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Innsbruck und Yale; 2006 Promotion; wissenschaftlicher Mitarbeiter, Universität Innsbruck; wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; 2013 Assistenzprofessor an der Universität Innsbruck; 2015 Habilitation; 2016 Assoziierter Professor, Universität Innsbruck.

e-ISBN PDF 978-3-16-154633-4

ISBN 978-3-16-154632-7

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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 Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*„In a word, a testator may be led, but not driven;  
and his will must be the offspring of his own volition,  
and not the record of someone else's.“*

*Hall v. Hall [1865–69] L.R. 1 P.&D. 481, 482*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, inwiefern das liberal geprägte Erblasserkonzept des geltenden deutschen Erbrechts den besonderen Schutzbedürfnissen immer älter werdender, sogenannter „verletzlicher“ Erblasser bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen gerecht wird. Nachdem Testamente häufig erst im letzten Lebensabschnitt oder kurz vor dem Tod errichtet werden, sind Gerichte bereits heute mit zahlreichen Fällen konfrontiert, in denen zumindest fraglich erscheint, ob das hinterlassene Testament tatsächlich dem frei gebildeten Willen des Erblassers entspricht. Solche Fälle werden zunehmen, weil körperliche und geistige Gebrechen, die mit steigender Lebenserwartung häufiger auftreten, die Fähigkeit zur selbstbestimmten Teilnahme am Rechtsverkehr beeinträchtigen und damit auch die Willensbildung bei der Errichtung erbrechtlicher Verfügungen anfälliger für Druck und unzulässige Einflussnahme durch Dritte machen. Anhand einer historisch-rechtsvergleichenden Untersuchung zeigt diese Arbeit Wege auf, wie dieser Problematik begegnet werden könnte, um die Selbstbestimmung als Ausdruck der freien Persönlichkeitsentfaltung des Erblassers und als Geltungsgrundlage letztwilliger Verfügungen vor unzulässiger Fremdbestimmung zu schützen.

Im Herbst 2015 wurde die vorliegende Arbeit als Habilitationsschrift an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck angenommen. Zu ihrem Entstehen hat besonders meine in jeder Hinsicht lehrreiche und prägende Zeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg in den Jahren 2010–2012 beigetragen. Meinem akademischen Lehrer Professor Reinhard Zimmermann danke ich für die wohlwollende Unterstützung und dafür, dass er in mir die Begeisterung für historisch-vergleichende Forschung im Erbrecht geweckt hat. Herzlichst danken möchte ich auch Professor Bernhard Eccher für die langjährige und engagierte Förderung meines wissenschaftlichen Werdegangs.

Danken möchte ich ferner Professor Anne Röthel, die das in dieser Arbeit erstmals monographisch bearbeitete Thema als erste in der deutschen Literatur ausführlich diskutiert und mein Projekt von Beginn an unterstützt hat.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Professor Stephan Wolf (Universität Bern) sowie Professor Susanne Ferrari (Universität Graz), die neben Professor Zimmermann und Professor Röthel als Gutachter im Habilitationsverfah-



ren fungiert haben. Professor Alexandra Braun (Universität Oxford), Professor Constanze Fischer-Czermak (Universität Wien) und Professor Marcello Maggiolo (Universität Padova) danke ich für ihren Beitrag als externe Mitglieder der Habilitationskommission.

Professor Helmut Koziol, der meine wissenschaftliche Laufbahn seit vielen Jahren begleitet und gefördert hat, danke ich herzlich für seine Unterstützung. Meinen Kollegen und Kolleginnen in Hamburg und Innsbruck sei für den Gedankenaustausch und für Anregungen ebenfalls gedankt.

Zu danken habe ich für die tatkräftige Unterstützung bei der Vorbereitung der Publikation meinen Mitarbeitern in Innsbruck Frau Eleonora Chiappini und besonders Herrn Maximilian Dallago sowie dem Team der Abteilung Redaktionen des Max-Planck-Instituts in Hamburg, insbesondere Frau Janina Jentz.

Schließlich gebührt mein Dank den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, den Professoren Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe des Instituts und für die großzügige Förderung der Drucklegung.

Rechtsprechung und Literatur wurden bis April 2016 berücksichtigt.

Gewidmet ist diese Arbeit Marion, die mich seit weit mehr als einem Jahrzehnt begleitet und unser gemeinsames Leben durch Adrian bereichert hat.

Innsbruck, im Frühjahr 2016

*Gregor Christandl*

# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Einleitung.....	1
Erster Teil: Selbstbestimmung im Erbrecht .....	29
§ 1 Selbstbestimmung als Geltungsgrundlage privatautonomes Handeln .....	29
§ 2 Selbstbestimmung als Geltungsgrundlage erbrechtlicher Verfügungen .....	41
§ 3 Fremdbestimmung bei erbrechtlichen Verfügungen.....	83
Zweiter Teil: Schutz der Selbstbestimmung im Erbrecht .....	129
§ 4 Sicherung der Selbstbestimmung des Erblassers durch Testier Voraussetzungen.....	129
§ 5 Schutz der Selbstbestimmung durch materielle Beschränkung der Testierfreiheit.....	318
§ 6 Maßnahmen zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung .....	376
Ergebnisse.....	399
Literaturverzeichnis.....	407
Rechtsprechungsverzeichnis.....	431
Sachverzeichnis .....	441



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI

Einleitung.....	1
-----------------	---

I. Erbrecht in einer alternden Gesellschaft .....	1
1. Demographischer Wandel: die Alterung der Gesellschaft.....	1
2. Gesellschaftlicher Wandel: die Pluralisierung der Lebensformen .....	2
3. Erbrecht im demographischen und gesellschaftlichen Wandel.....	3
4. Zunahme alterstypischer Krankheiten und Erbrecht .....	7
II. Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung .....	9
1. Problemstellung .....	9
2. Der „verletzliche Erblasser“ .....	10
3. Drei Beispiele aus der Rechtspraxis .....	11
4. Gefahren bei der Feststellung von Fremdbestimmung <i>post</i> <i>factum</i> .....	13
5. Diskussionsstand.....	15
6. Gesetzliche Eingriffe in die Testierfreiheit zum Schutz vor Fremdbestimmung.....	18
7. Handlungsimpulse aus der UN-Behindertenrechtskonvention .....	21
III. Themeneingrenzung, Erkenntnisinteresse und Methode .....	22
1. Themeneingrenzung .....	22
2. Erkenntnisinteresse und Gang der Untersuchung.....	24
3. Methodisches .....	26

Erster Teil: Selbstbestimmung im Erbrecht .....	29
---	----

§ 1 <i>Selbstbestimmung als Geltungsgrundlage</i> <i>privatautonomem Handelns</i> .....	29
--	----

I. Grundlegung.....	29
---------------------	----

1. Selbstbestimmung als Möglichkeit des Handelns nach dem eigenen Willen .....	29
2. Selbstbestimmung in der Verfassung .....	31
II. Selbstbestimmung im Privatrecht .....	32
1. Privatautonomie als Grundprinzip des Privatrechts .....	32
2. Privatautonomie als Gewährleistung formaler Selbstbestimmung .....	33
3. Materialisierung der Privatautonomie .....	36
4. Ergebnis: Beschränkte formale Selbstbestimmung .....	40
§ 2 <i>Selbstbestimmung als Geltungsgrundlage erbrechtlicher Verfügungen</i> .....	41
I. Die Herausbildung der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit aus historischer Perspektive .....	43
1. Entwicklungsstufen der erbrechtlichen Verfügungsfreiheit .....	43
a) Genossenschaftliche Phase .....	44
b) Individualisierung des Eigentums. Lebzeitige Einzelverfügungen .....	47
c) Erbrechtliche Einzel- und Gesamtverfügungen .....	48
2. Die Entstehungsbedingungen letztwilliger Verfügungen .....	50
II. Erbrechtliche Privatautonomie .....	51
1. Historische Herleitung aus dem Eigentum .....	51
2. Derivat des Erbrechts .....	52
3. Sonderform der Privatautonomie .....	54
4. Selbstbestimmung nach dem Tod? .....	55
a) Testierfreiheit im Interesse der Familie? .....	56
b) Testierfreiheit im Eigeninteresse des Erblassers .....	57
aa) Selbstbestimmung .....	57
bb) Selbstverantwortung .....	59
c) Selbstbestimmung und Selbstverantwortung als Wesensmerkmale erbrechtlicher Verfügungsfreiheit .....	62
5. Willensdogma in der erbrechtlichen Privatautonomie .....	63
a) Gesteigerte Willensherrschaft im Erbrecht .....	64
aa) Höchstpersönlichkeit .....	64
bb) Unbeschränkbarkeit der Testierfreiheit .....	66
cc) Erweiterte Anfechtungsbefugnis .....	67
dd) Auslegung .....	68
ee) Mentalreservation .....	70
b) Begründung der gesteigerten Willensherrschaft im Erbrecht .....	71
aa) Einseitigkeit und mangelnde Empfangsbedürftigkeit .....	72
bb) Voraussetzung der Möglichkeit erbrechtlicher Selbstbestimmung .....	72

cc) Unentgeltlichkeit erbrechtlicher Verfügungen .....	72
c) Beschränkungen der Willensherrschaft im Erbrecht.....	73
aa) Formpflicht.....	73
bb) Pflichtteilsrecht .....	74
cc) Gesetzes- und Sittenwidrigkeit (§§ 134 und 138 Abs. 1 BGB).....	75
dd) Grundrechte.....	76
ee) Erbschaftssteuerrecht.....	78
ff) Familiäre Treuepflichten .....	79
6. Zwischenergebnis.....	82
§ 3 <i>Fremdbestimmung bei erbrechtlichen Verfügungen</i> .....	83
I. Äußere Einflüsse und Fremdbestimmung .....	84
1. Wesensmerkmale der Fremdbestimmung .....	85
a) Kausalität.....	85
b) Fremdinteresse.....	85
c) Vorsatz .....	86
d) Ergebnis.....	87
2. Formen der Einflussnahme auf den Willen des Erblassers.....	87
a) Zwang ( <i>vis absoluta</i> ).....	87
b) Drohung.....	88
c) Ausnützung von Abhängigkeits- und Beherrschungslagen in Vertrauensverhältnissen .....	90
d) Täuschung.....	93
e) Schmeicheleien, Bitten und Forderungen, Widerspruch .....	94
II. Rechtsfolgen der Fremdbestimmung.....	97
1. Nichtigkeit .....	97
a) Nichtigkeit wegen mangelnder Zurechenbarkeit .....	97
b) Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit .....	98
2. Anfechtbarkeit wegen Drohung und Täuschung.....	102
3. Erbunwürdigkeit.....	102
III. Schutzzweck der Rechtsfolgen von Fremdbestimmung .....	103
1. Unmittelbarer Schutz des Erblassers durch Nichtigkeit, Anfechtung und Erbunwürdigkeit?.....	103
a) Nichtigkeit .....	103
b) Anfechtung .....	104
c) Erbunwürdigkeit .....	107
2. Mittelbarer Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung?.....	110
a) Anfechtung wegen Drohung oder Täuschung gemäß § 2078 BGB .....	110
b) Nichtigkeit wegen Zwangs und wegen Sittenwidrigkeit.....	114
c) Widerlegliche Vermutung der Sittenwidrigkeit .....	116

d) Erbunwürdigkeit .....	117
e) Strafbewehrung der Testierfreiheit? .....	119
3. Kein Schutz des Erblassers durch <i>ex post</i> -Schutzmechanismen .....	122
a) Zweiseitige erbrechtliche Verfügungen .....	122
b) Einseitige erbrechtliche Verfügungen .....	123
c) <i>Ex post</i> -Mechanismen und ihre Gefahren .....	124
IV. Ergebnis und weiteres Vorgehen .....	127

## Zweiter Teil: Schutz der Selbstbestimmung im Erbrecht .....

### § 4 Sicherung der Selbstbestimmung des Erblassers durch Testiervoraussetzungen .....

I. Testierfähigkeit .....	129
1. Begriff .....	129
2. Erwerb der Testierfähigkeit im rechtshistorischen Überblick .....	130
a) Antikes Griechisches Recht .....	131
b) Römisches Recht .....	131
c) <i>Ius Commune</i> .....	132
d) Germanische Rechte .....	133
e) Ergebnis: Testierfähigkeit als Selbstbestimmungsfähigkeit .....	134
3. Voraussetzungen der Testierfähigkeit im geltenden Recht .....	136
a) Formales Kriterium: Mindestalter .....	136
aa) Regelung im BGB .....	136
bb) Mindestalter im Rechtsvergleich .....	138
i) Erwerb mit Volljährigkeit .....	139
ii) Erwerb mit Eheschließung .....	139
iii) Erwerb im Minderjährigkeitsalter mit Beschränkung der Verfügungsfreiheit .....	139
iv) Erwerb im Minderjährigkeitsalter mit Beschränkung der Formwahlfreiheit .....	140
v) Erwerb im Minderjährigkeitsalter ohne Beschränkungen .....	140
cc) Mindestalter und Selbstbestimmung .....	141
b) Materielles Kriterium: Geistige Gesundheit .....	148
aa) Regelung im BGB .....	148
bb) Geistige Gesundheit des Erblassers im Rechtsvergleich .....	150
i) Deutschland .....	150
ii) Österreich .....	153
iii) Schweiz .....	154
iv) Frankreich .....	156
v) Italien .....	157

vi) Spanien.....	157
vii) England .....	158
cc) Zwischenergebnis .....	161
dd) Alterstypische Beeinträchtigungen .....	163
ee) Demenz und lichte Augenblicke .....	166
ff) Ergebnis .....	173
4. Fähigkeit zur selbstbestimmten Willensbildung .....	174
a) Voraussetzungen einer selbstbestimmten Willensbildung .....	175
b) Abgrenzung zur Fremdbestimmung .....	176
c) Willensschwäche in der Rechtsprechung.....	177
d) Ergebnis.....	179
5. Relative Testierfähigkeit .....	180
a) Begriff .....	180
b) Rechtslage im Rechtsvergleich .....	181
c) Schwierigkeitsgrad der Verfügung und rechtliche Komplexität .....	184
d) Ergebnis.....	186
6. Partielle Testierfähigkeit .....	186
a) Keine partielle Testierfähigkeit im deutschen Recht .....	186
b) Kritik .....	187
c) Österreich und Italien.....	189
d) Ergebnis.....	190
7. Testierfähigkeit und Erwachsenenschutz.....	191
a) Ausschluss der Testierfähigkeit bzw. Ermächtigung im Einzelfall .....	192
b) Ausschluss der Testierfähigkeit im Einzelfall .....	193
c) Beschränkung der Formwahlfreiheit (Testierfreiheit).....	194
d) Keine Auswirkungen auf die Testierfähigkeit .....	195
8. Überprüfung der Testierfähigkeit bei Testamenterrichtung.....	196
a) Die Feststellungspflichten des Notars .....	196
aa) Deutschland.....	196
bb) Österreich.....	198
cc) Schweiz .....	200
dd) Frankreich .....	201
ee) Italien .....	202
ff) Spanien.....	204
b) Die <i>Golden Rule</i> im englischen Recht.....	205
c) Zwischenergebnis .....	207
9. Rechtsfolgen der Testierunfähigkeit .....	208
a) Unheilbare Nichtigkeit.....	208
b) Anfechtbarkeit .....	209
c) Heilung .....	210
d) Zwischenergebnis .....	211



10. Ergebnisse .....	211
a) Testierfähigkeit als Selbstbestimmungsfähigkeit.....	211
b) Geschäftsfähigkeit und Testierfähigkeit .....	212
c) Mindestanforderungen: Mindestalter.....	215
d) Mindestanforderungen: Geistige Gesundheit.....	215
e) Anerkennung relativer und partieller Testierfähigkeit .....	216
f) Erwachsenenschutzmaßnahmen und Testierfähigkeit.....	217
g) Überprüfung der Testierfähigkeit zu Lebzeiten .....	217
h) Rechtsfolgen der Testierunfähigkeit.....	218
i) Schutz des Erblassers durch Regeln der Testierfähigkeit?.....	219
j) Ergebnis.....	222
II. Form.....	223
1. Formzwang im Testamentsrecht. Funktionalisierung und Liberalisierung .....	223
a) Begriff der Form .....	224
b) Historische Entwicklung im Überblick .....	224
c) Liberalisierung zugunsten des Erblasserwillens .....	226
d) Grundformen im modernen Recht.....	229
2. Funktionen des testamentarischen Formzwangs .....	231
a) Warnfunktion.....	231
b) Rechtsklarheitsfunktion .....	233
c) Beweisfunktion .....	234
d) Fälschungs- und Unterdrückungsschutz .....	235
3. Schutz vor Fremdbestimmung durch Form in der Diskussion.....	236
a) ... in den Vorarbeiten zum BGB .....	237
b) ... in den Vorarbeiten zum Testamentsgesetz.....	238
c) ... in der aktuellen deutschen Diskussion über Testamentsformen.....	239
4. Schutz vor Fremdbestimmung durch Beschränkung der Formwahlfreiheit.....	240
a) Minderjährige .....	240
b) Volljährige.....	243
c) Ergebnis.....	247
5. Schutz vor Fremdbestimmung bei Privattestamenten .....	247
a) Eigenhändigkeit .....	248
b) Beteiligung von Zeugen .....	250
aa) Zeugen als Urkundspersonen .....	251
bb) Bezeugung des Testamentsinhalts .....	253
cc) Bezeugung der Echtheit des Testaments .....	253
dd) Bezeugung der Authentizität der Unterschrift.....	254
c) Fazit.....	255
6. Schutz vor Fremdbestimmung bei öffentlichen Testamentsformen .....	256

a) Deutsches Recht.....	258
aa) Beteiligung des Notars.....	258
bb) Zeugen .....	259
cc) Mündlichkeit der Errichtung.....	260
dd) Schutz durch notarielle Testamente? Ein Blick in die Praxis .....	264
ee) Fazit .....	266
b) Rechtsvergleich.....	271
aa) Anforderungen an die Willenserklärung des Erblassers .....	271
bb) Zeugen .....	276
cc) Übergabe einer verschlossenen Schrift .....	277
dd) Fazit .....	279
c) Ergebnis.....	280
7. Schutz vor Fremdbestimmung bei gemeinschaftlichen Testamenten .....	281
a) Das gemeinschaftliche Testament .....	283
b) Formerleichterungen beim gemeinschaftlichen eigenhändigen Testament.....	284
c) Zwischenergebnis .....	286
d) Schutz durch Form? .....	287
e) Fazit.....	289
8. Anforderungen an die Form zum Schutz vor Fremdbestimmung.....	289
a) Mitwirkung eines neutralen Garanten .....	289
b) Offene Willenserklärung .....	290
c) Vertraulichkeit.....	291
III. Höchstpersönliche Errichtung erbrechtlicher Verfügungen.....	293
1. Formelle Höchstpersönlichkeit: Eine historische Spurensuche .....	294
a) Vorgeschichte im römischen Recht .....	294
b) Gemeines und kanonisches Recht .....	295
c) Eingang in die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts .....	297
d) Entstehungsgeschichte des § 2064 BGB .....	299
2. Begründungsansätze.....	300
a) Bedeutung für die nächsten Angehörigen.....	300
b) Sicherung der freien Willensentscheidung .....	301
c) Erfordernis eines persönlichen Bekenntnisses.....	301
d) Gefahr unlauterer Machenschaften.....	301
e) Verantwortungsübernahme .....	302
f) Todesverarbeitung .....	303
g) Fazit.....	304
3. Durchbrechung der formellen Höchstpersönlichkeit.....	306
a) Beistand bei der Willenserklärung .....	306
b) Widerruf des Testaments durch Dritte „im Interesse des Erblassers“ .....	307

c) Vertretung des Erblassers: statutory wills .....	308
d) Richtlinien für die Errichtung eines statutory will .....	310
e) Voraussetzungen für die Errichtung eines statutory will .....	312
f) Beispiele aus der Praxis .....	313
g) Verfahrensaufwand und Kosten .....	315
h) Bewertung: Schutz der Selbstbestimmung des Erblassers?.....	316
§ 5 <i>Schutz der Selbstbestimmung durch materielle Beschränkung der Testierfreiheit</i> .....	318
I. Schutz gegen an der Beurkundung Mitwirkende.....	319
1. Römisches Recht.....	319
a) Zeugen.....	319
b) Testamentsschreiber.....	321
c) Zusammenfassung und Würdigung .....	321
2. Gemeines Recht .....	322
a) Zeugen.....	322
b) Urkundspersonen und Testamentsschreiber.....	323
c) Zusammenfassung und Würdigung .....	324
3. Entwicklungen im 19. und 20. Jahrhundert .....	325
a) Zeugen.....	325
b) Testamentsschreiber und Notare .....	327
c) Sonstige an der Beurkundung Mitwirkende.....	330
d) Zusammenfassung und Würdigung .....	331
4. Deutsches Recht.....	333
a) Ausschließungsgründe in den Vorarbeiten zum BGB.....	333
b) Weitere Entwicklung und BeurkG .....	334
c) Zusammenfassung und Würdigung .....	337
II. Schutz gegen Dritte durch Testierverbote .....	338
1. Testierverbote in der historischen Entwicklung.....	338
a) Entstehung im Ancien Droit.....	338
b) Rechtsunsicherheit und persönlicher Anwendungsbereich .....	340
c) <i>Code civil</i> .....	343
aa) Vormund .....	343
bb) Ärzte, Chirurgen und Apotheker.....	344
cc) Priester .....	345
dd) Krankenhäuser, religiöse Orden.....	346
ee) Schiffsoffiziere .....	346
ff) Umgehungen und Rechtsfolgen .....	346
d) Bewertung .....	347
2. Testierverbote in den romanischen Rechtsordnungen.....	348
a) Der Einfluss auf die romanischen Rechtsordnungen: „relative Erbunfähigkeit“ .....	348

b) Testierverbote im italienischen Recht .....	349
c) Testierverbote im spanischen Recht .....	350
d) Kontinuierliche Erweiterung der Testierverbote im französischen Recht .....	351
aa) Heime und Betreuungspersonal .....	351
bb) Krankenpfleger und gerichtliche Betreuer .....	352
cc) Physiotherapeuten .....	353
dd) Reformbestrebungen: Erweiterung der Testierverbote .....	353
3. Testierverbote im deutschen Recht .....	355
a) Heimgesetzgebung (§ 14 HeimG) .....	355
aa) Sachlicher Anwendungsbereich. Letztwillige Verfügungen und Kenntnis .....	357
bb) Persönlicher Anwendungsbereich .....	357
cc) Heimsituation. Keine analoge Anwendung für ähnliche Abhängigkeitslagen .....	358
dd) Einschränkungen und Ausnahmen .....	359
b) Dienstrechtliche Geschenkkannahmeverbote .....	360
c) Berufsordnungen: Ärzte .....	362
d) Beschränkung der Testierfreiheit über § 138 BGB .....	364
aa) Sittenwidrigkeit wegen Missbrauchs einer Vertrauensstellung .....	364
bb) Kein typisiertes Testierverbot nach § 138 BGB für Vertrauenspersonen .....	364
cc) Rechtsprechung .....	365
e) Gesetzliche Konkretisierung des § 138 BGB zum Schutz vor Fremdbestimmung .....	367
f) Zusammenfassung und Befund .....	368
III. Fazit: Inhaltliche Beschränkungen der Testierfreiheit zum Schutz des Erblassers? .....	371
1. Grundwertung .....	371
2. Testierverbote in Bezug auf Mitwirkende .....	372
3. Testierverbote in Bezug auf Dritte .....	373
4. Ergebnis .....	375
 § 6 Maßnahmen zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung .....	376
I. Leitkriterien bei der Ausgestaltung eines rechtlichen Schutzinstruments .....	377
1. Selbstbestimmung ermöglichen .....	377
2. Formwahlfreiheit erhalten .....	378
3. Flexibilität zulassen .....	379
II. Formwahlbeschränkungen in Gefährdungslagen .....	379
1. Die <i>inhabilidad sucesoria</i> im katalanischen Erbrecht .....	380

2. Kritik .....	380
3. <i>Certificate of independent review</i> im kalifornischen Recht.....	382
4. Kritik .....	383
5. Anforderungen und Ausgestaltung eines wirksamen Schutzinstruments .....	384
a) Persönlicher Anwendungsbereich .....	384
aa) Keine Anknüpfung am Alter des Erblassers.....	385
bb) Anknüpfung an eine Abhängigkeitslage des Erblassers .....	386
cc) Kein grundsätzlicher Ausschluss für Ehepartner und sonstige Verwandte .....	387
dd) Kein Ausschluss für unentgeltliche Dienstleister .....	388
b) Flexibilisierung: Ausgestaltung als Vermutungsregel .....	389
c) Erforderliche Form .....	390
6. Ergebnis: <i>De lege ferenda</i> Vorschlag .....	393
7. Verfassungskonformität .....	395
8. Kollisionsrechtliche Behandlung der Schutzvorschrift .....	396
 Ergebnisse.....	 399
 Literaturverzeichnis.....	 407
Rechtsprechungsverzeichnis.....	431
Sachverzeichnis.....	441

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin (Schweiz)
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl SL	Amtsblatt des Saarlandes
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases (Third Series), Law Report
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht (Deutschland)
Ageing Soc.	Ageing and Society (Zeitschrift)
ÄGH	Ärztegerichtshof (Deutschland)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
All ER	All England Law Reports
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
Alzheimer's & Dementia	Alzheimer's & Dementia: The Journal of the Alzheimer's Association
Am. J. Psych.	American Journal of Psychiatry
Anm.	Anmerkung
AP	Audiencia Provincial (Gericht zweiter Instanz, Spanien)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
A.2d	Atlantic Reporter Second
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
Bay GVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Beck Online)
belg. Cod. civ.	Code civil (Belgien)
BerGer.	Berufungsgericht
BerUrt.	Berufungsurteil
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI	Bundesgesetzblatt (Österreich)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht (Schweiz)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats (Österreich)
BNotO	Bundesnotarordnung (Deutschland)
Brem.GBl.	Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation: Chambre criminelle
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWB	Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CA	Court of Appeal
Cal. 4th	California Official Reports 4th
Cal. AB	California Assembly Bill
Cal. Prob. Code	California Probate Code
Cap.	capitulum (Kapitel)
Cass. civ.	Cour de cassation – chambre civile (Frankreich)
Cass. crim.	Cour de cassation – chambre criminelle (Frankreich)
Cass.	Corte di cassazione (Italien)
C. fam.	Code de l'action sociale et des familles (Frankreich)
Ch	Law Reports, Chancery Division (3rd Series)
Classical Philol.	Classical Philology (Zeitschrift)
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.M.L. Rev.	Common Market Law Review
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756
C. pen.	Code pénal (Frankreich)
Cod.	Codex iuris civilis
comm.	commentaire
COP	Court of Protection (England)
Cost.	Costituzione della Repubblica Italiana (Italienische Verfassung)
CQ Global Researcher	Congressional Quarterly Global Researcher
D.	Digesten
DA	Réceuil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (1941–1944)
De G.&Sm. ders.	De Gex & Smale's Chancery Reports derselbe
DFAEH	Demografische Forschung aus erster Hand (Zeitschrift)
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
Dir.succ.fam.	Diritto delle successioni e della famiglia (Zeitschrift)
DJ	Deutsche Justiz (Zeitschrift)

DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dr. famille	Droit de la famille (Zeitschrift)
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
E	Erblasser
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EQG M-V	Einrichtungsgesetz
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbRÄG	Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (Österreich)
Est.Plan.&Cmty. Prop.L.J.	Estate Planning and Community Property Law Journal
et al.	und andere
EWCA Civ	Court of Appeal (Civil Division) (England und Wales)
EWHC	England & Wales High Court
f./ff.	folgende
Fam	Family Division (Vereinigtes Königreich)
Fam.dir.	Famiglia e diritto (Zeitschrift)
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 (Österreich)
FamPRa.ch	Die Praxis des Familienrechts (Zeitschrift)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FD-ErbR	Fachdienst Erbrecht (Beck Online)
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zeitschrift)
FLR	Family Law Reports
Fn.	Fußnote
Foro it.	Foro italiano (Zeitschrift)
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)
franz. C. civ.	Code civil (Frankreich)
Gai.	Gaius
GBL. BW	Gesetzblatt des Landes Baden Württemberg
GG	Grundgesetz
Giur.merito	Giurisprudenza di merito (Zeitschrift)
Giust.civ.	Giustizia civile (Zeitschrift)
Giust.civ.mass.	Giustizia civile massimario (Zeitschrift)
GP	Gesetzgebungsperiode
g.t.	giudice tutelare (Vormundschaftsgericht, Italien)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. LSA	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
GV. NRW.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GVOBl. M-V	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Mecklenburg-Vorpommern



Hamb. GVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hbd.	Halbband
HeimG	Heimgesetz (Deutschland)
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Zeitschrift)
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
i. g. F.	in geltender Fassung
Int.J. Law Psychiatry	International Journal of Law and Psychiatry
IPG	International Psychogeriatrics (Zeitschrift)
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
i. S. v	im Sinne von
ital. Cod. civ.	Codice civile (Italien)
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
J. Aging Soc. Policy	Journal of Aging and Social Policy
JBl	Juristische Blätter (Zeitschrift)
J. Ethics	Journal of Ethics
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
Jh.	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
J.O.	Journal officiel de la République française
J. Soc. Philos.	Journal of Social Philosophy
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
kat. C. civ.	Código civil de Cataluña (Katalonien)
KG	Kammergericht (Deutschland)
Lab.	Labeo (Zeitschrift)
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
LG	Landgericht (Deutschland)
LGBL	Landesgesetzblatt (Österreich)
Lib.	liber (Buch)
lit.	litera
LM	Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, zitiert nach Gesetz und laufender Nr., hrsg. von Lindenmaier/Möhrling
LPA	Les Petites Affiches (Zeitschrift)
LQR	Law Quarterly Review
L.R.	Law Report(s)
lux. C. civ.	Code civil (Luxemburg)
malt. C. civ.	Maltese Civil Code

MBO	Musterberufsordnung der Ärzte (Deutschland)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
Mich. J.L. Reform	University of Michigan Journal of Law Reform
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Zeitschrift)
MTArb	Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (Deutschland)
MüKo BGB m. w. N.	Münchener Kommentar zum BGB mit weiteren Nachweisen
Nds. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NO	Notariatsordnung (Österreich)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Rechtsprechungs-Report
Nuova giur.civ.comm.	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata (Zeitschrift)
N.W.2d	North Western Reporter Second
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OGHbrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
Pa.	Pennsylvania State Reports
P.&D.	Probate and Divorce Cases
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
Pomp.	Pomponius
port. C. civ.	Código civil (Portugal)
P.2d	Pacific Reporter Second
P.3rd	Pacific Reporter Third
Q.B.	Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDP	Revista de derecho privado
Recht	Das Recht – Rundschau für den deutschen Juristenstand (Zeitschrift)
Resp.civ.prev.	Responsabilità civile e previdenza (Zeitschrift)
Rev.	Revision

RG Warn.	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Otto Warneyer
RG	Reichsgericht (Deutschland)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 1880 bis 1945
Riv.dir.civ.	Rivista di diritto civile
Riv.not.	Rivista del notariato
RJ	Aranzadi Civil (Sentencias Tribunal Supremo)
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rob. Ecc.	Robertson's Ecclesiastical Reports
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Zeitschrift)
Rz.	Randziffer
s.	section
S.	Satz/Seite
Sächs. GVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SG	Soldatengesetz (Deutschland)
S.J.	Solicitors' Journal
sog.	sogenannt
span. C. civ.	Código civil (Spanien)
Stetson L. Rev.	Stetson Law Review
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Spanien)
successio	Successio – Zeitschrift für Erbrecht
S.W.2d	South Western Reporter Second
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
TELTJ	Trusts and Estates Law & Tax Journal
ThürWTG	Thüringer Gesetz über betreute Wohnformen und Teilhabe
Trib.	Tribunal (Frankreich)/Tribunale (Italien)
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U. Kan. L. Rev.	University of Kansas Law Review
Ulp.	Ulpian
UMKC L. Rev.	University of Missouri-Kansas City Law Review
UN-BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
UNSW L.J.	University of New South Wales Law Journal
UPC	Uniform Probate Code (USA)
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
Vfg.	Verfügung
VGH	Verwaltungsgerichtshof (Deutschland)
vgl.	vergleiche

Vorbem.	Vorbemerkungen
WISTA	Wirtschaft und Statistik (Zeitschrift)
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Wn. App.	Washington Appellate Reports
WTG	Wohneteilhabegesetz
WTLR	Wills & Trusts Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBW	Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
Ziff.	Ziffer
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung



# Einleitung

## *I. Erbrecht in einer alternden Gesellschaft*

Der „demographische Wandel“ als viel bemühter Topos der Gegenwart bezeichnet die Veränderung der Altersstruktur unserer westlichen Industriegesellschaften. Rückläufige Geburtenzahlen verbunden mit einer stetig steigenden Lebenserwartung stellen nicht nur die Tragfähigkeit bestehender sozialer Sicherungssysteme in Frage,<sup>1</sup> sondern lassen auch Zweifel darüber aufkommen, ob das geltende Recht den damit verbundenen Herausforderungen gerecht werden kann.

### *1. Demographischer Wandel: die Alterung der Gesellschaft*

Dass der „demographische Wandel“ nicht bloß ein zu gesellschaftspolitischen Zwecken an die Wand gemaltes Schreckgespenst ist, sondern bereits in der Gegenwart seine Wirkungen zeigt, ergibt sich aus gesicherten Bestandsaufnahmen und weithin anerkannten, länderübergreifenden Prognosen über die Bevölkerungsentwicklung in den westlichen Industrieländern der nächsten 50 Jahre.<sup>2</sup> Während im Jahr 2008 die Bevölkerung Deutschlands noch zu 19 % aus Kindern und Jugendlichen bis 20, zu 61 % aus Erwachsenen bis 65 und zu 20 % aus älteren Menschen bestand, prognostizierte das Statistische Bundesamt in einem 2015 erschienenen Bericht,<sup>3</sup> dass sich der Bevölkerungsanteil der über 65-Jährigen im Jahr 2060 auf 33 % erhöhen werde, sodass dann jeder Dritte älter als 65 sein und die Gesamtzahl aller über 70-Jährigen die Neugeborenenzahl um das Doppelte übersteigen werde.<sup>4</sup> Die Zahl der heute 5 Millionen Menschen über 80 wird demnach auf 9 Millionen ansteigen, sodass im Jahr 2060 jeder achte (insgesamt ca. 13 % der Bevölkerung) bereits über 80 Jahre alt sein wird.<sup>5</sup> Ein sehr ähnliches Bild zeichnet das Statistikamt

---

<sup>1</sup> *Sachverständigenrat*, Herausforderungen 2011. Zu wirtschaftlichen Gefahren und Chancen des demographischen Wandels vgl. *Börsch-Supan*, APuZ 10–11/2011, 19 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *United Nations*, World Population Ageing 2015; im Überblick auch: *Greenblatt*, CQ Global Researcher 5 (2011) 133–156, United Nations, Population Ageing and Development 2009.

<sup>3</sup> *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 17.

<sup>4</sup> *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 17.

<sup>5</sup> *Statistisches Bundesamt*, Bevölkerung Deutschlands bis 2060 19.