Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa

Von Jan Peter Schmidt, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 1023

II. Grundlagen der Testierfähigkeit und ihr Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit 1025

1. Testierfähigkeit als Voraussetzung zur Ausübung der Testierfreiheit . . 1025

2. Testierfähigkeit als Unterfall der Geschäftsfähigkeit 1026

3. Abkoppelung der Testierfähigkeit? 1028

a) Die Forderung Grunskys 1028

---

* *Abgekürzt* werden zitiert: *Claus-Wilhelm Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht: JZ 1987, 993–1004; *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[3] II: Das Rechtsgeschäft (1979); Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, hrsg. von *Benno Mugdan* V: Erbrecht (1899) (zitiert: *Mugdan*); *Wolfgang Grunsky*, Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit (2009); Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (2009) (zitiert: *Bearb.*, in: HWBEuP); *Heinz Holzhauer*, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, in: Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages I: Gutachten (1988) B 7-B 117; *Hans-Georg Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung (1982); *Heinrich Lange*, Das Recht des Testamentes, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht (1937); *ders./Kurt Kuchinke*, Erbrecht[5] (2001); Münchener Kommentar zum BGB V[5] (2009) und IX[5] (2010) (zitiert: Münch. Komm. BGB *[-Bearb.]* [Jahr]); *Karlheinz Muscheler*, Erbrecht I (2010); *Anne Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages I: Gutachten (2010) A 9-A 112 (zitiert: Erbrecht); *Hans Theodor Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführung und Nebengesetzen[13] (1999) (zitiert: *Soergel [-Bearb.]*); *Gottfried von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes (1879), in: Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Erbrecht, Teil 1, hrsg. von *Werner Schubert* (1984); *von Staudinger*, Kommentar zum BGB (zitiert: *Staudinger [-Bearb.]* [Jahr]); *Reinhard Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany, in: Comparative Succession Law I: Testamentary Formalities, hrsg. von *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (2011) 175–220 (zitiert: Formalities).

Für wertvolle Hinweise danke ich Gregor Christandl, Phillip Hellwege und Jens Kleinschmidt.

© 2012 Mohr Siebeck – ISSN 0033-7250

b) Die Anerkennung einer relativen Testierunfähigkeit 1030
c) Zwischenfazit 1032
4. Der Blick ins Ausland 1033
a) Portugal 1033
b) Schweiz 1034
c) Österreich 1034
d) Frankreich 1035
e) Fazit der rechtsvergleichenden Umschau 1036

III. Testierfähigkeit und Altersgrenzen 1037
1. Vorbemerkung 1037
2. Die Lösung des BGB 1038
3. Die Diskussionen nach Inkrafttreten des BGB 1040
a) Der Reformversuch unter dem Nationalsozialismus 1040
b) Das heutige Schrifttum 1041
4. Stellungnahme 1041
5. Der Blick in andere Rechtsordnungen 1042
a) Die Altersgrenze des römischen Rechts und ihre Fortgeltung in heutigen Rechtsordnungen 1043
b) Die Altersgrenze der Volljährigkeit 1044
(1) Italien, Schweiz und Portugal 1045
(2) England 1046
c) Stellungnahme 1047

IV. Ergebnisse 1049

Summary: Principles of Capacity to Make a Will in Germany and Europe . . 1050

I. Einleitung

Die gestiegene Lebenserwartung der Bevölkerung hat neben anderen Bereichen des Erbrechts[1] auch die Testierfähigkeit stärker in den Fokus von Wissenschaft und Praxis gerückt. Denn viele Erblasser errichten eine letztwillige Verfügung erst in einer Phase ihres Lebens, in der ihre geistige Leistungsfähigkeit möglicherweise schon empfindlich beeinträchtigt ist. Die Frage der Gültigkeit des Testaments[2] wird dann nicht selten zum Gegenstand langwieriger Prozesse, in denen dem Gericht die schwierige Aufgabe zukommt, mit Hilfe medizinischer Gutachten posthum die geistige Verfassung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu ermitteln.[3]

---

[1] Zur Forderung nach einer stärkeren Honorierung von Pflegeleistungen *Röthel*, Erbrecht A 16, A 60 f.; zur Diskussion um den Verlust der Versorgungsfunktion des Pflichtteilsrechts *Anatol Dutta*, Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa: FamRZ 2011, 1829–1840.

[2] Nicht von der Testierfähigkeit umfasst und deshalb auch nicht Gegenstand dieses Beitrags ist die in § 2275 BGB geregelte Fähigkeit zur Errichtung eines Erbvertrages.

[3] Anwaltkommentar BGB *(-Baldus)*, hrsg. von *Barbara Dauner-Lieb / Thomas Heidel / Gerhard Ring* (2005) § 104 Rz. 19; *Maximilian Zimmer*, Demenz als Herausforderung für die erbrechtliche Praxis: NJW 2007, 1713–1717; *Clemens Cording*, Beweismittel zur Klärung der Testier(un-)fähigkeit: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2010, 23–28, 115–121.

Der vorliegende Beitrag befasst sich nicht mit diesen rechtstatsächlichen Fragen der Testierfähigkeit, sondern richtet den Blick auf einige ihrer dogmatischen und technischen Aspekte. Diese sollen kurz anhand der Vorschrift des § 2229 BGB illustriert werden. Wer sie unbefangen liest, kommt schnell ins Grübeln. Zum einen fragt sich, warum § 2229 I BGB die Testiermündigkeit schon bei 16 Jahren ansetzt, also unterhalb des Volljährigkeitsalters von 18 Jahren. Ging der Gesetzgeber davon aus, dass das Testieren einen geringeren Grad an geistiger Reife erfordert als die Vornahme von Rechtsgeschäften unter Lebenden? Ein ähnliches Rätsel gibt § 2229 IV BGB auf, nach dem ein Testament nicht errichten kann, wer »wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln«. Wird hierdurch ein von den §§ 104 Nr. 2, 105 II BGB abweichender Maßstab festgesetzt? Diese Vermutung drängt sich auf, denn andernfalls hätte sich das Gesetz auf die Regelungen des Allgemeinen Teils[4] verlassen können.[5]

Die so skizzierte Problematik wird in erster Linie für das deutsche Recht untersucht, sodann aber auch in ihren rechtsvergleichenden Kontext eingeordnet. Dies soll nicht allein eine Art Stimmigkeitskontrolle ermöglichen, sondern auch einen Beitrag zur Überprüfung der lange Zeit unangefochtenen These von der spezifisch kulturellen Prägung des Erbrechts leisten. Wie Reinhard Zimmermann in jüngerer Zeit anhand ausgewählter Beispiele überzeugend nachgewiesen hat, lässt sie sich jedenfalls in dieser Pauschalität nicht halten; vielmehr erweisen sich Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen auch im Erbrecht häufig als historische Zufälligkeiten.[6] Kann die herkömmliche Auffassung aber zumindest Gültigkeit für den Bereich der Testierfähigkeit beanspruchen? Ein Indiz hierfür lieferte der Vorschlag für eine europäische Verordnung zum internationalen Erbrecht.[7] Denn seine Verfasser nahmen das Thema ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus[8] und hielten also offenbar nicht einmal die Schaffung einer einheitlichen Kollisionsnorm für ein realistisches Ziel. Auf die berechtigte Kritik an dieser Entscheidung hin wurde die Testierfähigkeit im späteren Gesetzgebungsverfahren dann allerdings ausdrücklich dem Bereich der ma-

---

[4] Zu dessen Aufgaben *Jan Peter Schmidt*, Allgemeiner Teil, in: HWBEuP 38–41.

[5] So auch *Muscheler* Rz. 1658.

[6] Mit Nachweisen auch zur herkömmlichen Auffassung *Reinhard Zimmermann*, Erbunwürdigkeit, Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen, in: FS Koziol (2010) 463–511 (465 ff., 510 f.); *ders.*, Testamentsformen: Willkür oder Ausdruck einer Rechtskultur?: RabelsZ 76 (2012) 471–508.

[7] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 14. 10. 2009, KOM(2009) 154 endg.

[8] Art. 1(3) lit. b KOM(2009) 154 endg. (vorige Note).

teriellen Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen zugeordnet, womit das auf sie anwendbare Recht nun von der Verordnung bestimmt wird.[9]

II. Grundlagen der Testierfähigkeit und ihr Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit

1. Testierfähigkeit als Voraussetzung zur Ausübung der Testierfreiheit

Wenn die Testierfreiheit dem Erblasser die Möglichkeit geben soll, seine Erbfolge innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen frei nach seinem Willen zu bestimmen,[10] so ergibt sich hieraus zwangsläufig das Erfordernis, dass er zur Bildung eines entsprechenden Willens überhaupt in der Lage ist und die Bedeutung seines Handelns zumindest in Grundzügen einsehen kann. Fehlt es hingegen an der Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit, hat die Erklärung des Testators keinen Anspruch auf Anerkennung durch die Rechtsordnung.[11]

Zur Feststellung der Testierfähigkeit verlässt sich das Gesetz nicht allein auf die Einzelfallprüfung nach § 2229 IV BGB. Eine solche bietet zwar in der Theorie die Gewähr für das materiell richtige Ergebnis, ist aber in der Praxis schwierig zu handhaben. Deshalb tritt neben die individualisierte Prüfung eine typisierte Kontrolle mittels der in § 2229 I BGB niedergelegten Altersgrenze, unterhalb der das Fehlen der entsprechenden Einsichtsfähigkeit pauschal angenommen wird. Eine starre Altersgrenze bietet den großen Vorteil der einfachen Anwendbarkeit und der damit verbundenen Rechtssicherheit.[12] In Kauf genommen werden muss dabei allerdings, dass die Regel »hie und da zu Mißverständnissen« führt und die Testierfähigkeit

---

[9] Siehe Artt. 24(1), 26(1) lit. a der von Parlament und Rat verabschiedeten Fassung (Dokument PE-CONS 14/12 vom 23. Mai 2012). Zur Kritik an der Lösung des Verordnungsvorschlags *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) 522–720 (618). Zur langjährigen Diskussion um die Anknüpfung der Testierfähigkeit im deutschen IPR *Muscheler* Rz. 1660 f.

[10] *Muscheler* Rz. 327 ff.; rechtsvergleichend *Inge Kroppenberg*, Testierfreiheit, in: HWBEuP 1481–1485.

[11] Unter besonderer Betonung der verfassungsrechtlichen Dimension der Testierfreiheit BVerfG 19. 1. 1999, NJW 1999, 1853.

[12] Nach *Lange* 17 verlangt die Rechtssicherheit feste Grenzen gar »gebieterisch«. Das ältere deutsche Recht dagegen stellte die Einsichtsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen noch mittels Abnahme einer individuellen Prüfung fest, *Lange/Kuchinke* 346.

in einzelnen Fällen ausgeschlossen oder zugelassen wird, »wo sie es der abstracten Idee nach nicht sollte«.[13]

Abgeschafft ist im deutschen Recht inzwischen die Entmündigung, in deren Folgen für die Testierfähigkeit sich das BGB recht engherzig gezeigt hatte. Nicht nur trat nach § 2229 III BGB a. F. Testierunfähigkeit bereits mit Stellung des Entmündigungsantrags ein, vor allem wurde auch der wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht Entmündigte von ihr erfasst, obwohl er nach § 114 BGB a. F. immerhin noch beschränkt geschäftsfähig war.[14] Die Anordnung der Betreuung lässt hingegen die Testierfähigkeit des Betroffenen unberührt, diese bestimmt sich auch weiterhin nach der Regelung des § 2229 IV BGB.[15]

2. Testierfähigkeit als Unterfall der Geschäftsfähigkeit

Die soeben gemachten Ausführungen zur Testierfähigkeit gelten im Grundsatz auch für andere Formen privatautonomen Handelns. Verträge und andere Rechtsgeschäfte sind deshalb wirksam, weil sie von den Parteien gewollt sind und die Rechtsordnung diesen Willen anerkennt. Folglich fehlt es an den notwendigen Voraussetzungen zur Bindung an eine Erklärung, wo ein verständiger Wille zur Setzung einer Rechtsfolge gar nicht vorhanden war.[16]

Es liegt somit nahe, die Testierfähigkeit als besondere Ausprägung der Geschäftsfähigkeit zu begreifen. Während Letztere generell die Fähigkeit zum privatautonomen Handeln meint, bezieht sich Erstere nur auf einen bestimmten Ausschnitt davon, nämlich auf die Fähigkeit zur Setzung von Rechtsfolgen mittels der Errichtung, Änderung oder Aufhebung eines Testaments. Tatsächlich entspricht dieses Verständnis der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum.[17] Aber entspricht es auch der Auffassung des Gesetzgebers? Hieran könnte man nicht nur angesichts der

---

[13] So *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung[5], Erster Theil (1891) 54 zur Altersgrenze der Geschäftsfähigkeit.

[14] Nach *Canaris* 999 war diese Regelung ein »Skandal« und ihre Unvereinbarkeit mit Art. 14 GG offensichtlich. Die Einschätzung von *Anne Röthel*, Testierfreiheit und Testiermacht: AcP 210 (2010) 32–66 (55) (zitiert: Testierfreiheit), dass es bei den Testieranforderungen des BGB zu einem »race to the bottom« gekommen sei, ist also jedenfalls in dieser Hinsicht nicht zutreffend. Instruktiv zur umstrittenen Entstehung des § 2229 III BGB a. F. *Muscheler* Rz. 1677 f.

[15] Dass die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts in diesem Fall ausgeschlossen ist, wurde von § 1903 II BGB ausdrücklich klargestellt, ergab sich aber auch schon aus dem Gebot der formellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung (§ 2064 BGB, dazu auch unten N. 80).

[16] *Flume* 182 ff.; *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB[10] (2010) Rz. 535.

[17] *Erman (-M. Schmidt)*, Bürgerliches Gesetzbuch[13] II (2011) § 2229 Rz. 1; Münch. Komm. BGB *(-Hagena)* (2010) § 2229 Rz. 2; *Muscheler* Rz. 1662.

besonderen Altersgrenze des § 2229 I BGB zweifeln, sondern vor allem wegen der Existenz von § 2229 IV BGB. Denn hätte der historische BGB-Gesetzgeber, der auf Präzision bekanntlich so großen Wert legte, eine Regelung, die schon in §§ 104 Nr. 2, 105 BGB steht, ohne Not noch einmal wiederholt und noch dazu mit anderem Wortlaut? Diese Ungereimtheit löst sich indessen mit einem Blick auf die Gesetzgebungsgeschichte:

Die Verfasser des BGB hatten auf die Regelung des § 2229 IV BGB noch bewusst verzichtet, weil sich für sie der Umstand, dass eine geschäftsunfähige Person auch kein Testament errichten kann, bereits aus den §§ 104, 105 BGB ergab. Wenn im Unterschied dazu im Eheschließungsrecht das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit besonders genannt werden sollte,[18] so nur, um dem Standesbeamten die Rechtsanwendung zu erleichtern und zudem den Streit darüber überflüssig zu machen, ob die Heirat ein rechtsgeschäftlicher Akt ist.[19]

Als dann aber 1938 das »Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen« (TestG) erging und der entsprechende Regelungskomplex aus dem BGB ausgegliedert wurde, entstand nicht nur ein ästhetisches Bedürfnis, die Testierfähigkeit abschließend und vollständig in dem Sondergesetz zu regeln, sondern auch eine praktische Notwendigkeit. Denn das TestG sollte auch im gerade »angeschlossenen« Österreich gelten, wo aber noch das ABGB in Kraft stand und somit nicht auf die §§ 104, 105 BGB Bezug genommen werden konnte. Aus diesem Grund wurde das Erfordernis der Testierfähigkeit in § 2 II TestG formuliert, der aber keine sachlichen Änderungen der geltenden Rechtslage herbeiführen sollte.[20] Als das TestG im Jahre 1953 dann ins BGB zurückgeführt wurde[21] und § 2 II TestG damit seine Existenzberechtigung eigentlich verlor,[22] wurde er trotzdem als der neue § 2229 IV ins BGB übernommen. Die geringfügigen sprachlichen Änderungen[23] hatten wiederum nicht das Ziel einer inhaltlichen Reform.[24]

---

[18] So noch § 1231 des Ersten Entwurfs, dazu *Mugdan* 131 (Motive). Im BGB unterblieb eine solche Regelung dann zunächst. Der heutige § 1304 BGB geht auf § 2 das Ehegesetzes von 1938 zurück, siehe *Staudinger (-Strätz)* (2007) § 1304 Rz. 1.

[19] *Mugdan* 131 (Motive).

[20] Siehe die amtliche Begründung des TestG in JW 1938, 1254; *Werner Vogels/Karl Seybold*, Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938[4] (1949) Erläuterungen, § 2 Rz. 5.

[21] Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953, BGBl. I 33.

[22] Zur Parallelproblematik bei Wiedereingliederung des Eheschließungsrechts in das BGB *Staudinger (-Strätz)* (2007) § 1304 Rz. 1.

[23] Gestrichen wurde der zur Erläuterung der Bewusstseinsstörung eingefügte Klammerzusatz »z. B. wegen Trunkenheit«. Auch in anderen Bereichen wurden die Illustrationsbeispiele wieder entfernt, so etwa das in § 24 II TestG (dem heutigen § 2250 II BGB) zur Veranschaulichung der Todesgefahr hinzugefügte »z. B. infolge eines Unfalls im Gebirge«, näher *Zimmermann*, Formalities 215.

Diese gesetzgeberische Inkonsequenz, die dadurch noch betont wird, dass sich das BGB beim Erbvertrag weiterhin auf die Regelungen des Allgemeinen Teils verlässt, ist keineswegs unschädlich, denn sie stiftet unnötige Verwirrung über das Verhältnis von Geschäfts- und Testierfähigkeit.[25] In mancherlei Hinsicht hat § 2229 IV BGB allerdings auch Verbesserungen gebracht. Denn er formuliert die Voraussetzungen für privatautonomes Handeln treffender und kompakter als §§ 104 Nr. 2, 105 II BGB[26] und stellt somit zumindest in didaktischer Hinsicht eine Bereicherung dar. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in § 2229 IV BGB unbewusst sogar eine Neuerung substanzieller Art angelegt.[27]

3. Abkoppelung der Testierfähigkeit?

a) Die Forderung Grunskys

Im Widerspruch zur soeben skizzierten herrschenden Meinung hat in neuerer Zeit Grunsky eine Abkoppelung der Testierfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit gefordert. Seine Argumentation fußt darauf, dass letztwillige Verfügungen immer erst nach dem Tod des Erblassers Wirkungen entfalten. Anders als bei Geschäften unter Lebenden bestehe daher kein Bedürfnis, einen Testator vor nachteiligen Folgen seines Handelns zu schützen. Dementsprechend sei es nicht nur möglich, sondern sogar verfassungsrechtlich geboten, geringere Anforderungen an die Testierfähigkeit als an die Geschäftsfähigkeit zu stellen.[28]

Diese Gedankenführung klingt zunächst plausibel, beruht indessen auf einer unzutreffenden Prämisse. Denn der Zweck der Regelungen zur Geschäftsfähigkeit liegt nicht zuerst und allein im Schutz von Vermögensinteressen.[29] Im Ausgangspunkt geht es vielmehr um die Sicherstellung der Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie.[30] Die dem Einzelnen in

---

[24] *Justus Wilhelm Hedemann*, Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts: JR 1953, 117–118 (118).

[25] Kritisch auch *Lange/Kuchinke* 348 (»überflüssig und sogar missverständlich«); *Christian Baldus*, Export des Pandektensystems: Journal für Rechtspolitik 16 (2008) 23–26 (25).

[26] Im Einzelnen *Staudinger (-Firsching)* (1960) § 2229 Rz. 15 ff.; lobend auch *Flume* 187 f. Differenzierend *Muscheler* Rz. 1663.

[27] Näher unten II. 3. b).

[28] *Grunsky* 10 ff.

[29] Auch andere Autoren betonen diesen Aspekt freilich sehr stark, siehe etwa *Reinhard Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[3] (2011) Rz. 968; *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[9] (2004) § 25 Rz. 1. Rechtsvergleichend *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts[3] (1996) 341.

[30] Sehr klar *Staudinger (-Knothe)* (2004) Vor §§ 104–115 Rz. 19; *Soergel (-Hefermehl)* Vor § 104 Rz 1. Siehe auch schon oben N. 16.

seiner Anerkennung als selbstbestimmte und eigenverantwortliche Persönlichkeit verliehene Macht zur rechtlichen Selbstgestaltung kann schon ihrer Natur nach immer nur dort Wirkung entfalten, wo die entsprechenden Rechtsfolgen gewollt sind und zumindest in ihren Grundzügen auch verstanden werden. Mit den wirtschaftlichen Konsequenzen im Einzelfall hat dies zunächst nichts zu tun. Fehlt es an den Voraussetzungen selbstbestimmten Handelns, hat ein für den Betroffenen günstiges Geschäft nicht mehr Anspruch auf Gültigkeit als ein nachteiliges. Natürlich ist der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Betroffenen oder seinem gesetzlichen Vertreter eine rückwirkende Genehmigung zu gestatten.[31] Grund für die Wirksamkeit des Geschäfts ist dann aber eben dieser nachträgliche Heilungsakt. Ebenso kann der Gesetzgeber auch den guten Glauben der anderen Vertragspartei an die Geschäftsfähigkeit schützen.[32] Streng genommen liegt dann aber keine autonom geschaffene Bindung mehr vor, sondern eine gesetzliche Haftung.

Es zeigt sich somit, dass die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit sich nicht auf den Schutzgedanken reduzieren lassen und dieser damit auch kein taugliches Kriterium ist, um einen grundlegenden Unterschied zwischen Geschäftsfähigkeit und Testierfähigkeit zu postulieren. Will man sich für die Testierfreiheit nicht vom herkömmlichen Verständnis der Privatautonomie verabschieden, können für die Testierfähigkeit keine verminderten Anforderungen gelten.[33] Die Gefahr der Fremdbeeinflussung geistesschwacher Testatoren führt dies besonders klar vor Augen.[34] Dass Rechtsgeschäfte unter Lebenden im Unterschied zu Verfügungen von Todes wegen dem Handelnden unmittelbare Nachteile bringen können, ist natürlich nicht zu verkennen. Doch kommt dieser Gedanke, wie noch zu zeigen ist, erst auf einer nachgelagerten Ebene zum Tragen, nämlich bei der Bestimmung der Altersgrenzen und den Möglichkeiten der Stellvertretung.[35]

---

[31] Zu den §§ 107 ff. BGB und den Forderungen nach ihrer Ausweitung *Frauke Wedemann*, Die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit: AcP 209 (2009) 668–705 (688 ff.).

[32] Siehe z. B. das italienische Recht (Art. 428 Codice civile) oder das portugiesische Recht (Art. 257 Código civil), dazu auch unten II. 4. a).

[33] Nicht überzeugend ist deshalb auch der Vergleich zur Zustimmung zum Besitzentzug (*Grunsky* 16), denn in diesem Fall geht es nicht um eine finale Rechtssetzung, sondern um einen rein tatsächlichen Vorgang. Ebenso wenig trägt die Parallele zur Einwilligung in eine Rechtsgutsverletzung (*Grunsky* 15 f.), denn wenn die Rechtsprechung diese auch dem Minderjährigen gestattet, so stellt sie an dessen Einsichtsfähigkeit keineswegs geringere Anforderungen als bei der Geschäftsfähigkeit (Münch. Komm. BGB *[-Wagner]* [2009] § 823 Rz. 736). Unbeachtet bleibt allein das starre Erfordernis der Volljährigkeit.

[34] *Röthel*, Testierfreiheit (oben N. 14) 55 ff.; *Andreas Spickhoff*, Autonomie und Heteronomie im Alter: AcP 208 (2008) 345–415 (383 f.). Zu betonen ist ferner, dass die Regelungen zur Testierfähigkeit nicht den Schutz der gesetzlichen Erben im Sinn haben, insoweit zutreffend *Grunsky* 14, vielmehr geht es allein darum, die Geltung der letztwilligen Verfügung hinreichend zu legitimieren.

[35] Unten III. 4.

Im Übrigen wird auch nicht klar, worin Grunsky genau den Unterschied zwischen einem »natürlichen Rechtsfolgewillen« bzw. einem »Vermögensnachfolgewillen im Sinne eines Testierwillens«[36] und den vermeintlich höheren Anforderungen des § 2229 IV BGB sieht. Dass seine Lösung zu einem deutlichen Rückgang der Streitigkeiten über das Vorliegen der Testierfähigkeit führen würde,[37] ist daher keineswegs ausgemacht.

b) Die Anerkennung einer relativen Testierunfähigkeit

Ungeachtet der vorstehenden Ausführungen fragt sich, ob dem legitimen Anliegen Grunskys, keine überzogenen Anforderungen an den Testierwillen zu stellen,[38] nicht bereits durch eine flexible Handhabung des § 2229 IV BGB Rechnung getragen werden kann. Hiermit ist die Möglichkeit der Anerkennung einer sogenannten »relativen Testierunfähigkeit« angesprochen. Die Frage dabei lautet, ob die Einsichtsfähigkeit einer Person abstrakt zu bestimmen ist oder anhand der Komplexität und Tragweite des konkret errichteten Testaments. Nach der zweiten Ansicht wäre es etwa möglich, eine Person, deren geistige Fähigkeiten schon empfindlich beeinträchtigt sind,[39] zwar für testierunfähig hinsichtlich der Errichtung einer anspruchsvollen letztwilligen Verfügung zu halten, ihr aber noch die nötige Einsichtsfähigkeit für die Vornahme eines einfachen Testierakts, der auch in der Aufhebung eines Testaments bestehen kann, zuzusprechen.

Während der Wortlaut des § 2229 IV BGB dem genannten Verständnis durchaus zugänglich ist,[40] lehnen die Rechtsprechung[41] und die herrschende Meinung im Schrifttum[42] die Bestimmung der Testierfähigkeit nach dem

---

[36] *Grunsky* 15 ff.

[37] *Grunsky* 19 f.

[38] Ob diese Anforderungen in der gegenwärtigen Praxis allerdings wirklich zu hoch sind oder angesichts der geltenden Beweislastverteilung, die den vollen Nachweis der Testierunfähigkeit verlangt, nicht eher zu niedrig, kann an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, dazu Anwaltkommentar BGB *(-Baldus)* (oben N. 3) § 104 Rz. 18 ff.; *Röthel*, Erbrecht A 84.

[39] Personen, die gesund und volljährig sind, sind ungeachtet der Komplexität des Rechtsakts natürlich immer voll geschäfts- und testierfähig, *Flume* 187.

[40] Siehe schon *Gerhard Gebauer*, Die Lehre von der Teilgeschäftsfähigkeit und ihre Folgen: AcP 154 (1954) 332–372 (363); ebenso *Holzhauer* B 52; *Spickhoff* (oben N. 34) 383. A. A. OGHBrZ 12. 5. 1949, NJW 1949, 544 (545), mit Hinweis darauf, dass die Vorschrift nicht von »der« Willenserklärung und »dem« Testament spricht, sondern von »einer« Willenserklärung und »einem« Testament.

[41] OGHBrZ 12. 5. 1949 (vorige Note) 544; OLG München 14. 8. 2007, NJW-RR 2008, 164 (166).

[42] *Staudinger (-Baumann)* (2003) § 2229 Rz. 13; *Soergel (-J. Mayer)* § 2229 Rz. 9 (trotz erheblicher Sympathien); *Muscheler* Rz. 1671, der allerdings seiner Behauptung, dass es auf die Erfassung der Tragweite des Testaments nicht ankomme, selbst zu widersprechen scheint (Rz. 1679). Für die Anerkennung einer relativen Testierunfähigkeit dagegen Münch. Komm. BGB *(-Hagena)* (2010) § 2229 Rz. 15; *Heinrich Nieder/Winfried Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung[4] (2011) § 7 Rz. 5, 15; *Wolfgang Reimann/Manfred Bengel/Jörg Mayer (-Voit)*,

Schwierigkeitsgrad der Verfügung bislang explizit ab, ebenso wie die Anerkennung einer relativen Geschäftsunfähigkeit.[43] Hat eine Person einmal ein Maß an Einsichtsfähigkeit erreicht, das sie zumindest die Tragweite einfacher Alltagsgeschäfte verstehen lässt, nimmt sie unbeschränkt am Geschäftsverkehr teil. Es kommt also immer zu einer Alles-oder-nichts-Lösung. Für die Testierfähigkeit heißt dies, dass eine Person, die die Bedeutung eines einfachen Testaments verstehen kann, auch zur Errichtung einer komplizierten letztwilligen Verfügung befähigt ist. Grund zur Sorge besteht dann nicht wegen einer überzogenen Einschränkung der Testierfähigkeit, sondern wegen ihrer zu starken Ausdehnung mit der Gefahr unverständiger Verfügungen oder gar der Manipulation durch Dritte.[44]

Die Ablehnung einer relativen Geschäftsunfähigkeit wird vor allem mit den Interessen des Rechtsverkehrs begründet, dem eine einzelfallbezogene Lösung nicht zugemutet werden könne. Indessen sind die Schwächen dieser Argumentation offensichtlich. Denn zum einen spielt die Erkennbarkeit der Geschäftsunfähigkeit nach deutschem Recht ohnehin keine Rolle,[45] zum anderen werden auch *lucida intervalla*, deren Beachtlichkeit die herrschende Meinung nicht in Frage stellt, stets im Zusammenhang mit dem konkreten Geschäft geprüft. Ungeachtet dessen ist jedenfalls klar, dass das Argument des Verkehrsschutzes keine Gültigkeit für den Bereich der Testierfähigkeit beanspruchen kann.[46] Gegen deren Bestimmung anhand des Schwierigkeitsgrades der Verfügung wird deshalb auch die Gefahr der Rechtsunsicherheit ins Feld geführt. Auch diese Sorge erweist sich bei näherem Hinsehen aber als unbegründet. Denn im gewöhnlichen Nachlassverfahren geht es nur um ein einziges Testament des Erblassers, für das seine Testierfähigkeit ein für alle Mal festzustellen ist. Dies anhand der konkreten Verfügung zu tun, dürfte im Zweifel sogar leichter und sicherer sein als die abstrakte

---

Testament und Erbvertrag, Kommentar mit Erläuterungen, Checklisten und Gestaltungsvorschlägen[5] (2006) § 2229 BGB Rz. 12.

[43] BGH 14. 7. 1953, NJW 1953, 1342; 19. 6. 1970, NJW 1970, 1680; BayObLG 24. 11. 1988, NJW 1989, 1678; OLG Celle 26. 9. 2006, FamRZ 2007, 417; zum Schrifttum *Markus Roth*, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel: AcP 208 (2008) 452–489 (469 ff.). Für die Anerkennung der Lehre von der relativen Geschäftsunfähigkeit *Gebauer* (oben N. 40) 361 ff.; *Flume* 187 ff.; *Spickhoff* (oben N. 34) 379 ff.; *Holzhauer* B 53 ff. Aus der Rechtsprechung OLG Köln 29. 1. 1960, NJW 1960, 1389. Anerkannt hat die Rechtsprechung dagegen die Lehre von der »partiellen Geschäftsunfähigkeit« (BGH 13. 5. 1959, NJW 1959, 1587; BayObLG 5. 12. 1991, NJW 1992, 2100), die es erlaubt, eine im Allgemeinen geschäftsfähige Person für einen gegenständlich abgegrenzten Lebensbereich, etwa die Führung eines bestimmten Prozesses, als geschäftsunfähig zu behandeln. Zur Übertragbarkeit dieser Lehre auf die Testierfähigkeit *Muscheler* Rz. 1665 ff.

[44] *Flume* 188.

[45] So auch *Holzhauer* B 54.

[46] So auch *Soergel (-J. Mayer)* § 2229 Rz. 9; *Flume* 188.

Feststellung, bei der ja zu fragen ist, ob der Testator den Inhalt eines anderen, gar nicht vorhandenen Testaments verstanden *hätte*.[47]

Wahrscheinlich ist dies auch der Grund, warum die Rechtsprechung entgegen aller Beteuerungen im Grundsatz schon längst eine relative Bestimmung der Testierfähigkeit praktiziert.[48] Nach der allgemein verwendeten Formel muss der Testator nämlich in der Lage sein, sich über die Tragweite seiner Anordnungen, insbesondere auch über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen, ein klares Urteil zu bilden und frei von Einflüssen interessierter Dritter zu handeln.[49]

Eine solche Handhabung der Testierfähigkeit erlaubt es ohne Weiteres, bei der einfach gestalteten letztwilligen Verfügung über ein Kleinguthaben geringere Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit zu stellen als bei der komplexen Nachlassplanung über ein weit verstreutes Millionenvermögen. Großzügigkeit kann auch bei der Aufhebung eines Testaments walten. Denn hierbei muss dem Testator nur klar sein, dass seine früheren Anordnungen ihre Geltung verlieren; hingegen braucht er nicht zu verstehen, welche Erbfolge an ihre Stelle tritt. Diese Wertung ließ sich übrigens auch der früheren Rechtslage zur Entmündigung entnehmen: Beschränkt geschäftsfähige Entmündigte konnten ein Testament zwar nicht errichten (§ 2229 III BGB a. F.), wohl aber ein bestehendes Testament aufheben (§ 2253 II BGB a. F.).[50]

c) Zwischenfazit

Da die Testierfähigkeit die Voraussetzungen rechtlicher Selbstgestaltung sicherstellen soll, ist für ihr Vorliegen ebenso wie bei der Geschäftsfähigkeit zu verlangen, dass der Testator seine Anordnungen nicht nur willentlich trifft, sondern ihre Folgen zumindest in Grundzügen auch versteht. Mit der hier vertretenen Auffassung ist die Testierfähigkeit geistig beeinträchtigter Personen nicht abstrakt, sondern anhand der Komplexität der jeweiligen Verfügung zu bestimmen. Die hierdurch gewonnene Flexibilität erlaubt es, die Selbstbestimmung des Testators auf bestmögliche Weise zu verwirklichen, da sie nicht weiter eingeschränkt wird als nötig und nicht weiter ausgedehnt als geboten. Nachteile für die Rechtssicherheit sind nicht zu befürchten. Erkennt man mit den besseren Argumenten zugleich die Möglich-

---

[47] So auch *Flume* 188 f.

[48] So auch *Soergel (-J. Mayer)* § 2229 Rz. 9.

[49] Siehe nur BGH 29. 1. 1958, FamRZ 1958, 127; BayObLG 31. 1. 1991, NJW 1992, 248 (249); *Lange/Kuchinke* 348. Kritisch zur genannten Formel, aber gleichwohl das Erfordernis der Bedeutungserkenntnis betonend, *Rainer Zaczyk*, Kriterien der Selbstbestimmung bei Errichtung eines Testaments, Ein Beitrag aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Demenz und Recht, Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von *Mathias Schmoeckel* (2010) 89–98 (95).

[50] Bei dieser Betrachtung entfällt auch der Vorwurf der Wertungswidersprüchlichkeit des § 2253 II BGB (so *Canaris* 999).

keit einer relativen Geschäftsunfähigkeit an, bleibt es bei dem vom Gesetzgeber angeordneten Gleichlauf von Geschäfts- und Testierfähigkeit.

4. Der Blick ins Ausland

Ein (notgedrungen kursorischer) Blick in andere Rechtsordnungen soll nun zeigen, welches nach dortigem Verständnis das Verhältnis von Testier- und Geschäftsfähigkeit ist und wie ihre Feststellung erfolgt. Die Auswahl erstreckt sich auf die Länder Portugal, Schweiz, Österreich und Frankreich, die ungeachtet der Ergebnisse jedenfalls hinsichtlich der rechtstechnischen Konstruktion jeweils interessante Besonderheiten aufweisen.

a) Portugal

Der portugiesische *Código civil* (C.c.) von 1966 verdient nicht nur wegen seines vergleichsweise neuen Datums und seiner breiten komparatistischen Abstützung besondere Aufmerksamkeit,[51] sondern aus Sicht des deutschen Juristen gerade auch wegen seiner Voranstellung eines Allgemeinen Teils, der eine Verschränkung von Geschäfts- und Testierfähigkeit in besonderer Weise zu ermöglichen scheint. Zur sogenannten »vorübergehenden Geschäftsunfähigkeit« (*incapacidade acidental*)[52] trifft Art. 257 Nr. 1 C.c. folgende Regelung:

> »Eine Willenserklärung, die jemand abgibt, der aus irgendeinem Grunde vorübergehend nicht in der Lage war, ihren Sinn zu verstehen, oder der der freien Willensausübung beraubt war, ist anfechtbar, soweit die Tatsache allgemein oder der anderen Partei bekannt war.«[53]

Aus der Bezugnahme auf die konkret abgegebene Erklärung geht klar hervor, dass die Einsichtsfähigkeit relativ zu ermitteln ist.[54]

Nichts anderes gilt bei der Errichtung eines Testaments,[55] für die Art. 2199 C.c. den ersten Teil des Art. 257 C.c. praktisch wortgleich wiederholt. Eine

---

[51] Zur Entstehungsgeschichte *Paul Heinrich Neuhaus/Hans Rau*, Das Internationale Privatrecht im neuen portugiesischen Zivilgesetzbuch: RabelsZ 32 (1968) 500–512 (501 ff.).

[52] Dass diese vom Gesetzgeber anders als die Minderjährigkeit und die Entmündigung dem Bereich der Willensmängel zuordnet wurde, wird zu Recht kritisiert (*António Menezes Cordeiro*, Tratado de Direito Civil Português[3], Parte Geral I [2005] 790), ist im vorliegenden Kontext aber ohne Belang.

[53] Art. 257 Nr. 2 C.c. definiert dazu näher: »Die Tatsache ist allgemein bekannt, wenn eine Person sie bei üblicher Sorgfalt bemerkt hätte.«

[54] Siehe auch *Paulo Mota Pinto*, Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico (1995) 291 ff.

[55] Zur Parallele von vorübergehender Geschäfts- und Testierunfähigkeit auch *Menezes Cordeiro* (oben N. 52) 791 f.

gesonderte Vorschrift war deshalb erforderlich, weil es auf die Erkennbarkeit der Testierunfähigkeit natürlich nicht ankommen kann. Dem portugiesischen Gesetzgeber lässt sich somit – anders als dem deutschen – in technischer Hinsicht kein Vorwurf machen; zugleich ist aber auch festzustellen, dass der Allgemeine Teil seinen Anspruch auf Schaffung einheitlicher Regelungen in diesem Punkt nicht einlösen konnte.

b) Schweiz

Dagegen gelingt es dem Schweizer Recht, auch ohne Allgemeinen Teil die Testierfähigkeit unmittelbar mit der Geschäftsfähigkeit zu verzahnen. Art. 467 ZGB zur letztwilligen »Verfügungsfähigkeit« nimmt Bezug auf die »Urteilsfähigkeit«,[56] die in Art. 16 ZGB als die Fähigkeit zum vernunftgemäßen Handeln definiert wird.[57] Schon lange hat sich in der Schweiz die Ansicht durchgesetzt, dass die Urteilsfähigkeit nicht abstrakt, sondern anhand der Schwierigkeit und Tragweite der betreffenden Handlung festzustellen ist.[58]

c) Österreich

Anders als in den bisher genannten Beispielen wird im österreichischen Recht die Testierfähigkeit gänzlich eigenständig geregelt. Während nämlich § 865 ABGB zur Geschäftsfähigkeit bestimmt, dass Personen, »die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, […] unfähig sind, ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen«, sieht § 565 ABGB vor, dass eine letztwillige Verfügung »im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Überlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrtum« getroffen werden muss. Ungültig ist die Erklärung nach § 566 ABGB, wenn sie »im Zustande der Raserei, des Wahnsinns, Blödsinns, oder der Trunkenheit« geschehen ist. Folgt aus dieser formell eigenständigen Regelung, dass die Testierfähigkeit auch sachlich einem eigenen Maßstab unterliegt? Die ganz herrschende Meinung bejaht dies und stellt an die Testierfähigkeit ausdrücklich niedrigere Anforderungen als an die Geschäftsfähigkeit.[59] Für das Vorliegen der »vollen Besonnenheit« sei insbesondere nicht erforderlich, dass der Testator

[56] »Wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, ist befugt, unter Beobachtung der gesetzlichen Schranken und Formen über sein Vermögen letztwillig zu verfügen.«

[57] »Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.«

[58] BG 17. 1. 2005, 5C.193/2004 (unveröffentlicht); Basler Kommentar zum ZGB[3] *(-Bigler-Eggenberger)* I (2006) Art. 16 Rz. 34ff. Ausführlich *Regina E. Aebi-Müller,* Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis: successio – Zeitschrift für Erbrecht 6 (2012) 4–32.

[59] OGH 14. 7. 2005, JBl. 2006, 257 (258). Eine Analyse älterer Entscheidungen findet sich

die Tragweite der Verfügung in vollem Umfang erfasst.[60] Im Schrifttum wird zwar von einigen eine restriktivere Handhabung der Testierfähigkeit gefordert, an einem Maßstab unterhalb der Geschäftsfähigkeit aber festgehalten. Ausreichend sei die Einsichtsfähigkeit eines Vierzehnjährigen,[61] in Anlehnung an die Altersgrenze für das Testieren.[62] Die geringeren Anforderungen werden zum Teil auch mit dem Ausschluss der Stellvertretung begründet.[63]

Ohne dass hier eine vertiefte Auseinandersetzung erfolgen kann, ist die großzügige Handhabung der Testierfähigkeit, die sich keineswegs zwingend aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, mit den schon genannten Argumenten in Zweifel zu ziehen.[64] Zudem fragt sich, ob ein abstrakter Vergleich der Maßstäbe der Geschäftsfähigkeit und der Testierfähigkeit überhaupt möglich und sinnvoll ist. Denn beide werden konkret anhand des getätigten Rechtsgeschäfts ermittelt.[65] Daher wäre es durchaus denkbar, dieselbe Person hinsichtlich eines einfachen Alltagsgeschäfts als geschäftsfähig zu behandeln, hinsichtlich einer komplizierten letztwilligen Verfügung aber als testierunfähig.

d) Frankreich

Die Besonderheit des französischen Rechts liegt schließlich darin, dass die Geschäftsfähigkeit lange Zeit nur lückenhaft geregelt war und der Regelung zur Testierfähigkeit damit eine Vorreiterrolle zukam.[66] Als nämlich im Zuge einer Reform von 1968[67] erstmals ausdrücklich angeordnet wurde, dass, wer ein Rechtsgeschäft vornehmen möchte, »geistig gesund« (*sain d'esprit*) sein muss (Art. 414-1 Code civil; C.civ.),[68] wurde damit genau die Formulierung übernommen, die bereits von Beginn an die Voraussetzungen für das Testie-

---

bei *Dirk-Felix Abraham*, Der Begriff der Testierfähigkeit, Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OGH: ÖNotZ 1993, 25–31.

[60] Siehe die Nachweise bei *Michael Gruber/Helga Sprohar-Heimlich/Elisabeth Scheuba*, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge, hrsg. von *Michael Gruber u. a.* (2010) § 6 Rz. 27.

[61] *Abraham* (oben N. 59) 31; *Helmut Koziol/Rudolf Welser*, Bürgerliches Recht[2] II (2001) 444.

[62] Unten III. 5. a).

[63] *Bernhard Eccher*, Bürgerliches Recht[4] VI: Erbrecht (2010) Rz. 4/19; *Winfried Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Das Erbrecht[3] (1983) 95.

[64] Oben II. 3. a).

[65] Für die Geschäftsfähigkeit siehe *Helmut Koziol/Peter Bydlinski/Raimund Bollenberger (-Bollenberger)*, Kurzkommentar zum ABGB[3] (2010) § 865 Rz. 2. Für die Testierfähigkeit *Kralik* 96; *Eccher* Rz. 4/21 (beide oben N. 63).

[66] Zur geschichtlichen Entwicklung *Marie-Laure Cicile-Delfosse*, in: Jurisclasseur, Droit Civil, Art. 414-1 à 414-3 (2009) (Liefg. 20) Nr. 2 ff.

[67] Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.

[68] Früher Art. 489 C.civ., seit Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (1) steht die Regelung an ihrem jetzigen Standort.

ren umschrieben hatte (Art. 901 Satz 1 C.civ.).[69] Dass somit Geschäfts- und Testierfähigkeit demselben Maßstab unterliegen,[70] wird durch die Überlegungen im Schrifttum unterstrichen, ob Art. 901 C.civ. neben dem weiter reichenden Art. 414-1 C.civ. überhaupt noch eine Existenzberechtigung hat.[71] Zur Feststellung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ist in jedem Fall der Nachweis erforderlich, dass die geistige Gesundheit genau im Moment seiner Vornahme gefehlt hat. Auch wenn dies meist nicht ausdrücklich gesagt wird, wird das erforderliche Maß an Einsichtsfähigkeit auch an der Komplexität des Geschäfts gemessen.[72] Somit gilt auch im französischen Recht ein relatives Verständnis von Geschäfts- und Testierfähigkeit.

e) Fazit der rechtsvergleichenden Umschau

Der kurze Überblick hat gezeigt, dass mit Ausnahme Österreichs die untersuchten Rechtsordnungen wie Deutschland bei der Testierfähigkeit das gleiche Maß an Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Handelnden wie bei der Geschäftsfähigkeit verlangen. Natürlich garantieren diese äußerlichen Übereinstimmungen nicht, dass der Standard auch in der praktischen Handhabung ein einheitlicher ist. Dies wäre angesichts seiner Abstraktheit[73] und der natürlichen Unterschiede zwischen Verträgen und Testamenten geradezu überraschend. Dennoch ist der genannte Befund von erheblicher Bedeutung. Denn er ist eine Aufforderung an Lehre und Rechtsprechung, die einheitlichen Grundlagen privatautonomer Rechtsgestaltung nicht aus dem Blick zu verlieren und sich um eine wertungskonsistente Handhabung ihrer verschiedenen Erscheinungsformen zu bemühen.

Für die Gesetzgebung folgt hieraus, dass bei Regelung der Geschäfts- und Testierfähigkeit sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen, auch hinsichtlich der Formulierung, unbedingt zu vermeiden sind. Während die Verfasser des BGB diesen Grundsatz noch beherzigten, erwies sich der spätere Gesetzgeber leider als weniger sensibel. Das Schweizer Recht zeigt, dass sich auch ohne Allgemeinen Teil auf elegante und sparsame Weise ein einheit-

---

[69] Den Vorbildcharakter des Art. 901 C.civ. betont auch *Christian Jubault*, Droit Civil: Les successions, Les libéralités[2] (2010) Rz. 661.

[70] Anders wohl *Murad Ferid/Hans Jürgen Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht[2] III: Familienrecht, Erbrecht (1987) Rz. 5 C 19, mit der Begründung, dass Art. 901 C.civ. andernfalls das Merkmal der »geistigen Gesundheit« nicht hätte zu wiederholen brauchen. Dies übersieht, dass der *Code civil* anfangs eben gerade keine allgemeine Regelung zur Geschäftsfähigkeit enthielt.

[71] *Jean Bernard de Saint-Affrique*, in: Jurisclasseur, Droit Civil, Art. 901 (2010) (Liefg. 60) Nr. 40 ff.; *Cicile-Delfosse* (oben N. 66) Nr. 5.

[72] Mit jeweils zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung *Cicile-Delfosse* (oben N. 66) Nr. 54 ff.; *de Saint-Affrique* (vorige Note) Nr. 50 ff.

[73] Siehe auch *Holzhauer* B 51 f.

licher Bezugspunkt für Geschäfts- und Testierfähigkeit schaffen lässt, der Doppelregelungen nach Art des französischen Rechts entbehrlich macht.

Schließlich verdient aus deutscher Sicht besondere Beachtung, dass alle untersuchten ausländischen Rechtsordnungen die relative Geschäfts- und Testierunfähigkeit anerkennen. Die herrschende Meinung in Deutschland sollte darin einen weiteren Anlass sehen, ihre Vorbehalte gegen diese Lehre zu überprüfen.

III. Testierfähigkeit und Altersgrenzen

Ist die Testierfähigkeit auf dieselbe Weise wie die Geschäftsfähigkeit zu ermitteln, drängt sich die Frage nach der Rechtfertigung unterschiedlicher Altersgrenzen in beiden Bereichen auf. Da die Regelung des § 2229 I BGB seit Inkrafttreten des BGB unverändert geblieben ist, das Volljährigkeitsalter aber erst 1975 von 21 auf 18 Jahre herabgesetzt wurde, betrug der Unterschied lange Zeit sogar fünf Jahre. Dieser erhebliche Abstand macht umso neugieriger auf seine Begründung.

1. Vorbemerkung

Die Grenze der Testiermündigkeit spielt heute nur eine geringe praktische Rolle. Verdrängt schon ein Großteil der erwachsenen Bevölkerung den Gedanken an mögliche Anordnungen für die Zeit nach ihrem Tod,[74] so haben Kinder und Jugendliche im Normalfall noch weniger Grund, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Hinzu kommt, dass die wenigsten in jungen Jahren bereits über ein nennenswertes Vermögen verfügen[75] und zudem noch ein Interesse daran hätten, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen.

Es ist freilich noch nicht allzu lange her, dass Krankheiten, Kriege oder bei Frauen die Entbindung große Gefahren auch für das Leben junger Menschen bedeuteten. Ebenso kam es viel häufiger vor, dass Kinder schon früh einen oder beide Elternteile verloren und auf diese Weise Inhaber eines beträchtlichen Vermögens wurden. Ein prominentes Beispiel in diesem Sinne war bekanntlich Friedrich Carl von Savigny, der, aus wohlhabender Familie stammend, bereits im Alter von 13 Jahren Vollwaise war.[76]

---

[74] *Zimmermann*, Formalities 203 f.; differenzierend *Röthel*, Erbrecht A 14 f.

[75] Ausnahmen gibt es vor allem bei erfolgreichen jungen Sportlern und Künstlern, vgl. auch *Muscheler* Rz. 1657.

[76] Siehe *Jan Schröder*, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), in: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten[4], hrsg. von *Gerd Kleinheyer/Jan Schröder* (1996) 352–361 (352).

Nicht überraschend ist daher, dass über die Altersgrenze der Testiermündigkeit bei Schaffung des BGB und des TestG jeweils ausführlich diskutiert wurde. Bedarf hierfür bestand aber auch unabhängig von der praktischen Bedeutung der Frage. Denn der Gesetzgeber darf bei Regelung der Testiermündigkeit keineswegs willkürlich verfahren. Setzt er die Altersgrenze zu hoch an, schränkt er die Testierfreiheit unverhältnismäßig ein. Ist sie zu niedrig, erhöht er das Risiko unverständigen Testierens, dem der innere Grund für eine Anerkennung durch die Rechtsordnung fehlt. Daneben muss der Gesetzgeber auch darauf achten, dass die Regelung wertungsmäßig im Einklang mit anderen Altersgrenzen steht, insbesondere mit der zur Schließung von Verträgen, aber auch mit der zur Eingehung einer Ehe. Liegen keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung vor, darf eine solche auch nicht durch Gesetz erfolgen. Umgekehrt kann eine einheitliche Lösung dem Vorwurf ausgesetzt sein, wichtige sachgesetzliche Besonderheiten der einen oder anderen Materie zu missachten.

2. Die Lösung des BGB

Wie in vielen anderen Bereichen des Erbrechts auch, stand der BGB-Gesetzgeber in der Frage der Testiermündigkeit einer Fülle von unterschiedlichen Lösungen im geltenden Recht gegenüber. Die Spanne reichte von 12 Jahren (für Mädchen) bis zum Volljährigkeitsalter von 21 Jahren.[77] Hinter der bereits im Vorentwurf von Gottfried von Schmitt gewählten Grenze von 16 Jahren stand aber natürlich mehr als nur der Wunsch nach einer Kompromissregelung. Vielmehr wurde eine große Zahl unterschiedlicher Gesichtspunkte ins Feld geführt, was das Studium der Diskussion sehr lehrreich macht.

Die Gleichstellung von Testiermündigkeit und Volljährigkeitsalter wurde vor allem aus zwei Gründen abgelehnt: Zum einen sollte der minderjährige Vollwaise nicht schutzlos seinen Verwandten ausgeliefert werden, indem man diesen bis zum Erreichen der Volljährigkeit eine unentziehbare Erbenstellung einräumte.[78] Zum anderen wurde darauf hingewiesen, dass sich die Altersgrenze bei Testamenten für den Minderjährigen viel einschneidender auswirke als bei den Geschäften unter Lebenden: Während er diese nämlich durch seinen gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Einwilligung vornehmen könne, sei bei letztwilligen Verfügungen aufgrund des (vom BGB-Gesetzgeber nicht in Zweifel gezogenen[79]) Erfordernisses der formellen Höchstpersönlichkeit ihrer Errichtung[80] eine solche Möglichkeit

[77] Siehe den Überblick bei *von Schmitt* 490f.
[78] *von Schmitt* 492; *Mugdan* 131 (Motive).
[79] *Mugdan* 246f. (Motive), 692 (Protokolle).
[80] Später festgeschrieben in § 2064 BGB. Dazu und zum in § 2065 BGB niedergelegten

ausgeschlossen.[81] Generell wurde auch betont, dass die Beschränkung der Testierfreiheit nicht weiter gehen dürfe als unbedingt geboten.[82]

Wollte man den Minderjährigen aus den genannten Gründen bei der Errichtung eines Testaments großzügiger behandeln als bei Geschäften unter Lebenden, blieb noch die Frage, ob die Grenze bei 16 oder bei 18 Jahren angesetzt werden sollte. Zugunsten der Altersstufe von 16 Jahren wurde die – freilich umstrittene[83] – Auffassung ins Feld geführt, dass mit ihr, »aber auch nicht früher, in der That jene geistige Reife, wie sie zu einer selbständigen, überlegten und klar gedachten Willenserklärung erforderlich ist, durchschnittlich angenommen werden darf«.[84] Ferner wurde auf die Parallele zur Eidesmündigkeit und zu anderen Regelungen hingewiesen; eine Altersgrenze von 18 Jahren sei demgegenüber im geltenden Recht nur sehr selten anzutreffen.[85] Sodann sprach zugunsten der Grenze von 16 Jahren der Gleichlauf mit der Ehemündigkeit für Frauen. Denn angesichts der Relevanz der Eheschließung für die gesetzliche Erbfolge müsse der minderjährigen verheirateten Frau, die »vielleicht zur Erkenntnis gelangt sei, daß sie sich in ihrem Manne getäuscht habe«, auch die Möglichkeit eines Abweichens hiervon durch letztwillige Verfügung gegeben werden. Hingewiesen wurde ferner auf die gerade mit der ersten Entbindung verbundenen Gefahren.[86]

Mit der Altersgrenze von 16 Jahren folgte das BGB im Ergebnis dem französischen Recht, wenngleich dieses Argument allenfalls eine untergeordnete Rolle gespielt haben dürfte. Die französische Regelung, nach der ein Minderjähriger nur über die Hälfte seines Vermögens letztwillig verfügen kann,[87] wurde jedenfalls entschieden abgelehnt: Ihr fehle es »an jedem inneren Grunde. Wer nicht verständig und selbständig genug ist, um über seine ganze Erbschaft zu verfügen, ist es auch nicht hinsichtlich der Hälfte derselben.«[88]

Allerdings enthält das deutsche Recht in anderer Hinsicht eine empfindliche Einschränkung für den minderjährigen Testator: Er darf sich nämlich nicht der bequemen Form des eigenhändigen Testaments bedienen und auch vor dem Notar nur mündlich oder durch Übergabe einer offenen

---

Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung ausführlich *Reinhard Zimmermann*, »Quos Titius voluerit« – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder »power of appointment«? (1991).

[81] *Mugdan* 692 f. (Protokolle).

[82] *Mugdan* 692 (Protokolle).

[83] *Mugdan* 692 (Protokolle).

[84] *von Schmitt* 491.

[85] *von Schmitt* 491 f.

[86] *Mugdan* 693 (Protokolle).

[87] Art. 904 I C.civ.

[88] *von Schmitt* 492.

Schrift testieren.[89] Diese Regelungen hatten nur spät Eingang in das BGB gefunden. Auf die Zweite Kommission ging das Erfordernis einer mündlichen Erklärung vor dem Notar zurück[90] (was dem Minderjährigen zunächst also auch das Testieren mittels offener Schrift versagte[91]), und noch später erfolgte naturgemäß die Einschränkung hinsichtlich des eigenhändigen Testaments, das selbst erst »in letzter Minute« angenommen wurde.[92] Zu betonen ist, dass der Zweck dieser Sondervorschriften nicht darin lag, den Minderjährigen unter die »Überwachung einer gereiften Persönlichkeit«[93] zu stellen, sondern der Gefahr der Beeinflussung und Formnichtigkeit begegnen sollte.[94]

3. Die Diskussionen nach Inkrafttreten des BGB

a) Der Reformversuch unter dem Nationalsozialismus

Ein Versuch zur Anhebung der Altersgrenze für die Testiermündigkeit wurde im Zuge der Schaffung des TestG unternommen. Der Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht erkannte zwar das Bedürfnis an, auch schon vor Erlangung der Volljährigkeit testieren zu können,[95] doch sah er bei der Grenze von 16 Jahren eine erhebliche Gefahr »unreifer« und damit »pflichtwidriger« Verfügungen.[96] Die deshalb vorgeschlagene Heraufsetzung auf 18 Jahre wurde allerdings schon bei einer Vorbereitungsbesprechung aller beteiligten Ministerien zurückgewiesen.[97] In der offiziellen Gesetzesbegründung[98] wurde später ausgeführt, dass man mit dem geltenden Recht keine ungünstigen Erfahrungen gemacht habe, außerdem wurde es weiterhin für notwendig gehalten, der 16-jährigen Ehefrau das Testieren zu ermöglichen.

---

[89] §§ 2233 I, 2247 IV BGB.

[90] *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erbrecht 2. Teilband (2002) 1583.

[91] Diese Möglichkeit wurde ihm erst mit § 11 TestG eingeräumt.

[92] Zur Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland ausführlich *Zimmermann*, Formalities 176 ff.

[93] Diesen Sinn wollte der Vorschrift später *Lange* 32 geben.

[94] *Mugdan* 869 f. (Denkschrift).

[95] *Lange* 29 f. mit besonderem Hinweis auf landwirtschaftliche Betriebe.

[96] Vgl. *Lange* 29, 32. In diesen Worten kam der generelle Wunsch des Erbrechtsausschusses nach einer stärkeren Gemeinwohlkontrolle des Testaments zum Ausdruck, dazu *Zimmermann*, Formalities 193 ff.

[97] *Lothar Gruschmann*, Die Entstehung des Testamentsgesetzes vom 31. Juli 1938: Nationalsozialistische »Rechtserneuerung« und Reformkontinuität: Z. f. neuere RGesch. 1985, 53–63 (57).

[98] Begründung zum Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. 7. 1938 (RGBl. I S. 973), DJ 1938, 1254.

b) Das heutige Schrifttum

Auch im heutigen Schrifttum wird die Altersgrenze des § 2229 I BGB noch in Frage gestellt, und interessanterweise gehen die Änderungsvorschläge in entgegengesetzte Richtungen. Einerseits wird wie bereits in den 1930er Jahren bezweifelt, dass ein 16-Jähriger schon die zum Testieren erforderliche Reife besitzt, und für einen Gleichlauf mit der Geschäftsfähigkeit plädiert.[99] Andere hingegen erachten die gegenwärtige Regelung als zu rigide und damit verfassungsrechtlich bedenklich. Vorgeschlagen wird insbesondere, dem unter 16-Jährigen die Möglichkeit zu geben, mit Hilfe seines gesetzlichen Vertreters zu testieren. Ebenso sei die Einschränkung der Formenwahl für testierfähige Minderjährige aufzugeben.[100]

4. Stellungnahme

Der Überblick bestätigt zunächst das oben gefundene Ergebnis, dass die fehlende wirtschaftliche Betroffenheit des Testators zu Lebzeiten nichts daran ändert, dass wirksames Testieren eines Mindestmaßes an Einsichtsfähigkeit bedarf. Darüber, mit welchem Durchschnittsalter dieser Zustand erreicht wird, lässt sich trefflich streiten. Unbedingt zu betonen ist aber, dass es kein Widerspruch ist, einer Person schon mit 16 Jahren die geistige Reife zuzusprechen, um von Todes wegen über ihr gesamtes Vermögen zu verfügen, ihr aber nicht zu gestatten, vor Vollendung des 18. Lebensjahres auch nur über einen Euro durch Vertrag zu disponieren.[101] Denn hier kommt der oben[102] noch zurückgestellte Schutzgedanke ins Spiel: Da Rechtsgeschäfte unter Lebenden dem Handelnden unmittelbare Nachteile einbringen können, ist es gerechtfertigt (wenn auch nicht zwingend), bei ihnen einen zusätzlichen »Sicherheitspuffer« vorzusehen. Was der Minderjährige hierdurch an rechtlicher Gestaltungsfreiheit einbüßt, wird ihm durch die Möglichkeit des Handelns mittels seines gesetzlichen Vertreters in anderer Form zurückgegeben.

Starre Altersgrenzen erheben natürlich nie den Anspruch, für alle Fälle eine gerechte Lösung bereitzuhalten, sondern wollen Rechtssicherheit bieten, ohne andere Interessen übermäßig zu beeinträchtigen.[103] Die 14-Jährige

---

[99] Weiterhin *Lange/Kuchinke* 346 f.; ebenso Münch. Komm. BGB *(-Hagena)* (2010) § 2229 Rz. 8; *Staudinger (-Baumann)* (2003) § 2229 Rz. 12.

[100] *Muscheler* Rz. 1657.

[101] Anders *Theodor Kipp/Helmut Coing*, Erbrecht[14] (1990) 118; *Lange* 28 f. Zu undifferenziert auch der Vorwurf von *Röthel*, Testierfreiheit (oben N. 14) 55, der BGB-Gesetzgeber habe allein das Ziel verfolgt, geringstmögliche Anforderungen an das Testieren zu stellen.

[102] II. 3. a).

[103] BVerfG 19. 1. 1999, NJW 1999, 1853 (1854) betont deshalb zu Recht den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers in dieser Frage.

aus dem von Grunsky gebildeten Beispiel[104] könnte selbst dann nicht testieren, wenn sie die Anforderungen des § 2229 IV BGB erfüllt. Sie hat als Frühreife das Pech, dass man ihren Altersgenossen im Durchschnitt noch nicht die erforderliche Einsichtsfähigkeit zutraut. Solange Altersgrenzen aber nicht offensichtlich überzogen sind, liegt kein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot vor,[105] auch weil Minderjährige nur sehr selten ein dringendes Bedürfnis für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung haben.[106]

Eindeutig unverhältnismäßig wäre es hingegen, in Reaktion auf die steigende Zahl von Demenzkranken und die damit verbundenen Rechtsprobleme eine Altersgrenze einzuführen, ab der zwingend Testier*unfähigkeit* angeordnet wird. Denn abgesehen davon, dass die gesunden Personen auch in den Bevölkerungsgruppen fortgeschrittenen Alters immer noch die deutliche Mehrheit bilden,[107] wäre der Verlust der Testierfähigkeit für sie viel folgenreicher als für einen Minderjährigen. Nicht nur haben sie in der Regel ein viel größeres Bedürfnis, Anordnungen für die Zeit nach ihrem Tod zu treffen; auch wäre die Testierunfähigkeit mangels Wegfalls durch Zeitablauf endgültig. Schließlich würden aber auch geistig beeinträchtigte Testatoren übermäßig eingeschränkt, da eine starre Altersgrenze keine relative Bestimmung der Testierfähigkeit mehr gestatten würde. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit immer noch bedenklich, zumindest aber diskussionswürdig ist dagegen der Vorschlag, ob einer bestimmten Altersgrenze die Testierunfähigkeit zu *vermuten* und damit die Beweislast umzukehren.[108]

5. Der Blick in andere Rechtsordnungen

Erneut stellt sich die Frage, wie die deutsche Lösung im Lichte anderer Rechtsordnungen erscheint. Der Umstand, dass die Frage des zur Erlangung der Testierfähigkeit notwendigen Alters zwar mit dem unter II. untersuchten Themenkomplex zusammenhängt, zum Teil aber auch eigenständigen Gehalt aufweist, rechtfertigt es, die Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen dieses Mal anders zu treffen.

---

[104] *Grunsky* 13 f.

[105] *Canaris* 995 für das Beispiel eines Geschäftsfähigkeitsalters von 25 Jahren.

[106] *Canaris* 1000, der auch auf den möglichen Ausweg einer Schenkung unter Lebenden hinweist.

[107] *Röthel*, Erbrecht A 84 f.

[108] So der Vorschlag von *Jean Christoph Sonnekus*, Freedom of Testation and the Ageing Testator, in: Exploring the Law of Succession, hrsg. von *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (2007) 78–113 (90), der die Grenze bei 70 Jahren ansetzen möchte; siehe auch *ders.*, Privaatoutonomie en testeerbevoegdheid als grondwetlik beskermde bates, in: Confronting the Frontiers of Family and Succession Law: Liber Amicorum Walter Pintens (2012) 1319–1348 (hier für eine Grenze von 80 Jahren).

Vereinfacht gesagt, lassen sich die Rechtsordnungen in der Frage der Testiermündigkeit in drei Gruppen einteilen. Die erste Gruppe setzt in Nachfolge des römischen Rechts die Grenze bei 12 bzw. 14 Jahren fest und damit deutlich unterhalb des Volljährigkeitsalters. Die zweite Gruppe, zu der neben Deutschland etwa Frankreich und die Niederlande gehören, hält diese Grenze für zu niedrig, setzt die Schwelle mit 16 Jahren aber immer noch unterhalb des Volljährigkeitsalters an. Die dritte Gruppe schließlich unterwirft die Errichtung eines Testaments der Volljährigkeitsschwelle. Im Folgenden werden vor allem die erste und dritte Gruppe näher untersucht, da bei den Ländern der zweiten Gruppe ähnliche Erwägungen wie Deutschland eine Rolle gespielt haben dürften.[109]

a) Die Altersgrenze des römischen Rechts und ihre Fortgeltung in heutigen Rechtsordnungen

Maßgeblich für Erlangung der Testierfähigkeit im römischen Recht (*testamenti factio activa*) war die allgemeine Altersgrenze der *pubertas*, also der Geschlechtsreife oder Mündigkeit. Bei Knaben wurde dieser Zeitpunkt anfangs noch im Einzelfall ermittelt, später aber auf die Vollendung des 14. Lebensjahres festgesetzt. Mädchen galten bereits mit zwölf Jahren als mündig.[110] An der Testierfähigkeit der *puberes* änderte sich auch nichts, als um 200 v. Chr. die *lex Laetoria* die neue Altersstufe von 25 Jahren einführte und später weitere Schutzvorschriften zugunsten Minderjähriger ergingen.[111] Mündige *minores* waren also nur eingeschränkt geschäfts-, aber voll testierfähig.

Das niedrige Mündigkeitsalter erscheint aus heutiger Sicht überraschend. Ob seine Rechtfertigung in der »früheren Reife der Mittelmeerbevölkerung« lag,[112] scheint zweifelhaft. Denn wie die Vorschriften zum Schutz der *minores* zeigen, war Mündigen die notwendige geistige Entwicklung für verantwortliches geschäftliches Handeln häufig eben gerade noch nicht gegeben. Dass dennoch das Mündigkeitsalter nicht heraufgesetzt wurde, wird mit dem Konservatismus und der Freiheitsliebe der Römer erklärt.[113] Für die Testierfähigkeit dürfte daneben auch eine Rolle gespielt haben, dass der geschäftlich unerfahrene Mündige durch Errichtung einer letztwilligen Verfügung, anders als bei Geschäften unter Lebenden, nicht Gefahr lief, sich

---

[109] In Frankreich war die Lösung auch ein Kompromiss zwischen den römisch-rechtlichen Altersgrenzen des *droit écrit* und den deutlich darüberliegenden des *droit coutumier*, *Knothe* 354.

[110] *Max Kaser/Rolf Knütel*, Römisches Privatrecht[17] (2003) § 14 Rz. 2 ff.; *Knothe* 352.

[111] *Kaser/Knütel* (vorige Note) § 14 Rz. 8; *Knothe* 41 ff.

[112] So *Lange* 27.

[113] *Knothe* 47.

wirtschaftlich zu ruinieren, ferner, dass das Testieren in diesem Alter ohnehin kaum vorkam.

Diese Überlegungen dürften auch erklären, warum sich die römischrechtliche Altersgrenze in der Folge so lange halten konnte und auch in der Gegenwart noch anzutreffen ist. In Deutschland galt sie bis zum Inkrafttreten des BGB neben dem *ius commune* auch in zahlreichen Partikularrechten[114], insbesondere dem preußischen ALR[115] und dem sächsischen BGB.[116] In Europa ist die (nun allerdings einheitlich bei 14 Jahren liegende) Grenze noch heute in Österreich,[117] Spanien[118] und, dieses Beispiel erscheint besonders bemerkenswert, in Katalonien anzutreffen, das sie in seinem 2008 verabschiedeten neuen Erbrecht[119] gerade erst wieder bestätigt hat.[120] Für die Annahme, dass es sich in diesem Fall allerdings weniger um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelte als vielmehr um ein weitgehend unreflektiertes Festhalten an der Tradition, spricht die generelle Treue dieses Gesetzes zum römischen Erbe.[121] Hingegen legte Österreich ein gezieltes Bekenntnis zur Altersgrenze der Mündigkeit ab, als es 1946 das TestG, das die Schwelle bei 16 Jahren ansetzte, aufhob und zur alten Regelung zurückkehrte.[122]

Eingeschränkt wird die Großzügigkeit des Gesetzgebers in allen genannten Rechtsordnungen dadurch, dass ähnlich wie in Deutschland dem 14-Jährigen nicht das eigenhändige Testament zur Verfügung steht, und somit sein Testierakt de facto einer gewissen Kontrolle durch andere Personen unterliegt.[123]

b) Die Altersgrenze der Volljährigkeit

Zu den Rechtsordnungen, die keine Erleichterung der Testierfähigkeit vorsehen, sondern sie zum selben Zeitpunkt eintreten lassen wie die Geschäftsfähigkeit, zählen etwa das italienische, das schweizerische und das portugiesische Recht, ferner – dies mag angesichts seiner im Allgemeinen

---

[114] Siehe den Überblick bei *Mugdan* 247 f. (Motive).

[115] Titel I 12 § 16 ALR.

[116] § 2066 sächsisches BGB.

[117] § 569 ABGB.

[118] Art. 663 Nr. 1 C.c. Spanien.

[119] Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

[120] Art. 421-4 C.c. Katalonien.

[121] So verlangt es etwa für die Gültigkeit eines Testaments zwingend die Einsetzung eines Erben, Art. 423-1 C.c. Katalonien.

[122] *Staudinger (-Knothe)* (2004) Vor §§ 105–115 Rz. 117.

[123] § 569 ABGB; Art. 688 I C.c. Spanien; Art. 421-17 Nr. 1 C.c. Katalonien.

sehr starken Betonung der Testierfreiheit[124] überraschend sein – das englische Recht.

(1) Italien, Schweiz und Portugal. – In Italien und der Schweiz ist der Gleichlauf von Testiermündigkeit und Volljährigkeit ein vergleichsweise neuer Rechtszustand, denn lange Zeit lag die Grenze der Testiermündigkeit mit 18 Jahren noch unterhalb der Volljährigkeitsschwelle von 20 bzw. 21 Jahren. Als Letztere dann allerdings auf 18 Jahre gesenkt wurde,[125] sahen die Gesetzgeber offenbar keinen Anlass für einen parallelen Nachvollzug bei der Testiermündigkeit.[126] Anders entschied in dieser Situation etwa der niederländische Gesetzgeber. Als er 1987 das Volljährigkeitsalter von 21 auf 18 Jahre senkte,[127] setzte er gleichzeitig auch die Testiermündigkeit von 18 auf 16 Jahre herab.[128] Die knappe Gesetzesbegründung deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber einen solchen Schritt für natürlich und logisch hielt.[129]

In Portugal war die Entwicklung im Ergebnis nicht anders als in Italien und der Schweiz, doch lohnt hier ein näherer Blick auf die Entstehungsgeschichte der betreffenden Regelung, weil sie interessante Parallelen zur Diskussion bei Schaffung des BGB offenbart: Das erste Zivilgesetzbuch von 1867 hatte (bei einem Volljährigkeitsalter von 21 Jahren) in der Frage der Testiermündigkeit noch beinahe nahtlos[130] die römisch-rechtliche Tradition der vorangehenden Jahrhunderte[131] fortgesetzt. Erst mit dem zweiten *Código civil* von 1966 wurde die Altersgrenze dann auf 18 Jahre angehoben. Die zur Revision des Vorentwurfs eingesetzte Kommission hatte übereinstimmend die 14-Jahres-Grenze als zu niedrig empfunden, zugleich aber diskutiert, ob nicht nach dem Beispiel der ehemaligen Kolonie Brasilien und anderer Länder 16 Jahre als ausreichend anzusehen waren. Zur Begründung wurde unter anderem darauf verwiesen, dass Personen dieses Alters auch der Abschluss von Geschäften unter Lebenden in einigen Situationen gestattet sei;

---

[124] Dazu *Elizabeth Cooke*, Freedom of Testation in England, in: Freedom of Testation, hrsg. von *Reinhard Zimmermann* (2012, im Erscheinen).

[125] Legge, 8 marzo 1975 n. 39: Attribuzione della maggiore età ai cittadini che hanno compiuto il diciottesimo anno e modificazione di altre norme relative alla capacità di agire e al diritto di elettorato, und Bundesgesetz vom 7. 10. 1994 (Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters, Unterhaltspflicht der Eltern).

[126] Siehe jetzt Artt. 2 I, 591 II Nr. 1 C.c. Italien; Artt. 14, 467 ZGB.

[127] Wet van 1 juli 1987 tot verlaging van de leeftijd waarop volgens het Burgerlijk Wetboek de meerderjarigheid wordt bereikt tot achttien jaren en wijziging in verband daarmede van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene Bijstandswet, dazu *Willem Breemhaar*, Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters in den Niederlanden: StAZ 1988, 100–101.

[128] Siehe jetzt Art. 4:55 Burgerlijk Wetboek.

[129] Tweede Kamer, zitting 1978–1979, 15417, Nr. 1–3, 11.

[130] Einzige Änderung war die Einführung der 14-Jahres-Grenze auch für Mädchen, Art. 1764 C.c. Portugal (1867).

[131] Siehe Buch IV Titel 81 der *Ordenações Filipinas* aus dem Jahr 1603.

ferner wurde das Beispiel des minderjährigen Waisen genannt, der von seinen nahen Verwandten im Stich gelassen wurde und eine Möglichkeit haben müsse, die gesetzliche Erbfolge abzuändern. Zugunsten der später in Kraft gesetzten Grenze von 18 Jahren wurde hingegen angeführt, dass zwischen dem 14. und dem 16. Lebensjahr nicht derselbe tiefgehende Reifeprozess stattfinde; ferner wurde die Gefahr der Beeinflussung des Minderjährigen genannt und schließlich auf die gleichlautende Altersgrenze im italienischen und schweizerischen Recht hingewiesen.[132] Zu einem Gleichlauf zwischen Testier- und Geschäftsfähigkeit kam es erst 1977, als das Volljährigkeitsalter von 21 auf 18 Jahre gesenkt wurde.[133] Der *Código civil* hat auf diese Änderung auch redaktionell reagiert und erklärt nun alle »nicht emanzipierten Minderjährigen« für testierunfähig.[134] Sich gänzlich auf die Regelungen des Allgemeinen Teils zu verlassen, war deshalb schwierig, weil die Testierunfähigkeit die Nichtigkeit, die Geschäftsunfähigkeit hingegen nur die Anfechtbarkeit zur Folge hat.[135]

(2) England. – Im englischen Recht hingegen wurde die Testiermündigkeit schon mit dem *Wills Act* von 1837 dem damaligen Volljährigkeitsalter von 21 Jahren angepasst.[136] Dies bedeutete einen erheblichen Sprung, denn bis dahin hatten auch hier die römisch-rechtlichen Grenzen von 12 und 14 Jahren gegolten,[137] die durch die Kirchengerichte eingeführt worden waren.[138] Das Volljährigkeitsalter hingegen wurde ursprünglich durch die Fähigkeit zum Tragen von Waffen bestimmt: Während es um das neunte und zehnte Jahrhundert herum noch bei 15 Jahren gelegen haben soll, wird die im Laufe der Zeit erfolgte Anhebung auf 21 Jahre mit dem Aufkommen schwerer Ritterrüstungen erklärt.[139]

---

[132] Direito das Sucessões, Trabalhos Preparatórios do Código Civil, hrsg. vom Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (1972) 284–287.

[133] Decreto-Lei nº 496/77 de 25. 11. 1977. Siehe Art. 122 C.c. Portugal.

[134] Art. 2189 lit. a C.c. Portugal. Die Emanzipation tritt durch Eheschließung ein, womit der Minderjährige volle Geschäftsfähigkeit erlangt (Artt. 132f. C.c. Portugal).

[135] Artt. 125, 2190 C.c. Portugal. In den Fällen der »vorübergehenden Geschäfts- oder Testierunfähigkeit« (oben N. 52) ist Rechtsfolge dagegen stets die Anfechtbarkeit.

[136] Wills Act (1837) s. 7.

[137] *Roger Kerridge*, The Law of Succession[12] (2009) Rz. 5-01.

[138] *Sir William Blackstone*, Commentaries on the Laws of England[9] II (1783) 497; allgemein zu den kontinentaleuropäischen Einflüssen auf das *common law Reinhard Zimmermann*, Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law und common law: ZEuP 1 (1993) 3–51.

[139] *Thomas Egbert James*, The Age of Majority: Am. J. Leg. Hist. 4 (1960) 22–33 (26ff.). Im späten Mittelalter wurde die Einsichtsfähigkeit von Kindern in einigen Gegenden Englands offenbar auch individuell festgestellt. Zu den Methoden gehörten »[c]ounting and yard measure tests and whether a child knew a good penny from a bad one«, ebd. 23.

Als der Gesetzgeber mit dem *Familiy Law Reform Act* von 1969[140] das Volljährigkeitsalter von 21 auf 18 Jahre senkte, erstreckte er diese Änderung auch auf die Testierfähigkeit. Die Fortsetzung des Gleichlaufs geschah nicht ohne gezielte Überlegungen. Das zur Vorbereitung der Reform eingesetzte *Committee on the Age of Majority* unter dem Vorsitz von Justice Latey führte an, dass es einem verheirateten 18-Jährigen gestattet sein müsse, für den Fall seines Todes entsprechende Regelungen zugunsten seiner Familie zu treffen. Zwar sei diese natürlich auch durch die Regeln über die gesetzliche Erbfolge begünstigt, doch könne es im Einzelfall immer noch Bedarf für Abweichungen geben. Insbesondere wurde es als ungerecht empfunden, »that those under 21 awaiting a divorce have no way of stopping their property going to the estranged wife if they die – a thought principally galling, presumably, to those who are busy divorcing a fortune hunter«.[141]

Selbst einer noch weiteren Absenkung des Testieralters erteilte die Kommission nicht von vornherein eine Absage, wie ihre wohlwollende Kommentierung des schottischen Rechts zeigt, das noch die Grenzen von 12 und 14 Jahren vorsah:[142] »While we should not necessarily suggest such a radical change, the benign influences that emanate from the north of the Border are not unpersuasive as a counter-argument to those who abhor the thought of conferring any such capacity upon those under 21.«[143]

c) Stellungnahme

Der rechtsvergleichende Überblick zeigt, dass die Differenzen zwischen den untersuchten Rechtsordnungen nicht auf unterschiedlichen Wertvorstellungen beruhen, sondern zum einen historisch bedingt sind und zum anderen aus dem Umstand folgen, dass der Gesetzgeber wie bei allen Fristenregelungen innerhalb eines bestimmten Gestaltungsspielraums letztlich immer eine mehr oder weniger willkürliche Entscheidung treffen muss. Denn das Ziel einer möglichst großzügigen Gewährleistung der Testierfreiheit gerät zwangsläufig in Konflikt mit der Notwendigkeit, die Voraussetzungen selbstbestimmten Handelns sicherzustellen. Die Grenzen von 14

---

[140] Dazu *Hans-Jürgen Bartsch*, Reform des Familienrechts in England: FamRZ 1970, 356–361.

[141] Report of the Committee on the Age of Majority, Presented to Parliament by the Lord High Chancellor by Command of Her Majesty (1969) 104.

[142] Mit dem Age Legal Capacity (Scotland) Act von 1991 wurde die Grenze sogar einheitlich auf 12 Jahre gesenkt, s. 2(2). Hauptargumente waren das Fehlen negativer Erfahrungen in der Vergangenheit, die geringe praktische Bedeutung des Themas und die fehlende Betroffenheit des Testators von seiner Verfügung. Selbst eine Grenze von 10 Jahren wurde von einigen befürwortet. Bei allem wurde aber auch betont, dass der Testator reif genug sein müsse, den Inhalt seiner Anordnungen zu verstehen. Siehe zur Diskussion *Scottish Law Commission*, Report on the Legal Capacity and Responsibilty of Minor and Pupils (1987) Rz. 3.52 ff.

[143] Report of the Committee on the Age of Majority (oben N. 141) 105.

Jahren und 18 Jahren betonen mehr den einen oder den anderen Aspekt, die Grenze von 16 Jahren bemüht sich um einen Kompromiss. Das englische Recht unterstreicht nochmals, dass hohe Anforderungen an die Testierfähigkeit nicht notwendig als überzogene Einschränkungen der Testierfreiheit zu deuten sind, sondern gerade Ausdruck ihrer besonderen Wertschätzung sein können.[144]

Die Grenze von 14 Jahren wird heute wohl in der Mehrheit der Länder als zu niedrig empfunden,[145] scheint aber keineswegs unvertretbar. Unter dem größten Rechtfertigungsdruck dürfte die Grenze der Volljährigkeit stehen. Denn während der Minderjährige in keiner der betreffenden Rechtsordnungen ein Testament errichten kann, sind die von ihm abgeschlossen Geschäfte unter Lebenden selbst ohne Einschaltung seines gesetzlichen Vertreters in vielen Fällen wirksam.[146] Dies weckt Zweifel im Hinblick auf die Gebote der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit. Das Konzept ist aber dennoch stimmig, wenn die Möglichkeit Minderjähriger, bestimmte Verträge zu schließen, etwa mit deren geringer Komplexität und wirtschaftlicher Bedeutung, ihrer praktischen Notwendigkeit oder dem Schutz des Vertragspartners begründet wird.

Keinerlei Bedenken bestünden gegen einheitliche Altersgrenzen natürlich auch dann, wenn man dem Minderjährigen das Testieren mittels eines Stellvertreters gestattete. Eine solche Möglichkeit ist aber, soweit ersichtlich, bislang nirgendwo vorgesehen und wird auch kaum diskutiert.[147] Das englische Recht kennt seit 1970 immerhin die Möglichkeit, für geschäftsunfähige Erwachsene mittels eines gerichtlich bestellten Vertreters einen sogenannten *statutory will* zu errichten.[148]

Abschließend ist festzuhalten, dass keine der untersuchten Rechtsordnungen Altersgrenzen vorsieht, ab denen eine bestehende Testierfähigkeit wieder aufgehoben oder zumindest eingeschränkt wird.

---

[144] Dies wird auch durch den zur Feststellung der Einsichtsfähigkeit Erwachsener verwendeten »*Banks* v. *Goodfellow* test« unterstrichen, nach dem der Testator Natur und Reichweite seiner Anordnungen zwar nicht bis ins Detail, aber doch in den wesentlichen Grundzügen verstehen muss. Näher *Kerridge* (oben N. 137) Rz. 5-04 ff.

[145] Bemerkenswerte Ausnahmen sind Österreich (oben N. 122) und Schottland (oben N. 141).

[146] So im englischen Recht etwa Verträge über sogenannte *necessaries* wie Lebensmittel oder ärztliche Leistungen, *Zweigert/Kötz* (oben N. 29) 344 ff. Zu den im portugiesischen Recht vorgesehenen Ausnahmen, etwa geringwertige Geschäfte des täglichen Lebens, *Jens Müller*, Der Allgemeine Teil im portugiesischen Zivilgesetzbuch (2008) 117 ff. Rechtsvergleichend *Phillip Hellwege*, Geschäftsfähigkeit, in: HWBEuP 703–707 (704 ff.).

[147] Die *Scottish Law Commission* (oben N. 142) Rz. 3.55 verwarf sie rasch wegen Verfahrensproblemen. Zum Vorschlag *Muschelers* oben N. 100.

[148] Para. 2 Schedule 2 *Mental Capacity Act* (2005); dazu *Kerridge* (oben N. 137) Rz. 5-09 ff.

IV. Ergebnisse

1. Ungeachtet der sprachlichen Abweichungen von den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit wollte der deutsche Gesetzgeber in § 2229 IV BGB keinen eigenen Maßstab für die Testierfähigkeit etablieren. In beiden Fällen wird die Fähigkeit zur Bildung eines einsichtsvollen Willens als konstitutive Voraussetzung für die privatautonome Rechtsgestaltung verlangt.

2. Forderungen nach einer Absenkung der Anforderungen an die Testierfähigkeit ist eine Absage zu erteilen. Die Tatsache, dass der Testator selbst keine nachteiligen Folgen seiner Handlung erleiden kann, ändert nichts daran, dass seine Anordnungen nur dann Anerkennung durch die Rechtsordnung beanspruchen können, wenn sie auf seinem freien und verständigen Willen beruhen.

3. § 2229 IV BGB bietet schon jetzt die Möglichkeit, die Testierfähigkeit geistig beeinträchtigter Personen anhand der Komplexität und Tragweite ihrer letztwilligen Verfügung zu beurteilen, um hierdurch sicherzustellen, dass ihre Testierfreiheit weder über Gebühr eingeschränkt noch unangemessen ausgedehnt wird. Eine Beeinträchtigung der Rechtssicherheit ist entgegen der herrschenden Meinung nicht zu befürchten.

4. Die Altersgrenze von 16 Jahren zur Erlangung der Testiermündigkeit ist auch heute noch wohlbegründet. Sie stellt ein ausreichendes Maß an geistiger Reife sicher und nimmt zugleich Rücksicht darauf, dass das Testieren keine Stellvertretung gestattet und das Erfordernis der Volljährigkeit deshalb eine erhebliche Einschränkung wäre. Weiterhin gültig ist auch das Argument des Gleichlaufs mit der Ehemündigkeit, da die Heirat des Minderjährigen Einfluss auf seine gesetzliche Erbfolge hat.

5. Der Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen zeigt viele Gemeinsamkeiten. Die Geschäfts- und Testierfähigkeit wird wie in Deutschland grundsätzlich nach einem einheitlichen Maßstab beurteilt, anders als nach der hierzulande herrschenden Meinung können dabei allerdings Komplexität und Tragweite des getätigten Rechtsgeschäfts berücksichtigt werden. Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen bei den Altersgrenzen sind größtenteils historisch bedingt, aber nicht durch grundlegend andere Wertungen zu erklären. Vielmehr zeigt sich oftmals eine erstaunliche Parallelität in der Erörterung der verschiedenen Sachgesichtspunkte. Eine spezifisch rechtskulturelle Prägung des Instituts der Testierfähigkeit ist insgesamt nicht zu erkennen.

Summary

Principles of Capacity to Make a Will in Germany and Europe

Capacity to make a will is an essential prerequisite for the exercise of freedom of testation. In practice, problems arising from it are usually of a factual nature and concern establishing the testator's state of mind at the moment of executing the will. This paper focuses on some theoretical aspects of the topic, especially its relation to the general rules on capacity. The starting point of the analysis is German law, which is then put into a comparative perspective.

The German Civil Code (BGB) deals with capacity to make a will in a special rule, although this does not differ substantially from the general regime. Accordingly, in all types of legal transactions the actor is required not only to act voluntarily, but also to have capacity of discernment, i.e. to understand the content and the consequences of the transaction. In German legal writing, this uniform standard of capacity has recently been called into question. As wills take effect only after the testator's death, the testator can never be negatively affected by his own provisions, unlike the position under contracts. Therefore, it has been argued, the requirements to make a will can and should be handled more liberally. However, this reasoning shows a misguided conception of the function of the rules on capacity. Their primary role is not to serve as a means of protection but to ensure the necessary preconditions for legal self-determination. Hence, there is no justification for subjecting the various forms of capacity to different standards.

As regards the determination of a person's capacity of discernment, German courts and the prevailing opinion in legal writing advocate an abstract approach that does not take into account the complexity of the contract or will at hand. However, the resulting all-or-nothing solutions are unsatisfactory in the case of persons whose mental abilities have abated. Therefore, the preferred approach is the doctrine of relative incapacity, which allows for the necessary flexibility and is already accepted in several other European legal orders.

The minimum age for making a will in Germany has been 16 since the BGB first came into force, while the minimum age for concluding contracts was initially 21 and is now 18. At first sight, this differentiation between wills and legal transactions *inter vivos* appears to be arbitrary, but it is well founded if one takes into account that German law does not permit minors to execute a will via their legal representative. Meanwhile, some European states continue the Roman law tradition and have a minimum age of just 14, while others do not permit minors to execute a will at all. However, these differences appear to be rather accidental, as they are explained either historically, or by the fact that legislatures necessarily have to take a decision within a certain range of reasonable possibilities. On the whole, capacity to make a will emerges as a rather technical subject that is not specifically moulded by legal culture.