

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Ann-Marie Cathérine Kaulbach

Gestaltungsfreiheit im Erbrecht

Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand

Band 8



Wolfgang Metzner Verlag

Band 8

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Ann-Marie Cathérine Kaulbach

Gestaltungsfreiheit im Erbrecht

Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-47-9

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Für Christian

Inhalt

Dank 14

Einleitung 16

1. Teil 20

Grundlagen des Erbrechts in Deutschland und Europa 20

A. Fragestellung 20

B. Begriff der Testierfreiheit 20

C. Historische Entwicklung der Testierfreiheit 23

I. Römisches Recht 23

1. Entwicklung der Testierfreiheit 23

a) Das Komitialtestament 23

b) Das Manzipationstestament 24

c) Weitere Testamentsformen 25

2. Grenzen der Testierfreiheit 25

a) Allgemeine Formerfordernisse 25

b) Formelles Noterbrecht 26

c) Materielles Noterbrecht 27

d) Beschränkungen durch den Erblasser 28

II. Deutsches Recht 28

1. Germanisches Recht 29

2. Fränkisch-deutsches Recht 30

3. Hoch- und Spätmittelalter 31

a) Das gemeine Recht 31

b) Stadt- und Landrechte 32

c) Zwischenergebnis 33

4. Preußisches Allgemeines Landrecht 33

5. Paulskirchenverfassung 34

6. Entstehung des BGB 34

7. Weimarer Reichsverfassung 37

8. Testierfreiheit im „Dritten Reich“	38
9. Testierfreiheit in der DDR	40
III. Ergebnis	42
D. Testierfreiheit in Europa	43
I. Deutscher Rechtskreis	43
1. Österreich	44
2. Schweiz	46
II. Romanischer Rechtskreis	48
1. Frankreich	48
2. Spanien	51
3. Italien	52
III. Angelsächsischer Rechtskreis	54
1. England	54
2. Schottland	57
IV. Niederlande	60
V. Nordischer Rechtskreis: Dänemark	62
VI. EMRK und Europarecht	65
VII. Ergebnis	66
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	68
2. Teil	69
Erbrecht und Testierfreiheit in Deutschland	69
A. Fragestellung	69
B. Funktionen des Erbrechts	69
I. Funktionen des Erbrechts im objektiven Sinne	70
1. Freiheitssicherung und Schutz der Wirtschaftsordnung	70
2. Vermögensverteilung	71
3. Stellungnahme	72
II. Funktionen der Testierfreiheit	74
III. Funktionen des Erbrechts im subjektiven Sinne	75
IV. Ergebnis	76
C. Verfassungsrechtliche Grundlagen	76

I. Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit	77
1. Rechtsinstitut	77
2. Grundrecht	78
a) Art. 2 Abs. 1 GG	78
b) Erbrechts- und Eigentumsgarantie	78
c) Eigentumsgarantie	79
d) Erbrechtsgarantie	79
e) Stellungnahme	79
aa) Zuordnung zur Eigentumsgarantie	79
bb) Zuordnung zur Erbrechtsgarantie	81
3. Sozialbindung gemäß Art. 14 Abs. 2 GG	83
4. Ergebnis	84
II. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Erbrechts im subjektiven Sinne	85
1. Rechtsinstitut	85
2. Grundrecht	85
3. Ergebnis	87
III. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Familienerbrechts	88
1. Gesetzliche Erbfolge	88
2. Gewillkürte Erbfolge	89
a) Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG	89
aa) Wortlaut	90
bb) Systematik	91
(1) Widersprüchliche Garantien in einem Grundrecht	91
(2) Testierfreiheit bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie	92
(3) Leistungseigentum	92
(4) Selbstbindung des Erblassers	93
(5) Gleichteilungsprinzip	94
(6) Startgleichheit	96
(7) Räumliche Entfernung des Familiengrundrechts	98
(8) Zwischenergebnis	98
cc) Telos	99
(1) Gleichlauf von Testierfreiheit und Eigentum	99
(2) Legitimation des Erben durch Testierfreiheit	99
(3) Dekonzentration von Vermögensmassen	100
(4) Geltungserhaltung des Testaments	101

(5) Korrektiv zur Testierfreiheit	102
(a) Übergehung der nächsten Angehörigen	102
(b) Belastung der Sozialkassen	102
(c) Unsachgemäße Beeinflussung	103
(6) Zwischenergebnis	104
dd) Rechtsgeschichte	104
(1) Tradition des Familienerbrechts im einfachen Recht	105
(2) Entstehungsgeschichte des BGB	105
(3) Tradition des Familienerbrechts im Verfassungsrecht	106
(4) Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes	106
(5) Zwischenergebnis	107
ee) Rechtsvergleichung	108
ff) Rechtsempfinden	108
gg) Ergebnis	109
b) Art. 6 Abs. 1 GG	110
aa) Wortlaut	111
bb) Systematik	111
cc) Telos	112
(1) Schutz des Familienvermögens	112
(2) Weitergabe familienbezogener Subventionen	115
(3) Generationenvertrag	116
(4) Anreiz zur Eheschließung	118
(5) Familiensolidarität	118
(a) Schutz von Kindern aus erster Ehe	119
(b) Schutz vor Verstoßung	119
(c) Familiärer Zusammenhalt	120
(d) Unterstützungsbereitschaft und Äquivalenzgedanke	121
(e) Versorgung der Angehörigen und Schutz der Sozialkassen	122
(6) Zwischenergebnis	123
dd) Rechtsgeschichte	124
ee) Rechtsvergleichung und Rechtsempfinden	124
ff) Ergebnis	124
c) Art. 6 Abs. 5 GG	125
3. Ergebnis	126
D. Einfachgesetzliche Grundlagen	126

I. Verfügungen von Todes wegen	127
1. Rechtsnatur	127
2. Arten	129
a) Testament	130
b) Gemeinschaftliches Testament	130
c) Erbvertrag	131
II. Testiervertrag	134
III. Pflichtteilsrecht	135
IV. Zusammenfassung	136
E. Zusammenfassung der Ergebnisse	136
3. Teil	138
Pflichtteilsrecht	138
A. Fragestellung	138
B. Das geltende Pflichtteilsrecht – Reformbedarf?	138
I. Ausgleich von Leistungen	138
II. Unterhaltssicherung	140
III. Sicherung der freien Willensentschließung	142
IV. Ergebnis	143
C. Reform des Pflichtteilsrechts?	143
I. Änderung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten	143
1. Abschaffung des Elternpflichtteils	143
2. Bevorzugung des Ehegatten	145
3. Erweiterung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten	148
4. Ausschluss entfernterer Abkömmlinge	148
5. Zwischenergebnis	149
II. Änderung der Pflichtteilsquote	149
1. Verringerung der Quote	149
2. Degressive Quote	150
3. Bedarfsabhängige Quote	150
4. Zwischenergebnis	151
III. Gesamtpflichtteil	151
IV. Bedarfsabhängige Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts	152

V. Erweiterung der Pflichtteilsentziehungsgründe	154
VI. Ergebnis	156
D. Verfassungskonformität des Pflichtteilsrechts	156
I. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG	157
II. Art. 6 Abs. 2 GG	158
III. Art. 12 GG	159
IV. Ergebnis	161
E. Reformvorschlag: Neues Familienerbrecht	161
I. Regelungsbedarf	161
1. Ausgleich für Leistungen	162
a) Zugewinnausgleich	162
b) Ausgleich für überobligatorische Leistungen (Äquivalenzanspruch)	163
aa) Anspruchsvoraussetzungen	163
bb) Anspruchsinhaber	164
cc) Anspruchsinhalt	164
dd) Anspruchsgegner	165
ee) Systematische Einordnung	165
2. Unterhaltssicherung	165
a) Anspruchsinhaber	165
b) Anspruchsvoraussetzungen	166
c) Anspruchsinhalt	168
d) Anspruchsgegner	169
e) Systematische Einordnung	171
3. Ergänzende Regelungen	172
a) Rangverhältnis	172
b) Umgehungsschutz	175
c) Entziehung	176
d) Verzicht	177
4. Sicherung der freien Willensentschließung	178
a) Erweiterung der Anfechtungsgründe	178
b) Verschärfung der Formerfordernisse	179
II. Ausgestaltung	181
1. Ausgleich von Leistungen	181
a) Zugewinnausgleich	181

b) Ausgleich überobligatorischer Leistungen	182
2. Unterhaltssicherung	185
3. Sicherung der freien Willensentschließung	187
F. Zusammenfassung der Ergebnisse	189
4. Teil	191
Testiervertrag	191
A. Fragestellung	191
B. Der Testiervertrag im System des BGB	192
I. Rechtsnatur	192
II. Rechtswirkungen zu Lebzeiten des Erblassers	192
1. Rechtsverhältnis zwischen Erblasser und Vertragspartner	194
a) Erfüllungsanspruch	194
b) Flankierende Unterlassungsansprüche	197
c) Einrede des nichterfüllten Vertrags	198
d) Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung	199
e) Rücktrittsrecht	201
f) Deliktische Ansprüche	202
g) Vertragliche Sicherungsmittel	204
2. Rechtsverhältnis zwischen Vertragspartner und Drittem	206
3. Durchsetzbarkeit	207
a) Erkenntnisverfahren	207
aa) Leistungsklage	207
bb) Feststellungsklage	208
cc) Klage auf künftige Leistungen	209
b) Vollstreckungsverfahren	210
aa) Unterlassen	210
bb) Positives Tun	211
(1) Höchstpersönlichkeit	211
(2) Bestimmtheit	214
4. Zwischenergebnis	215
III. Rechtswirkungen nach dem Tod des Erblassers	216
1. Erbenstellung	216
2. Rechtsverhältnis zwischen Erbe und Vertragspartner	218

3. Rechtsverhältnis zwischen Vertragspartner und Nachlassgläubigern	221
4. Rechtsverhältnis zwischen Vertragspartner und Pflichtteilsberechtigten	222
5. Zwischenergebnis	223
IV. Ergebnis	224
C. Verfassungsrechtliche Bewertung des § 2302 BGB	225
I. Einschlägiges Grundrecht	225
II. Funktion des § 2302 BGB	226
1. Schutz der Testierfreiheit	226
a) Vergleich mit Erbvertrag	226
b) Bindungswirkung und Testierfreiheit	228
aa) Praktischer Bedarf	228
bb) Systematik	229
cc) Konsequenz	230
c) Zwischenergebnis	230
2. Exklusivität von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament	231
a) Wahrung der Formvorschriften	231
b) Wahrung der Gestaltungsrechte	233
c) Schutz des numerus clausus	235
d) Zwischenergebnis	236
3. Verhinderung von Grenzüberschreitungen	237
4. Schutz der Grundrechte des Erben	238
5. Schutz der Rechtssicherheit und –klarheit	238
6. Zwischenergebnis	240
III. Freiheitsbeschränkung?	240
IV. Ergebnis	241
D. Exkurs: Erforderliche Regelungen	242
I. Regelungsbedarf	242
1. Form	242
2. Rechtsfolgen	243
3. Registrierung	244
4. Umgehung des Pflichtteilsrechts	245
5. Zweifelsfälle	245
6. Gestaltungsrechte	246
II. Ausgestaltung	247

E. Zusammenfassung der Ergebnisse 257

Ergebnis (Thesen) 259

Literaturverzeichnis 262

Dank

Die Arbeit wurde durch ein Stipendium im Rahmen des Maria von Linden-Programms gefördert und im Sommersemester 2012 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn zur Promotion angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende Mai 2012 berücksichtigt.

Viele haben diese Arbeit unterstützt, ihnen allen möchte ich an dieser Stelle danken:

Herr Prof. (em.) Dr. Eberhard Schilken, Sie haben mich bereits zu meinem ersten Aufsatz ermuntert und mich seitdem stets unterstützt und gefördert. Trotz Ihrer bevorstehenden Emeritierung haben Sie mich noch als Doktorandin angenommen. Ihre Betreuung war in jeder Hinsicht angenehm und hat mir die freie Entfaltung der nachstehenden Ideen ermöglicht. Schließlich haben Sie das Promotionsverfahren sehr schnell vorangetrieben.

– Vielen Dank!

Herr Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Sie waren nicht nur so freundlich, das Zweitgutachten zu erstellen, sondern haben dies auch noch in sehr kurzer Zeit getan.

– Vielen Dank.

Frau Prof. Dr. Anne Röthel, Sie haben mir die Textfassung Ihres Vortrages zur Zivilrechtslehrrtagung 2011 in Wien vorab zur Verfügung gestellt und darüber hinaus meine Arbeit in Ihre Schriftenreihe aufgenommen.

– Danke.

Frau Dr. Kim J. Müller, trotz beruflicher und privater Einspannung haben Sie sich die Zeit genommen, meine rechtspolitischen Ideen mit mir zu besprechen. Ihre praktischen Bemerkungen waren für mich wertvolle Anregung, insbesondere für Teil 4 der Arbeit.

– Danke.

Herr Prof. Dr. Moritz Brinkmann, Herr Vors. Ri. LG Uwe Schneiders, Herr Dr. Jörg Schultes, Frau Claudia Lecking, Frau Sabine Einfeld, Herr Nathan Dreessen, Herr Rafael Schiewitz, Sie alle haben sich die Zeit genommen, einen Ausschnitt meiner Arbeit bei einem Seminar zu diskutieren – in einigen Fällen Zeit, die Sie eigentlich gar nicht hatten. Viele Ihrer Anregungen hatten unmittelbaren Einfluss auf meine Argumentation. Dies gilt besonders für die Kritik von Herrn Prof. Dr. Brinkmann an meinen Ausführungen zur Familiensolidarität.

– Danke.

Meine Eltern, Dorothea und Detlef Kaulbach, ihr habt mich während meines Promotionsstudiums unterstützt.

– Danke.

Daniela Wirtz, Veronika Greuel und Maren Hegewald, mit euren Nachfragen habt ihr manches Mal dafür gesorgt, dass ich die juristische Argumentations- und Ausdruckweise hinterfragen musste. Besonders anregend waren die Diskussionen über Solidarität in Gesellschaft und Familie, die mir wichtige Impulse aus der Sozialwissenschaft gegeben haben.

– Danke.

Christian Meeser, ohne deine konsequente Kritik hätte meine Arbeit niemals so viel Tiefgang erreichen könnten. Wie oft haben sich meine Gestaltungsvorschläge angesichts deiner anwaltlich-taktischen Denkweise als unzureichend erwiesen, so dass ich sie überarbeiten musste? Und natürlich hast du mich auch sonst auf jede denkbare Art unterstützt.

– Danke!

Ann-Marie Kaulbach, Juni 2012

Einleitung

Die *Europäische Kommission* hat im Jahre 2005 ein Grünbuch Erb- und Testamentsrecht veröffentlicht. 2009 folgte der Kommissionsvorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.¹ Obgleich sich dieses Vorhaben zunächst nur auf das Internationale Privatrecht bezieht, wirft es mittelbar die Frage auf, inwieweit das Erbrecht europaweit vereinheitlicht werden kann. Aus praktischer Sicht besteht dafür durchaus Bedarf, gibt es doch stetig mehr Erbfälle mit Auslandsbezug.² Eine Harmonisierung des Erbrechts scheint entgegen verbreiteter Auffassung³ nicht unmöglich, das BGB selbst, entstanden auf Grundlage der verschiedenen deutschen Rechtsordnungen, ist hierfür ein eindrucksvolles Beispiel.⁴ Da das Erbrecht weitgehend dispositiver Natur ist, bezieht sich die Frage der Vereinheitlichung primär auf die Formen von Verfügungen von Todes wegen sowie auf den Schutz der nächsten Angehörigen des Erblassers, die beiden Pole, zwischen denen die Testierfreiheit besteht. Hier werden auch wesentliche Unterschiede der europäischen Rechtsordnungen gesehen.⁵

Ein Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Gestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers für eine europäische Harmonisierung des Erbrechts zu ermitteln. Grundlage für diese Untersuchung ist eine Beleuchtung der historischen Wurzeln der Testierfreiheit. Dabei ist zunächst auf das für alle europäischen Rechtsordnungen bedeutsame römische Recht einzugehen, sodann ist die Entwicklung des deutschen Erbrechts nachzuzeichnen. Weiterhin sollen die in Europa beste-

¹ Dok. KOM (2009) 154 endgültig; dazu *Dörner*, ZEV 2010, 221 ff.

² Vgl. *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1079; 1082 f.; *Kindler*, IPrax 2010, 44; *Kroppenberg*, in: HK-Pflichtteilsrecht, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn 3; *K. Lange*, Erbrecht, § 2 Rn 22, § 3 Rn 43; *Pintens*, ZEuP 2001, 628; ferner *DNotI*, Internationales Erbrecht, S. 23.

³ Siehe nur *DNotI*, Internationales Erbrecht, S. 25.

⁴ *Leipold*, in: FS Söllner 2000, 648 ff., insb. 651; ihm folgend *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1076; *Kroppenberg*, in: HK-Pflichtteilsrecht, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn 3; vgl. *K. Lange*, Erbrecht, § 1 Rn 3, § 2 Rn 22.

⁵ *Herweg*, S. 32 f.

henden Testamentsformen sowie die Sicherungsinstrumente zum Schutz der Angehörigen des Erblassers verglichen werden.

Die Reichweite der Erbrechtsgarantie des Art. 14 GG ist für die Frage der europäischen Erbrechtsharmonisierung aus deutscher Sicht zentral, da das Grundgesetz den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum bestimmt. Dabei kommt dem Pflichtteilsrecht besondere Bedeutung zu. Dieses Institut ist bereits seit den Beratungen der ersten Kommission umstritten. *Beckert* hat gezeigt, dass sich das diskursive Feld seit Jahrhunderten kaum verändert hat.⁶ Die herrschende Meinung in der Literatur, nunmehr gestärkt durch das *Bundesverfassungsgericht*,⁷ betrachtet das Pflichtteilsrecht als verfassungsrechtlich garantiert, wobei über die genaue Herleitung Unklarheit besteht. Die starke Gegenmeinung hält das Institut nicht für verfassungsrechtlich geboten, wohl aber für verfassungskonform. Nur vereinzelt findet sich grundsätzliche Kritik am Pflichtteilsrecht. Ein weiteres Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, das diskursive Feld zu erweitern und einen neuen Lösungsansatz für diesen Problemkomplex zu entwickeln, um so die Diskussion wieder fruchtbar zu machen. Dabei gilt der Grundsatz: „Einen grundlegenden Systemwechsel sollte man nur wagen, wenn man sich halbwegs sicher ist, dass man eine wirklich tragfähige Alternative zu bieten hat.“⁸ Immerhin ist zu bedenken, dass es der herrschenden Meinung bislang nicht gelungen ist, die Kritik am Pflichtteilsrecht verstummen zu lassen.

Bezüglich der Möglichkeit der Vereinheitlichung europäischer Testamentsformen soll der Testiervertrag in den Blick genommen werden. § 2302 BGB bestimmt: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.“ Obgleich ein solcher Vertrag in einigen europäischen Rechtsordnungen zulässig ist, wird das Verbot in der deutschen Literatur regelmäßig unter Verweis auf den Schutz der Testierfreiheit ohne weitere Analyse seiner Berechtigung hingenommen. Dabei lässt sich durchaus hinterfragen, ob die Regelung des § 2302 BGB tatsächlich verfassungsrechtlich vorgeschrieben ist. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Testiervertrag gegen das Grundgesetz verstößt oder nicht in die Systematik des BGB eingefügt werden kann. Andernfalls könnte die Norm sogar verfassungswidrig sein, so dass der Gesetzgeber zur Einführung des Testiervertrags gezwungen wäre. Dies setzt allerdings voraus,

⁶ *Beckert*, *Soziologie*, S. 84, 101, 323 f.

⁷ *BVerfGE* 112, 332 ff.

⁸ *Dauner-Lieb*, *DNotZ* 2001, 464.

dass die Erlaubnis des Vertrags eine materielle Freiheitserweiterung bewirken würde.

Das Thema „Gestaltungsfreiheit im Erbrecht“ betrifft also zwei Ebenen: einerseits die Freiheit des Erblassers bei der Nachlassplanung, andererseits die Freiheit des deutschen Gesetzgebers bei der Gestaltung erbrechtlicher Regelungen. Beides ist ineinander verschränkt, denn der Gesetzgeber wird durch die Freiheitsrechte des Erblassers ebenso gebunden wie der Erblasser durch das Gesetz. Das Erbrecht ist seit jeher eng verknüpft mit dem Familienrecht. Der Stellenwert der Familie in der Gesellschaft hat deshalb auch Auswirkungen auf die gesetzliche Ausgestaltung des Erbrechts sowie auf das Verfügungsverhalten der Erblasser. Es ist hinlänglich bekannt, dass die Zahl der Eheschließungen tendenziell zurückgeht,⁹ während die Zahl der Ehescheidungen steigt beziehungsweise stagniert,¹⁰ und dass immer weniger Kinder geboren werden.¹¹ Zugleich nimmt der Anteil an Alleinerziehenden, nichtehelichen Paaren mit Kindern und „Patchwork-Familien“ zu.¹² Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass gelegentlich von einem Rückgang der Bedeutung der Familie in der Gesellschaft, gar von einer „Auflösung der Familienbande“¹³ gesprochen wird.

Allerdings hat die Familie, ebenso wie die Eheschließung, auch heute noch große gesellschaftliche Bedeutung. Gewandelt hat sich ihre Funktion: War die Familie früher eine Institution, die gegenseitigen Schutz und wirtschaftliche Absicherung gewährleisten sollte, werden diese Aufgaben heute weitgehend vom Staat übernommen.¹⁴ Dennoch bestehen auch in der heutigen Gesellschaft enge familiäre Bindungen. Im Vordergrund steht dabei nicht mehr wirtschaftliche Absicherung, sondern persönliche Nähe.¹⁵ Die Institution Familie befindet sich

⁹ A. Bauer, S. 177; Fuchs, JZ 2002, 788; Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Übersichten 1.1 und 1.4; dasselbe, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 55 (Tabelle 2.24); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 41 (Grafik 3.4).

¹⁰ A. Bauer, S. 177 f.; Fuchs, JZ 202, 788; Leipold, AcP 180 (1980), 177; Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2010, S. 61 (Tabelle 2.33); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 41 (Grafik 3.4).

¹¹ Fuchs, JZ 2002, 788; Krack-Roberg/Großbecker, in: Wirtschaft und Statistik 5/2011, S. 419 f.; Leipold, AcP 180 (1980), 181; Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Übersichten 1.1 und 1.4; dasselbe, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 55 (Tabelle 2.24); dasselbe, Deutschland – Land und Leute, 2009, S. 31 (Grafik 7.2).

¹² Vgl. Fuchs, JZ 2002, 788; Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2011, S. 28 (Schaubild 1).

¹³ Petri, ZRP 1993, 206.

¹⁴ Buchholz, FamRZ 1985, 878 f.; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 1 Rn 8; Muscheler, Familienrecht, § 5 Rn 70 f.

¹⁵ Buchholz, FamRZ 1985, 879; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 1 Rn 11; Muscheler, Familienrecht, § 5 Rn 72; vgl. A. Bauer, S. 180 f.; Stüber, JR 2002, 363; Coing, Gutachten 49. DJT, S. A22.

also nicht in Auflösung, sondern in einem tiefgreifenden Strukturwandel¹⁶ – *de Waal*¹⁷ spricht von einer „Neudefinition“.

Dieser Wandel betrifft auch das Erbrecht, wo Rechte an verwandtschaftliche Beziehungen geknüpft werden. Althergebrachte Traditionen, welche das Erbrecht über Jahrhunderte getragen haben, verlieren zunehmend ihre Relevanz als argumentative Grundlage für erbrechtliche Strukturen:¹⁸

„Es erben sich Gesetz und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unfug, Wohltat Plage,
Weh' dir, dass du ein Enkel bist.“¹⁹

¹⁶ Vgl. A. Bauer, S. 185 f.; Beckert, Soziologie, S. 86.

¹⁷ *de Waal*, in: Reimann/Zimmermann, S. 1077.

¹⁸ Eingehend zur Veränderung des (gesetzlichen) Erbrechts infolge der Veränderung familiär-sozialer Strukturen Beckert, Soziologie, S. 103 ff.

¹⁹ v. Goethe, Faust, Studierzimmer, Vers 1972 - 1977.

1. Teil

Grundlagen des Erbrechts in Deutschland und Europa

A. Fragestellung

Der Begriff der Testierfreiheit ist für die vorliegende Arbeit zentral und muss daher zunächst erörtert werden. Als Grundlage der weiteren Untersuchung bedarf es ferner einer Nachzeichnung der historischen Entwicklung der Testierfreiheit. Ausgangspunkt ist das römische Recht, in dem alle europäischen Rechtsordnungen zumindest zum Teil wurzeln. Der Schwerpunkt liegt indes auf der deutschen Rechtsgeschichte. Schließlich soll das Erbrecht der wichtigsten europäischen Rechtsordnungen kurz dargestellt werden. Welche Gemeinsamkeiten, welche Unterschiede gibt es? Im Fokus stehen die Testamentsformen einerseits und der Schutz von Angehörigen andererseits als Pole der Testierfreiheit.

B. Begriff der Testierfreiheit

Testierfreiheit ist die Befugnis des Erblassers, Anordnungen über den Verbleib seines Vermögens nach seinem Tod zu treffen.²⁰ Er kann bestimmen, an wen sein Vermögen fallen soll, kann nach seiner Wahl sein Vermögen an die Bedachten verteilen, eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Rechtsnachfolge anordnen oder einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung überhaupt ausschließen.²¹ Auch hinsichtlich der Frage, welche Verfügungsform (z.B. Testament oder Erbvertrag) und welche Gestaltungstypen (z.B. Erbeinsetzung oder Vermächtnis) er verwendet, besteht für den Erblasser Wahlfreiheit.²²

²⁰ Statt aller *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Art. 14 Rn 44; m. w. Nachw.

²¹ *BVerfGE* 58, 377, 398; 99, 341, 350 f.; 112, 332, 349; *Badura*, in: Röthel, S. 152; *Große-Wilde*, in: *Große-Wilde/Ouart*, Einl. vor § 1922 Rn 5; *Jarass*, in: *Jarass/Piero*, Art. 14 Rn 91; *Lange/Kuchinke*, § 2 IV 2 c) (S. 26); *K. Lange*, AcP 204 (2004), 804; *Meyer-Pritzl*, in: *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Erbrecht Rn 7; *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; *Otte*, in: *Staudinger*, Einl. ErbR Rn 54; *Reimann*, in: *Henrich/Schwab*, S. 42; *Wendt*, in: *Sachs*, Art. 14 Rn 197; vgl. *Hollmann*, S. 21; *Leisner*, *Erbschaftsbesteuerung*, S. 50; *dens.*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, 1. Aufl., Rn 15; *Muscheler*, *Erbrecht*, § 9 Rn 224; *Tersteegen/Reich*, in: *Süß*, Rn 44; *Werkmüller*, S. 5.

²² *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; vgl. *Leisner*, *Erbschaftsbesteuerung*, S. 50.

Darüber hinaus beinhaltet die Testierfreiheit das Recht, sie nicht auszuüben.²³ *Muscheler* gliedert die Testierfreiheit dementsprechend in vier Teilaspekte auf: Errichtungsfreiheit, Inhaltsfreiheit, Typenfreiheit und Formenfreiheit.²⁴

Fraglich ist allerdings, ob die Testierfreiheit die jederzeitige Widerruflichkeit der Verfügung von Todes wegen gebietet. Dies wird von der herrschenden Auffassung bejaht.²⁵ Die Widerruflichkeit der Verfügung sei das Gegenstück zur Testierfreiheit, weil nur dadurch die jederzeitige Testierfreiheit gewährleistet werde.²⁶ Auch in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen ist diese Ansicht vorherrschend.²⁷ Andere argumentieren, die Testierfreiheit könne einer Selbstbindung des Erblassers nicht entgegenstehen, weil auch diese Ausfluss der Privatautonomie sei.²⁸

Da das Testament als Grundform der Verfügung von Todes wegen frei widerruflich ist (§ 2253 BGB),²⁹ liegt es nahe, dieses Merkmal als Bestandteil der Testierfreiheit zu betrachten.

Dagegen ließe sich einwenden, dass die Testierfreiheit bei Gewährleistung der Widerruflichkeit nicht nur einmal, sondern unbegrenzt oft ausgeübt werden könnte. Allerdings können auch andere grundrechtlich geschützte Freiheiten unbegrenzt oft ausgeübt werden. Dies gilt insbesondere für die mit der Testierfreiheit „verwandte“ Vertragsfreiheit. Die Möglichkeit mehrfacher Ausübung spricht also nicht zwingend dagegen, die Widerruflichkeit als Bestandteil der Testierfreiheit anzusehen.

Auch wenn der Erblasser mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet, erlangt im Übrigen letztlich nur eine Verfügung Geltung, nämlich die letzte wirksam errichtete. Insofern übt der Erblasser seine Freiheit trotz Errichtung mehrerer Verfügungen im Ergebnis nur einmal aus. Denkbar ist ferner, dass der Erblasser nur über einen Teil seines Vermögens oder einzelne Gegenstände von Todes wegen verfügt und im Übrigen die gesetzliche Erbfolge eingreifen lässt. Will er zu einem späteren Zeitpunkt auch über den verbleibenden Teil seines

²³ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; *ders.*, *Erbrecht*, § 13 Rn 327; *Rauscher*, *Reformfragen*, Bd. I, S. 113.

²⁴ *Muscheler*, *Universalsukzession*, S. 1; *ders.*, Jura 1999, 234; *ders.*, *Erbrecht*, § 13 Rn 329.

²⁵ *Hoeren*, in: *HK-BGB*, § 2253 Rn 1; *Krug*, in: *Grenzenloses Erbrecht*, S. 247; *K. Lange*, *Erbrecht*, § 11 Rn 14, 32 Rn 1; *Leipold*, *Erbrecht*, § 11 Rn 329; *J. Mayer*, in: *Soergel*, § 2253 Rn 2; *Schlüter*, *Erbrecht*, § 17 Rn 184; *Schmoeckel*, *Erbrecht*, § 19 Rn 20; vgl. *M. Schmidt*, in: *Erman*, Vor § 2064 Rn 5.

²⁶ *Lange/Kuchinke*, § 23 I 1 (S. 405); *Schmoeckel*, *Erbrecht*, § 19 Rn 20.

²⁷ Siehe unten S. 43 ff.

²⁸ *Leisner*, *Verfassungsrechtliche Grenzen*, S. 50 (bei Fußn. 34); *Maunz/Dürig/Papier*, Art. 14 Rn 303; in diese Richtung tendiert auch *van Venrooy*, *JZ* 1987, 14.

²⁹ Siehe unten S. 130.

Vermögens von Todes wegen verfügen, so kann man darin schwerlich die erneute Ausübung einer an sich schon „verbrauchten“ Freiheit sehen.

Bei der Verfügung von Todes wegen liegt, anders als bei anderen Rechtsgeschäften, häufig ein langer Zeitraum zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und dem Eintritt der Rechtswirkungen. Das macht sie besonders anfällig für Abweichungen zwischen Wille und Erklärung, weil sich der Wille des Erblassers bis zum Eintritt der Rechtswirkungen ändern kann.³⁰ Deshalb besteht ein großes praktisches Bedürfnis, an der einmal errichteten Verfügung grundsätzlich Änderungen vornehmen zu können. Anderenfalls müsste man, um nicht möglicherweise jahrzehntelang an die getroffenen Anordnungen gebunden zu sein, das Testament bis zur Sterbesekunde aufschieben. Zu diesem Zeitpunkt ist eine Testamentserrichtung aber häufig nicht mehr möglich, etwa weil die Testierfähigkeit nicht mehr gegeben ist oder weil der Tod plötzlich eintritt und für die Errichtung eines Testaments keine Zeit mehr bleibt. Wäre die Verfügung von Todes wegen nicht grundsätzlich widerruflich, so würde die Testierfreiheit faktisch stark eingeschränkt, da viele Erblasser von ihrer Freiheit letztlich keinen Gebrauch machen könnten. Andere wären dagegen an eine Erklärung gebunden, die längst nicht mehr ihrem Willen entspricht.

Diese Überlegung wird in systematischer Hinsicht durch § 130 Abs. 1 BGB gestützt. Danach wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht. Geht dem Empfänger vorher oder gleichzeitig ein Widerruf des Erklärenden zu, so wird die Willenserklärung nicht wirksam. Der dieser Regelung des allgemeinen Teils zu Grunde liegende Gedanke lässt sich auf die Verfügung von Todes wegen übertragen. Zwar ist das Testament eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung.³¹ Die systematische Vergleichbarkeit ergibt sich jedoch daraus, dass die Rechtswirkungen der Verfügung von Todes wegen nicht sofort, sondern erst mit dem Tode des Erblassers eintreten.³² Bis zu diesem Zeitpunkt muss also ein Widerruf zulässig sein.

Dies steht nicht in Widerspruch zu den Interessen des Rechtsverkehrs sowie des Bedachten. Da bis zum Tode des Erblassers durch dessen Verfügung von Todes wegen keine Rechtswirkungen herbeigeführt werden, besteht bis zu diesem Zeitpunkt kein Bedürfnis, Dritte vor einer Änderung der Verfügung zu schüt-

³⁰ Vgl. *Battes*, Gemeinschaftliches Testament, S. 19; *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793.

³¹ *Leipold*, in: MünchKomm, § 1937 Rn 6; *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793; *Otte*, in: Staudinger, § 1937 Rn 18; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 19 Rn 1; vgl. *Olzen*, Kap. 3 § 1 Rn 213.

³² *Muscheler*, Erbrecht, § 28 Rn 1793; zum Eintritt der Rechtswirkungen des Testaments siehe unten S. 127.

zen.³³ Häufig kennt nur der Erblasser die Verfügung, so dass auch niemand vor Dispositionen im Hinblick auf dessen Anordnungen bewahrt werden muss.

All diese Überlegungen weisen in dieselbe Richtung. Es besteht ein großes praktisches Bedürfnis für die Widerruflichkeit von Verfügungen von Todes wegen, das im Einklang mit der Dogmatik des allgemeinen bürgerlichen Rechts und den Interessen des Bedachten sowie des Rechtsverkehrs steht. Die effektive Gewährleistung der Testierfreiheit erfordert die gleichzeitige Gewährleistung der grundsätzlichen Widerruflichkeit. Deshalb ist diese integraler Bestandteil jener Freiheit. Ob dies unwiderruflichen Verfügungen von Todes wegen in jedem Fall entgegensteht, wird unten³⁴ in Zusammenhang mit § 2302 BGB erörtert.

C. Historische Entwicklung der Testierfreiheit

I. Römisches Recht

Das römische Recht ist die gemeinsame Wurzel vieler europäischer Rechtsordnungen und daher für die Beleuchtung von Harmonisierungsmöglichkeiten von besonderem Interesse.³⁵

1. Entwicklung der Testierfreiheit

a) Das Komitialtestament

Der Begriff „Testament“ beschreibt den Inhalt des Dokumentes, die Bezeugung des letzten Willens des Erblassers, *testatio mentis*.³⁶ Die älteste Form des römischen Testaments ist das Komitialtestament (*testamentum calatis comitiis*).³⁷ Dieses Testament wurde mündlich durch Bekundung vor den Curiatkomitien, also unter Kontrolle der öffentlichen Meinung errichtet.³⁸ Die Verfügungsfreiheit beschränkte sich auf die Verteilung der einzelnen Sachen (sogenanntes Legatentestament); die Einsetzung eines Erben als Gesamtrechtsnachfolger des

³³ K. Lange, Erbrecht, § 32 Rn 1.

³⁴ S. 228 ff.

³⁵ Darauf weisen auch de Waal, in: Reimann/Zimmermann, S. 1076, und Leipold, in: FS Söllner 2000, S. 650, hin.

³⁶ Kaser/Knütel, § 67 Rn 1.

³⁷ Kaser/Knütel, § 67 Rn 2; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); D. Liebs, Römisches Recht, S. 138.

³⁸ Köbler, S. 23; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); D. Liebs, Römisches Recht, S. 138; vgl. A. Bauer, S. 116 (bei Fußn. 17); Kunkel/Schermaier, S. 12.

Erblässers war nicht möglich.³⁹ Mit dem Komitialtestament vergleichbar war vermutlich das *testamentum in procinctu* (vor dem aufgestellten Heer). Es wird angenommen, dass diese Testamentsformen ursprünglich dazu dienten, demjenigen, der keine gesetzlichen Erben hatte, Regelungen über den Verbleib seines Vermögens nach seinem Tode zu ermöglichen.⁴⁰

b) Das Manzipationstestament

Das Komitialtestament wurde den praktischen Bedürfnissen bald nicht mehr gerecht. Deshalb wurde im Laufe der Zeit ein Testament entwickelt, das dem Kaufrecht nachgebildet war: das Manzipationstestament (*testamentum per aes et libram*).⁴¹ Dieses Rechtsgeschäft wurde in der Form der *mancipatio nummo uno*, also des Kaufvertrags, durchgeführt und war auf den Tod des Erblässers befristet. Der Erblasser verkaufte damit sein gesamtes Vermögen an einen Treuhänder, den sogenannten *familiae emptor*.⁴² Dieser erhielt Anweisungen, wie der Nachlass nach dem Tod des Erblässers zu verteilen sei. Die Anweisungen wurden ursprünglich mündlich erteilt, später schriftlich mittels versiegelter Wachstafeln, die erst nach dem Tode des Erblässers zu öffnen waren. Durch den Gebrauch der Wachstafeln konnte der Erblasser seine Anordnungen bis zu seinem Tod geheim halten, so dass er frei war, allein nach seinem Willen ohne Rücksicht auf die Meinung Dritter zu testieren.⁴³

Dieser Vertrag eröffnete dem Erblasser weitreichende Möglichkeiten zur Gestaltung seiner Verfügung. Im Gegensatz zum Legatentestament war hier auch die Einsetzung eines Alleinerben möglich.⁴⁴ Darüber hinaus konnte der Testierende statt eines gesetzlichen Erben auch einen beliebigen Dritten einsetzen.⁴⁵

Im Laufe der Zeit setzte sich das Testament in der Praxis so weit durch, dass die gewillkürte Erbfolge gegenüber der gesetzlichen in den Vordergrund rückte. Die

³⁹ D. Liebs, Römisches Recht, S. 138.

⁴⁰ A. Bauer, S. 15 f.; Kaser/Knütel, § 67 Rn 2; Köbler, S. 23; vgl. Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, in: HK-Pflichtteilsrecht, Einl. Rn 9; Kunkel/Schermaier, S. 12.

⁴¹ Kaser/Knütel, § 67 Rn 3; Köbler, S. 23; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); vgl. Harke, § 19 Rn 9 ff.; D. Liebs, Römisches Recht, S. 138; Meyer-Pritzl, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, Erbrecht Rn 7.

⁴² Harke, § 19 Rn 9 f.; Kaser/Knütel, § 67 Rn 3; Kipp/Coing, § 25 I (S. 179); Köbler, S. 23; Kunkel/Schermaier, S. 38; Lange/Kuchinke, § 16 III 1 b) (S. 327); D. Liebs, Römisches Recht, S. 138; Zimmermann, in: Röthel, S. 100.

⁴³ D. Liebs, S. 138 f.

⁴⁴ Kipp/Coing, § 25 I (S. 179); D. Liebs, Römisches Recht, S. 139.

⁴⁵ D. Liebs, Römisches Recht, S. 140; Zimmermann, in: Röthel, S. 100.

Testierfreiheit wurde zum bestimmenden Element des römischen Erbrechts.⁴⁶ Dazu mag auch die Tatsache beigetragen haben, dass der Vorrang des Testaments vor der gesetzlichen Erbfolge im römischen Recht sehr stark ausgeprägt war. Es galt der Grundsatz *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Danach war es nicht möglich, nur über einen Teil des Nachlasses zu verfügen und im Übrigen die gesetzliche Erbfolge eingreifen zu lassen. Vielmehr wurde durch ein Testament die gesetzliche Erbfolge stets vollständig ausgeschlossen; der übrige Nachlass wuchs den gewillkürten Erben im Verhältnis ihrer Erbteile an.⁴⁷

Die ursprünglich sehr strengen formalen Anforderungen an die Testamentserrichtung, die in der Rechtsform der *mancipatio* begründet lagen, wurden im Laufe der Zeit gelockert, bis schließlich eine vom Erblasser unterschriebene Urkunde mit den Siegeln von sieben Zeugen ausreichte.⁴⁸

c) Weitere Testamentsformen

Daneben entwickelten sich weitere Testamentsformen: das Behördentestament,⁴⁹ das gegenseitige Testament unter Ehegatten und das eigenhändige (holographische) Testament,⁵⁰ das 446 n. Chr. durch Kaiser *Valentian III* eingeführt wurde.⁵¹

2. Grenzen der Testierfreiheit

a) Allgemeine Formerfordernisse

In formeller Hinsicht entwickelten sich bestimmte Beschränkungen der Testierfreiheit. So konnte beim Manzipationstestament nur über das Vermögen im Ganzen verfügt werden, das heißt, am Anfang des Testaments musste eine Erbinsetzung stehen.⁵² Nur wenn eine solche Verfügung über das Vermögen im Ganzen erfolgte, konnten in derselben Urkunde zusätzlich Einzelverfügungen

⁴⁶ Kaser/Knütel, § 65 Rn 9; Meyer-Pritzl, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, Erbrecht Rn 7; Tschäppeler, S. 77; vgl. Coing, Europäisches Privatrecht I, § 117 II (S. 559); Martiny, Gutachten 64. DJT, S. A65.

⁴⁷ Harke, § 20 Rn 1; Kaser/Knütel, § 65 Rn 14, 24 f., § 67 Rn 1; Kipp/Coing, § 25 I (S. 180); Köbler, S. 38; vgl. K. Lange, Erbrecht, § 1 Rn 1; Windel, S. 197.

⁴⁸ Kaser/Knütel, § 67 Rn 7, 9; Köbler, S. 23, 38; D. Liebs, Römisches Recht, S. 139, 143.

⁴⁹ Kaser/Knütel, § 67 Rn 14; Kipp/Coing, § 25 I 3 (S. 180); D. Liebs, Römisches Recht, S. 143.

⁵⁰ Kaser/Knütel, § 67 Rn 11; D. Liebs, Römisches Recht, S. 143.

⁵¹ Beutgen, S. 11; Muscheler, Erbrecht, § 15 Rn 581.

⁵² Harke, § 20 Rn 1; Kaser/Knütel, § 67 Rn 5, § 68 Rn 5; Köbler, S. 38; D. Liebs, Römisches Recht, S. 140; vgl. Coing, Europäisches Privatrecht I, § 117 II (S. 560); Kipp/Coing, § 25 (S. 179); Muscheler, Erbrecht, § 35 Rn 2433; Zimmermann, in: Röhthel, S. 100.

vorgenommen werden.⁵³ Bedingungen und Befristungen galten als nicht geschrieben. Da aber das gesamte Rechtsgeschäft aufschiebend befristet war, wurde eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung zugelassen.⁵⁴

b) *Formelles Noterbrecht*

An den Ausschluss gesetzlicher Erben durch das Testament wurden besondere Anforderungen gestellt. Söhne mussten ausdrücklich mit einer speziellen Formel unter Nennung des Namens enterbt werden; wurden sie einfach übergangen, war das Testament nichtig.⁵⁵ Auch Töchter und Enkel mussten ausdrücklich enterbt werden. Die Nennung des Namens war hier jedoch entbehrlich und ein Verstoß machte nicht das gesamte Testament, sondern lediglich die Enterbung der Betroffenen ungültig.⁵⁶ Unter Kaiser *Konstantin* wurde die konkludente Enterbung durch jede beliebige Formulierung zugelassen, wobei der Name des Enterbten weiterhin ausdrücklich genannt werden musste.⁵⁷ Später dehnte Kaiser *Justinian* diese Voraussetzung auch auf die Enterbung von Töchtern und Enkelinnen aus.⁵⁸ Es war auch möglich, jemanden nur unter einer bestimmten Voraussetzung zu enterben. Allerdings wurde das Testament insgesamt ungültig, wenn sich die Voraussetzung als falsch erwies.⁵⁹

Für diese Regelungen etablierte sich im 18. Jahrhundert der Begriff „formelles Noterbrecht“. Ob diese Bezeichnung darauf zurückzuführen ist, dass die Erwähnung der geschützten Personen im Testament formal notwendig war,⁶⁰ oder darauf, dass durch die fraglichen Regelungen die *heredes necessarii*, also die notwendigen Erben, begünstigt wurden,⁶¹ mag hier dahingestellt bleiben.

⁵³ Kaser/Knütel, § 67 Rn 5, § 68 Rn 5; D. Liebs, Römisches Recht, S. 140; vgl. Köbler, S. 38.

⁵⁴ Kaser/Knütel, § 68 Rn 8; D. Liebs, Römisches Recht, S. 141; vgl. Windel, S. 197.

⁵⁵ Harke, § 19 Rn 16; Kaser/Knütel, § 69 Rn 1, 3, 8; J. Kuhn, Entziehung und Beschränkung, S. 5; Lange/Kuchinke, § 37 I 1 b) (S. 865); D. Liebs, Römisches Recht, S. 141; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4078; Werkmüller, S. 6 f.; Zimmermann, in: Röthel, S. 100 f.; vgl. A. Bauer, S. 17 f.; Kipp/Coing, § 25 I (S. 180); Köbler, S. 38; Lutz, S. 40; Schlüter, in: Erman, Vor § 2303 Rn 1; Tschäppeler, S. 77.

⁵⁶ Harke, § 19 Rn 16; Kaser/Knütel, § 69 Rn 1, 4, 9; J. Kuhn, Entziehung und Beschränkung, S. 5; Lange/Kuchinke, § 37 I 1 b) (S. 865); D. Liebs, Römisches Recht, S. 141; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4078; Werkmüller, S. 7; Zimmermann, in: Röthel, S. 100 f.; vgl. A. Bauer, S. 17 f.; Lutz, S. 40.

⁵⁷ Kaser/Knütel, § 69 Rn 11 f.; D. Liebs, Römisches Recht, S. 143.

⁵⁸ Harke, § 19 Rn 16; Kaser/Knütel, § 69 Rn 11 f.; D. Liebs, S. 143; vgl. Zimmermann, in: Röthel, S. 110.

⁵⁹ D. Liebs, Römisches Recht, S. 142.

⁶⁰ So J. Kuhn, Entziehung und Beschränkung, S. 5.

⁶¹ So Kaser/Knütel, § 69 Rn 1; D. Liebs, Römisches Recht, S. 142; Zimmermann, in: Röthel, S. 101; vgl. Hollmann, S. 27.

c) Materielles Noterbrecht

Auch inhaltlich unterlag die Testierfreiheit Grenzen. Verstieß der Erblasser gegen Verhaltensmuster, an die er kraft Tradition und Sozialmoral gebunden war, so ging man davon aus, er sei bei Errichtung des Testaments nicht bei Verstand gewesen, so dass es für ungültig erklärt wurde. Hierdurch wurden vor allem die Abkömmlinge vor der Entziehung ihres Erbteils geschützt. Sie konnten eine entsprechende Klage, die *querela inofficiosi testamenti*, beim Zentumviralgericht einreichen.⁶²

Grundsätzlich konnte der Erblasser dem gesetzlichen Erben bis zu drei Viertel seines gesetzlichen Erbteils entziehen.⁶³ Später waren es nur noch zwei Drittel und bei mehr als vier Kindern sogar nur die Hälfte.⁶⁴ Allerdings konnte der gesetzliche Erbteil vollständig entzogen werden, wenn hierfür ein besonderer Grund vorlag,⁶⁵ wenn etwa der Sohn eine Frau mit schlechtem Ruf geheiratet hatte, wenn eine Tochter unsittlich lebte oder wenn ein Abkömmling grundlos versucht hatte, den Erblasser zu entmündigen.⁶⁶

Das Rechtsinstitut der *querela inofficiosi testamenti* wurde in nachklassischer Zeit ausgebaut. So musste sich der Berechtigte Schenkungen, die er vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erhalten hatte, anrechnen lassen.⁶⁷ Auch konnten Schenkungen des Erblassers, durch die der Nachlass geschmälert

⁶² A. Bauer, S. 18; Kaser/Knütel, § 70 Rn 1 f.; Lange/Kuchinke, § 37 I 1 b) (S. 865); D. Liebs, Römisches Recht, S. 144; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4079; Werkmüller, S. 7 f.; Zimmermann, in: Röthel, S. 104 f.; vgl. Coing, Europäisches Privatrecht II, § 133 I 1 (S. 629); Dauner-Lieb, FF 2000, 112; dies./Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, in: HK-Pflichtteilsrecht, Einl. Rn 9; Haas, ZEV 2000, 250; ders., in: Staudinger, Einl. §§ 2303 ff. Rn 6; Harke, § 19 Rn 17; Henrich, Testierfreiheit, S. 5; Hollmann, S. 25 ff.; Israel, S. 135; Kick, in: Jahrbuch, S. 169; Kerscher/Riedel/Lenz, § 3 Rn 11; Köbler, S. 38; J. Kuhn, Entziehung und Beschränkung, S. 6 f.; Martiny, Gutachten 64. DJT, S. A65; Mertens, S. 83; Muscheler, Erbrecht, § 13 Rn 471; Oechsler, AcP 200 (2000), 606; Strätz, FamRZ 1998, 1565; Tschäppeler, S. 77.

⁶³ A. Bauer, S. 18; Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Dennhardt, in: HK-Pflichtteilsrecht, Einl. Rn 9; Haas, ZEV 2000, 250; ders., in: Staudinger, Einl. §§ 2303 ff. Rn 6; Hollmann, S. 26; Kaser/Knütel, § 70 Rn 5; Kick, in: Jahrbuch, S. 169; Lange/Kuchinke, § 37 I 1 b) (S. 865); D. Liebs, Römisches Recht, S. 145; Martiny, Gutachten 64. DJT, S. A65; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4080; Werkmüller, S. 7; Zimmermann, in: Röthel, S. 106; vgl. Tschäppeler, S. 77.

⁶⁴ Harke, § 19 Rn 17; Hollmann, S. 26; Kaser/Knütel, § 70 Rn 5; Lange/Kuchinke, § 37 I 1 b) (S. 865); D. Liebs, Römisches Recht, S. 145; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4081; Schmoedel, Erbrecht, § 18 Rn 18; Werkmüller, S. 8; Zimmermann, in: Röthel, S. 110.

⁶⁵ A. Bauer, S. 18; Harke, § 19 Rn 17; Hollmann, S. 26; Kaser/Knütel, § 69 Rn 2, § 70 Rn 4; J. Kuhn, Entziehung und Beschränkung, S. 7; D. Liebs, Römisches Recht, S. 144 f.; Martiny, Gutachten 64. DJT, S. A65; Muscheler, Erbrecht, § 51 Rn 4080; Zimmermann, in: Röthel, S. 105.

⁶⁶ D. Liebs, Römisches Recht, S. 144 f.; vgl. Harke, § 19 Rn 17.

⁶⁷ Kaser/Knütel, § 70 Rn 6; vgl. Hollmann, S. 28.