

NOEL SCHRÖDER

# Die Grenzen der Testierfreiheit

*Studien zum Privatrecht*

103

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 103





Noel Schröder

# Die Grenzen der Testierfreiheit

Eine Untersuchung der Beschränkungen  
des individualschützenden Freiheitsrechtes durch  
Gesetz, Rechtsprechung und Literatur

Mohr Siebeck

Noel Schröder, geboren 1996; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Münster; 2019 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Medizinrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Münster; 2020 LL.M. im Bereich des Wirtschaftsrechts; seit 2020 Rechtsreferendar am Landgericht Münster; 2021 Promotion.  
orcid.org/0000-0001-9511-5510

D6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2021.

ISBN 978-3-16-161038-7 / eISBN 978-3-16-161039-4

DOI 10.1628/978-3-16-161039-4

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum November 2020 Berücksichtigung finden.

Zuvorderst danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof Dr. Thomas Gutmann, M. A., für die stetige Unterstützung und die mir gewährte wissenschaftliche Freiheit. Es war mir eine Freude, als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl arbeiten zu dürfen.

Bei Herrn Prof. Dr. Johann Kindl bedanke ich mich für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens.

Meiner Schwester, Frau Joana Schröder-Walting, danke ich dafür, die mühevollen Arbeit des Korrekturlesens übernommen zu haben.

Schließlich danke ich meiner Verlobten, Frau Anna Magdalena Bischoff, für ihre umfassende inhaltliche Kritik an dem Manuskript und ihren immerwährenden Beistand bei der Anfertigung dieses Buches, ohne den es nicht in der vorliegenden Fassung geschrieben worden wäre.

Diese Arbeit widme ich meiner gesamten Familie, auf deren bedingungslose Unterstützung ich mich immer verlassen kann.

Münster, im Juli 2021

Noel Schröder



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<i>I. Einführung .....</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand der Untersuchung .....</i>	<i>4</i>
<i>III. Gang der Untersuchung .....</i>	<i>5</i>
<b>B. Rechtstheoretische Grundlagen der Testierfreiheit .....</b>	<b>7</b>
<i>I. Betrachtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit .....</i>	<i>7</i>
<i>II. Rechtshistorische Betrachtung der Entwicklungen zur Testierfreiheit .....</i>	<i>12</i>
<i>III. Die Funktionen der Testierfreiheit .....</i>	<i>27</i>
<i>IV. Grundlinien der Kritik an der Testierfreiheit .....</i>	<i>42</i>
<i>V. Rechtstheoretische Betrachtung der Rechtsnatur der Testierfreiheit .....</i>	<i>55</i>
<i>VI. Konzeptionen der Testierfreiheit .....</i>	<i>63</i>
<i>VII. Einwirkungen der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit auf das einfach-gesetzliche Erbrecht .....</i>	<i>88</i>
<i>VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse des Kapitels B. ....</i>	<i>98</i>
<b>C. Die erste Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz Dritter und Schutz von Kollektivgütern vor der Testierfreiheit des Erblassers .....</b>	<b>101</b>
<i>I. Das Sittenwidrigkeitsverdikt als Grenze der Testierfreiheit .....</i>	<i>103</i>

<i>II. Die Grenzen der Testierfreiheit zur Verhinderung dauerhafter Vermögensperpetuierung und lebenslanger Bindung der Erben . . . .</i>	202
<i>III. Das Pflichtteilsrecht als Grenze der Testierfreiheit . . . . .</i>	245
<i>IV. Einschränkungen der Testierfreiheit durch das Landwirtschaftserbrecht . . . . .</i>	260
<i>V. Abschließende Betrachtung der Ergebnisse zu der ersten Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit . . . . .</i>	273
<b>D. Die zweite Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz des selbstbestimmten Testierens des Erblassers vor unzulässigen Einwirkungen Dritter . . . . .</b>	<b>275</b>
<i>I. Das Verhältnis zwischen Autonomie und Testierfreiheit . . . . .</i>	278
<i>II. Bestehende einfach gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Testierfreiheit des Erblassers vor Beeinflussung durch Dritte und die damit einhergehenden Beschränkungen der Testierfreiheit . . . . .</i>	284
<i>III. Vulnerabilität und Testierfreiheit – Untersuchung der Vorschläge und Vorschriften zum Schutz vulnerabler Erblasser und deren Auswirkungen auf die Testierfreiheit . . . . .</i>	388
<i>IV. Abschließende Betrachtung der Ergebnisse zu der zweiten Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit . . . . .</i>	444
<b>E. Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung . . . . .</b>	<b>449</b>
<b>F. Korrektur der fehlerhaften Annahmen von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur zur Verhinderung zukünftiger unzulässiger Beschränkungen der Testierfreiheit . . . . .</b>	<b>455</b>
<b>G. Schlussbetrachtung . . . . .</b>	<b>459</b>
Literaturverzeichnis . . . . .	461
Register . . . . .	477

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<i>I. Einführung .....</i>	<i>1</i>
<i>II. Gegenstand der Untersuchung .....</i>	<i>4</i>
<i>III. Gang der Untersuchung .....</i>	<i>5</i>
<b>B. Rechtstheoretische Grundlagen der Testierfreiheit .....</b>	<b>7</b>
<i>I. Betrachtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit .....</i>	<i>7</i>
<i>II. Rechtshistorische Betrachtung der Entwicklungen zur Testierfreiheit .....</i>	<i>12</i>
1. Entwicklung der Testierfreiheit im römischen Recht .....	13
2. Die Testierfreiheit im deutschen Rechtssystem vor der Einführung des BGB-Erbrechts .....	17
a) Die Familiengebundenheit des germanischen Erbrechts – Schrittweise Entwicklung der Testierfreiheit .....	17
b) Gefährdung des Prinzips der Testierfreiheit im 19. Jahrhundert .....	20
3. Zwischenergebnis .....	22
4. Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches .....	22
5. Fazit und Ausblick .....	26
<i>III. Die Funktionen der Testierfreiheit .....</i>	<i>27</i>
1. Anreize zum ökonomischen Engagement durch Testierfreiheit	28
a) Motivation des Erblassers durch die Testierfreiheit .....	28
b) Motivation der Erbprätendenten durch die Testierfreiheit ...	31
2. Abbildung der tatsächlich gelebten Solidarität durch die Testierfreiheit .....	33

3.	Stärkung der familiären Autorität des Erblassers und des Familienzusammenhalts durch die Testierfreiheit .....	34
4.	Generationenübergreifender Erhalt von Vermögenswerten durch die Testierfreiheit .....	36
a)	Auswahl des geeignetsten Erben durch den Erblasser .....	37
b)	Geschlossene Vererbung wirtschaftlicher Einheiten durch die Testierfreiheit .....	38
5.	Selbstbestimmung des Erblassers durch die Testierfreiheit .....	41
<i>IV.</i>	<i>Grundlinien der Kritik an der Testierfreiheit</i> .....	42
1.	Unmittelbare Kritik an der Testierfreiheit .....	42
a)	Mors omnia solvit – Fehlende Willenssubjektivität in dem Zeitpunkt der Willensrealisierung .....	43
b)	Unerwünschte Vermögensakkumulation durch die Testierfreiheit .....	46
c)	Die Möglichkeit der Missachtung familiärer Bindungen und Interessen durch die Testierfreiheit .....	48
2.	Mittelbare Kritik an der Testierfreiheit .....	50
a)	Das Erbrecht als Mechanismus zur Perpetuierung von Statusprivilegien .....	50
b)	Ökonomische Dysfunktionalität der Testierfreiheit .....	52
3.	Fazit und Ausblick .....	54
<i>V.</i>	<i>Rechtstheoretische Betrachtung der Rechtsnatur der Testierfreiheit</i> .....	55
1.	Die Testierfreiheit als ein durch Kompetenznormen ermöglichtes Freiheitsrecht .....	55
2.	Schutz der Testierfreiheit als subjektives Individualrecht des Erblassers über dessen Tod hinaus .....	59
<i>VI.</i>	<i>Konzeptionen der Testierfreiheit</i> .....	63
1.	Das Erbrecht des Erben und die Person des Erben als Grundlage der Testierfreiheit .....	63
2.	Staatliche Interessen als Grundlage der Testierfreiheit .....	64
3.	Das Vermögen des Erblassers als Grundlage der Testierfreiheit .....	65
4.	Familiaristische Wertungen als Grundlage der Testierfreiheit ...	69
5.	Das Persönlichkeitsrecht des Erblassers als Grundlage der Testierfreiheit .....	73
6.	Das Eigentumsrecht als Grundlage der Testierfreiheit .....	76
a)	Der Zusammenhang zwischen Eigentumsgarantie, Erbrechtsgarantie und Testierfreiheit .....	77
b)	Die Testierfreiheit als fortgesetzte Eigentumsfreiheit: Auswirkungen auf die Reichweite der Testierfreiheit .....	81

7. Loslösung der Testierfreiheit von der Eigentumsgarantie und der Vertragsfreiheit: Testierfreiheit als eigenständige Ausprägung der Privatautonomie .....	84
<i>VII. Einwirkungen der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit auf das einfach-gesetzliche Erbrecht .....</i>	88
1. Die Testierfreiheit als verfassungsrechtlicher Maßstab für das einfache Recht .....	89
a) Die Errichtungsfreiheit .....	90
b) Die Inhaltsfreiheit .....	92
c) Zwischenergebnis .....	94
2. Die Testierfreiheit als Auslegungsmaxime für das einfache Recht und seine Grenzen .....	94
<i>VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse des Kapitels B. ....</i>	98
<b>C. Die erste Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz Dritter und Schutz von Kollektivgütern vor der Testierfreiheit des Erblassers .....</b>	101
<i>I. Das Sittenwidrigkeitsverdict als Grenze der Testierfreiheit .....</i>	103
1. Untersuchung der Rechtsprechung und Literatur zur Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in den zentralen Anwendungsfeldern .....	105
a) Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Verfügungen aufgrund der Ausübung unzulässigen Drucks auf die Entschließungsfreiheit der Erbprätendenten durch den Erblasser .....	106
aa) Auswirkungen der Einführung des „Druck-Topos“ durch das Bundesverfassungsgericht auf die Testierfreiheit ....	109
(1) Ausgangspunkt: Hohenzollernentscheidung des Bundesverfassungsgerichts .....	110
(2) Einflüsse der Hohenzollernentscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Rechtsprechung der Zivilgerichte .....	113
(a) Übertragung des Druck-Topos auf Wiederverheiratursklauseln durch Oberlandesgerichte und Literatur .....	113
(b) Übertragung des Druck-Topos auf testamentarisch angeordnete Besuchsbedingungen durch das OLG Frankfurt .....	115
(c) Fazit: Abwägung der Zivilgerichte zwischen Entschließungs- und Testierfreiheit erfolgt zu Lasten der Testierfreiheit .....	117

(3) Einführung des Druck-Topos durch das Bundesverfassungsgericht und dessen Übernahme durch die zivilgerichtliche Rechtsprechung als unzulässige Grenze der Testierfreiheit .....	118
(a) Fehlende Schutzbedürftigkeit der Erbprätendenten – eine Analyse der rechtlichen Beziehung zwischen Erblasser und Erbprätendenten .....	119
(aa) Kritik: Annahme der fehlenden Schutzbedürftigkeit von Erbprätendenten als lebensfremd und hohles Pathos .....	122
(α) Limitation der Testierfreiheit durch Schaffung von Vertrauenstatbeständen: Das Erbanwartschaftsrecht als Grenze der Testierfreiheit .....	123
(β) Annahme eines Erbanwartschaftsrechts als unzulässige Grenze der Testierfreiheit .....	125
(bb) Fazit: Keine Schutzbedürftigkeit der Erbprätendenten .....	126
(b) Auswirkungen der fehlenden Schutzbedürftigkeit der Erbprätendenten auf die Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdiktes und die Testierfreiheit	126
(c) Weitere Kritikpunkte an der Theorie von der Ausübung unzulässigen Drucks auf die Entschließungsfreiheit der Bedachten durch den Erblasser .....	127
bb) Fazit: Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdiktes zur Verhinderung der Ausübung unzulässigen Drucks auf die Entschließungsfreiheit der Erbprätendenten als unzulässige Grenze der Testierfreiheit .....	130
b) Sittenwidrigkeit diskriminierender Verfügungen von Todes wegen .....	131
c) Sittenwidrigkeit aufgrund der Verletzung familiärer Pflichten .....	135
aa) Ausgangspunkt: Die Rechtsprechung zum Geliebtentestament .....	138
bb) Neuer Bezugspunkt: Verletzung familiärer Pflichten durch den Erblasser .....	139
(1) Sittliche Pflicht zur vermögensmäßigen Gleichbehandlung – Erfordernis der Ausgewogenheit letztwilliger Verfügungen .....	140
(2) Sittliche Pflicht zur Verhinderung materieller Not der gesetzlichen Erben .....	142

(3) Ideelle Zurücksetzung der Angehörigen durch Zuweisung einer nachgeordneten Rechtsstellung . . . . .	145
(4) Sittliche Pflicht zur Korrektur lebzeitigen Fehlverhaltens . . . . .	147
cc) Fazit: Keine Sittenwidrigkeit aufgrund der Verletzung familiärer Pflichten . . . . .	149
d) Sittenwidrigkeit von Verfügungen zu Lasten der Sozialhilfe – das sogenannte Behindertentestament . . . . .	149
aa) Benachteiligung des behinderten Kindes . . . . .	151
bb) Sittenwidrigkeit aufgrund der Schädigung des Sozialhilfeträgers . . . . .	151
cc) Fazit: Keine Sittenwidrigkeit von Verfügungen zulasten des Sozialhilfeträgers . . . . .	153
e) Abschließende Betrachtung: Derzeitige Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB als unzulässige Grenze der Testierfreiheit	154
f) Lösungsvorschlag: Maßgeblichkeit des subjektiven Elementes zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen . . . . .	155
aa) Unerlässlichkeit der Betrachtung des subjektiven Elements zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit erbrechtlicher Verfügungen von Todes wegen . . . . .	157
(1) Einwände gegen die Betrachtung des subjektiven Elements . . . . .	159
(a) Verfassungsrechtliche Unzulässigkeit von Motiverforschung . . . . .	159
(b) Probleme bei der Ermittlung der Motive des Erblassers als Schwäche der Betrachtung des subjektiven Elements . . . . .	161
(2) Zwischenergebnis . . . . .	162
bb) Kriterien zur Feststellung der Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen . . . . .	162
(1) Bewertungsmaßstab: Zurückhaltende Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdikts auf Verfügungen von Todes wegen . . . . .	163
(2) Maßgebliches Kriterium: Ausschließliche Instrumentalisierung der Verfügung von Todes wegen zur Verhaltenslenkung . . . . .	164
(3) Besonderheit: Zweistufige-Prüfung bei ausschließlich verhaltenssteuernden Verfügungen von Todes wegen	166
g) Fazit: Zulässige Beschränkungen der Testierfreiheit über § 138 Abs. 1 BGB in Ausnahmefällen möglich . . . . .	168
2. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit – eine Grenze der Testierfreiheit . . . . .	168

a)	Determination des Zeitpunktes der Sittenwidrigkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht .....	170
b)	Differenzierung zwischen der Änderung des sittlichen Maßstabs und der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse	172
aa)	Änderung des sittlichen Maßstabes .....	172
bb)	Änderung der tatsächlichen Verhältnisse .....	175
c)	Der Wirkungseintritt als maßgeblicher Augenblick – der Erbfall als relevanter zeitlicher Faktor für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit? .....	178
d)	Die Gefahr nachträglicher Sittenwidrigkeit bei Maßgeblichkeit des Errichtungszeitpunktes .....	181
e)	Die Funktion des § 138 Abs. 1 BGB im Erbrecht als maßgeblicher Faktor .....	184
f)	Berücksichtigung der Wertungen des § 2171 BGB und der <i>regula catoniana</i> .....	186
g)	Fazit: Maßgeblichkeit des Errichtungszeitpunktes .....	191
3.	Fehlerhafte Rechtsfolgen bei der Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdikttes – eine unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit .....	192
a)	Gesamtnichtigkeit als massiverer Eingriff in die Testierfreiheit im Vergleich zu der Teilnichtigkeit .....	193
b)	Aufrechterhaltung des verbleibenden Teils der Verfügung von Todes wegen aus Gründen des Bedachtenschutzes als unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit .....	194
c)	Auslegung der letztwilligen Verfügung als entscheidendes Mittel zur Wahl der richtigen Rechtsfolge – Vorwurf der geltungserhaltenden Reduktion .....	198
d)	Fazit: Unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit durch fehlerhafte Rechtsfolgen bei der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB .....	201
II.	<i>Die Grenzen der Testierfreiheit zur Verhinderung dauerhafter Vermögensperpetuierung und lebenslanger Bindung der Erben</i> ....	202
1.	Die gesetzlichen Schranken erblasserischer Anordnungsmöglichkeiten .....	203
a)	Beschränkungen des Auseinandersetzungsausschlusses – Einschränkungen der Ausgestaltungsmöglichkeiten des Erblassers .....	203
aa)	Wirkungslosigkeit des Auseinandersetzungsausschlusses bei Vorliegen eines wichtigen Grundes als Grenze der Testierfreiheit .....	205
(1)	Zweifel an der Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 749 Abs. 2 BGB auf den zeitlich	

begrenzten erbrechtlichen Auseinandersetzungsausschluss . . . . .	208
(2) Untersuchung der entsprechenden Anwendung des § 749 Abs. 2 BGB auf den erbrechtlichen Auseinandersetzungsausschluss . . . . .	209
(a) 1. Kriterium: Wegfall der Voraussetzungen unter denen der Ausschluss vereinbart worden ist . . . . .	210
(b) 2. Kriterium: Persönliche Unzumutbarkeit des Auseinandersetzungsausschlusses . . . . .	212
(3) Zwischenfazit – Restriktive Anwendung des § 749 Abs. 2 BGB auf das Teilungsverbot . . . . .	214
bb) Zeitliche Beschränkung des Auseinandersetzungsausschlusses – Sinn und Zweck einer temporalen Begrenzung des Auseinandersetzungsausschlusses . . . . .	215
b) Beschränkungen der Testamentsvollstreckung – Einschränkungen der Ausgestaltungsmöglichkeiten des Erblassers . . . . .	218
aa) Beschränkung der Dauer einer Testamentsvollstreckung . . . . .	218
bb) Begrenzung der Testamentsvollstreckung durch das Rechtsinstitut der Verwirkung . . . . .	224
cc) Annahme eines Ausschließlichkeitsverhältnisses der in § 2210 S. 2 BGB normierten Ereignisse als Beschränkung der Testamentsvollstreckung und Begrenzung des Erblasserwillens . . . . .	225
c) Die Grenzen der Nacherbfolgenanordnung . . . . .	228
aa) Unzulässige zeitliche Beschränkung der Nacherbfolgenanordnung durch zu strenge Anforderungen an das Ereignis im Sinne des § 2109 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB . . . . .	230
bb) Zeitliche Beschränkung der Nacherbfolgenanordnung	233
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der zeitlichen Beschränkung der erblasserischen Anordnungsmöglichkeiten . . . . .	233
aa) Berücksichtigung der Interessen der Erben – Verhinderung lebenslanger Erbenbindung zum Schutz der persönlichen und wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Erben . . . . .	235
bb) Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit – Verhinderung volkswirtschaftlicher Nachteile durch die zeitliche Begrenzung erblasserischer Anordnungsmöglichkeiten . . . . .	237
(1) Exkurs: Das Familienfideikommiss und dessen Abschaffung . . . . .	237

(2) Schutz vor fideikommissähnlichen Auswirkungen durch die zeitliche Begrenzung erblasserischer Anordnungsmöglichkeiten . . . . .	239
(3) Verhinderung langfristiger Vermögensbindung als berechtigtes Interesse . . . . .	240
cc) Verhinderung der Gefährdung der Zuordnungsgewissheit als weiterer Zweck erbrechtlicher Bindungsgrenzen . . . . .	242
dd) Zwischenfazit – zulässige zeitliche Beschränkung der erblasserischen Anordnungsmöglichkeiten . . . . .	243
2. Einordnung der Beschränkungen der erblasserischen Anordnungsmöglichkeiten in die Kategorien der Grenzen der Testierfreiheit . . . . .	243
3. Fazit: Bestimmte Begrenzungen der erblasserischen Anordnungsmöglichkeiten mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit unvereinbar . . . . .	244
<i>III. Das Pflichtteilsrecht als Grenze der Testierfreiheit . . . . .</i>	245
1. Ausgestaltung und Anwendung des Pflichtteilsentziehungsrechts als unzulässige Grenze der Testierfreiheit . . . . .	249
a) Restriktive Pflichtteilsentziehungsgründe als Ausdruck der gesetzgeberischen Strenge im Hinblick auf die Pflichtteilsentziehung . . . . .	251
b) Pflichtteilsfreundliche Rechtsprechung als Ursache eines wirkungslosen Pflichtteilsentziehungsrechts . . . . .	252
aa) Überzogene Anforderungen an die Konkretisierung des Entziehungsgrundes . . . . .	253
bb) Überzogene Anforderungen an das Erfordernis der Angabe des konkreten Entziehungsgrundes in der Verfügung von Todes wegen . . . . .	255
cc) Zu geringe Anforderungen der Rechtsprechung an die Verzeihung . . . . .	257
2. Fazit: Unzulässige Beeinträchtigungen der Testierfreiheit durch die Pflichtteilsentziehungsrechtsprechung . . . . .	259
<i>IV. Einschränkungen der Testierfreiheit durch das Landwirtschaftserbrecht . . . . .</i>	260
1. Beschränkung der Testierfreiheit durch landesrechtliche Anerbengesetze . . . . .	262
2. Beschränkung der Testierfreiheit durch die Höfeordnung . . . . .	265
a) Das Verbot des Ausschlusses der Hoferbfolge durch Verfügung von Todes wegen . . . . .	266
b) § 8 Abs. 2 HöfeO und der Ausschluss des Rechts des Ehegatten allein über seinen Hofanteil zu verfügen . . . . .	269

3. Fazit: Begrenzungen der Testierfreiheit sind auch im Landwirtschaftserbrecht vorhanden .....	272
V. <i>Abschließende Betrachtung der Ergebnisse zu der ersten Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit</i> .....	273
<b>D. Die zweite Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz des selbstbestimmten Testierens des Erblassers vor unzulässigen Einwirkungen Dritter</b> .....	275
<i>I. Das Verhältnis zwischen Autonomie und Testierfreiheit</i> .....	278
1. Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht .....	278
2. Der „Balanceakt“ zwischen Autonomieschutz und Aufrechterhaltung einer wirklichen Testierfreiheit .....	281
3. Die grundsätzliche Haltung der Regelungen des Erbrechts zu dem Verhältnis von Testierfreiheit und Autonomieschutz .....	282
4. Die Forderung nach einer verstärkten Wahrnehmung des Schutzes des selbstbestimmten Testierens .....	282
<i>II. Bestehende einfach gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der Testierfreiheit des Erblassers vor Beeinflussung durch Dritte und die damit einhergehenden Beschränkungen der Testierfreiheit</i> .....	284
1. Testierunfähigkeit – Schutz der Testierfreiheit durch die Bestimmungen zur Testierfähigkeit .....	285
a) Zusammenhang zwischen Testierfähigkeit und Testierfreiheit .....	286
b) Ablehnung der partiellen Testierfähigkeit als Grenze der Testierfreiheit .....	289
aa) Ablehnung der partiellen Testierfähigkeit zum Schutz des Erblassers .....	290
bb) Ablehnung der partiellen Testierfähigkeit zum Schutz der (gesetzlichen) Erben .....	290
cc) Fazit: Ablehnung der partiellen Testierfähigkeit als unzulässige Grenze der Testierfreiheit .....	291
c) Ablehnung der relativen Testierfähigkeit als Grenze der Testierfreiheit .....	292
aa) Ablehnung der relativen Testierfähigkeit zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten .....	293
bb) Ablehnung der relativen Testierfähigkeit zur Vermeidung von Abgrenzungsschwierigkeiten .....	294
cc) Fazit: Ablehnung der relativen Testierfähigkeit als unzulässige Grenze der Testierfreiheit .....	295
d) Faktische Testierunfähigkeit aufgrund massiver körperlicher Defizite .....	297

2. Der Typen- und Formzwang als Grenze der Testierfreiheit zum Schutz der Autonomie des Erblassers .....	299
a) Ausgangslage: Geringe Errichtungsvoraussetzungen bei gleichzeitigem Schutz der Testierfreiheit .....	302
b) Die Folge eines Verstoßes gegen den Typen- oder Formzwang – Nichtigkeit der Verfügung von Todes wegen als erhebliche Beeinträchtigung der Testierfreiheit .....	304
c) Weitestgehende Verwirklichung des Erblasserwillens: § 2085 BGB und die Zulässigkeit der Umdeutung .....	305
d) Notwendigkeit des Typen- und Formzwangs für die Verwirklichung der Testierfreiheit .....	307
e) Zwischenfazit: Zulässige Ausgestaltung der Testierfreiheit durch den Form- und Typenzwang bei gleichzeitigem Schutz des selbstbestimmten Testierens .....	308
f) Das eigenhändige Testament – Chance oder Risiko für die Testierfreiheit des Erblassers? .....	309
aa) Anforderungen des Gesetzes und der Rechtsprechung an das eigenhändige Testament .....	310
(1) Eigenhändigkeit der Testamentserrichtung .....	310
(2) Das Erfordernis der Feststellung des Testierwillens – Gefahr der unzulässigen Beschränkung des Erblasserwillens .....	312
(3) Zwischenfazit – Sicherung der Testierfreiheit bei gleichzeitig geringen Hürden für die Errichtung der Verfügung von Todes wegen .....	315
bb) Abwägung der Chancen und Risiken des eigenhändigen Testaments – Beibehaltung oder Abschaffung des eigenhändigen Testaments zum Schutz der Autonomie des Erblassers? .....	315
(1) Vorteile des eigenhändigen Testaments – eine Chance für die Testierfreiheit .....	316
(2) Das eigenhändige Testament als Einfallstor unzulässiger Beeinflussung und fehlerhafter Verfügungen von Todes wegen – ein Risiko für die Testierfreiheit .....	316
(a) Die erhöhte Gefahr unzulässiger Einflussnahme bei eigenhändigen Testamenten .....	317
(b) Das erhöhte Verfälschungsrisiko bei eigenhändigen Testamenten .....	319
(c) Die erhöhte Gefahr der Errichtung von unwirksamen und auslegungsbedürftigen Testamenten .....	321

(d) Die Risiken für die zuvor wirksam Bedachten und die gesetzlichen Erben .....	322
cc) Abschließende Bewertung: Das eigenhändige Testament als notwendige Gestaltungsform erbrechtlicher Verfügungen .....	324
g) Fazit: Beibehaltung der derzeitigen Ausgestaltung des Typen- und Formzwangs .....	325
3. Das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen als Grenze der Testierfreiheit .....	326
a) § 2064 BGB und der Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit .....	327
aa) Regelungsinhalt des § 2064 BGB .....	327
bb) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 2064 BGB und den Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit .....	328
cc) Fazit: Der Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit als zulässige Grenze der Testierfreiheit .....	330
b) Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit als Grenze der Testierfreiheit .....	330
aa) Verschiedenen Legitimationsversuche des § 2065 BGB und des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit .....	332
(1) Verhinderung der Verfälschung des Erblasserwillens und des Missbrauchs der Bestimmungsmöglichkeit durch den Dritten .....	332
(2) Schaffung von Rechtssicherheit im Zeitpunkt des Erbfalls durch § 2065 BGB .....	334
(3) Verhinderung der Umgehung des Grundsatzes der formellen Höchstpersönlichkeit durch § 2065 BGB ...	336
(4) Schutz des unverzichtbaren Kerns der Privatautonomie durch § 2065 BGB .....	337
(5) Erfordernis der materiellen Höchstpersönlichkeit aufgrund der besonderen persönlichen Bedeutung der Verfügung von Todes wegen .....	340
(6) Verhinderung der Konzentration von Vermögen in der Generationenfolge .....	341
(7) Schutz der gesetzlichen Erbfolge durch § 2065 BGB – familiaristische Wertungen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit .....	343
(8) Erfordernis der materiellen Höchstpersönlichkeit aufgrund der personalen Verantwortung des Erblassers .....	345
bb) Ergebnis: Verfassungswidrigkeit des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit .....	348

cc)	Fazit: Fehlerhafte Legitimationsversuche des § 2065 BGB als Ausdruck der Entwicklungen zu den Grenzen der Testierfreiheit .....	349
4.	Die Erbnunwürdigkeit als Rechtsinstitut zum Schutz der Testierfreiheit .....	350
a)	Der Zweck der Feststellung der Erbnunwürdigkeit: Sanktionierung des Erbnunwürdigen oder Schutz der Testierfreiheit? .....	351
b)	Bewertung – Schutz der Testierfreiheit durch die Erbnunwürdigkeitsgründe .....	353
c)	Regelungen zur Erbnunwürdigkeit als Grenze der Testierfreiheit .....	354
5.	Das Pflichtteilsrecht als Rechtsinstitut zum Schutz vor unzulässiger Beeinflussung .....	355
6.	§ 242 – Treu und Glauben zum Schutz der Testierfreiheit des Erblassers vor unzulässiger Einflussnahme durch Dritte .....	357
7.	§ 138 Abs. 1 BGB – Das Sittenwidrigkeitsverdikt zum Schutz des Erblassers vor unzulässiger Beeinflussung durch Dritte und die dadurch entstehenden Auswirkungen auf die Testierfreiheit .....	360
a)	Die Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdiktes zum Schutz des Erblassers vor unzulässiger Beeinflussung durch die Rechtsprechung .....	361
aa)	Die Position des Bundesgerichtshofs zu der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB zum Schutz des Erblassers vor unzulässiger Beeinflussung durch Dritte .....	361
bb)	Die Position anderer Obergerichte zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB zum Schutz des Erblassers vor unzulässiger Beeinflussung durch Dritte .....	363
cc)	Die Prüfung des subjektiven Elements des § 138 Abs. 1 BGB im Kontext der sittenwidrigen Beeinflussung des Testierens durch die Rechtsprechung .....	364
dd)	Die Beweislast bei der Prüfung sittenwidriger Beeinflussung der Autonomie des Erblassers im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB .....	366
ee)	Fazit: Geringe Wahrnehmung des Schutzes der Testierfreiheit des Erblassers vor unzulässiger Beeinflussung über das Sittenwidrigkeitsverdikt durch die Rechtsprechung .....	367
b)	Forderungen der Literatur nach einer verstärkten Wahrnehmung des Schutzes des selbstbestimmten Testierens vor unzulässiger Beeinflussung über das Sittenwidrigkeitsverdikt .....	368

c)	Bewertung der Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB zum Schutz des selbstbestimmten Testierens durch Rechtsprechung und Literatur .....	370
aa)	Dogmatische Schwächen der Ansichten der Literatur und der Rechtsprechung .....	371
(1)	Die Unvereinbarkeit der Loslösung von dem subjektiven Element bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit .....	371
(2)	Die Annahme einer psychischen Zwangslage des Erblassers – Berücksichtigung des Mehr an Rechten des Erblassers .....	373
(3)	Die Annahme eines unzulässigen Ausnutzens – Berücksichtigung zulässiger Verhaltensweisen der Erbprätendenten .....	374
bb)	Die fehlerhaften Grundannahmen der Forderung nach einem (verstärkten) Schutz vor fremdbestimmten Verfügungen des Erblassers über das Sittenwidrigkeitsverdikt .....	375
(1)	Die fehlerhafte Annahme der Notwendigkeit und der Zulässigkeit eines Schutzes vor fremdbeeinflussten Verfügungen von Todes wegen über § 138 Abs. 1 BGB .....	376
(a)	Wenige gesetzlichen Lücken im Hinblick auf den Schutz des autonomen Testierens .....	377
(aa)	Berücksichtigung der Möglichkeit des Widerrufs, des Rücktritts oder der Aufhebung .....	377
(bb)	Berücksichtigung der bestehenden Regelungen zum Anfechtungsrecht .....	380
(b)	Zwischenfazit – keine Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB zum Schutz vor unter Beeinflussung und Beherrschung errichteten Verfügungen von Todes wegen .....	382
(2)	Die fehlerhafte Annahme der Notwendigkeit des Autonomieschutzes zur Sicherung der hinreichenden Legitimation für die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben .....	383
d)	Die Auswirkungen der Forderung nach einer extensiveren Anwendung des Sittenwidrigkeitsverdikt zum Schutz vor fremdbestimmten Verfügungen auf die Testierfreiheit .....	386
8.	Abschließende Beurteilung der bestehenden einfach-gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Testierfreiheit des Erblassers vor Beeinflussung durch Dritte und der damit einhergehenden Beschränkungen der Testierfreiheit .....	387

<i>III. Vulnerabilität und Testierfreiheit – Untersuchung der Vorschläge und Vorschriften zum Schutz vulnerabler Erblasser und deren Auswirkungen auf die Testierfreiheit</i> .....	388
1. Die Forderung nach der Umkehr der Vermutung der Testierfähigkeit – Schutz des vulnerablen Erblassers durch Änderung des § 2229 Abs. 4 BGB .....	389
a) Die Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung bei bestimmten Erblassergruppen .....	390
aa) Die Ungeeignetheit der Anknüpfungspunkte zur Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung .....	391
(1) Die Krankheit des Erblassers als Anknüpfungspunkt für die Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung .....	391
(2) Die Betreuung des Erblassers als Anknüpfungspunkt für die Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung .....	392
(3) Das fortgeschrittene Alter des Erblassers als Anknüpfungspunkt für die Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung .....	393
bb) Die fehlende Eignung des Vorschlags zum Schutz vor unzulässiger Einflussnahme .....	393
b) Fazit: Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung als unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit .....	396
2. Die gesteigerte Förmlichkeit zum Schutz selbstbestimmten Testierens vulnerabler Erblasser .....	398
a) Abschaffung des privatschriftlichen Testaments für todesnahe Erblasser .....	398
aa) Die Verhinderung privatschriftlicher Testamente todesnaher Erblasser durch eine analoge Anwendung des § 2247 Abs. 4 BGB .....	399
bb) Einführung einer neuen Regelung in Bezug auf todesnahe Testamente .....	400
cc) Bewertung des Vorschlags zur Abschaffung des eigenhändigen Testaments für todesnahe Erblasser .....	400
dd) Fazit: Abschaffung des privatschriftlichen Testaments für ältere Erblasser als unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit .....	402
b) Die Abschaffung des privatschriftlichen Testaments für unter Betreuung stehende Erblasser .....	402
3. Der Schutz der Autonomie des Erblassers durch den Erlass von Testierverboten .....	403
a) Untersuchung des § 14 HeimG und dessen entsprechenden landesrechtlichen Regelungen .....	405
aa) Kurzüberblick über die Voraussetzungen und die Anwendung des Zuwendungsverbots nach § 14 HeimG .....	406

(1) Heimrecht als Länderkompetenz – Erlass inhaltsgleicher Regelungen .....	407
(2) Die Bewertung der Anwendung des § 14 HeimG in Literatur und Rechtsprechung .....	408
bb) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 14 HeimG und die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen .....	409
(1) Fehlerhafte Prämisse des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung .....	410
(2) Das stille Testieren als bloße theoretische Möglichkeit der Umgehung des Testierverbotes .....	412
(3) Testierfreiheitsbeschränkende Auslegung des Merkmals „Sich-gewähren-lassen“ .....	412
(4) Betroffene Freiheits- und Gleichheitsrechte .....	413
(a) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG .....	414
(b) Verletzung des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 WRV .....	414
(c) Verstoß gegen die Testierfreiheit .....	415
(aa) Eignung des § 14 HeimG zur Förderung der vom Gesetz erstrebten Zwecke .....	416
(α) Sicherung der Testierfreiheit der Heimbewohner: § 14 HeimG als Akt gesetzgeberischer Zwangsfürsorge – vollständige Unbeachtlichkeit des Erblasserwillens .....	416
(β) Schutz vor finanzieller Ausbeutung der Heimbewohner durch nochmalige Abgeltung der Leistung des Heimbetriebs .....	417
(γ) Schutz vor einer unterschiedlichen und sachlich nicht gerechtfertigten Behandlung der Heimbewohner und einer Störung des Heimfriedens .....	418
(δ) Ergebnis: Ungeeignetheit des Testierverbotes zur Förderung der von § 14 HeimG verfolgten Zwecke .....	419
(bb) Im Übrigen: Unverhältnismäßigkeit des Testierverbotes aus § 14 HeimG .....	419
(5) Besonderheit im Hinblick auf vertragsmäßige Verfügungen eines Erbvertrages .....	419
(6) Fazit – Verfassungswidrigkeit des § 14 HeimG .....	420
cc) Unzulässigkeit der analogen Anwendung des § 14 HeimG	420
(1) § 14 HeimG – Analogiefähigkeit einer Ausnahmebestimmung .....	421

(2) Analoge Anwendung des § 14 HeimG in der ambulanten Pflege .....	422
(3) Analoge Anwendung des § 14 HeimG auf Betreuungsverhältnisse .....	423
(4) Analoge Anwendung des § 14 HeimG bei Vorliegen eines Umgehungstatbestandes .....	425
(5) „Doppelt analoge“ Anwendung des § 14 HeimG .....	426
(6) Fazit zur analogen Anwendung des § 14 HeimG .....	427
b) Fazit: Unvereinbarkeit des Erlasses weiterer enumerativer Verbote nach dem Vorbild des § 14 HeimG mit der Testierfreiheit .....	428
4. Die Erweiterung der Anfechtungsbefugnis zum Schutz vulnerabler Erblasser vor Beeinflussung und Beherrschung .....	429
a) Unklare Tatbestandsvoraussetzungen – Unzulässige Einflussnahme nicht hinreichend bestimm- und nachweisbar .....	431
aa) Die Einführung von Vermutungsregelungen nach dem Vorbild der U.S.-amerikanischen <i>undue influence</i> zur Verhinderung unzulässiger Fremdbestimmung .....	432
(1) Die <i>undue influence</i> und deren Vermutungsregelungen im U.S.-amerikanischen Recht .....	433
(2) Die Eignung der Einführung von Vermutungen für die nationale Rechtsordnung nach dem U.S.-amerikanischen Vorbild der <i>undue influence</i> .....	437
(3) Fazit – Übertragung der Vermutungen der <i>undue influence</i> auf die nationale Rechtsordnung als Risiko für die Testierfreiheit .....	439
bb) Zwischenfazit: Nachweis der unzulässigen Fremdbestimmtheit einer Verfügung von Todes wegen kaum möglich .....	441
b) Die Auswirkungen des Vorschlags zur Erweiterung der Anfechtungsbefugnis um den Tatbestand der unzulässigen Fremdbestimmung auf die Testierfreiheit .....	441
5. Fazit: Vorschläge und Vorschriften zum Schutz des vulnerablen Erblassers als unzulässige Grenzen der Testierfreiheit .....	443
IV. Abschließende Betrachtung der Ergebnisse zu der zweiten Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit .....	444
E. Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung .....	449

F. Korrektur der fehlerhaften Annahmen von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur zur Verhinderung zukünftiger unzulässiger Beschränkungen der Testierfreiheit .....	455
G. Schlussbetrachtung .....	459
Literaturverzeichnis .....	461
Register .....	477



## A. Einleitung

„Ein bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie ist die Testierfreiheit. Sie dient ebenso wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben.“<sup>1</sup>  
Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

### I. Einführung

Das Recht zur Übertragung des Eigentums durch letztwillige Verfügung ist das zentrale Element der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG und soll wie die Testierfreiheit als dessen bestimmendes Element der Sicherung eines Freiheitsraumes des Erblassers dienen.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung dürfen diesen Freiheitsraum, welchen die Testierfreiheit dem Erblasser gewährt, konkretisieren und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränken.<sup>3</sup>

Von dieser Möglichkeit der Einschränkung der Testierfreiheit machen Gesetzgeber und Rechtsprechung vielfach Gebrauch. So ist die Testierfreiheit zum einen an die Grenzen gebunden, die für die rechtsgeschäftliche Freiheit überhaupt gelten und zum anderen an erbrechtsspezifische Beschränkungen. Die Bestimmung der Reichweite solcher Grenzen kann durch fehlerhafte Annahmen in Rechtsprechung und Literatur zu einer Gefahr für die Testierfreiheit werden. Seit der „Hohenzollernentscheidung“<sup>4</sup> des Bundes-

---

<sup>1</sup> So explizit BVerfGE 112, 332, 348; vgl. auch BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 99, 341, 350.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 58, 377, 398; BVerfGE 67, 329, 341; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 93, 165, 174; BVerfGE 112, 332, 349; BVerfGE 126, 400, 424; s. dazu ausführlich die Betrachtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit in Kap. B. I.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 67, BVerfGE 91, 346, 360; BVerfGE 99, 341, 352; BVerfGE 112, 332, 348; s. dazu ausführlich Kap. B. VII., welches sich mit den Auswirkungen der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit auf die Vorschriften des einfachen Rechts befasst.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG NJW 2004, 2008, 2010. Diese Entscheidung wird in Kap. C. I. 1. a) (1) umfassend ausgewertet.

verfassungsgerichts nehmen die Zivilgerichte, unterstützt von zahlreichen Befürwortern in der Literatur, bei der Sittenwidrigkeitsprüfung von erbrechtlichen Verfügungen mit verhaltensbezogenen Elementen zunehmend eine Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und den Freiheiten der Erbprätendenten, insbesondere ihrer Entschließungsfreiheit vor. Diese Abwägung erfolgt – wie es noch zu zeigen gilt – zumeist zulasten der Testierfreiheit.<sup>5</sup> Eine derartige Rechtsprechungslinie zugunsten der Freiheiten der Erbprätendenten und zulasten der Freiheiten des Erblassers ruft verfassungsrechtliche Bedenken hervor. Es stellt sich die Frage, ob an dieser Stelle die Erbrechtsgarantie noch der Sicherung eines Freiheitsraumes des Erblassers oder vielmehr der Sicherung von Freiheiten und Vorstellungen der Erbprätendenten dient.

Eine solche Abkehr von der Maßgeblichkeit des Erblasserwillens findet sich in der jüngeren Vergangenheit vermehrt auch in der Rechtsprechung zu der Pflichtteilsentziehung wieder.<sup>6</sup> Diese Entwicklungen erwecken den Eindruck, dass insbesondere die Rechtsprechung die Testierfreiheit zunehmend einschränkt, um die gesetzlichen Erben und andere Erbprätendenten vor der Testierfreiheit des Erblassers zu schützen. Die vorliegende Arbeit stellt diesbezüglich die These auf, dass die Testierfreiheit durch Gesetz und Rechtsprechung zahlreichen Beeinträchtigungen zum Schutz von Dritten<sup>7</sup> und Kollektivgütern ausgesetzt ist, welche ihren individualschützenden Charakter und damit einhergehend auch ihren Bedeutungsgehalt in besonderer Weise bedrohen.

Zusätzlich sieht sich die Testierfreiheit einer weiteren Entwicklung ausgesetzt. Gesetz, Rechtsprechung und Literatur betreiben zunehmend einen Schutz des selbstbestimmten Testierens, welcher der Sicherung der Autonomie des Erblassers dienen soll. Ein solches Bestreben ist insoweit nachvollziehbar, als dass von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit nur selbstbestimmte letztwillige Verfügungen von Todes wegen erfasst sind.<sup>8</sup> Die Befürworter eines verstärkten Autonomieschutzes verkennen dabei jedoch vielfach, dass mit dem von ihnen geforderten Schutz des selbst-

---

<sup>5</sup> Vgl. dazu exemplarisch OLG Frankfurt, NJW-RR 2019, 394, 396; OLG Zweibrücken, FamRZ 2011, 1902, 1902; OLG Saarbrücken, ErbR 2015, 567, 567 ff.; s. dazu ausführlich Kap. C. I. 1. a) (2).

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. C. III.; s. zu diesem Befund auch *Lange*, ZEV 2018, 237, 238.

<sup>7</sup> Zu den „Dritten“ gehören dabei die Erbprätendenten und hierzu insbesondere die nahen Angehörigen in ihrer Stellung als gesetzliche Erben.

<sup>8</sup> Vgl. dazu ausführlich Kap. D. I. 1., welches sich mit der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht befasst; s. dazu auch BVerfGE 99, 341, 351; *Röthel*, AcP 210 (2010) 32, 65; *Sachs/Wendt* GG Art. 14 Rn. 197a; *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani* GG Art. 14 Rn. 412; *BeckOGK/Grzizowtz* BGB § 2229 Rn. 3; *Brox*, Festschrift Benda, 17, 27 ff.

bestimmten Testierens erhebliche Beeinträchtigungen der Testierfreiheit einhergehen. Diesen Weg will die vorliegende Arbeit nicht gehen, sondern die Auswirkungen dieser Vorschläge auf die Testierfreiheit analysieren und die Frage stellen, ob die Vorschläge mit der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit vereinbar sind. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Gesetz bereits an zahlreichen Stellen die Testierfreiheit begrenzt, um das autonome Testieren des Erblassers zu sichern. So unterliegt der Erblasser bei der Ausübung der Testierfreiheit zur Gewährleistung der Authentizität und damit auch zum Schutz seiner autonomen Entscheidung einem Form- und Typenzwang.<sup>9</sup> Auch der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit soll selbstverantwortliche Entscheidungen des Erblassers sichern und schränkt die Testierfreiheit des Erblassers dabei erheblich ein.<sup>10</sup> Die vorliegende Arbeit will zeigen, dass bereits die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Autonomie des Erblassers die Testierfreiheit teilweise unzulässig beschränken.

Der demographische Wandel hat im Erbrecht dazu geführt, dass für den sogenannten vulnerablen Erblasser, welcher aufgrund von Altersschwäche und Krankheit leichter beherrscht- und beeinflussbar sein soll, zahlreiche Ansätze diskutiert werden, die dem Schutz des selbstbestimmten Testierens dienen sollen.<sup>11</sup> Vielfach wird die Umkehr der Testierfähigkeitsvermutung und die Steigerung von Förmlichkeiten, beispielsweise in Form der Abschaffung des privatschriftlichen Testaments, für diese Erblassergruppe befürwortet. Zahlreiche Stimmen in der Literatur fordern darüber hinaus die Erweiterung der Anfechtungsgründe um den Tatbestand der unzulässigen Einflussnahme.<sup>12</sup> Mit diesen zunehmend lauter werdenden Stimmen will sich die Arbeit ebenfalls kritisch auseinandersetzen.

Auch der Erlass von Testierverboten wird vielfach erwogen, um die Autonomie des Erblassers zu schützen.<sup>13</sup> Mit § 14 HeimG und dessen entsprechenden landesrechtlichen Regelungen sind bereits gesetzliche Testierverbote, die unter anderem auch dem Autonomieschutz dienen sollen, eingeführt worden. Die vorliegende Arbeit wird zeigen, dass solche „Schutzmechanismen“ nicht in der Lage sind, die Autonomie des Erblassers zu schützen, sondern lediglich den Erblassern die Ausübung ihrer Testierfreiheit

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu Kap. D. II. 2.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Kap. D. II. 3.

<sup>11</sup> Vgl. dazu Kap. D. III.; s. dazu die Beiträge von *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345, 346; *Röthel*, 68. DJT, A 9 (A 81); *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 55 ff.; *Grzivotz*, MDR 2016, 737, 737; *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, 26 f.; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, 1 ff.; *Aden*, ZRP 2011, 83, 83 ff.; *Krispenz*, ErbR 2015, 525, 525; *Frieser*, ErbR 2020, 309, 309.

<sup>12</sup> Vgl. dazu Kap. D. III. 4.

<sup>13</sup> Vgl. dazu Kap. D. III. 3.

erschweren beziehungsweise unmöglich machen und dadurch ebenfalls verfassungswidrige Beeinträchtigungen der Testierfreiheit hervorrufen.

Darüber hinaus wird die vorzunehmende Analyse verdeutlichen, dass sowohl dem Gesetz, der Rechtsprechung als auch der Literatur zum Teil ein fehlerhaftes Verständnis der Zielrichtung und der Bedeutung des Autonomieschutzes zugrunde liegt. So wird formuliert, dass die Autonomie des Erblassers zur Verhinderung des Entstehens eines Legitimationsdefizites in Bezug auf die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben geschützt werden müsse.<sup>14</sup>

Gesetz, Rechtsprechung und insbesondere Teile der Literatur betreiben vielfach keinen Schutz der Autonomie zur Verwirklichung des Erblasserwillens, sondern bewahren nahe Angehörige vor vermeintlich verantwortungslosen und nicht hinreichend selbstbestimmten Verfügungen von Todes wegen.

Diese Entwicklungen lassen die Befürchtung entstehen, dass der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die Literatur zunehmend die Interessen der gesetzlichen Erben und anderer Erbprätendenten fokussieren. Der individualschützende Freiheitsraum der Testierfreiheit ist hierdurch in besonderer Weise bedroht. Aus diesem Grund stellt die Arbeit folgenden, im Verlauf der Untersuchung zu überprüfenden Befund auf:

Ein Schutz der Testierfreiheit vor unzulässigen Beeinträchtigungen und dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust ist dringend angezeigt.

Aus diesem Ausgangsbefund leiten sich eine Reihe an Thesen ab, die den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung bestimmen und der Überprüfung des Ausgangsbefunds dienen (dazu II.).

## II. Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat sich eine möglichst umfassende Untersuchung der Grenzen der Testierfreiheit zur Aufgabe gemacht. Folglich sollen sämtliche relevante Beschränkungen der Testierfreiheit durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur näher betrachtet werden. Das Ziel der vorzunehmenden Analyse ist es, die unzulässigen Beeinträchtigungen der Testierfreiheit zu ermitteln. Dabei wird zu untersuchen sein, auf welchen fehlerhaften Annahmen diese Beeinträchtigungen der Testierfreiheit basieren. Aufgabe dieser Arbeit ist es außerdem, aufzuzeigen, wie bestehende Beeinträchtigungen aufgeho-

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu Kap. D. III. 3.; so bspw. *Röthel*, AcP 210 (2010), 32, 65: „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.“; s. dazu auch *Röthel*, Gutachten 68. DJT, A9 (A86).

ben und zukünftige Beeinträchtigungen der Testierfreiheit verhindert werden können. Um eine möglichst fokussierte Untersuchung der Begrenzungen der Testierfreiheit durchzuführen, sollen bereits an dieser Stelle grundlegende Thesen aufgestellt werden, die im Verlauf der Untersuchung einer ständigen Überprüfung unterzogen und durch detaillierte Befunde und Forderungen ergänzt werden:

I. Die Grenzen der Testierfreiheit lassen sich im Wesentlichen in zwei Kategorien unterteilen:

1. Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz Dritter und Schutz von Kollektivgütern vor der Testierfreiheit des Erblassers
2. Kategorie der Grenzen der Testierfreiheit: Schutz des selbstbestimmten Testierens des Erblassers vor unzulässigen Einwirkungen Dritter

II. Die Testierfreiheit sieht sich zahlreichen unzulässigen Beschränkungen durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur ausgesetzt.

III. Die unzulässigen Beschränkungen der Testierfreiheit beruhen im Wesentlichen auf drei zentralen Missverständnissen:

1. Die rechtliche Beziehung zwischen Erblasser und Erbprätendenten wird verkannt beziehungsweise nicht hinreichend berücksichtigt.
2. Die Bedeutung der gesetzlichen Erbfolge wird missverstanden.
3. Die Zielrichtung und die Bedeutung des Schutzes des selbstbestimmten Testierens werden fehlinterpretiert.

IV. Die diversen Begrenzungen der Testierfreiheit bedrohen den Bedeutungsgehalt der Testierfreiheit und insbesondere ihren individualschützenden Charakter.

V. Ein Schutz der Testierfreiheit vor unzulässigen Beeinträchtigungen und dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust ist dringend angezeigt.

### III. Gang der Untersuchung

Der Gang der Untersuchung wird durch den soeben dargelegten Gegenstand der Untersuchung bereits vorbestimmt. So stellt die vorliegende Arbeit unter anderem die These auf, dass die Grenzen der Testierfreiheit im Wesentlichen in zwei Kategorien aufgeteilt werden können. Daher sollen sämtliche relevante Beschränkungen der Testierfreiheit ihren jeweiligen Kategorien zugeordnet und innerhalb dieser Kategorien auch untersucht werden.

Nach einer systematischen Entfaltung der rechtstheoretischen Grundlagen der Testierfreiheit, welche sich unter anderem mit ihrer verfassungsrecht-

lichen Gewährleistung und rechtshistorischen Entwicklung befasst (dazu B.), sollen zunächst die Grenzen der Testierfreiheit zum Schutz der Erbprärendenten und Kollektivgüter vor der Testierfreiheit des Erblassers analysiert werden (dazu C.). Im Anschluss erfolgt eine Untersuchung der Grenzen der Testierfreiheit zum Schutz des selbstbestimmten Testierens des Erblassers vor unzulässigen Einwirkungen Dritter (dazu D.). Das Ziel der Kapitel C. und D. ist es, aufzuzeigen, welchen Beschränkungen und Beeinträchtigungen die Testierfreiheit ausgesetzt ist. Dabei wird für jede Begrenzung der Testierfreiheit zu prüfen sein, ob diese sich in die entwickelten Kategorien einordnen lässt. Nur wenn dies der Fall ist, lässt sich die vorgenommene Kategorisierung der Grenzen der Testierfreiheit und die diesbezüglich aufgestellte These aufrechterhalten.

Sofern sich die jeweilige Beschränkung der Testierfreiheit als unzulässig erweist, ist zu prüfen, aus welchen Gründen das Gesetz, die Rechtsprechung oder die Literatur die Testierfreiheit einschränken. Eine solche Untersuchung ermöglicht die Überprüfung der übrigen aufgestellten Thesen zu den Grenzen der Testierfreiheit. Auch die in der Einleitung aufgeworfene Frage, ob die Testierfreiheit zunehmend in ihrem individualschützenden Charakter und damit einhergehend in ihrem Bedeutungsgehalt bedroht ist, kann hierdurch beantwortet werden.

Die Ergebnisse der vorzunehmenden Untersuchung werden in einem eigenständigen Kapitel zusammengefasst (dazu E.), welches ermöglicht, die fehlerhaften Annahmen von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur zu korrigieren (dazu F.). In einer abschließenden Stellungnahme wird sodann die Frage beantwortet, ob der individualschützende Charakter der Testierfreiheit zunehmend bedroht ist und daher ein Schutz der Testierfreiheit vor dem damit einhergehenden Bedeutungsverlust dringend angezeigt ist (dazu G.).

## B. Rechtstheoretische Grundlagen der Testierfreiheit

Eine Untersuchung der Grenzen der Testierfreiheit setzt zunächst eine umfassende systematische Entfaltung der Testierfreiheit voraus. Neben einer verfassungsrechtlichen (dazu I.) und einer rechtshistorischen (dazu II.) Betrachtung, sind hierfür auch die Funktionen der Testierfreiheit näher darzustellen (dazu III.), die Rückschlüsse auf den Gewährleistungsgehalt der Testierfreiheit zulassen. Sodann sind die Grundlinien und Typen der Kritik an der Testierfreiheit (dazu IV.) darzulegen und die Rechtsnatur der Testierfreiheit (dazu V.) rechtstheoretisch zu entwickeln. Auch die dogmatischen Konzeptionen der Testierfreiheit bedürfen einer theoretischen Analyse (dazu VI.). Nicht zuletzt sind für die Untersuchung der Begrenzungen der Testierfreiheit auch die Einwirkungen des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG auf die einfachrechtlichen Regelungen des Privatrechts von Bedeutung (dazu VII.).

### I. Betrachtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit

Bei der Analyse der Begrenzungen der Testierfreiheit durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ist zu beachten, dass das Erbrecht in der deutschen Rechtsordnung neben der einfach-rechtlichen auch über eine verfassungsrechtliche Dimension verfügt.<sup>1</sup> So garantiert der Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur das Eigentum, sondern explizit auch das Erbrecht.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Zutreffend weist *Dutta*, Staatslexikon, Erbrecht unter 2. auf die verfassungsrechtliche Dimension des Erbrechts hin: „Zu beachten ist, dass das E[rbrecht] in einigen Rechtsordnungen auch eine verfassungsrechtliche Dimension besitzt. So ist in Deutschland der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines E[rbrechts]s nicht frei. Vielmehr garantiert Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG neben dem Eigentum auch das Erbrecht.“ Die Prägung des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die verfassungsrechtlich geschützte Testierfreiheit bringt auch der BGH zum Ausdruck, s. dazu BGHZ 111, 36, 39: „Was zunächst den Gesichtspunkt angeht, der Erblasser habe seine Tochter sittenwidrig benachteiligt, so ist darauf hinzuweisen, dass das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches von dem Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht ist; dieser Grundsatz steht unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG [...]“. Vgl. dazu auch die Analyse der Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit auf die einfach-rechtlichen Vorschriften in Kap. B. VII.

Aus dieser Vorschrift des Grundgesetzes leitet das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Garantie des Erbrechts ab.<sup>3</sup> Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistet das Erbrecht dabei sowohl als Rechtsinstitut<sup>4</sup> als auch als Individualgrundrecht.<sup>5</sup> Bei dem bestimmenden Element dieser Erbrechtsgarantie handelt es sich um die Testierfreiheit, die als Verfügungsbefugnis des Eigentümers über dessen Tod hinaus eng mit der Eigentümersgarantie verbunden ist und besonders ausgeprägten Schutz genießt.<sup>6</sup> Die Erbrechtsgarantie sichert damit in erster Linie den Freiheitsraum des Erblassers in Form des subjektiven Grundrechts auf Testierfreiheit<sup>7</sup> und stellt im Rahmen der Institutsgarantie sicher, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Erbrechts die Kernelemente des deutschen Erbrechts, zu denen auch die Testierfreiheit gehört, beachtet.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> In der Weimarer Reichsverfassung war die Erbrechtsgarantie eigenständig in Art. 154 WRV geregelt und unterlag einem besonderen Gesetzesvorbehalt nach dem der Anteil des Staates am Erbgut sich nach den Gesetzen bestimmte, vgl. dazu BeckOK GG/*Axer* GG Art. 14 Rn. 144; Staudinger/*Otte* Einleitung zum Erbrecht Rn. 60. Mit der Gewährleistung des Eigentums und der Erbrechtsgarantie in einem Satz unterstreicht das Grundgesetz die Zusammengehörigkeit dieser beiden Elemente in einer privaten Vermögensordnung, vgl. dazu ausführlich Kap. B. VI. 6.; v. Münch/Kunig/*Bryde* GG Art. 14 Rn. 42; Dreier/*Wieland* GG Art. 14 Rn. 82; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani* GG Art. 14 Rn. 404.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BVerfGE 19, 202, 206; BVerfGE 44, 1, 17; BVerfGE 67, 329, 340; BVerfGE 97, 1, 6; BVerfGE 99, 341, 350; BVerfGE 112, 332, 348; *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 43 ff.; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani* Art. 14 Rn. 404.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 19, 202, 206; BVerfGE 91, 346, 358. Hierbei handelt es sich um die sogenannte Institutsgarantie. Im Mittelpunkt dieser Institutsgarantie steht die Pflicht des inhaltsbestimmenden Gesetzgebers, die traditionell überkommenen Kernelemente des nationalen Erbrechts bei der Ausgestaltung der Privatrechtsordnung zu beachten. Zu den traditionell überkommenen Kernelementen des nationalen Erbrechts gehören die Testierfreiheit und das Prinzip des Verwandtenerbrechts, vgl. dazu BVerfGE 58, 377, 378; BVerfGE 67, 329, 341; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 93, 165, 173; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Deppenheuer/Froese* GG Art. 14 Rn. 518; BeckOK GG/*Axer* GG Art. 14 Rn. 14; zu dem Inhalt der Rechtsinstitutsgarantie des Erbrechts s. *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 45.

<sup>5</sup> So die ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 19, 202, 206; BVerfGE 67, 329, 340; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 112, 332, 348; BVerfG, NJW 2013, 2103, 2104.

<sup>6</sup> So die ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfGE 58, 377, 398; BVerfGE 67, 329, 341; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 93, 165, 174; BVerfGE 126, 400, 424; vgl. dazu auch von Mangoldt/Klein/Starck/*Deppenheuer/Froese* GG Art. 14 Rn. 519; Dreier/*Wieland* GG Art. 14 Rn. 82.

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 91, 346, 358; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Deppenheuer/Froese* GG Art. 14 Rn. 516.

<sup>8</sup> So explizit BVerfGE 93, 165, 173: „Die Ausgestaltung und Bemessung der Erbschaftsteuer muss den grundlegenden Gehalt der Erbrechtsgarantie wahren, zu dem die Testierfreiheit und das Prinzip des Verwandtenerbrechts gehören; sie darf Sinn und Funktion des Erbrechts als Rechtseinrichtung und Individualgrundrecht nicht zunichte oder wertlos

Die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes der Testierfreiheit darf nicht mit derjenigen des erbrechtlichen Regelungsregimes des Bürgerlichen Gesetzbuches gleichgesetzt werden.<sup>9</sup> Ein solcher Gleichlauf würde dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zuwider laufen, da die Bestimmung des Verfassungsinhalts dem Gesetzgeber obliegen würde, wodurch es sodann zu einem „Leerlauf der Grundrechte“<sup>10</sup> käme. Vielmehr wirkt die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit als verfassungsrechtlicher Maßstab und als Auslegungsmaxime für das einfache Recht und seine Grenzen auf die erbrechtlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches ein.<sup>11</sup> Der verfassungsrechtliche Schutz der Testierfreiheit gewährleistet dabei primär die gewillkürte Vermögensweitergabe von Todes wegen.<sup>12</sup> Wenngleich die Testierfreiheit lediglich in ihrem Kernbestand verfassungsrechtlich abgesichert ist<sup>13</sup>, umfasst dieser Kern nicht nur die Auswahl des Erben, sondern auch das Recht, eine Vielzahl von Erben und ihre entsprechenden Anteile zu bestimmen, Legate anzuordnen und die Erbschaft in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu teilen.<sup>14</sup> Auch die Anordnung von Beschränkungen, die den Erben auferlegt werden, wie beispielsweise die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von der Testierfreiheit geschützt.<sup>15</sup> Die Testierfreiheit umfasst dar-

---

machen.“ Vgl. dazu auch v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese GG Art. 14 Rn. 518; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht Rn. 1; *Sachs/Wendt* GG Art. 14 Rn. 197; *BeckOGK/Preuß* BGB § 1922 Rn. 38 f.; *BeckOK GG/Axer* GG Art. 14 Rn. 142.

<sup>9</sup> Vgl. *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani* GG Art. 14 Rn. 408; *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 45.

<sup>10</sup> Diesen Begriff verwendet *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 45.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu ausführlich das Kap. B. VII., welches sich mit den Auswirkungen der verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit auf das einfach-gesetzliche Recht befasst.

<sup>12</sup> So explizit BVerfGE 58, 377, 397: „Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlich vorgesehenen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken.“ [Hinweis: Sämtliche wörtliche Zitate werden aus Gründen der Lesbarkeit an die aktuelle Rechtschreibung angeglichen, ohne dass dies explizit gekennzeichnet wird]. Vgl. dazu auch *Dreier/Wieland* GG Art. 14 Rn. 78; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese GG Art. 14 Rn. 519.

<sup>13</sup> Vgl. *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 51; *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani* Art. 14 Rn. 412; v. Mangoldt/Klein/Starck/Depenheuer/Froese GG Art. 14 Rn. 520; *MüKoBGB/Leipold* BGB Einleitung zum Erbrecht Rn. 33.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 93, 165, 174 f.; *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani* GG Art. 14 Rn. 412; *Groll/Steiner/von Morgen/Cording* Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 4; *Palandt/Weidlich* BGB § 1937 BGB Rn. 3; *BeckOK GG/Axer* GG Art. 14 Rn. 148.

<sup>15</sup> So explizit BVerfG, NJW-RR 2010, 156, 157. Das BVerfG betont an dieser Stelle

über hinaus die Befugnis des Erblassers, nahe Angehörige auf ihren gesetzlichen Pflichtteil zurückzusetzen.<sup>16</sup> Der Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sichert damit eine weitgehende inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Erblassers unmittelbar verfassungsrechtlich ab.<sup>17</sup> Maßgeblich ist deshalb stets der Wille des Erblassers, unabhängig davon, ob dieser gerecht oder vernünftig erscheint. So ist es aus verfassungsrechtlicher Perspektive irrelevant, ob der Erblasser seine Familienangehörigen zugunsten entfernter Dritter ausschließen möchte, weil die Testierfreiheit ein freies und kein sozialgebundenes Belieben des Erblassers schützt.<sup>18</sup> Das damit einhergehende Primat des Erblasserwillens lässt die Testierfreiheit als das am deutlichsten individuelle und in seiner Ausübung am wenigsten gemeinschaftsgebundene Recht charakterisieren, welches von der Verfassung geschützt wird.<sup>19</sup>

Gleichzeitig legt der Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG fest, dass es Aufgabe des Gesetzgebers ist, den Inhalt und die Schranken des Erbrechts zu bestimmen.<sup>20</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Erbrecht erst durch die Ausgestaltung des Gesetzgebers hinreichend deutlich umrissen und dadurch zu einem durchsetzbaren Recht wird.<sup>21</sup> Als ein durch Kompetenznormen ermöglichtes

---

zugleich, dass die begünstigten Erben im Falle der Anordnung von Beschränkungen durch den Erblasser den grundrechtlichen Schutz nur in dem jeweils vom Erblasser gewährten Umfang erlangen können. Beschränkt der Erblasser daher die Verfügungsbefugnis des Erben in Ausübung seiner verfassungsrechtlich geschützten Testierfreiheit (bspw. durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung), erwirbt der Erbe den Nachlass nur mit dieser Verfügungsbeschränkung. Vgl. dazu auch Maunz/Dürig/Papier/Shirvani Art. 14 Rn. 412; *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 51; vgl. dazu auch die Ausführungen in Kap. C. II. 1. d) aa).

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 58, 377, 398; BVerfGE 99, 341, 350 f.; BVerfGE 112, 332, 349; Merten/Papier/Kirchhof Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, § 112 Rn. 47; in diese Richtung auch *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 51: „Bleiben muss jedoch die Freiheit des Erblassers, jeden Beliebigen – unter Vorbehalt eines beschränkten Rechts der Familienangehörigen – nach seiner freien Wahl zu bedenken, insbesondere das Recht, jedem Beliebigen den sachlichen Kernbestand des Erbgesetzes zukommen zu lassen [...]“. Vgl. dazu auch BeckOGK/Preuß BGB § 1922 Rn. 21.

<sup>17</sup> Vgl. Palandt/Weidlich BGB § 1937 BGB Rn. 3; Groll/Steiner/von Morgen/Cording Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung Rn. 4; *Kappler*, NotBZ 2019, 161, 161.

<sup>18</sup> So explizit *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 50; *Führ*, Einwirkungen der Grundrechte auf die Testierfreiheit, 31; vgl. dazu ausführlich Kap. B. VI.; in diese Richtung gehen auch die Ausführungen des BVerfG, welches eine vollständige Enterbung naher Angehöriger für möglich hält, vgl. dazu BVerfGE 58, 377, 398; BVerfGE 99, 341, 350 f.; BVerfGE 112, 332, 349.

<sup>19</sup> So Isensee/Kirchhof/*Leisner* Handbuch des Staatsrechts, VIII, § 174 Rn. 18; *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 50; den Individualschutz ebenfalls betonend BVerfGE 89, 214, 231; BVerfGE 91, 346, 358; BVerfGE 99, 341, 350.

<sup>20</sup> Vgl. dazu BVerfGE 19, 202, 206; BVerfGE 31, 229, 240; BVerfGE 37, 132, 140; BVerfGE 38, 340, 370; BVerfGE 44, 1, 17; BVerfGE 52, 1, 29; BVerfGE 67, 329, 340; BVerfGE 91, 346, 360.

<sup>21</sup> So explizit BVerfGE 99, 341, 351; BeckOK GG/*Axer* GG Art. 14 Rn. 154; *Ruffert*, JuS 2020, 1, 4; *Gutmann*, Iustitia Contrahentium, 136 Fn. 18.

# Register

- Abstammungsklausel 133 ff.  
*actus contrarius* 268 ff.  
Alter 133, 275 ff., 288 ff., 318, 355, 388 ff.,  
393, 398 ff., 403  
Amtstheorie 221 ff.  
Analogiefähigkeit 352, 421 ff.  
Anerben 260, **262–273**  
Anerbenrecht, *siehe* Anerben  
Anerbengesetze 261 f., 265, 272 f.  
Anfechtungsbefugnis 429 ff., 441 ff.  
Angebotssituation 120  
Angebotsverknappung 240  
Anreizfunktion der Testierfreiheit 28–34  
*ante-mortem* Person 44, 61  
Anwartschaft 120, 124, **125 ff.**  
Aufbau des Erbrechts des Bürgerlichen  
Gesetzbuches 22–27  
Aufhebung 208–210, 378–380  
Ausbeutung der Heimbewohner 405,  
**416–420**  
Auseinandersetzungsausschluss 102,  
**208–216**, 240 f.  
Aushöhlung der Testierfreiheit 12, 59,  
135, 287, 325, 330  
Auslegungsmaxime 9, 89, 94, 96, 163, 228,  
273  
Auslegungsvariante 72, **94 ff.**, 198 ff.,  
321 f., 412 f.  
Ausnahmegenehmigung 408–414, 415,  
419  
Ausschließlichkeitsverhältnis 225 f.  
Ausstrahlungswirkung der Grundrechte  
**94 ff.**, 259, 288  
Autonomie 41, **275 ff.**, 393, 403  
Autonomieschutz 275 ff., 388, 402 f.
- Bedachtenschutz **194–197**, 199, 201  
bedingte Zuwendung **106–126**, 128, 158  
Bedrohung der natürlichen Gleichheit  
49  
Beeinflussung 284 ff., 316 ff., 355 ff.,  
360 ff., 393 ff., 429 ff.  
Behindertentestament 149–154  
besitzlose Volksklassen 46–48
- Besuchsbedingung 115–118, 127, 165 f.,  
200  
Betreuung 293–295, 392 f., 402 f., 423 f.  
Bewertungsmaßstab 163 f.  
BGB-Kommission 23 f., 215–219, 239, 334  
Bruchteilsgemeinschaft 208–216, 271
- Dekret 78  
Diskriminierende Verfügungen 131 ff.  
Drittbestimmungsverbot 331–334, 343,  
345  
Drohung 318, 362, 369 ff., 380 ff.  
Druck 106–130, 158, 170
- Ebenbürtigkeitsklausel 109–129, 164, 171  
eigenhändiges Testament 298, **309 ff.**  
Eigentumsgarantie 77 ff., 84 ff.  
Einflussnahme, *siehe* Beeinflussung  
Einwirkungen der Testierfreiheit auf das  
BGB-Erbrecht **88 ff.**  
Emanzipation der Testierfreiheit von  
Art. 14 Abs. 1. S. 1 GG **84 ff.**  
Entschließungsfreiheit 106–130  
Entstehungsgeschichte des Erbrechts  
22 ff.  
Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches  
22 ff., 208  
Entziehungsgrund, *siehe* Pflichtteils-  
entziehungsgrund  
Erbanwartschaftsrecht, *siehe* Anwart-  
schaftsrecht  
Erbengemeinschaft 206–214  
Erblassermotivation 28 ff.  
Erbrechtsgarantie 56, 75, **77–88**, 90  
Erbunwürdigkeit 284, **350–354**, 376  
Erbunwürdigkeitsgründe, *siehe* Erb-  
unwürdigkeit  
Erdienen 120, 124, 183, 437  
Errichtungsfreiheit 90–92, 94  
Errichtungsvoraussetzungen 299–325  
Errichtungszeitpunkt 168–191
- faktische Testierunfähigkeit 297 f.  
Fälschungsgefahr 307, 317, 319 f.

- familiäre Pflichten 106, 137, 139 ff., 149  
 Familienfideikommiss 217, 221 f., **237 ff.**  
*favor testamenti* 16, 20, 189 f., 194, 201,  
 307, 313, 397, 439  
 Fideikommiss, *siehe* Familienfidei-  
 kommiss  
 Formerfordernisse, *siehe* Formzwang  
 Formzwang **299–325**  
 fremdbestimmte Verfügungen von Todes  
 wegen 283, 369, 372, 378, 403  
 funktionales Persönlichkeitsrecht 340  
 Funktionen der Testierfreiheit **27–42**, 47,  
 64 f., 67, 72, 98
- Geliebtestament 102, **138 f.**, 159 f.,  
 173, 198  
 geltungserhaltende Reduktion 198–201  
 Geschäftsgrundlage 210  
 Gesetzeswidrigkeit 186–191  
 gesetzliche Erben 24, 82, 84, 201, 291,  
 322, 328, 343, 347, 385 f., 407, 413, 449  
 Gestaltungsfreiheit, inhaltliche 10, 84, 86  
*Gierke, Otto von* 22, 24
- Habermas* 168  
*Hegel* 21, 49 f., 70  
 Heimfrieden 405, 410, 414, 416, **418 f.**,  
 422, 426  
 Heimgesetz **405–429**  
 Heimleitung 93, 425 f.  
*Heineccius* 44  
 Heiratsklauseln 93, 111  
 Höchstpersönlichkeit  
 – formelle **327–331**, 336  
 – materielle 330, 338, 340  
 Höfeordnung **260–273**, 452  
 Hoferben 40, 47, 123, 125, **260–273**, 302  
 Hoferbfolge **260–273**, 266, 269 f.  
 Hoferklärung 266–272  
 Hohenzollern 1, 101, 106, 109, **110–118**,  
 127, 129 ff., 156, 164, 168–174, 218, 226,  
 259  
 horizontale Drittwirkung der Grund-  
 rechte 97, 99, 104, 136 f.
- IDEAL-Modell 318  
 Inaussichtstellen eines Vorteils 116, 120,  
 128  
 Individualschutz 10, 60, 65, 119, 134  
 Inhaltsfreiheit 90, **92–94**  
 Instrumentalisierung der Verfügung  
 von Todes wegen 164–168
- Intestaterbfolge 13 f., 43, 50  
 Ist-Betrieb 268 f., 272 f., 452
- Justinian 15 f., 217
- Kompetenznormen 55, 59, 61, 88, 98  
 Konzentration von Vermögen 341–343  
 Konzeption des Erbrechts des Bürger-  
 lichen Gesetzbuches 25–27, 34, 88, 137  
 Krankheit 277, 288, 298, 318, 388–397  
 Kritik an der Testierfreiheit 42 ff.
- Landwirtschaftserbrecht 260–272  
 lebzeitiges Fehlverhalten 147 f.  
*legal fiction* 45  
*Leiningen* 110 f., 120, 124  
*mancipatio nummo uno* 14–16  
 Miterben 115, 145 f., 202–217  
 Mittelbare Drittwirkung der Grund-  
 rechte 95, 107, 110  
 Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch  
 71, 122, 125, 145, 158, 213, 351  
 Motiverforschung 159 f.
- Nachbildung familiärer Beziehungen 49  
 Nacherben 109–111, 150, 216, 227,  
**228–233**, 244, 335  
 Nacherbfall 111, 114, 124, **228–233**  
 Nacherbfolgenanordnung **228–233**,  
 240 f., 244, 303, 451  
 Nachlasswerte 47, 114, 199  
 negative Hoferklärung 267 f., 272  
 Novelle 115
- ökonomische Dysfunktionalität  
 der Testierfreiheit 52–54  
 ökonomisches Engagement 31
- partielle Testierfähigkeit 289 f.  
 Persönlichkeitsrecht des Erblässers  
**73–76**, 99, 340  
 Pflichtteilsberechtigte(r) 143, 145 f., 177,  
 212, 247 ff.  
 Pflichtteilsentziehungsrecht 71, 73, 82, 84,  
 102, 119 f., 135–149, **245–259**, 355–357  
*praeter legem* 15  
 praktische Konkordanz 251  
 Primattheorie 222 f.  
 pro non scripta habere 195 f.  
 Protokolle der zweiten Lesung 220 f.  
 psychische Zwangslage, *siehe* Zwangslage  
*Pufendorf* 44

- querela inofficiosi testament* 15
- rechtliche Beziehung zwischen Erblasser und Erbprätendenten 5, 140, 202, 213, 348, 443
- Rechtsposition 120–126, 137, 213, 235, 343, 348
- Rechtsstellung 26, 70, 95, 120–127, 137, 145 f., 206, 213, 235, 250, 343 f.
- Regelungsreihenfolge 25
- regula catoniana* 186–190
- Reichweite der Testierfreiheit 15 f., 30, 63, 68, 79, **81–84**, 135, 244, 276
- relative Testierfähigkeit 293–295, 297, 452
- Rücktritt **377–380**, 382
- Schmittscher* Teilentwurf 22–25
- Schutzbedürftigkeit der Erbprätendenten **118–131**, 273 f., 426, 455 f.
- Schutzpflicht 105, 121, 127, 368
- Schwabenspiegel 18, 49
- Selbstbestimmungsprinzip 11, 56 f., 280, 287
- Selbstbestimmungsrecht **278–281**, 287, 380, 388, 404, 406
- Sich-Gewähren-Lassen 406, 412 f., 428
- Solidarität durch Testierfreiheit 33 ff.
- Sozialhilfe **149–154**, 206
- Sozialgebundenes Belieben 10
- Statusprivilegien 48, 50 f.
- Steine statt Brot 196–201
- stilles Testieren 162, 378, **412 f.**, 420
- Stoffanordnung 23
- subjektives Element 151, 156, 159 f., 161, 168, 179, 185, **364–366**, 371, 374
- suspicious circumstances 435 f.
- Teilnichtigkeit **193–196**, 197 f., 306
- Teilungsverbot 205–210, 214 f.
- Testamentserrichtung 59, 176, 280, 300, 310, 34
- Testamentsvollstreckung 54, 81, 102, 146–151, **218–244**
- Testierfähigkeit **284–299**, 375, 380, **389–397**, 444 f., 452 f.
- Testierfähigkeitsvermutung 288, **389–397**, 453
- Testierunfähigkeit, *siehe* Testierfähigkeit
- Testierverbot **403–429**, 443, 445, 453, 456
- Testierwille 64, 189, 236, 298, 305 f., **310–315**
- Thomasius* 44
- todesnahe Erblasser 389–402
- Typenzwang 281, 284, **299–309**, 452
- undue influence* 432–441
- Unmöglichkeit 186, 188, 190
- Unternehmertestament 40, 331
- Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit 9, 88, 250, 252, 451
- Verhaltensbezogene Bedingungen 66 f., 130
- Verhaltenslenkung 164–168
- Verhaltenssteuernde Verfügungen von Todes wegen 166–168
- Vermögensbindung 238, 240–242
- Vermögensperpetuierung 102, **202–244**
- Vernunfttehe 129
- Verwirkung 218, **224 f.**, 244, 251
- Verzeihung **257 f.**, 260, 353 f.
- Vinkulierung 54, 241
- Volkswirtschaft 30, 64, 242
- Vorausvermächtis 204
- Vorerben 150 f., 229, 242
- Vorrang der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge 23 ff.
- Wahlmöglichkeit 121, 226
- Weimarer Reichsverfassung 8, 78, 217, 237 f., 413–415
- Werteordnung 95, 104, 110, 155, 166 f., 173, 201
- Wertvorstellungen 103, 152, 191
- Widerruf 176, 316, 319 f., 335, 340, 361–364, **377–380**
- Wiederverheiratungsklauseln **113–115**, 117, 127, 165, 199
- Willensrichtung 108
- Willenssubjektivität 43 ff.
- Wirtschaftsordnung 65, 241
- Zeitgrenze 215 f., 233, 243
- Zuordnungsgewissheit 242–244
- Zwangsfürsorge 416 f.
- Zwangslage 129, 361 f., 365, **373–375**, 380, 410, 422
- Zwölf-Tafel-Gesetz 13