

# Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?

Von REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg\*

## Inhaltsübersicht

I. Einführung: Wandlungen in Einschätzung und Bedeutung des Erbrechts	473
1. Bedeutung des Erbrechts . . . . .	473
2. Einschätzung des Erbrechts . . . . .	475

---

\* Dies ist der Text, der meiner Savigny-Vorlesung am 24. Oktober 2011 in Marburg zugrunde lag. Ich danke dem Dekan sowie den Kolleginnen und Kollegen der Fakultät der Philipps-Universität Marburg für die Einladung zu dieser Vorlesung am Vorabend des 150. Todestages von Friedrich Carl von Savigny; und ich danke Marius de Waal (Stellenbosch) und Kenneth Reid (Edinburgh) für fruchtbare Diskussionen.

Abgekürzt werden zitiert: *Monika Beutgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments (1992); *Alexandra Braun*, Testamentary Formalities in Italy, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 120; *Sergio Cámara Lapuente*, Testamentary Formalities in Spain, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 71; *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht I (1985) (zitiert: *Coing I*); *ders.*, Europäisches Privatrecht II (1989) (zitiert: *Coing II*); *Comparative Succession Law I: Testamentary Formalities*, hrsg. von *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (2011) (zitiert: *Comparative Succession Law I*); Europäische Testamentsformen, hrsg. von *Mathias Schmoeckel/Gerhard Otto* (2011); Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) (zitiert: *HWBEuP*); *Dirk Heirbaut*, A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands/Belgium, in: *Imperative Inheritance Law in a Late-modern Society*, hrsg. von *Christoph Castelein/René Foqué/Alain Verbeke* (2009) 65; *Nils Jansen*, Testamentary Formalities in Early Modern Europe, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 27; *Max Kaser*, Das römische Privatrecht<sup>2</sup>, Erster Abschnitt (1971) (zitiert: *Kaser I*); *ders.*, Das römische Privatrecht<sup>2</sup>, Zweiter Abschnitt (1975) (zitiert: *Kaser II*); *Rodger Kerridge*, Testamentary Formalities in England and Wales, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 305; *Wilbert D. Kolkman*, Testamentary Formalities in the Netherlands, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 142; *Nicola Peart*, Testamentary Formalities in Australia and New Zealand, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 329; *Walter Pintens*, Testamentary Formalities in France and Belgium, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 51 (zitiert: *Testamentary Formalities in France and Belgium*); *Kenneth G. C. Reid*, Testamentary Formalities in Scotland, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 404; *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann*, Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 432; *Thomas Rüfner*, Testamentary Formalities in Roman Law, in: *Comparative Succession Law I* (diese Note) 1; *Ronald J. Scalise Jr.*, Testamentary Formalities in the United States of America in: *Comparative Succession*,

II. Die Testamentstypen in historischer Perspektive . . . . .	477
1. Das eigenhändige Testament . . . . .	477
a) Rom ... und das eigenhändige Testament französischer Provenienz	478
b) Andere Regionen . . . . .	479
c) Rezeption . . . . .	480
d) »Heutiges« römisches Recht . . . . .	481
e) Das kanonische Recht . . . . .	482
2. Das Zeugentestament . . . . .	483
a) Typen . . . . .	483
b) Römisches Recht, <i>ius commune</i> , moderne Kodifikationen . . . . .	484
c) Das Zeugentestament des <i>common law</i> . . . . .	485
3. Das öffentliche Testament . . . . .	486
a) Rom und <i>ius commune</i> . . . . .	486
b) Die Kodifikationen . . . . .	487
4. Das internationale Testament . . . . .	488
5. Außerordentliche Testamente . . . . .	488
a) Außerordentliche Umstände . . . . .	488
b) Soldaten und Seereisende . . . . .	490
6. Kodizille . . . . .	491
III. Beobachtungen . . . . .	492
1. Kulturell geprägtes Erbrecht? . . . . .	492
a) <i>Civil law</i> und <i>common law</i> . . . . .	492
b) Unterschiede innerhalb der Rechtsordnungen des <i>civil law</i> . . . . .	493
c) Kein Reformbedarf . . . . .	495
2. Vergleichungsresistentes Erbrecht? . . . . .	496
3. Rechtsordnungsübergreifende Liberalisierungstendenzen . . . . .	497
4. Statisches Erbrecht? . . . . .	499
5. Eigenhändiges und öffentliches Testament oder Zeugentestament? . . . . .	501
6. Das internationale Testament . . . . .	502
7. Wandlungen im Charakter des eigenhändigen Testaments . . . . .	504
IV. Und Savigny? . . . . .	505
Summary: Testamentary Form Requirements: Arbitrary or Expression of a Legal Culture? . . . . .	507

---

Law I (diese Note) 357; Jan Peter Schmidt, Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brazil, in: Comparative Succession Law I (diese Note) 96; Gottfried von Schmitt, Entwurf des Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich (1879), nachgedruckt in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht I, hrsg. von Werner Schubert (1984); Lajos Vékás, Testamentary Formalities in Hungary, in: Comparative Succession Law I (diese Note) 254; Christiane C. Wendehorst, Testamentary Formalities in Austria, in: Comparative Succession Law I (diese Note) 221; Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts<sup>9</sup> III (1906); Reinhard Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany, in: Comparative Succession Law I (diese Note) 175 (zitiert: Testamentary Formalities in Germany).

## I. Einführung: Wandlungen in Einschätzung und Bedeutung des Erbrechts

### 1. Bedeutung des Erbrechts

In der Geschichte des europäischen Privatrechts spielt das Erbrecht eine zentrale Rolle. Das gilt bereits für das römische Recht. »Classical jurisprudence discussed the law of succession on death with obvious predilection and at the same time admirable delicacy«, schreibt Fritz Schulz, um schließlich zu konstatieren: »The Roman law of succession is indeed the focus of the Roman ›will to law‹<sup>1</sup>. So überrascht denn auch nicht, dass 11 der 45 dem Privatrecht gewidmeten Bücher der Digesten und zudem eine Reihe von Titeln aus den anderen Büchern sich mit dem Erbrecht befassen<sup>2</sup>. Für das mittelalterliche und frühmoderne Europa behauptet Dirk Heirbaut pointiert, das Erbrecht sei der wichtigste Teilbereich des Rechts schlechthin gewesen<sup>3</sup>. Das lag einmal an der sozialen Bedeutung des Erbrechts, bestimmte, was jemand ererbte, doch in der Regel seine Stellung in der Gesellschaft<sup>4</sup>. Hinzu kam, dass eine heute kaum vorstellbare Zahl lokaler Gewohnheitsrechte anwendbar waren, deren Inhalt und Anwendungsbereich nicht selten unklar waren. Viele erbitterte Streitigkeiten entstanden deshalb nicht durch einen Mangel, sondern durch einen Überfluss an Rechtsregeln<sup>5</sup>. Hinzu kam aber auch, dass das gelehrte Recht in diesem Bereich keinen besonders gut geeigneten intellektuellen Rahmen bereithielt, hatte Justinian doch durch eine Reihe von Reformkonstitutionen das ohnehin bereits komplexe römische Erbrecht mit einer Fülle weiterer Zweifelsfragen belastet<sup>6</sup>. Schließlich hatte die Kirche das Testament als spirituelles Instrument entdeckt, das dem Testator die Möglichkeit von Verfügungen *pro salute animae* bot<sup>7</sup>. Sie hatte deshalb die Zuständigkeit über Testamentsangelegenheiten, teilweise aber auch über weite Bereiche des Erbrechts insgesamt, an sich gezogen und die Entwicklung des Erbrechts ihrerseits geprägt<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (1951; Reprint 1992) 203 und 204 (Rz. 358 und 359).

<sup>2</sup> Bücher 28–39; zudem etwa Buch 5, Titel 2–6; Buch 10, Titel 2; Buch 43, Titel 3 und 5.

<sup>3</sup> Heirbaut 65.

<sup>4</sup> Heirbaut 65f.

<sup>5</sup> Heirbaut 67f. (»hundreds of customary legal systems« allein in den südlichen Niederlanden des frühen 16. Jahrhunderts »and ... even more before that time«).

<sup>6</sup> Coing I 561.

<sup>7</sup> Dazu neuerdings Jan Hallebeek, *Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum: Should the Portio Christi be Restricted to a Child's Share?*, in: *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2011) 79ff.

<sup>8</sup> Besonders weitreichend in England; dazu allgemein Richard H. Helmholz, *The Oxford History of England I* (2004) 387ff.

Mit der Kodifikation des Privatrechts verlor das Erbrecht seine Vorrangstellung. In Frankreich führte die Revolution von 1789 zu einer tiefgreifenden Reform; danach versank das Erbrecht in einen Dornröschenschlaf<sup>9</sup>. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch widmete dem Erbrecht noch mehr als ein Drittel seiner Paragraphen (963 von insgesamt 2.385), doch die heutige Bedeutung des Erbrechts spiegelt sich besser in nurmehr 44 von 1.309 Seiten, die in den »Eckpfeilern des Zivilrechts« dem Erbrecht gewidmet sind<sup>10</sup>. Das Erbrecht gilt als eine nicht dynamische und damit einigermaßen langweilige Materie<sup>11</sup>. Es gibt Länder (etwa: England und Schottland), in denen das Erbrecht nicht zum Pflichtprogramm der Juristenausbildung gehört und damit auch kaum Lehrbuchliteratur generiert<sup>12</sup>.

Ist das Erbrecht damit schon auf nationaler Ebene zu einem randständigen Bereich der Rechtswissenschaft geworden, so gilt dies in noch stärkerem Maße für die rechtsvergleichende Forschung. Zwar gibt es eine vergleichsweise intensive Diskussion über das internationale Erbrecht im Sinne des auf internationale Erbfälle anzuwendenden Rechts und über dessen Vereinheitlichung<sup>13</sup> sowie, in diesem Zusammenhang, eine Reihe von Büchern mit Informationen über die Erbrechtsordnungen Europas und der Welt<sup>14</sup>. Aber größer angelegte, im eigentlichen Sinne rechtsvergleichende Studien oder Projekte sind nach wie vor selten<sup>15</sup>. Auch von der Diskussion um die Europäisierung des Privatrechts ist das Erbrecht bislang nur am Rande erfasst

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Heirbaut* 80 ff. (unter der Überschrift »After Napoleon: Lethargy«).

<sup>10</sup> J. von *Staudinger* (-*Rudolf Meyer-Pritzl*), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Eckpfeiler des Zivilrechts (Neubearbeitung 2011) (2010) 1265–1311.

<sup>11</sup> Vgl. wiederum *Heirbaut* 75 (»Nowadays, this part of the law is rather static ...«); *Sebastian Herler*, Testament, in: HWBEuP 1473 (»... in allen europäischen Rechtsordnungen eine überwiegend statische Materie«).

<sup>12</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Wolfgang Ernst*, Gelehrtes Recht, in: Das Proprium der Rechtswissenschaft, hrsg. von *Christoph Engel/Wolfgang Schön* (2007) 3 (12): »Im sogenannten ›Grossen Lehrbuch‹ verkörpert sich die Rechtswissenschaft besonders sinnfällig.«

<sup>13</sup> Zum Vorschlag für eine einschlägige Verordnung vgl. etwa *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74 (2010) 522 ff. (zitiert: *MPI, Comments*).

<sup>14</sup> Für Deutschland vgl. Internationales Erbrecht, hrsg. von *Murad Ferid/Karl Firsching/Heinrich Dörner/Rainer Hausmann* (Loseblattslg., seit 1974); Erbrecht in Europa<sup>2</sup>, hrsg. von *Rembert Süß* (2008).

<sup>15</sup> Eine Übersicht zum Stand der Disziplin bietet *Marius J. de Waal*, Comparative Succession Law, in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, hrsg. von *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (2008) 1071 ff. (zitiert: *The Oxford Handbook*); vgl. auch *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative*, hrsg. von *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (2007); *The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives*, hrsg. von *Miriam Anderson/Esther Arroyo i Amayuelas* (2011).

worden<sup>16</sup>. Selbst die ambitionierte *Study Group on a European Civil Code* und die Verfasser des *Draft Common Frame of Reference* haben das Erbrecht ausgespart (können damit andererseits aber auch kaum den Anspruch erheben, »eine Art vermögensrechtliches ›Grundgesetz«<sup>17</sup> geschaffen zu haben).

## 2. Einschätzung des Erbrechts

Fragt man nach den Gründen, die die auffällige Zurückhaltung gegenüber Rechtsvereinheitlichung und sogar rechtsvergleichender Forschung erklären, so stößt man auf den stereotypen Hinweis auf die kulturelle Verankerung des Erbrechts. Drei Äußerungen aus jüngerer Zeit mögen dies belegen: »Familien- und Erbrecht sind in besonderem Maße historisch gewachsene, kulturell wie religiös verwurzelte, durch unterschiedliche soziale und wirtschaftliche Verhältnisse geprägte Rechtsmaterien«, heißt es bei Nina Dethloff<sup>18</sup>, »[s]uccession law is deeply rooted in the fundamental social and cultural values of a society«, bei Antoni Vaquer<sup>19</sup>, und »[the rules of the law of succession] are influenced by socio-cultural, socio-economic and sometimes also religious factors, very much as can be found in family law«, bei Sjeff van Erp<sup>20</sup>. Wenn dies zutrifft, so ließe sich folgern, dann kann das Erbrecht im grenzüberschreitenden Diskurs um das »bessere Recht«<sup>21</sup> keine Rolle spielen. Denn es kann hier typischerweise kein »besseres Recht« geben

<sup>16</sup> Vgl. aber *Walter Pintens*, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts: FamRZ 2003, 329 ff. (417 ff.); *ders.*, Need and Opportunity of Convergence in European Succession Laws, in: *The Law of Succession* (vorige Note) 3 ff.; *Dieter Leipold*, Europa und das Erbrecht, in: *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends*, FS Alfred Söllner (2000) 653 ff.; *Alain-Lauren Verbeke/Yves-Henri Leleu*, Harmonization of the Law of Succession in Europe, in: *Towards a European Civil Code*<sup>4</sup>, hrsg. von *Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink et al.* (2011) 459 ff. Auch *Inge Kropfenberg*, Nationale Rechtskulturen und die Schaffung eines europäischen Erbrechts, in: *Europäisierung des Rechts*, hrsg. von *Herbert Roth* (2010) 103 ff., hält das Erbrecht nicht *per se* für vereinheitlichungsfeindlich. – Für das Familienrecht gibt es bereits eine internationale Wissenschaftlergruppe, die sich um die Erarbeitung von »Principles of European Family Law« bemüht. Dazu *Walter Pintens*, *Principles of European Family Law*, in: HWBEuP 1180 ff.

<sup>17</sup> *Christian von Bar*, Die Study Group on a European Civil Code, in: FS Dieter Henrich (2000) 1 (3).

<sup>18</sup> *Nina Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung: ZEuP 15 (2007) 992 (994).

<sup>19</sup> *Antoni Vaquer*, The Law of Successions, in: *European Private Law, A Handbook*, hrsg. von *Mauro Bussani/Franz Werro* I (2009) 552 (557).

<sup>20</sup> *Sjeff van Erp*, New Developments in Succession Law, in: *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, hrsg. von *Katharina Boele-Woelki/Sjeff van Erp* (2007) 73 (74).

<sup>21</sup> Vgl. *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts<sup>3</sup> (1996) 46 f.; *Ralf Michaels*, The Functional Method of Comparative Law, in: *The Oxford Handbook* (oben N. 15) 373 ff.

(und auch keine »zufälligen« Eigentümlichkeiten bestimmter Rechtsordnungen)<sup>22</sup>, sondern nur auf kultureller Prägung, Einbettung oder »Pfadabhängigkeit« beruhende Unterschiede<sup>23</sup>.

Diese überkommene Sichtweise ist in jüngerer Zeit jedoch ins Wanken geraten. Auch die Tradition des Erbrechts ist nämlich zu einem guten Teil eine gemeineuropäische<sup>24</sup>, und bestimmte soziale und wirtschaftliche Faktoren haben in den letzten Jahrzehnten grenzübergreifend zu einem Funktionswandel des Erbrechts geführt<sup>25</sup>. Dadurch ist das Erbrecht international in einer Reihe von Punkten in Bewegung gekommen. Zudem sind die Ermittlung des »besseren Rechts« und Rechtsvereinheitlichung keineswegs die einzigen Ziele rechtsvergleichender Forschung. Vielmehr kann es auch gerade darum gehen, die These von der kulturellen Prägung des Erbrechts zu überprüfen (und, sollte sie sich bestätigen, zu konkretisieren). Vergleichende Forschung sollte dabei stets Hand in Hand gehen mit rechtshistorischer Arbeit, ist es doch in der Regel die historische Perspektive, die die Gemeinsamkeiten und Unterschiede erklärt, mit denen wir heute konfrontiert sind<sup>26</sup>. In diesem Sinne ist vor zwei Jahren eine internationale Forschungsgruppe zur historisch-vergleichenden Erforschung von Grundfragen des Erbrechts gegründet worden. Deren erstes Arbeitsprojekt betraf die Testamentsformen, und der daraus entstandene Band ist soeben erschienen<sup>27</sup>. Auf dieser Grundlage sind zunächst die historischen Linien nachzuzeichnen<sup>28</sup>. Es folgen, daran anknüpfend, eine Reihe allgemeiner Beobachtungen zur (vermeintlichen oder tatsächlichen) kulturellen Prägung des Erbrechts. Die-

<sup>22</sup> Deren Angleichung bezeichnete Edouard Lambert auf dem Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Jahre 1900 in Paris als zentrale Aufgabe wissenschaftlich begründeter Rechtsvergleichung: *Edouard Lambert, Procès-Verbaux des Séances et Documents, Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 I* (1905) 25 ff. (Congrès international de Droit comparé).

<sup>23</sup> Zum Begriff der Rechtskultur vgl. etwa *Roger Cotterrell, Comparative Law and Legal Culture*, in: *The Oxford Handbook* (oben N. 15) 709 ff.; *Ralf Michaels, Rechtskultur*, in: *HWBEuP* 1255 ff.; *Peter Mankowski, Rechtskultur: JZ* 2009, 321 ff.

<sup>24</sup> *Leipold* (oben N. 16) 650; vgl. dazu die Darstellung bei *Coing* I 559 ff.

<sup>25</sup> *Marius de Waal, The Social and Economic Foundations of the Law of Succession: Stellenbosch L. Rev.* 8 (1997) 162 ff.; *ders.*, *Comparative Succession Law* (oben N. 15) 1077 ff.; *Kroppenberg* (oben N. 16) 106 ff.

<sup>26</sup> *Reinhard Zimmermann, Savignys Vermächtnis: Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft: JBl.* 1998, 273 ff.; *ders.*, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law*, in: *The Oxford Handbook* (oben N. 15) 539 ff.; *ders.*, *Legal History and Comparative Law*, in: *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, hrsg. von *Antoni Vaquer* (2008) 3 ff.; *Nils Jansen, »Tief ist der Brunnen der Vergangenheit«: Funktion, Methode und Ausgangspunkt historischer Fragestellungen in der Privatrechtsdogmatik: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 27 (2005) 202 ff.

<sup>27</sup> *Comparative Succession Law I: Testamentary Formalities*; vgl. auch zu derselben Thematik: *Europäische Testamentsformen* (beide oben N.\*).

<sup>28</sup> Eine englische Version von Abschnitt II ist erschienen als Teil von *Reid/de Waal/Zimmermann* 432 ff.

se Beobachtungen führen schließlich zu Savigny, dessen Gedächtnis diese Vorlesung ja gewidmet ist.

## II. Die Testamentstypen in historischer Perspektive

»Soweit nicht ein anderes bestimmt ist, braucht im Rechtsverkehr keine Form beachtet zu werden«: niemand wird bezweifeln, dass diese Regel, die sich in den sog. *Acquis Principles* findet<sup>29</sup>, das moderne Recht (jedenfalls dasjenige der europäischen und der vom europäischen Recht geprägten Staaten) korrekt wiedergibt<sup>30</sup>. Formerfordernisse bilden die Ausnahme. Eine solche Ausnahme ist das Testament. Der Grund für die Formbedürftigkeit des Testaments ist leicht zu begreifen. Ein Testament wird rechtlich relevant erst dann, und wird in der Regel auch erst bekannt, nachdem der Testator verstorben ist: zu einem Zeitpunkt also, wenn er nicht mehr gefragt werden kann, ob, was als sein letzter Wille ausgegeben wird, tatsächlich seinem letzten Willen entspricht. Dieses Grunddilemma hat dazu geführt, dass Rechtsordnungen in Vergangenheit und Gegenwart zu drei Typen von Formerfordernissen gegriffen haben, um Gewissheit über den Willen des Testators zu schaffen: Schriftform in der speziellen Variante der Eigenhändigkeit der schriftlich abzugebenden Erklärung, die Beiziehung von Zeugen und die Einschaltung einer neutralen Instanz oder Amtsperson, vor allem also eines Gerichtes oder Notars. Diese drei Typen überschneiden sich teilweise; zudem treten sie in einer großen Vielfalt von Ausgestaltungen auf.

### 1. Das eigenhändige Testament

Die bequemste, aber in mancher Hinsicht auch eine besonders gefährliche Testamentsform ist das eigenhändige Testament. Es kann errichtet werden, wann immer und wo immer der Testator dies wünscht; zudem kann der Testator nicht nur den Inhalt seines Testaments, sondern auch die Tatsache für sich behalten, dass er ein Testament errichtet hat. Andererseits ist der Testator mit den Formerfordernissen eines eigenhändigen Testaments nicht immer hinreichend vertraut, und seine Verfügung kann mithin unwirksam sein. Zudem besteht das Risiko, dass das Testament nach seinem Tod nicht gefunden wird, dass es zerstört oder dass die Handschrift des Testators ge-

<sup>29</sup> *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II (2009) Art. 1:304 (S. 75 ff.).

<sup>30</sup> Eine gewisse Ironie liegt freilich darin, dass keineswegs klar ist, inwieweit diese Regel gerade im *acquis communautaire* eine Grundlage findet, das vielmehr eine Fülle unterschiedlicher Formvorgaben enthält: *Nils Jansen/Reinhard Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?: JZ 2007, 1113 (1118 f.).

fälscht worden ist; und es ist nicht immer leicht zu sagen, ob ein Schriftstück bereits ein Testament oder nur den Entwurf eines solchen darstellt. Angesichts dieser Probleme ist es kaum erstaunlich, dass gegenüber der Anerkennung eigenhändiger Testamente lange Zeit eine erhebliche Zurückhaltung geherrscht hat. Doch kann die Geschichte des Rechts der Testamentsförmlichkeiten weithin als eine Geschichte ihrer Erleichterung erzählt werden; und in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen war damit auch die allmähliche Verbreitung des handschriftlichen Testaments verbunden.

a) Rom ... und das eigenhändige Testament französischer Provenienz

Das klassische römische Recht kannte keine handschriftlichen Testamente. Zur Zeit Justinians hatte es sich jedoch für den Fall etabliert, dass ein Elternteil lediglich seine Kinder als Erben einsetzte (*testamentum parentum inter liberos*)<sup>31</sup>. Eine Konstitution von Valentinian III. führte dann das eigenhändige Testament als ordentliche Testamentsform ein<sup>32</sup>; doch galt dies nur im weströmischen Reich und auch hier nur für drei Jahrzehnte bis zu dessen Untergang. Das eigenhändige Testament wurde von einer Reihe der Germanenrechte (*leges barbarorum*) übernommen: Es findet sich in der *lex Romana Visigothorum (Breviarium Alarici)*, der *lex Romana Burgundionum* und der *lex Visigothorum*; die ersten beiden dieser *leges* waren auf die römischen Bevölkerungsteile im Westgoten- und Burgunderreich, die dritte auch auf die Westgoten selbst anwendbar<sup>33</sup>. Von größerer Bedeutung war aber, dass Valentinians Gesetz nicht Bestandteil des *Corpus Juris Civilis* wurde.

Das eigenhändige Testament tauchte dann in den nordfranzösischen *Coutumes* des 16. Jahrhunderts wieder auf<sup>34</sup>. So heißt es etwa in der *Coutume de Paris* von 1510: »... il est requis, qu[e le testament] soit escrit et signé de la main et seign manuel du testateur«<sup>35</sup>. Ob eine Verbindung zwischen dem eigenhändigen Testament in den in Südfrankreich und Burgund geltenden *leges barbarorum* und seiner Herausbildung in den Gewohnheitsrechten Nordfrankreichs besteht, ist lange Zeit umstritten gewesen<sup>36</sup>; heute geht man

<sup>31</sup> Dazu *Rüfner* 22; *Kaser* II 483. Bereits im klassischen Recht konnten freilich Soldatentestamente ohne die normalerweise vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet werden; und ebenso, wie deshalb ein mündliches Soldatentestament wirksam war, war es auch ein eigenhändiges; vgl. *Rüfner* 14f.; *Kaser* I 680ff.

<sup>32</sup> *Novellae Valentiniani* 21, 2; vgl. *Rüfner* 19; *Kaser* II 481; *Beutgen* 11ff.; *Gunter Wesener*, Ephemere Besonderheiten des spätrömischen Erbrechts, Zur Frage des Fortlebens rechtlicher Institute, in: FS Rolf Knütel (2009) 1401 (1414f.).

<sup>33</sup> *Beutgen* 17ff.; *Wesener* (vorige Note) 1415f.

<sup>34</sup> *Beutgen* 39ff.; *Coing* I 572; *Olivier Descamps*, Les formes testamentaires de l'époque médiévale jusqu'à la période présente en France, in: Europäische Testamentsformen 47ff. (52ff.).

<sup>35</sup> Vgl. *Beutgen* 39.

<sup>36</sup> Dazu *Peter Breitschmid*, Formvorschriften im Testamentsrecht (1982) 12ff.; *Beutgen* 26ff.



überwiegend davon aus, dass eine derartige Verbindung nicht nachweisbar ist<sup>37</sup>. Das eigenhändige Testament findet sich dann in den *Ordonnances* des 17. und 18. Jahrhunderts und wanderte von dort in den *Code civil*<sup>38</sup>. Dieser galt nicht nur in Frankreich (sowie Belgien und Luxemburg), sondern auch als Teil des Rheinischen Rechts in Deutschland und bildete die Grundlage des Badischen Landrechts. Die von der französischen Rechtstradition geprägten Gebiete bildeten damit den Brückenkopf für die Rezeption des eigenhändigen Testaments in Deutschland<sup>39</sup>; dessen Anerkennung im BGB, die gegen hinhaltenden Widerstand erst im letztmöglichen Moment erreicht wurde, ist denn auch als der einzige substantielle Beitrag des Badischen Rechts zum BGB bezeichnet worden<sup>40</sup>. Doch waren die praktischen Erfahrungen mit dem eigenhändigen Testament in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB alles andere als ermutigend<sup>41</sup>. Dessen gesetzliche Ausgestaltung erwies sich als ausgesprochen unglücklich und gab Anlass zu immer neuen Rechtsstreitigkeiten. Eine gesetzliche Reform war unabweisbar. Das Testamentsgesetz von 1938 legte schließlich die Grundlage für das eigenhändige Testament in seiner modernen und aus dem deutschen Recht kaum mehr wegzudenkenden Form<sup>42</sup>.

## b) Andere Regionen

Nordfrankreich war nicht die einzige Region in Europa, wo das eigenhändige Testament sich im spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Recht etablierte. In Österreich spiegelt sich eine entsprechende »uralte« Gewohnheit in der Wiener Stadtordnung von 1526 und in einer Reihe anderer zeitgenössischer Quellen<sup>43</sup>. Von hier aus fand das eigenhändige Testament seinen Weg in das ABGB, trotz der Vorbehalte von Franz von Zeiller, einem der maßgeblichen Schöpfer dieser Kodifikation<sup>44</sup>. Wie in Deutschland ist das

<sup>37</sup> R. H. Helmholz, *The Origin of the Holographic Wills in English Law*: J. Leg. Hist. 15 (1994) 98; *Wesener* (oben N. 32) 1417f.

<sup>38</sup> *Descamps* (oben N. 34) 60ff.; *Beutgen* 39ff.

<sup>39</sup> Eike Götz *Hosemann*, Von den Bedenken gegen das Testieren »im stillen Kämmerlein«, Die Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland, dargestellt aus Anlass des 200. Geburtstags des Badischen Landrechts: *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2010, 520ff.

<sup>40</sup> *Karlheinz Muscheler*, Die Rolle Badens in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1993) 75. Zur Einführung des eigenhändigen Testaments in das BGB *Reinhard Zimmermann*, *Testamentary Formalities in Germany* 182ff.; *Gerhard Otte*, Das eigenhändige Testament als ordentliche Errichtungsförm nach dem BGB – Gründe und Einwände, in: *Europäische Testamentsformen* 31ff.

<sup>41</sup> Dazu *Zimmermann*, *Testamentary Formalities in Germany* 187ff.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Otte* (oben N. 40) 38ff.

<sup>43</sup> *Wendehorst* 231; *Beutgen* 53ff.; *Gunter Wesener*, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption (1957) 129ff.; *ders.* (oben N. 32) 1417ff.

<sup>44</sup> *Beutgen* 58ff.

eigenhändige Testament die populärste Testamentsform<sup>45</sup>. Dasselbe gilt für die Schweiz, wo das eigenhändige Testament im ZGB von 1907 verankert wurde, obwohl nur vergleichsweise wenige der kantonalen Rechte des 19. Jahrhunderts insoweit dem französischen oder österreichischen Vorbild gefolgt waren<sup>46</sup>. Das ungarische Recht ist interessant insoweit, als es das eigenhändige Testament schon vor der Einführung des ABGB anerkannt hatte, es dann aber im Jahre 1876 abschaffte; es wurde erst 1960 wieder eingeführt<sup>47</sup>. Schottland kannte das eigenhändige Testament spätestens seit dem 17. Jahrhundert<sup>48</sup>. Hier führte die Entwicklung zu einem noch liberaleren Regime, denn seit 1995 sind für die Wirksamkeit eines Testaments nur noch die Schriftform und eine eigenhändige Unterschrift erforderlich.<sup>49</sup>

### c) Rezeption

Das eigenhändige Testament französischer Prägung wurde in Italien<sup>50</sup>, Spanien<sup>51</sup>, Louisiana und Virginia übernommen und breitete sich von Virginia schließlich in etwas mehr als der Hälfte der US-amerikanischen Staaten aus, vor allem in den südlichen und westlichen<sup>52</sup>. Zum Teil wurde es auch in der islamischen Welt rezipiert<sup>53</sup>. In Portugal und in den Niederlanden<sup>54</sup> vermochte es sich demgegenüber nicht zu etablieren. Was Spanien betrifft, so handelt es sich offenbar um eine »Rechtstransplantation«<sup>55</sup>, denn

<sup>45</sup> *Wendehorst* 225; für Deutschland vgl. *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 176.

<sup>46</sup> *Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts II (1888) 189ff.; *Breitschmid* (oben N. 36) 29.

<sup>47</sup> *Véks* 261.

<sup>48</sup> *Reid* 415ff. Unklar ist, ob dies auf Gewohnheitsrecht beruhte oder auf die Praxis der kirchlichen Gerichte zurückgeht, die, jedenfalls in England, das eigenhändige Testament seit dem späten 16. Jahrhundert anerkannt hatten.

<sup>49</sup> Dazu *Reid* 419ff.

<sup>50</sup> Art. 775 Codice civile von 1865; dazu *Braun* 126; *Ugo Bruschi*, Old Questions, Old Answers?: Testamentsformen in Italy from the Beginning of the Ars Notaria to the 1942 Civil Code, in: Europäische Testamentsformen 155 (177ff.).

<sup>51</sup> Art. 688 Código Civil von 1889, vermittelt durch einen Entwurf von 1851; dazu *Cámara Lapuente* 77; *Javier de los Mozos*, Testamentsformen in der spanischen Rechtsgeschichte, in: Europäische Testamentsformen 137 (143ff.).

<sup>52</sup> *Scalise* 370.

<sup>53</sup> *Nadjma Yassari*, Testamentary Formalities in Islamic Law and their Reception in the Modern Laws of Islamic Countries, in: Comparative Succession Law I 282ff. (300).

<sup>54</sup> Dazu *Kolkman* 154. Dabei handelte es sich nicht um die einzige wichtige Abweichung vom Modell des Code civil; vgl. *Reinhard Zimmermann*, Erbnwürdigkeit, in: FS Helmut Koziol (2009) 463 (488), sowie allgemein *Karl H. Neumayer*, Einheit in der Vielfalt – Bewegung und Bewahrung im Erbrecht der Nationen, in: Konflikt und Ordnung, FS Murad Ferid (1978) 659 (661). Im Erbrecht sind die Tochterrechtsordnungen des Code civil offenbar stärker von ihrem gemeinsamen Modell abgewichen als in anderen Bereichen.

<sup>55</sup> *Cámara Lapuente* 76.

die *Leyes de Toro* (1505) hatten zuvor sogar das in den *Siete Partidas* (1256–1265) anerkannte handschriftliche *testamentum parentum inter liberos* abgeschafft. Auch das portugiesische Recht hatte, unter dem Eindruck des römischen Rechts, das eigenhändige Testament seit jeher abgelehnt<sup>56</sup>. Die westgotische Tradition lebte insoweit also auf der iberischen Halbinsel nicht fort. Das erklärt vermutlich auch die Zurückhaltung der südamerikanischen Gesetzgeber gegenüber dem eigenhändigen Testament. Eine wichtige Ausnahme bildet Argentinien (1869, unter Rückgriff auf das französische Recht); in der Folge etablierte sich das eigenhändige Testament auch in den Kodifikationen von Paraguay (1876, 1985), Panama (1916), Mexiko (1928) und Peru (1936, 1984)<sup>57</sup>. Frankreich und Italien sind insoweit offenbar die wichtigsten Bezugspunkte gewesen.

#### d) »Heutiges« römisches Recht

Das eigenhändige Testament wurde mithin sowohl gewohnheitsrechtlich als auch kraft Gesetzes eingeführt. Wo immer es sich durchsetzte, setzte es sich gegen die Regeln des als *ius commune* rezipierten römischen Rechts durch. Unter dem *ius commune* blieb das justinianische *testamentum tripartitum*<sup>58</sup> bis zum Ende des 19. Jahrhunderts das einzige ordentliche Privattestament<sup>59</sup>; in San Marino, einem der letzten Rückzugsgebiete des *ius commune* in der modernen Welt, galt dies bis 1985<sup>60</sup>. Freilich ist auch zu berücksichtigen, dass stets eine Reihe von Ausnahmen anerkannt waren, die es Erblasern ermöglichten, wichtige Verfügungen von Todes wegen zu treffen, indem sie sie eigenhändig aufschrieben und unterzeichneten. Die praktisch bedeutsamsten waren das Testament zugunsten von Abkömmlingen (das römische *testamentum parentum inter liberos*, wie es im *ius commune* rezipiert und teilweise ausgedehnt worden war)<sup>61</sup> und die Einfügung einer Klausel in das Testament, durch die sich der Testator das Recht vorbehielt, Verfügungen von Todes wegen in einem privaten Schriftstück zu erklären<sup>62</sup>. Obwohl natürlich insbesondere die letztere Möglichkeit nicht dem Geist des

<sup>56</sup> Schmidt 108.

<sup>57</sup> Schmidt 110.

<sup>58</sup> Ein Siebenzeugentestament; dazu unten, Text nach N. 75. Zur Bezeichnung *testamentum tripartitum* vgl. Inst. II, 10, 3 (*tripartitum* = dreigeteilt, da die Erfordernisse dieses Testaments historisch aus drei verschiedenen Rechtsquellen stammen).

<sup>59</sup> Für Deutschland vgl. Windscheid/Kipp § 541.

<sup>60</sup> Michaela Reinkenhof, Die Anwendung des *ius commune* in der Republik San Marino (1997) 161 f.

<sup>61</sup> Vgl. oben N. 31; ferner von Schmitt 577 f.; Windscheid/Kipp § 544, 4; Robert W. Lee, An Introduction to Roman-Dutch Law<sup>5</sup> (1953) 359 f.; Coing I 570; Wesener (oben N. 43) 145; Jansen 42; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 181.

<sup>62</sup> von Schmitt 564 f.; Windscheid/Kipp § 628 in fine; Lee (vorige Note) 361 f.; Coing I 570; Jansen 42; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 181.

römischen Rechts entsprach, wurde sie weithin als ein Mittel begrüßt, die lästigen, in den römischen Quellen tradierten Förmlichkeiten zu überwinden<sup>63</sup>. Testamente, die lediglich Verfügungen *ad pias causas* enthielten, bedurften nach herrschender Ansicht keiner bestimmten Form, d. h., sie konnten auch handschriftlich vorgenommen werden<sup>64</sup>.

#### e) Das kanonische Recht

Das kanonische Recht betrachtete überhaupt die Errichtung von Testamenten mit großem Wohlwollen und Interesse, da sie ihnen eine – jedenfalls auch – geistliche Zweckbestimmung gab<sup>65</sup>. Zentraler Bestandteil des Testaments war die um des Seelenheils willen getroffene Verfügung zugunsten der Kirche, der Armen oder wohlthätiger Einrichtungen. Die Kirche lockerte deshalb die Formerfordernisse (sowie eine Vielzahl anderer Regeln) des römischen Rechts<sup>66</sup>. Vor den kirchlichen Gerichten in England – denen das *common law* bis zum 19. Jahrhundert die meisten Nachlasssachen überließ<sup>67</sup> – führte dies sogar seit dem 16. Jahrhundert zur allgemeinen Anerkennung handschriftlicher Testamente<sup>68</sup>: ein bemerkenswertes Beispiel des produktiven Umgangs mit dem Argumentationsarsenal des *ius commune* in einem Land, dessen Recht sich nach verbreteter Meinung in Isolation von der kontinentaleuropäischen Tradition entwickelt habe. Das englische Recht kann in diesem Falle damit nicht nur als eine Provinz, sondern als Pionier des *ius commune* bezeichnet werden.

<sup>63</sup> Jansen 45.

<sup>64</sup> von Schmitt 557; Windscheid/Kipp § 544, 5; Wesener (oben N. 43) 146; Coing I 595; Udo Wolter, *Ius canonicum in iure civili* (1975) 17; Jansen 41. Dieses Privileg beruhte auf kanonischem Recht, scheint aber allgemein anerkannt gewesen zu sein.

<sup>65</sup> Vgl. z. B. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983) 232 ff.; Coing I 593 ff.; Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today* (2001) 161; Hallebeek (oben N. 7) 79 ff.

<sup>66</sup> Coing I 571; Wolter (oben N. 64) 17; Reinkenhof (oben N. 60) 162 ff.

<sup>67</sup> Vgl. oben N. 8.

<sup>68</sup> Helmholz (oben N. 8) 440 f.; ders., *Der Usus Modernus Pandectarum und die Ursprünge des eigenhändigen Testaments in England*: ZEuP 3 (1995) 769 ff.; vgl. ferner Lloyd Bonfield, *Dying, Devising and Dispute in Early Modern England*, in: *Relations between the ius commune and English law*, hrsg. von Richard H. Helmholz/Vito Pierviovanni (2009) 38 f.; Birke Häcker, *Testamentsformen in England – unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung*, in: *Europäische Testamentsformen* 105 (114).

## 2. Das Zeugentestament

### a) Typen

Das eigenhändige Testament ist ein »Privattestament«: Zu seiner Errichtung ist die Mitwirkung einer Amtsperson nicht erforderlich. Die andere in Vergangenheit und Gegenwart verbreitete Form des Privattestaments ist das Zeugentestament. Hier sind zwei Modelle denkbar. Entweder erklärt der Testator seinen letzten Willen mündlich vor den Zeugen, oder er legt ihn schriftlich nieder und die Zeugen bestätigen seine Unterschrift. Beide Modelle sind nicht immer leicht abgrenzbar, denn das mündliche (oder *Nuncupativ-*)Testament wird häufig in einem schriftlichen Dokument niedergelegt<sup>69</sup>, während das schriftliche Testament den Zeugen vielfach vorgelesen wird oder sogar vorgelesen werden muss. Das Zeugentestament in seiner schriftlichen Variante<sup>70</sup> kann entweder vom Testator selbst geschrieben sein müssen; eine Rechtsordnung kann aber auch zulassen, dass es von einer anderen Person geschrieben wird (*testamentum allographum*) oder mithilfe einer Schreibmaschine, eines Computers oder anderer mechanischer Mittel. Da das Zeugentestament, wie das eigenhändige Testament, nicht die Hinzuziehung eines Juristen erfordert, ist nicht gewährleistet, dass der Testator bei der Errichtung mit dessen Formerfordernissen vertraut ist: ob bestimmte Personen (etwa nahe Angehörige oder die letztwillig Begünstigten) als Zeugen ausgeschlossen sind, ob alle Zeugen zu ein und demselben Zeitpunkt anwesend sein müssen, ob der Testator das Testament bereits vor Eintreffen der Zeugen unterschrieben haben darf usw. Das Zeugentestament enthält deshalb eine Reihe von Fußangeln. Wie ein eigenhändiges kann auch ein Zeugentestament nach dem Tod des Erblassers verschwunden sein. Nachteilhaft kann weiterhin sein, dass die Zeugen, auch wenn ihnen der Inhalt des Testaments oder auch nur die Tatsache, dass es sich um ein Testament handelt, nicht mitgeteilt zu werden braucht, sich doch ihren Teil denken können. Es ist für einen Testator, der sich des Zeugentestaments bedient oder bedienen muss, nicht einfach, ein Testament zu errichten, sofern er nicht möchte, dass diese Tatsache bekannt wird. Das mündliche Zeugentestament leidet zudem an dem Mangel, dass die Zeugen, oder doch einige von ihnen, bei Eintritt des Erbfalles nicht mehr greifbar sein können, um den Inhalt des Testaments zu bezeugen, oder dass sie Unterschiedliches erinnern. Schließlich sind mündliche Testamente besonders anfällig für arglistige Manipulationen. Doch auch schriftliche Zeugentestamente sind fälschungsanfällig<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> So das brasilianische Recht; vgl. Schmidt 105 f.

<sup>70</sup> Dazu vergleichend Reid/de Waal/Zimmermann 446 f.

<sup>71</sup> Vgl. etwa Kerridge 321 f.

b) Römisches Recht, *ius commune*, moderne Kodifikationen

Gleichwohl ist das Zeugentestament die älteste heute noch gebräuchliche Testamentsform. Ihre Geschichte reicht auf das römische Recht zurück, und zwar letztlich bis auf das *testamentum per aes et libram* des vorklassischen Rechts<sup>72</sup>. Dabei handelte es sich, in den Worten von Ernst Rabel, um ein nachgeformtes Rechtsgeschäft<sup>73</sup>, denn die Römer bedienten sich des Rituals der *mancipatio*, das normalerweise der Übertragung des Eigentums an besonders wertvollen Gegenständen diene. Diese Ökonomie bei der Ausformung neuer Geschäftstypen war für das römische Recht ebenso charakteristisch wie der Rückgriff auf Zeugen, der seinerseits der Präferenz der Römer für die Wort- gegenüber der Schriftform entspricht<sup>74</sup>. Justinians *testamentum tripertitum* ist ein entfernter Abkömmling des *testamentum per aes et libram*<sup>75</sup>. Es erforderte die Gegenwart von sieben Zeugen – sieben angesichts der Tatsache, dass ursprünglich ein *libripens* (Waagehalter) und der *familiae emptor* (ein treuhänderischer Vermögenskäufer) neben fünf Zeugen für die Übertragung des Vermögens des Erblassers zugegen sein mussten. Das *testamentum tripertitum* wurde das ordentliche Privattestament des *ius commune*, das mündlich (*testamentum nuncupativum*) oder schriftlich (*in scriptis*) errichtet werden konnte<sup>76</sup>. Trotz vieler Streitfragen über die Details seiner Ausgestaltung und zahlreicher Modifikationen durch lokale Gewohnheiten oder Statuten überlebte es, wo immer das *ius commune* überlebte, und das heißt in Deutschland bis zum Ende des 19. Jahrhunderts<sup>77</sup>. In vielen kontinentaleuropäischen Kodifikationen wurde es durch das eigenhändige Testament abgelöst, so insbesondere in Frankreich, Italien, Spanien, Deutschland und der Schweiz. Vielfach waren im Laufe der Zeit sieben Zeugen als exzessiv empfunden worden. In der nachklassischen, vorjustinianischen Zeit hatte schon das römische Recht ein Fünfzeugentestament als wirksam anerkannt<sup>78</sup>. Auch das römisch-holländische und römisch-hispanische Recht betrachteten fünf Zeugen als ausreichend<sup>79</sup>. Noch weiter ging das kanonische Recht. Unter Berufung auf Matthäus 18,16 (jede Sache soll »durch den Mund von zwei oder drei Zeugen« bestätigt werden)<sup>80</sup> bestimmte Papst Alexander III. (1159–1181), dass Testamente, die in der Gegenwart des Gemeindepfarrers und von zwei oder

<sup>72</sup> Rñfner 4; Kaser I 197f., 678f.

<sup>73</sup> Ernst Rabel, Nachgeformte Rechtsgeschäfte: SavZ/Rom. 27 (1906) 290–335 und SavZ/Rom. 28 (1907) 311–379; vgl. auch Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996) 89 (zitiert: Obligations).

<sup>74</sup> Rñfner 6; vgl. auch Zimmermann, Obligations (vorige Note) 68ff., 78ff.

<sup>75</sup> Rñfner 20f.; Kaser II 478ff.

<sup>76</sup> Jansen 38; Coing I 569.

<sup>77</sup> Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 179; für San Marino vgl. Reinken-hof (oben N. 60) 158ff.

<sup>78</sup> Rñfner 18; Kaser II 478f.

<sup>79</sup> Jansen 35.

<sup>80</sup> Vgl. auch 5. Mose 19, 15: »Es soll kein einzelner Zeuge gegen jemand auftreten wegen

drei »geeigneten« Personen errichtet wurden, wirksam seien<sup>81</sup>. Das kanonische Testament<sup>82</sup> bildete ein einflussreiches Modell auch für weltliche Gesetzgeber<sup>83</sup>.

In der modernen Welt überlebt das Zeugentestament, neben dem eigenhändigen Testament, in Österreich. Drei »fähige« Zeugen sind zu seiner Wirksamkeit erforderlich, und der letzte Wille muss schriftlich niedergelegt worden sein<sup>84</sup>. Das Zeugentestament in seiner mündlichen Variante – dessen Aufnahme in das ABGB von 1811 wird von Christiane Wendehorst als Zeichen »einer gewissen Naivität« bezeichnet<sup>85</sup> – ist im Jahre 2004 abgeschafft worden. Brasilien bietet demgegenüber das Beispiel einer Rechtsordnung, in der das schriftliche Zeugentestament das einzige ordentliche Privattestament ist<sup>86</sup>.

### c) Das Zeugentestament des *common law*

Die Hochburg des Zeugentestaments ist freilich das *common law*. Grundlage ist der englische *Wills Act* von 1837, der das zuvor übermäßig komplexe und unbequeme Recht der Testamentsförmlichkeiten grundlegend modernisierte<sup>87</sup>. Das Gesetz von 1837 ist bis heute in Kraft; seine für die Testamentsform zentrale Vorschrift ist seither nur zweimal (1852 und 1982) geringfügig geändert worden. Die charakteristischen Merkmale für ein Testament in England sind, dass es schriftlich niedergelegt und unterzeichnet sein muss, dass die Unterschrift vom Testator bei gleichzeitiger Gegenwart von zwei oder mehr Zeugen geleistet oder anerkannt werden muss und dass jeder der Zeugen seine Unterschrift in Gegenwart des Testators leisten oder anerkennen muss. Das englische Recht kennt mithin nur das Zeugentestament *in scriptis*. Der *Wills Act* galt auch bzw. wurde übernommen in Austra-

---

irgendeiner Missetat oder Sünde ..., sondern durch zweier oder dreier Zeugen Mund soll eine Sache gültig sein.«

<sup>81</sup> *Decretales Gregorii IX*, lib. III, tit. XXVI, cap. X.

<sup>82</sup> Es wurde vor den weltlichen Gerichten in Deutschland nicht anerkannt; vgl. *Jansen* 40 sowie für das 19. Jahrhundert *Windscheid/Kipp* § 540. Vgl. aber für San Marino *Reinkenhof* (oben N. 60) 162ff.: dort sei das kanonische Testament (das »testamentum cum esset«, nach den Eingangsworten von Alexanders Dekretale) als Teil des *ius commune* betrachtet und erst 1861 abgeschafft worden. In Navarra lebt es als Nottestament bis heute fort; vgl. *Cámara Lapuente* 81.

<sup>83</sup> *Jansen* 39; *Cámara Lapuente* 77; *Coing* I 571 f.; *Descamps* (oben N. 34) 54 ff.

<sup>84</sup> § 579 ABGB. Handschriftliche Abfassung ist nicht erforderlich. Wenn das Testament handschriftlich abgefasst ist, muss es von einer anderen Person als dem Erblasser geschrieben worden sein, da es sich sonst um ein eigenhändiges Testament handeln würde.

<sup>85</sup> *Wendehorst* 234.

<sup>86</sup> Dass es wenig gebräuchlich ist, kann angesichts der mit ihm verbundenen Probleme nicht überraschen; vgl. *Schmidt* 106 ff.

<sup>87</sup> Im Einzelnen vgl. *Kerridge* 312 ff.; *Häcker* (oben N. 68) 117 ff.

lien und Neuseeland<sup>88</sup> und in anderen Teilen des britischen Empire, aber nicht in Schottland. Seine Herrschaft ist ausgesprochen zählebige und wurde perpetuiert auch, als die verschiedenen australischen Jurisdiktionen und Neuseeland eigene Testamentsgesetze erließen. Das Zeugentestament englischen Typs wurde ferner in den USA rezipiert<sup>89</sup>. In Südafrika wurde es 1845 am Kap der Guten Hoffnung sowie hernach auch in Natal, im Transvaal und im Oranje-Freistaat eingeführt, stand dort zunächst aber neben den herkömmlichen Testamentsformen des römisch-holländischen Rechts. Erst 1953, mit dem Inkrafttreten eines neuen *Wills Act*, wurde eine landesweite Uniformität auf der Basis der englischen Testamentsform erreicht<sup>90</sup>.

### 3. Das öffentliche Testament

Die Rechtsordnungen der Welt des *common law* kennen kein »öffentliches« Testament. Dasselbe gilt für die südafrikanischen und schottischen Mischrechtsordnungen<sup>91</sup>, und es gilt auch für die vom islamischen Recht geprägten Länder. Die Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Tradition haben demgegenüber das öffentliche Testament in ihre Kodifikationen übernommen. In der Regel steht es als sichere, aber weniger bequeme Alternative neben dem eigenhändigen Testament. Mitunter (Niederlande, Portugal) ist es die einzige ordentliche Testamentsform.

#### a) Rom und *ius commune*

Die Geschichte des öffentlichen Testaments geht auf das nachklassische römische Recht zurück. Aus dunklen Anfängen<sup>92</sup> erscheint es in einer auf das Jahr 413 datierten kaiserlichen Konstitution im Licht der Geschichte<sup>93</sup>. Es wurde durch Einreichung zu den Akten des Gerichts oder der Gemeindebehörde errichtet<sup>94</sup> und war deshalb in späteren Jahrhunderten als *testamentum apud acta conditum* bekannt. In derselben Konstitution hieß es, dass ein Testament auch durch Überreichung an den Kaiser errichtet werden konnte (*testamentum principi oblatum*)<sup>95</sup>. Beide Formen des öffentlichen Testaments

<sup>88</sup> Peart 330 f.

<sup>89</sup> Scalise 361 ff.

<sup>90</sup> Marius J. de Waal, Testamentary Formalities in South Africa, in: Comparative Succession Law I 381 ff. (384 ff.).

<sup>91</sup> Anders jedoch die Mischrechtsordnung von Louisiana, vgl. Scalise 369.

<sup>92</sup> Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht<sup>19</sup> (2008) 358.

<sup>93</sup> C. 6, 23, 19, 1 (Honorius und Theodosius).

<sup>94</sup> »Sicut ... securus erit, qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit iudicium ...«

<sup>95</sup> C. 6, 23, 19 pr. Zum nachklassischen öffentlichen Testament vgl. Rüfner 23; Kaser II 481 f.



ments waren auch unter dem *ius commune* anerkannt, wengleich das Erstere in einer Reihe von Einzelpunkten umstritten war und vielerorts auch abgeändert wurde<sup>96</sup>, während das Letztere in der Praxis offenbar kaum vorkam<sup>97</sup>. Daneben gab es jedoch eine andere, überwiegend ebenfalls als »öffentlich« anerkannte, Testamentsform: das notarielle Testament, das seit dem Mittelalter in stetigem Aufwind war. Es scheint dem kanonischen Recht nachgebildet worden zu sein<sup>98</sup> und erforderte deshalb, neben dem Notar, mindestens zwei Zeugen. Es breitete sich teils gewohnheitsrechtlich, teils durch Gesetz (etwa durch die Reichsnotariatsordnung von 1512) in Europa aus. Die Details der Entwicklung unterschieden sich von Ort zu Ort<sup>99</sup>.

## b) Die Kodifikationen

Ganz überwiegend ist es das notarielle Testament, das in die Kodifikationen übernommen worden ist. Das gerichtliche Testament ist heute noch in Österreich<sup>100</sup> und Ungarn<sup>101</sup> bekannt; in Deutschland wurde es 1969 in Erkenntnis der Tatsache abgeschafft, dass das Kerngeschäft von Gerichten die Streitentscheidung ist bzw. sein sollte<sup>102</sup>. Wie das Zeugentestament erscheint auch das notarielle Testament in zwei verschiedenen Ausgestaltungen: durch (in der Regel mündliche) Erklärung vor dem Notar (»offenes« Testament) oder durch Übergabe eines schriftlichen Dokuments an den Notar (»geschlossenes«, »heimliches«, »mystisches« oder »hinterlegtes« Testament). Ein spezifischer Vorteil der offenen Variante besteht darin, dass der Testator von der rechtlichen Beratung durch den Notar profitieren kann. Neben dem Notar erfordern viele Rechtsordnungen die Anwesenheit von zwei oder drei Zeugen, alternativ mitunter die Anwesenheit eines zweiten Notars. Deutschland, Spanien und die Niederlande kennen das zusätzliche Zeugen-erfordernis nur noch für Ausnahmesituationen.

<sup>96</sup> Jansen 40; Cámara Lapuente 76; Kolkman 144f.; Coing I 572; Descamps (oben N. 34) 60ff.; Lee (oben N. 61) 357f.

<sup>97</sup> Coing I 569.

<sup>98</sup> Jansen 40.

<sup>99</sup> Jansen 40; Cámara Lapuente 76; Kolkman 144f.; von Schmitt 523ff.; Coing I 572; Descamps (oben N. 34) 60ff. Zur Entwicklung des notariellen Testaments in Italien eingehend Bruschi (oben N. 50) 155ff. Zur vergleichenden Rechtsgeschichte des Notariats vgl. die Beiträge in: Handbuch zur Geschichte des Notariats, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Werner Schubert (2009); vgl. auch Manfred Wenckstern, Notariat, in: HWBEuP 1114ff.

<sup>100</sup> §§ 577ff. ABGB; dazu Wendehorst 226.

<sup>101</sup> Vékás 265. Das gerichtliche Testament überlebt ferner in Chile, vgl. Schmidt 100.

<sup>102</sup> Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 208.

#### 4. Das internationale Testament

Nicht sehr verbreitet ist das internationale Testament nach dem Washingtoner Übereinkommen vom 26. Oktober 1973<sup>103</sup>; in Westeuropa haben aber immerhin Frankreich, Belgien, Italien und Portugal die Konvention ratifiziert<sup>104</sup>. Es handelt sich hier um ein Testament, das schriftlich (wenngleich nicht notwendig vom Testator eigenhändig) errichtet und vom Testator in Anwesenheit von zwei Zeugen sowie »einer Person, die ermächtigt ist, im Zusammenhang mit internationalen Testamenten tätig zu sein« (d. h. in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen normalerweise einem Notar) als Testament bestätigt werden muss. Zudem muss der Testator in Gegenwart der Zeugen und der ermächtigten Person das Testament unterzeichnen oder, wenn er es früher unterzeichnet hat, seine Signatur anerkennen. Das internationale Testament ist also ein »öffentliches« Testament, das dem in Frankreich, Belgien, Italien und Portugal bekannten notariellen Testament ähnelt. Gleichwohl, oder vielleicht eher: deshalb, spielt es in der Praxis offenbar kaum eine Rolle.

#### 5. Außerordentliche Testamente

##### a) Außerordentliche Umstände

Eine notwendige Konsequenz der Einführung bestimmter Formvorschriften für die Errichtung von Testamenten ist, dass es Situationen gibt, in denen ihre Einhaltung für den Testator schwierig oder gar unmöglich ist. Insbesondere können Zeugen oder ein Notar nicht verfügbar sein. Gelegentlich kann aber auch die Errichtung eines eigenhändigen Testaments auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen<sup>105</sup>. Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen haben sich seit jeher darum bemüht, Testatoren in derartigen Situationen entgegenzukommen. Schon die Entwicklung vom *testamentum calatis comitiis* über das *testamentum in procinctu* zum *testamentum per aes et libram* im archaischen und vorklassischen Rom lässt sich unter diesem As-

---

<sup>103</sup> Dazu etwa Kurt H. Nadelmann, *The Formal Validity of Wills and the Washington Convention 1973 providing the Form of an International Will*: Am. J. Comp. L. 22 (1974) 365; Jerome J. Curtis, *The Convention on International Wills: A Reply to Kurt Nadelmann*: Am. J. Comp. L. 23 (1975) 119.

<sup>104</sup> Zum internationalen Testament ausführlich *Pintens*, *Testamentary Formalities in France and Belgium* 65 ff.

<sup>105</sup> Ein typisches Lehrbuchbeispiel betrifft den Bergsteiger, der in eine Gletscherspalte gefallen ist und seinen letzten Willen nur noch den anderen Mitgliedern seiner Seilschaft zurufen kann. Praktisch sehr viel häufiger sind letztwillige Verfügungen, die von Kranken oder Pflegebedürftigen in Krankenhäusern oder Pflegeheimen auf dem Totenbett mündlich erklärt werden; vgl. etwa Zimmermann, *Testamentary Formalities in Germany* 220.

pekt analysieren<sup>106</sup>. Ebenfalls auf das römische Recht – und zwar in diesem Fall auf das nachklassische – führt die Tradition der außerordentlichen Testamente zurück. Als solche waren das *testamentum tempore pestis conditum* und das *testamentum ruri conditum* anerkannt: Testamente, die während einer Pestepidemie oder auf dem Lande errichtet wurden<sup>107</sup>. In beiden Fällen wurde das Zeugenerfordernis gelockert, da die akute Gefahr bestand, dass der Testator die für die Testamentserrichtung normalerweise erforderlichen sieben Zeugen nicht aufreiben konnte. Über die Jahrhunderte hinweg waren manche Details streitig und dem Wandel unterworfen; doch blieben beide außerordentlichen (oder Not-)Testamente im Kern erhalten, wo immer das *ius commune* erhalten blieb<sup>108</sup>. Die Väter vieler der modernen Kodifikationen bemühten sich darum, die *testamenta ruri* und *tempore pestis condita* ihrer historisch kontingenten Eigenheiten zu entkleiden<sup>109</sup>; gleichwohl erscheint ihre Beibehaltung im Rückblick als reiner Traditionalismus. Das gilt insbesondere für Rechtsordnungen, die sich darum bemühen, die Notsituationen zu spezifizieren (Seuche, ansteckende Krankheiten, Ausnahmezustand, Naturkatastrophen, Absperrung infolge außerordentlicher Umstände etc.)<sup>110</sup>. Andere Kodifikationen enthalten generalklauselartige Formulierungen (etwa: der Testator ist infolge außerordentlicher Umstände verhindert, sich einer der ordentlichen Errichtungsformen zu bedienen)<sup>111</sup>. Nottestamente sind in der Regel nur für eine bestimmte Zeit, nachdem die Notlage endete, gültig<sup>112</sup>.

Die Nottestamente und die für sie geltenden (erleichterten) Formerfordernisse sind stets vor dem Hintergrund der ordentlichen Testamentsformen zu beurteilen, die eine Rechtsordnung dem Testator zur Verfügung stellt. Ihr Sinn ist zweifelhaft insbesondere dort geworden, wo das bequeme eigenhändige Testament eingeführt worden ist<sup>113</sup>. Die Nottestamente (die in der Regel mündlich errichtet werden können) führen damit heute insgesamt ein Schattendasein.

<sup>106</sup> Rüfner 3.

<sup>107</sup> Dazu Rüfner 23; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 212; Kaser II 482; Velten Kappeßer, Die Nottestamente des BGB (1995) 38 ff.

<sup>108</sup> Jansen 41; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 212.

<sup>109</sup> Zum BGB vgl. Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 212 f.

<sup>110</sup> Vgl. Frankreich (Art. 985 Code civil); Spanien (*Cámara Lapuente* 81); Italien (*Braun* 134); Portugal (Art. 2220 Código civil), Deutschland (*Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 213) und die Niederlande (*Kolkman* 159).

<sup>111</sup> Vgl. Österreich (*Wendehorst* 246); Ungarn (*Vékás* 266); die Schweiz (Art. 506 OR) und Brasilien (*Schmidt* 113).

<sup>112</sup> Artt. 984, 987 Code civil; Artt. 610, 615 und 618 Codice civile; Art. 730 Código civil (Spanien); § 2252 BGB; Art. 4:107 BW. Vgl. aber *Schmidt* 114 für Brasilien.

<sup>113</sup> Anders liegen die Dinge in den Niederlanden, wo das öffentliche Testament die einzige Testamentsform ist; hier kritisiert *Kolkman* 160 die Vorschriften über außerordentliche Testamente als zu strikt.

## b) Soldaten und Seereisende

Das englische Recht verzichtet auf die ordentlichen Formerfordernisse nur für Soldaten, soweit sie im Einsatz sind, und für Seeleute, soweit sie sich auf See befinden<sup>114</sup>. Doch auch hier ist sehr zweifelhaft, ob dieses Privileg heute noch sinnvoll ist<sup>115</sup>. In Australien, Neuseeland, den USA und Südafrika sind die Sonderregeln für Soldaten (oder Soldaten und Seeleute) ursprünglich übernommen worden, wurden aber im Laufe der Zeit weithin kritisiert und befinden sich deshalb auf dem Rückzug<sup>116</sup>. Möglicherweise ist das Soldatenprivileg über die kirchliche Gerichtsbarkeit aus dem römischen Recht nach England gelangt<sup>117</sup>. Jedenfalls dispensierte das römische Recht bereits zur Zeit der Klassik Soldaten in weitem Umfang von den normalen Formerfordernissen für Testamente<sup>118</sup>. Justinian beschränkte dies auf Soldaten *in expeditione*<sup>119</sup>. Das Soldatentestament überlebt in verschiedenen Ausgestaltungen in einer Reihe moderner Kodifikationen<sup>120</sup>, aber keineswegs überall<sup>121</sup>.

Testamente, die während einer Seereise an Bord eines Schiffes gemacht werden, sind in manchen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ebenfalls privilegiert<sup>122</sup>. Diese Sonderbehandlung als Seetestament entstammt nicht dem römischen Recht, findet sich aber bereits in den großen Kodifikationen an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert<sup>123</sup>. Es handelte sich möglicherweise ursprünglich um ein Privileg für Kaufleute<sup>124</sup>. In Italien, Portugal, Brasilien und den Niederlanden ist die einschlägige Regelung auch auf Personen erstreckt worden, die sich auf einer Flugreise befinden<sup>125</sup>. Wiederum gilt aber, dass die Gründe für die Beibehaltung von Sonderregeln für Schiffs- oder gar Schiffs- und Flugreisen alles andere als einleuchtend sind<sup>126</sup>.

<sup>114</sup> Section 11 Wills Act 1837; dazu *Kerridge* 322 ff.

<sup>115</sup> *Kerridge* 324.

<sup>116</sup> *Peart* 339; *Scalise* 373; für Südafrika vgl. *Marius J. de Waal/M. C. Schoeman-Malan, Law of Succession*<sup>4</sup> (2008) 53.

<sup>117</sup> Vgl. *Kerridge* 324.

<sup>118</sup> *Rifner* 14.

<sup>119</sup> *Rifner* 21.

<sup>120</sup> Vgl. Artt. 981 ff. Code civil; *Cámara Lapuente* 86; *Braun* 136; Artt. 2210 ff. Código civil (Portugal); *Schmidt* 112; *Kolkman* 159.

<sup>121</sup> Für Deutschland vgl. *Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany* 218.

<sup>122</sup> Vgl. etwa Artt. 987 ff. Code civil; Artt. 611 ff. Codice civile; Art. 722 Código civil (Spanien); Artt. 2214 ff. Código civil (Portugal); für Deutschland vgl. § 2251 BGB.

<sup>123</sup> Vgl. §§ 205 ff. I 12 PrALR; Artt. 988 ff. Code civil; und § 597 ABGB in seiner Ursprungsversion. Weitere Nachweise bei *von Schmüt* 548.

<sup>124</sup> *Jansen* 41.

<sup>125</sup> Art. 616 Codice civile; Art. 2219 Código civil (Portugal); Art. 1889 Código civil (Brasilien); für die Niederlande vgl. *Kolkman* 159.

<sup>126</sup> Vgl. etwa *Schmidt* 112; *Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany* 218.

## 6. Kodizille

Außerordentliche Testamente betreffen, jedenfalls nach der mit ihnen verfolgten Intention, Situationen, in denen ein Testator sich typischerweise der ordentlichen Testamentsformen nicht, oder doch nicht ohne große Schwierigkeiten, bedienen kann. Traditionell gab es aber auch ein weiteres Mittel, auf das ein Erblasser zurückgreifen konnte, um jedenfalls einige seiner letztwilligen Verfügungen zu machen, ohne an die ordentlichen (oder außerordentlichen) Formvorschriften für Testamente gebunden zu sein: das Kodizill. Im klassischen römischen Recht waren Kodizille (kurze) Schriftstücke, die letztwillige Verfügungen, jedoch nicht die Einsetzung eines Erben, enthalten konnten<sup>127</sup>. Justinian näherte Kodizille den Testamenten stark an, indem er die Hinzuziehung von fünf Zeugen verlangte<sup>128</sup>. Die Unterscheidung zwischen Kodizill und Testament wurde im *ius commune* beibehalten: Ein Erbe konnte nur durch Testament bestimmt werden (dafür waren sieben Zeugen erforderlich), während andere Verfügungen *mortis causa* auch qua Kodizill gemacht werden konnten (dann reichten fünf Zeugen)<sup>129</sup>. Wichtig war, dass ein Testament eine Erbeinsetzung nicht nur enthalten konnte, sondern auch musste<sup>130</sup>. Die Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill wurde daher gegenstandslos, als diese Regel aufgegeben wurde<sup>131</sup>. Das geschah teilweise (etwa in den Niederlanden) schon zur Zeit des *ius commune*<sup>132</sup>, dann aber vor allem in den Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts<sup>133</sup>. Die meisten modernen Rechtsordnungen kennen denn auch das Rechtsinstitut des Kodizills nicht mehr. Anders ist dies bis heute in Österreich (wo die Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill freilich eine rein terminologische ist, denn beide unterliegen denselben Formvorschriften)<sup>134</sup>, in Teilen von Spanien (wo die Errichtung eines Testaments nach wie vor eine Erbeinsetzung erfordert)<sup>135</sup>, in Brasilien<sup>136</sup> und in den Niederlanden (wo ein Kodizill nicht den Formerfordernissen für ein ordentliches Testament unterliegt, aber nur für eine begrenzte Zahl von Verfügungen eingesetzt werden kann)<sup>137</sup>. Überraschenderweise kommen daher

<sup>127</sup> Rűfner 15; Kaser I 693f.

<sup>128</sup> Rűfner 24; Kaser II 495ff. – Für durch ein Testament »bestätigte« Kodizille (*codicilli testamentato confirmati*) wurde vielfach eine Ausnahme insoweit anerkannt, als sie ohne jede Förmlichkeit wirksam waren: Jansen 44.

<sup>129</sup> Jansen 33; Coing I 570; Coing II 598f.; Reinkenhof (oben N. 60) 189ff.

<sup>130</sup> Jansen 33; Coing I 575; Coing II 608; Reinkenhof (oben N. 60) 164ff.

<sup>131</sup> Jansen 34; Coing I 570; Coing II 609.

<sup>132</sup> Jansen 34; Lee (oben N. 61) 354; Coing I 576.

<sup>133</sup> Vgl. z. B. Coing II 609.

<sup>134</sup> Wendehorst 223; vgl. auch Wēsener (oben N. 43) 155ff.

<sup>135</sup> Cámara Lapuente 90.

<sup>136</sup> Schmidt 116.

<sup>137</sup> Kolkman 157.

die zwei jüngsten Kodifikationen dem klassischen römischen Recht in dieser Hinsicht am nächsten.

Der Begriff des Kodizills findet bis heute in den Rechtsordnungen des *common law* und in den Mischrechtsordnungen Anwendung, bezeichnet dort aber ein Dokument, das ein zuvor errichtetes Testament lediglich ergänzt und nicht ersetzt<sup>138</sup>. Es unterliegt denselben Formerfordernissen wie ein Testament.

### III. Beobachtungen

#### 1. Kulturell geprägtes Erbrecht?

##### a) *Civil law* und *common law*

Dieser Überblick bietet Anlass zu einer Reihe allgemeinerer Beobachtungen<sup>139</sup>. Die erste von ihnen betrifft die Frage der »kulturellen Verankerung« des Erbrechts<sup>140</sup>. Das Recht der Testamentsformen erscheint in dieser Hinsicht als gut geeignetes Testobjekt, da es jeden Bürger eines Landes ganz unmittelbar berührt. Auf den ersten Blick scheint sich in der Tat eine Kluft zwischen dem kontinentaleuropäischen *civil law* und den von ihm beeinflussten Rechtsordnungen einerseits und der Welt des *common law* andererseits aufzutun. Der *Wills Act* von 1837 führte in England und in den vom englischen Recht geprägten Ländern zur Etablierung des Zeugentestaments. Die USA, Australien und Neuseeland bieten prominente Beispiele des Siegeszuges des *Wills Act*; aber auch in Südafrika setzte er sich letztlich gegen die traditionellen römisch-holländischen Testamentsformen durch<sup>141</sup>. In den Rechtsordnungen des *civil law* finden wir demgegenüber das handschriftliche und das notarielle Testament. Typischerweise hat der Testator hier die Wahl zwischen zwei verschiedenen Testamentsformen mit ihren je eigenen Vor- und Nachteilen. Das Zeugentestament ist demgegenüber in England, Australien, Neuseeland und Südafrika die einzige dem Testator zur Verfügung stehende ordentliche Testamentsform.

Bei näherem Zusehen verschwimmt diese klare Grenzziehung freilich ganz erheblich. Das gilt insbesondere in historischer Perspektive. In mehr als der Hälfte der US-amerikanischen Bundesstaaten ist neben dem Zeugentestament das eigenhändige Testament anerkannt<sup>142</sup>. Für Louisiana, das allge-

<sup>138</sup> Vgl. etwa *David Hughes Parry/Roger Kerridge, The Law of Succession*<sup>12</sup> (2009) 3–03; *Words and Phrases Legally Defined*<sup>4</sup>, hrsg. von *David Hay I* (2007) 398.

<sup>139</sup> Vgl. auch, unter teilweise anderen Aspekten, *Reid/de Waal/Zimmermann* 432 ff.

<sup>140</sup> Vgl. oben Text bei N. 18.

<sup>141</sup> Dazu oben N. 90.

<sup>142</sup> Dazu oben N. 52.

mein stark vom *civil law* geprägt ist<sup>143</sup>, ist das kaum überraschend, wohl aber für Staaten wie Arizona und Kalifornien, New Jersey oder Maine. Zudem gibt es Tendenzen, das notarielle Testament anzuerkennen<sup>144</sup>. Vor dem Inkrafttreten des *Wills Act* war – durch die kirchlichen Gerichte – auch in England über lange Zeit hinweg das handschriftliche Testament etabliert gewesen<sup>145</sup>. Umgekehrt war das Zeugentestament seit dem Mittelalter das einzige ordentliche Privattestament des kontinentaleuropäischen *ius commune*; in Deutschland wurde es erst mit Inkrafttreten des BGB durch das handschriftliche Testament abgelöst<sup>146</sup>. In Österreich und Brasilien überlebt es bis heute, in dem einen Fall neben dem handschriftlichen Testament, in dem anderen Fall ohne diesen Rivalen<sup>147</sup>. Die Aufteilung der Welt in Rechtsordnungen, die das Zeugentestament anerkennen, und solche, die dies nicht tun, ist also jedenfalls nicht tief verwurzelt; und markante kulturelle Unterschiede zwischen New Jersey und Hampshire, Brasilien und Argentinien oder Deutschland und Österreich erscheinen zur Erklärung der heute bestehenden unterschiedlichen Rechtslage auch kaum plausibel.

#### b) Unterschiede innerhalb der Rechtsordnungen des *civil law*

Das Bild wird noch deutlich komplexer bei einem Vergleich der Rechtsordnungen in der Tradition des *civil law*. In Paraguay, Panama und Peru ist das eigenhändige Testament anerkannt, in Uruguay, Kolumbien und Bolivien aber nicht. In all diesen Fällen lässt sich ermitteln, warum der eine Gesetzgeber diese, der andere jene Entscheidung getroffen hat; doch eine unterschiedliche kulturelle Prägung kommt darin nicht zum Ausdruck. Auch in Europa gibt es kuriose Unterschiede. Spanien übernahm das eigenhändige Testament französischer Prägung, obwohl im Spätmittelalter sogar das handschriftliche *testamentum parentum inter liberos* abgeschafft worden war<sup>148</sup>, Portugal kennt demgegenüber nur das »mystische« Testament (Übergabe einer verschlossenen letztwilligen Verfügung an den Notar) und das öffentliche Testament (d. h. das von einem Notar errichtete Testament)<sup>149</sup>. Dennoch werden Spanien und Portugal traditionell zu demselben Kulturkreis, ja sogar zu demselben Rechtskreis gerechnet, nämlich dem romanischen. Besonders instruktiv ist ein Vergleich der Entwicklung in den Nie-

<sup>143</sup> Vgl. z. B. *Vernon Valentine Palmer/Matthew Sheynes*, Louisiana, in: *Mixed Jurisdictions Worldwide*, hrsg. von *Vernon Valentine Palmer* (2001) 257 ff.

<sup>144</sup> *Scalise* 369 f.

<sup>145</sup> Oben N. 68.

<sup>146</sup> Oben N. 77.

<sup>147</sup> Oben N. 84 und 86.

<sup>148</sup> Oben, Text nach N. 55.

<sup>149</sup> *Erhard Huzel/Burckhardt Löber/Ines Wollmann*, Erbrecht in Portugal, in: *Erbrecht in Europa* (oben N. 14) 187 ff.

derlanden und in Deutschland. Die Niederlande waren jedenfalls bis zur Neukodifikation ihres Rechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Teil des französischen Rechtskreises; immerhin hatte der *Code civil* dort von 1811–1838 sogar unmittelbar gegolten. Damit war auch das eigenhändige Testament anerkannt worden. Im alten *Burgerlijk Wetboek* von 1838 wurde es demgegenüber wieder abgeschafft<sup>150</sup> (obwohl dieses Gesetzbuch doch »im großen und ganzen eine Übersetzung des französischen Gesetzbuchs darstellte«)<sup>151</sup>. In Deutschland war das eigenhändige Testament während des 19. Jahrhunderts zwar ebenfalls etabliert, aber in erster Linie in den vom französischen Recht geprägten (süd-)westlichen Gebieten (dort aber sehr viel länger als in den Niederlanden, nämlich bis zum Ende des 19. Jahrhunderts)<sup>152</sup>. Bei den Beratungen zum BGB machte sich freilich hin und wieder eine gewisse anti-französische Stimmung breit<sup>153</sup>, und auch die Rezeption des eigenhändigen Testaments wurde gelegentlich als eine Art kultureller Unterwanderung betrachtet. Für Heinrich Lange, den Vorsitzenden des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, war dieser »Hort der Pflichtwidrigkeit« ein »Eindringling«, ein Kind des französischen Rechts<sup>154</sup>. Außer Betracht blieb dabei, dass das eigenhändige Testament nicht nur in den nordfranzösischen *Coutumes* des 16. Jahrhunderts (wieder-)aufgetaucht war, von dort in den *Code civil* gelangt war und schließlich seinen Siegeszug durch viele Länder Europas angetreten hatte<sup>155</sup>, sondern dass es auch im spätmittelalterlichen Österreich etabliert war und dann seinen Weg in das ABGB gefunden hatte<sup>156</sup>. Und schließlich kannte auch das Herzogtum Schleswig das eigenhändige Testament<sup>157</sup>. Nach teilweise leidenschaftlicher Debatte kam es schließlich doch noch zur Aufnahme des eigenhändigen Testaments in das BGB<sup>158</sup>. In den Niederlanden der 1830er- und im Deutschen Reich der 1890er-Jahre stand damit genau dieselbe Frage zur Debatte, und sie wurde jeweils unterschiedlich entschieden. In beiden Fällen hätte die Entscheidung ebenso gut andersherum ausfallen können; Tradition und (rechts-)kultureller Kontext hätten dies eigentlich in beiden Fällen eher nahegelegt. Jedenfalls kann aber von einer rechtskulturellen Pfadabhängigkeit keine Rede sein.

<sup>150</sup> Dazu *Kolkman* 153f.

<sup>151</sup> *Zweigert/Kötz* (oben N. 21) 100.

<sup>152</sup> Näher *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 179f.

<sup>153</sup> Vgl. z. B. *Zimmermann*, Obligations (oben N. 73) 1125.

<sup>154</sup> *Heinrich Lange*, Das Recht des Testaments: 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht (1937) 41; *ders.*, Zur Vergangenheit und Zukunft der Formen des Vermögensrechts: DNotZ 1934, 898.

<sup>155</sup> Dazu oben, Text nach N. 34 und 50.

<sup>156</sup> Vgl. oben, Text vor N. 44.

<sup>157</sup> *Max Pappenheim*, Eigenhändiges Testament und Testierfreiheit im früheren Rechte Schlesiens, in: Festgabe zum XXVII. Deutschen Juristentage (1906) 9ff.; *Beutgen* 62ff.

<sup>158</sup> Vgl. im Einzelnen *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 182ff.



## c) Kein Reformbedarf

Zwar führte das eigenhändige Testament des BGB zunächst zu ganz erheblichen Problemen. Das lag aber nicht daran, dass deutsche Testatoren das eigenhändige Testament nicht sogleich akzeptiert hätten. Es lag an der ganz unzumutbaren und übervorsichtigen Ausgestaltung, die das eigenhändige Testament im BGB gefunden hatte<sup>159</sup>. Diese Probleme ließen sich denn auch durch einen Federstrich des Gesetzgebers beseitigen<sup>160</sup>. Dabei bietet das Testamentgesetz von 1938 das interessante Beispiel einer zwar teilweise ideologisch inspirierten, nach Inhalt und Wirkung aber ausgesprochen wohlwärtigen Reform, die das geltende deutsche Recht bis heute prägt. Zwar machen manche Autoren (darunter insbesondere Notare) gelegentlich gegen das eigenhändige Testament Stimmung<sup>161</sup>; doch verlangt heute in Deutschland niemand dessen Abschaffung. Seine Anerkennung, neben dem notariellen Testament, wird allgemein als ein Freiheitsgewinn betrachtet: Warum soll nicht der Testator selbst entscheiden können, ob er juristisch unberatener und im stillen Kämmerlein<sup>162</sup> ein privates Testament macht oder ob er einen Notar einschaltet? Gleichzeitig wird die Tatsache, dass in den Niederlanden ein ordentliches Testament nun einmal ohne Mitwirkung eines Notars nicht errichtet werden kann, offenbar nicht als eine nennenswerte Freiheitseinschränkung empfunden. Jedenfalls sind die 1838 etablierten Testamentsformen auch bei der Neukodifikation des Erbrechts im Jahre 2004 perpetuiert worden. Ein nennenswerter Reformbedarf scheint insoweit nicht zu bestehen. Wenn das deutsche und das niederländische Beispiel in irgendeiner Weise rechtskulturell interpretiert werden kann, dann allenfalls in dem Sinne, dass eine historisch kontingente Entscheidung dazu führen kann, dass bestimmte von Rechtsnormen determinierte Handlungsmöglichkeiten sich im allgemeinen Bewusstsein etablieren und damit als Bestandteil der von BGB oder BW geprägten »Rechtskultur« wahrgenommen werden. Die Abschaffung des eigenhändigen Testaments würde in Deutschland heute wahrscheinlich ebenso sehr als Eingriff in eine gewachsene Rechtskultur empfunden werden wie dessen Einführung in den Niederlanden<sup>163</sup>. Gleichwohl ist nicht ersichtlich, dass die heute bestehende Rechtslage in dem einen oder

<sup>159</sup> Näher dazu *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 187 ff.

<sup>160</sup> Näher dazu *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 194 ff.

<sup>161</sup> Vgl. etwa Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>5</sup> (-Walter Hagen) IX (2010) § 2231 Rz. 17 ff.; *J. von Staudinger (-Wolfgang Baumann)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2003) § 2231 Rz. 15. Zum Testierverhalten in Deutschland vgl. die Angaben bei *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 203 ff.

<sup>162</sup> *Hosemann* (oben N. 39) 520 ff.

<sup>163</sup> Insofern gilt in der Tat, dass nicht »jeder Augenblick fragen kann und darf, welches Recht im nächsten Augenblick gelten solle, so dass bey dieser Ueberlegung die Gesetzbücher aller Zeiten und Völker in gleichmäßiger beliebiger Auswahl vor uns ausgebreitet liegen sollen«: *Friedrich Carl von Savigny*, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 3 (1817) 1 (6f.) (zitiert: Stimmen).

anderen Land in irgendeiner signifikanten Weise die Eigenart der Gesellschaft oder der Rechtsordnung insgesamt spiegelt.

## 2. Vergleichungsresistentes Erbrecht?

Welchen Wert kann – über diese allgemeinen Einsichten hinaus – rechtsvergleichende Forschung im Erbrecht haben?<sup>164</sup> Am Beispiel des Rechts der Testamentsformen zeigt sich, dass es eine Reihe von Einzelfragen gibt, die sich in vielen, mitunter sogar allen Rechtsordnungen in genau derselben Weise stellen, teilweise aber unterschiedliche Antworten finden. Hier können die in den jeweils anderen Rechtsordnungen akzeptierten Lösungen dazu dienen, den eigenen nationalen Standpunkt zu überdenken, sei es mit Wirkung *de lege lata*, d. h. durch richterliche Rechtsfortbildung, sei es *de lege ferenda*, d. h. im Wege gesetzlicher Reform<sup>165</sup>. Ein Beispiel bietet die Unterschrift. Sie ist überall dort zwingend erforderlich, wo das handschriftliche Testament anerkannt ist, muss in der Regel aber auch Zeugentestamente und notarielle Testamente abschließen. Dürfen Abkürzungen, Spitz- oder Kosenamen verwandt werden? Reicht die Verwendung der Initialen? Muss die Unterschrift leserlich sein? Lassen sich die jeweils einschlägigen Anforderungen in einer allgemeinen Formel zusammenfassen? Muss es sich tatsächlich um eine *Unterschrift* handeln? Muss bei einem mehrseitigen Dokument jede Seite unterschrieben werden oder reicht eine Unterschrift am Ende der letzten Seite? Darf zwischen dem Ende des Textes und der Unterschrift ein Zwischenraum sein? Reicht möglicherweise sogar eine Unterschrift auf dem Umschlag, in dem sich das Testament befindet? Weitere Beispiele sind das Erfordernis der Handschriftlichkeit (etwa: Inwieweit darf dem Testator beim Schreiben der Arm gestützt werden? Wie unterscheidungskräftig muss die Schrift sein: Reicht z. B. die Verwendung von Blockbuchstaben? Was gilt, wenn Teile des Testaments vorgedruckt sind?), das Problem der Bezugnahme auf Dokumente, die der Testamentsform nicht entsprechen, die Frage, wie es Personen, die nicht lesen oder sprechen, oder die nicht lesen *und* nicht sprechen können, ermöglicht werden kann, ein Testament zu errichten, die Anforderungen, die an Zeugen zu stellen sind (Wie steht es mit Personen, die von dem Testament profitieren, die mit dem Testator verwandt oder liiert sind oder die im Büro des Notars oder Anwalts, vor dem das Testament errichtet wird, beschäftigt sind?), die Spezifi-

<sup>164</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang nochmals *De Waal*, Comparative Succession Law (oben N. 15) 1072 ff. mit seinem Hinweis darauf, dass das Erbrecht sich nach herkömmlicher Auffassung nicht besonders gut für rechtsvergleichende Forschung eigne.

<sup>165</sup> Dadurch könnte es zu einer schrittweisen und gewissermaßen organischen Konvergenz der Erbrechte in Europa kommen: *Pintens*, Need and Opportunity (oben N. 16) 3ff.; *Kroppenber* (oben N. 16) 103ff.

zierung der Rolle der Zeugen (Bezeugen sie die Identität des Testators, die Tatsache, dass er ein Testament errichtet hat, oder gar den Inhalt des Testaments?), oder auch die Vorteile der Einrichtung eines Testamentsregisters. In all diesen Punkten und vielen weiteren bestehen Unterschiede unter den Rechtsordnungen der westlichen Welt, die ihrerseits nicht als Ausprägungen unüberwindlicher kultureller Eigenheiten erscheinen. Mitunter sind es einzelne Rechtsordnungen, die einen von der Mehrheitsmeinung abweichenden Standpunkt einnehmen; so braucht nach dem englischen *Wills Act* (und den davon inspirierten Rechtsordnungen des *common law*) der Testator sein Testament nicht persönlich zu unterzeichnen<sup>166</sup>; Spanien und Polen nehmen das Unterschriftserfordernis besonders ernst<sup>167</sup>; in Katalonien und Nevada sind elektronische Unterschriften zulässig<sup>168</sup>; in Brasilien dürfen »intime Freunde« ein Testament ebenso wenig bezeugen wie »Erzfeinde«<sup>169</sup>; in Schottland sind auch Personen als Zeugen zugelassen, die von dem Testament profitieren<sup>170</sup>; in einer Reihe US-amerikanischer Staaten kann der Testator sogar auf ein erst künftig zu verfassendes formloses Dokument Bezug nehmen<sup>171</sup> (im Deutschland des 19. Jahrhunderts waren solche Dokumente als »Nachzettel« bekannt<sup>172</sup>); das italienische Recht erfordert nicht, dass ein handschriftliches Testament lesbar sein muss<sup>173</sup>; Österreich und Brasilien verlangen drei statt der ansonsten üblichen zwei Zeugen für das Zeugentestament<sup>174</sup>; in Südafrika muss jede Seite eines Zeugentestaments vom Testator unterzeichnet werden<sup>175</sup>, in Ungarn sogar vom Testator und den Zeugen<sup>176</sup>. In Deutschland kann die für ein notarielles Testament erforderliche Erklärung gegenüber dem Notar auch durch Gebärden, Zeichen, ja durch einen Wimpernschlag abgegeben werden<sup>177</sup>. Manche in größeren Jurisdiktionen behandelte Fragen haben sich in kleineren überhaupt noch nicht gestellt.

### 3. Rechtsordnungsübergreifende Liberalisierungstendenzen

Insgesamt am interessantesten ist ein allgemeiner Trend zu einer Liberalisierung der Formvorschriften. Er zeigt sich auf vielen verschiedenen Ebenen

<sup>166</sup> Section 9(a) Wills Act.

<sup>167</sup> Reid/de Waal/Zimmermann 456.

<sup>168</sup> Reid/de Waal/Zimmermann 456.

<sup>169</sup> Schmidt 115f.

<sup>170</sup> Reid 425.

<sup>171</sup> Scalise 378.

<sup>172</sup> Vgl. Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 184.

<sup>173</sup> Braun 127.

<sup>174</sup> Wendehorst 225; Schmidt 105f.

<sup>175</sup> de Waal (oben N. 90) 393.

<sup>176</sup> Vékás 260.

<sup>177</sup> Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 210.

und macht deutlich, dass das Erbrecht eben doch von grenzübergreifenden Entwicklungen geprägt wird oder jedenfalls geprägt werden kann. Zu nennen ist beispielsweise das zusätzliche Zeugenerfordernis bei notariellen Testamenten, das 1938 in Deutschland<sup>178</sup>, 1991 in Spanien<sup>179</sup> und 2003 in den Niederlanden<sup>180</sup> abgeschafft worden ist. Die Erfordernisse der Eigenhändigkeit und Unterschrift beim eigenhändigen Testament sind im Laufe der Zeit in mehr und mehr Jurisdiktionen im Sinne einer möglichst weitgehenden Aufrechterhaltung von Testamenten verstanden worden<sup>181</sup>. Auch das Erfordernis, dass ein eigenhändiges Testament vom Testator datiert sein muss, ist nicht selten aufgegeben oder einschränkend interpretiert worden<sup>182</sup>. In manchen Rechtsordnungen (Italien, Ungarn, den Niederlanden) macht die Nichteinhaltung bestimmter Förmlichkeiten das Testament nicht mehr nichtig, sondern nur noch anfechtbar<sup>183</sup>. In anderen (Frankreich, Italien, Österreich) ist eine dem *estoppel* verwandte Doktrin anerkannt, wonach die Nichtigkeit eines Testaments nicht mehr geltend machen kann, wer dasselbe zunächst ausdrücklich oder konkludent als wirksam angesehen hat<sup>184</sup>. Die Konversion ist eine weitere Technik, mithilfe derer die Unwirksamkeit von Testamenten vermieden werden kann<sup>185</sup>. Das alte *unitas actus*-Prinzip existiert, wenn überhaupt, nur noch in abgeschwächter Form<sup>186</sup>. Der *Uniform Probate Code* in den USA erfordert nur noch, dass die Unterschrift und wichtige Teile (»material portions«) des Testaments eigenhändig niedergeschrieben werden müssen.<sup>187</sup>

Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine Entwicklung, die die USA, Australien, Neuseeland und Südafrika, aber nicht das englische Recht, erfasst hat: Die Gerichte sind unter bestimmten, nicht überall einheitlich definierten Umständen befugt, ein Testament trotz Nichteinhaltung bestimmter Formvorschriften für wirksam anzusehen (»condonation«, »dispensing power«, »harmless error rule«)<sup>188</sup>. So heißt es etwa im südafrikanischen *Wills Act* seit 1992 (s. 2(3)): »If a court is satisfied

<sup>178</sup> Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 207 f.

<sup>179</sup> Cámara Lapuente 87 f.

<sup>180</sup> Kolkman 168 ff.

<sup>181</sup> Vgl. etwa Pintens, Testamentary Formalities in France and Belgium 61; Braun 129; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 197 ff., 205; Scalise 363.

<sup>182</sup> Vgl. etwa Pintens, Testamentary Formalities in France and Belgium 59; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 195; nach dem ABGB war die Datierung durch den Testator nie ein Wirksamkeitserfordernis von Testamenten: Wendehorst 239.

<sup>183</sup> Braun 128, 138; Vékás 267; Kolkman 170.

<sup>184</sup> Pintens, Testamentary Formalities in France and Belgium 56; Braun 139; Wendehorst 251.

<sup>185</sup> Vgl. etwa Pintens, Testamentary Formalities in France and Belgium 56; Braun 139; Wendehorst 251; Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 177.

<sup>186</sup> Dazu näher Reid/de Waal/Zimmermann 459 f.

<sup>187</sup> Vgl. Scalise 372.

<sup>188</sup> Vgl. im Einzelnen Peart 349 ff.; Scalise 374 ff.; de Waal (oben N. 90) 395 ff.

that a document ... executed by a person who has died since the drafting or execution thereof, was intended to be his will ..., the court shall order the Master [of the High Court] to accept that document ... as a will, although it does not comply with all the formalities for the execution ... of wills ...». In den Vereinigten Staaten ist eine vergleichbare Vorschrift unter dem Einfluss von John Langbein<sup>189</sup> nach australischem Vorbild in den *Uniform Probate Code* und das *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* eingegangen<sup>190</sup>.

Einen anderen Weg ist der schottische Gesetzgeber gegangen. Nach dem *Requirements of Writing (Scotland) Act* 1995 ist für die Testamentserrichtung nicht mehr erforderlich, als dass der Testator ein (nicht notwendig eigenhändiges) Schriftstück eigenhändig unterschrieben hat. Um als beweiskräftige Urkunde zu gelten, muss das Testament zusätzlich von einem Zeugen unterzeichnet worden sein<sup>191</sup>. Schottland hat damit die Tendenz zur Liberalisierung der Formvorschriften, die die Rechtsordnungen der westlichen Welt insgesamt prägt, auf die Spitze getrieben.

#### 4. Statisches Erbrecht?

Im Vorstehenden ist auch bereits deutlich geworden, dass das Erbrecht in diesem Bereich nicht unbedingt als »statisch« zu bezeichnen ist<sup>192</sup>. In Deutschland gab es 1938 und 1969 eingreifende Reformen sowie 1953 und 2002 weniger eingreifende, die letzte veranlasst durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>193</sup>. Das Recht der Testamentsformen ist damit im Zeitraum von 1900–2002 häufiger geändert worden als zentrale Bereiche des angeblich so dynamischen Schuldrechts. In Österreich wurden die Vorschriften über die Testamentsförmlichkeiten im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts immerhin fünfmal geändert, das letzte Mal (2004) in vergleichsweise weitreichendem Umfang<sup>194</sup>. In Ungarn änderte sich das Rechtsregime 1853, 1861, 1876 und 1959<sup>195</sup>. Katalonien hat innerhalb von weniger als 20 Jahren zweimal, nämlich 1992 und 2009, eine umfassende Erbrechtskodifikation erhalten<sup>196</sup>. In anderen Ländern sind die gesetzlichen Grundla-

<sup>189</sup> John Langbein, *Excusing Harmless Error in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law*: Colum. L. Rev. 87 (1987) 1 ff.

<sup>190</sup> Vgl. die Nachweise bei *Scalise* 375.

<sup>191</sup> Dazu im Einzelnen *Reid* 419 ff.

<sup>192</sup> Vgl. aber oben N. 11.

<sup>193</sup> BVerfG 19. 1. 1999, BVerfGE 99, 341.

<sup>194</sup> Einzelheiten bei *Wendehorst* 235 ff.

<sup>195</sup> Überblick bei *Vékás* 256.

<sup>196</sup> Überblick bei *Esther Arroyo i Amayuelas/Miriam Anderson*, *Between Tradition and Modernisation, A General Overview of the Catalan Succession Law Reform*, in: *The Law of Succession* (oben N. 15) 41 ff.; vgl. auch *Zimmermann*, *Erbenwürdigkeit* (oben N. 54) 497f.

gen im Wesentlichen unverändert geblieben; hier lag die Fortentwicklung des Rechts in den Händen von Rechtsprechung und Lehre.

Natürlich gibt es im Recht der Testamentsförmlichkeiten, wie in vielen anderen Rechtsbereichen, Regelungen, die heute unzeitgemäß wirken und dringend der Revision bedürfen. Erst Ende 2004 ist etwa in Österreich das private mündliche Testament als ordentliche Testamentsform abgeschafft worden<sup>197</sup>; und noch heute finden sich im ABGB vier Vorschriften über das kaum gebräuchliche gerichtliche Testament<sup>198</sup>. Vor allem aber zeichnet sich das österreichische Recht seit jeher durch ein Nebeneinander von handschriftlichem, notariellem und Zeugentestament aus, wobei das Zeugentestament angesichts des sehr viel bequemeren handschriftlichen Testaments zwar eigentlich kaum eine Rolle spielen dürfte, in Wirklichkeit aber vielfach das überkomplexe notarielle Testament ersetzt<sup>199</sup>. Die in manchen Ländern bis heute fortgeführte Unterscheidung zwischen Testamenten und Kodizillen<sup>200</sup> hat jeweils eine ganz unterschiedliche – mitunter aber auch keine – praktische Relevanz. Vor allem aber die Vorschriften über die außerordentlichen Testamente<sup>201</sup>, deren Anzahl und Liebe zum Detail nicht selten vollkommen außer Verhältnis zu ihrer praktischen Bedeutung steht, sind Residuen überkommener Vorstellungen. Das gilt vor allem dort, wo dem Erblasser bequeme private Testamentsformen zur Verfügung stehen. Vor einem derartigen Hintergrund sind Sonderregeln für Soldaten und Seereisende heute ebenso wenig erforderlich wie für Situationen, in denen ein Notar nicht erreichbar ist<sup>202</sup>. Ob es einer Generalklausel für Fälle bedarf, in denen kein ordentliches Testament gemacht werden kann, ist vermutlich für Länder mit Zeugentestament und mit handschriftlichem Testament unterschiedlich zu beantworten. Für erstere scheint ein solcher Bedarf nicht zu bestehen; jedenfalls spricht dafür die Erfahrung der Länder des *common law*. Für letztere ist weniger an den Bergsteiger in den Lehrbüchern zum Erbrecht zu denken, der in eine Gletscherspalte stürzt, als vielmehr an alte Menschen in Krankenhäusern und Pflegeheimen auf ihrem Totenbett<sup>203</sup>. Da solche Menschen aber vielfach besonders leicht zu beeinflussen sind und da zudem die Verfälschungsgefahr hier besonders groß sein dürfte, ist keineswegs klar, ob das Recht ihnen und ihrer Familie einen guten Dienst erweist, wenn es ihnen eine privilegierte Testamentsform zur Verfügung stellt.

---

<sup>197</sup> Wendehorst 226, 236.

<sup>198</sup> Vgl. Wendehorst 226 f.

<sup>199</sup> Wendehorst 225 f.

<sup>200</sup> Dazu oben, Text zu N. 134 ff.

<sup>201</sup> Oben II. 5.

<sup>202</sup> Vgl. etwa für Deutschland Zimmermann, Testamentary Formalities in Germany 216 ff.

<sup>203</sup> Vgl. oben N. 105.

## 5. Eigenhändiges und öffentliches Testament oder Zeugentestament?

Die mit den Testamentsformen befolgten Zwecke sind überall dieselben. Überall besteht für die Rechtsordnung aber auch die Notwendigkeit, durch den Zuschnitt der Testamentsformen verschiedene miteinander konfligierende Ziele zu einem akzeptablen Ausgleich zu bringen: (1) Die Testamenterrichtung ist ein wichtiges Rechtsgeschäft, dessen Bedeutung dem Testator klar sein sollte. (2) Das Recht muss sicherstellen, dass das Testament den wahren, unverfälschten Willen des Testators widerspiegelt und (3) dass dieser Wille möglichst klar zum Ausdruck gebracht wird. (4) Die Testamentsformen sollten klar und leicht zu erfüllen sein. (5) Die vom Testator für die Testamenterrichtung aufzuwendenden Kosten und Mühen dürfen nicht abschreckend hoch sein. (6) Dem Geheimhaltungsinteresse des Testators ist Rechnung zu tragen. (7) Das Testament sollte nach dem Tod des Testators überhaupt auffindbar sein und nicht leicht unterdrückt werden können<sup>204</sup>. Handschriftliches und notarielles Testament sind zwei Testamentsformen, die hier die Akzente sehr unterschiedlich setzen. Deshalb überlassen viele Rechtsordnungen in der Tradition des *civil law* dem Erblasser nicht nur die Entscheidung darüber, ob er ein Testament errichtet, sondern auch, ob er eine unbequeme, aber sichere, oder eine bequeme, aber vergleichsweise unsichere Form wählt. Die Rechtsordnungen in der Tradition des *common law* stellen dem Testator nur eine Testamentsform zur Verfügung, die in mancher Hinsicht zwischen den beiden anderen Testamentsformen steht. Welches System das Bessere ist, lässt sich nicht leicht sagen. Hingewiesen wurde aber bereits darauf, dass das Zeugentestament eine Reihe besonderer Fußangeln bereithält,<sup>205</sup> die, beispielsweise in Australien und Neuseeland,<sup>206</sup> eine Vielzahl von Testatoren zum Stolpern gebracht haben. Deshalb ist es in diesen Ländern, aber auch etwa in England und Schottland, üblich, Rechtsrat einzuholen und ein Testament von einem Anwalt errichten zu lassen.<sup>207</sup> Damit rückt das Zeugentestament englischen Typs praktisch in die Nähe des notariellen Testaments – und zwar des veralteten notariellen Testaments, das die Hinzuziehung von Zeugen erfordert.<sup>208</sup> Festhalten lässt sich im Übrigen, dass eine Rechtsordnung nicht allein handschriftliche Testamente anerkennen darf und dass sie nicht nebeneinander Zeugentestamente und notarielle Testamente zur Verfügung zu stellen braucht.<sup>209</sup> Es gibt Rechtsordnungen,

---

<sup>204</sup> Die Zusammenstellung dieser »sieben Tugenden«, die das Recht der testamentarischen Formvorschriften idealerweise fördern sollte, stammt von Kenneth Reid; vgl. *Reid/de Waal/Zimmermann* 468 ff.

<sup>205</sup> Oben nach N. 70.

<sup>206</sup> *Pearl* 335. Kritisch zum englischen Recht auch *Kerridge* 326 ff.

<sup>207</sup> *Pearl* 336; *Reid* 427; vgl. auch *Kerridge* 318 f.

<sup>208</sup> Oben, Text zu N. 178 ff.

<sup>209</sup> Vgl. aber Österreich; dazu soeben, Text zu N. 199.

die nur das notarielle Testament kennen, ohne dass dies als problematisch empfunden wird; doch die Rechtsordnungen, in denen das handschriftliche Testament etabliert ist, werden sich mit einer derartig puristischen Lösung nicht mehr anfreunden können.

## 6. Das internationale Testament

Alle Testamentsformen haben ihre Vor- und Nachteile, und alle haben ihre Befürworter und Gegner. Die Väter des Washingtoner Übereinkommens über ein einheitliches Recht der Form eines internationalen Testaments<sup>210</sup> haben deshalb versucht, eine Entscheidung zu vermeiden und Elemente aller drei Testamentsformen miteinander zu kombinieren. Das (missverständlich sogenannte) internationale Testament ist schriftlich zu errichten (freilich nicht notwendig handschriftlich und nicht einmal notwendig vom Testator selbst). Der Testator muss sodann in Anwesenheit von zwei Zeugen »und einer Person, die ermächtigt ist, im Zusammenhang mit internationalen Testamenten tätig zu sein« (dabei ist, was die kontinentaleuropäischen Staaten betrifft, an den Notar gedacht), erklären, dass die Urkunde sein Testament darstellt und dass er den Inhalt kennt; und er muss in Gegenwart der Zeugen und »der ermächtigten Person« das Testament unterzeichnen oder, wenn er es früher unterzeichnet hat, seine Unterschrift anerkennen. Die Zeugen und »die ermächtigte Person«, die von dem Inhalt des Testaments nicht in Kenntnis gesetzt zu werden brauchen, unterzeichnen in Gegenwart des Testators. Diese Vorschriften sind zwingend, d. h. ihre Nichtbeachtung macht das Testament unwirksam. Die Nichtbeachtung einer Reihe weiterer Vorschriften, etwa derjenigen, dass die Unterschriften sich am Ende des Testaments befinden müssen, dass das Testament datiert sein soll oder dass »die ermächtigte Person« eine Bescheinigung über die ordnungsgemäße Errichtung des Testaments nach einem im Abkommen erhaltenen Muster auszustellen hat, berühren die Wirksamkeit des Testaments demgegenüber nicht.

Insgesamt hinterlassen diese Vorschriften einen zwiespältigen Eindruck. So ist einerseits das Bemühen spürbar, unnötigen Formalismus zu vermeiden; es kommt zum Ausdruck insbesondere in der Konzentration der Nichtigkeitsanktion auf Kernformalitäten. Andererseits macht aber gerade die Tatsache, dass die Verfasser des Washingtoner Übereinkommens verschiedene Elemente der auf nationaler Ebene anerkannten Testamentsformen

---

<sup>210</sup> Nichtamtliche deutsche Übersetzung leicht zugänglich in: Europäisches Privatrecht, Basistexte<sup>4</sup>, hrsg. von *Reiner Schulze/Reinhard Zimmermann* (2012) II.45. Zur Entstehungsgeschichte vgl. etwa *Clifford Hall*, Towards a Uniform Law of Wills: The Washington Convention 1973: Int. Comp. L.Q. 23 (1974) 951 ff.; *Nadelmann* (oben N. 103) 365 ff.



miteinander kombiniert haben<sup>211</sup>, das internationale Testament vergleichsweise wenig attraktiv. So erfordert das internationale Testament mehr als das Zeugentestament des englischen Rechts (nämlich die Zuziehung eines Notars), es erfordert mehr als das notarielle Testament kontinentaler Prägung in seiner modernen Form (nämlich die Zuziehung zweier Zeugen), und es erfordert einen erheblich größeren Aufwand als das eigenhändige Testament. Hinzu kommt, dass das internationale Testament vom Vorbild des notariellen Testaments gerade diejenige Variante übernimmt, die in den Ländern, die das notarielle Testament kennen, aus gutem Grund die am wenigsten populäre ist: das »mystische« oder »verschlossene« Testament (also: die Testamentserrichtung nicht durch Erklärung gegenüber dem Notar, sondern durch Übergabe einer Schrift). Diese Hybridform zwischen dem öffentlichen und privaten Testament kombiniert, in gewisser Weise, die Nachteile von beiden. Es ist daher nicht überraschend, dass das internationale Testament sich bislang nicht durchgesetzt hat. Nur wenige Staaten haben das Washingtoner Übereinkommen überhaupt ratifiziert und umgesetzt<sup>212</sup>; und in den Staaten, in denen dies der Fall ist, spielt das internationale Testament praktisch keine Rolle<sup>213</sup>. Aus denselben Gründen hat das internationale Testament auch keine Chance, als international einheitliche Testamentsform an die Stelle der nationalen Testamentsformen zu treten: Es ist vergleichsweise komplex und schwerfällig und müsste daher vom Standpunkt der nationalen Rechtsordnungen aus als Rückschritt empfunden werden. Hinzu kommt natürlich auch, dass der Vereinheitlichungsdruck nur gering ist: Das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5. Oktober 1961, das für die Bundesrepublik Deutschland am 1. Januar 1966 in Kraft getreten und dessen wesentlicher kollisionsrechtlicher Inhalt in Art. 26 I–III EGBGB übernommen worden ist<sup>214</sup>, vermeidet in so gut wie allen praktisch relevanten Fällen die Unwirksamkeit von Testamenten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten.

---

<sup>211</sup> Explanatory Report on the Convention providing a Uniform Law on the Form of an International Will, Rev. dr. uniforme 1974, 95.

<sup>212</sup> Außer den oben, Text zu N. 104, genannten Staaten Ecuador, Libyen, Niger, Bosnien-Herzegowina, Slowenien, Zypern und sieben Provinzen Kanadas; vgl. *Erik Jayme/Rainer Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht<sup>15</sup> (2010) G. I. (S. 141).

<sup>213</sup> Für Frankreich und Belgien *Pintens*, Testamentary Formalities in France and Belgium 57, für Italien *Braun* 136 f.

<sup>214</sup> Vgl. dazu etwa Münchener Kommentar zum BGB<sup>5</sup> (*-Rolf Birk*) XI (2010) Art. 26 Rz. 1 ff., 32 ff.; *MPI*, Comments (oben N. 13) 620 ff.

## 7. Wandlungen im Charakter des eigenhändigen Testaments

Immerhin kommt das internationale Testament einer Entwicklung entgegen, mit der sich in den kommenden Jahrzehnten alle Staaten auseinandersetzen müssen, die das handschriftliche Testament zu einem Eckpfeiler ihres Erbrechts gemacht haben. Viele Menschen, die seit den 1990er-Jahren groß geworden sind, sind kaum noch gewohnt, mit der Hand zu schreiben. Die Erfordernisse des handschriftlichen Testaments galten einst als einfach und leicht erfüllbar, dass ein Erblasser nicht mehr als die Sorgfalt aufzuwenden brauchte, »die jedermann an einen Brief geschäftlichen Inhalts zu wenden pflegt«<sup>215</sup>. In einer Zeit, in der man sich nicht nur für Geschäftsbriefe längst anderer Medien bedient, erhält ein handschriftliches Dokument den Charakter außerordentlicher Feierlichkeit. Es ist nicht mehr das besonders bequeme Kommunikationsmittel für letztwillige Verfügungen, das es doch eigentlich hatte sein sollen<sup>216</sup>. Der Verweis auf das notarielle Testament erscheint in Staaten, deren Bürger mit der Tradition des Privattestaments aufgewachsen sind, kaum praktikabel. Und auch das internationale Testament bildet mit seinen über Schriftform und Unterschrift hinausreichenden Anforderungen einen Rückschritt. Liegt die Zukunft mithin in der radikal reduzierten Testamentsform des schottischen Rechts<sup>217</sup>? Das erscheint angesichts des offenkundigen Fälschungspotentials<sup>218</sup> als kaum wahr-

<sup>215</sup> Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>6</sup> (RGRK) (-*Michaelis/Seyffarth*) (1928) § 2231 Rz. 3.

<sup>216</sup> Darauf weist hin auch *Anne Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages I: Gutachten (2010) A64.

<sup>217</sup> Dazu oben, Text bei N. 191. Schon 1935 hatte ein schottisches Gericht ein maschinengeschriebenes Dokument als handschriftliches Testament akzeptiert, da das Recht Schritt halten müsse mit dem Fortschritt der Wissenschaft und weil »typewriting ... a modern form of handwriting« sei: *McBeath's Trustees v. McBeath*, 1935 S.C. 471, 485 (Lord Anderson), 489 (Lord Morison). – Das schottische Recht verzichtet darauf, dass das Testament eigenhändig geschrieben sein muss, verlangt aber eine eigenhändige Unterschrift. Umgekehrt hatten frühneuzeitliche Autoren zum Testamentsrecht in England auf das Unterschriftserfordernis, aber nicht auf das der Eigenhändigkeit des Testaments verzichtet: *Henry Swinburne*, *A Treatise of Testaments and Last Wills* (zuerst erschienen 1591, hier benutzt die Ausgabe London, 1635) Teil IV, § 25; *John Godolphin*, *The Orphan's Legacy*<sup>3</sup> (1685) Kapitel 21. Ähnlich heute *Stefan Grundmann*, Favor Testamenti: Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten: AcP 187 (1987) 429 ff. (z. B. 454). – Die Anerkennung von elektronisch (per Computer) oder audiovisuell errichteten Testamenten wird gelegentlich *de lege ferenda* gefordert, aber ganz überwiegend abgelehnt; vgl. etwa für Deutschland *Röthel* (vorige Note) A65; *Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany 220; für Österreich *Wendehorst* 252; für Spanien *Cámara Lapuente* 84. Anders neuestens der Entwurf einer Kodifikation des israelischen Privatrechts: »The Draft recognizes the social reality resulting from the technological evolution and therefore establishes that a will can be made using image and sound recording (for example, video)«, *Pablo Lerner/Alfredo Mordechai Rabello*, The (Re)Codification of Israeli Private Law, Support for, and Criticism of, the Israeli Draft Civil Code: Am. J. Comp. L. 59 (2011) 790.

<sup>218</sup> Aus der Sicht von Schriftsachverständigen gibt es einen signifikanten Unterschied zwi-

scheinlich. Bis auf Weiteres wird das handschriftliche Testament damit vermutlich seinen Platz behaupten.

#### IV. Und Savigny?

Dies ist die Savigny-Vorlesung des Jahres 2011; am 25. Oktober war sein 150. Todestag. Nun scheint Savigny sich für das Erbrecht nicht besonders interessiert zu haben. Woran mag das liegen? Für das Intestaterbrecht findet sich in Savignys Aufsatz »Stimmen für und wider neue Gesetzbücher« der Hinweis, es sei dies »bekanntlich für unsere Rechtspolitiker eine besonders beliebte Materie«<sup>219</sup>. Savigny berührt dann kurz und kritisch die Erbfolgeordnung des *Code civil* sowie, wenngleich mit spürbarem Widerstreben, deutlich positiver diejenige des ABGB. Er scheint davon auszugehen, dass es im Prinzip die Aufgabe des Gesetzgebers ist oder doch sein kann, sie festzusetzen, wie dies denn auch bereits Justinian in der Novelle 118 getan hatte<sup>220</sup>. Denn er lehnt die österreichische Erbfolgeordnung nicht aus prinzipiellen Erwägungen ab, sondern allein aus dem pragmatischen Grunde, dass »gewiß die Nachteile einer gänzlichen Umänderung der bisher bestehenden Erbfolge ein viel zu theurer Preis« sei für den mit ihrer Einführung verbundenen Gewinn an Einfachheit und »Symmetrie«<sup>221</sup>.

Auf das Testament kommt Savigny im dritten Band seines »System[s] des heutigen Römischen Rechts« zu sprechen, und zwar im Zusammenhang mit seinen Ausführungen über förmliche Willenserklärungen. Diese seien vor allem im älteren römischen Recht von großer Bedeutung gewesen »in der besonderen Gestalt feyerlicher Handlungen, wodurch der eigenthümliche Sinn jedes Rechtsverhältnisses symbolisch dargestellt ... wird«<sup>222</sup>. Von jenen symbolischen Rechtsformen seien jedoch schon im voll entwickelten römischen Recht nur geringe Reste übrig geblieben, da sie »[i]n demselben Maaße, als der reflectirende Verstand seine Oberherrschaft ausbreitet«<sup>223</sup>, lästig erscheinen und verkümmern. Wo aber das Recht sich derart verändere, würden in der Regel andere Formen, »durch willkürliche Vorschrift des

---

schen dem Fälschungsschutz, den ein vollständig eigenhändig geschriebenes Testament gegenüber einer bloßen Unterschrift bietet: mündliche Auskunft von Dr. Helmut Ploog, erster Vorsitzender des Berufsverbandes Deutscher Graphologen.

<sup>219</sup> von Savigny, Stimmen (oben N. 163) 28.

<sup>220</sup> Dazu heißt es, er, von Savigny, habe »nie begreifen können, warum [sie] in diesen neuesten Zeiten so schnöde angesehen worden ist«, von Savigny, Stimmen (oben N. 163) 28.

<sup>221</sup> von Savigny, Stimmen (oben N. 163) 29.

<sup>222</sup> Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III (1840) 238 (zitiert: System III).

<sup>223</sup> von Savigny, System III (vorige Note) 240.

Gesetzgebers«, an die Stelle treten<sup>224</sup>. Savigny kommt dann, unter anderem, auf die praktischen Vorteile solcher »willkürlich« eingeführten Formen zu sprechen, die nun ganz in den Vordergrund treten, während sie bei den symbolischen Formen nur eine untergeordnete Rolle gespielt hätten; und er beschließt diesen Abschnitt mit dem Satz: »Am wenigsten kann es die Absicht seyn, die Gesetzgeber zu tadeln, welche durch die Einführung neuer Formen dem praktischen Bedürfniß da entgegenkommen, wo die Sinnesart verschwunden ist, in welcher allein die symbolischen Handlungen entstehen, und ein lebendiges Daseyn fortführen können.«<sup>225</sup> Der Begriff der »Willkür« ist hier ohne abwertende Bedeutung gemeint. Denn es ist damit nur gesagt, dass der Gesetzgeber nicht die eine richtige Lösung eines Problems zu finden, sondern eine (verbindliche) Wahl zwischen mehreren vertretbaren Lösungen zu treffen hat. Wir haben es hier also mit dem »politischen« Element des Rechts zu tun, im Gegensatz zu dem »technischen«, das nach Auffassung Savignys die Domäne der Wissenschaft ist<sup>226</sup>. Savigny ging es, etwa im »System«, um die Grundlegung einer historisch-systematischen Rechtswissenschaft, und das politische Element des Rechts war darum für ihn als Wissenschaftler von vergleichsweise wenig Interesse. In diesem Sinne schreibt Savigny denn auch im ersten Band des »Systems« vielen Bestimmungen »eine relative Gleichgültigkeit« zu: es komme bei ihnen nicht darauf an, dass eine bestimmte, sondern nur, dass irgendeine feste Regel gelte und als geltend bekannt sei. Dahin gehören, so Savigny, die vielen Fälle, in denen die Rechtsregel »irgend eine Zahl in sich schließt ... [wie auch] die Rechtsregeln, die blos die äußere Form eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben«<sup>227</sup>. Man kann mit solchen Sätzen also auch Savigny gegen die rechtskulturelle Überhöhung des Erbrechts – oder jedenfalls des hier behandelten Teils desselben – in Anspruch nehmen.

Im Übrigen leben wir heute in einer anderen Zeit als Savigny. Eine grenzüberschreitende, europäische Rechtswissenschaft ist gerade erst dabei, sich herauszubilden. Die Parallele zu der maßgeblich von Savigny stimulierten Entstehung einer Rechtswissenschaft, »die der ganzen Nation gemeyn sein kann«<sup>228</sup>, im 19. Jahrhundert ist offenkundig<sup>229</sup>. Anders als Savigny können wir jedoch nicht mehr unmittelbar an die gemeinrechtliche Tradition als einer Art Rechtstheorie jenseits der Kodifikationen anknüpfen. Vielmehr

<sup>224</sup> Demgegenüber entstehen die symbolischen Rechtsformen »durch den einer Nation inwohnenden bewussten Bildungstrieb«, von Savigny, System III (oben N. 222) 239.

<sup>225</sup> von Savigny, System III (oben N. 222) 242.

<sup>226</sup> Dazu vor allem Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts (1983) 25 ff.

<sup>227</sup> Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I (1840) 36.

<sup>228</sup> Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814) 161, leicht zugänglich in: Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften<sup>2</sup>, hrsg. von Hans Hattenhauer (2002) 126.

<sup>229</sup> Dazu bereits Zimmermann, Savignys Vermächtnis (oben N. 26) 273 ff.

hat heute die Rechtsvergleichung eine zentrale Rolle erlangt, bezogen auf die nationalen Kodifikationen und die auf ihrer Grundlage erfolgte Rechtsfortbildung<sup>230</sup>. Diese Kodifikationen sind aber ihrerseits als Teil einer sehr viel längeren Tradition zu betrachten, als bloße Punkte in der Entwicklung<sup>231</sup>. Was das technische Element des Rechts betrifft, so hat Horst Heinrich Jakobs das BGB als ein Gesetzbuch bezeichnet, »das die Quelle des Rechts nicht in sich trägt, sondern in der Wissenschaft hat, von der es geschaffen worden ist«<sup>232</sup>. Aber auch für sein politisches Element, also zum Beispiel die Regeln über die Testamentsförmlichkeiten, ist ein historisch orientierter Rechtsvergleich instruktiv und wichtig, um die Lösungsmöglichkeiten kennenzulernen, die dem Gesetzgeber für ein bestimmtes rechtspolitisches Problem zur Verfügung stehen, um die mit diesen Lösungsmöglichkeiten gemachten Erfahrungen zu analysieren und von ihnen gegebenenfalls auch zu profitieren, und um die vom BGB-Gesetzgeber getroffene Entscheidung besser zu verstehen. Ernst Rabel, der von Savigny hinreichend inspiriert war, um seinen Sohn Friedrich Carl zu nennen, hat deshalb Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung gemeinsam als Disziplinen betrachtet, die es dem Juristen ermöglichen, sich über das Niveau eines bloßen Routiniers zu erheben<sup>233</sup> – und die damit also, so mag man ergänzen, den kritischen Anspruch erfüllen, den die Rechtswissenschaft wie jede Wissenschaft erheben muss.

### Summary

#### TESTAMENTARY FORM REQUIREMENTS: ARBITRARY OR EXPRESSION OF A LEGAL CULTURE?

In the history of European private law the law of succession used to play a central role. This is different today. In most modern legal systems, comparatively little scholarly attention is devoted to it; in some of them it is not even a mandatory subject of legal training in the universities. Widely, the law of succession is regarded as static and somewhat boring. In addition, it is taken to be deeply rooted in fundamental cultural values of a society

<sup>230</sup> Näher *Zimmermann*, *Comparative Law and the Europeanization of Private Law* (oben N. 26) 539 ff.

<sup>231</sup> *Bernhard Windscheid*, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878), in: *ders.*, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von *Paul Oertmann* (1904) 66 (76).

<sup>232</sup> *Jakobs* (oben N. 226) 160.

<sup>233</sup> *Ernst Rabel*, *On Comparative Research in Legal History and Modern Law* [1944], in: *ders.*, *Gesammelte Aufsätze III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1945*, hrsg. von *Hans G. Leser* (1967) 247 (259). Zur intellektuellen Verbindung von von Savigny und Rabel *Reinhard Zimmermann*, »In der Schule von Ludwig Mitteis«: *Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge*: *RabelsZ* 65 (2001) 1 ff.

and, therefore, not suitable for comparative study or even legal harmonization. The present article challenges these views, as far as the law of testamentary formalities is concerned. It traces the comparative history of the three main types of form requirements: writing in the testator's own hand, reliance on witnesses, and involvement of a court of law or notary. It is argued that the differences between the legal systems found today do not reflect cultural differences and can, indeed, often be regarded as rather accidental; that the comparative study of a large variety of issues concerning testamentary formalities can indeed be meaningful and enlightening; that in a number of legal systems the law relating to testamentary formalities has been changed more often than many parts of the supposedly much more dynamic law of obligations; that the international will constitutes an unhappy compromise between the will-types found in the various national legal systems and that it is, therefore, not surprising that the Washington Convention has been so remarkably unsuccessful. Attention is also drawn to the purposes served by the form requirements for wills and to the fact that, in the modern world, the holograph will (traditionally regarded as the simplest and most convenient way to make a will) is rapidly acquiring a much more solemn character.

This paper is based on the Savigny lecture, delivered in Marburg on 24 October 2011, to mark the 150th anniversary of Savigny's death. It therefore concludes by asking why Savigny does not appear to have devoted much attention to the law of succession, what Savigny thought of testamentary formalities, and whether that may have any significance for us today.

