

Testierfreiheit und Testiermacht

von Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einführung	33
II. Schutz vor Testiermacht	34
1. Der Ausgangsbefund: Testierfreiheit als Beherrschungsfreiheit	35
2. Entwicklungslinien der richterlichen Schutzgewähr	37
a) Moralisierung	37
b) Verrechtlichte Motivbewertungen	38
c) Die Gegenthese: Grenzenlose Testierfreiheit	40
3. Begründung und Begrenzung der richterlichen Schutzgewähr	41
a) Materialisierungen	41
b) Schutz vor Testiermacht als Schutz von Entschließungsfreiheit	42
aa) Perspektivische Unterschiede?	43
bb) Unterschiedliche kommunikative Konzepte?	44
cc) Machtstrukturen im Erbgeschehen	45
dd) Zwischenergebnis	47
c) Schutz vor Testiermacht als weitergehendes Ordnungsziel?	47
d) Abgrenzungen	49
4. Präzisierungen	50
a) Strukturelles Machtungleichgewicht im Erbgeschehen	50
b) Einzelfälle	51
aa) Hof- und Unternehmensnachfolge	51
bb) Wiederverheiratungsklauseln	53
5. Rechtsfolgen	53
III. Schutz der Testierfreiheit vor Macht	55
1. Der Ausgangsbefund: Race to the bottom der Testieranforderungen mit dem BGB	55
2. Entwicklungslinien: Punktueller Schutz der Testierfreiheit durch § 14 HeimG	57
3. Kritik und Weiterführung	59
a) Testierfreiheit als Entschließungsfreiheit	59
b) Einwände	60
c) Verwirklichung der Schutzgewähr	61
aa) Enumerative Verbote nach dem Vorbild des § 14 HeimG?	61
bb) Richterliche Abschlusskontrolle (§ 138 BGB)	62
cc) Beispiel	64
IV. Zusammenfassung und Ausblick	64

* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg.

I. Einführung

Es gehört zu den Grundannahmen römisch-rechtlich geprägter Zivilrechtsordnungen, dass die Freiheit lebzeitiger Selbstgestaltung (Privatautonomie) die Testierfreiheit umschließt.¹ Die Testierfreiheit ist wie die Privatautonomie Ausdruck der Anerkennung des Einzelnen durch die Rechtsordnung als Person.² Sie dient der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.³ Dem Einzelnen wird zugetraut, dass er sein Leben nach eigenem Entschluss zu gestalten und sein Vermögen nach eigenem Entschluss zu widmen vermag.

Jede Freiheit ist anfällig für Macht: Sie kann umschlagen in Beherrschung von Dritten, und sie kann der Beherrschung durch Dritte ausgesetzt sein. Der Erbe mag eigentlich frei darin sein, das Erbe auszuschlagen, und fühlt sich dennoch gebunden; der Erblasser mag eigentlich frei darin sein, wen er als Erbe einsetzt, und fühlt sich dennoch verpflichtet. Erben und Vererben können faktische Freiheitsverluste durch mehr oder weniger sichtbare Beeinflussung und Beherrschung beherbergen. Dies ist keine Besonderheit des Erbrechts und auch keine neuartige Herausforderung des 21. Jahrhunderts.⁴ Für lebzeitige Rechtsgeschäfte hat sich ein immer feineres Netz aus generellen und vertragstypischen Inhaltsvorgaben und Gestaltungsrechten herausgebildet, das vor übermäßiger Machtausübung und einseitiger Machtdurchsetzung schützen soll.⁵ Für letztwillige Verfügungen ist der Befund magerer. Der historische Gesetzgeber hat sich um die Balance zwischen Testierfreiheit und Testiermacht nicht so sehr gesorgt: Der Erblasser wurde mit machtvollen Gestaltungsbefugnissen ausgestattet und seine Fähigkeit zu selbstbestimmten Entscheidungen vorausgesetzt.

Die aus heutiger Sicht etwas zu optimistische Einschätzung hat Nachjustierungen erforderlich gemacht. Der Schutz vor Testiermacht durch den Erblasser ist zu einer Aufgabe der Rechtsprechung geworden (unten II.), die Sorge

¹ Zum deutschen Recht *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1990, § 1, 1; rechtsvergleichend *Kroppenberg*, Artikel „Testierfreiheit“, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht, 2009.

² *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 16 I.

³ BVerfGE 112, 332, 349 – Pflichtteilsrecht; 99, 341, 350 – Testierfreiheit sprech- und schreibunfähiger Personen; 91, 346, 358 – Hofnachfolge.

⁴ Siehe nur *Flume* (Fn. 1), § 1, 9.

⁵ Insbes. mit der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) und den Schutzvorschriften zugunsten von Verbrauchern, Arbeitnehmern und Mietern. Ähnliche Entwicklungen erlebt das Gesellschaftsrecht mit dem Schutz des Kapitalanlegers. Zur allgemeinen Tendenz siehe nur *Reuter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 189 (1989), 199, 217 ff.

um die Selbstbestimmtheit der Testierfreiheit hat punktuell zu Gesetzeskorrekturen geführt (unten III.). Ein kohärentes Schutzkonzept eröffnet sich mit dem Gedanken materialer Freiheitsgewähr, das sowohl den Schutz der Privatautonomie des Erben (Erbenfreiheit) als auch den Schutz der Privatautonomie des Erblassers (Testierfreiheit) vor „weichen“ Beeinträchtigungen der Entschließungsfreiheit umfasst (Zusammenfassung der Ergebnisse unten IV.).

II. Schutz vor Testiermacht

Die Testierfreiheit eröffnet dem Erblasser die Möglichkeit der Vermögensvergabe nach eigenem Gutdünken. Auch wenn dies nicht immer gewollt oder gar beabsichtigt ist, wird bereits die Testiermöglichkeit Einfluss auf das Verhalten der gesetzlichen Erben und ihr Verhältnis zum Erblasser haben. Diese *unspezifische, nicht intentionale* Einflussnahme auf die gesetzlichen Erben ist der Testierfreiheit zwangsläufig mitgegeben. Neben diese unspezifischen Wirkungen der Testiermöglichkeit treten *spezifischere* Formen der Beeinflussung: Mit der offengelegten Erbeinsetzung mag der Wunsch nach fortgesetzter liebevoller Zuwendung und Pflege verbunden sein, die unerschwellig in den Raum gestellte Möglichkeit der Enterbung bis zum letzten Atemzug tut Weiteres zur Disziplinierung von Lebensgefährten, Kindern und Anverwandten. Zumeist beginnen die Bedenken an der Machtfülle des Testators allerdings erst dort, wo der Erblasser durch die Gestaltung der letztwilligen Verfügung gezielt auf das Verhalten der Begünstigten einzuwirken beabsichtigt, insbesondere durch *bedingte Erbeinsetzung*. Typische Beispiele sind Heirats- und Wiederverheirungsklauseln, Konfessions- und Erbfähigkeitsklauseln sowie Fortführungs- und Pflichtteilsklauseln. Ob solche Klauseln eher eine bedenkliche Herrschaft der Toten über die Lebenden darstellen oder aber bloß als Angebote an die Erben zu lesen sind, gehört zu den Fragen, an denen sich erbrechtliche Grundhaltungen ablesen lassen. Sie haben Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft seit dem römischen Recht beschäftigt.⁶

⁶ Dazu aus jüngerer Zeit etwa *Budzikiewicz*, Die letztwillige Verfügung als Mittel postmortaler Verhaltenssteuerung, AcP 209 (2009), 334 ff.; *Keuk*, Der Erblasserwille post testamentum. Zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung, FamRZ 1972, 9 ff.; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, S. 34 ff. und öfter; *dies.*, „Wer lebt, hat Recht“ – Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 2006, 86 ff.; *Otte*, Privatautonomie im Erbrecht, ErbR 2009, 2 ff.; *ders.*, Die Bedeutung der Hohenzollern-Entscheidung des BVerfG für die Testierfreiheit, ZEV 2004, 393 ff.; *Paal*, Sittenwidrigkeit im Erbrecht, JZ 2005, 436 ff.; *Schlüter*, Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“, in: FG Zivilrechtslehrer 1934/1935, 1999, S. 575 ff.;

1. Der Ausgangsbefund: Testierfreiheit als Beherrschungsfreiheit

Die Grenzlinien zwischen Testierfreiheit und Testiermacht wird jede Erbrechtsgesetzgebung in ihrer Zeit unterschiedlich ziehen. Der Standpunkt des BGB lässt sich als *liberal* und *formal* charakterisieren. Liberal ist das BGB in seiner gedanklichen Grundanlage: Maßgeblicher Bezugspunkt ist der Gestaltungswille des Erblassers.⁷ Die eigentlichen Grenzen sind nicht durch den Typenzwang, sondern durch das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB) gezogen, doch erschien dies im ausgehenden 19. Jahrhundert als schonendere Variante gegenüber den Noterbrechten der romanischen Tradition.⁸ Die Testierfreiheit des BGB ist als *Beherrschungsfreiheit* angelegt worden. Einflussnahmen auf den Bedachten wurden eher günstig beurteilt und prinzipiell zugelassen: Das BGB hat aus dem gemeinen Recht das Institut der Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) übernommen⁹ und auf diese Weise eine weitgehende Überwachung des Erben durch die vom Erblasser eingesetzte Vertrauensperson ermöglicht.¹⁰ Zugleich hat sich das BGB für die generelle Zulässigkeit bedingter Zuwendungen entschieden (vgl. §§ 2074, 2075 BGB). Die Regel des römischen

Schmoeckel, Das Recht des Erben – Sittenwidrigkeit, aufgrund unzumutbaren Drucks auf den benannten Erben, in: Schmoeckel (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, S. 140 ff.; *Smid*, Rechtliche Schranken der Testierfreiheit aus § 138 I BGB, NJW 1990, 409 ff.; *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, 1973; *Westermann*, Der strafende und disziplinierende Erblasser, FS für Wiegand, 2005, S. 661 ff. Aus dem Kreis der Dissertationen siehe nur *Sasse*, Grenzen der Vermögensperpetuierung bei Verfügungen durch den Erblasser (Diss. Berlin) 1996; *Führ*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Testierfreiheit unter besonderer Berücksichtigung letztwilliger Potestativbedingungen (Diss. München) 2007; *von Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen (Diss. Passau) 2009; *Kellenter*, Bedingte Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch ein Beitrag zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen (Diss. Bayreuth) 1989.

⁷ Siehe nur *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die Gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 30 ff., 153 f.

⁸ Zur Diskussion bei den Vorarbeiten zum BGB *Mertens* (Fn. 7), S. 89 ff.; zu den aktuellen Noterbrechten im romanischen Rechtskreis siehe die Länderberichte von *Gresser* (Frankreich), *Arroyo* (Spanien) und *Pintens* (Belgien) in Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 215 ff., 227 ff., 257 ff.

⁹ Zur Entstehungsgeschichte *Kipp/Coing* (Fn. 2), § 66 I.

¹⁰ Anders bis zur Erbrechtsreform aus dem Jahr 2007 (Loi n° 2006–728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, in Kraft getreten am 1.1.2007) das französische Recht und die davon beeinflussten Rechtsordnungen; für einen Überblick siehe *Dutta*, Testamentsvollstreckung, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Fn. 1); *Zimmermann*, Heres Fiduciarius? – Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: Helmholz/ders. (Hrsg.), *Itinera Fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*, 1998, S. 267 ff.

Rechts *semel heres, semper heres*¹¹ wurde damit endgültig überwunden. Auch die ausdrückliche Zulassung einzelner Bedingungen, etwa nach dem Vorbild von § 700 S. 3 ABGB¹², schien entbehrlich.¹³

Die Grenzen, die das BGB solchen weitergehenden Gestaltungsinteressen gezogen hat, sind nicht inhaltlicher, sondern formaler Art. Die vordringlichere Sorge galt überlanger Vermögensbindung.¹⁴ Zwar wurde die Entscheidung über den Fortbestand der Familienfideikommissе zunächst den Landesgesetzgebern übertragen.¹⁵ In das BGB übernommen wurde aber die fideikommissarische Substitution in Gestalt der Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB). Es wurde lediglich die Dauer der Substitution auf 30 Jahre begrenzt (§ 2109 BGB).¹⁶ Die Frage nach unzulässiger „Herrschaft aus dem Grabe“ wurde damit – ganz im Stil der zunächst auf Rechtseinheit und Rechtsklarheit bedachten Kodifikation – formal, durch zeitliche Begrenzung entschieden (siehe auch §§ 2044 Abs. 2 S. 1, 2162, 2210 BGB).¹⁷ Die eher günstige Beurteilung postmortaler Herrschaft im Erbrecht steht im Übrigen im Einklang mit der damals geradezu vorausschauenden Entscheidung, auch die Wirksamkeit von Willenserklärungen, Vollmachten und Aufträgen weder mit dem Tod noch mit dem Eintritt von Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden erlöschen zu lassen (§§ 130 Abs. 2, 168, 672 BGB).¹⁸ Sollten die Verfasser des BGB ein Unbehagen gegenüber Beherrschung der Lebenden durch den Erblasser gespürt haben, ist diese Sorge jedenfalls nicht in den Text des BGB und die erbrechtlichen Institutionen und Instrumente eingegangen.

¹¹ Nach der Regel „einmal Erbe, immer Erbe“ wurde die auflösende Bedingung als unzulässig angesehen (Gai. D. 28, 5, 89); näher *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. 2008, § 68 Rn. 8.

¹² § 700 ABGB: „Die Bedingung, dass der Erbe oder der Legatar sich, selbst nach erreichter Volljährigkeit nicht verehelichen solle, ist als nicht beygesetzt anzusehen. Nur eine verwitwete Person muss, wenn sie ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen. Die Bedingung, dass der Erbe oder Legatar eine bestimmte Person nicht heirathe, kann gültig auferlegt werden.“

¹³ Mot. V, 11 f.

¹⁴ *Mertens* (Fn. 7), S. 131 ff.

¹⁵ Näher *Mertens* (Fn. 7), S. 139 ff.

¹⁶ Anders noch Prot. I, S. 9162, 9163, 9165 (570. Sitzung vom 6. 9. 1886), §§ 1812, 1813 E I.

¹⁷ Die Gegenposition nahm der französische Gesetzgeber mit dem grundsätzlichen Verbot der Vor- und Nacherbschaft ein (Art. 896 C.c. a.F.), inzwischen aber gelockert durch Zulassung von *libéralités graduelles* und *résiduelles* (Art. 1048 ff. C.c. i.d.F. seit dem 1.1.2007 [Fn. 10]); für einen Überblick siehe *Dutta*, Vor- und Nacherbschaft, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Fn. 1).

¹⁸ Anders insbesondere die Tradition des romanischen Rechtskreises, siehe Art. 2003 frz. C.c., Art. 2003 Abs. 4 belg. C.c. sowie Art. 1389 ital. C.c.

2. Entwicklungslinien der richterlichen Schutzgewähr

Indem das BGB auf inhaltliche Grenzziehungen verzichtete, wurde die Abgrenzung zwischen zulässigem Freiheitsgebrauch und unzulässiger Herrschaft zur Aufgabe der Rechtsprechung. Der dabei eingeschlagene Weg – eine auf § 138 BGB gestützte Inhaltskontrolle – prägt die Diskussion über die immanen Grenzen der Testierfreiheit bis heute.

a) Moralisierung

Die Rechtsprechung der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts stand in der Tradition des gemeinrechtlichen¹⁹ Satzes, es dürfe nicht durch Inaussichtstellen von Vermögensvorteilen oder Vermögensnachteilen auf die Freiheit des Entschlusses in Fragen eingewirkt werden, in welchen der Mensch „sich durch äußere Motive nicht soll bestimmen lassen“. ²⁰ Gewissensentscheidungen sollen nicht käuflich sein, so die dahinter stehende Vorstellung. Allerdings sollte dies nicht ausnahmslos gelten. Bereits das römische Recht hielt aus bevölkerungspolitischen Gründen die Heiratsbedingung für zulässig.²¹ § 138 BGB wurde für ähnliche Differenzierungen geöffnet. Es seien Fälle denkbar, „in denen die Beweggründe des Erblassers ... so achtenswert und ehrenhaft seien, dass ... dann der Gesamtcharakter der Verfügung nicht gegen die guten Sitten verstoße.“²² Diese moralisierende Rechtsprechung fand ihren deutlichsten Ausdruck in der Beurteilung sog. Geliebtentestamente.²³ Über § 138 BGB wurde die gesetzliche Erbfolge wieder hergestellt. Damit erfüllte die Sittenwidrigkeitskontrolle Funktionen, die der *querela inoffiziosi testamenti* des klassischen römischen Rechts²⁴ entsprach.

¹⁹ Puchta, Vorlesungen über das heutige Römische Recht, Bd. I, 5. Aufl. 1862, S. 137; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906 (Nachdruck 1963), Bd. I, S. 492, Bd. III, S. 272.

²⁰ BGH FamRZ 1956, 130 f. unter Hinweis auf OLG Rostock (1890) SeuffArch 49 Nr. 4 – Zuwendung eines Wohnhauses an die Haushälterin unter der Bedingung, dass sie nicht heirate; BayObLG (1894), SeuffArch 50 Nr. 97 – Vermächtnis eines Pfarrers an den Neffen unter der Bedingung, dass er in den geistlichen Stand eintrete.

²¹ Vgl. Keuk FamRZ 1972, 9, 10 unter Hinweis auf D 35, 1, 22; zu den augustinischen Ehegesetzen Kaser/Knütel (Fn. 11), § 58 Rn. 25 ff.

²² OLG Celle, Urt. v. 5. 4. 1955 nach BGH FamRZ 1956, 130; siehe auch KG, Urt. v. 5. 5. 1938, JFG 17, 306 („achtungswürdige Gründe“).

²³ Aufgearbeitet bei Karow, Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht (Diss. Kiel) 1997; Falk, Zur Sittenwidrigkeit von Testamenten, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 451 ff.

²⁴ Näher Zimmermann, Die Erbfolge gegen das Testament im römischen Recht, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 97 (103 ff.); Paulus, Ver-

b) Verrechtlichte Motivbewertungen

Beginnend mit den 1970er Jahren zeichnete sich eine Verrechtlichung der richterlichen Abgrenzung von Testierfreiheit und Testiermacht ab.²⁵ Zunächst änderte sich die Bewertung außerehelicher bzw. „ehebrecherischer“ Beziehungen.²⁶ Später kam die Einsicht hinzu, dass § 138 BGB den Richter nicht berechtige, die Auswirkungen einer letztwilligen Verfügung an seinen eigenen Gerechtigkeitsvorstellungen zu messen und den Willen des Erblassers zu korrigieren.²⁷ Die Sittenwidrigkeitskontrolle blieb zwar eine Inhalts- und Motivkontrolle, wurde aber auf die Verwirklichung ungeschriebener Verbotsgesetze reduziert.²⁸ Diese Verrechtlichung war zugleich eine *Vergrundrechtlichung*: Maßgeblicher Bezugspunkt sind die Grundrechte geworden.²⁹

Diese Entwicklung begünstigte auch die Anerkennung letztwilliger Bedingungen und Auflagen.³⁰ Prominentestes Beispiel ist die Billigung der Erbunfähigkeitsklausel bei nicht ebenbürtiger Ehe. Der BGH sah darin keinen „schweren Eingriff“ in die höchstpersönliche Entscheidungsfreiheit.³¹ Der Anteil, den Motivbewertungen dabei hatten, lässt sich nur vermuten.³² In den Augen des BVerfG hatte es sich der BGH in dieser Angelegenheit allerdings zu leicht gemacht. Es hob die Entscheidung auf, da der BGH nicht hinreichend geprüft habe, ob die Ebenbürtigkeitsklausel geeignet war, auf den Beschwerdeführer einen für diesen *unzumutbaren Druck* bei der Eingehung der Ehe zu erzeugen.³³ Dies bedeutet eine Wiederkehr der Motivbewertung. Im

rechtlichung der Familienbeziehungen in der Zeit der ausgehenden Republik und ihr Einfluss auf die Testierfreiheit, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* Bd. 111 (1994), 425 ff.

²⁵ Siehe nur *Leipold*, Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: FG 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 1011 ff.

²⁶ BGHZ 53, 369, 377 ff. – Geliebtentestament.

²⁷ BGHZ 140, 118, 129 – Hohenzollern.

²⁸ Besonders deutlich BGHZ 123, 368, 377 f. – Behindertentestament; zusammenfassend *Smid* NJW 1990, 409, 413 f.; *Leipold* (Fn. 25), S. 1011, 1029 ff.

²⁹ Näher *Leipold* (Fn. 25), S. 1011, 1039 ff.

³⁰ Siehe nur OLG München ZEV 2007, 582 – auflösende Bedingung, dass die Vorerben persönlich haftende Gesellschafter werden; OLG Hamm ZEV 2006, 167 – Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, die den Eintritt der Nacherbfolge u.a. an die Bedingung knüpft, dass der Sohn Pflichtteilsansprüche geltend macht; BayObLG DNotZ 2001, 138 – Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung, die den Eintritt der Nacherbfolge daran knüpft, dass die Vorerbin eine andere Person in ein zum Nachlass gehörendes Anwesen einlässt.

³¹ BGHZ 140, 118, 128 ff. – Hohenzollern; anders die Vorinstanz OLG Stuttgart FamRZ 1998, 260 ff.

³² In diese Richtung auch *Leipold* LM § 138 BGB Nr. 30 (H. 6/1999 Bl. 1012); *ders.* (Fn. 25), S. 1011, 1043 f.

³³ BVerfG NJW 2004, 2008 ff. – Hohenzollern.

Schrifttum wurden solche Druck-Formeln seit Längerem favorisiert. Entscheidend sei, ob der Erblasser „unwiderstehlichen“³⁴, „ungerechtfertigten“³⁵, „massiven mittelbaren“³⁶ Druck auf den Bedachten auszuüben versucht, wobei ein „achtenswertes“ Motiv den Testator regelmäßig entlastet: Der Bedachte wird als weniger schutzwürdig angesehen, wenn die mit der Verfügung verbundene Beeinträchtigung aufgrund der Bedingung oder Auflage „sachgerecht“ oder „vernünftig“ erscheint.³⁷ Zum Teil wird auch angenommen, Bedingungen bezogen auf die persönliche Lebensgestaltung (Eheschließung, Religion, Lebensführung) seien stets unzulässig, weil der Erblasser kein anerkanntes Interesse an nichtvermögensmäßigen Bedingungen haben könne.³⁸

Es liegt auf der Hand, dass Inhalts- und Motivbewertungen, mögen sie auch noch so verrechtlicht sein, mit inhaltlichen Unsicherheiten verbunden sind. Ein gewisser Konsens dürfte derzeit allenfalls über die Unzulässigkeit von Konfessionsklauseln bestehen.³⁹ Ansonsten wird gefragt, ob die Bedingung „einer vernünftigen Sorge für die sinnvolle Nutzung und Bewahrung des Vermögens entspringt“⁴⁰, ob sie an Verhaltensweisen anknüpft, die „einer sittlichen Pflicht entspricht“⁴¹ oder ob sie „Versorgungsgründe“⁴² hat. Auch eine klare Unterscheidung zwischen vermögensbezogenen und nichtvermögensbezogenen Bedingungen fällt schwer.⁴³ Auf den ersten Blick ist jede Ver-

³⁴ Thielmann (Fn. 6), S. 122 ff.; ähnlich Kellenter (Fn. 6), S. 76, 84, der bei unwiderstehlichem Druck Sittenwidrigkeit vermutet; ihm folgend Michalski, BGB-Erbrecht, 3. Aufl. 2006, Rn. 439.

³⁵ Staudinger/Otte (Neubearbeitung 2003), § 2074 Rn. 31; ders. ZEV 2004, 393, 397 f.; ders., ErbR 2009, 2, 6; Lange/Kuchinke, 5. Aufl. 2001, § 27 VI 2; Michalski (Fn. 34), Rn. 439; Paal JZ 2005, 436, 440 ff.

³⁶ MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl. 2004, § 2074 Rn. 18.

³⁷ Siehe nur Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 2075 Rn. 5: Sittenwidrigkeit ergebe sich insbesondere aus dem vom Erblasser verfolgten Zweck.

³⁸ Keuk FamRZ 1972, 9, 14 f.; ähnlich später Schlüter (Fn. 6), S. 575, 580 ff. und von Schrenck-Nortzing (Fn. 6), S. 67 ff.: Darin liege ein institutioneller Missbrauch der Testierfreiheit.

³⁹ MünchKommBGB/Leipold (Fn. 36), § 2074 Rn. 24; Soergel/Loritz, 13. Aufl. 2003, § 2074 Rn. 22; Staudinger/Otte (Fn. 35), § 2074 Rn. 49 f.; Keuk FamRZ 1972, 9, 14 f.

⁴⁰ MünchKommBGB/Leipold (Fn. 36), § 2074 Rn. 22.

⁴¹ Staudinger/Otte (Fn. 35), § 2074 Rn. 52.

⁴² Z.B. wenn die Zuwendung auflösend bedingt ist durch eine Heirat; für Wirksamkeit dieser Bedingung etwa Soergel/Loritz (Fn. 39), § 2074 Rn. 26; Paal JZ 2005, 436, 440; Michalski (Fn. 34), Rn. 442.

⁴³ Dies lässt sich u.a. an dem der Hohenzollern-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ablesen. Geht man etwa mit Erman/M. Schmidt, 12. Aufl. 2008, § 2074 Rn. 6 davon aus, dass auch die Motive der Eheschließung finanzieller Natur sein kön-

fügung von Todes wegen eine Regelung der Vermögensverhältnisse und damit vermögensbezogen.⁴⁴ Aktueller Zweifelspunkt ist die Beurteilung von Wiederverheiratursklauseln. Wer sie eher als Vermögensordnung zugunsten der Abkömmlinge ansieht, hat weniger Bedenken an ihrer Zulässigkeit;⁴⁵ wer die Auswirkungen auf die Eheschließungsfreiheit in den Vordergrund stellt, sieht darin eher missbräuchliche Testiermacht.⁴⁶ Die Kautelarpraxis hat daraus die nahe liegende Konsequenz gezogen und empfiehlt nun dem Erblasser, seine Motivationslage in der Verfügung ausführlich darzulegen.⁴⁷

c) Die Gegenthese: Grenzenlose Testierfreiheit

Bislang ging es immer nur um die Frage, an welchem Punkt Testierfreiheit in unzulässige Testiermacht umschlägt. Die Frage nach dem „ob“ ist erst in jüngerer Zeit gestellt worden. Nun mehren sich die Zweifel an der unausgesprochen vorausgesetzten Schutzbedürftigkeit des Erben: Die Aussicht, Erbe zu werden, sei bloße Hoffnung ohne Rechtsanspruch. Jenseits des Pflichtteilsrechts bestehe kein Anspruch auf eine erbrechtliche Zuwendung. Testamentarische Verknüpfungen seien daher nur Beschränkungen überobligater Zuwendungen⁴⁸ oder Angebote ohne Eingriffscharakter.⁴⁹ Jede andere Bewertung übertrage in unzulässiger Weise Erwägungen des lebzeitigen Austauschvertrags auf die Bewertung letztwilliger Verfügungen.⁵⁰ Dieser Perspektivenwechsel ist schon deshalb fruchtbar, weil er dazu zwingt, sich über die innere Legitimation des Machtschutzes zu vergewissern (dazu sogleich 3.). Denn man wird sich nicht mit dem Einwand begnügen können, bei dieser Be-

nen, wird man Heiratsbedingungen auch als vermögensmäßige und daher zulässige Bedingungen einschätzen können.

⁴⁴ Wie hier *Leipold* LM § 138 BGB Nr. 30.

⁴⁵ *Leipold*, ErbR 17. Aufl. 2009, Rn. 449: „dienen dem berechtigten Anliegen, die Erbregelung an die veränderten Gegebenheiten anzupassen“; für Zulässigkeit auch *Keuk* FamRZ 1972, 9, 13 f.; *Thielmann* (Fn. 6), S. 257 ff.; *von Schrenck/Nortzing* (Fn. 6), S. 116 ff.; MünchKommBGB/*Musielak*, 4. Aufl. 2004, § 2269 Rn. 47; *Buchholz*, Erbfolge und Wiederverheiratung, 1986, S. 62 f.

⁴⁶ *Staudinger/Otte* (Fn. 35), § 2074 Rn. 44: unzulässig, wenn der Ehegatte über das zur Sicherung des Nachlasses für die Abkömmlinge des Erblassers erforderliche Maß hinaus belastet wird; genauso *Erman/M. Schmidt* (Fn. 43), § 2074 Rn. 6.

⁴⁷ *Scheuren-Brandes* Wiederverheiratursklauseln nach der Hohenzollern-Entscheidung – Handlungsbedarf für die Gestaltungspraxis?, ZEV 2005, 185, 187 f.; *Adam*, Möglichkeiten und Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln, MDR 2007, 68, 70.

⁴⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff (Diss. München) 2001, S. 208 f.; *ders.*, Der Erbe und seine Freiheit, NJW 2004, 2347, 2348; *Muscheler* ZEV 1999, 151, 152.

⁴⁹ *Gutmann* (Fn. 48), S. 207 ff., 227 ff.; *Muscheler* ZEV 1999, 151, 152.

⁵⁰ *Kroppenberg* DNotZ 2006, 86, 103 ff.

trachtungsweise handle sich um „hohles Pathos“⁵¹ und es bleibe „die Lebenswirklichkeit auf der Strecke“⁵².

3. Begründung und Begrenzung der richterlichen Schutzgewähr

Wer die Testierfreiheit begrenzt, um Testiermacht zu verhindern, kann damit unterschiedliche Anliegen verfolgen. Es kann der Schutz des Bedachten vor übermächtiger Beherrschung im Vordergrund stehen (*individualschützendes* Anliegen), oder es können inhaltliche Bedenken an bestimmten Formen und Zielen von Verhaltenslenkung den Ausschlag geben (*ordnungspolitisches* Anliegen). Die liberale Grundanlage des BGB-Erbrechts⁵³ und der Grundrechtsgehalt der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)⁵⁴ legen richterlicher Schutzgewähr allerdings Rechtfertigungslasten auf. Für die damit erforderliche Aufdeckung der *immanenten Grenzen* der Testierfreiheit kann auf Konzepte zurückgegriffen werden, die sich für die Austarierung von Freiheit und Macht bei der lebzeitigen Privatautonomie als grundrechtskonform und aussagekräftig erwiesen haben.

a) Materialisierungen

Für die Vertragsfreiheit wird die Wandlung von einem rein formalen Verständnis zu einem stärker materialen Verständnis zu den zentralen Entwicklungstendenzen des Privatrechts gezählt.⁵⁵ Die dahinter stehende Einsicht ist freilich so neu nicht, sondern mit dem Gedanken von Autonomie untrennbar verbunden: Der erklärte Wille genügt nicht immer, um eine autonome Entscheidung zu begründen.⁵⁶ Daher gewährt das BGB seit jeher Anfechtungsrechte (§§ 119 ff. BGB) und knüpft die Wirksamkeit von Willenserklärungen an die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB). Hinzugekommen ist aber die Sen-

⁵¹ *Staudinger/Otte* (Fn. 35), § 2074 Rn. 31c.

⁵² *MünchKommBGB/Leipold* (Fn. 36) § 2074 Rn. 19.

⁵³ Siehe oben, II. 1.

⁵⁴ BVerfGE 112, 332, 348 – Pflichtteilsrecht; 99, 341, 450 f. – Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testierung; 91, 346, 358 – Hofnachfolge.

⁵⁵ Siehe nur *Reuter AcP* 189 (1989), 199 ff. sowie *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), 273 ff.; *Hofer*, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit (Diss. Erlangen-Nürnberg) 2000; *G.-P. Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie, *JbZivRWiss* 1995, 39 ff.; *Ch. Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (Diss. München), 2005.

⁵⁶ Etwa *Reuter AcP* 189 (1989), 199, 217 ff.; zum Folgenden *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 59 ff.

sibilität für die Wirksamkeit „weicherer“ Machtmechanismen: Autonomie hat differenziertere Funktionsvoraussetzungen.⁵⁷ Daraus resultieren grundrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung, wie sie das BVerfG für die Vertragsfreiheit bereits verdeutlicht hat: Die Zivilrechtsordnung muss Korrekturen ermöglichen, wenn Verträge aufgrund struktureller Unterlegenheit eines Vertragsteils nicht Ausdruck von Selbstbestimmung, sondern von Fremdbestimmung sind.⁵⁸ Mit der Anknüpfung an die Verhandlungsmacht⁵⁹ hat das BVerfG den grundrechtlichen Auftrag an gesetzliche und richterliche Schutzgewähr sowohl begründet als auch begrenzt: Es geht um die Gewährleistung der Entschließungsfreiheit durch Kontrolle der Entschließungsbedingungen (prozedurale Abschlusskontrolle).

b) Schutz vor Testiermacht als Schutz von Entschließungsfreiheit

Die vom BVerfG mit der Privatautonomie vorgegebene Einsicht in situative Schutzbedürfnisse bei der Ausübung privatrechtlicher Entschließungsfreiheit legt den zentralen Bezugspunkt für die Ausbalancierung von Testierfreiheit und Testiermacht frei. Die immanenten Grenzen der Testierfreiheit sind dort zu ziehen, wo letztwillige Verfügungen aufgrund strukturell ungleicher Machtverhältnisse in Fremdbestimmung des Erben umschlagen. Diese Einsicht verlagert die Anforderungen an richterliche Schutzgewähr: Die herkömmlich praktizierte Motiv- und Inhaltskontrolle geht an dem eigentlichen Schutzbedürfnis des Erben – seiner Entschließungsfreiheit – vorbei. Hierzu bedarf es vielmehr einer *Abschlusskontrolle*.

Wie im Folgenden zu zeigen ist, stehen dieser Weiterführung von vertragsrechtlichen Einsichten auf das Verhältnis von Testator und Bedachtem weder perspektivische Unterschiede (unten aa) noch unterschiedliche kommunikative Konzepte entgegen (unten bb). Vielmehr lassen sich im Erbgeschehen Machtstrukturen ausmachen, die ähnlich wie im Verhältnis lebzeitiger Vertragspartner in Ausnahmefällen zu struktureller Unterlegenheit und einem daraus resultierenden Schutzbedürfnis führen können (unten cc). Für eine über diesen Individualschutz hinausgehende, mit ordnungspolitischen Anliegen erklärable Inhalts- und Motivkontrolle besteht neben dem Pflichtteilsrecht kein Bedürfnis (unten c).

⁵⁷ Siehe nur *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 215 ff.; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 88 ff.

⁵⁸ BVerfGE 89, 214, 232 – Bürgschaft; 103, 89, 100 ff. – Ehevertrag; näher *Bumke* (Fn. 56), S. 59 ff.

⁵⁹ Insbesondere basierend auf den Konzepten von *Fastrich* (Fn. 57) sowie *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982; zu den Vorzügen dieses prozeduralen Materialisierungsverständnisses *Canaris* AcP 200 (2000), 275 ff.

aa) Perspektivische Unterschiede?

Sowohl die Ausführungen des BVerfG in der Hohenzollern-Entscheidung als auch die herkömmlichen Druck-Theorien lassen sich als Versuche lesen, den Freiheitsraum des Erben auch gegen „weichere“ Beeinträchtigungen der Entschließungsfreiheit zu schützen.⁶⁰ Allerdings unterscheiden sich die Blickwinkel: Während die Angehörigenbürgschaft als unwirksam im Hinblick auf die Vertragsfreiheit des Bürgen – und nicht im Hinblick auf sein Eigentumsrecht – angesehen wurde, werden letztwillige Verfügungen daran gemessen, ob sie zu Beeinträchtigungen der Eheschließungs- oder der Gewissensfreiheit führen.⁶¹ Diese hergebrachten perspektivischen Unterschiede dürften entscheidend dazu beigetragen haben, dass dem Schutz vor Testiermacht noch immer etwas Disparates und Apokryphes gegenüber dem Schutz vor Vertragsmacht anhaftet. Auch mag insbesondere die Eheschließungsfreiheit zunächst als griffigerer, beachtlicherer Einwand gegen die Testierfreiheit erschienen sein, zumal dies auch die überlieferte Perspektive des römischen und des gemeinen Rechts war.⁶²

Mit der Einsicht in die materialen Gehalte der Privatautonomie besteht allerdings kein Grund mehr für diese perspektivischen Unterschiede. Die gedankliche Folie von widerstreitender Privatautonomie passt auch für das Verhältnis von Erblasser und Erbe: Sowohl die Testierfreiheit des Erblassers als auch die Freiheit des Bedachten im Umgang mit der Zuwendung sind *Facetten von Privatautonomie*.⁶³ Damit ist nicht vereinbar, dass der Privatautonomie bei lebzeitigen Rechtsgeschäften „nur“ die Privatautonomie des anderen Teils gegenüber stehen soll, während die Freiheitssphäre des Bedachten bei letztwilligen Verfügungen etwa durch die Eheschließungsfreiheit garantiert ist. Der Bürge ist nicht deshalb schutzwürdig, *weil* er mit dem Hauptschuldner verheiratet ist (mittelbarer Schutz der Eheschließungsfreiheit), sondern er ist

⁶⁰ Dass „Druck“ keine zivilrechtliche Kategorie sei und die Freiheit der Willensbildung nur gegen Täuschung und Drohung geschützt werde (so zuletzt *Kroppenberg* ZEV 2007, 582), ist für die Privatrechtsordnung insgesamt wohl nur als Postulat, nicht als Feststellung haltbar.

⁶¹ Mit derselben Perspektive auch *Gutmann* (Fn. 48), S. 226 ff.

⁶² Dazu bereits oben, II. 2. a.

⁶³ Das BVerfG sieht in der Testierfreiheit ein Funktionsäquivalent der Privatautonomie (BVerfGE 112, 332, 348 f. – Pflichtteilsrecht; 99, 341, 350 f. – Testiermöglichkeit sprech- und schreibunfähiger Personen) und stellt die Erbenfreiheit wiederum der Testierfreiheit gleich (BVerfGE 112, 332, 349: „Dem Recht des Erblassers zu vererben, das durch die Testierfreiheit geschützt ist, entspricht das Recht des Erben, kraft Erbfolge zu erwerben“); dazu nun *Kroppenberg* (Fn. 6), S. 166 ff., 210 ff., die für eine Verankerung der privatautonomen Gehalte von Testier- und Erbenfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG plädiert.

schutzwürdig, *wenn* er aufgrund seiner personalen Verbundenheit mit dem Hauptschuldner nicht in der Lage ist, hinreichend selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen (unmittelbarer Schutz der Privatautonomie). Diese Perspektive ist auch für die Abgrenzung von Erblasserfreiheit und Erbenfreiheit einzunehmen. Dafür spricht nicht nur die Chance, die Wissensbestände um die lebzeitige Privatautonomie weiterzuführen. Auch lassen sich auf diese Weise unbewusste Überhöhungen des Erbeninteresses vermeiden, weil die Grenze zwischen individualschützender und ordnungspolitischer Ausbalancierung von Testierfreiheit und Testiermacht sichtbarer bleibt.⁶⁴

bb) Unterschiedliche kommunikative Konzepte?

Allerdings muss die Aufdeckung der privatautonomen Gehalte von Testierfreiheit und Erwerbsrecht nicht bedeuten, dass damit auch alle Vertragsparadigmen auf den gewillkürten Erwerb von Todes wegen übertragbar sind. Dies wird insbesondere für die Sittenwidrigkeitskontrolle (§ 138 BGB) bezweifelt.⁶⁵ Der Vertrag sei typischerweise das Ergebnis eines Verhandlungsprozesses mit wechselseitiger Beeinflussbarkeit, während die letztwillige Verfügung auf einem diachronen, linearen Nacheinander einseitiger Akte – Errichtung und Annahme bzw. Ausschlagung – beruhe. Vertragsfreiheit und Testierfreiheit schützten daher, so *Kroppenberg*, unterschiedliche kommunikative Konzepte.⁶⁶

Dies ist als Beschreibung des äußeren Erklärungsgeschehens kaum angreifbar. Allerdings entscheidet auch bei lebzeitigen Rechtsgeschäften nicht die Art des Abschlusses – gleichzeitig oder sukzessiv, unter Anwesenden oder unter Abwesenden – über die Schutzbedürfnisse der Vertragspartner. Vielmehr geht es um die Einhegung von Gefahren, die auf generellen Ungleichgewichtslagen beruhen. Dass der Erbe im Zeitpunkt der Ausschlagung vom Erblasser nicht beherrscht werden kann, ist also nur insoweit richtig, als der Erblasser auf das äußere Erklärungsgeschehen nicht mehr (körperlich) einwirken kann. Beim *inneren* Erklärungsgeschehen, also der Entscheidung des Bedachten über die Annahme oder Ausschlagung des Zugedachten, können strukturelle Ungleichgewichtslagen aber in gleicher Weise weiterwirken und

⁶⁴ Werden Testierfreiheit und Testiermacht (nur) entlang der Entschließungsfreiheit des Bedachten ausbalanciert, verwirklicht sich darin allein das individualschützende Anliegen. Hingegen wird es sich bei der weiteren Einbeziehung nur mittelbar berührter Freiheiten (Eheschließungs-, Gewissensfreiheit etc.) nicht vermeiden lassen, dass über die inhaltliche Gewichtung der gegenüber stehenden Freiheiten Ordnungsvorstellungen verwirklicht werden.

⁶⁵ *Kroppenberg* DNotZ 2006, 86, 101 ff.; *dies.* (Fn. 6), S. 39 ff., 42 ff., 135 f.

⁶⁶ *Kroppenberg* DNotZ 2006, 86, 101 ff.

beherrschen, wie dies beim lebzeitigen Vertragsschluss möglich ist, dazu so gleich.

cc) Machtstrukturen im Erbgeschehen

Nun bleibt immer noch der Einwand, der Bedachte unterliege keinen relevanten Beeinflussungen und Beherrschungen, weil er frei darin sei auszusprechen, zumal es nur um Begünstigungen gehe. Daran ist richtig, dass im Regelfall kein Anlass besteht, die Qualität der Entscheidung, das Zugedachte nicht auszuschlagen, als selbstbestimmte Entscheidung anzuzweifeln.⁶⁷ Im Regelfall wird die mit der letztwilligen Verfügung verbundene Machtchance „neutralisiert“ durch das Ausschlagungsrisiko.⁶⁸

Allerdings sind auch im Erbgeschehen Machtstrukturen nachweisbar, die es in ähnlicher Weise wie lebzeitige Geschäfte anfällig für Beherrschungen und Fremdbestimmungen macht. Diese Machtstrukturen beruhen auf der *Bedeutsamkeit des erbrechtlichen Erwerbs in personalen Beziehungen*. Wer das Erbgeschehen auf einen unentgeltlichen Vermögenstransfer reduziert, übergeht die wirkmächtigen ideellen, identitätsprägenden und symbolischen Gehalte von Erben und Vererben in der Generationenbeziehung.⁶⁹ Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse haben die Bedeutung von Erben und Vererben für das Beziehungserleben in der Familie herausgestellt; es erscheint nicht übertrieben, darin ein „Beziehungsidom“ mit hoher Symbolfunktion zu sehen, das über die ökonomischen Wirkungen weit hinausreicht.⁷⁰ Diese emotional-symbolischen Gehalte von Erben und Vererben in der Generationenbeziehung weisen auf ein besonderes Droh- und Druckpotential des Erblassers und eine damit korrespondierende Beherrschungsaффinität hin. Der Bedeutsamkeit der Entscheidung, wer zum Erben berufen und wer von der Erbfolge ausgeschlossen wird, entspricht die Bedeutsamkeit der Entscheidung des Erben, die Erbschaft mit allen Bedingungen und Auflagen anzunehmen oder sie auszuschlagen. Es handelt sich hierbei um zentrale Entscheidungen, die nachhal-

⁶⁷ In diese Richtung *Kroppenberg* (Fn. 6), S. 198 ff.

⁶⁸ Vgl. *Kroppenberg* (Fn. 6), S. 200.

⁶⁹ *Lettke*, Vererbungsabsichten in unterschiedlichen Familienformen, in: *Lettke/Lange*, Generationen und Familien, 2007, S. 96 (105 f); *Langbein*, Geerbte Dinge. Soziale Praxis und symbolische Bedeutung des Erbens, 2002; *Kohli/Künemund*, Intergenerational transfers in the family: What motivates giving?, in: *Bengtson/Lowenstein* (Hrsg.), *Global aging and challenges to families*, New York 2003, S. 123 ff.; *Lüscher*, Erben und Vererben, in: *Lettke* (Hrsg.), *Erben und Vererben. Gestaltung und Regulation von Generationenbeziehungen*, 2003, S. 125 ff.

⁷⁰ *Lauterbach/Lüscher*, Erben und die Verbundenheit der Lebensläufe von Familienmitgliedern, *KZfSS* 1996, 66 ff.

tigen Einfluss auf das Identitätsempfinden, die Interpretation des Beziehungserlebens und den weiteren Lebensverlauf haben.

Macht sich der Erblasser diese besondere Bedeutsamkeit des Erbgeschehens zunutze, um den Erben über seinen Tod hinaus zu bestimmen, so kann sich der Erbe in einer Situation befinden, die derjenigen des „überforderten“ Bürgen vergleichbar ist. Die personale Bedeutsamkeit des Erbgeschehens bleibt unbeachtlich, solange der Erblasser von dem Erben „nichts will“. Anders sieht es aber aus bei den hier interessierenden Verfügungen, die nicht nur begünstigen, sondern zugleich Verhaltenserwartungen sanktionieren und insbesondere durch Bedingungen und Auflagen einen „goldenen Käfig“ errichten (sog. ambivalente oder *doppeldentige* Verfügungen). Hier kann der Erbe aufgrund der personalen Bedeutsamkeit des Erbgeschehens in einer Situation sein, in der es ihm nicht möglich ist, hinreichend selbstbestimmt darüber zu entscheiden, ob er in den „goldenen Käfig“ eintreten und sich dem Bedingungsregime stellen möchte oder nicht. Hinzu kommt, dass die Ausschlagung ohnehin schwerer fällt als die Annahme. Die gesetzliche Ausgestaltung des Ausschlagungsrechts hat einen „faktischen Sog in die Annahme“⁷¹ zur Folge.⁷² Dies wiegt besonders schwer in personalen Beziehungen. Denn die Ausschlagung stellt die letzte Haltung gegenüber dem Erblasser dar. Wer das Erbe ausschlägt, sagt nicht einfach „nein“ zu einem Vertragsangebot, sondern lehnt die Rechtsnachfolge ab. Dies ist eine rechtlich ungleich bedeutungsvollere Entscheidung (§§ 1922, 1967 BGB) und wird auch von den Betroffenen und dem sozialen Umfeld anders als das Scheitern eines Vertragsschlusses wahrgenommen. Mit zunehmender Personalität der Beziehung von Erblasser und Erbe, insbesondere mit der *Ambivalenz* von Generationenverhältnissen als Orten von Nähe und Macht⁷³ können Überforderungen entstehen, die auf strukturelle Machtungleichgewichte hinweisen und die Entschließungsfreiheit des Erben gefährden.

⁷¹ *Muscheler*, *Universalsukzession und Vonselbsterwerb*, 2002, S. 166 ff.

⁷² Dies beruht abermals darauf, dass der Gesetzgeber Annahme und Ausschlagung nicht als zwei völlig gleichwertig nebeneinander stehende Alternativen gestaltet hat: Die Annahme ist gesetzliches Leitbild und faktischer Regelfall, die Ausschlagung daher mehr „Auflehnung“ als nur „Ablehnung eines Angebots“. Dies spricht für eine Stärkung des Ausschlagungsrechts, u.a. durch Auflockerung der starren Fristen. Es sollte das Ziel einer gesetzlichen Regelung sein, den faktischen Annahmedruck zu reduzieren, um zumindest in zeitlicher Hinsicht überlegtere Entscheidungen zu ermöglichen; dazu demnächst *Röthel*, *Gutachten A für den 68. DJT* 2010.

⁷³ Zum Konzept der Ambivalenz als Deutung von Generationenbeziehungen *Pillemer/Lüscher* (Hrsg.), *Intergenerational ambivalences: New perspectives on parent-child relations in later life*, Oxford 2004; *Pillemer/Müller-Johnson*, *Generationenambivalenzen*, in: *Lettke/Lange* (Hrsg.), *Generationen und Familien*, 2007, S. 130 ff.

dd) Zwischenergebnis

Das Erbgeschehen kann in ähnlicher Weise wie der Abschluss eines Vertrags zu einem Ort strukturellen Machtungleichgewichts werden. Strukturelle Machtungleichgewichte im Erbgeschehen beruhen auf der Bedeutsamkeit und der Ambivalenz von Erben und Vererben in Generationenbeziehungen. Der Erbe kann aufgrund der personalen Prägung des Erbgeschehens – in ähnlicher Weise wie der emotional eingeeengte Bürge – durch doppeldeutige Verfügungen in Zwänge geraten, die seine rechtliche Entscheidungsfreiheit faktisch einengen. In solchen strukturellen Ungleichgewichtslagen kann sich die Ausschlagungsfreiheit für den Erben zur theoretischen Option reduzieren, weil er sich emotional gebunden und moralisch dem Erblasser verpflichtet fühlt. Muss der Erblasser nicht befürchten, dass der Erbe ausschlägt und sich auf diese Weise seinem Beherrschungsregime entzieht, fehlt der Testierfreiheit ihr Gegengewicht. Ein Erbrecht, das solche Wahrnehmung der Testierfreiheit unbesehen zulässt, würde seine Aufgabe in ähnlicher Weise verfehlen wie ein Vertragsrecht, das Verträge als wirksam anerkennt, die auf strukturellem Machtungleichgewicht beruhen.

Die Rechtsordnung muss zum Schutz der Erbenfreiheit Mechanismen vorsehen, um Entscheidungen, die nur vordergründig Ausdruck von Selbstbestimmung sind, ihre *belastende* Kraft zu nehmen.⁷⁴ Bedeutsam wird dies für alle *doppeldeutigen* Verfügungen, die nicht nur begünstigen, sondern zugleich Verhaltenserwartungen tradieren und dadurch belasten, insbesondere durch Bedingungen und Auflagen. Umgekehrt folgt daraus für die Testierfreiheit: Sie unterliegt denselben immanenten Grenzen wie die lebzeitige Privatautonomie. Die mit der Testierautonomie verbürgte Gestaltungschance endet dort, wo sie aufgrund strukturellen Machtungleichgewichts im Erbgeschehen nicht durch die Autonomie des Erben neutralisiert wird und infolgedessen *ungebrochen* in Herrschaft umschlagen kann. Dieses im Konzept der Autonomie wurzelnde Verständnis von Testierfreiheit und Erbenfreiheit ist dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Erbrechtsordnung vorgegeben.⁷⁵

c) Schutz vor Testiermacht als weitergehendes Ordnungsziel?

Es war das Anliegen der bisherigen Ausführungen, die Ausbalancierung von Testierfreiheit und Testiermacht entlang der Entschließungsfreiheit des Erben und damit allein individualschützend zu begründen. Diesem Anliegen genügt

⁷⁴ Zu den Rechtsfolgen noch unten, II. 5.

⁷⁵ Vgl. entsprechend zur Bedeutung der Autonomie als Ausgestaltungsdirektive der Vertragsordnung *Bumke* (Fn. 56), S. 59 ff.

eine Abschlusskontrolle. Inhalts- und Motivkontrollen gehen darüber hinaus und verwirklichen ordnungspolitische Anliegen, etwa die Verhinderung von „Käuflichkeit“ in Fragen persönlicher Lebensgestaltung. Um ein Beispiel zu geben: Geht es nur um den Schutz der Entschließungsfreiheit des Erben, ist die Erbeinsetzung der Nichte in das Familienvermögen unter der Bedingung, dass sie ihre lesbische Beziehung aufgibt, weder deshalb unbedenklich, weil sich der Testator eheliche, leibliche Nachkommen zur Fortführung des Familienunternehmens wünscht, noch deshalb bedenklich, weil er die sexuelle Orientierung der Nichte missbilligt. Motiv und Inhalt der vom Erblasser in Aussicht gestellten Vermögensordnung entscheiden nicht über die legitimatorische Qualität der Zustimmung der Nichte. Eine individualschützende Bestimmung unzulässiger Testiermacht wird nur danach fragen, ob die Nichte über die Annahme oder Ausschlagung unter Bedingungen entscheiden konnte, die ihre Entscheidung als selbstbestimmt erscheinen lassen.⁷⁶

Die Verwirklichung ordnungspolitischer Anliegen durch richterliche Inhalts- und Motivkontrollen muss nicht generell unzulässig sein. Sie begegnet aber schon mit Blick auf die Privatautonomie, das Demokratieprinzip und die Gebote der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (Art. 20 Abs. 3 GG) grundsätzlichen Bedenken. In diesem Sinne wird für die Vertragsfreiheit eindrücklich vor solchen Materialisierungstendenzen der *Vertragsgerechtigkeit* gewarnt: Sie ist mit hoher inhaltlicher Unsicherheit belastet und steht im Widerspruch zum Selbstverständnis einer pluralen, offenen Gesellschaft.⁷⁷ Diese Bedenken gelten gleichermaßen für die Inhalts- und Motivkontrolle von letztwilligen Verfügungen. Ob die verfügte Erbordnung insgesamt „gerecht“⁷⁸ ist, sollte richterlicher Entscheidung nicht überantwortet werden. Das soll nicht heißen, dass es nicht inhaltliche Vorstellungen über eine „gute Erbordnung“ geben kann. Dies zu gestalten und eindeutig vorzugeben ist allerdings eine mit Blick auf den Grundrechtsgehalt der Testierfreiheit *wesentliche* und daher dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehaltene Aufgabe.⁷⁹

Diese Aufgabe wird de lege lata durch das Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB) erfüllt. Es sollte als abschließende Beschreibung der inhaltlichen Mindestanforderungen verstanden werden, die die Rechtsordnung aus familiären Rücksichten an die postmortale Vermögensordnung stellt. Das Pflichtteilsrecht begrenzt und entlastet die richterliche Testamentskontrolle. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsprechung, eine „achtenswerte“ inhaltliche Vermögens-

⁷⁶ Zu Präzisierungen noch unten, II. 4.

⁷⁷ *Canaris AcP* 200 (2000), 273, 283 ff.

⁷⁸ In diese Richtung etwa *Kipp/Coing* (Fn. 2) § 16 III 1.

⁷⁹ Eindrücklich BGHZ 123, 368, 378 – Behindertentestament: Beschränkung der Sittenwidrigkeitskontrolle auf die Verwirklichung einer „klaren, deutlich umrissenen Wertung des Gesetzgebers oder allgemeiner Rechtsauffassung“.

ordnung herzustellen, sondern den Bedachten bei Beeinträchtigungen seiner Entschließungsfreiheit zu schützen. Der Bedachte wird nicht geschützt, *weil* ihn die Verfügung des Erblassers in subtile Gewissensbedrängnis bringt, sondern er wird geschützt, *wenn* er sich gegenüber dem Erblasser in einer Situation befindet, in der er die Gewissensbedrängnis nicht selbstbestimmt aufzulösen vermag. Dies wird nur in Extremsituationen der Fall sein.⁸⁰ Ansonsten muss sich die Rechtsordnung nicht dafür interessieren, ob eine mit der Zuwendung verbundene Belastung den Bedachten offensichtlich schreckt oder subtil versucht. Innerhalb der Grenzen des Pflichtteilsrechts und der sonstigen durch die Rechtsordnung gezogenen inhaltlichen Grenzen (§ 134 BGB)⁸¹ kann die Gestaltung der letztwilligen Vermögensordnung in die Hände von Erblasser und Bedachten gelegt werden. Es bleibt die Freiheit und die Aufgabe des Bedachten, seinen Freiheits- und Vermögensraum autonom zu gestalten, einschließlich der Entscheidung über den Antritt eines Erbes, das mit freiheitsbeschränkenden Verpflichtungen verknüpft ist und seine „Käuflichkeit“ auf die Probe stellt.⁸² Hier ist grundsätzlich jede Entscheidung „richtig“ und daher als wirksam anzuerkennen, die vom Bedachten im Zustand hinreichender Selbstbestimmung getroffen wurde. Es ist die Autonomie von Erblasser und Erbe, die die gewillkürte Erbordnung trägt und ihre Anerkennung verlangt.

d) Abgrenzungen

Die hier vorgeschlagene Begründung und Begrenzung richterlicher Schutzgewähr als Abschlusskontrolle zum Schutz der Entschließungsfreiheit des Erben mag auf den ersten Blick gewisse Entsprechungen in der „personfunktionalen Konzeption“ von *Goebel*⁸³ finden. Gegenüber der herrschenden Druck-Theorie nuanciert *Goebel* aber nur die Begründung, nicht Beurteilungsmaßstab und Ergebnis: Der Erblasser müsse „um Vermeidung eines Widerspruchs gegen sein eigenes Verhalten willen die Bedachten als Rechtsperson anerkennen“⁸⁴ und dürfe daher die Bedachten „in denjenigen Bereichen, die herkömmlich als Aus-

⁸⁰ Zu einem Beispiel siehe unten, II. 4 b.

⁸¹ Z.B. Erbeinsetzung unter der Bedingung, dass der Bedachte den X tötet.

⁸² Es gilt, die Freiheit des Entschlusses zu wahren, nicht eine moralisierende „Sittlichkeit“. Daher trägt „Käuflichkeit“ das Sittenwidrigkeitsurteil nur dann, wenn es mit einem Verlust an Entscheidungsfreiheit einhergeht; wie hier *Muscheler* ZEV 1999, 151, 152; *Gutmann* (Fn. 48), S. 216; generell eher vorsichtig auch *Jauernig/Jauernig*, 12. Aufl. 2007, § 138 Rn. 17; *MünchKommBGB/Armbrüster*, 5. Aufl. 2005, § 138 Rn. 57 ff.

⁸³ *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, 2004; *ders.*, Eheschließungsfreiheit und erbrechtliche Potestativbedingungen, *FamRZ* 1997, 656 ff.

⁸⁴ *Goebel* (Fn. 83), S. 317 ff., 325 ff.

druck einer freien persönlichen Entscheidung angesehen werden, nicht zu stark unter Druck setzen.“⁸⁵ Diese „interaktionistisch aufbereitete Druck-Theorie“⁸⁶ leidet damit unter denselben Schwächen wie die herkömmliche Druck-Theorie.⁸⁷ Mit der Figur der „Anerkennung“ hat *Goebel* aber den Blick dafür geöffnet, dass die Grenzlinien von Testierfreiheit und Testiermacht in den Besonderheiten des Verhältnisses von Erblasser und Erbe zu suchen sind.

Ähnliches gilt für die Auffassung von *Otte*, Testierfreiheit und Testiermacht entlang von Rücksichtnahmepflichten abzugrenzen, wie sie in § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB für Ehegatten und in § 1618a BGB für das Eltern-Kind-Verhältnis zur Rechtspflicht erhoben sind.⁸⁸ *Otte* rückt damit ebenfalls das persönliche Verhältnis von Erblasser und Erbe in den Mittelpunkt seiner Begründung. Allerdings bleibt der Hinweis auf Rücksichtnahmepflichten dem lebzeitigen Pflichtengefüge von Erblasser und Erbe verhaftet. Auch ist die Unterscheidungskraft dieses Erklärungsmodells begrenzt: Sie läuft darauf hinaus, die Sittenwidrigkeit einer Verfügung mit der Verletzung einer sittlichen Pflicht zu begründen. Dies trägt weder zur Legitimation der Wirksamkeitskontrolle noch zu ihrer Handhabung viel bei.

4. Präzisierungen

a) Strukturelles Machtungleichgewicht im Erbgeschehen

Das Umschlagen von Testierfreiheit in Testiermacht aufgrund strukturellen Machtungleichgewichts im Erbgeschehen wird auf Ausnahmesituationen beschränkt bleiben. Ein strukturelles Machtungleichgewicht setzt beherrschungsaffine personale Beziehungen voraus, wie sie am ehesten in Generationenbeziehungen, insbesondere im Verhältnis von Eltern zu ihren Kindern bestehen.⁸⁹ Denkbar ist dies auch in ähnlichen Abhängigkeits- und Sorgeverhältnissen. Aber bereits für das Großeltern-Enkel-Verhältnis werden strukturelle Ungleichgewichtslagen aufgrund des regelmäßig höheren Emanzipationsgrades der Enkelgeneration eher unwahrscheinlich.

⁸⁵ *Goebel* (Fn. 83), S. 318.

⁸⁶ Selbstbezeichnung von *Goebel* FamRZ 1997, 656, 659.

⁸⁷ Dazu bereits oben, II. 2. c.

⁸⁸ *Otte* ErbR 2009, 2, 5; *Staudinger/ders.* (Fn. 35), § 2074 Rn. 31a; *ders.*, Lenkung und Beschränkung des Erben durch Auflagen oder Bedingungen, in: Bayer/Koch (Hrsg.), Unternehmens- und Vermögensnachfolge, Schriften zum Notarrecht Bd. 9, 2009, S. 61, 72 ff.

⁸⁹ Ähnlich die Begründung der Unwirksamkeit von Angehörigenbürgschaften wegen vermuteter Ausnutzung der „typischerweise gegebenen emotionalen Beziehung“, insbes. BGHZ 125, 206, 209 f. – gerade erst volljähriges Kind als Bürge.

In sachlicher Hinsicht kann sich ein Schutzbedürfnis des Bedachten nur gegenüber solchen Zuwendungen ergeben, mit denen sich der Erblasser die auf der lebzeitigen, personalen Beziehung beruhenden Zwänge als Durchsetzungschance für *doppeldeutige*, also mit Verhaltenserwartungen belastete Zuwendungen zunutze macht. Dies ist umso eher der Fall, je bedeutungsvoller die dem Bedachten in Aussicht gestellte Rolle in der Rechtsnachfolge ist. Am deutlichsten wird dies bei Alles-oder-Nichts-Zuwendungen, d.h. bei *bedingter Alleinerbeneinsetzung*. Diese Fallgruppe stellt nicht ohne Grund den eigentlichen Zweifelspunkt der bisherigen Diskussion um unzulässige Testiermacht dar. Denn der bedingte Alleinerbe wird stärker von den Zwängen der doppeldeutigen Nachfolge bedrängt sein und sich eher dem Erblasser und vielleicht auch dem Rest der Familie zur Annahme des Erbes einschließlich der damit verbundenen Bedingungsherrschaft verpflichtet fühlen als ein Vermächtnisnehmer. Dabei spielt auch eine Rolle, inwieweit der Bedachte auf die Zuwendung emotional oder wirtschaftlich angewiesen ist.⁹⁰

Indes kommt es nach hier vertretener Auffassung nicht auf den Inhalt der Verfügung oder das dahinter stehende Motiv an. Ob der mit der doppeldeutigen Verfügung verknüpfte Verhaltenswunsch auf „achtenswerten“ Motiven beruht oder vielleicht sogar im Interesse einer sinnvollen Vermögensfortführung wünschenswert erscheint, ist unbeachtlich. Mag die Erbeinsetzung daran geknüpft sein, einem Sportverein beizutreten, Gütertrennung zu vereinbaren, sich taufen zu lassen oder nie mehr einen Tropfen Alkohol zu trinken: Dem Erben ist zuzumuten, die damit verbundenen Lasten und Lockungen für sich selbst abzuwägen. Es besteht kein unabweisbares Interesse der Rechtsordnung, die Versuchungen der Käuflichkeit in höchstpersönlichen Entscheidungen zu sanktionieren. Im Gegenteil: Gerade die Entscheidung über die eigene Käuflichkeit rührt an innerste Motive, die jeder sanktionierenden Wertung entzogen sein sollten. Die Rechtsordnung kann und sollte sich darauf beschränken, die Bedingungen für selbstbestimmte Entscheidungen zu garantieren.

b) Einzelfälle

aa) Hof- und Unternehmensnachfolge

Sichtet man auf dieser Basis das bestehende Rechtsprechungsmaterial, so erheben sich nur in einem Fall Bedenken. Es ist dies der viel kritisierte Hoferbenfall aus dem Jahr 1956, in dem der BGH die Erbeinsetzung des aus dem Krieg zurückkehrenden Sohnes unter der Bedingung, dass er sich von der ihm

⁹⁰ So auch BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 – Hohenzollern.

in Kriegszeiten untreu gewordenen Frau scheiden lässt, als wirksam angesehen hat.⁹¹ Soweit der Sachverhalt heute zugänglich ist, enthält er gleich mehrere Hinweise darauf, dass der Erbe aufgrund strukturellen Machtungleichgewichts in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt war: Es handelte sich um den ältesten Sohn, der als (einziger) Hoferbe vorgesehen war, den Hof bereits einige Zeit geführt hatte und auf dem Hof mit seiner Familie bis zum Kriegsausbruch gelebt hatte. Insbesondere der Zusammenhang von Familienachfolge und Hofnachfolge lassen vermuten, dass es im Verhältnis von Erblasser und Erbe aufgrund der personalen Ambivalenz des Vater-Sohn-Verhältnisses und dem daraus resultierenden Droh- und Druckpotential an den Voraussetzungen hinreichender Selbstbestimmung fehlte.

Entsprechend anfällig für strukturelle Machtungleichgewichte im Erbgeschehen sind Unternehmensnachfolgen im Generationenverband. Ist der Familienverband aber bereits gestört, wird es regelmäßig an strukturellen Machtungleichgewichten fehlen. Mit den Emanzipationsbewegungen werden auch die personalen Ambivalenzen unterbrochen sein.⁹² Umgekehrt gilt: Je geringer die wirtschaftliche und persönliche Selbständigkeit eines Kindes und je größer die Angewiesenheit und Abhängigkeit, umso mehr Anlass besteht zu der Prüfung, ob ein hinreichend selbstbestimmter Umgang mit letztwilligen Belastungen möglich war.⁹³

⁹¹ BGH FamRZ 1956, 130 f.; ablehnend etwa *Flume* (Fn. 1), § 38 4 d (S. 695 Fn. 55h); *Staudinger/Otte* (Fn. 35) § 2074 Rn. 47; *Soergel/Loritz* (Fn. 39) § 2074 Rn. 28; MünchKommBGB/*Leipold* (Fn. 36) § 2074 Rn. 24.

⁹² Überzeugend daher OLG Hamm ZEV 2006, 167 ff. – Wirksamkeit der Einsetzung des Enkels zum Vorerben mit der Bestimmung, dass Nacherbfolge eintreten solle, wenn der Sohn Pflichtteilsansprüche geltend macht; zustimmend *von Schrenck-Nortzing* (Fn. 6), S. 111 ff.; *Westermann* (Fn. 6), S. 661, 678 ff.; kritisch *Otte* ErbR 2009, 2, 5.

⁹³ Von einem strukturellen Machtungleichgewicht ist etwa auszugehen, wenn eine Erblasserin verfügt, ihre psychisch labile, leicht beeinflussbare 19jährige Tochter solle solange nicht Erbin sein, wie sie einer religiösen, pseudoreligiösen oder wissenschaftlichen Sekte verbunden ist. Aufgrund der starken Personalität der Mutter-Tochter-Beziehung wird es der Tochter ungleich schwerer fallen, die Entscheidungssituation selbstbestimmt aufzulösen als etwa einem entfernt lebenden Patenkind. Für die Tochter geht es nicht nur um einen irgendwie rationalisierbaren Umgang mit ihrer Glaubensausrichtung, sondern es geht darum, inwieweit sie den „letzten Willen“ ihrer Mutter erfüllen will. Hinzu kommen weitere Faktoren, die die Autonomiechancen der Tochter im Verhältnis zur Erblasserin als individuell abgeschwächt erscheinen lassen: ihr Alter, ihre emotionale und psychische Abhängigkeit und ihre Beeinflussbarkeit. – Siehe aber den anders gelagerten Fall, den das OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte (NJW 1988, 2617 – Scientology). Das OLG Düsseldorf hatte die Erbeinsetzung mit bedingter Testamentsvollstreckung im Ergebnis für wirksam erachtet, weil sie auf achtenswerten Beweggründen (Sorge um den Fortbestand der Firma und Sicherung des Lebensstandards) beruhte; ebenfalls nach den Motiven differenzierend *von Schrenck-*

bb) Wiederverheiraturungsklauseln

Hingegen sind die vielfach üblichen Wiederverheiraturungsklauseln entgegen einer zunehmenden Tendenz⁹⁴ als wirksam anzusehen. Denn zwischen dem Erblasser-Ehegatten und dem bedachten Ehegatten besteht regelmäßig kein strukturelles, erbrechtsspezifisches Machtungleichgewicht. Der bedachte Ehegatte wird bei seiner Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung regelmäßig keinen Beherrschungen oder Zwängen unterliegen, die denen eines Sorge- und Abhängigkeitsverhältnisses entsprechen. Soweit Machtimparitäten beim Abschluss von Eheverträgen⁹⁵ plausibel sind, wirken sie jedenfalls nicht über die Scheidung der Ehe durch den Tod hinaus.

Unbeachtlich ist auch, dass dem überlebenden Ehegatten im Zeitpunkt der Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung regelmäßig ein sicheres Wissen um einen späteren Wiederverheiraturungswunsch fehlen wird. Es ist aber nicht die Aufgabe der Rechtsordnung, dem Bedachten das Risiko abzunehmen, sich insoweit „falsch“ zu entscheiden. Dieses Risiko muss der überlebende Ehegatte selbst tragen – und nur er selbst wird seine Wiederverheiraturungsneigung und -chance einschätzen können. Wer es nicht ausschließen möchte, sich später zu verheiraten und zumindest den Pflichtteil behalten möchte, muss die Ausschlagung wählen (§ 2306 Abs. 1 BGB)⁹⁶.

5. Rechtsfolgen

De lege lata kann der Schutz vor Testiermacht nur über die Nichtigkeitfolge aus § 138 Abs. 1 BGB bewirkt werden. Mit der Beschränkung auf eine individualschützende Grenzziehung zwischen Testierfreiheit und Testiermacht ist es folgerichtig, die Unwirksamkeit auf die gesamte Verfügung zu erstrecken. Ganz überwiegend wird allerdings befürwortet, bedingte Verfügungen in einen als weiterhin wirksam angesehenen zuwendenden und einen als unwirksam angesehenen belastenden Teil (Erbeinsetzung einerseits und

Nortzing (Fn. 6), S. 105 ff.; *Leipold* (Fn. 45), Rn. 448; *Smid* NJW 1990, 409, 413 (zulässige Beschränkung in guter Absicht entsprechend § 2338 BGB).

⁹⁴ Siehe bereits bei Fn. 46.

⁹⁵ BVerfGE 103, 89, 101 – Eheverträge; für weitergehende Reduktion der Ehevertragsfreiheit anstelle „verkrampte[r] Suche nach Ungleichgewichtslagen“ *Dauner-Lieb*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrechts, AcP 201 (2001), 295 ff., 323 ff.

⁹⁶ Mit der Neufassung des § 2306 Abs. 1 BGB durch Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts (BGBl. I, 3142) steht die Ausschlagung für Erbfälle, die ab dem 1.1.2010 eintreten, nunmehr in jedem Fall bedingter Erbeinsetzung offen.

Bedingung andererseits) aufzuspalten.⁹⁷ Dies ist insoweit konsequent, als die Unwirksamkeit der Bedingung mit den herkömmlichen Druck-Formeln zumindest auch auf ein inhaltliches, ordnungspolitisches Urteil gestützt wird.⁹⁸ Wird aber – wie hier vertreten – die Grenzziehung zwischen Testierfreiheit und Testiermacht allein individualschützend entlang der Entschließungsfreiheit des Bedachten begründet, taugt weder der hypothetische Erblasserwille als sinnvoller Bezugspunkt,⁹⁹ noch sollten inhaltliche Erwägungen, etwa die Begünstigung des Bedachten,¹⁰⁰ den Ausschlag geben. Schließlich geht es nicht um die Sicherstellung einer vermögensmäßigen Mindestbeteiligung – dies ist die Aufgabe des Pflichtteilsrechts –, und auch nicht um die Durchsetzung weitergehender Ordnungsvorstellungen, sondern es soll dem Bedachten die Möglichkeit gegeben werden, sich von den Wirkungen einer Verfügung zu befreien, über die er nicht im Zustand hinreichender Selbstbestimmtheit entscheiden konnte: Es wird nicht die Bedingung verworfen, sondern die Entscheidung des Bedachten über Annahme oder Ausschlagung. Ganz konsequent müsste dies darauf hinauslaufen, den Einwand des Bedachten, er habe sich in einer Situation strukturellen Machtungleichgewichts befunden, als Entscheidung für die Ausschlagung der bedingten Erbeinsetzung zu werten. Dann erhielte der Bedachte lediglich den Pflichtteil (§ 2306 Abs. 1 BGB n.F.)¹⁰¹ und nicht – wie bei vollständiger Unwirksamkeit der Verfügung – sein gesetzliches Erbrecht. Allerdings blieben bei dieser Betrachtung die Rückwirkungen des strukturellen Machtungleichgewichts auf den Inhalt der Verfügung unberücksichtigt: Wer die Ausschlagung nicht befürchten muss, testiert anders.¹⁰² Dies rechtfertigt es, die Verfügung insgesamt als unwirksam anzusehen mit der Folge, dass die gesetzliche Erbfolge eintritt.¹⁰³

⁹⁷ MünchKommBGB/*Leipold* (Fn. 36), § 2075 Rn. 28; *Flume* (Fn. 1), § 38 4 d (S. 695); *Paal* JZ 2005, 436, 442; *Thielmann* (Fn. 6), S. 191 ff.; *Schlüter* (Fn. 6), S. 575, 589 f.; differenzierend *Staudinger/Otte* (Fn. 35), § 2074 Rn. 66; *ders.* (Fn. 88), S. 61, 74 f.; *Soergel/Loritz* (Fn. 39), § 2074 Rn. 33; *Kelleter* (Fn. 6), S. 176 ff.; für Gesamtnichtigkeit der Verfügung aber *von Schrenck-Nortzing* (Fn. 6), S. 93 f.

⁹⁸ Siehe etwa *Flume* (Fn. 1), § 38 4 d (S. 695).

⁹⁹ In diese Richtung auch MünchKommBGB/*Leipold* (Fn. 36) § 2074 Rn. 27.

¹⁰⁰ Für den Bedachten ist es regelmäßig günstiger, dass die Verfügung ohne die Belastung erhalten bleibt, als wenn die Verfügung insgesamt unwirksam wäre. Die Begünstigung des Bedachten lässt sich wiederum ordnungspolitisch begründen, nämlich als Sanktion nur der ordnungspolitisch angreifbaren Belastung.

¹⁰¹ Dazu bereits oben Fn. 96.

¹⁰² Es fehlt das neutralisierende Gegengewicht, dazu bereits oben, II. 3. b) dd).

¹⁰³ Da ein strukturelles Machtungleichgewicht am ehesten bei Vererbungen im Eltern-Kind-Verhältnis und insbesondere dann anzunehmen ist, wenn es sich um die Einsetzung als Alleinerbe handelt, besteht im Ergebnis eine gewisse Konvergenz mit der überwiegend bevorzugten Beschränkung der Unwirksamkeit auf den belastenden

III. Schutz der Testierfreiheit vor Macht

Während die Sorge vor der Testiermacht des Erblassers bereits die Anfangsjahre des BGB prägten, ist die Sensibilität für die auf den testierenden Erblasser einwirkende Macht eher ein jüngeres Phänomen.¹⁰⁴ Die Haltung des historischen Gesetzgebers war allerdings in beiden Fällen ähnlich: Die Gefahren „weicherer“ Freiheitsverluste wurden im Interesse der formal-liberalen Grundtendenz ausgeblendet.

1. Der Ausgangsbefund: *Race to the bottom* der Testieranforderungen mit dem BGB

Mit dem BGB setzten sich im deutschen Erbrecht vielfach diejenigen Regelungen durch, die die geringsten Anforderungen an wirksame Testierung stellten. Die Anforderungen an wirksame Testierung erlebten ein *race to the bottom*, abzulesen etwa an der gegenüber der Geschäftsfähigkeit erweiterten Testierfähigkeit¹⁰⁵ und insbesondere an der Liberalisierung der Testierformen: Die Rücksicht auf bestehende Testiergewohnheiten war das tragende Argument für die Zulassung des eigenhändigen Testaments (§ 2247 BGB)¹⁰⁶ und begünstigte die Eröffnung des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments (§ 2267 BGB).¹⁰⁷

Die generelle Zurückdrängung der öffentlichen Form im BGB mag in erster Linie als Ausdruck der liberalen, die Testierfreiheit begünstigenden Grundhaltung des Gesetzgebers gelesen werden. Zugleich liegt darin aber

Teil der Verfügung, etwa die Bedingung. Dies soll aber die verbleibenden Unterschiede in der Begründung und Begrenzung der Machtkontrolle nicht relativieren.

¹⁰⁴ Siehe einerseits *M. Roth*, Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel, AcP 208 (2008), 452 ff.; andererseits *Spickhoff*, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), 345, insbes. 374 ff.

¹⁰⁵ Nach französischem Vorbild wurde die Testierfähigkeit abweichend von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit geregelt (§ 2229 Abs. 2 BGB), nicht übernommen wurde aber die inhaltliche Begrenzung auf die Hälfte des frei verfügbaren Vermögens (Art. 902, 904 C.c.).

¹⁰⁶ Die Entwurfsverfasser hatten nur das öffentliche Testament vorgesehen (Mot. V, 257 ff.); das handschriftliche Testament geht auf Initiative der Reichstagskommission zurück; zur Diskussion bei Schaffung des BGB *Hölder*, JheringsJb 41 (1900), 303, 327 ff.; *Beutgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments (Diss. Köln) 1991, insbes. S. 74 ff.; *Kipp/Coing* (Fn. 2), § 25 II, III.

¹⁰⁷ Auch diese Entscheidung war historisch überstürzt: Das gemeine Recht kannte das gemeinschaftliche Testament nur als öffentliches (Zeugen-)Testament. Als der Reichstag das private Testament einführte, wurde übersehen, dass die Regeln des gemeinen Rechts nur für das öffentliche Testament passten; näher *Coing*, Die Form des gemeinschaftlichen eigenhändigen Testaments, JZ 1952, 611, 612 f.

auch die Zurücksetzung von Beherrschungsrisiken, denen durch die öffentliche Errichtung zumindest teilweise hätte begegnet werden können. Der Funktionszusammenhang von öffentlicher Form und Schutz vor faktischer Beherrschung ist nur für den minderjährigen Testator erhalten geblieben (§§ 2229 Abs. 2, 2333 BGB).¹⁰⁸ Selbst für den unter Betreuung stehenden Testator hat der Gesetzgeber im Jahr 1990 anders entschieden und ihn nicht – wie etwa der österreichische Gesetzgeber¹⁰⁹ – auf das öffentliche Testament verwiesen.¹¹⁰ Erste Bedenken bestehen inzwischen aber an der Zulassung des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments. Das Risiko emotional „abgepresster“ Anschlussklärungen des weniger durchsetzungsstarken oder weniger erfahrenen Ehegatten taucht diese Entscheidung des historischen Gesetzgebers in anderes Licht.¹¹¹

Ansonsten beschränkte sich der Gesetzgeber auf den Schutz vor „harter“ Beeinflussung durch widerrechtliche Drohung (§§ 2078 Abs. 2, 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB¹¹²) und die allgemeine Sittenwidrigkeitskontrolle (§ 138 BGB). Allerdings spielt § 138 BGB in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle: Soweit Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen diskutiert wird, geht es unausgesprochen zumeist um die sittenwidrige Beeinflussung durch den

¹⁰⁸ Näher *Kipp/Coing* (Fn. 2), § 17 I 2 a (S. 118).

¹⁰⁹ Gemäß § 568 ABGG kann ein Erblasser, der unter Sachwalterschaft steht, nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren.

¹¹⁰ Zu überlegen wäre, Betreuten nur das öffentliche Testament zu eröffnen; dafür *Lange/Kuchinke* (Fn. 35), § 18 II 3 (S. 347 f.); *Hahn*, Die Auswirkungen des Betreuungsrechts auf das Erbrecht, *FamRZ* 1991, 27, 28; als „zusätzliche Hilfe“ *Spickhoff AcP* 208 (2008), 345, 376; genauso de lege ferenda für Heimbewohner *Ostlinning*, Das Testament des Heimbewohners (Diss. Bielefeld) 1995, S. 100 ff. – Dass notarielle Beurkundung allein nicht genügt zum Schutz vor faktischen Freiheitsverlusten, beweist der Fall *BayObLG NJW* 1998, 2369, dazu noch unten III. 3. c, cc.

¹¹¹ *Lange/Kuchinke* (Fn. 35), § 24 I 1 b (S. 420); de lege ferenda für die Aufgabe des Formprivilegs *Röthel*, Gutachten A für den 68. DJT 2010.

¹¹² Die Erste Kommission sah den Zweck der Erbunwürdigkeit *ratione testamenti* (§ 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB) im Schutz der Testierfreiheit; Mot. V, 517, 524. Dies überzeugt ungeachtet der Einsicht, dass sich darauf nicht alle Erbunwürdigkeitstatbestände zurückführen lassen; anders *Muscheler*, Grundlagen der Erbunwürdigkeit, *ZEV* 2009, 58, 60 f. (Anerkennung des Erblassers) sowie *MünchKommBGB/Helms*, 4. Aufl. 2004, § 2339 Rn. 3 (Ergänzung der §§ 1938, 2333 ff., 2078 ff. BGB). – Die Ausgestaltung der Erbunwürdigkeit in § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB und die Fundierung über die Testierfreiheit entspricht dem europäischen Regelungstrend, näher *Zimmermann*, The Present State of European Private Law, *American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 479 (505 f.); *ders.*, Erbunwürdigkeit. Die Entwicklung eines Rechtsinstituts im Spiegel europäischer Kodifikationen, FS für Koziol (Manuskript, Veröffentlichung in Vorbereitung für 2010), sub. III., 5 und VII, 4. mit herzlichem Dank für die Möglichkeit der Einsichtnahme.

Erblasser, nicht um die Beeinflussung des Erblassers.¹¹³ Dies dürfte wesentlich auf der herkömmlichen Verknüpfung von Motiv-, Inhalts- und Abschlusskontrolle beruhen, wie sie sich auch an § 138 Abs. 2 BGB ablesen lässt. Einer Verfügung, durch die der Sohn des Erblassers seine Alleineinsetzung durch subtile Ausnutzung von Willensschwäche erwirkt hat, würde die Wirksamkeit nicht versagt werden. „Bloße“ Beeinflussung begegnet herkömmlich keinen Bedenken.¹¹⁴ Auch der Arglisteinwand (§ 242 BGB) ist in diesem Zusammenhang bislang nicht praktisch geworden.¹¹⁵ Selbst mit Abschaffung des Unwirksamkeitsgrundes der „Ausnutzung der Todesnot“ (§ 48 Abs. 3 TestG)¹¹⁶ hat es sich nicht durchgesetzt, Beeinflussungen unterhalb der Schwelle zur rechtswidrigen Drohung¹¹⁷ analog § 2078 Abs. 2 BGB oder über § 138 Abs. 1 BGB¹¹⁸ zu erfassen.

2. Entwicklungslinien: Punktueller Schutz der Testierfreiheit durch § 14 HeimG

Eine gewisse Trendwende in der Einschätzung von Schutzbedürfnissen unterhalb der Schwelle rechtswidriger Drohung zeichnet sich allerdings am Umgang mit § 14 HeimG¹¹⁹ ab. Die Vorschrift untersagt Heimträgern, Heimleitern

¹¹³ Einzige Ausnahme ist in jüngerer Zeit die Frage der Sittenwidrigkeit von letztwilligen Begünstigungen des Betreuers; bejaht von OLG Braunschweig FamRZ 2000, 1189, 1190; in dieselbe Richtung *Lange/Kuchinke* (Fn. 35), § 35 II 3 d (S. 824); *Frank*, ErbR, 4. Aufl. 2007, § 3 Rn. 13; zurückhaltender BayObLG NJW 1998, 2369 (dazu noch unten III. 3 c, cc). Siehe im Übrigen nur BGH LM § 138 (Bc) BGB Nr. 1, Urt. v. 4.6. 1951 – Sittenwidrigkeit eines Erbvertrags, durch den ein 23-jähriger geistig beschränkter Erblasser seine ältere Schwester als Vertragserbin einsetzt.

¹¹⁴ KG NJW 2001, 903, 905; MünchKommBGB/*Leipold* (Fn. 36), § 2078 Rn. 43.

¹¹⁵ Überblick und Kritik bei *Gimple*, § 242 BGB als Zuordnungsnorm im Erbrecht (Diss. München) 2003, S. 133 ff.

¹¹⁶ Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (TestG) vom 31.7.1938 (RGBl I, 973), aufgehoben durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzesinheit auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl I, 33) mit Ausnahme von § 51. Der Rechtsgedanke der Vorschrift wurde nicht übernommen, weil darin eine „ungerechtfertigte Verdächtigung der Religionsdiener“ gesehen wurde; näher *Finke* DNotZ 1953, 174, 181; *Thielmann* (Fn. 6), S. 319 m.w.N.

¹¹⁷ Auch dazu gibt es kaum Beispiele aus der Praxis; siehe aber RG JW 1902, Beil. S. 286: Androhung, dass Dienste aufgekündigt werden, auf die der Erblasser angewiesen ist.

¹¹⁸ Kritisch insbesondere *Staudinger/Otte* (Fn. 35), § 2078 Rn. 26; einschränkend MünchKommBGB/*Leipold* (Fn. 36), § 2078 Rn. 44 (je nach den Umständen für Sittenwidrigkeit); ähnlich *Lange/Kuchinke* (Fn. 35), § 36 III 5 (S. 854 Fn. 97: bei zusätzlichen Umständen); für „zurückhaltende“ Anwendung von § 138 BGB *Thielmann* (Fn. 6), S. 319 ff.; weitergehend noch *Staudinger/Lehmann* (11. Aufl. 1954) Vorbem vor § 1937 Rn 21: § 2078 Abs. 2 BGB sei an die Stelle von § 48 Abs. 3 TestG getreten.

¹¹⁹ Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige

und sonstigen Beschäftigten, sich von den Heimbewohnern Vorteile gewähren zu lassen. Diese Regelung wird als Verbot (§ 134 BGB) entsprechender letztwilliger Verfügungen angesehen.¹²⁰ Regelungszweck ist u.a. die Sicherung der Testierfreiheit der Heimbewohner. Die Vorschrift soll alte Menschen davor bewahren, so später das BVerfG, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird.¹²¹

Die Einschätzungen über die Sachrichtigkeit dieses Testierverbots gehen auseinander. In der Rechtsprechung besteht eine starke Tendenz zu einer großzügigen Auslegung der Vorschrift.¹²² Dies lässt auf entsprechende praktische Bedürfnisse und wohl auch Missstände schließen. Im wissenschaftlichen Schrifttum überwiegt allerdings die Kritik: Entweder wird darin eine übermäßige Einschränkung der Testierfreiheit gesehen,¹²³ oder aber es wird umgekehrt der beschränkte Anwendungsbereich der Vorschrift kritisiert. Entsprechende Schutzbedürfnisse werden im Verhältnis zu Betreuern¹²⁴ oder bei häuslicher Pflege¹²⁵ ausgemacht, etwa nach Vorbild von Art. 909 al. 2 C.c.¹²⁶

(HeimG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.4.1990 (BGBl I, 764); siehe inzwischen auch § 10 Wohn- und Teilhabegesetz (WTG), GVBl. NW 2008, 738; Art. 8 Pflege- und Wohnqualitätsgesetz (Pfle-WoqG), BayGVBl. 2008, 346 und § 14 LandesheimG GBL BW 2008, 169.

¹²⁰ BGHZ 110, 235, 240; BayObLG NJW 1992, 55; BayObLG NJW 1998, 2369, 2370.

¹²¹ BVerfG NJW 1998, 2964 – § 14 HeimG.

¹²² OLG Düsseldorf ZEV 1997, 459: Anwendbarkeit auf die Einsetzung der Kinder des Heimleiters als Nacherben; OLG Frankfurt a.M. NJW 2001, 1504: Anwendbarkeit auf eine Zuwendung an den Pförtner eines Altenheims und seine Frau; BayObLG NJW 2000, 1875: Anwendbarkeit auf eine Zuwendung an den Gesellschafter-Geschäftsführer der das Heim betreibenden GmbH; BayObLG NJW-RR 2004, 1591: Anwendbarkeit auf eine Zuwendung an eine Heimmitarbeiterin, nachdem sie in eine andere Pflegestation versetzt worden ist; OLG München NJW 2006, 2642: Anwendbarkeit auf ein Vermächtnis eines Angehörigen des Heimbewohners; VG Würzburg ZEV 2008, 601: Anwendbarkeit auf eine Zuwendung zugunsten der dem Heim durch den Stiftungszweck verbundenen Förderstiftung.

¹²³ Brox/Walker, Erbrecht, 23. Aufl. 2009, Rn. 261; Staudinger/Meyer-Pritzl, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2008, S. 1175.

¹²⁴ So neben Lange/Kuchinke (Fn. 35), § 35 II 3 d (S. 824) demnächst J. Mayer ErbR 2009; gegen eine analoge Anwendung von § 14 HeimG de lege lata Frank (Fn. 113), § 3 Rn. 9.

¹²⁵ Dagegen Staudinger/Meyer-Pritzl (Fn. 123), S. 1175.

¹²⁶ Art. 909 Al. 2 C.c. erstreckt das Schenkungs- und Testierverbot auf „mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions“. Damit sind insbesondere die gerichtlich beauftragten Schutzbetreuer im Rahmen einer *sauvegarde de justice* gemeint.

3. Kritik und Weiterführung

Mit etwas Abstand betrachtet ist nicht zu übersehen, dass der Schutz des Erben vor faktischen Freiheitsverlusten nach wie vor aufmerksamer wahrgenommen wird als der Schutz des Erblassers vor faktischen Freiheitsverlusten. Das geltende Recht bewirkt nur einen punktuellen Schutz vor faktischen Beeinträchtigungen der Testierfreiheit. Anfechtung und Erbunwürdigkeit wegen widerrechtlicher Drohung erfassen lediglich Extremfälle faktischer Freiheitsverluste. Die Fähigkeit zu selbstbestimmter Testierung¹²⁷ wird ohne Einschränkungen vermutet,¹²⁸ und eine weitergehende richterliche Schutzgewähr erfolgt derzeit nicht.

a) Testierfreiheit als Entschließungsfreiheit

Der derzeitige Rechtszustand wird der Bedeutung und der Funktion der Testierfreiheit nicht gerecht. Wenn die Testierfreiheit sogar als die „willkürlichere“ Freiheit angesehen wird,¹²⁹ müsste der Schutz vor faktischen Freiheitsverlusten ein noch drängenderes Anliegen sein als der Schutz der Entschließungsfreiheit des Erben oder Vertragspartners. Hinzu kommt die Einsicht in die normativen Gehalte der gesetzlichen Erbfolge¹³⁰ als Ausdruck familiärer Vermögensbindung (Art. 6 Abs. 1 GG). Soweit die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben hingenommen wird zur Verwirklichung der Testierfreiheit des Erblassers, sind damit zugleich Anforderungen an die Qualität der Testierung formuliert: Die mit der Testierfreiheit eröffnete Freiheit der Gestaltung setzt selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen voraus.¹³¹ Fremdbestimmte Verfügungen können die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben nicht legitimieren: Autonomiedefizite sind Le-

¹²⁷ Die Testierfähigkeit setzt die Fähigkeit des Erblassers voraus, sich ein Urteil frei von den Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu bilden; näher BGH NJW 1953, 1342; FamRZ 1984, 1003.

¹²⁸ Siehe nur BayObLG NJW 2000, 1959, 1961.

¹²⁹ *Kroppenberg* (Fn. 1).

¹³⁰ Zum normativen Gehalt der gesetzlichen Erbfolge *Röthel*, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 85, 101 ff.

¹³¹ Vgl. BVerfGE 99, 341, 351 – Testiermöglichkeit schreib- und sprechunfähiger Personen. In der Praxis findet sich diese Einsicht allerdings eher mit umgekehrten Vorzeichen: Je mehr die Verfügung von der gesetzlichen Erbfolge abweicht, umso eher wird die Testierfähigkeit bezweifelt. Dies war ein traditioneller Angriffspunkt der Geliebentestamente und findet sich in der Formel, der Testierende müsse sich „über die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Anordnung ein klares Urteil bilden können“, siehe etwa BGH FamRZ 1958, 127, 128; BayObLG NJW 1992, 248, 249.

gitimationsdefizite. Dies erklärt auch die gesteigerten Anforderungen an die Intentionalität der Testierung, die sich in der unbeschränkten Zulassung der Anfechtung wegen Motivirrtums (§ 2078 Abs. 2 BGB) und im Erfordernis der höchstpersönlichen Testierung (§§ 2064, 2065 BGB) niederschlagen.¹³²

Gerade mit Blick auf die Position der gesetzlichen Erben und Pflichtteilsberechtigten dürfte es nur noch eine Frage der Zeit sein, bis das BVerfG die Weiterentwicklung der Testierfreiheit im Sinne materialer Testierfreiheit aus Grundrechtsgründen nahe legt. Den Grundstein dafür hat das BVerfG bereits mit seinem Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit von § 14 HeimG a.F. aus dem Jahr 1998 gelegt. Mit der Anerkennung der „faktischen Testierfreiheit“ und der Einsicht, dass psychische Zwangslagen „zur Errichtung vom freien Willen nicht getragener Testamente führen“ können,¹³³ sind die Verbindungslinien zur lebzeitigen Privatautonomie vorgezeichnet.

b) Einwände

Sucht man nach den Gründen dafür, warum der Schutz der Testierfreiheit vor Beeinflussung und Beherrschung derzeit nicht als gewichtigeres Anliegen wahrgenommen wird, so erweist sich der Blick auf die Diskussion um § 14 HeimG als fruchtbar. Die Regelung wurde u.a. deshalb kritisiert, weil der Erblasser durch sein Widerrufsrecht (§§ 2253 ff. BGB) ausreichend geschützt sei.¹³⁴ Das Argument verfängt aber nicht bei *andauernder* Beeinflussung und Beherrschung, wie sie mit zunehmender Pflegebedürftigkeit sowohl im familiären Rahmen als auch generell in Pflege- und Vertrauensverhältnissen plausibel sind. Gerade in den Fällen, in denen der Erblasser besonders nachhaltigen Beeinflussungen ausgesetzt und daher in höherem Maße schutzbedürftig ist, wird das Widerrufsrecht zu Theorie.¹³⁵

Ein weiterer unausgesprochener Grund für das Unbehagen gegenüber Materialisierungen der Testierfreiheit mag das Unbehagen gegenüber den daraus resultierenden Folgestreitigkeiten sein. Auch Anfechtung und Erbnunwürdigkeit spielen – etwa im Vergleich zu Auslegungsstreitigkeiten – eine vergleichsweise geringe Rolle in der Rechtsprechung. Dies mag an den Schwierigkeiten liegen, nach dem Tod des Erblassers die Umstände aufzuklären, die zur Errichtung des Testaments geführt haben.¹³⁶ Hinzu kommt offenbar die befriedende Wirkung des Pflichtteilsrechts, mit der der möglicherweise angreifbar-

¹³² Näher Röthel (Fn. 130), S. 85, 93 ff.

¹³³ BVerfG NJW 1998, 2964, 2965 – § 14 HeimG.

¹³⁴ Brox/Walker (Fn. 123), Rn. 261; Staudinger/Meyer-Pritzl, Eckpfeiler des Zivilrechts 2008, S. 1175.

¹³⁵ Kritisch auch BVerfG NJW 1998, 2964, 2965 – § 14 HeimG.

¹³⁶ Es ist dasselbe Unbehagen, das in Frankreich (Art. 1046 f. C.c.) bis heute die Ab-

ren Begünstigung eines Dritten die Härte genommen wird.¹³⁷ Indes erlischt damit nicht das Schutzbedürfnis materialer Testierfreiheit. Mag das Pflichtteilsrecht auch befrieden, so bleibt doch ein *legitimatorisches Defizit*, und zwar sowohl mit Blick auf die eingesetzten Begünstigten als auch mit Blick auf die gesetzlichen Erben.

c) Verwirklichung der Schutzgewähr

In Weiterführung der Einsichten zum Schutz vor Vertragsmacht und Testiermacht lässt sich das Schutzbedürfnis des Erblassers abstrakt einigermaßen umreißen: Abermals geht es um den Schutz der Entschließungsfreiheit in strukturellen Ungleichgewichtslagen. Als ungleich schwieriger erweisen sich die konstruktiven Einzelheiten dieser Schutzgewähr. Der Unterschied zum Schutz der Entschließungsfreiheit des Erben liegt darin, dass hier nicht der Betroffene selbst für sich vortragen kann, sondern dass es stets um einen Streit unter Dritten gehen wird. Allerdings ist dies auch bei der Testamentsanfechtung (§§ 2080, 2340 BGB) der Fall und daher kein grundsätzlicher Einwand.

aa) Enumerative Verbote nach dem Vorbild des § 14 HeimG?

Die Unsicherheiten, die mit der nachträglichen Erforschung der Umstände der Testierung verbunden sind, ließen sich am einfachsten dadurch überwinden, dass das Konzept des § 14 HeimG auf andere, ähnlich beherrschungsfähige Verhältnisse enumerativ übertragen wird. Dies wird bereits für Betreuer vorgeschlagen.¹³⁸ Damit würden Betreuer allerdings unter „Generalverdacht“ gestellt. Auch müssten weitsichtige Erblasser im Interesse der Vermögensnachfolge die Bestellung von Familienangehörigen als Betreuer – in der Praxis immer noch die bedeutsamste und im Übrigen Kosten sparendste Form der Betreuung – vermeiden und durch Betreuungsverfügung die Betreuung durch Dritte anregen.¹³⁹

Auch in Bezug auf verwandte Berufsgruppen – Ärzte, Mitarbeiter von mobilen Pflegediensten, Seelsorger, Psychotherapeuten – sind die Nachteile

lehnung der Erbnunwürdigkeit *ratione testamenti* speist; näher *Zimmermann* (Fn. 112), sub. II. 4. b, IV. 5.

¹³⁷ Freilich nur zugunsten der Pflichtteilsberechtigten und nur in Höhe des Pflichtteils.

¹³⁸ Siehe bereits die Nachweise in Fn. 124.

¹³⁹ Andererseits erschiene es auch nicht richtig, Familienangehörige prinzipiell von dem Testierverbot auszunehmen, weil hier – wie die Betrachtungen zur Entschließungsfreiheit der Erben gezeigt haben – durchaus machtvolle Beeinflussungen denkbar sind.

eines solchen Generalverdachts zu bedenken. Umgekehrt bliebe bei dieser berufsgruppenbezogenen Betrachtung außer Betracht, dass gerade die Familie, zumal unter den Anforderungen und Überforderungen dauernder Pflege am Lebensende, zu einem Ort machtvoller Beherrschung mutieren kann.¹⁴⁰ Auch zu Angehörigen der rechts- und vermögensberatenden Berufe (Notare, Steuerberater, Bank- und Versicherungsmitarbeiter), können über die Jahre Vertrauensverhältnisse mit Beherrschungsrisiken entstehen. Hier liefert die US-amerikanische Rechtsprechung zu *undue influence* reichhaltiges Anschauungsmaterial.¹⁴¹ Angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Szenarien empfehlen sich enumerative gesetzliche Testierverbote nicht. Der mögliche Gewinn an Rechtsklarheit und Schutzgewähr wäre teuer erkaufte durch eine sowohl unvollständige als auch übermäßige Regelung.

bb) Richterliche Abschlusskontrolle (§ 138 BGB)

Der Schutz der Testierfreiheit vor faktischen Beeinträchtigungen ist daher – genauso wie der Schutz der Vertragsfreiheit und der Erbenfreiheit – jedenfalls zunächst der Rechtsprechung zu überlassen.¹⁴² Auch wenn langfristig, mit entsprechendem Erfahrungsschatz, eine Erweiterung der Anfechtungsbefugnis vorzugswürdig sein dürfte,¹⁴³ bildet § 138 BGB den systematisch überzeugendsten gesetzlichen Anknüpfungspunkt dieser Abschlusskontrolle. Eine letztwillige Verfügung ist danach ungeachtet ihres Inhalts und ungeachtet des Motivs der Beeinflussung als unwirksam anzusehen, wenn sie nicht auf hinreichender Selbstbestimmung beruht, sondern Ausdruck von Fremdbestimmung ist. Entscheidend ist auch hier die Wegführung der Sittenwidrigkeitskontrolle von Motiv- und Inhaltsbewertungen auf eine Abschlusskontrolle zum Schutz der Entschließungsfreiheit: Auch die Begünstigung der mittellosen Tochter kann auf einem Mangel der Entschließungsfreiheit beruhen, und zwar auch

¹⁴⁰ Hier kommt abermals der Gedanke der Ambivalenz personaler Nähe zum Tragen; dazu bereits oben bei Fn. 73.

¹⁴¹ Näher *Scalise*, *Undue Influence and the Law of Wills: a Comparative Analysis*, 19 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 41 (2008–2009), 41 ff., insbes. 52 ff.

¹⁴² Zum Wesentlichkeitsvorbehalt des Privatrechtsgesetzgebers und den Gründen sachgerechter Delegation *Röthel*, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 63 ff., 71 ff.

¹⁴³ Denkbar wäre die Ergänzung der „rechtswidrigen Drohung“ um ähnliche Formen der Beherrschung und Beeinflussung. Gegenüber der richterlichen Schutzgewähr über § 138 BGB wäre dies erstens ein Gewinn an Sichtbarkeit und zweitens wäre damit der Vorzug eines Gestaltungsrechts verbunden. Inhaltlich käme es entscheidend darauf an, dass die Schwelle der Anfechtung wegen Beeinflussung oder Beherrschung niedriger anzusetzen ist als die derzeitige Schwelle der Testierunfähigkeit (dazu oben Fn. 127).

dann, wenn die Tochter in „bester Absicht“ zu handeln meinte. Der Testator und die gesetzlichen Erben sollen nicht vor „ungewöhnlichen“ Verfügungen geschützt werden, sondern vor Verfügungen, die nicht auf freier Entschließung beruhen.¹⁴⁴

Bei der näheren Präzisierung dieser Formel sind die Erkenntnisse zur leibzeitigen Vertragsfreiheit und zur Erbenfreiheit weiterzuführen. Es geht darum, letztwilligen Verfügungen ausnahmsweise dann die Wirksamkeit zu versagen, wenn sie – auch unterhalb der Schwelle zur rechtswidrigen Drohung – das Ergebnis subtiler Beeinflussung und Beherrschung sind. Dies wird regelmäßig voraussetzen, dass sich der Erblasser gegenüber dem Begünstigten in einer Situation „struktureller Unterlegenheit“ befunden hat. Dabei kann die strukturelle Unterlegenheit des Erblassers auf der Art des Verhältnisses (Vertrauens-, Pflegeverhältnis), dem Ausmaß der gefühlten Abhängigkeit und Angewiesenheit gegenüber dem Begünstigten und schließlich den mentalen und körperlichen Fähigkeiten des Erblassers beruhen.

In der amerikanischen Rechtsprechung zu *undue influence* spielen insoweit Vermutungen eine große Rolle.¹⁴⁵ Dies sollte nicht in derselben Form übernommen werden. Nicht jede Verfügung, die der seit Jahren hochgradig pflegebedürftige Erblasser zugunsten von Pflegern oder Betreuern macht, ist fremdbestimmt. Weder kann aus der Fremdnützigkeit auf die Fremdbestimmtheit geschlossen werden, noch darf Fürsorge in Generalverdacht geraten. Dass im amerikanischen Recht Vermutungen eine größere Rolle spielen, dürfte u.a. darauf beruhen, dass *undue influence* auch Funktionen erfüllt, die im deutschen Recht mit der Testierfähigkeit und dem Pflichtteilsrecht abgedeckt werden.¹⁴⁶

Für das deutsche Recht sollte die grundsätzliche Einsicht in faktische Freiheitsverluste nicht das herkömmliche Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren. Faktische Beeinträchtigungen der Testierfähigkeit sind als zu beweisende Ausnahme, nicht als Regel anzusehen. Es geht lediglich um die Einsicht, dass Fallgestaltungen denkbar sind, in denen die Regeln über die Testierfähigkeit, die Anfechtung und die Erbnunwürdigkeit ausnahmsweise nicht genügen, um eine hinreichend selbstbestimmte Wahrnehmung der Testierfreiheit zu gewährleisten. Gerade mit der zunehmenden Alterung der Gesellschaft wäre es verkürzt zu meinen, oberhalb der Schwelle zur Testierunfähigkeit und unterhalb der Schwelle zur rechtswidrigen Drohung seien keine Freiheitsverluste

¹⁴⁴ Gemeint ist abermals eine auf die Entschließungsfreiheit des Erblassers, also individualschützende *prozedurale* Schutzgewähr; zu dieser Begriffsbildung im Zusammenhang mit der Vertragsfreiheit etwa *Hofer* (Fn. 55), S. 35 m.w.N.

¹⁴⁵ Vgl. *Scalise* Duke J. Comp. & Int'l L. 41 (2008–2009), 41, 56 ff.

¹⁴⁶ Zu den Funktionsäquivalenten von *undue influence* rechtsvergleichend *Scalise* Duke J. Comp. & Int'l L. 41 (2008–2009), 41, 60 ff.

zu befürchten. Der Schutz vor faktischer Beeinträchtigung der Testierfreiheit mag schwerer zu bewältigen sein als der Schutz vor faktischer Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit. Dies allein sollte aber kein Grund sein, sich der Aufgabe nicht zu stellen.

cc) Beispiel

Zweifel an der Selbstbestimmtheit der Testierung erweckt etwa der Fall, den das BayObLG im Jahr 1998 zu entscheiden hatte. Gegenstand waren testamentarische Verfügungen einer Erblasserin, die aufgrund ihrer Demenz im Jahr 1994 unter Betreuung gestellt wurde. Zum Betreuer wurde ihr langjähriger Lebensgefährte bestellt. Wenige Monate nach Einrichtung der Betreuung änderte die Erblasserin ihre Verfügungen u.a. dahingehend, dass nunmehr die Tochter ihres Lebensgefährten und deren Ehemann zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt wurden. Dagegen wandte sich der Sohn der Erblasserin. Im nachfolgenden Verfahren bestätigten Sachverständigengutachten die demenztypische hohe Beeinflussbarkeit der Erblasserin, und mehrere Zeugen sagten aus, dass sich die Erblasserin unter Druck gesetzt fühlte, zugunsten der Tochter des Betreuers zu verfügen, und dass sie Angst hatte, von ihrem Lebensgefährten nicht mehr versorgt und in einem Heim untergebracht zu werden. Das BayObLG hielt gleichwohl an der Wirksamkeit der Verfügung fest, weil es weder einen Mangel der Testierfähigkeit noch einen Missbrauch der Betreuerstellung erwiesen sah. Vielmehr hätte die „Abhängigkeit“ der Erblasserin „eher auf der seit langem bestehenden Lebensgemeinschaft“ beruht.¹⁴⁷ Richtiger dürfte es sein, gerade in der Verbindung von Betreuerstellung und Lebensgemeinschaft einen Hinweis auf eine erhöhte Schutzbedürftigkeit der Erblasserin zu sehen. Zusammen mit der erwiesenen demenzbedingten Beeinflussbarkeit der Erblasserin liegen hier ernstliche Bedenken nahe, ob die Verfügung Ausdruck hinreichender Selbstbestimmung war.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Sorge vor Testiermacht und der Schutz der Testierfreiheit vor Macht haben sich seit Inkrafttreten des BGB *gegenläufig* entwickelt. Zwar ist der gesetzliche Ausgangsbefund ähnlich: Der Gesetzgeber hat die Testierfreiheit zur Beherrschungsfreiheit ausgestaltet, zugleich aber dem Erblasser zugemutet, Machtausübungen Dritter standzuhalten. Ganz unterschiedlich entwickelte

¹⁴⁷ BayObLG NJW 1998, 2369, 2371.

sich indes das Unbehagen gegenüber dieser liberalen Sorglosigkeit. Während die Rechtsprechung von Anfang an um Grenzziehungen zwischen Testierfreiheit und Testiermacht bemüht war, ist der Schutz der Testierfreiheit ein jüngeres Phänomen.

Ihre innere Legitimation und ihre Begrenzung finden beide Anliegen im Gedanken hinreichender Selbstbestimmtheit (Autonomie). In Weiterführung der Einsichten zur lebzeitigen Privatautonomie sind Testierfreiheit und Testiermacht entlang dem Grundrechtsgehalt der Entschließungsfreiheit von Erbe bzw. Erblasser auszubalancieren: Die Testierfreiheit stößt dort an immanente Grenzen zum Schutz der Entschließungsfreiheit des Erben, wo der Erbe infolge strukturellen Machtungleichgewichts nicht zu einer hinreichend selbstbestimmten Entschließung im Umgang mit dem Erbe in der Lage ist. Umgekehrt endet der Geltungsanspruch der Testierfreiheit dort, wo letztwillige Verfügungen infolge strukturellen Machtungleichgewichts nicht auf hinreichend selbstbestimmter Entschließung des Erblassers beruhen.

Dies verlangt erhebliche Nachjustierungen. Der Schutz vor Testiermacht ist inhaltlich neu auszurichten. Die herkömmlichen Abgrenzungskriterien (achtenswertes Motiv, unzumutbarer Druck, Schutz vor Käuflichkeit) dienen eher der Sanktionierung von Inhalts- und Motivbewertungen. Die Entschließungsfreiheit des Erben erfordert hingegen eine *Abschlusskontrolle*. Weitergehende Inhalts- und Motivbewertungen lassen sich mit dem Schutz der Entschließungsfreiheit nur unvollständig erklären, und das Pflichtteilsrecht entlastet die richterliche Machtkontrolle von ordnungspolitischen Aufgaben. Ganz anders liegen die Dinge im Bereich der Entschließungsfreiheit des Erblassers. Hier ist die richterliche Schutzgewähr außerhalb von § 14 HeimG noch zu entfalten. Das geltende Recht tut so, als fänden oberhalb der Schwelle der Testierfähigkeit und unterhalb der Schwelle der rechtswidrigen Drohung keine relevanten Beeinträchtigungen der Entschließungsfreiheit des Erblassers statt. Dies wird dem grundrechtlichen Auftrag zur Ausgestaltung der Testierfreiheit nicht gerecht. Nicht hinreichend selbstbestimmte Verfügungen können die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben nicht legitimieren. Die Entschließungsfreiheit des Testators ist auch im Interesse der gesetzlichen Erben durch eine richterliche Abschlusskontrolle (§ 138 BGB) zu schützen.

Wer das BGB-Erbrecht wegen seiner Klarheit und seiner Konsequenz schätzt, wird über jede Form ungeschriebener richterlicher Schutzgewähr nicht glücklich sein. Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass wir der richterlichen Wirksamkeitskontrolle über § 138 BGB eine vergleichsweise sicher abgrenzbare Aufgabe zuweisen: eine Abschlusskontrolle zum Schutz der Entschließungsfreiheit von Erbe bzw. Erblasser. Ohne das Pflichtteilsrecht wäre dies anders. Diese entlastende und befriedende Funktion des Pflicht-

teilsrechts sollte nicht übersehen werden, wenn wieder einmal nach der Legitimation des Pflichtteilsrechts gefragt wird.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Siehe nur zum Diskussionsstand die Beiträge in *Röthel* (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007; kritisch etwa *Henrich*, Testierfreiheit versus Pflichtteilsrecht, 2000; *Dauner-Lieb*, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, 460 ff.

