

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Dorothea Ludwig

Die Form des ordentlichen Privattestaments

Überlegungen zum Videotestament

Band 29



Wolfgang Metzner Verlag

Band 29

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
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.

Dorothea Ludwig

Die Form des ordentlichen Privattestaments

Überlegungen zum Videotestament



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2019

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.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-044-9 (Print)

ISBN 978-3-96117-045-6 (Online)

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.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2018 vom Promotionsausschuss der Bucearius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 28. November 2018 statt. Für die Drucklegung wurde die Literatur auf den Stand von Dezember 2018 gebracht.

Ich danke meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Anne Röthel herzlich für die Betreuung und Erstbegutachtung meiner Dissertation und die langjährige geteilte Begeisterung für das Thema dieser Arbeit. Bei Herrn Prof. Dr. Peter Rawert bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner danke ich den Herausgebern dieser Schriftenreihe für die freundliche Aufnahme meiner Arbeit.

Dem Ehepaar Helga und Hans-Joachim Ehlke danke ich für die großzügige Förderung meines Promotionsvorhabens durch das Notar Dr. Michael Ehlke-Stipendium.

Prof. Dr. Sebastian Martens danke ich sehr herzlich für seine Hilfsbereitschaft, seine kritischen Anmerkungen und die vielen konstruktiven Anregungen.

Dank gebührt auch den Menschen, die ich im Zuge meiner Recherche unbekannterweise kontaktieren durfte und die mir bereitwillig und uneigennützig fachliche Auskunft gegeben haben.

Besonders danke ich in persönlicher Hinsicht meinen Eltern für ihre andauernde, vorbehaltlose Unterstützung mit Rat und Tat und ihren steten Glauben an meine Fähigkeiten. Ohne sie wären mein Studium und meine Promotion nicht denkbar gewesen. Dies gilt genauso für meine lieben Schwestern, die mir in allen Lebenslagen treu zur Seite stehen.

Unermesslich dankbar bin ich Dr. Wolfgang Wittek für seinen bedingungslosen Rückhalt, seinen steten Zuspruch und sein großes Herz. Er hat meine Dissertation nicht nur durch wertvolle Anmerkungen bereichert, sondern mich in den vergangenen Jahren auf jede nur denkbare Weise liebevoll unterstützt.

Schließlich möchte ich meinen engen Kommilitoninnen dafür danken, dass sie gemeinsam mit mir die Promotionszeit verbracht und gerade in den Mittagsstunden stets für fröhliche Stimmung gesorgt haben.

Die Arbeit ist meiner Großmutter gewidmet, die den Abschluss meiner Promotion leider nicht mehr miterleben konnte, meinen Werdegang aber mit großem Interesse verfolgt hat und sehr stolz gewesen wäre.

Hamburg, im Januar 2019

Dorothea Ludwig

Inhalt

Literaturverzeichnis VI

Einleitung 1

1. Kapitel: Das ordentliche Testament 4

A. Testierformen im Bürgerlichen Gesetzbuch 4

B. Testiergeschehen in Deutschland 5

I. Wirtschaftliche Bedeutung 6

II. Testamentserrichtung 8

1. Testierhäufigkeit und Testierzeitpunkt 8

2. Testierart 13

III. Fazit 15

2. Kapitel: Form und Formzwecke 16

A. Dogmatischer Hintergrund 16

I. Formvorschriften und ihr Verhältnis zur Privatautonomie 17

II. Übertragung auf die Testierfreiheit 19

III. Besonderheiten der Form im Testamentsrecht 22

IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Formvorschriften im Testamentsrecht 26

B. Anerkannte Formzwecke 28

I. Kumulative Aneinanderreihung von Formzwecken im Schrifttum und in der Rechtsprechung 29

II. Formzwecke des § 2247 BGB 32

1. Ermittlung der Formzwecke 32

2. Anerkannte Formzwecke des § 2247 BGB 35

a)	Echtheitsfunktion	36
b)	Warn- und Überlegungsfunktion	37
c)	Abschlussfunktion	40
C.	Übergeordnete Schutzrichtung des Formzwangs	41
3. Kapitel:	Heutige Realitäten und ihre Auswirkungen auf die Formzwecke	45
A.	Gesellschaftliche Rahmenbedingungen	45
I.	Digitalisierung	45
1.	Allgemeine Entwicklung	46
2.	Auswirkungen auf die Formzwecke	60
a)	Schwächung der Echtheitsfunktion	52
aa)	Methode der Schriftvergleichung	52
bb)	Schwierigkeiten des Echtheitsnachweises aufgrund der Digitalisierung	54
(1)	Verfügbarkeit geeigneter Schriftproben	54
(2)	Fehlende Individualität der Handschrift	56
(3)	Unmöglichkeit sicherer Untersuchungsergebnisse	60
cc)	Fazit	61
b)	Stärkung der Warn- und Überlegungsfunktion	61
c)	Stärkere Sicherung des Testierwillens	62
II.	Demographischer Wandel	63
1.	Allgemeine Entwicklung	63
2.	Auswirkungen auf die Formzwecke	66
a)	Testierunfähigkeit infolge Demenz	67
aa)	Prävalenz der Demenz	67
bb)	Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit	70
cc)	Auswirkungen einer Demenz auf die Testierfähigkeit	72
dd)	Schwierigkeiten bei der posthumen Beurteilung einer Demenz	73
b)	Leichtere Beeinflussbarkeit im Alter	77
c)	Schwächung der Warn- und Überlegungsfunktion	79

B.	Rechtliche Rahmenbedingungen	81
I.	Trend zu einem „offenen“ Recht	81
II.	Tendenz zur Materialisierung der Privatautonomie	83
III.	Übertragung auf die Testierfreiheit	87
	1. Anforderungen an die Selbstbestimmtheit der Testierentscheidung	88
	2. Unterschied zur Vertragsfreiheit	89
	3. Strukturelle Unterlegenheit des betagten Testators	90
4.	Kapitel: Zukünftige Leistungsfähigkeit und Bedeutsamkeit der Form des § 2247 BGB	96
A.	Möglichkeit der Veränderung von Formzwecken	96
B.	Verschiebungen in den Zwecken der Form des § 2247 BGB	97
I.	Von der Echtheitsfunktion hin zur Intentionalitätsgewähr	98
	1. Förderung bedachten und verantwortlichen Testierens	99
	2. Sicherung der materialen Testierfreiheit	101
	3. Sicherung der Testierfähigkeit	105
II.	Rechtsprechungsanalyse	109
	1. Wiederkehrende Streitfälle	110
	a) Testierwille	111
	aa) Zweifel aufgrund des Erklärungskontextes und der Wortwahl	112
	bb) Zweifel aufgrund des Schreibmaterials	115
	b) Echtheit	118
	c) Unterschrift	119
	d) (Bezugnahmen auf) maschinenschriftliche Texte	122
	e) Testierfähigkeit	125
	2. Formzwecke in der gerichtlichen Argumentation	129
	a) Echtheitsfunktion	129
	b) Bedachtheitsfunktion	131
	c) Zwecke der eigenhändigen Niederschrift	134
	d) Bedeutungszuwachs der Bedachtheitsfunktion?	135

3. Zusammenfassung	138
III. Schlussfolgerungen	139
a) Funktionsverluste des § 2247 BGB	139
b) Unverzichtbarkeit der Echtheitsfunktion	140
c) Fazit	141
5. Kapitel: Reformüberlegungen	143
A. Prämissen	143
I. Erwartungen an die Form	144
II. Beibehaltung des Privattestaments	145
III. Gebot der Zurückhaltung bei Reformen im Erbrecht	146
B. Mögliche Reformen	148
I. Erwägung eines computergeschriebenen Testaments	148
1. Vorteile eines computergeschriebenen Testaments	148
2. Nachteile eines computergeschriebenen Testaments	150
a) Unsicherheiten bezüglich der Erfüllung der Echtheitsfunktion	150
aa) Eigenhändige Unterschrift	150
bb) Elektronische Signatur	152
b) Keine Sicherung der Bedachtheitsfunktion	154
II. Zeugentestament	157
III. Altersabhängige Beschränkung auf das öffentliche Testament	158
1. Nachteile einer Altersbegrenzung	159
2. Grenzen des Schutzes durch notarielle Mitwirkung	161
IV. Beschränkung der Formwahlfreiheit in Abhängigkeitslagen	164
V. Formunabhängige Lösungen	165
1. Testierverbote zugunsten bestimmter Personen	165
2. Beweislastumkehr bei Demenzerkrankung	166
3. Erweiterung der nachträglichen Schutzmechanismen	167

VI. Vorschlag für die Einführung eines Videotestaments	170
1. Echtheitsfunktion	172
2. Auffindbarkeit	175
3. Haltbarkeit	176
4. Warn- und Überlegungsfunktion	178
5. Auslegung der Testiererklärung	179
6. Testierwille	181
7. (Materiale) Testierfreiheit	184
8. Testierfähigkeit	186
9. Inklusivität	187
10. Praktikabilität und Zeitgemäßheit	188
11. Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung	191
12. Zusammenführungen	193

Zusammenfassung und Ausblick 197

A. Zusammenfassung in Thesen 197

B. Ausblick 198

Literaturverzeichnis

- Aden, Menno*, Das todesnahe Testament, ZRP 2011, S. 83-85.
- Bach, Stefan / Thiemann, Andreas*, Hohe Erbschaftswelle, niedriges Erbschaftsteueraufkommen, DIW Wochenbericht 2016, S. 63-71.
- Bächle, Thomas Christian / Thimm, Caja* (Hrsg.), Mobile Medien – Mobiles Leben, Neue Technologien, Mobilität und die mediatisierte Gesellschaft, Berlin 2014, zitiert als: *Bächle/Thimm* (Hrsg.), Mobile Medien.
- Backes, Gertrud M. / Clemens, Wolfgang*, Lebensphase Alter – Eine Einführung in die sozialwissenschaftliche Altersforschung, 4. Aufl., Weinheim et al. 2013, zitiert als: *Backes/Clemens*, Lebensphase Alter.
- Ball, Rafael*, Die pausenlose Gesellschaft – Fluch und Segen der digitalen Permanenz, Stuttgart 2014, zitiert als: *Ball*, Pausenlose Gesellschaft.
- Bartnitzky, Horst / Hecker, Ulrich / Mahrhofer-Bernt, Christina* (Hrsg.), Grundschrift – Damit Kinder besser schreiben lernen, Frankfurt a. M. 2011, zitiert als: *Bartnitzky/Hecker/Mahrhofer-Bernt*, Grundschrift.
- Bartsch, Herbert*, Die postmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfähigkeit des Patienten, NJW 2001, S. 861-863.
- Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II: Kauf – Zwingendes Recht, Tübingen 2009, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch.
- Baumann, Wolfgang*, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, S. 221-222.
- Baumann, Wolfgang / Karsten, Susanne*, Die Reform des Erbrechts und verjährungsrechtlicher Vorschriften, RNotZ 2010, S. 95-101.
- beck-online.GROSSKOMMENTAR*, BGB, hrsg. von Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph (GesamtHrsg.), München, Stand: 01.11.2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, BGB.
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, hrsg. von Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert / Hau, Wolfgang / Poseck, Roman, 48. Edition, Stand: 01.11.2018, München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB.
- Beinke, Uwe*, Der Formzwang beim privatschriftlichen Testament, Marburg 1995, zitiert als: *Beinke*, Formzwang.

- Berg, Wilfried*, Entwicklung und Grundstrukturen der Eigentumsgarantie, JuS 2005, S. 961-966.
- Bernard, Karl-Heinz*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte – Inhaltsermittlung, Umfang und Fassung der Urkundenerklärung, Berlin 1979, zitiert als: *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte.
- Beutgen, Monika*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments, Berlin 1992, zitiert als: *Beutgen*, Geschichte der Form.
- Blomberg, Eva Maria*, Freiheit und Bindung des Erblassers, Tübingen 2011, zitiert als: *Blomberg*, Freiheit und Bindung.
- Boecken, Winfried*, BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 2012, zitiert als: *Boecken*, BGB AT.
- Boehm, Laura*, Der demenzkranke Erblasser, Baden-Baden 2017.
- Boehme-Neßler, Volker*, Unscharfes Recht – Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, Berlin 2008, zitiert als: *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht.
- Boemke, Burkhard / Ulrici, Bernhard*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin et al. 2014, zitiert als: *Boemke/Ulrici*, BGB AT.
- Boente, Walter / Riehm, Thomas*, Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften, JURA 2001, S. 793-798.
- Böhm, Manuela / Gätje, Olaf*, Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit: Zu Praktik, Materialität und Theorie des Schreibens mit der Hand, in: Böhm, Manuela / Gätje, Olaf (Hrsg.), Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Duisburg 2014, S. 7-21, zitiert als: *Böhm/Gätje*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014.
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016, zitiert als: *Bork*, BGB AT.
- Braun, Reiner / Burger, Florian / Miegel, Meinhard / Pfeiffer, Ulrich / Schulte, Karsten*, Erben in Deutschland – Volumen, Psychologie und gesamtwirtschaftliche Auswirkungen, hrsg. vom Deutschen Institut für Altersvorsorge, Köln 2002, zitiert als: *Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte*, Erben in Deutschland 2002.
- Braun, Reiner / Pfeiffer, Ulrich / Thomschke, Lorenz*, Erben in Deutschland – Volumen, Verteilung und Verwendung, hrsg. vom Deutschen Institut für Altersvorsorge, Köln 2011, zitiert als: *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland 2011.
- Brehm, Wolfgang*, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., Stuttgart et al. 2008, zitiert als: *Brehm*, BGB AT.

- Breitschmid, Peter*, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zu-
handen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gut-
willer“ (10.3524 vom 17.06.2010), not@lex/successio, édition spéciale/Son-
derheft 2014, S. 7-27.
- , Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähigkeit des
Urteilsunfähigen – Thesen zur Urteilsfähigkeit aus rechtlicher Sicht, in: Pe-
termann, Frank Th. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014, S. 91-119, zi-
tiert als: *Breitschmid*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit.
 - , Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Breitschmid, Peter (Hrsg.),
Testament und Erbvertrag – Praktische Probleme im Lichte der aktuellen
Rechtsentwicklung, Bern et al. 1991, S. 27-78, zitiert als: *Breitschmid*, in:
Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag.
 - , Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata – rechtsvergleichend – de
lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testa-
ments, Zürich 1982, zitiert als: *Breitschmid*, Formvorschriften.
- Brox, Hans* (Begr.) / *Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB,
42. Aufl., München 2018, zitiert als: *Brox/Walker*, BGB AT.
- , Erbrecht, 28. Aufl., München 2018, zitiert als: *Brox/Walker*, Erbrecht.
- Brunozzi, Kathrin*, Das Vierte Alter im Recht, Frankfurt a. M. 2012, zitiert als:
Brunozzi, Das Vierte Alter.
- Bublitz, Jan Christoph*, Der echte, vernünftige oder letzte Wille? Authentizität
und rational choice als implizite Voraussetzungen der Urteils- und Testierfä-
higkeit, in: Petermann, Frank Th. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014,
S. 37-89, zitiert als: *Bublitz*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit.
- Bumke, Christian*, Ausgestaltung von Grundrechten – Grundlagen und Grund-
züge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Be-
rücksichtigung der Vertragsfreiheit, Tübingen 2009, zitiert als: *Bumke*, Aus-
gestaltung von Grundrechten.
- Bumke, Christian* / *Roggon, Jacob*, Verfügungen von Todes wegen innerhalb fa-
miliarer Beziehungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Röthel,
Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie – Privatautonomie in Nä-
hebeziehungen, Tübingen 2014, S. 255-289, zitiert als: *Bumke/Roggon*, in:
Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie.
- Burkart, Erich*, Das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB – Seine Proble-
matik und seine Zukunft, in: Slapnicar, Klaus (Hrsg.), Tradition und Fortent-
wicklung im Recht – Festschrift zum 90. Geburtstag von Ulrich von Lübtow

- am 21. August 1990, Rheinfelden et al. 1991, S. 253-263, zitiert als: *Burkart*, in: FS v. Lübtow.
- Busch, Klaus-Peter*, Testierfähigkeit und Demenz, ErbR 2014, S. 90-94.
- Buschner, Andrea*, Rechtliche und soziale Elternschaft in Regenbogenfamilien, NZFam 2015, S. 1103-1107.
- Campbell, Claudia*, Die rechtliche Elternschaft in Regenbogenfamilien, NZFam 2016, S. 296-300.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273-364.
- Christandl, Gregor*, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft – Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung, Tübingen 2016, zitiert als: *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren.
- Conrad, Wolfgang*, Wahrscheinlichkeitsaussagen in Schriftsachverständigengutachten, in: Conrad, Wolfgang / Stier, Brigitte (Hrsg.), Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der forensischen Schriftuntersuchung, Festschrift für Lothar Michel, Lübeck 1989, S. 213-245, zitiert als: *Conrad*, in: FS Michel.
- Cording, Clemens*, Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, S. 115-121.
- , Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, S. 23-28.
- Cording, Clemens / Roth, Gerhard*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Neurobiologie – ein Widerspruch?, NJW 2015, S. 26-31.
- Cypionka, Bertram*, Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars, DNotZ 1991, S. 571-590.
- Damrau, Jürgen / Tanck, Manuel* (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., Bonn 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht.
- Däubler, Wolfgang / Bertzbach, Martin* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Unternehmensbezogene Verträge in der Familie – Aufgaben des Privatrechts, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie – Privatautonomie in Nähebeziehungen, Tübingen 2014, S. 181-195, zitiert als: *Dauner-Lieb*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie.
- , Vertragsgestaltung zwischen zwingendem Recht und richterlicher Inhaltskontrolle, in: Schmoeckel, Mathias / Kanzleiter, Rainer (Hrsg.), Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle, Fünfte Verleihung des Helmut-

- Schippel-Preises, Baden-Baden 2010, S. 51-66, zitiert als: *Dauner-Lieb*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss.
- Di Fabio, Udo*, Form und Freiheit, DNotZ 2006, S. 342-350.
- Dieckmann, Albrecht*, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, JZ 1988, S. 789-800.
- Diehn, Thomas*, Das Zentrale Testamentsregister, NJW 2011, S. 481-484.
- Dittrich, Lars*, Verfassungsrechtliche Vorgaben des Erbrechts, ZEV 2013, S. 14-20.
- Dulkeit, Gerhard*, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: Niedermeyer, Hans / Flume, Werner (Hrsg.), Festschrift Fritz Schulz, Erster Band, Weimar 1951, S. 148-190, zitiert als: *Dulkeit*, in: FS Schulz I.
- Dürscheid, Christa / Frick, Karina*, Schreiben digital – Wie das Internet unsere Alltagskommunikation verändert, Stuttgart 2016, zitiert als: *Dürscheid/Frick*, Schreiben digital.
- Dutta, Anatol*, Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014, zitiert als: *Dutta*, Warum Erbrecht?.
- , Grenzen der Vertragsfreiheit im Pflichtteilsrecht, AcP 209 (2009), S. 760-806.
- Dziemba, Oliver / Wenzel, Eike*, #Wir – Wie die Digitalisierung unseren Alltag verändert, München 2014, zitiert als: *Dziemba/Wenzel*, #Wir.
- Ebel, Wilhelm*, Recht und Form – Vom Stilwandel im deutschen Recht, Tübingen 1975, zitiert als: *Ebel*, Recht und Form.
- Ebenroth, Carsten Thomas*, Erbrecht, München 1992.
- Farahat, Anuscheh*, Solidarität und Inklusion – Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft, DÖV 2016, S. 45-55.
- Faust, Florian*, Digitale Wirtschaft – Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, Gutachten A zum 71. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band I, Gutachten, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 2016, zitiert als: *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT 2016.
- , Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Baden-Baden 2018, zitiert als: *Faust*, BGB AT.

- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV: Dogmatischer Teil, Anhang, Tübingen 1977, zitiert als: *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV.
- Firsching, Karl* (Begr.) / *Graf, Hans Lothar*, Nachlassrecht – Erbfolge, Testament, Erbvertrag, Pflichtteilsrecht, Rechtspflege in Nachlasssachen, Nachlassinsolvenz, Nachlassverfahren sowie Erbschaftsteuer, 10. Aufl., München 2014, zitiert als: *Firsching/Graf*, Nachlassrecht.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin et al. 1992, zitiert als: *Flume*, Allgemeiner Teil II.
- Fries, Martin*, Nachlassende Testierfähigkeit – Zum rechtlichen Umgang mit einem schwindenden letzten Willen, AcP 216 (2016), S. 421-458.
- Frieser, Andreas*, Vorsicht Erbschleicher! – Grenzen der Testierfreiheit, ErbR 2010, S. 370-380.
- Frieser, Andreas* / *Pothast, Cornel*, Erbschleicherei – unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Besonderheiten, ErbR 2017, S. 114-124.
- Geißler, Rainer*, Die Sozialstruktur Deutschlands, 7. Aufl., Wiesbaden 2014, zitiert als: *Geißler*, Sozialstruktur.
- Görgens, Bernhard*, Überlegungen zur Weiterentwicklung des § 2247 BGB (Eigenthändiges Testament), JR 1979, S. 357-363.
- , Die Bindung des Richters an das Gesetz und die Formerfordernisse des eigenthändigen Testaments – Zugleich ein Beitrag zur Reform des § 2247, Diss. Bochum 1975, zitiert als: *Görgens*, Bindung des Richters.
- Gruber, Michael*, Studien zur Teleologie der notariellen Form, in: Rechberger, Walter H. (Hrsg.), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Wien 2002, S. 55-105, zitiert als: *Gruber*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht.
- Grundmann, Stefan*, Favor Testamenti – Zu Formfreiheit und Formzwang bei privatschriftlichen Testamenten, AcP 187 (1987), S. 429-476.
- Grunsky, Wolfgang*, Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, Baden-Baden 2009, zitiert als: *Grunsky*, Testierfähigkeit.
- Grziwotz, Herbert*, Das „Patchworktestament“ – Teil 2, Nachlassplanung bei neuen Familienformen, ErbR 2018, S. 62-72.
- , Das „Patchworktestament“ – Teil 1, Neue Familienwelten und die gesetzliche Erbfolge, ErbR 2018, S. 2-9.
- Guericke, Andreas*, Rechtstatsächliche Untersuchung über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des Bürgerlichen

- Gesetzbuches, Diss. Marburg 1994, zitiert als: *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchung.
- Hagen, Horst*, Die Form als „Schwester der Freiheit“, DNotZ 2010, S. 644-655.
- , Die Form als „Schwester der Freiheit“, in: Schmoeckel, Mathias / Kanzleiter, Rainer (Hrsg.), Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle, Fünfte Verleihung des Helmut-Schippel-Preises, Baden-Baden 2010, S. 11-24, zitiert als: *Hagen*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss.
 - , Formzwang, Formzweck, Formmangel und Rechtssicherheit, in: Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, hrsg. von der Bundesnotarkammer, München 1996, S. 173-186, zitiert als: *Hagen*, in: FS Schippel.
 - , Entwicklungstendenzen zur Beurkundungspflicht bei Grundstücksverträgen, DNotZ 1984, S. 267-294.
- Hahn, Christoph*, Die Auswirkungen des Betreuungsrechts auf das Erbrecht, FamRZ 1991, S. 27-29.
- Harke, Jan Dirk*, Formzweck und Heilungsziel – Funktion und Voraussetzungen der Konvaleszenz formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte im Grundstücks- und Geschäftsanteilsverkehr, WM 2004, S. 357-362.
- Hartmann, Frank*, Moderne Kommunikationsmittel im Zivilrecht – Auseinandersetzung mit dem Schriftformerfordernis des BGB nach der Schriftformreform, Hamburg 2006, zitiert als: *Hartmann*, Moderne Kommunikationsmittel.
- Häsemeyer, Ludwig*, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, S. 1-9.
- , Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Frankfurt a. M. 1971, zitiert als: *Häsemeyer*, Gesetzliche Form.
- Hausmann, Rainer / Hohloch, Gerhard* (Hrsg.), Handbuch des Erbrechts, 2. Aufl., Berlin 2010, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), HB Erbrecht.
- Heilmann, Till A.*, Handschrift im digitalen Umfeld, in: Böhm, Manuela / Gätje, Olaf (Hrsg.), Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Duisburg 2014, S. 169-192, zitiert als: *Heilmann*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014.
- Heinrich, Christian*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit – Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000, zitiert als: *Heinrich*, Formale Freiheit.
- Heiss, Helmut*, Formmängel und ihre Sanktionen – Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1999, zitiert als: *Heiss*, Formmängel.

- Heldrich, Karl*, Die Form des Vertrages – Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates, AcP 147 (1941), S. 89-129.
- Helms, Tobias*, Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Freedom of Testation / Testierfreiheit – Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier, Tübingen 2012, S. 1-24, zitiert als: *Helms*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation.
- Hergenröder, Cyril H.*, Testieren 2.0: Errichtung eines digitalen eigenhändigen Testaments mittels Touch- oder Smartpen?, ZEV 2018, S. 7-11.
- Hermann, Hans-Georg*, Holographisch, allographisch, nuncupativ: Zum Formprivileg beim Testamentum parentum inter liberos bis 1900, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Das holographische Testament – Erleichterung oder Hindernis für den Laien?, Baden-Baden 2015, S. 60-87, zitiert als: *Hermann*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament.
- Herzog, Stephanie*, Das zentrale Testamentsregister, ErbR 2012, S. 294-298.
- Herzog, Stephanie / Pruns, Matthias*, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, Bonn 2018, zitiert als: *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass.
- Heusch, Clemens-August*, Die elektronische Signatur – Änderungen des Bürgerlichen Rechts aufgrund der Signatur-Richtlinie (1999/93/EG) durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. Juli 2001, Berlin 2004, zitiert als: *Heusch*, Elektronische Signatur.
- Hilgendorf, Eric*, Oralität, Literalität – Digitalität? Einige vorläufige Beobachtungen zur Bedeutung der Digitalisierung für das Recht aus Anlass der Verabschiedung des E-Government-Gesetzes 2013, in: Czeguhn, Ignacio (Hrsg.), Recht im Wandel – Wandel des Rechts, Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag, Köln et al. 2014, S. 747-763, zitiert als: *Hilgendorf*, in: FS Weitzel.
- Hippel, Fritz von*, Formalismus und Rechtsdogmatik – dargestellt am Beispiel der „Errichtung“ des zeugenlosen Schrifttestaments (eigenhändiges Testament; testament olographe), Hamburg 1935, zitiert als: v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik.
- Hirsch, Christoph*, BGB – Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Baden-Baden 2016, zitiert als: *Hirsch*, BGB AT.

- Hofer, Sibylle*, Vertragsfreiheit am Scheideweg, München 2006, zitiert als: *Hofer*, Vertragsfreiheit.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016, zitiert als: *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht.
- Holzhauser, Heinz*, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, Gutachten B (Juristisches Teilgutachten), Gutachten B/C zum 57. Deutschen Juristentag Mainz 1988, München 1988, zitiert als: *Holzhauser*, Gutachten B zum 57. DJT 1988.
- Horn, Claus-Henrik / Kroiß, Ludwig / Seitz, Susanne*, „Testamentsfälschung“: Das Schriftgutachten im Erbscheinsverfahren, ZEV 2013, S. 24-29.
- Hosemann, Eike Götz*, Von den Bedenken gegen das Testieren „im stillen Kämmerlein“ – Die Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland, dargestellt aus Anlass des 200. Geburtstags des Badischen Landrechts, RNotZ 2010, S. 520-529.
- Huber, Melanie*, Kommunikation und Social Media, 3. Aufl., Konstanz et al. 2013, zitiert als: *Huber*, Kommunikation.
- Hübner, Heinz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin et al. 1996, zitiert als: *Hübner*, BGB AT.
- Jacoby, Larry L. / Bishara, Anthony J. / Hessels, Sandra / Toth, Jeffrey P.*, Aging, Subjective Experience, and Cognitive Control: Dramatic False Remembering by Older Adults, Journal of Experimental Psychology: General, Bd. 134/2, 2005, S. 131-148, zitiert als: *Jacoby/Bishara/Hessels/Toth*, Journal of Experimental Psychology: General, Bd. 134/2, 2005.
- Jakobs, Horst Heinrich / Schubert, Werner* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht, §§ 1922-2385, 2. Teilband, Berlin et al. 2002, zitiert als: *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 15. Aufl., München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, GG.
- Jauernig, Othmar* (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch – mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUnthProt und EuErbVO, Kommentar, hrsg. von Stürner, Rolf, 17. Aufl., München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB.

- Jhering, Rudolf von*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – In 3 Teilen (Teil 2 in 2 Abteilungen), Teil 2, Abteilung 2, 9. Aufl., Unveränderter Neudruck der 5. (letzten veränderten) Auflage Leipzig 1898, Aalen 1968, zitiert als: *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, II/2.
- juris Praxiskommentar BGB*, hrsg. von Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rüßmann, Helmut / Weth, Stephan / Würdinger, Markus, Band 5 – Erbrecht, 8. Aufl., Saarbrücken 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: *jurisPK BGB*.
- Kanzleiter, Rainer*, Empfiehlt es sich, das privatschriftliche gemeinschaftliche Testament abzuschaffen?, ZEV 2011, S. 1-3.
- , Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, S. 2105-2113.
- Kappler, Susanne / Kappler, Tobias*, Patchworkfamilie und Erbrecht – letztwillige Verfügungen zugunsten „meiner, deiner und unserer Kinder“, ZEV 2015, S. 437-444.
- Kaser, Max / Knütel, Rolf / Lohsse, Sebastian*, Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch, 21. Aufl., München 2017, zitiert als: *Kaser/Knütel/Lohsse*, Röm. Privatrecht.
- Kaulbach, Ann-Marie Cathérine*, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht – Pflichtteilsrecht und Testiervertrag auf dem Prüfstand, Frankfurt a. M. 2012, zitiert als: *Kaulbach*, Gestaltungsfreiheit.
- Kholodilin, Konstantin / Michelsen, Claus / Ulbricht, Dirk*, Stark steigende Immobilienpreise in Deutschland – aber keine gesamtwirtschaftlich riskante Spekulationsblase, DIW Wochenbericht 2014, S. 1231-1240.
- Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf*, Grundrechte, Staatsrecht II, 34. Aufl., Heidelberg 2018, zitiert als: *Kingreen/Poscher*, Grundrechte.
- Kipp, Theodor (Begr.) / Coing, Helmut*, Erbrecht – Ein Lehrbuch, 14. Bearb., Tübingen 1990, zitiert als: *Kipp/Coing*, Erbrecht.
- Klingelhöffer, Hans*, „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?“, ZEV 2010, S. 385-388.
- Klinger, Bernhard F. / Seibt, Angelika*, Altersbestimmung von Testamenten, NJW-Spezial 2011, S. 167.
- Klockgether, Thomas*, Biologie und Klinik der Demenz, in: Schmoekel, Mathias (Hrsg.), Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010, S. 25-29, zitiert als: *Klockgether*, in: Schmoekel (Hrsg.), Demenz und Recht.

- Knobel, Ulrike*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, Berlin 2000, zitiert als: *Knobel*, Wandlungen der Vertragsfreiheit.
- Knopf, Julia*, Schreiben und digitale Medien – auf dem Weg zu einer medien-spezifischen Schreibdidaktik, in: Peschel, Markus / Irion, Thomas (Hrsg.), Neue Medien in der Grundschule 2.0 – Grundlagen – Konzepte – Perspektiven, Frankfurt a. M. 2016, S. 276-285, zitiert als: *Knopf*, in: Peschel/Irion (Hrsg.), Neue Medien in der Grundschule.
- Köbl, Hans*, Die Bedeutung der Form im heutigen Recht, DNotZ 1983, S. 207-226.
- Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München et al. 2016, zitiert als: *Kramer*, Methodenlehre.
- Krämer, Sybille*, Über die Handschrift: Gedankenfacetten, in: Böhm, Manuela / Gätje, Olaf (Hrsg.), Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Duisburg 2014, S. 23-33, zitiert als: *Krämer*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014.
- Krause, Rüdiger*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016, Band I, Gutachten, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München 2016, zitiert als: *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016.
- Krejci, Heinz*, Formgebote im Gesellschaftsrecht, in: Rechberger, Walter H. (Hrsg.), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Wien 2002, S. 25-54, zitiert als: *Krejci*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht.
- Krispenz, Ann*, Der Schutz dementer Erblasser nach § 2229 Abs. 4 BGB – Vorschlag zur Neuregelung, Editorial, ErbR 2015, S. 525.
- Kroiß, Ludwig / Ann, Christoph / Mayer, Jörg* (Hrsg.), NomosKommentar BGB, Erbrecht, Band 5: §§ 1922-2385, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB.
- Kroiß, Ludwig / Horn, Claus-Henrik / Solomon, Dennis* (Hrsg.), Nachfolgerecht – Erbrechtliche Spezialgesetze, Zivilrecht, Strafrecht, Verwaltungsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht, IPR, Baden-Baden 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht.
- Kroppenber, Inge*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? – Überlegungen zum zivilrechtlichen Gutachten des 68. Deutschen Juristentags in Berlin, NJW 2010, S. 2609-2613.
- , Erbrechtliche Herausforderungen des demographischen Wandels, ErbR 2010, S. 206-216.

- , Privatautonomie von Todes wegen – Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, Tübingen 2008, zitiert als: *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen.
 - , Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 16.07.2007 – 21 U 1836/07, ZEV 2007, S. 583-584.
 - , „Wer lebt, hat Recht“ – Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 2006, S. 86-105.
- Krotz, Friedrich*, Mediatisierung: Fallstudien zum Wandel von Kommunikation, Wiesbaden 2007, zitiert als: *Krotz*, Mediatisierung.
- Krüger, Wolfgang*, Einführung des Zentralen Testamentsregisters, ErbR 2011, S. 338-340.
- Kupferschmitt, Thomas*, Online-Vidoreichweite steigt bei weiter geringer Nutzungsdauer, Media Perspektiven 2016, S. 448-459.
- Kutscher, Antonia*, Der digitale Nachlass, Göttingen 2015.
- Laimer, Simon*, Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, RabelsZ 77 (2013), S. 555-591.
- Lang, Heinrich*, Inklusives Wahlrecht – Staatsbürgerliche Partizipation von Menschen mit Behinderung, ZRP 2013, S. 133-137.
- Lange, Heinrich*, Das Recht des Testamentes – 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1937, zitiert als: *Lange*, Recht des Testamentes.
- Lange, Heinrich* (Begr.) / *Kuchinke, Kurt*, Erbrecht – Ein Lehrbuch, 5. Aufl., München 2001, zitiert als: *Lange/Kuchinke*, Erbrecht.
- Lange, Knut Werner*, Erbrecht, 2. Aufl., München 2017.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin et al. 1991, zitiert als: *Larenz*, Methodenlehre.
- , Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, zitiert als: *Larenz*, Schuldrecht I.
- Leipold, Dieter*, Erbrecht – Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 21. Aufl., Tübingen 2016, zitiert als: *Leipold*, Erbrecht.
- , BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil – Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 9. Aufl., Tübingen 2017, zitiert als: *Leipold*, BGB AT.
- , Bewährte oder problembeladene Rechtsnormen – eine quantitative Rechtsprechungsanalyse zum deutschen Erbrecht, 2010, abrufbar unter:

- <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/izpr2/downloads/dateienleipold/quantitativerechtsprechungsanalyse> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), zitiert als: *Leipold*, Quantitative Rechtsprechungsanalyse.
- , Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180 (1980), S. 160-237.
- Leue, Arne*, Die neuen Formvorschriften des Privatrechts, Münster et al. 2002, zitiert als: *Leue*, Neue Formvorschriften.
- Lichtenwimmer, Andrea*, Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Praxis des Notars, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010, S. 43-56, zitiert als: *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht.
- , Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar, Mitt-BayNot 2002, S. 240-244.
- Lobin, Henning*, Engelbarts Traum – Wie der Computer uns Lesen und Schreiben abnimmt, Frankfurt a. M. et al. 2014, zitiert als: *Lobin*, Engelbarts Traum.
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 16. Aufl., München 2018, zitiert als: *Looschelders*, Schuldrecht AT.
- Lorenz, Werner*, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957), S. 381-413.
- Ludwig, Dorothea*, Ist das ordentliche Testament reformbedürftig? (Teil 2), AnwZert ErbR 14/2010, Anm. 2.
- , Ist das ordentliche Testament reformbedürftig? (Teil 1), AnwZert ErbR 12/2010, Anm. 2.
- Ludyga, Hannes*, Letztwillige Verfügungen von alten und pflegebedürftigen Menschen zu Gunsten eines ambulanten Pflegedienstes, NZS 2013, S. 201-206.
- Mager, Ute*, Einrichtungsgarantien – Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Tübingen 2003, zitiert als: *Mager*, Einrichtungsgarantien.
- Mangoldt, Hermann von* (Begr.) / *Klein, Friedrich* / *Starck, Christian*, Grundgesetz, Kommentar, Band 1: Präambel, Artikel 1-19, 7. Aufl., München 2018, zitiert als: *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG.
- Mankowski, Peter*, Formzwecke, JZ 2010, S. 662-668.
- Maunz, Theodor* / *Dürig, Günter* (Begr.) / *Herzog, Roman* / *Scholz, Rupert* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 84. Ergänzungslieferung, München 2018, - Band II, Art. 6-15

- Band III, Art. 16-22,
zitiert als: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG.
- Medicus, Dieter / Petersen, Jens*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg et al. 2016, zitiert als: *Medicus/Petersen*, BGB AT.
- Merz, Hans*, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung – Dargestellt an den Beispielen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit und des Mißbrauchs der Verjährungseinrede, AcP 163 (1964), S. 305-345.
- Metternich, Gabriele*, Verfügungsverhalten von Erblassern, Frankfurt a. M. 2010, zitiert als: *Metternich*, Verfügungsverhalten.
- Meyer, Alfred*, Das Wiederaufleben aufgehobener letztwilliger Verfügungen, Zürich 1972, zitiert als: *Meyer*, Wiederaufleben letztwilliger Verfügungen.
- Michel, Lothar*, Gerichtliche Schriftvergleichung – Eine Einführung in Grundlagen, Methoden und Praxis, Berlin et al. 1982, zitiert als: *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung.
- Motive zu dem Entwurf eines BGB*, Nachdruck der Ausgabe Berlin und Leipzig 1888, Goldbach 2000,
- Band 1: Allgemeiner Teil, zitiert als: Motive I
- Band 5: Erbrecht, zitiert als: Motive V.
- Moussa, Awaalom Daniel*, Das Dogma vom formgerechten Zugang – Zugleich ein Plädoyer für die Trennung von Fragen des Zustandekommens und der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, Tübingen 2016, zitiert als: *Moussa*, Formgerechter Zugang.
- Mückenheim, Kai*, Rechtsgeschäfte alter Menschen in besonderen Zwangslagen, Frankfurt a. M. et al. 1997, zitiert als: *Mückenheim*, Rechtsgeschäfte alter Menschen.
- Mugdan, Benno* (Hrsg. und Bearb.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899,
- I. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, zitiert als: *Mugdan I*
- V. Band: Erbrecht, zitiert als: *Mugdan V*.
- Müller-Eiselt, Peter Gerrit*, Inklusion im Leistungssport: Neue Dimensionen des Gleichstellungsrechts, DÖV 2015, S. 546-556.
- Müller, Gabriele*, Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, 806ff., DNotZ 2006, S. 325-327.
- Müller, Klaus M.*, Testamente – Original oder Fälschung?, Berlin 2014, zitiert als: *Müller*, Testamente.

- , Forensische Schriftuntersuchung – Beschreibung einer bewährten Methode, Berlin 2011, zitiert als: *Müller*, Forensische Schriftuntersuchung.
- Müller, Matthias*, Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland – Entwicklung und rechtliche Würdigung des EJustizG am Beispiel des Zivilprozesses, Hamburg 2015, zitiert als: *Müller*, Digitalisierung der Justiz.
- Müller, Rainer*, Die Beurteilung der Testierfähigkeit – eine empirische Untersuchung, München 1991, zitiert als: *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Sack, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina,
 - Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018
 - Band 10: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 7. Aufl., München 2017, zitiert als: *Bearbeiter*, in: MünchKomm BGB.
- Muscheler, Karlheinz*, „10 Jahre Erbrecht – Rückblick und Ausblick“, ErbR 2015, S. 650-676.
- , Die Form des eigenhändigen Testaments in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung, ErbR 2015, S. 3-11.
- Musielak, Hans-Joachim*, Der Irrtum des Erblassers und der Erben, ZEV 2016, S. 353-360.
- Nave-Herz, Rosemarie*, Erbgenerationen in Zahlen, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts: Symposium vom 30.11.-2.12.2006 in Salzgitter, Köln et al. 2007, S. 23-36, zitiert als: *Nave-Herz*, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts.
- Neuner, Jörg*, Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, S. 1822-1833.
- Nickisch, Reinhard M. G.*, Brief, Stuttgart 1991.
- Nieder, Heinrich* (Begr.) / *Kössinger, Reinhard* / *Kössinger, Winfried*, Handbuch der Testamentsgestaltung – Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen, 5. Aufl., München 2015, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung.
- Niesing, Matthias* / *Schmeh, Klaus*, Schlüssel des Vertrauens – Digitale Ausweise im Internet, c't 2001, S. 224-231.
- Nissen, Kai*, Befunderhebung und Befundbewertung – am Beispiel der Handschriftenuntersuchung, DS – Der Sachverständige 1991, S. 283-290.

- Oestmann, Peter*, Die Zwillingschwester der Freiheit. Die Form im Recht als Problem der Rechtsgeschichte, in: Oestmann, Peter (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit – Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß, Köln et al. 2009, S. 1-54, zitiert als: *Oestmann*, in: Oestmann (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit.
- Olzen, Dirk / Looschelders, Dirk*, Erbrecht, 5. Aufl., Berlin et al. 2017.
- Otte, Gerhard*, Das eigenhändige Testament als ordentliche Errichtungsform nach dem BGB – Gründe und Einwände, in: Schmoeckel, Mathias / Otte, Gerhard (Hrsg.), Europäische Testamentsformen, Baden-Baden 2011, S. 31-45, zitiert als: *Otte*, in: Schmoeckel/Otte (Hrsg.), Europäische Testamentsformen.
- Papsdorf, Christian*, Internet und Gesellschaft – Wie das Netz unsere Kommunikation verändert, Frankfurt a. M. et al. 2013, zitiert als: *Papsdorf*, Internet und Gesellschaft.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Allgemeiner Teil des BGB – Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Heidelberg 2003, zitiert als: *Pawlowski*, BGB AT.
- Petermann, Frank Th.*, Urteilsfähigkeit – Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich et al. 2008, zitiert als: *Petermann*, Urteilsfähigkeit.
- Pfefferli, Peter W.*, Physikalisch-technische Methoden der forensischen Schriftuntersuchung, in: Conrad, Wolfgang / Stier, Brigitte (Hrsg.), Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der forensischen Schriftuntersuchung, Festschrift für Lothar Michel, Lübeck 1989, S. 117-137, zitiert als: *Pfefferli*, in: FS Michel.
- Plassmann, Sebastian*, Treuwidriges Verhalten bei Formverstößen, Baden-Baden 2017, zitiert als: *Plassmann*, Formverstöße.
- Plewe, Lutz-Ingo*, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts – Eine Bestandsaufnahme zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Aachen 2003, zitiert als: *Plewe*, Gesetzliche Formen.
- Pohlmann, Petra*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, Berlin 1992, zitiert als: *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte.
- Ponath, Gerrit*, Die Beschränkungen der Testierfreiheit durch das Testamentsrecht, Angelbachtal 2006, zitiert als: *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit.

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB*,
Band 5: Erbrecht, 2. Nachdruck der Ausgabe Berlin 1899, Goldbach 1998,
zitiert als: *Protokolle V*.
- Radvan, Florian*, Digitales Schreiben im Deutschunterricht, in: Lobin, Henning
/ Leitenstern, Regine / Lehnen, Katrin / Klawitter, Jana (Hrsg.), Lesen,
Schreiben, Erzählen – Kommunikative Kulturtechniken im digitalen Zeital-
ter, Frankfurt a. M. et al. 2013, S. 107-130, zitiert als: *Radvan*, in:
Lobin/Leitenstern/Lehnen/Klawitter (Hrsg.), Kommunikative Kulturtechni-
ken.
- Reid, Kenneth G. C. / de Waal, Marius J. / Zimmermann, Reinhard*, Testamen-
tary Formalities in Historical and Comparative Perspective, in: Reid, Ken-
neth G. C. / de Waal, Marius J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Compara-
tive Succession Law, Band I, Testamentary Formalities, New York 2011,
S. 432-471, zitiert als: *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zim-
mermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I.
- Reimann, Wolfgang / Bengel, Manfred / Mayer, Jörg* (Hrsg.), Testament und
Erbvertrag – Handbuch, Mustertexte, Kommentar, 6. Aufl., Köln 2015, zi-
tiert als: *Bearbeiter*, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament.
- Reuter, Dieter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Frei-
heitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 189 (1989), S. 199-
222.
- Rieß, Michael*, Die Bedeutung des schriftvergleichenden Gutachtens in Strafver-
fahren – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, in: Conrad, Wolf-
gang / Stier, Brigitte (Hrsg.), Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der fo-
rensischen Schriftuntersuchung, Festschrift für Lothar Michel, Lübeck 1989,
S. 47-69, zitiert als: *Rieß*, in: FS Michel.
- Rödder, Andreas*, 21.0 – Eine kurze Geschichte der Gegenwart, München 2015,
zitiert als: *Rödder*, 21.0.
- Röhl, Klaus F. / Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch,
3. Aufl., München 2008, zitiert als: *Röhl/Röhl*, Rechtslehre.
- Roterig, Paul*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Inhalt eröffneter Verfü-
gungen von Todes wegen, Frankfurt a. M. et al. 1986, zitiert als: *Roterig*,
Rechtstatsächliche Untersuchungen.
- Roth, Markus*, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel – Stär-
kung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen,
AcP 208 (2008), S. 451-489.

Roth, Wolfgang / Maulbetsch, Thomas, Letztwillige Verfügung zu Gunsten des Heims, NJW-Spezial 2009, S. 71.

Röthel, Anne, Form und Privatautonomie: Blicke auf das eigenhändige Testament, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Das holographische Testament – Erleichterung oder Hindernis für den Laien?, Baden-Baden 2015, S. 33-59, zitiert als: *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament.

–, Testamentsformen, JURA 2014, S. 475-482.

–, Verträge in der Unternehmerfamilie – Überlegungen zur Privatautonomie in personalen Beziehungen, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie – Privatautonomie in Nähebeziehungen, Tübingen 2014, S. 9-78, zitiert als: *Röthel*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie.

–, Form und Freiheit der Patientenautonomie, AcP 211 (2011), S. 196-220.

–, Reformbedarf im Erbrecht – aus der Sicht der Wissenschaft, ErbR 2011, S. 167-173.

–, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, NJW-Beil. 2010, S. 77-80.

–, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag Berlin 2010, Band I, Gutachten, Teil A, München 2010, zitiert als: *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010.

–, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), S. 32-66.

–, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: Lipp, Volker / Röthel, Anne / Windel, Peter A. (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, Tübingen 2008, S. 85-120, zitiert als: *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status.

Röthel, Anne / Lemmerz, Anna-Luisa, Altern, Erwachsenenschutz und Autonomie, in: Gebauer, Martin / Isomura, Tamotsu / Kansaku, Hiroyuki / Nettesheim, Martin (Hrsg.), Alternde Gesellschaften im Recht – Japanisch-deutsches Symposium in Tübingen vom 3. bis 4. September 2012, Tübingen 2015, S. 3-26, zitiert als: *Röthel/Lemmerz*, in: Gebauer/Isomura/Kansaku/Nettesheim (Hrsg.), Alternde Gesellschaften.

Rüfner, Thomas, Testamentary Formalities in Roman Law, in: Reid, Kenneth G. C. / de Waal, Marius J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Band I, Testamentary Formalities, New York 2011, S. 1-26, zitiert als: *Rüfner*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I.

- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel*, Rechtstheorie – mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, zitiert als: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl., München 2014, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Sachs, GG.
- Sanner, Markus*, Die Digitale Signatur, Regensburg 2001, zitiert als: *Sanner*, Digitale Signatur.
- Savigny, Friedrich Carl von*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Berlin 1853, zitiert als: v. *Savigny*, Obligationenrecht II.
- Schellhammer, Kurt*, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Heidelberg 2018, zitiert als: *Schellhammer*, Schuldrecht.
- Schenk, Michael / Jers, Cornelia / Gölz, Hanna* (Hrsg.), Die Nutzung des Web 2.0 in Deutschland – Verbreitung, Determinanten und Auswirkungen, Baden-Baden 2013, zitiert als: *Schenk/Jers/Gözl*, Nutzung des Web 2.0.
- Schippers, Josef Christian*, Form und Erklärung – Verkörperungsform, Abgabeform, Zugangsform, DNotZ 2006, S. 726-745.
- Schlüter, Wilfried / Röthel, Anne*, Erbrecht – Ein Studienbuch, begr. von Bartholomeyczik, Horst, 17. Aufl., München 2015, zitiert als: *Schlüter/Röthel*, Erbrecht.
- Schmidt, Jan Peter*, Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa, RabelsZ 76 (2012), S. 1022-1050.
- Schmitz, Karl Heinrich*, Die Bedeutung der Datumsangabe im eigenhändigen Testament, ErbR 2017, S. 260-263.
- Schmitz, Ulrich*, Neue Medien und Gegenwartssprache – Lagebericht und Problemskizze, in: Schmitz, Ulrich (Hrsg.), Neue Medien, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Oldenburg 1995, S. 7-51, zitiert als: *Schmitz*, in: Schmitz (Hrsg.), OBST 1995.
- Schmoeckel, Mathias*, Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzerkrankten, NJW 2016, S. 433-439.
- , Das holographische Testament – Erleichterung oder Hindernis für den Laien? – Betrachtung des privatschriftlichen Testaments aus rechtsgeschichtlicher, -vergleichender, -philosophischer und dogmatischer Perspektive, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Das holographische Testament – Er-

- leichterung oder Hindernis für den Laien?, Baden-Baden 2015, S. 16-21, zitiert als: *Schmoeckel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament.
- , Erbrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.
 - , 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, NJW 1996, S. 1697-1705.
- Schön, Wolfgang*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: Heldrich, Andreas / Prölss, Jürgen / Koller, Ingo et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München 2007, S. 1191-1211, zitiert als: *Schön*, in: FS Canaris.
- Schulte, Günther*, Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen, Diss. Münster 1982, zitiert als: *Schulte*, Eröffnete Verfügungen.
- Schulze, N. N.*, Über die Verwendung der Blindenschrift bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen, DNotZ 1955, S. 629-632.
- Schwacke, Peter*, Juristische Methodik – mit Technik der Fallbearbeitung, 5. Aufl., Stuttgart 2011, zitiert als: *Schwacke*, Juristische Methodik.
- Schweiger, Wolfgang / Beck, Klaus* (Hrsg.), Handbuch Online-Kommunikation, Wiesbaden 2010, zitiert als: *Schweiger/Beck*, HB Online-Kommunikation.
- Seibert, Ann*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit – Die Problematik der beweisrechtlichen Vermutung der Testierfähigkeit, Hamburg 2015, zitiert als: *Seibert*, Testierfähigkeit.
- Seibt, Angelika*, Unterschriften und Testamente – Praxis der forensischen Schriftuntersuchung, München 2008, zitiert als: *Seibt*, Unterschriften und Testamente.
- , Probleme bei der Untersuchung von Fotokopien, ZfS 2004, S. 164-174.
 - , Berührungspunkte und Unterschiede zwischen forensischer Handschriftenvergleichung und Schriftpsychologie, ZfS 2003, S. 2-23.
 - , Forensische Schriftgutachten – Einführung in Methoden und Praxis der forensischen Handschriftenuntersuchung, München 1999, zitiert als: *Seibt*, Forensische Schriftgutachten.
- Seidler, Katharina*, Digitaler Nachlass – Das postmortale Schicksal elektronischer Kommunikation, Frankfurt a. M. 2016, zitiert als: *Seidler*, Digitaler Nachlass.
- Siebert, Holger*, Die Entwicklung des Erbrechts im ersten Halbjahr 2014, NJW 2014, S. 2918-2923.
- Singer, Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, zitiert als: *Singer*, Selbstbestimmung.

Soergel, Hans Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, hrsg. von Siebert, Wolfgang, Band 22, Erbrecht 2, §§ 2064-2273, §§ 1-35 BeurkG, 13. Aufl., Stuttgart 2003, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB.

Sonnekus, J. C., Freedom of Testation and the Ageing Testator, in: Reid, Kenneth G. C. / de Waal, Marius J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Exploring the Law of Succession – Studies National, Historical and Comparative, Edinburgh 2007, S. 78-98, zitiert als: *Sonnekus*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Exploring the Law of Succession.

Spezielle Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Dresden ca. 1860, zitiert als: *Spezielle Motiven*.

Spickhoff, Andreas, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 345-415.

Stadler, Astrid, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017, zitiert als: *Stadler*, BGB AT.

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Band II/1, Sitzungsberichte, Referate und Beschlüsse, München 2011, zitiert als: Verhandlungen des 68. DJT 2010, Band II/1.

Staudinger, Julius von (Begr.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,

- Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 125-129; BeurkG (Formvorschriften AT; Beurkundung), Neubearbeitung 2017

- Buch 5: Erbrecht, Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922-1966 (Erbfolge), Neubearbeitung 2017

- Buch 5: Erbrecht, §§ 2064-2196 (Testament 1), Neubearbeitung 2013

- Buch 5: Erbrecht, §§ 2229-2264 (Errichtung und Aufhebung eines Testaments), Neubearbeitung 2018,

zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB.

- , J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, V. Band: Erbrecht, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1954, zitiert als: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB, 11. Aufl.

Stetter, Christian, Schrift und Sprache, Frankfurt a. M. 1997.

Stöcker, Hans A., Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, S. 609-618.

Stöcklin, Nando, Von analog zu digital: die neuen Herausforderungen für die Schule, in: Blaschitz, Edith / Brandhofer, Gerhard / Nosko, Christian /

- Schwed, Gerhard (Hrsg.), *Zukunft des Lernens – Wie digitale Medien Schule, Aus- und Weiterbildung verändern*, Glückstadt 2012, S. 57-74, zitiert als: *Stöcklin*, in: Blaschitz/Brandhofer/Nosko/Schwed (Hrsg.), *Zukunft des Lernens*.
- Stoppe, Gabriela / Lichtenwimmer, Andrea*, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, S. 806-813.
- Strätz, Hans-Wolfgang*, Reform der gesetzlichen Erbfolge, DNotZ 2001, S. 452-459.
- Stumpf, Cordula*, Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Anfechtung, Umdeutung und Wegfall der Geschäftsgrundlage, Berlin 1991, zitiert als: *Stumpf*, *Auslegung letztwilliger Verfügungen*.
- Süß, Rembert* (Hrsg.), *Erbrecht in Europa*, 3. Aufl., Bonn 2015.
- Szydlík, Marc*, Erbschaften im demographischen Wandel: Soziologische Perspektiven, ErbR 2010, S. 217-221.
- Taeger, Jürgen* (Hrsg.), *Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Edewecht 2015, zitiert als: *Taeger*, *Internet der Dinge*.
- Tiefensee, Anita / Grabka, Markus M.*, Das Erbvolumen in Deutschland dürfte um gut ein Viertel größer sein als bisher angenommen, DIW Wochenbericht 2017, S. 565-570.
- Tillmann, Angela*, Computer und Internet – Multimediasozialisation, in: Vollbrecht, Ralf / Wegener, Claudia (Hrsg.), *Handbuch Mediensozialisation*, Wiesbaden 2010, S. 260-268, zitiert als: *Tillmann*, in: Vollbrecht/Wegener (Hrsg.), *HB Mediensozialisation*.
- Tolmein, Oliver*, Inklusion als Herausforderung für die Rechts- und Bildungspolitik, ZRP 2014, S. 177-181.
- Tuhr, Andreas von*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, 1. Hälfte, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1910-1918, Goldbach 1997, zitiert als: v. *Tuhr*, *Allgemeiner Teil II/1*.
- Vollbrecht, Ralf / Wegener, Claudia* (Hrsg.), *Handbuch Mediensozialisation*, Wiesbaden 2010, zitiert als: *Vollbrecht/Wegener*, *HB Mediensozialisation*.
- Vollkommer, Max*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit – Dargestellt am Beispiel der prozessualen Schriftform zur Überwindung des Formformalismus in der Rechtsprechung, München 1973, zitiert als: *Vollkommer*, *Formenstrenge*.

- Vollmer, Jeanette*, Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht – Ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, Frankfurt a. M. et al. 2001, zitiert als: *Vollmer*, Verfügungsverhalten.
- Voser, Peter*, Testierung im Altersheim, in: Petermann, Frank Th. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014, S. 205-261, zitiert als: *Voser*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit.
- Wagner, Gerhard*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Eherecht – Bargaining in the Shadow of Love, in: Röthel, Anne (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie – Privatautonomie in Nähebeziehungen, Tübingen 2014, S. 197-237, zitiert als: *Wagner*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie.
- , Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe / Hager, Günter (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010, S. 13-84, zitiert als: *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht.
- Waldhoff, Christian*, Die Testierfähigkeit Demenzkranker im Lichte des Verfassungsrechts, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010, S. 57-74, zitiert als: *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht.
- Weingarten, Rüdiger*, Schreiben mit der Hand und Schreiben mit dem Computer – Chirographie, Typographie und Diktat, in: Böhm, Manuela / Gätje, Olaf (Hrsg.), Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Duisburg 2014, S. 133-149, zitiert als: *Weingarten*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014.
- Welser, Rudolf*, Zivilrechtliche Formgebote und Notariatsakt, in: Rechberger, Walter H. (Hrsg.), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit, Wien 2002, S. 1-24, zitiert als: *Welser*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht.
- Welter, Wolfgang*, Auslegung und Form testamentarischer Verfügungen – Die Verwirklichung des Erblasserwillens, Frankfurt a. M. et al. 1985, zitiert als: *Welter*, Auslegung und Form.
- Wendt, Roland*, Erblasserfreiheit versus Erbenfreiheit – Faustregeln zu Grenzen der Testierfreiheit, ZErB 2010, S. 45-54.
- Werner, Olaf*, Zur Eigenhändigkeit letztwilliger Verfügungen – Die Durchschrift als Testament, DNotZ 1972, S. 6-16.

- Westerhoff, Rudolf*, Wie begründen wir Formnichtigkeit?, AcP 184 (1984), S. 341-384.
- Wetterling, Tilman*, Erbschleicherei – aus psychiatrischer Sicht, ErbR 2017, S. 125-128.
- , Gibt es medizinische Anhaltspunkte für eine Beeinflussung durch Dritte?, ErbR 2015, S. 544-546.
 - , Mehr Schein als Sein – zum sogenannten Fassadenphänomen, ErbR 2015, S. 355-357.
 - , Krankheitsbedingte Auswirkungen auf die Testierfähigkeit – eine Darstellung aus medizinischer Sicht, ErbR 2014, S. 94-104.
 - , Psychopathologische Auffälligkeiten bei Demenz und deren Auswirkungen auf die Willensbildung – aus Sicht eines Neuropsychiaters, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010, S. 31-42, zitiert als: *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht.
 - , Was hat der Erbbrechler mit Fragen der Medizin zu tun?, ErbR 2010, S. 345-350.
- Wetterling, Tilman / Neubauer, Hildegard / Neubauer, Werner*, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, S. 46-50.
- Wicki, Werner / Hurschler Lichtsteiner, Sibylle*, Verbundene versus teilweise verbundene Schulschrift – Ergebnisse einer quasi-experimentellen Feldstudie, in: Böhm, Manuela / Gätje, Olaf (Hrsg.), Handschreiben – Handschriften – Handschriftlichkeit, Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie, Duisburg 2014, S. 111-131, zitiert als: *Wicki/Hurschler Lichtsteiner*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014.
- Wildt, Marzella*, Pharmakologisch bedingte Effekte auf die Handschrift, in: Conrad, Wolfgang / Stier, Brigitte (Hrsg.), Grundlagen, Methoden und Ergebnisse der forensischen Schriftuntersuchung, Festschrift für Lothar Michel, Lübeck 1989, S. 297328, zitiert als: *Wildt*, in: FS Michel.
- Wingerter, Alexander*, Die eigenhändige letztwillige Verfügung im Spannungsverhältnis zwischen Form und der Verwirklichung des Erblasserwillens – zugleich ein Beitrag zur Reform der Testamentsformen, Diss. Würzburg 1998, zitiert als: *Wingerter*, Letztwillige Verfügung.
- Wolf, Manfred*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, zitiert als: *Wolf*, Entscheidungsfreiheit.

- Wolf, Manfred / Gangel, Alfred*, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindeutiger testamentarischer Verfügungen – BGH, NJW 1981, 1737 und NJW 1981, 1736, JuS 1983, S. 663-668.
- Wolf, Manfred / Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016, zitiert als: *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil.
- Zaczyk, Rainer*, Propria Manu – Rechtsphilosophische Bemerkungen zum eigenhändigen Testament, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Das holographische Testament – Erleichterung oder Hindernis für den Laien?, Baden-Baden 2015, S. 22-32, zitiert als: *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament.
- , Kriterien der Selbstbestimmung bei Errichtung eines Testaments – Ein Beitrag aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Schmoeckel, Mathias (Hrsg.), Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010, S. 89-98, zitiert als: *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht.
- Zimmer, Maximilian*, Das Testament älterer Menschen, ZErB 2010, S. 126-132.
- Zimmermann, Reinhard*, Preface, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Freedom of Testation / Testierfreiheit – Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. bis 17. September 2011 in Trier, Tübingen 2012, S. VII-X, zitiert als: *Zimmermann*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation.
- , Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur?, *RabelsZ* 76 (2012), S. 471-508.
- , Testamentary Formalities in Germany, in: Reid, Kenneth G. C. / de Waal, Marius J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Comparative Succession Law, Band I, Testamentary Formalities, New York 2011, S. 175-220, zitiert als: *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I.
- , The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford et al. 1996, zitiert als: *Zimmermann*, Law of Obligations.
- Zimmermann, Theodor*, Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit, *BWNotZ* 2000, S. 97-108.
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012, zitiert als: *Zippelius*, Methodenlehre.

πάντα ῥεῖ – „alles fließt“ (Heraklit zugeschrieben)

Einleitung

Wer sich mit dem Erbrecht beschäftigt, erwartet meist keine hochaktuellen Fragen und bahnbrechenden Neuigkeiten. Es handelt sich nicht um ein schnelllebiges Rechtsgebiet, das ständigen Veränderungen unterliegt. Vielmehr erscheint das Erbrecht in geradezu „majestätischer Unbewegtheit“¹. So ist auch das Testamentsrecht, das Gegenstand dieser Arbeit ist, ein chronisches Thema, aber keines, das als besonders dringlich und reformbedürftig empfunden wird. Trotzdem sollte man es nicht voreilig als abgeschlossenes, funktionierendes und deshalb zu vernachlässigendes Recht betrachten, das vom täglichen Rechtsgeschehen losgelöst ist und keiner Anpassung bedarf. Mögen auch kurzweilige Phänomene das Erb- und Testamentsrecht nicht berühren, wird es doch von grundlegenden gesellschaftlichen Veränderungen erfasst und muss sich für diese interessieren. Es gilt, gleichsam einen Schritt zurückzutreten und die Wirkungen der Normen aus einer fernerer Perspektive zu betrachten. Gerade für das Testamentsrecht muss in langfristigen Kategorien gedacht werden, nicht jeder Trend darf Berücksichtigung finden, da sich der Erblasser auf die postmortale Formwirksamkeit seines Testaments verlassen können muss. Gleichwohl muss das Testamentsrecht so weit mit dem Wandel der Lebensumstände Schritt halten, dass es weiterhin zu befriedigenden Lösungen führt und seine Funktionsfähigkeit nicht verliert. Diese Gefahr besteht besonders, wenn die mit den Normen verfolgten Zwecke nicht mehr erreicht werden. Ursache dafür können veränderte gesellschaftliche Rahmenbedingungen sein. Mit dem demographischen Wandel und der Digitalisierung sind zwei gesellschaftliche Megatrends genannt, die das Testamentsrecht tiefgreifend

¹ *Schmoeckel*, NJW 1996, 1697 (1701).

beeinflussen. Durch den demographischen Wandel verändert sich die Altersstruktur der Bevölkerung und damit auch diejenige der Testatoren, welche vermehrt in sehr hohem Alter testieren. Altersbedingte Abhängigkeiten und verminderte geistige Fähigkeiten können die Testierentscheidung prägen. Auch die Digitalisierung wirkt auf die Testiersituation ein, indem sie die Kommunikationsgewohnheiten und damit die Bedingungen der eigenhändigen Testamentserrichtung verändert.

Ziel dieser Arbeit ist es, diese Entwicklungen und ihre Auswirkungen auf die Formzwecke des eigenhändigen Testaments zu untersuchen. Können die ursprünglichen gesetzgeberischen Zwecke des § 2247 BGB heute und in Zukunft noch erreicht werden? Inwiefern haben sich die Gesetzeszwecke verändert, inwieweit werden sie anders gewichtet? Über Formzwecke im Allgemeinen und im Erbrecht im Besonderen ist schon viel geschrieben worden. Trotzdem wurden diese Fragen für das eigenhändige Testament bisher nur wenig diskutiert,² es werden meist nur die bekannten Zwecke aufgezählt und Reformen werden kaum thematisiert.³ Betrachtet man die Formzwecke des § 2247 BGB aber im Lichte der stattfindenden gesellschaftlichen Umbrüche, zeigt sich schnell, dass es sich lohnt, die Form des holographischen Testaments kritisch zu hinterfragen. Die tatsächlichen Veränderungen der Lebenssituation in Deutschland machen das Thema der Testamentsformen aktuell und zunehmend akut. Es braucht zukunftsfähige Testierformen, die sowohl rechtspolitisch als auch rechtsdogmatisch überzeugen können. Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, die im Testamentsrecht teilweise sehr festgefahrenen Argumentationsmuster zu durchbrechen und eine unvoreingenommene Diskussion über die Zukunft des Privattestaments in Deutschland anzustoßen. Gegenstand der Untersuchung ist das eigenhändige Testament, welches von den Problemen einer alternden Gesellschaft und den Auswirkungen der Digitalisierung besonders betroffen ist. Dies schließt nicht aus, dass viele der gewonnenen Erkenntnisse auch für das notarielle Testament gelten und dass dieses vergleichend herangezogen werden kann. Letztlich geht es um die Einführung einer neuen privaten Testierform, welche den bestehenden Herausforderungen gerecht werden kann.

² Siehe aber *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 ff.; vgl. auch *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (444).

³ Dazu passt *Ebels* (Recht und Form, S. 3) Feststellung: „Die Form, in welcher Recht auftreten muß, um Recht zu sein, ist heute eine fast beiläufige, jedenfalls keine eigentlich problematische Angelegenheit, weder der Gesetzgebung noch der Rechtswissenschaft.“ Siehe allerdings *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 393 ff. mit einem Reformvorschlag.

Hierzu soll nach einem kurzen Überblick über die Testierformen des Bürgerlichen Gesetzbuches zunächst das aktuelle Testiergeschehen in Deutschland aufgearbeitet werden (1. Kapitel), um die praktische Relevanz der Testiervorschriften zu verdeutlichen. Anschließend werden die Formvorschriften dogmatisch eingebettet und die bisher anerkannten Formzwecke des § 2247 BGB erläutert (2. Kapitel). Diese Ausführungen bilden die Grundlage für die nachfolgende Untersuchung und die gewonnenen Erkenntnisse dienen als Leitlinien für die Überprüfung der Formzwecke. Darauf folgt eine Darstellung der heutigen Realitäten – sowohl im gesellschaftlichen als auch im rechtlichen Kontext – und ihrer Auswirkungen auf das Testamentsrecht (3. Kapitel). Dabei werden in gesellschaftlicher Hinsicht die Digitalisierung und der demographische Wandel als bestimmende Faktoren behandelt (A.), weiterhin werden die rechtlichen Rahmenbedingungen in den Blick genommen (B.). Die Analyse der gegenwärtigen Situation zeigt die Veränderungen und Funktionsverluste auf, die sich hinsichtlich der Formzwecke des § 2247 BGB ergeben. Sie führt zu der Frage nach der zukünftigen Leistungsfähigkeit der Form des eigenhändigen Testaments *de lege lata* (4. Kapitel), wobei nach der Feststellung der Veränderungsmöglichkeit von Formzwecken (A.) insbesondere eine Verschiebung der Formzwecke des § 2247 BGB hin zu einer stärkeren Intentionalitätsgewähr untersucht werden soll (B.); hierfür soll auch die Rechtsprechung der letzten Jahre analysiert werden. Es wird sich zeigen, dass die Erfüllung der Echtheitsfunktion gefährdet ist und dafür der Bedachtheitszweck der eigenhändigen Erklärung an Bedeutung gewonnen hat, § 2247 BGB den Anforderungen an die Formzwecke aber immer weniger gerecht werden kann. Diese Erkenntnisse führen zur Suche nach Lösungen *de lege ferenda* im letzten Teil der Arbeit (5. Kapitel). Nach der Herausarbeitung der leitenden Prämissen (A.) werden verschiedene Reformvorschläge diskutiert (B.) und das Videotestament als zukunftsweisende Testierform vorgestellt. Dabei soll in Umsetzung der dargestellten Vorzüge und Gestaltungsmöglichkeiten eines Videotestaments insbesondere ein konkreter Formulierungsvorschlag unterbreitet werden, um eine Diskussionsgrundlage für die Einführung eines Videotestaments zu schaffen. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform und einem Ausblick.

1. Kapitel: Das ordentliche Testament

Zu Beginn der Untersuchung soll zunächst ein kurzer Überblick über die gesetzlichen Testiervorschriften gegeben werden. Anschließend soll anhand einer aktuellen Bestandsaufnahme untersucht werden, welche wirtschaftliche Bedeutung dem Testiergeschehen zukommt und wie von den Testiermöglichkeiten praktisch Gebrauch gemacht wird. Diese Kenntnisse sind notwendig, um über Aufgaben und Probleme der Testierformen fundiert diskutieren zu können und dabei die soziale Wirklichkeit nicht außer Acht zu lassen.

A. Testierformen im Bürgerlichen Gesetzbuch

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt als ordentliche Testamentsformen das öffentliche Testament nach §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB und das eigenhändige Testament nach §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB. Daneben gibt es drei außerordentliche Testamentsarten (§§ 2249, 2250, 2251 BGB), sogenannte Nottestamente, die aber in der Praxis nur eine geringe Rolle spielen⁴ und daher nicht Gegenstand dieser Arbeit sein sollen. So soll auch der Begriff des Privattestaments im Folgenden als Synonym für das ordentliche, nicht-notarielle Testament gebraucht werden und Nottestamente vor drei Zeugen nach §§ 2250 f. BGB ausklammern.

Voraussetzung für die Gültigkeit eines Testaments ist die Beachtung der vorgeschriebenen Form. Werden die gesetzlichen Formvorschriften nicht eingehalten, ist das Testament nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Des Weiteren ist die Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung erforderlich. Das Gesetz regelt diese (neben der Spezialregelung für Minderjährige in § 2229 Abs. 1, 2 BGB) in § 2229 Abs. 4 BGB, indem es die gegenteiligen Kriterien der

⁴ Siehe nur *Lange*, Erbrecht, § 15 Rn. 58; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 209. Ebenso die Auswertung von *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 39. Seltene Ausnahmen bilden die Beschlüsse des OLG Frankfurt a. M. vom 12.12.2013 – 20 W 281/12, ErbR 2015, 50 ff. und des OLG Düsseldorf vom 25.06.2015 – I-3 Wx 224/14, BeckRS 2015, 14470, in denen ein vermeintliches Drei-Zeugen-Testament allerdings jeweils für formungültig befunden wurde, sowie der Beschluss des OLG München vom 12.05.2015 – 31 Wx 81/15, NJW-RR 2015, 1034 ff., in dem ein Drei-Zeugen-Testament ausnahmsweise für wirksam erachtet wurde.

Testierunfähigkeit normiert. Das Testament eines Testierunfähigen ist nichtig.⁵ Ferner muss der Erblasser ernstlich von Todes wegen verfügen wollen, also einen Testierwillen aufweisen (vgl. § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB).⁶ Andernfalls liegt kein wirksames Testament vor.⁷ Schließlich muss der letzte Wille höchstpersönlich erklärt werden (§§ 2064 f. BGB) und darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen.

Ein privatschriftliches, eigenhändiges (holographisches) Testament kann der Erblasser nach § 2247 Abs. 1 BGB durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Der gesamte Testamentstext muss handschriftlich⁸ vom Erblasser verfasst werden. Die Absätze 2 und 3 des § 2247 BGB enthalten zusätzliche Soll-Vorschriften, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit des Testaments nicht zwangsläufig beeinträchtigt (siehe § 2247 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 BGB).

B. Testiergeschehen in Deutschland

Es ist schwierig, das Testiergeschehen in Deutschland präzise abzubilden.⁹ Viele Annahmen beruhen auf groben Schätzungen und die Datenlage zur Verbreitung des eigenhändigen Testaments ist dünn. So kann hier nur der Versuch einer ungefähren Bestandsaufnahme unternommen werden, um das aktuelle Testiergeschehen einordnen und seine wirtschaftliche, gesellschaftliche und rechtliche Relevanz einschätzen zu können. Dabei sollen sich die Darstellungen auf die Tatsachen beschränken, die die äußeren Umstände und die formelle Seite der Testamenterrichtung betreffen und daher für das hier interessierende Testiergeschehen von Bedeutung sind; inhaltliche Aspekte zur Nachfolgeregelung, zur Zusammensetzung des Nachlassvermögens und zur Gestaltung einzelner Klauseln sollen außer Betracht bleiben.

⁵ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 11; Grunsky, Testierfähigkeit, S. 7; Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 232; Schlüter/Röthel, Erbrecht, § 20 Rn. 1; Schmoeckel, Erbrecht, § 20 Rn. 4. Näher zur Testier(un)fähigkeit unten 3. Kapitel A. II. 2. a) bb).

⁶ Lange, Erbrecht, § 14 Rn. 12; Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 225.

⁷ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 17; Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 225.

⁸ Dies ist allerdings nicht streng wörtlich zu nehmen, da auch das Schreiben mit dem Mund, dem Fuß oder einer Prothese zulässig ist, siehe etwa Brox/Walker, Erbrecht, § 11 Rn. 4; Lange, Erbrecht, § 14 Rn. 18.

⁹ So schon Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (203 f.).

I. Wirtschaftliche Bedeutung

Viele Prognosen über das zukünftige Erbschaftsvolumen sagen einen erheblichen Anstieg voraus.¹⁰ Der Wert der potenziellen Erbmasse in Deutschland wächst zunehmend und hat sich während der vergangenen zwanzig Jahre mehr als verdoppelt: Während das Gesamtvermögen¹¹ der privaten Haushalte und privaten Organisationen ohne Erwerbszweck im Jahr 1991 noch umgerechnet 4,56 Billionen Euro betrug, belief es sich im Jahr 2011 bereits auf 10,22 Billionen Euro.¹² Bis zum Ende des Jahres 2015 stieg es auf 12,20 Billionen Euro an.¹³ Das Deutsche Institut für Altersvorsorge prognostizierte im Jahr 2011, dass es in den folgenden zehn Jahren in 7,7 Millionen Haushalten zu Todesfällen kommen werde.¹⁴ Dabei soll das Erbschaftsvolumen, das heißt der Wert des vererbten Vermögens, in Deutschland von 2011 bis 2020 in der Summe 2,58 Billionen Euro betragen.¹⁵ Im Vergleich dazu hatte das Institut im Jahr 2001 für den Zeitraum bis 2010 einen deutlich geringeren Wert ermittelt, nämlich 1,4 Billionen Euro zuzüglich weiterer

¹⁰ Nave-Herz, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 23 (24); Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 3. Siehe auch die Presseinformation der Postbank-Studie vom 31.05.2012 mit dem Titel „Erbschaftswelle in historischem Ausmaß rollt auf Deutschland zu – Jeder Zweite plant Nachlass“, abrufbar unter: https://www.postbank.de/postbank/pr_presseinformation_2012_05_31.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹¹ Gemeint ist das Nettovermögen, welches das Geld- und Sachvermögen und hier auch das Gebrauchsvermögen nach Abzug der Kredite und der sonstigen Verbindlichkeiten umfasst.

¹² So die Zahlen zur Vermögensentwicklung nach einem Bericht der Bundeszentrale für politische Bildung vom 27.09.2013 mit Verweis auf die Deutsche Bundesbank und das Statistische Bundesamt, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/soziale-situation-in-deutschland/61775/vermoegensentwicklung> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Zahlen des Statistischen Bundesamtes und der Deutschen Bundesbank, die zuletzt im Bericht „Sektorale und gesamtwirtschaftliche Vermögensbilanzen“ für die Jahre 1999 bis 2015 (erschieden am 24.10.2016) veröffentlicht wurden, weichen davon leicht ab. Für das Jahr 2011 ergibt sich danach ein Gesamtvermögen von 10,29 Billionen Euro. Die Abweichung lässt sich wohl mit methodischen Änderungen nach dem ESVG 2010 (Europäisches System Volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen 2010) erklären, das seit September 2014 für alle Länder der Europäischen Union verbindlich ist. Der Bericht ist einsehbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Volkswirtschaftliche-Gesamtrechnungen/Vermögensrechnung/VermögensbilanzenPDF_5816103.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹³ Siehe die Zahlen auf S. 11 des Berichts „Sektorale und gesamtwirtschaftliche Vermögensbilanzen“ (Fn. 12).

¹⁴ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 21.

¹⁵ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 20. Das Erbschaftsvolumen definieren die Autoren auf S. 91 als das Nettovermögen der Haushalte mit erbschaftsrelevanten Todesfällen in den Jahren 2010 bis 2020. Erbschaftsrelevant seien alle Todesfälle von Haushaltsvorständen oder deren Lebensgefährten.

0,6 Billionen Euro, die die Erben zu späterer Zeit erhalten würden, wenn der überlebende Partner des ersten Erblassers verstorben sei.¹⁶ Im Jahr 2011 betrug das Erbschaftsvolumen Schätzungen zufolge 233 Milliarden Euro.¹⁷ Das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung schätzt, dass zwischen den Jahren 2012 und 2027 bis zu 400 Milliarden Euro jährlich verschenkt und vererbt werden, und damit deutlich mehr als bisher angenommen.¹⁸ Eine Studie der Postbank AG ergab im Jahr 2012, dass künftig mehr als jede fünfte Erbschaft einen Wert von 100.000 Euro und mehr haben werde.¹⁹ Mit Abstand am häufigsten sollen dabei Immobilien vererbt werden.²⁰ Als Grund für die Zunahme des Erbvolumens werden in der Literatur der wachsende Wohlstand nach dem Zweiten Weltkrieg, aber auch der Rückgang der Kinderzahl und die häufigere Kinderlosigkeit in Deutschland genannt.²¹ Nach der Postbank-Studie soll der Hauptgrund für den Anstieg im gewachsenen Immobilienvermögen liegen.²²

Es gibt aber auch Prognosen, nach denen das Erbvolument langfristig weniger stark ansteigen soll.²³ Gründe dafür seien etwa, dass sich das Einkommenswachstum seit einiger Zeit verlangsamt habe, dass die Lebenserwartung steige und daher höhere Ausgaben im Alter Teile des Vermögens verzehrten, dass künftige Erblasser möglicherweise konsumfreudiger seien und dass die durchschnittlichen Immobilienpreise in Zukunft kaum noch ansteigen würden.²⁴ Diese Prognosen sind jedoch recht vage. Zwar ist zu vermuten, dass die private Altersvorsorge und

¹⁶ Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 3.

¹⁷ Siehe unter: <http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/a-760392-2.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Schätzungen des genauen Erbschaftsvolumens gehen aufgrund unterschiedlicher Methoden weit auseinander, bewegen sich aber aktuell zwischen 200 und 300 Milliarden Euro jährlich, siehe Bach/Thiemann, DIW Wochenbericht 2016, 63 ff.

¹⁸ Siehe Tiefensee/Grabka, DIW Wochenbericht 2017, 565 ff.; der höhere Wert kommt vor allem dadurch zustande, dass das DIW bei der Berechnung regelmäßiges Sparen und potenzielle Wertänderungen berücksichtigte.

¹⁹ Die Postbank-Studie wurde offiziell lediglich in Form einer Presseinformation vom 31.05.2012 veröffentlicht (siehe Fn. 10). Die gesamte Erbschaftsstudie ist jedoch als vertrauliches Dokument unter http://docs.dpaq.de/929-01_postbank_erbschaftsstudie_2012.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) einsehbar. Die Daten beruhen auf einer Befragung von 1613 Bundesbürgern ab 16 Jahren durch das Institut für Demoskopie Allensbach im März 2012. Zum Vermögenswert siehe die Zahlen auf S. 8 f. der Studie.

²⁰ Nach S. 6 f. der Postbank-Studie (Fn. 19) geben 63 Prozent der potenziellen Erblasser an, eine Immobilie vererben zu wollen.

²¹ Nave-Herz, in: Röhmel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, S. 23 (24 f.).

²² Siehe die Pressemitteilung vom 31.05.2012 (Fn. 10).

²³ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 29 f.; siehe auch schon Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 4 und 7 ff.

²⁴ Braun/Pfeiffer/Thomschke, Erben in Deutschland 2011, S. 29 f.

die hohen Kosten für Gesundheit und Pflege im Alter verbunden mit der erhöhten Lebenserwartung viele private Vermögen erheblich schmälern werden.²⁵ Wann und wie genau sich dies in der Höhe der Erbschaften bemerkbar machen wird, ist jedoch unklar. Auch die Entwicklung der Immobilienpreise lässt momentan eher auf steigende als auf sinkende oder stagnierende Preise schließen.²⁶

II. Testamentserrichtung

Empirische Daten zur Testamentserrichtung wurden bisher nur vereinzelt erhoben. Es gibt kaum Rechtstatsachenforschung zum Verfügungsverhalten.²⁷ Weder zur Testierhäufigkeit noch zur Wahl der Testierform liegen umfassende aktuelle Zahlen vor, die aus amtlichen Erhebungen stammen. Die vorhandenen Daten basieren entweder auf einer Auswertung von Nachlassakten eines bestimmten Gerichtsbezirks oder – besonders in jüngerer Zeit – auf privat in Auftrag gegebenen Umfragen durch Meinungsforschungsinstitute. Nicht in allen Fällen sind die Ergebnisse repräsentativ für das gesamte Bundesgebiet. Trotzdem lässt sich aus ihnen eine ungefähre Tendenz ablesen. Es soll an dieser Stelle lediglich um eine zahlenmäßige Einordnung der Testamentserrichtung gehen; Fragen, die mit der Erfüllung der Form zusammenhängen, und häufige Unwirksamkeitsgründe werden weiter unten im Rahmen einer Rechtsprechungsanalyse²⁸ behandelt.

1. Testierhäufigkeit und Testierzeitpunkt

Genaue Zahlen zum Testierverhalten in Deutschland sind nicht bekannt. Erhebungen durch das Statistische Bundesamt liegen nicht vor und auch größer angelegte private Studien wurden bisher nur wenige durchgeführt. Dies mag daran liegen, dass sich derartige Zahlen nur schwer ermitteln lassen. Da es für privatschriftliche Testamente bislang keine verpflichtende amtliche Verwahrung gibt,

²⁵ Braun/Burger/Miegel/Pfeiffer/Schulte, Erben in Deutschland 2002, S. 7 ff.; vgl. auch Szydlík, ErbR 2010, 217 (220).

²⁶ Siehe etwa den bulwiengesa-Immobilienindex 2016, abrufbar unter: http://www.bulwiengesa.de/sites/default/files/pressemitteilung_immobilienindex.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), Kholodilin/Michelsen/Ulbricht, DIW Wochenbericht 2014, 1231 ff. oder den Monatsbericht Oktober 2013 der Deutschen Bundesbank, S. 13 ff., abrufbar unter: https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaezte/2013/2013_10_wohimmobilien.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), die allesamt von weiter steigenden Preisen ausgehen.

²⁷ Hosemann, RNotZ 2010, 520 (529); vgl. auch Breitschmid, Formvorschriften, Nr. 263 und 265.

²⁸ Siehe 4. Kapitel B. II. 1.

die zu einer Erfassung im Zentralen Testamentsregister führt,²⁹ und das Testament nach § 2247 BGB unbemerkt „im stillen Kämmerlein“ errichtet, außerdem beliebig oft geändert oder später verworfen werden kann, könnte nur eine umfassende Befragung der Bevölkerung Aufschluss geben. Bisherige Umfragen beschränkten sich im Höchstfall auf 2036 Personen.³⁰ Auch die Auswertung von Nachlassakten kann Anhaltspunkte liefern, sie muss jedoch zwangsläufig diejenigen Testamente, die nie aufgefunden wurden, unberücksichtigt lassen. Ferner erfolgte eine solche Auswertung bisher jeweils nur regional begrenzt auf einzelne Gerichtsbezirke, sodass ihre Aussagekraft eingeschränkt ist.

Dennoch kann man sich anhand der vorhandenen Untersuchungen ein Bild vom Testierverhalten der Deutschen machen, auch wenn die Ergebnisse stark variieren und daher nur eine grobe Einordnung ermöglichen. Insgesamt lässt sich aus den verschiedenen Umfragen in der Gesamtbevölkerung eine Testierquote von ungefähr 18-27 Prozent ableiten.³¹ Nach einer bundesweiten TNS-Infratest-Umfrage im Auftrag des Deutschen Forums für Erbrecht e.V., in welcher im August 2007 1424 deutschsprachige Menschen ab 18 Jahren befragt wurden, haben 25,8 Prozent der Befragten ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen.³² Ebenso ermittelte das Institut für Demoskopie Allensbach im Jahr 2006 eine Testierquote von 27 Prozent.³³ Auch das forsa-Institut führte 2006 im Auftrag der

²⁹ Nach § 2248 BGB hat der Erblasser die Möglichkeit, sein eigenhändig errichtetes Testament freiwillig in besondere amtliche Verwahrung zu geben. Das seit 2012 geführte Zentrale Testamentsregister erfasst nur solche Urkunden, die sich in amtlicher notarieller oder gerichtlicher Verwahrung befinden. Die große Mehrheit der eigenhändigen Testamente wird daher nicht zentral registriert.

³⁰ So die Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach aus dem Jahr 2006 (s.u. Fn. 33).

³¹ Siehe bereits *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 14 f., die von 20-25 Prozent ausgeht; *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 175 (204) schlussfolgert eine etwas höhere Testierquote von 25-35 Prozent.

³² Die Ergebnisse wurden unter anderem im Rahmen der Presseerklärung zur Jahrestagung des Deutschen Forums für Erbrecht e.V. vom 21.09.2007 veröffentlicht, welche unter http://www.erbrechtsforum.de/presse/07/Presse_07_09_25_01.pdf abgerufen werden kann (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Diese Studie ist auch Grundlage der von der Europäischen Kommission im Jahr 2009 in einem Arbeitspapier veröffentlichten Testierzahlen für Deutschland, sodass dieses keine neuen Erkenntnisse liefert (Commission Staff Working Document Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance – Impact Assessment, SEC[2009] 410 final vom 14.10.2009, S. 55 ff.).

³³ „Das eigene Testament“, allensbacher berichte 2006 / Nr. 16. Die bundesweite Umfrage wurde 2006 durch das Institut für Demoskopie Allensbach durchgeführt; es wurden 2036 Menschen ab 16 Jahren befragt. Die Studie ist einzusehen unter: http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_reportsdocs/prd_0616.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge eine Bevölkerungsbefragung durch und bestätigte die vorgenannten Zahlen, indem es einen Testierwert (Testament und/oder Erbvertrag) von 26 Prozent errechnete.³⁴ Eine neuere Studie der Postbank, die im März 2012 durch das Institut für Demoskopie Allensbach durchgeführt wurde, kommt zu einem deutlich niedrigeren Ergebnis, wonach nur 18 Prozent der Deutschen ab 16 Jahren ein Testament errichtet haben.³⁵ Immerhin haben nach der Studie 41 Prozent der potenziellen Erblasser bereits darüber nachgedacht, ein Testament zu errichten.³⁶ Unter denen, die sich bereits mit dem Vererben beschäftigt haben, beträgt die Testierquote 31 Prozent.³⁷ Die Testierhäufigkeit nimmt zudem mit steigendem Vermögenswert des Erblassers zu.³⁸ Nach diesen Zahlen hat sich die Testierhäufigkeit im Vergleich zu früheren Erhebungen nur unwesentlich erhöht: *Stöcker* hat auf eine Umfrage durch das Meinungsforschungsinstitut EMNID auf Veranlassung des Bundesministeriums der Justiz im Jahr 1970 hingewiesen, wonach 20 Prozent der Befragten angaben, eine Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) bereits errichtet zu haben.³⁹

³⁴ Die Studie „Erbrechtliche Vorsorge in Deutschland“ vom 31.01.2006 wurde durch das forsa-Institut (Berlin) im Auftrag der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge durchgeführt und von *Christoph Hommerich* und *Nicole Hommerich* (Institut HommerichForschung) ausgewertet. Es wurden insgesamt 1002 Personen telefonisch befragt; die Ergebnisse sind repräsentativ für die bundesdeutsche Bevölkerung ab 18 Jahren. Die Studie steht auf der Homepage der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Startseite) unter <http://www.erbrecht.de> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) zum Download bereit.

³⁵ Zur Postbank-Studie siehe Fn. 19. Zur Testierquote siehe die Presseerklärung vom 31.05.2012 sowie Tabelle 16a der Studie auf S. 133 des Dokuments, in welcher die allgemeine Testierquote von 17,8 Prozent zu finden ist. Im Hauptteil der Studie (S. 18) wird lediglich die Testierquote der „potentiellen Erblasser“ (dazu S. 3 der Studie) angegeben, welche 31 Prozent beträgt.

³⁶ Siehe S. 18 der Studie (Fn. 19). Die „potentiellen Erblasser“ werden auf S. 3 der Studie definiert. Im Jahr 2015 ermittelte das Institut im Auftrag der Deutschen Bank einen Wert von nur noch 39 Prozent (S. 31 dieser Studie). Die Studie „Erben und Vererben“ des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank ist abrufbar unter: https://www.db.com/newsroom_news/Deutsche_Bank_Studie_Erben_und_Vererben_2015.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Befragt wurden im Juli 2015 1651 Personen ab 16 Jahren in der Bundesrepublik Deutschland.

³⁷ S. 18 der Studie (Fn. 19). Für das Jahr 2015 ermittelte das Institut einen Wert von 36 Prozent (S. 31 der Studie, siehe Fn. 36). Die auf S. 31 etwas irreführend angegebene Testierquote betrifft nur die „potenziellen Erbgeber“, womit nach S. 14 der Studie lediglich ca. 50 Prozent der Bevölkerung gemeint sind, nämlich diejenigen, die sich bereits mit dem Thema Vererben beschäftigt haben und das Vererben nicht ausdrücklich ausschließen.

³⁸ Siehe S. 18 und Tabelle 16c (S. 135 des Dokuments) der Postbank-Studie (Fn. 19).

³⁹ *Stöcker*, FamRZ 1971, 609 f. Befragt wurden etwa 2000 Personen in für die Gesamtbevölkerung repräsentativer Zusammensetzung.

Die in der juristischen Fachliteratur verfügbaren Untersuchungen – die zum großen Teil schon viele Jahre zurückliegen – kommen teilweise zu einer deutlich höheren Testierquote. Hierbei ist zu bedenken, dass diese Untersuchungen jeweils auf der Auswertung einer überschaubaren Anzahl von Nachlassakten einzelner Gerichtsbezirke innerhalb einzelner Jahre beruhen und deshalb anders als die Umfragen in der Bevölkerung stets den Zeitpunkt des Erbfalls in den Blick nehmen. Nach der jüngsten Untersuchung von *Metternich* aus dem Jahr 2010 liegt die Testierhäufigkeit (Testament oder Erbvertrag) durchschnittlich bei 26,4 Prozent.⁴⁰ Frühere Evaluierungen nennen Quoten von bis zu 43,55 Prozent.⁴¹

Mit steigendem Lebensalter nimmt die Testierquote deutlich zu: Nach der TNS Infratest-Umfrage haben von den über 60-Jährigen 48,1 Prozent bereits letztwillig verfügt (Testament oder Erbvertrag),⁴² während nach der Allensbacher Studie von den über 60-Jährigen sogar 58 Prozent ein Testament errichtet haben.⁴³ Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt die Studie der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge, wonach 60 Prozent der Menschen ab 70 Jahren ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen haben.⁴⁴ Über die Hälfte der Erblasser verfügt erst im siebten oder achten Lebensjahrzehnt, und gut ein Fünftel beschäftigt sich erstmals nach Vollendung des 80. Lebensjahres mit der Regelung der Nachlassangelegenheiten.⁴⁵ Folglich ist davon auszugehen, dass im relevanten Zeitpunkt ihres Todes weitaus mehr als 18-27 Prozent der Erblasser ein Testament errichtet haben. Auch *Roterling* bestätigt diesen Befund, indem er bei der Auswertung verschiedener Nachlassakten aus dem Jahr 1980 im Hinblick

⁴⁰ *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 32 f.

⁴¹ *Vollmer*, Verfügungsverhalten, S. 41. Frühere Ergebnisse: *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchung, S. 28: 33,46 Prozent; *Leipold*, AcP 180 (1980), S. 160 (193 f.): 31 Prozent; *Schulte*, Eröffnete Verfügungen, S. 21: 20,21 Prozent.

⁴² S. 1 der Presseerklärung (siehe Fn. 32).

⁴³ „Das eigene Testament“, allensbacher berichte 2006 / Nr. 16 (Fn. 33). Ähnlich gelangte das Institut in der jüngeren Studie im Auftrag der Deutschen Bank (Fn. 36) bei den über 65-Jährigen zu einem Wert von 55 Prozent (S. 31).

⁴⁴ Studie „Erbrechtliche Vorsorge in Deutschland“ vom 31.01.2006 (Fn. 34). Laut der Studie steigt die Testierquote mit zunehmendem Alter kontinuierlich an. So haben nur 2 Prozent der Befragten unter 30 Jahren ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen, während es bei den Befragten ab 70 Jahren 60 Prozent waren (S. 5).

⁴⁵ *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 46.

auf das Errichtungsdatum beobachtete, dass der Anteil der errichteten Verfügungen von Todes wegen umso größer wurde, je näher das Jahr 1980 rückte.⁴⁶ Viele Erblasser hatten erst kurz vor ihrem Tod testiert.⁴⁷

Im Durchschnitt werden Testamente im Alter zwischen 55 und 56 Jahren verfasst.⁴⁸ 13 Prozent der Befragten waren bei der Testamentserrichtung 70 Jahre alt oder älter.⁴⁹ Allerdings lässt sich diesen Zahlen nicht entnehmen, wie viele Menschen im Laufe ihres Lebens tatsächlich im hohen Alter testieren, da auch die Befragten, die bereits ein Testament errichtet haben, später erneut testieren können.⁵⁰ So ergab auch eine Auswertung medizinischer Gutachten zur Testierfähigkeit, die zwischen 1971 und 1988 an der Psychiatrischen Klinik der Universität München erstellt wurden, dass der Zeitraum zwischen Errichtung des letzten verfahrensrelevanten Testaments und dem Tod im Durchschnitt nur 1,5 Jahre betrug und das durchschnittliche Testieralter für das letzte Testament bei 70 Jahren lag; alle der vier über 90 Jahre alt gewordenen Erblasser waren bei der Errichtung ihres letzten Testaments schon über 90 Jahre alt.⁵¹ Auch wenn diese Untersuchung aufgrund ihres beschränkten Umfangs nicht repräsentativ ist und sich nur auf Fälle zweifelhafter Testierfähigkeit bezieht, welche besonders bei älteren Menschen infrage gestellt wird, kann man daraus erahnen, dass der tatsächliche (letzte) Testierzeitpunkt oft im hohen Alter liegt.⁵² Diese Annahme wird dadurch gestützt, dass auch aufgrund der steigenden Lebenserwartung später und häufiger im Alter testiert wird und somit der Anteil (hoch-)betagter Testatoren wächst.⁵³

Auch veränderte Lebensformen verstärken das Testierbedürfnis und führen langfristig zu einem Bedeutungsgewinn des Privattestaments und der weiteren Verfügungsformen von Todes wegen. An die Stelle der traditionellen Ehe, aus der gemeinsame Kinder erwachsen, treten immer häufiger nicht status-gegründete

⁴⁶ *Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 33 f.

⁴⁷ *Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 34.

⁴⁸ So die Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Deutschen Bank aus dem Jahr 2015 (Fn. 36) auf S. 31 f. Ebenso die vorherige Studie im Auftrag der Postbank aus dem Jahr 2012 (siehe Fn. 19) auf S. 19 und laut Tabelle 18a (S. 139 des Dokuments).

⁴⁹ S. 32 der Studie der Deutschen Bank (Fn. 36).

⁵⁰ Dass nur 14 Prozent der Befragten ihr Testament tatsächlich schon einmal geändert haben (S. 32 f. der Deutschen Bank-Studie [Fn. 36]), ändert daran nichts, da die Mehrheit der Befragten nicht im Hochbetagtenalter gewesen sein dürfte.

⁵¹ *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 26 f.

⁵² Vgl. auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 8; *Voser*, in: *Petermann* (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 205 (209); für die Schweiz *Petermann*, Urteilsfähigkeit, Rn. 137.

⁵³ *Lange*, Erbrecht, § 3 Rn. 42.

Lebens- und Familienformen (unverheiratete Paare mit Kindern, Stief- und Patchworkfamilien).⁵⁴ Wollen diese innerhalb der Familie vererben und dabei den nichtehelichen Partner oder dessen Kinder aus vorherigen Beziehungen begünstigen, sind sie auf die gewillkürte Erbfolge angewiesen, da die Intestaterbfolge eine andere Rechtsnachfolge vorsieht.⁵⁵

2. Testierart

Die verfügbaren Untersuchungen zum Testierverhalten zeigen, dass das privatschriftliche Testament – wenn überhaupt testiert wird – die gebräuchlichste Testierform ist.⁵⁶ Laut *Rotering* sind grob drei Viertel der errichteten Testamente privatschriftlicher und nur ein Viertel öffentlicher Natur.⁵⁷ Bezieht man auch Erbverträge mit ein, ergibt sich für das eigenhändige Testament noch eine Quote von 57,6 Prozent.⁵⁸ Dies entspricht in etwa dem Wert von 56 Prozent, den das Institut für Demoskopie Allensbach im Jahr 2015 für das handschriftliche Testament ermittelte.⁵⁹ *Guericke* errechnete Durchschnittswerte von 34,98 Prozent für das notarielle Testament und den Erbvertrag und 65,02 Prozent für das handschriftliche

⁵⁴ Dazu *Röthel*, ErbR 2011, 167 (169 f.). So nimmt etwa der Anteil nichtehelicher Lebensgemeinschaften seit vielen Jahren stetig zu: 2015 waren bereits 8,2 Prozent aller Familien nichteheliche Lebensgemeinschaften (1996 waren es noch 3,8 Prozent) und 16,1 Prozent aller Paare ohne Kinder (1996: 12,3 Prozent), siehe Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2016, S. 52, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/StatistischesJahrbuch2016.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Der Anteil der nichtehelich (lebend) geborenen Kinder in Deutschland steigt ebenfalls kontinuierlich an und betrug im Jahr 2014 35 Prozent (1990: 15,3 Prozent), siehe die Zahlen auf S. 34 des Statistischen Jahrbuchs 2016.

⁵⁵ Zur Ausgestaltung letztwilliger Verfügungen in Patchworkfamilien näher *Grziwotz*, ErbR 2018, 2 ff. und 62 ff.; *Kappler/Kappler*, ZEV 2015, 437 ff.

⁵⁶ Siehe die Ergebnisse bei *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchung, S. 30 ff.; *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 37 f.; *Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 38; siehe auch die Feststellungen von *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 263 und 265 und *Hosemann*, RNotZ 2010, 520 (529). Nach der Studie im Auftrag der Deutschen Bank (S. 32 f., siehe Fn. 36) wurden im Jahr 2015 56 Prozent der Testamente handschriftlich verfasst; 2012 waren es 50 Prozent. Laut der Umfrage im Auftrag der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge (S. 6 f., siehe Fn. 34) haben sich 39 Prozent der letztwillig Verfügenden (Testament und/oder Erbvertrag) Rechtsrat bei einem Notar geholt; da Erbverträge nach § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Form bedürfen und ein notarieller Rechtsrat zum Testieren nicht automatisch in ein öffentliches Testament mündet, dürfte die Zahl der notariellen Testamente noch deutlich darunter liegen, sodass das eigenhändige Testament weit überwiegt.

⁵⁷ *Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 38, der allerdings auch auf regionale Unterschiede hinweist.

⁵⁸ *Rotering*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 104 (errechnet).

⁵⁹ Studie im Auftrag der Deutschen Bank (Fn. 36), S. 33. Im Jahr 2012 waren es nur 50 Prozent gewesen. Anders als die Auswertung von Nachlassakten ergibt eine Befragung der Bevölkerung allerdings keinen

Testament.⁶⁰ Ähnlich gelangte *Metternich* zu einem Ergebnis von 67,4 Prozent für das eigenhändige Testament und 31,7 Prozent für das öffentliche, wobei weitere 0,9 Prozent auf Erbverträge und 0,1 Prozent auf Nottestamente entfielen.⁶¹

Nur nach *Leipold* ergab sich bei der Auswertung der Nachlassakten von vier ausgewählten Gerichten im Oberlandesgerichtsbezirk Nürnberg teilweise ein Überwiegen des notariellen Testaments: Bei den Amtsgerichten Neumarkt und Neustadt wurden während der Jahre 1974 und 1975 drei Viertel der Verfügungen notariell beurkundet und nur ein Viertel eigenhändig errichtet, bei den Amtsgerichten Erlangen und Fürth war das Verhältnis zwischen notariellen und privatschriftlichen Verfügungen ausgeglichen.⁶² *Leipold* erklärt dies mit den Unterschieden zwischen ländlichen (Neumarkt und Neustadt) und städtischen (Erlangen und Fürth) Gebieten, unter anderem dem höheren Anteil der Ehe- und Erbverträge im ländlichen Bereich und dem größeren Selbstvertrauen der städtischen Bevölkerung.⁶³ Auch *Guericke* stellte für das Jahr 1985 derartige Abweichungen im Verfügungsverhalten zwischen Bewohnern städtisch und ländlich geprägter Gebiete fest.⁶⁴ Nimmt man eine derartige erhöhte Neigung zum notariellen Testament in ländlichen Regionen und eine Präferenz des privatschriftlichen Testaments in städtischen Gegenden an, lässt sich vorsichtig prognostizieren, dass das privatschriftliche Testament noch weiter an Bedeutung gewinnen wird. Nach Berechnungen der Vereinten Nationen lebten im Jahr 2014 in Deutschland 62,07 Millionen Menschen in urbanen Gebieten⁶⁵ – dies entspricht 75,1 Prozent

endgültigen, retrospektiven Wert, sondern nur einen temporären „Zwischenstand“, und ist somit weniger präzise.

⁶⁰ *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchung, S. 31.

⁶¹ *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 38. Die Zahlen für das öffentliche und für das eigenhändige Testament ergeben sich jeweils aus der Addition der in Abbildung 4 (S. 38) genannten Werte (Balken „insgesamt“) für das Einzeltestament und für das gemeinschaftliche Testament; alle Verfügungsarten addiert ergeben nach diesen Zahlen 100,1 Prozent; *Metternich* selbst legt auf S. 39 gerundete Werte zugrunde und kommt danach auf insgesamt 100 Prozent. Die sehr niedrige Quote für Erbverträge erklärt *Metternich* mit regionalen Besonderheiten im Gebiet der ehemaligen DDR (S. 37 f.).

⁶² *Leipold*, AcP 180 (1980), S. 160 (199 f.).

⁶³ *Leipold*, AcP 180 (1980), S. 160 (199 f.).

⁶⁴ *Guericke*, Rechtstatsächliche Untersuchung, S. 3 f. Ähnlich *Roterling*, Rechtstatsächliche Untersuchungen, S. 38 f. *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 39 und *Vollmer*, Verfügungsverhalten, S. 42 f. konnten diese These in ihrer Gesamtstatistik allerdings nicht bestätigen.

⁶⁵ United Nations, Department of Economic and Social Affairs: World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, File 19: Annual Urban Population at Mid-Year by Major Area, Region and Country, 1950-2050 (thousands), abzurufen unter: <http://esa.un.org/unpd/wup/CD-ROM/Default.aspx> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

der Gesamtbevölkerung⁶⁶ – und diese Zahl soll bis zum Jahr 2025 noch weiter auf 62,65 Millionen⁶⁷ steigen (entspricht 77,5 Prozent der Bevölkerung⁶⁸). Danach soll die Zahl bis zum Jahr 2050 zwar wieder langsam auf 60,22 Millionen sinken,⁶⁹ dies entspricht dann jedoch einem Anteil von 83 Prozent⁷⁰ der für 2050 geschätzten Gesamtbevölkerung in Deutschland von 72,57 Millionen Menschen⁷¹. Im Vergleich dazu lag die Zahl im Jahr 1950 nur bei 47,73 Millionen Menschen⁷² und damit einem Anteil von 68,1 Prozent.⁷³ Die Urbanisierung wird also durch Land-Stadt-Wanderung voraussichtlich weiter zunehmen, sodass die städtische Bevölkerung stark wächst. Damit könnte sich der Trend zum eigenhändigen Testament weiter verstärken.

III. Fazit

Die Zahlen zeigen insgesamt, dass es sich bei § 2247 BGB um eine zentrale Norm des Erbrechts mit hoher praktischer Relevanz handelt. Das eigenhändige Testament ist die beliebteste Testierform und die Wirksamkeit der Testamente entscheidet über Vermögensverschiebungen erheblichen Ausmaßes. Da die Testierquote mit dem Alter deutlich zunimmt, ist es wichtig, dass die Form auch für den (hoch-)betagten Erblasser praktikabel ist.

⁶⁶ United Nations, Department of Economic and Social Affairs: World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, File 21: Annual Percentage of Population at Mid-Year Residing in Urban Areas by Major Area, Region and Country, 1950-2050, abzurufen unter: <http://esa.un.org/unpd/wup/CD-ROM/Default.aspx> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Eine graphische Darstellung findet sich unter <http://esa.un.org/unpd/wup/Country-Profiles/Default.aspx> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) mit der Landesauswahl „Germany“.

⁶⁷ United Nations, File 19 (Fn. 65).

⁶⁸ United Nations, File 21 (Fn. 66).

⁶⁹ United Nations, File 19 (Fn. 65).

⁷⁰ United Nations, File 21 (Fn. 66).

⁷¹ United Nations, Department of Economic and Social Affairs: World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, File 18: Annual Total Population at Mid-Year by Major Area, Region and Country, 1950-2050 (thousands), abzurufen unter: <https://esa.un.org/unpd/wup/cd-rom> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

⁷² United Nations, File 19 (Fn. 65).

⁷³ United Nations, File 21 (Fn. 66).

2. Kapitel: Form und Formzwecke

Die Form soll in diesem Kapitel zunächst in ihren dogmatischen Kontext eingebettet werden. Dabei soll es zuerst um das Verhältnis der Formvorschriften zur Privatautonomie und zur Testierfreiheit gehen, welches die Wahrnehmung von Formvorschriften und die Wirkungsmöglichkeiten, die man ihnen zuschreibt, beeinflusst. Nachfolgend werden die Besonderheiten testamentsrechtlicher Formvorschriften dargestellt und die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Formvorschriften erläutert. Auf diesem Wege soll der Maßstab für die Überprüfung der Formvorschriften *de lege lata* und die Suche nach neuen Formvorschriften *de lege ferenda* definiert werden. Die anschließende Beschreibung der Formzwecke, die nach allgemeiner Ansicht mit § 2247 BGB verfolgt werden, bildet den Ausgangspunkt dieser Überprüfung. Von der zusätzlich herauszuarbeitenden übergeordneten Schutzrichtung des Formzwangs hängt die Bewertung der Formzwecke im Fortgang der Untersuchung ab.

A. Dogmatischer Hintergrund

Wie alle Rechtsnormen haben auch Formvorschriften mit den Formzwecken ein Telos, welches die Daseinsberechtigung der Norm verkörpert. Hätte eine Formvorschrift keinen Sinn und Zweck, wäre sie überflüssig. Bei den Formzwecken kommt jedoch noch hinzu, dass sie auch die Abweichung von der grundsätzlich im Bürgerlichen Gesetzbuch geltenden Formfreiheit⁷⁴ rechtfertigen müssen und daher einem erhöhten Legitimationsdruck unterliegen.⁷⁵ Das juristische Schrifttum nimmt aus diesem Grund bei Formvorschriften eine eher formskeptische Haltung ein.⁷⁶

⁷⁴ Dazu näher sogleich 2. Kapitel A. I.

⁷⁵ *Welser*, in: *Rechberger* (Hrsg.), *Formpflicht*, S. 1 (5); vgl. auch *Heinrich*, *Formale Freiheit*, S. 61; *Krejci*, in: *Rechberger* (Hrsg.), *Formpflicht*, S. 25 (26); *Moussa*, *Formgerechter Zugang*, S. 66; *Wolff/Neuner*, *Allgemeiner Teil*, § 44 Rn. 3. Siehe auch weiter unten zur heutigen „Zweckform“ 2. Kapitel A. III.

⁷⁶ Deutlich zum Beispiel *Görgens*, JR 1979, 357 f.; *Heiss*, *Formmängel*, S. 50 ff.; *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, § 16 IV 1 (S. 332); v. *Tuhr*, *Allgemeiner Teil II/1*, § 63 I (S. 496 ff.); vgl. auch *Muscheler*, *ErbR* 2015, 3 (9). Siehe auch *Röthel*, *AcP* 211 (2011), S. 196 (201 f.) zum „Sieg der Formenskeptiker“ bei der Regelung der Patientenverfügung.

I. Formvorschriften und ihr Verhältnis zur Privatautonomie

Gemeinhin werden Formvorschriften als rechtfertigungsbedürftige Einschränkung der Privatautonomie angesehen.⁷⁷ Im deutschen Zivilrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Formfreiheit.⁷⁸ Diese Formfreiheit ist Ausprägung der grundrechtlich verbürgten Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG).⁷⁹ Der Erklärende kann bei der Abgabe einer Willenserklärung selbst entscheiden, auf welche Art und Weise er seinen Willen äußern möchte.⁸⁰ Wird diese Freiheit durch die Vorgabe einer bestimmten Form beschränkt, muss die beschränkende Formvorschrift durch Formzwecke gerechtfertigt sein.⁸¹ Der Aufwand und die Kosten, die mit der Einhaltung der Form verbunden sind, müssen durch die Erreichung bestimmter Formzwecke aufgewogen werden.⁸²

Die reine Gegenüberstellung von Form und Freiheit ist jedoch zu einseitig. Mit einer alleinigen Hervorhebung der Einschränkung der Privatautonomie reduziert man die Formvorschriften zu Unrecht auf ihren freiheitsbeschränkenden Gehalt. Indes haben sie auch eine freiheitserhaltende und -fördernde Funktion.⁸³ Formvorschriften können auf sehr vielschichtige Art und Weise wirken und gerade auch dazu dienen, die Privatautonomie zu sichern. Diese Sichtweise, die (auch) die Verwandtschaft von Formzwang und Freiheit betont, lässt sich bis auf *Rudolf*

⁷⁷ Statt aller *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 3. Grundlegend *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, besonders S. 203 ff. Vgl. zur einschränkenden Wirkung formeller Voraussetzungen auch BVerfG, Beschl. v. 02.03.1993 – 1 BvR 249/92, BVerfGE 88, 118 (123 f.) = NJW 1993, 1635 und BGH, Beschl. v. 13.02.2014 – VII ZB 39/13, NJW 2014, 3160 (3161), allerdings jeweils im Kontext des Grundrechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes.

⁷⁸ *Boecken*, BGB AT, Rn. 370; *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 1; *Bork*, BGB AT, § 24 Rn. 1044; *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 2 (S. 246); *Heldrich*, AcP 147 (1941), S. 89 (90); *Leipold*, BGB AT, § 16 Rn. 1; *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, S. 25; v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil II/1, § 63 I (S. 496). Dazu auch Motive I, S. 178 ff. = *Mugdan* I, S. 450 ff.

⁷⁹ *Boecken*, BGB AT, Rn. 370; *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 1; *Bork*, BGB AT, § 24 Rn. 1044; *Heiss*, Formmängel, S. 42 ff.; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 225 f.; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 3.

⁸⁰ *Boecken*, BGB AT, Rn. 370; *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 1.

⁸¹ *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 5; *Boente/Riehm*, JURA 2001, 793; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 61 f.; *Leue*, Neue Formvorschriften, S. 82 und 107; *Mankowski*, JZ 2010, 662 f.; *Moussa*, Formgerechter Zugang, S. 66; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 226; *Welser*, in: *Rechberger* (Hrsg.), *Formpflicht*, S. 1 (5); *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 3; vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 3 (S. 247).

⁸² *Mankowski*, JZ 2010, 662 f.

⁸³ Diesen Aspekt möchte etwa *Oestmann*, in: *Oestmann* (Hrsg.), *Zwischen Formstrenge und Billigkeit*, S. 1 (8) stärker betont wissen; ebenso *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 159 ff.; vgl. auch *Köbl*, DNotZ 1983, 207 (226); *Moussa*, Formgerechter Zugang, S. 54 ff.

von *Jhering* zurückführen, dessen berühmter und viel zitierter Aphorismus lautet: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.“⁸⁴

Auch *Häsemeyer* hat in seiner Habilitationsschrift darauf hingewiesen, dass Form und Freiheit nicht zwangsläufig gegenläufig sein müssen.⁸⁵ Vielmehr nimmt die Form eine Doppelrolle ein: Sie beschränkt die Privatautonomie nicht nur, sondern dient gleichzeitig auch der Entfaltung privatautonomer Selbstbestimmung.⁸⁶ Indem die Parteien die gesetzlich angeordnete Form gebrauchen, machen sie sie privaten Zwecken dienstbar und unterwerfen sie ihren selbstgesetzten individuellen Interessen.⁸⁷ Die Form verleiht der Privatautonomie Glaubwürdigkeit und Verbindlichkeit.⁸⁸

Ebenso erkennt auch *Di Fabio* den Zusammenhang zwischen Form und Freiheit und betont, dass die Form „um der Freiheit willen“ angeordnet wird und die Privatautonomie schützen soll.⁸⁹ Als Beispiele führt er die Formvorschriften im Zusammenhang mit Verbraucherverträgen unter Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen an. In diesen Situationen gebe es typische Erfahrungen mit Risikolagen bei der Ausübung der Vertragsfreiheit durch ein strukturelles Ungleichgewicht, sodass der Staat korrigierend eingreife.⁹⁰

Die freiheitsfördernde Funktion der Form wird also besonders in Situationen deutlich, in denen sich eine der an einem Rechtsgeschäft beteiligten Personen in einer schwächeren Position als ihr Gegenüber befindet. Die Hinzuziehung eines Notars oder auch nur die Einhaltung einer zum Nachdenken anregenden Schriftform tragen dazu bei, dass den Beteiligten die Bedeutung des Rechtsgeschäfts klar wird und ihnen die Risiken vor Augen geführt werden. Für die schwächere Partei bedeutet dies, dass sie mithilfe der Form auf besondere Risiken einseitiger Interessendurchsetzung aufmerksam gemacht wird, die ihr andernfalls regelmäßig wegen ihrer Unerfahrenheit verborgen geblieben wären oder denen sie auf-

⁸⁴ v. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, II/2, S. 471.

⁸⁵ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, passim.

⁸⁶ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 162; vgl. auch *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 61 f.

⁸⁷ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 161 f.

⁸⁸ Vgl. *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 162.

⁸⁹ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345). Ihm folgend *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (647); *ders.*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 11 (15); *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 125 Rn. 35; *Röthel*, AcP 211 (2011), S. 196 (203); siehe auch *Krejci*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht, S. 25 (26 f.).

⁹⁰ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (345).

grund eines Machtungleichgewichts schutzlos ausgeliefert gewesen wäre. In diesen Fällen geht es um den Schutz vor unbedachten Erklärungen, es geht gewissermaßen um den „Schutz vor sich selbst“⁹¹. Wegen der Ungleichheit persönlicher Fähigkeiten und Erfahrungen sowie wirtschaftlicher Stellung müssen die Gefahren freier Selbstbestimmung für den typischerweise Unterlegenen begrenzt und die Privatautonomie gleichsam gegen sich selbst geschützt werden.⁹² Wie *Häsemeyer* erkannt hat, kommt es also auf den Formzweck beziehungsweise die Formfunktion an.⁹³ Dient die Form dem Schutz des Erklärenden, wird seine Privatautonomie zwar formal beschränkt, gleichzeitig ermöglicht die Form aber erst, dass die Privatautonomie wirksam ausgeübt werden kann, indem informierte und selbstbestimmte Entscheidungen gefördert werden.⁹⁴ Statt Formzwang steht hier der Formschutz im Vordergrund.⁹⁵

II. Übertragung auf die Testierfreiheit

Diese Gedanken lassen sich für das Erbrecht fruchtbar machen. Auch dort wird der Formzwang für Verfügungen von Todes wegen im Ausgangspunkt als Beschränkung von Freiheit betrachtet.⁹⁶ Die durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierte

⁹¹ *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (647); vgl. zum Schutz vor der Ausübung der eigenen Privatautonomie auch *Schön*, in: FS Canaris, S. 1191 (1202 ff.).

⁹² *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 172. Noch weiter gehend kann in derartigen Ungleichgewichtslagen schon die tatsächliche Selbstbestimmung bezweifelt werden, dazu 3. Kapitel B. II und III.

⁹³ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 166 ff. *Häsemeyer* differenziert nach grundlegenden Formfunktionen und nicht nach „Formzwecken“, weil er Formzwecken wie der Beweissicherung oder dem Übereilungsschutz einen dogmatischen Aussagewert abspricht (S. 166 f.). Siehe allerdings *Häsemeyer*, JuS 1980, 1 ff. Siehe schon *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (57).

⁹⁴ Vgl. dazu *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 (344), der die Doppelseitigkeit der Form deutlich zum Ausdruck bringt: „Ähnlich wie es grundsätzlich unbedenklich ist, zum Schutz der Entscheidungsfreiheit Formvorschriften aufzustellen und dadurch die Privatautonomie einzuschränken [...]“.

⁹⁵ Vgl. *Gruber*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht, S. 55 (68) zum Zweck der notariellen Form.

⁹⁶ *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, S. 1 und Teil 1 Rn. 2 und 5; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 225 f.; *Welter*, Auslegung und Form, S. 15 f.; *Zimmermann*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation, S. VII (VIII); *ders.*, *RebelsZ* 76 (2012), 471 (477 und 497 ff.); vgl. auch *Burkart*, in: FS v. Lübtow, S. 253 (254); *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 73; *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 ff.; v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, z. B. S. 37 und 165 f.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 16 II (S. 111) und § 19 (S. 125 ff.); *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (462 ff.). Vgl. bereits die Feststellung *Röthels*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (56 f.).

Testierfreiheit⁹⁷ als erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie⁹⁸ ist Teil der umfassenden Dispositionsfreiheit über das Eigentum und gewährleistet die ge-
willkürte Vermögensübertragung von Todes wegen.⁹⁹ Die Beschränkung der Tes-
tierfreiheit durch Formvorschriften muss durch besondere Formzwecke erklärt
werden können.¹⁰⁰

Diese Zwecke können jedoch gerade in der Förderung der Testierfreiheit liegen.
Das Testamentsrecht soll nicht nur gewährleisten, dass der Testator über sein Ver-
mögen nach seinen Vorstellungen letztwillig verfügen kann, sondern es muss da-
bei auch sicherstellen, dass die Verfügung tatsächlich Ausdruck seines Selbstbe-
stimmungsrechts ist.¹⁰¹ Hierzu kann die Form einen wichtigen Beitrag leisten,
etwa indem sie den Testierenden vor unbedachten Verfügungen bewahrt oder vor

⁹⁷ Die verfassungsrechtliche Verankerung der Testierfreiheit in Art. 14 Abs. 1 GG entspricht der absolut herrschenden Meinung, siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (350) = NJW 1999, 1853; *Bumke/Roggon*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 255 (272); *Leipold*, Erbrecht, § 3 Rn. 69; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 41 und 258; *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 72 und Vorbem zu §§ 1937-1941 Rn. 14; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 406 und 409; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 3 Rn. 2; *Welter*, Auslegung und Form, S. 17. Nur ver-
einzelt wird eine Verortung in Art. 2 Abs. 1 GG vertreten, so von *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes
wegen, S. 166 ff. und 174.

⁹⁸ Auch wenn die Testierfreiheit nach herrschender Meinung in Art. 14 Abs. 1 GG verankert ist (siehe
Fn. 97), besteht Einigkeit über die inhaltliche Verwandtschaft mit der Privatautonomie. Die Testierfreiheit
wird regelmäßig als spezielle oder erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie bezeichnet, siehe etwa
Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 54; *Dutta*, Warum Erbrecht?, S. 10; *Häsemeyer*, Gesetzliche
Form, S. 76 f.; *Leipold*, Erbrecht, § 3 Rn. 61 und § 9 Rn. 233; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 83 und
203; *Otte*, in: Staudinger, BGB, Vorbem zu §§ 1937-1941 Rn. 14; vgl. auch *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dü-
rig, GG, Art. 14 Rn. 412; *Welter*, Auslegung und Form, S. 15.

⁹⁹ *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 409 und 412.

¹⁰⁰ *Görgens*, JR 1979, 357 f.; *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil I Rn. 5; *Stumpf*, Auslegung
letztwilliger Verfügungen, S. 225 f. Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben noch weiter unten 2. Kapi-
tel A. IV. Allerdings ist die Haltung gegenüber der Form im Testamentsrecht insofern nicht grundsätzlich
kritisch, als stets betont wird, wie niederschwellig die Form des eigenhändigen Testaments im Vergleich zu
derjenigen des öffentlichen Testaments sei. So wird die Anerkennung des eigenhändigen Testaments auch
als „Freiheitsgewinn“ betrachtet (*Zimmermann*, RabelsZ 76 [2012], 471 [495]). Dass stets hervorgehoben
wird, wie leicht die Form des eigenhändigen Testaments sei, und dass häufiger beide Testierarten miteinan-
der verglichen werden, als dass sie mit der grundsätzlichen Formlosigkeit kontrastiert werden, hängt wohl
unter anderem mit der Historie des eigenhändigen Testaments zusammen, welches es nur gegen erheblichen
Widerstand ins Bürgerliche Gesetzbuch „geschafft“ hat (dazu unten Fn. 188) und welches neben der öffent-
lichen Testierform eine Form bereitstellen sollte, die leicht zugänglich ist und den Testierentschluss nicht
behindert (vgl. Protokolle V, S. 327 und *Mugdan* V, S. 886).

¹⁰¹ *Zimmermann*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation, S. VII (IX). Dazu näher unten 3. Kapi-
tel B. III.

Beeinflussung schützt.¹⁰² Der Testator soll nicht nur gegen Dritte, sondern auch „gegen sich selbst“, also gegen „auf ihn eindringende zeitweilige Eindrücke und Stimmungen“ geschützt werden.¹⁰³ Hinzu kommt, dass wegen der erst postmortalen Wirkung des Testaments, bei der der Erblasser nicht mehr zur Aufklärung von Unklarheiten beitragen kann, eine gewisse Form geradezu unverzichtbar ist, um den letzten Willen verwirklichen zu können.¹⁰⁴ Sie ermöglicht es als notwendige Bedingung erst, dass der letzte Wille des Erblassers nach seinem Tod sicher ermittelt und umgesetzt werden kann.¹⁰⁵ So wurden die Testamentsformvorschriften schon bei ihrer Einführung als formale „Schutzmittel“ bezeichnet.¹⁰⁶ Da sie den Schutz des Erblasserwillens vor Übereilung, Verfälschung oder Unterdrückung bezwecken, stehen sie „im Dienst“¹⁰⁷ der Testierfreiheit und ihr nicht diametral entgegen.

Die Ambivalenz von Testiervorschriften als sowohl rechtliche Einschränkung als auch Sicherung der Testierfreiheit zeigt sich besonders deutlich in dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zu § 14 HeimG a. F.: Das Bundesverfassungsgericht stellt darin fest, dass § 14 HeimG a. F. eine – wenn auch verhältnismäßige – „Einschränkung der Testierfreiheit“ darstelle, konstatiert aber gleich im Anschluss, dass die Norm dazu diene, die Testierfreiheit der Heimbewohner zu „sichern“, und dass sie „der Beeinträchtigung der Testierfreiheit [...] entgegenwirkt“.¹⁰⁸ Hierin sieht das Bundesverfassungsgericht offensichtlich keinen Widerspruch. Bei § 14 HeimG a. F. handelt es sich zwar nicht um eine Formvorschrift, sondern um eine Verbotsregelung für die Begünstigung bestimmter Personen, die Gedanken gelten jedoch für die Regelungen über die Testierform genauso. Beide Wirkungsweisen der Form im Zusammenhang mit der Privatautonomie sind gleichermaßen zu betrachten: Während die vorgeschriebene Form die Freiheit des Erblassers formal betrachtet beschränkt, kann sie dieselbe in materieller Hinsicht stärken, indem sie teleologisch gerade dem Schutz der Privatauto-

¹⁰² Vgl. zum Formzwang zur Stärkung der Vertragsfreiheit *Hagen*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 11 (15); vgl. zum Schutz vor Beeinflussung durch die notarielle Form *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil 1 VIII 3 Rn. 1.103.

¹⁰³ So *Mugdan* V, S. 887, allerdings als Argument für das öffentliche Testament.

¹⁰⁴ Dazu unten 2. Kapitel A. III.

¹⁰⁵ Vgl. *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (29).

¹⁰⁶ *Motive* V, S. 257 = *Mugdan* V, S. 135.

¹⁰⁷ *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 57.

¹⁰⁸ BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964.

nomie des Erblassers dient und diese stärkende Wirkung die äußere Beschränkung aufwiegt.¹⁰⁹ Letztlich hängt die Frage, wie sehr man die Form als Einschränkung von Freiheit betrachtet, davon ab, welches Verständnis von Freiheit man zugrunde legt: ein rein formales, prozedurales oder ein stärker materiales Verständnis.¹¹⁰

Weil sich das freiheitsfördernde Potenzial der Form besonders in Situationen entfaltet, in denen sich der Erklärende in einer Schwächeposition befindet, ist es im Testamentsrecht vor allem für den (hoch-)betagten Testator von Bedeutung, der aufgrund seines Alters erhöht schutzbedürftig ist.¹¹¹

III. Besonderheiten der Form im Testamentsrecht

Beim Testament besteht die Besonderheit, dass es von Anfang an nur in stark formalisierter Form existierte.¹¹² Im römischen Recht waren zunächst sämtliche Rechtsgeschäfte Formalakte.¹¹³ Die Form war der eigentliche Geltungsgrund der Rechtsfolge und nicht nur eine Voraussetzung für die Geltung oder Wirkung des Rechtsakts, sie war also eine „echte Wirkform und keine bloße Schutzform, die nur den äußerlichen Zwecken der Beweissicherung, der Verkehrsfähigkeit oder der Rechtssicherheit zu dienen bestimmt ist“¹¹⁴.¹¹⁵ Dies bedeutet, dass das

¹⁰⁹ Vgl. *Moussa*, Formgerechter Zugang, S. 56, der deshalb schon gar keinen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Privatautonomie annehmen will.

¹¹⁰ Vgl. auch *Moussa*, Formgerechter Zugang, S. 54. Dazu näher unten 3. Kapitel B. II und III.

¹¹¹ Hierzu näher unten 3. Kapitel A. II. 2 und B. III. 3.

¹¹² *Muscheler*, ErbR 2015, 3 (9). Näher *Rüfner*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 1 ff.

¹¹³ Dazu näher *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 244 f.); *Kaser/Knütel/Lohsse*, Röm. Privatrecht, § 6 I; *Lorenz*, AcP 156 (1957), S. 381 (385 ff.); *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 2; *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 82; siehe auch *Bork*, BGB AT, § 24 Rn. 1044; vgl. *Westerhoff*, AcP 184 (1984), S. 341 (352).

¹¹⁴ *Dulkeit*, in: FS Schulz I, S. 148 (161). Zur „Wirkform“ auch *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 244 f.); *Welser*, in: Rechberger (Hrsg.), Formpflicht, S. 1 f.; *Westerhoff*, AcP 184 (1984), S. 341 (352).

¹¹⁵ Nach *Dulkeit*, in: FS Schulz I, S. 148 (161) auch *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 125; *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 244); *Larenz*, Schuldrecht I, § 5 (S. 67); *Merz*, AcP 163 (1964), S. 305 (315); *Pohlmann*, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, S. 23; *Schellhammer*, Schuldrecht, Rn. 1901; *Zimmermann*, Law of Obligations, S. 82; vgl. auch v. *Savigny*, Obligationenrecht II, S. 220. *Ebel* (Recht und Form, S. 14) formuliert prägnant: „[...] und darum die Form selbst das Recht war. Die Form ist die älteste Norm.“

Rechtsgeschäft und die Form nicht voneinander selbständig gedacht wurden, sondern von Anfang an untrennbar miteinander verbunden waren.¹¹⁶ Rechtliche Bindungen konnten nur durch förmliches, rituelles Handeln hervorgerufen werden, bei dem bestimmte Formeln feierlich gesprochen werden mussten.¹¹⁷ Ohne Wahrung der Form bestand nicht ein formnichtiges Rechtsgeschäft, sondern überhaupt kein Rechtsgeschäft.¹¹⁸ Dagegen kennt das moderne Recht nur die „Zweckform“.¹¹⁹ Es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass der eigentliche Grund für die Rechtsfolge nicht die Form, sondern der geäußerte Wille ist,¹²⁰ sodass die Form ihre konstitutive Bedeutung verlor und sich das Prinzip der Formfreiheit herausbildete.¹²¹ Als Ausnahme von diesem Grundsatz muss jede angeordnete Form mit ihren einzelnen Formerfordernissen einen besonderen Zweck erfüllen.¹²² Dabei ist die Form, wo sie noch existiert, heute nicht mehr aktspezifisch als Spezialform ausgestaltet, sondern es bestehen nur noch einige wenige Allgemeinformen, die jeweils für verschiedene Rechtsgeschäfte gelten.¹²³ Dies zeigt etwa die Normierung der Schriftform (§ 126 BGB), der elektronischen Form (§ 126a BGB) und der Textform (§ 126b BGB) im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Auf das eigenhändige Testament trifft diese Entwicklung ebenfalls zu, allerdings in abgeschwächtem Maße. Es hat sich der Entformalisierung in besonderer Weise widersetzt. Zwar wurden die verpflichtenden Formvorgaben des eigenhändigen Testaments durch das Testamentsgesetz aus dem Jahr 1938 gelockert.¹²⁴

¹¹⁶ Flume, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 244); Plassmann, Formverstöße, S. 35; vgl. Zimmermann, Law of Obligations, S. 82.

¹¹⁷ Kaser/Knütel/Lohsse, Röm. Privatrecht, § 6 I; Zimmermann, Law of Obligations, S. 82 f. Vgl. zur Soleninität der „Wirkform“ (im mittelalterlichen Kontext) auch Heiss, Formmängel, S. 46.

¹¹⁸ Flume, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 244 f.); Plassmann, Formverstöße, S. 35.

¹¹⁹ Flume, Allgemeiner Teil II, § 15 I (S. 244 ff.); Merz, AcP 163 (1964), S. 305 (315); Muscheler, ErbR 2015, 3 (9); Pohlmann, Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, S. 24; Schellhammer, Schuldrecht, Rn. 1901; Vollkommer, Formenstrenge, § 2 II (S. 25) m.w.N. Teilweise werden als Ausnahme davon der Wechsel (Art. 2 WG) und der Scheck (Art. 2 ScheckG) sowie die Form der Eheschließung (§§ 1310 f. BGB) angesehen, siehe Flume, Allgemeiner Teil II, § 15 I (S. 245); Moussa, Formgerechter Zugang, S. 65; Plassmann, Formverstöße, S. 35.

¹²⁰ Schippers, DNotZ 2006, 726 (731); vgl. auch Häsemeyer, Gesetzliche Form, S. 22; Zimmermann, Law of Obligations, S. 84 f.

¹²¹ Zum Prinzip der Formfreiheit schon oben 2. Kapitel A. I.

¹²² Breitschmid, Formvorschriften, Nr. 125; Zimmermann, Law of Obligations, S. 85 f.

¹²³ Flume, Allgemeiner Teil II, § 15 I 1 (S. 245); Muscheler, ErbR 2015, 3 (9).

¹²⁴ Durch das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31.07.1938 (RGBl. I S. 973) wurden die zuvor verbindlichen Angaben des Errichtungsortes und der Errichtszeit zu bloßen Sollangaben herabgestuft.

Außerdem handelt es sich auch bei den Testierformen um „Zweckformen“, bei denen die mit der Form verfolgten Zwecke im Vordergrund stehen und zur Legitimation der Form herangezogen werden.¹²⁵ Jedoch ist das eigenhändige Testament gleichzeitig die im Wesentlichen einzige noch bestehende Spezialform¹²⁶ – vollständig eigenhändige Schrift ist im deutschen Recht für kein anderes Rechtsgeschäft vorgeschrieben. Die Spezialform äußert sich auch darin, dass § 2247 BGB nicht nur eine reine Formvorschrift ist – wie etwa § 311b BGB oder § 766 BGB –, sondern gleichzeitig das Institut des eigenhändigen Testaments als solches normiert. Form und Rechtsgeschäft gehören untrennbar zusammen und sind nur in dieser Einheit im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert. Das Testament steht damit noch „mit einem Fuß im historischen Anfang“¹²⁷, wo das Rechtsgeschäft mit der Form fest verknüpft und die Form Ausdruck einer gewissen Feierlichkeit des Rechtsakts war.¹²⁸ Die „Würde“ des Rechtsgeschäfts ist durch die spezielle Form besonders groß.¹²⁹ Diese besondere Stellung der Testamentsform führt dazu, dass der Solennitätsgedanke beim Testament auch heute noch eine Rolle spielt und das Wesen des Testaments als Äußerung des letzten Willens prägt.¹³⁰ Solennität steht wörtlich für eine besondere Feierlichkeit,¹³¹ umfasst aber auch die Komponenten des Testierwillens, der Ernsthaftigkeit und der Unabhängigkeit der Erklärung.¹³² Es geht dabei nicht um eine Unbequemlichkeit der

¹²⁵ Dazu näher oben 2. Kapitel A. II und unten B.

¹²⁶ *Muscheler*, ErbR 2015, 3 (10). Nach *Muscheler* (ebenda Fn. 47) könnte man daneben allenfalls noch die Form von Wechsel und Scheck als Spezialform betrachten. Zwar gibt es noch andere Sonderformen, wie zum Beispiel die mündliche Erklärung bei persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten bei der Eheschließung (§§ 1310, 1311 BGB), jedoch ist die dabei vorgeschriebene Form der mündlichen Erklärung nicht singulär. Auch die Form der Erklärung „zur Niederschrift eines Notars“, wie sie beim öffentlichen Testament nach §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB vorgeschrieben ist, findet sich ähnlich noch an anderer Stelle, zum Beispiel beim Erbvertrag nach § 2276 BGB oder beim Ehevertrag nach § 1410 BGB. Beim Nottestament vor dem Bürgermeister nach § 2249 BGB ist zwar der Bürgermeister speziell, aber nicht die Erklärungsform „zur Niederschrift“.

¹²⁷ *Muscheler*, ErbR 2015, 3 (11).

¹²⁸ Vgl. *Burkart*, in: FS v. Lübtow, S. 253 (255); *Herrler*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch, Testament (S. 1473).

¹²⁹ Vgl. zur größeren Würde eines formgebundenen Rechts *Ebel*, Recht und Form, S. 33.

¹³⁰ Vgl. *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 132; für die öffentliche Testierform *Mugdan V*, S. 887. Allerdings findet sich im Schrifttum mitunter auch die Feststellung, dass die Solennität beim eigenhändigen Testament keine Rolle mehr spiele, siehe etwa *Görgens*, JR 1979, 357 (358); *Plewe*, Gesetzliche Formen, S. 92; vgl. *Herrler*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch, Testament (S. 1473); *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 16 IV 2 (S. 332 f.); *Welter*, Auslegung und Form, S. 22 f.

¹³¹ Siehe das lateinische Adjektiv „sollemnis“ = feierlich, festlich.

¹³² *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 132.

Form, sondern darum, dass der Erblasser sich bei der Erfüllung der Form der Bedeutung des Rechtsgeschäfts bewusst wird und seinen Testierwillen zum Ausdruck bringt.¹³³ Die Spezialform des § 2247 BGB zeigt ferner, dass eine gewisse Sonderstellung des Privattestaments vom Gesetzgeber gewollt ist und es nicht auf eine Annäherung an andere, typisierte Formvorschriften wie etwa die Schriftform nach § 126 BGB ankommt. Dies spricht dafür, auch die Suche nach alternativen Testierformen nicht darauf auszurichten, sondern ebenso bisher ungebräuchliche Formen in den Blick zu nehmen.¹³⁴

Die Formalität des Testaments fügt sich in die Tatsache, dass im Erbrecht anders als in den übrigen Teilen des Bürgerlichen Gesetzbuches allenthalben ein Formzwang herrscht, also zwingende Formen für die einzelnen Erklärungen vorgeschrieben sind.¹³⁵ Diese gesetzgeberische Entscheidung ergibt sich aus der besonderen Situation, dass es um die postmortale Rechtsnachfolge geht. Im Testamentsrecht sind Formvorschriften schon deshalb notwendig, weil der Testator selbst keine Auskunft mehr über seinen Willen geben kann, wenn das Testament wirksam wird, nämlich nach seinem Tod.¹³⁶ Bei der Testamentserrichtung handelt es sich aus diesem Grund um ein Rechtsgeschäft, das typischerweise mit Beweisschwierigkeiten verknüpft ist, sodass ein besonderer Bedarf für eine verbindliche Form besteht.¹³⁷ Daher ist die Testierfreiheit im Gegensatz zur Vertragsfreiheit für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, welche grundsätzlich formfrei sind, von vornherein an die vorgeschriebenen Testierformen gebunden. Der Testator muss sein Testament zwangsläufig in eine bestimmte, ihn überlebende Form bringen, damit er seine Testierfreiheit überhaupt wirkungsvoll wahrnehmen und sein letzter Wille verwirklicht werden kann.¹³⁸ Erst wenn der Testierwille in einer bestimmten, beständigen Form ausgedrückt wird, wird aus dem psychischen Vorgang eine erkennbare, belegbare Tatsache, an die nach dem Tod des Erblassers

¹³³ *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 132 f. und 144.

¹³⁴ Siehe dazu den Reformvorschlag im 5. Kapitel B. VI.

¹³⁵ Siehe nur die Formvorschriften für Testamente (§§ 2231 ff. BGB), den Erbvertrag (§ 2276 BGB), die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 BGB) oder den Erbverzichtsvertrag (§ 2348 BGB). Außerdem *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 3 (S. 247); *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 16 II 2 (S. 111) und § 19 I-III (S. 125 ff.); *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 610; vgl. *Leue*, Neue Formvorschriften, S. 55.

¹³⁶ *Welter*, Auslegung und Form, S. 12 f.; *Wingarter*, Letztwillige Verfügung, S. 52; *Zimmermann*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), Freedom of Testation, S. VII (VIII).

¹³⁷ Vgl. *Medicus/Petersen*, BGB AT, § 41 Rn. 610; *Oestmann*, in: *Oestmann* (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 1 (10).

¹³⁸ Vgl. *Welter*, Auslegung und Form, S. 12 f., 16 und 18; *Zaczyk*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (29).

verbindliche Wirkungen geknüpft werden können.¹³⁹ Die Testierformen können somit das Fehlen des verlässlichsten Zeugen im Zeitpunkt, in dem das Testament seine Wirkung entfaltet, bis zu einem gewissen Grad kompensieren.¹⁴⁰ Die Form gewährleistet Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.¹⁴¹ Dennoch müssen darüber hinaus spezifische Formzwecke wie der Schutz vor Übereilung oder die Beweisfunktion für die konkrete Formvorschrift bestehen, da die Testierfreiheit durch einzelne Formerfordernisse nicht unverhältnismäßig beschränkt werden darf.¹⁴² Formen sind kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zur Erreichung bestimmter Zwecke.¹⁴³ Dogmatisch fehlt einer Formvorschrift, die mehr erzwingen will, als zur Durchsetzung ihres Zweckes erforderlich ist, die innere Rechtfertigung.¹⁴⁴

IV. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Formvorschriften im Testamentsrecht

Bei der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verfassungsrechtlich verbürgten Erbrechtsgarantie mit ihrem bestimmenden Element der Testierfreiheit¹⁴⁵ handelt es sich um ein normgeprägtes Grundrecht, welches der rechtlichen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bedarf (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).¹⁴⁶ Für die Privatautonomie hat das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit der gesetzlichen Ausgestaltung bereits mehrfach ausdrücklich anerkannt.¹⁴⁷ Auch für die Testierfreiheit – wie die Privatautonomie ein Freiheitsrecht für die Selbstbestimmung

¹³⁹ Vgl. Meyer, Wiederaufleben letztwilliger Verfügungen, S. 19.

¹⁴⁰ Dies kommt auch in der Etymologie des Begriffes „Testament“ zum Ausdruck, der sich vom lateinischen Verb „testari“ (= bezeugen) ableitet (vgl. schon Kroppenber, Privatautonomie von Todes wegen, S. 317).

¹⁴¹ Welter, Auslegung und Form, S. 12.

¹⁴² Vgl. Breitschmid, Formvorschriften, Nr. 120. Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben näher sogleich 2. Kapitel A. IV.

¹⁴³ Bernard, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 127; Görgens, JR 1979, 357 (358); vgl. auch LG Lüneburg, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3331).

¹⁴⁴ Burkart, in: FS v. Lütbow, S. 253 (254); Hagena, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 1; Weber, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 7.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (350) = NJW 1999, 1853; Beschl. v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, BVerfGE 67, 329 (341) = NJW 1985, 1455; vgl. Beschl. v. 03.11.1981 – 1 BvL 11/77, 1 BvL 85/78, 1 BvR 47/81, BVerfGE 58, 377 (398) = NJW 1982, 565 (567).

¹⁴⁶ Siehe etwa Berg, JuS 2005, 961 (965); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 14 Rn. 107; Lange, Erbrecht, § 11 Rn. 6; Kingreen/Poscher, Grundrechte, § 23 Rn. 1031 und 1048; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 199 ff.

¹⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.07.2005 – 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96, BVerfGE 114, 1 (34) = NJW 2005, 2363 (2365); Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231 f.) = NJW 1994, 36 (38); vgl. auch Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (101) = NJW 2001, 957 (958).

des Einzelnen im Rechtsleben¹⁴⁸ – hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss über den generellen Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit klargestellt, dass erst die gesetzliche Ausgestaltung den abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestalt verschaffe und das Erbrecht zu einem praktisch durchsetzbaren Recht mache.¹⁴⁹ Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit müsse der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen erlassen.¹⁵⁰ In seinem Beschluss konturiert das Bundesverfassungsgericht auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Testierfreiheit einzuhalten habe: Er müsse den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und dürfe das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip nicht unverhältnismäßig beschränken.¹⁵¹ Das Formerfordernis müsse ein geeignetes Mittel zur Erreichung eines legitimen Zweckes sein und zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich sein.¹⁵² Allerdings sei zu beachten, dass dem Gesetzgeber bei der Regelung von Beschränkungen ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukomme.¹⁵³ Erst wenn eine Regelung „schlechthin ungeeignet“, „eindeutig nicht erforderlich“ oder „unzumutbar“ sei, könne das Bundesverfassungsgericht einschreiten.¹⁵⁴ Anders gesagt, müssen für die Erforderlichkeit die zugrunde gelegten Annahmen des Gesetzgebers „vertretbar“ sein.¹⁵⁵ Der Gesetzgeber hat also geeignete und funktionsfähige Testierformen bereitzustellen,¹⁵⁶ welche verfassungskonform ausgestaltet sind und insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren;¹⁵⁷ dabei sind ihm aber weitreichende Gestaltungsbefugnisse eingeräumt.¹⁵⁸

¹⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (350) = NJW 1999, 1853; vgl. *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 412. Zur Testierfreiheit als erbrechtlicher Ausprägung der Privatautonomie schon oben Fn. 98.

¹⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351 f.) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (352) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵² BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (352 ff.) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵³ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (352) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (353) = NJW 1999, 1853 (1854).

¹⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (354) = NJW 1999, 1853 (1854).

Zum Gebot der Erforderlichkeit bei der Ausgestaltung von Grundrechten auch *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 51.

¹⁵⁶ Vgl. *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 520.

¹⁵⁷ Vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 48 und 50 ff.; *Mager*, Einrichtungsgarantien, S. 191 f.; *Wendt*, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 199.

¹⁵⁸ Vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, S. 4 und 74; *Depenheuer/Froese*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 14 Rn. 526.

Für die Überprüfung der Testierformen bedeutet dies, dass wegen des großen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums nicht so sehr die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Formen im Vordergrund steht, solange nur eine funktionsfähige Erbrechtsordnung gewährleistet ist. Anders als in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu schreib- und sprechunfähigen Personen geht es heute nicht mehr darum, dass einzelne Personengruppen vollständig von der Testiermöglichkeit ausgeschlossen sind, sondern nur noch um die Bedingungen der Testamentserrichtung. Die Vorgabe bestimmter Testierformen muss zwar durch legitime Formzwecke gerechtfertigt werden, diese Zwecke und die Verhältnismäßigkeit der Form kann der Gesetzgeber aufgrund seines weiten Spielraums jedoch weitgehend selbständig beurteilen.

Bei den Testierformen kommt es daher vielmehr darauf an, welche Formen rechtspolitisch und rechtsdogmatisch überzeugen können und deshalb vom Gesetzgeber bereitgestellt werden sollten. Dabei kann geeignetes Kriterium für die im Einzelfall notwendige und deshalb nützliche Form „nicht die kleinstmögliche, sondern nur die *bestmögliche* Form“ sein.¹⁵⁹ Hierauf wird bei der Suche nach neuen Formvorschriften zurückzukommen sein.

B. Anerkannte Formzwecke

Bei der Darstellung der Formzwecke, die nach allgemeiner Ansicht mit Formvorschriften und speziell mit § 2247 BGB verfolgt werden, lassen sich keine wesentlichen Unterschiede zwischen älteren Beiträgen im akademischen Schrifttum und solchen jüngeren Datums feststellen. Auch wenn es Unterschiede in der Bezeichnung gibt, werden die Formzwecke inhaltlich nicht anders beurteilt als früher. Es scheint, als ob die Formzwecke losgelöst von Zeit und Umständen unverändert fortbestehen.

¹⁵⁹ *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 132.

I. Kumulative Aneinanderreihung von Formzwecken im Schrifttum und in der Rechtsprechung

Der Großteil der Beiträge in der juristischen Literatur zu Formvorschriften folgt einem einheitlichen Muster:¹⁶⁰ Die Formvorschriften werden routiniert auf ihre Formzwecke hin untersucht. Es wird festgestellt, dass das gesetzliche Formerfordernis bestimmte näher bezeichnete Zwecke erfüllen soll und die Beschränkung der Privatautonomie durch die Formvorschrift deshalb gerechtfertigt sei. Diese Zwecke seien bei der teleologischen Auslegung der Formvorschrift zu berücksichtigen. Dabei werden die verschiedenen Zwecke meist in beliebiger Reihenfolge aneinandergereiht und formelhaft beschrieben. Es erfolgt keine nähere Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Bedeutung oder Gewichtung einzelner Zwecke, besonders nicht im Hinblick auf mögliche Veränderungen im Laufe der Zeit.¹⁶¹ Die Anzahl der zu unterscheidenden Zwecke variiert, und es werden Kategorisierungen vorgenommen, ohne dass erkennbar ist, welcher Erkenntnisgewinn damit verbunden ist. So nennen viele Autoren drei¹⁶² bis fünf¹⁶³ Formzwecke, während etwa *Heldrich* zwischen acht denkbaren Formzwecken unterscheidet (Abschlussklarheit, Inhaltsklarheit, Beweissicherung, Übereilungsschutz, Erkennbarkeit für Dritte, fachmännische Beratung, Überwachung im Sinne des Gemeinschaftsinteresses, Erschwerung des Vertragsschlusses im Interesse der Gemeinschaft)¹⁶⁴; bei *Heusch* sind es gar zwölf Formzwecke¹⁶⁵, und *Mankowski* kann die Reihe noch fortsetzen¹⁶⁶. Inwieweit diese mannigfaltigen Unterteilungen

¹⁶⁰ Siehe zum Beispiel *Boecken*, BGB AT, Rn. 370 ff.; *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 5 ff.; *Brox/Walker*, BGB AT, § 13 Rn. 1 f.; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 7 Rn. 1; *Mankowski*, JZ 2010, 662 ff.; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 3 ff.; vgl. auch *Brehm*, BGB AT, § 11 Rn. 337 und 346 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 15 I 2 und 3 (S. 246 f.). Vgl. zur einheitlichen Darstellung der Formenthematik in dogmatischen Arbeiten auch *Oestmann*, in: Oestmann (Hrsg.), Zwischen Formstrenge und Billigkeit, S. 1 (6).

¹⁶¹ Vgl. allerdings *Heldrich*, AcP 147 (1941), S. 89 (91 und 93), der 1941 danach fragt, inwiefern die Formzwecke „heute noch gerechtfertigt“ seien und welche Stellung der „heutige Gesetzgeber“ zu ihnen einnehmen solle.

¹⁶² *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 5 ff.; *Bork*, BGB AT, § 24 Rn. 1046; *Busche*, in: MünchKommBGB, Vorbemerkung (Vor § 145) Rn. 30; *Faust*, BGB AT, § 8 Rn. 1; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 62; *Hirsch*, BGB AT, § 28 Rn. 639 ff.; *Leipold*, BGB AT, § 16 Rn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 7 Rn. 1.

¹⁶³ *Boecken*, BGB AT, Rn. 372; *Brehm*, BGB AT, § 11 Rn. 346 f.; *Einsele*, in: MünchKommBGB, § 125 Rn. 8 ff.; *Hübner*, BGB AT, § 37 Rn. 853; *Köbl*, DNotZ 1983, 207 (208); *Pawlowski*, BGB AT, § 4 II 1 Rn. 410 f.; *Stadler*, BGB AT, § 24 Rn. 2-6; *Welter*, Auslegung und Form, S. 9; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 4 ff.

¹⁶⁴ *Heldrich*, AcP 147 (1941), S. 89 (91 ff.).

¹⁶⁵ *Heusch*, Elektronische Signatur, S. 26 ff.

¹⁶⁶ *Mankowski*, JZ 2010, 662 (663 ff.).

im Einzelnen relevant sind, bleibt unklar. Hier wird deutlich, was *Häsemeyer* meinte, wenn er schrieb, Formfunktionen seien „in theoretisch nahezu unbegrenzter Zahl und mit vielfältigen Nuancierungen denkbar“¹⁶⁷. Es bestehe die Gefahr von „Überdifferenzierungen“¹⁶⁸. Darauf, wie viele Formzwecke sich theoretisch unterscheiden lassen, kommt es für die Diskussion über Formzwecke gar nicht an. Es herrscht im Wesentlichen Einigkeit über drei grundlegende Zwecke, denen sich nahezu alle weiteren herausgearbeiteten Zwecke unterordnen lassen:¹⁶⁹ die Warnfunktion, die Beratungs- und Belehrungsfunktion und die Klarstellungs- und Beweisfunktion.¹⁷⁰ Zusätzlich werden bei manchen besonderen Geschäftstypen mit der Formbedürftigkeit noch einzelne speziellere Zwecke verfolgt.¹⁷¹

Diese Formzwecke sind – anders als nach *Häsemeyer*¹⁷² – tatsächlich von Bedeutung. Zwar behandelt § 125 Satz 1 BGB in der Rechtsfolge bei Nichteinhaltung der Form sämtliche Formvorschriften gleich, ohne dass es dabei auf die jeweils verfolgten und erfüllten Formzwecke ankommt. Dies sagt jedoch nichts darüber aus, wann eine Form tatbestandlich erfüllt oder nicht erfüllt ist.¹⁷³ Die Formzwecke haben entscheidende Bedeutung bei der Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Form eingehalten wurde und wie weit der Anwendungsbereich der Formvorschrift reicht. Für diese Frage nach der Reichweite eines Formgebots reicht die Differenzierung nach den von *Häsemeyer* herausgearbeiteten subjektiven Zielrichtungen – also danach, ob die Form dem Rechtsverkehr im Ganzen

¹⁶⁷ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 167.

¹⁶⁸ *Häsemeyer*, Gesetzliche Form, S. 166.

¹⁶⁹ Nicht möglich ist dies zum Beispiel für den im Privatrecht seltenen Zweck der Erschwerung des Vertragsschlusses, wie er für den Handel mit Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG gilt. Zu diesem Zweck des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG grundlegend BGH, Urt. v. 24.03.1954 – II ZR 23/53, BGHZ 13, 49 (51 f.) = NJW 1954, 1157; *Harke*, WM 2004, 357 (358).

¹⁷⁰ *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 10 Rn. 5 ff.; *Bork*, BGB AT, § 24 Rn. 1046; *Brox/Walker*, BGB AT, § 13 Rn. 2; *Busche*, in: MünchKomm BGB, Vorbemerkung (Vor § 145) Rn. 30; *Einsele*, in: MünchKomm BGB, § 125 Rn. 8 f.; *Faust*, BGB AT, § 8 Rn. 1; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 62; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 125 Rn. 35; *Hirsch*, BGB AT, § 28 Rn. 639 ff.; *Leipold*, BGB AT, § 16 Rn. 2; *Looschelders*, Schuldrecht AT, § 7 Rn. 1; vgl. auch *Medicus/Petersen*, BGB AT, § 41 Rn. 614.

¹⁷¹ *Lorenz*, AcP 156 (1957), S. 381 (394). Siehe zum Beispiel § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG (dazu oben Fn. 169).

¹⁷² *Häsemeyer* (Gesetzliche Form, S. 154 f. und 164 ff.) kritisiert die Differenzierung nach einzelnen (inhaltsbezogenen) Formzwecken, unter anderem weil § 125 Satz 1 BGB in der Rechtsfolge alle Formen gleichbehandelt. Allerdings gesteht auch er auf S. 165 zu, dass „(auch) Formvorschriften im Blick auf die mit ihnen verfolgten Zwecke auszulegen sind“.

¹⁷³ *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 32; *Hagen*, in: FS Schippel, S. 173 (174 f.); *ders.*, DNotZ 1984, 267 (268); *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 227.

oder dem Interesse aller oder nur dem Interesse bestimmter an einem Rechtsgeschäft beteiligter Personen dienen soll –¹⁷⁴ nicht aus, da es bei der Beurteilung der Formerfüllung nicht nur darauf ankommt, dass eine bestimmte Partei geschützt werden soll, sondern auch darauf, wovor diese Partei geschützt werden soll. Die Formzwecke sind also im Rahmen der teleologischen Auslegung der Formvorschrift zu berücksichtigen.¹⁷⁵ Dabei ist allerdings zu beachten, dass es um eine abstrakte Auslegung geht, die „für alle Rechtsgeschäfte derselben Art in gleicher Weise und ohne Rücksicht auf die Verwendung der Form im Einzelfall zu entscheiden ist“¹⁷⁶. Für die Frage der Formwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist allein entscheidend, ob die gesetzlich vorgeschriebene Form eingehalten wurde, und nicht, ob im konkreten Einzelfall die Formzwecke erfüllt wurden.¹⁷⁷ Der Bundesgerichtshof hat mehrfach betont, dass Formzwecke nur gesetzgeberisches Motiv für die Formvorschrift seien und nicht deren tatbestandliche Voraussetzungen.¹⁷⁸

Auch in der Rechtsprechung findet sich in der Regel keine differenzierte Betrachtung der Formzwecke, sondern – wenn die Formzwecke überhaupt zur Sprache kommen – nur eine Auflistung verschiedener Zwecke, ohne dass immer ein konkreter Bezug zur Entscheidung des Einzelfalls hergestellt wird.¹⁷⁹ In seiner Entscheidung zur Handschuhehe konstatiert der Bundesgerichtshof, dass „die Sicherung des Beweises, der Hinweis auf die Bedeutung der abzugebenden Erklärung und die Verhinderung übereilter und verbotener Rechtsgeschäfte [...] Sinn

¹⁷⁴ Dazu Häsemeyer, Gesetzliche Form, S. 167 und 182 f.

¹⁷⁵ BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (69) = NJW 1967, 1124 (1125); Beinke, Formzwang, S. 44; Hagen, in: FS Schippel, S. 173 (174 f.); Mankowski, JZ 2010, 662 f.; Plewe, Gesetzliche Formen, S. 5 ff.; vgl. Bernard, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 32 ff.

¹⁷⁶ Häsemeyer, Gesetzliche Form, S. 182 f. Vgl. auch Muscheler, ErbR 2015, 3 (7); Plewe, Gesetzliche Formen, S. 7.

¹⁷⁷ Bernard, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 32 f.; v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 157; Leue, Neue Formvorschriften, S. 56 f.; Plewe, Gesetzliche Formen, S. 7. Siehe außerdem pointiert v. Jhering, Geist des römischen Rechts, II/2, S. 475: „Ob dieser Zweck durch die Form wirklich erreicht wird, ob er auch auf andere Weise erreichbar ist, und ob die Partei ihn auf andere Weise wirklich erreicht hat, releviert nichts: der Gesetzgeber hat einmal die Sorge für die Erreichung dieses Zweckes nicht der Einsicht und dem freien Entschluß der Partei überlassen wollen, sondern er hat die Sache selber in die Hand genommen und den ihm gut scheinenden Weg zur Erreichung desselben zum ausschließlichen, notwendigen erhoben.“

¹⁷⁸ BGH, Urt. v. 07.10.1994 – V ZR 102/93, BGHZ 127, 168 (173) = NJW 1994, 3346 (3347); Urt. v. 06.02.1970 – V ZR 158/66, BGHZ 53, 189 (195); Urt. v. 09.03.1965 – V ZR 97/62, BeckRS 1965, 31175867 = BB 1965, 474; Urt. v. 10.07.1963 – V ZR 181/61, WM 1963, 1066 (1068); Urt. v. 18.02.1955 – V ZR 108/53, BGHZ 16, 334 (335).

¹⁷⁹ Dazu für § 2247 BGB näher unten 4. Kapitel B. II. 2 im Rahmen einer Rechtsprechungsanalyse.

und Zweck aller Formvorschriften (vgl. z.B. §§ 2274 und 2276 BGB)“ seien.¹⁸⁰ Damit nennt er die auch in der Literatur als wichtigste Zwecke identifizierten Formfunktionen. Wo es abstrakte Rechtsfragen zu klären gilt, wird auch ausführlicher mit den Formzwecken argumentiert.¹⁸¹ In den meisten Fällen wird jedoch lediglich auf weit zurückliegende Urteile verwiesen und es werden wiederkehrende Passagen referiert.

II. Formzwecke des § 2247 BGB

Bei der Form des § 2247 BGB kann man zwischen den Zwecken der eigenhändigen Niederschrift und denen der eigenhändigen Unterschrift differenzieren.¹⁸² Größtenteils decken sich diese aber.

1. Ermittlung der Formzwecke

Die generelle Schwierigkeit bei der Ermittlung der Formzwecke besteht darin, dass der Gesetzgeber diese – wie es grundsätzlich bei teleologischen Erwägungen der Fall ist – nicht in den Gesetzeswortlaut aufgenommen hat. Der Gesetzesanwender weiß daher nicht sicher, welche Funktionen der Gesetzgeber im Einzelnen und mit welcher Gewichtung durchsetzen wollte.¹⁸³ Sie sind im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei der Ausgangspunkt für die Zweckauslegung die Frage nach den vom historischen Gesetzgeber beabsichtigten Zwecken ist.¹⁸⁴ Erst in einem zweiten Schritt kann es darum gehen, diese Zwecke des historischen Gesetzgebers vor dem Hintergrund der heutigen Situation zu überprüfen und gegebenenfalls zu einer abweichenden Bewertung der Zwecke zu kommen.¹⁸⁵ Vielfach wird zunächst auf die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch als historisches

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 19.12.1958 – IV ZR 87/58, BGHZ 29, 137 (141 f.) = NJW 1959, 717 (718).

¹⁸¹ In seinem Urteil vom 08.12.1992 – XI ZR 96/92, BGHZ 121, 1 ff. = NJW 1993, 584 f. beschäftigt sich der BGH zum Beispiel ausführlich mit der Frage der Funktion der Schriftform des § 781 BGB.

¹⁸² So zum Beispiel *Beinke*, Formzwang, S. 44 ff.; *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 (448 ff.); *Röthel*, JURA 2014, 475 (478 ff.); *Wingter*, Letztwillige Verfügung, S. 59 ff.

¹⁸³ Ähnlich *Muscheler*, ErbR 2015, 1 (6).

¹⁸⁴ Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, S. 365; *Kramer*, Methodenlehre, S. 160 f.; *Röhl/Röhl*, Rechtslehre, § 79 S. 632; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 720 und 730; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 41.

¹⁸⁵ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 721 und 730; vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, S. 366; *Kramer*, Methodenlehre, S. 160 f.; *Zippelius*, Methodenlehre, S. 41 f. Zur Möglichkeit der Veränderung von Formzwecken näher unten 4. Kapitel A.

Auslegungsmaterial rekurriert, um Anhaltspunkte für den Gesetzgeberwillen zu finden.

Das oberste Ziel im Testamentsrecht ist es, den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen.¹⁸⁶ Diese gesetzgeberische Intention findet sowohl in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch Ausdruck als auch im Gesetz selbst, nämlich mit § 2084 BGB und dem Vorrang der gewillkürten Erbfolge vor der gesetzlichen.¹⁸⁷ Welche konkreten Zwecke der historische Gesetzgeber mit der Einführung des holographischen Testaments erreichen wollte, ist jedoch weniger eindeutig. Weder die Motive noch die Protokolle zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten Ausführungen zur Ratio Legis des (heutigen) § 2247 BGB. Dies ist nicht verwunderlich, da das holographische Testament erst „in letzter Stunde“ Eingang ins Bürgerliche Gesetzbuch gefunden hat.¹⁸⁸ Im ersten und zweiten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, denen sich die Motive und Protokolle widmen, taucht es nur im Zusammenhang mit der Frage auf, ob es sich dabei um ein wünschenswertes Institut handele.¹⁸⁹ Es wurde allein darüber diskutiert, ob das Privattestament zugelassen werden sollte, nicht aber über die weitere Frage, wie dieses Institut konkret ausgestalten sei.¹⁹⁰

¹⁸⁶ *Blomberg*, Freiheit und Bindung, passim (deutlich S. 304); *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 63 f.; *Görgens*, Bindung des Richters, S. 52; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 1; *Lange*, Recht des Testamentes, S. 42 und 46. Vgl. auch BGH, Urt. v. 12.03.1981 – IVa ZR 111/80, NJW 1981, 1900 (1901); LG Lübeck, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3332). Vgl. auch Motive V, S. 45 = *Mugdan* V, S. 24: „Im Erbrechte muß der Ausgangspunkt sein, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen ist [...]“.

¹⁸⁷ *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 3.

¹⁸⁸ *Beutgen*, Geschichte der Form, S. 81. Im ersten und zweiten Entwurf sowie der Denkschrift zum Entwurf des BGB wurde das privatschriftliche Testament noch abgelehnt. Erst auf Antrag der Reichstagskommission wurde seine Einführung im Reichstag nach heftigen Debatten beschlossen. Siehe dazu *Mugdan* V, S. 886 ff., *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, §§ 2231-2233, 2239 (S. 1528 ff.) sowie die Nachzeichnungen bei *Beutgen*, Geschichte der Form, S. 74 ff. und *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 31 ff.

¹⁸⁹ Siehe Motive V, S. 257 f. = *Mugdan* V, S. 135 f. und Protokolle V, S. 326 ff. = *Mugdan* V, S. 696 ff. Auch die Gesetzesbegründungen zu den späteren gesetzlichen Änderungen des Paragraphen enthalten keine Ausführungen zu den grundlegenden Zwecken der eigenhändigen Form.

¹⁹⁰ Näher v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 30 f. Zwar gab es konkrete Anträge zur Gesetzesformulierung (siehe Protokolle V, S. 326 = *Mugdan* V, S. 696; *Mugdan* V, S. 886), jedoch wurden diese nicht bezüglich ihrer Formulierung diskutiert. Auch die von *Jakobs/Schubert* (Beratung des BGB, §§ 2231-2233, 2239 [S. 1528 ff.]) zusammengestellten unveröffentlichten Quellen zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten keine Ausführungen zu den konkreten Zwecken des holographischen Testaments.

Gleichwohl geben die Motive an anderer Stelle, nämlich bei den Erläuterungen zur Form der Rechtsgeschäfte im Allgemeinen Teil, Aufschluss über die allgemein vom Gesetzgeber verfolgten Formzwecke:¹⁹¹ Gründe für einen Formzwang seien, dass die Notwendigkeit der Beachtung einer Form „bei den Beteiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor[rufe]“, „das juristische Bewußtsein [wecke]“, „zur besonnenen Ueberlegung heraus[fordere]“ und „die Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung [gewährleiste]“.¹⁹² Ferner stelle die Form „den rechtlichen Charakter der Handlung klar“, diene „als Stempel des fertigen juristischen Willens“ und setze „die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel“.¹⁹³ Schließlich sichere die Einhaltung der Form „den Beweis des Rechtsgeschäftes seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit“ und führe zur Verminderung von Prozessen.¹⁹⁴ Hier werden also verschiedene Zwecke dargestellt, die im Gesetzgebungsprozess zur Sprache kamen und die allgemein von Formvorschriften erfüllt werden sollen, wie zum Beispiel die Beweissicherung oder die Warn- und Überlegungsfunktion, woraus sich schließen lässt, dass diese Zwecke – jedenfalls in Teilen – auch mit den Testamentsformvorschriften verfolgt werden sollten.¹⁹⁵ Darüber hinaus bieten die grundsätzlichen Ausführungen zu den Vor- und Nachteilen des holographischen Testaments¹⁹⁶ mittelbare Anhaltspunkte für die Beurteilung des Privattestaments.¹⁹⁷

Dass das Institut des eigenhändigen Testaments als solches ins Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde, lässt sich allerdings weniger mit diesen Zwecken als vielmehr damit erklären, dass es in Teilen Deutschlands bereits als Testierform anerkannt und sehr beliebt war.¹⁹⁸ Unter Einfluss des französischen Code civil galt es unter anderem in Baden und den deutschen Ländern französischen Rechts.¹⁹⁹ So drangen die Vertreter der Länder, die das holographische Testament

¹⁹¹ Motive I, S. 179 = *Mugdan* I, S. 451.

¹⁹² Motive I, S. 179 = *Mugdan* I, S. 451.

¹⁹³ Motive I, S. 179 = *Mugdan* I, S. 451.

¹⁹⁴ Motive I, S. 179 = *Mugdan* I, S. 451.

¹⁹⁵ So nennt auch der Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht 1937 ausdrücklich die Zwecke der Echtheitssicherung und der Warn- und Überlegungsfunktion (*Lange*, Recht des Testamentes, S. 54).

¹⁹⁶ Motive V, S. 257 ff. = *Mugdan* V, S. 136 ff.; Protokolle V, S. 326 ff. = *Mugdan* V, S. 696 ff.; *Mugdan* V, S. 886 ff.

¹⁹⁷ v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 31.

¹⁹⁸ Vgl. *Beutgen*, Geschichte der Form, S. 80; *Weber*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 5; *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (25).

¹⁹⁹ Dazu Motive V, S. 258 = *Mugdan* V, S. 136; Protokolle V, S. 326 f. = *Mugdan* V, S. 696 f.; *Mugdan* V, S. 886; *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (178 ff. m.w.N.).

schon kannten, hartnäckig auf seine Zulassung.²⁰⁰ Die tiefe Verwurzelung in Teilen Deutschlands war letztlich ausschlaggebend dafür, dass die Mehrheit für die Zulassung des holographischen Testaments stimmte.²⁰¹

2. Anerkannte Formzwecke des § 2247 BGB

Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1900 haben Rechtsprechung und Schrifttum die Formzwecke des § 2247 BGB konkretisiert und es besteht weitgehend Einigkeit über die geltenden Zwecke.

Im sogenannten Blaupause-Urteil verwies der Bundesgerichtshof noch ausdrücklich auf die Materialien zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, um die Zwecke des § 2247 BGB herauszuarbeiten.²⁰² In den meisten heutigen Entscheidungen werden die Zwecke der Form des § 2247 BGB – wo sie zur Sprache kommen – anhand einer wortgetreuen Wiedergabe der vom Bundesgerichtshof im Jahr 1981 aufgezählten Zwecke²⁰³ dargestellt: *„Durch die Formvorschriften für Testamente verfolgt das Gesetz verschiedene Zwecke: Die einzuhaltenden Förmlichkeiten sollen den Erblasser dazu veranlassen, sich selbst klar darüber zu werden, welchen Inhalt seine Verfügung von Todes wegen haben soll, und seinen Willen möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen. Sie sollen außerdem dazu dienen, Vorüberlegungen und Entwürfe von der maßgebenden Verfügung exakt abzugrenzen. Die Eigenhändigkeit eines Testaments soll nach der Wertung des Gesetzes außerdem eine erhöhte Sicherheit vor Verfälschungen des Erblasserwillens bieten. Alle diese Formzwecke sollen in ihrer Gesamtheit dazu beitragen, verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten der Erbprätendenten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten.“*²⁰⁴

²⁰⁰ Vgl. *Beutgen*, Geschichte der Form, S. 80; *Hosemann*, RNotZ 2010, 520 (524 f.); *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (185). Siehe auch *Jakobs/Schubert*, Beratung des BGB, §§ 2231-2233, 2239 (S. 1549 f.); *Mugdan V*, S. 886 f.

²⁰¹ Dies belegen beispielhaft die Ausführungen *Dr. Enneccerus'* (*Mugdan V*, S. 903): „Ich habe mich aber inzwischen überzeugen müssen, daß das eigenhändige Testament in den Gegenden, in denen es gilt, so eingewurzelt ist, so vollständig von der Ueberzeugung der Bevölkerung, daß es notwendig und unentbehrlich sei, getragen ist, daß ich anerkennen muß: wir können es diesen Ländern nicht wieder nehmen. Wir können ein Institut, das so hoch geschätzt wird, das nach dem Urtheile der linksrheinischen und badischen Juristen wie Laien um keinen Preis preisgegeben werden soll, ihnen nicht mit Gewalt nehmen und deshalb stimme ich, wenn auch nicht gern, dem eigenhändigen Testamente jetzt zu.“

²⁰² BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125).

²⁰³ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IV a ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (245 f.) = NJW 1981, 1737 (1738).

²⁰⁴ So zitiert etwa vom OLG München, Beschl. v. 22.04.2010 – 31 Wx 11/10, ZErB 2010, 179 (180);

BayObLG, Beschl. v. 01.04.2004 – 1Z BR 13/04, FamRZ 2005, 138 (139); BayObLG, Beschl. v.

18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385; BayObLG, Beschl. v. 05.12.2000, 1Z BR 115/00, FamRZ

Diese grundlegenden Formzwecke des § 2247 BGB finden sich auch im Schrifttum wieder und sollen im Folgenden näher beleuchtet werden. Die oben genannte²⁰⁵, bei Formvorschriften allgemein als Formzweck anerkannte Beratungs- und Belehrungsfunktion wird dagegen nur mit notarieller Form in Verbindung gebracht²⁰⁶ und dem privatschriftlichen Testament daher nicht zugeschrieben.

a) Echtheitsfunktion

Der nach verbreiteter Ansicht wichtigste Zweck der Eigenhändigkeit des privatschriftlichen Testaments ist es, die Echtheit (Authentizität) der Erklärung nachzuweisen.²⁰⁷ Das besondere Gewicht ergibt sich daraus, dass der Erblasser bei Eröffnung des Testaments nicht mehr selbst zur Aufklärung beitragen kann und die Echtheit daher schon aus dem Schriftstück selbst heraus erkennbar sein muss. Allein der Wille des Erblassers soll die Vermögensverteilung bestimmen und muss durch eindeutig zuordenbare Merkmale vor Verfälschungen geschützt werden. Bei einer eigenhändigen Errichtung kommen die individuellen Schriftzüge des Erblassers zur Geltung, sodass Rückschlüsse auf die Person des Verfassers gezogen werden können.²⁰⁸ Dadurch können Fälschungen identifiziert werden und es wird verhindert, dass ein dem Erblasser untergeschobener Wille verwirklicht wird.

Dieser im Testamentsrecht meist als Echtheitsfunktion bezeichnete Formzweck lässt sich als Teilfunktion oder Voraussetzung des oben genannten allgemeinen Beweiszwecks von Formvorschriften ansehen.²⁰⁹ Die abweichende Bezeichnung zeigt die aufgrund des Todes des Erblassers gesteigerte Bedeutung, die die Sicherung der Echtheit des Testaments im Rahmen der Beweisfunktion – welche das

2001, 771 (772 f.); BayObLG, Beschl. v. 30.10.2000 – 1Z BR 46/00, BeckRS 2000, 29963. Ähnlich OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, 220.

²⁰⁵ Siehe 2. Kapitel B. I.

²⁰⁶ Siehe etwa *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 20; *Faust*, BGB AT, § 8 Rn. 1; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 293; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 229 f.

²⁰⁷ BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37; *Beinke*, Formzwang, S. 47 ff.; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 26 I 1 (S. 184); *W. Kössinger*, in: Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 17 Rn. 46; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 316 f.; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 14; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 290; *Wingert*, Letztwillige Verfügung, S. 60. Siehe dazu auch die Begründung zum Testamentsgesetz vom 31.07.1938, DJ 1938, 1254 (1257).

²⁰⁸ *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 18; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 307; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 21.

²⁰⁹ *Leue*, Neue Formvorschriften, S. 66; vgl. auch *Häsemeyer*, JuS 1980, 1 (3); *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 44 Rn. 4.

schriftliche Testament für den Nachweis der Erbenstellung gegenüber dem Nachlassgericht erfüllt – hat.

Wenn im Schrifttum die Identitätsfunktion als weiterer Zweck angeführt wird, ist gemeint, dass sich aus dem Testament selbst ergeben muss, wer es verfasst hat, da der Erblasser bei Eröffnung des Testaments nicht mehr lebt.²¹⁰ Diese Funktion kann inhaltlich der Echtheitsfunktion zugeordnet werden, denn nur wenn der Verfasser aus dem Testament hervorgeht, lässt es sich dem Erblasser eindeutig zu-rechnen und gegebenenfalls überprüfen, ob es tatsächlich von ihm erstellt wurde. Die Identitätsfunktion ist also eine zwingende Voraussetzung der Echtheits- und Beweisfunktion. Zwar wird die Identitätsfunktion besonders durch die Unterschrift des Erblassers erfüllt – sei es durch eine Namensunterschrift oder durch eine andere charakteristische Unterzeichnung –,²¹¹ aber auch anhand der individuellen Schriftzüge oder einer Selbstbenennung im Testamentstext lässt sich die Erklärung dem Erblasser zuordnen.²¹²

b) Warn- und Überlegungsfunktion

Durch das eigenhändige Niederlegen des letzten Willens soll nach herrschender Ansicht zudem ein erhöhter Überlegungs- und Übereilungsschutz gewährleistet werden.²¹³ Der Erblasser soll davor bewahrt werden, allzu leichtfertig und übereilt ein Testament zu errichten.²¹⁴ Durch die einzuhaltende Form soll der Testator auf die Bedeutung seiner Erklärung hingewiesen werden.²¹⁵ Die eigenhändige Niederschrift zwingt ihn dazu, seinen letzten Willen selbst zu formulieren und dabei intensiver über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung nachzudenken, als

²¹⁰ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 19. Zur Identitätsfunktion der Unterschrift *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 94 und 111 ff.; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 11 Rn. 5; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil I VIII 3 Rn. 1.107; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 23 f.; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 24.

²¹¹ *Beinke*, Formzwang, S. 51 f.; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 11 Rn. 5 f.; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 23 f.; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 310; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 24 f.

²¹² Vgl. *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 19 und § 2247 Rn. 111.

²¹³ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IV a ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (245 f.) = NJW 1981, 1737 (1738); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37; *Beinke*, Formzwang, S. 45; *Görgens*, Bindung des Richters, S. 11; *Hagen*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 1; *W. Kössinger*, in: Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 17 Rn. 1; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 14; *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 290; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 17 Rn. 2; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 227 f.; *Wolf/Gangel*, JuS 1983, 663 (665); einschränkend *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 231 ff.; a.A. siehe Fn. 217.

²¹⁴ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37; *Werner*, DNotZ 1972, 6 (11).

²¹⁵ *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012), 471 (501).

er dies täte, wenn er bloß einen – möglicherweise fremdverfassten – Text unterschreiben würde.²¹⁶ Auch das langsamere Tempo des handschriftlichen Schreibens gegenüber einem maschinengeschriebenen Text oder gar einer mündlichen Erklärung sorgt für eine gewisse Entschleunigung und damit für einen gesteigerten Übereilungsschutz.

Nach anderer Auffassung besteht ein solcher Zweck beim eigenhändigen Testament nicht.²¹⁷ Dies wird damit begründet, dass ein solcher Zweck beim eigenhändigen Testament, das jederzeit widerruflich und veränderbar sei, nicht erforderlich sei.²¹⁸ Weiterhin wird angeführt, dass die eigenhändige Errichtung des Testaments den Erblasser nicht stärker zur Überlegung auffordere und keine größere Hemmschwelle darstelle als eine sonstige Schriftform.²¹⁹ Unabhängig vom heutigen Stellenwert der Handschrift²²⁰ lässt sich dem entgegenhalten, dass die eigenhändige Schriftform den Testator jedenfalls genauso wirkungsvoll wie eine sonstige Schriftform zur Überlegung anhält und der Gesetzgeber die Eigenhändigkeit wählte, um gleichzeitig noch andere Zwecke verfolgen zu können. Auch die Tatsache, dass das Testament erst mit dem Tod des Erblassers wirksam wird und er es bis dahin jederzeit verändern kann, besagt nicht, dass das Testament im Zeitpunkt seiner Errichtung, ab welchem es potenziell wirksam ist, nicht bedacht sein soll. Die spätere *Änderungsmöglichkeit* wirkt sich als solche nicht auf den Testamentsinhalt aus. Die Materialien zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigen deutlich, dass es den an der Gesetzesgenese Beteiligten darum ging, durch die Form zu gewährleisten, dass die letztwillige Verfügung „wohlerwogen“ ist und der Erblasser bei der Errichtung des Testaments nicht einer „flüchtigen Laune“ folgt.²²¹

²¹⁶ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37.

²¹⁷ Grundmann, AcP 187 (1987), S. 429 (448 f.); Kroppenber, Privatautonomie von Todes wegen, S. 315 f.; Werner, DNotZ 1972, 6 (11); Wingerter, Letztwillige Verfügung, S. 59. Görgens (JR 1979, 357) bezeichnet den Übereilungsschutz durch die geltenden Formen als „Wunschvorstellung“.

²¹⁸ Grundmann, AcP 187 (1987), S. 429 (448 f.); Kroppenber, Privatautonomie von Todes wegen, S. 315 f.; Wingerter, Letztwillige Verfügung, S. 59.

²¹⁹ Grundmann, AcP 187 (1987), S. 429 (449).

²²⁰ Dazu unten 3. Kapitel A. I. 1.

²²¹ Mugdan V, S. 697 f. und Protokolle V, S. 328, allerdings wird dies dort als Vorzug der notariellen oder gerichtlichen Form angeführt; vgl. auch Mugdan V, S. 887.

Ferner soll durch die Form ein verantwortliches Testieren gefördert werden.²²² Es soll verhindert werden, dass der Erblasser spontanen Ideen folgt und unüberlegte Anordnungen trifft.²²³ Stattdessen soll er sich seiner besonderen Verantwortung bewusst werden und seine Verfügungen wohl abwägen.²²⁴ Dieser meist als eigenständiger Aspekt genannte Zweck lässt sich inhaltlich dem Überlegungsschutz zuordnen, denn verantwortliches Testieren kann nur durch bedachtes Testieren erreicht werden. Die Verantwortlichkeit bezieht sich auf die Folgen der Verfügung für die Erben und Erbaspiranten.²²⁵ Bereits zu Lebzeiten des Erblassers kann die potenzielle, erhoffte Erbenstellung Angehörige und Freunde in ihrem Verhalten beeinflussen und ihr Verhältnis zum Erblasser prägen.²²⁶ Gerade wenn der Testator seine (beabsichtigten) letztwilligen Verfügungen zugunsten bestimmter Personen von gewissen Bedingungen abhängig macht und diese nach außen kundtut, kann er die Erbanwärter unter Druck setzen.²²⁷ Noch viel gravierende Auswirkungen hat aber die tatsächliche Erbenstellung nach dem Tod des Erblassers. Durch die Universalsukzession nach § 1922 Abs. 1 BGB geht im Erbfall das gesamte Vermögen des Erblassers auf den oder die Erben über. Die Erbenstellung hat erhebliche Bedeutung für das soziale Gefüge innerhalb der Familie des Verstorbenen und die Stellung einzelner Betroffener.²²⁸ Sowohl die finanzielle Besserstellung durch das geerbte Vermögen als auch die Erlangung persönlicher Gegenstände von besonderem immateriellen Wert können den familiären Frieden gefährden und ganze Familien entzweien. Weniger reich bedachte Angehörige fühlen sich häufig gekränkt und verübeln den umfangreich Bedachten ihre Bevorzugung durch den Erblasser. Ebenso belastet dies nachträglich ihr Verhältnis zum Erblasser. Erben und Vererben haben eben nicht nur eine materielle, sondern auch eine symbolische Seite.²²⁹ Erbe zu sein kann identitätsprägend sein und

²²² Vgl. BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IV a ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (246) = NJW 1981, 1737 (1738); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 8; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 232; *Hagen*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 1; *Stumpf*, Auslegung letztwilliger Verfügungen, S. 227; *Wolf/Gangel*, JuS 1983, 663 (665).

²²³ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 14.

²²⁴ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 37.

²²⁵ Vgl. *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 95.

²²⁶ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (34).

²²⁷ Vgl. die Hohenzollern-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, NJW 2004, 2008 ff. Dazu auch *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 23 sowie ausführlich *dies.*, AcP 210 (2010), S. 32 (34 ff. und 43 ff.).

²²⁸ Zu den ideellen, identitätsprägenden und symbolischen Gehalten von Erben und Vererben siehe *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 27 ff.; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 1 Rn. 11.

²²⁹ *Bumke/Roggon*, in: *Röthel* (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 255 (264 m.w.N.).

den weiteren Lebensverlauf beeinflussen.²³⁰ Die lebzeitigen Beziehungen des Erblassers spiegeln sich in seiner Testierentscheidung regelmäßig wider und werden durch entsprechendes Vererben weitergeführt und gefestigt.²³¹ Ferner können die letztwilligen Verfügungen des Erblassers die Lebensführung der Erben langfristig beeinflussen oder gar beherrschen, wenn etwa die Erbeinsetzung mit einer Bedingung verknüpft oder Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wurde.²³² Diese erheblichen und langfristigen Auswirkungen soll sich der Testierende bei der Testamenterrichtung bewusst machen und die persönlichen Beziehungen zwischen seinen Angehörigen oder Freunden nicht leichtfertig gefährden. Die zum Nachdenken anregende handschriftliche Testierform trägt dazu bei, dass der Erblasser dieser Verantwortung gerecht wird.²³³ Nach *Welter* dient die Form insoweit als Ausgleich für das Fehlen der Selbstbetroffenheit des Erblassers.²³⁴

c) Abschlussfunktion

Schließlich soll die Formvorschrift der Abgrenzung des Testaments von bloßen Vorentwürfen dienen und damit dem Nachweis des Testierwillens.²³⁵ Nur das mit Testierwillen erklärte Testament ist wirksam und soll nach dem Tod des Erblassers umgesetzt werden. Die Abschlussfunktion wird besonders durch die eigenhändige Unterschrift des Testaments (siehe § 2247 Abs. 3 Satz 2 BGB) erfüllt, die das Testament räumlich und inhaltlich abschließt, in weiterem Sinn aber auch durch den Testamentstext, der den letzten Willen des Erblassers schriftlich manifestiert und ihn dadurch zu unverbindlichen, in anderem Zusammenhang geäußerten Gedanken des Erblassers abgrenzt.²³⁶ Indem der Erblasser die gesetzlichen Formvorschriften einhält und sich dabei nicht der maschinellen Schrift bedient, zeigt er – gerade in der heutigen Zeit – regelmäßig seinen Testierwillen.²³⁷ Die

²³⁰ Dazu ausführlich *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 27 f.

²³¹ *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 28.

²³² Näher *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (34, 51); *dies.*, ErbR 2011, 167 (170).

²³³ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 62.

²³⁴ *Welter*, Auslegung und Form, S. 13; ähnlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 232.

²³⁵ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 19; *Beinke*, Formzwang, S. 49 f. und 56 f.; *Görgens*, Bindung des Richters, S. 11; *Welter*, Auslegung und Form, S. 14. Siehe auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 234, der diesen Zweck unter die „Rechtsklarheitsfunktion“ fasst.

²³⁶ *Beinke*, Formzwang, S. 56 f.; *Görgens*, Bindung des Richters, S. 11. *Wolf/Gangel*, JuS 1983, 663 (665) bezeichnen diesen Aspekt als Verbindlichkeitszweck.

²³⁷ *Beinke*, Formzwang, S. 50.

Form ist insoweit ein „Indiz der Ernsthaftigkeit“²³⁸. Die den Text abschließende Unterschrift gewährleistet zudem die Vollständigkeit der Erklärung.²³⁹

Terminologisch ist die Beschreibung dieser Funktion uneinheitlich. Häufig wird unter der „Abschlussfunktion“ die Funktion verstanden, dass die Unterschrift den Testamentstext räumlich abschließen und damit vor nachträglichen Ergänzungen und Zusätzen sichern soll.²⁴⁰ In diesem Sinn wird die Abschlussfunktion mit der Beweisfunktion in Verbindung gebracht. Gleichzeitig besteht aber Einigkeit darüber, dass sich der Erblasser ernstlich zur abschließenden Willensbildung bekennen und die Eigenhändigkeit dazu beitragen soll, den Nachweis des Testierwillens zu erleichtern.²⁴¹ In der Sache besteht demnach kein Unterschied der anerkannten Zwecke. Für eine eigenständige Einordnung der Abschlussfunktion im hier verstandenen Sinne spricht, dass es sich beim Testierwillen um eine innere Tatsache handelt, die in der Erklärung und ihren Umständen zum Ausdruck kommen muss und durch Auslegung nach § 133 BGB ermittelt wird,²⁴² die aber nicht vom äußeren, physischen Zustand der Urkunde abhängt. Auch der Bundesgerichtshof sieht diese Sicherung des Testierwillens als einen von der Beweisfunktion unabhängigen Zweck an.²⁴³

C. Übergeordnete Schutzrichtung des Formzwangs

Um die Form des § 2247 BGB auf ihre Funktionsfähigkeit hin untersuchen zu können, muss neben den spezifischen Formzwecken ferner die grundlegende Frage beantwortet werden, wer im Erbrecht und durch die Testiervorschriften eigentlich geschützt werden soll – der Erblasser oder die gesetzlichen Erben? Das

²³⁸ Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (198): „an indicium of seriousness“.

²³⁹ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 94; Kipp/Coing, Erbrecht, § 26 I 2 (S. 185).

²⁴⁰ OLG München, Beschl. v. 13.09.2011 – 31 Wx 289/11, ZErB 2011, 285 (286); Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, ZEV 2012, 41 (42); Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80; Beinke, Formzwang, S. 55 f.

²⁴¹ Siehe etwa OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, ZEV 2012, 41 (42); Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80; Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 94 und 97; Beinke, Formzwang, S. 56; Lange, Erbrecht, § 14 Rn. 14; Schlüter/Röthel, Erbrecht, § 17 Rn. 2.

²⁴² Siehe etwa Hagena, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 5; Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 226; Schlüter/Röthel, Erbrecht, § 17 Rn. 29.

²⁴³ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IV a ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (246) = NJW 1981, 1737 (1738).

Erbrecht steht im Spannungsverhältnis zwischen der Testierfreiheit und dem Familienerbrecht.²⁴⁴ Beide gehören zu den Grundprinzipien des deutschen Erbrechts.²⁴⁵ Der privatautonomen Disposition des Testators stehen die Rechte und Interessen der gesetzlichen Erben gegenüber und die Haltung zu der Frage, wessen Interessen wie hoch zu bewerten sind, entscheidet über die Anforderungen, die an die Testierform und die Testierentscheidung gestellt werden. Sie hängt nicht zuletzt auch davon ab, wie stark die gesetzliche Erbfolge als normative Leitordnung angesehen wird.²⁴⁶ Hier soll es nicht um Einzelheiten dieser Grundsatzfrage gehen, sondern lediglich um eine Darlegung der Maßstäbe, die im weiteren Verlauf der Untersuchung zugrunde gelegt werden.

Der Vorrang der gewillkürten Erbfolge vor der gesetzlichen und damit der Vorrang des Erblasserwillens verdeutlicht, dass es in erster Linie um den Schutz des Erblassers geht.²⁴⁷ Sein testamentarischer Wille kann die gesetzlichen Erben – in den Grenzen des Pflichtteilsrechts (§§ 2303 ff. BGB) – von der Vermögensnachfolge ausschließen. De facto sind es allerdings häufig die gesetzlichen Erben, die geschützt werden, und zwar nicht allein durch das Pflichtteilsrecht. Dies zeigt sich zum Beispiel durch das Erfordernis der Testierfähigkeit, welches verhindert, dass das Testament eines Testierunfähigen die gesetzliche Erbfolge außer Kraft setzen kann, oder bei den zu § 138 BGB diskutierten Fallgruppen²⁴⁸. Unter anderem wird dies auch durch die Formzwecke des § 2247 BGB deutlich. Der Übereilungsschutz, der den Testator zu einem bedachten und verantwortungsvollen Testieren anhalten soll, sowie die Abschlussfunktion, die das Vorliegen des Testierwillens sichern soll, schützen letztlich vor allem die gesetzlichen Erben.²⁴⁹ Sie

²⁴⁴ Dazu ausführlich *Boehmer*, in: Staudinger, BGB, 11. Aufl., Einl §§ 12 ff.; siehe auch *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 1; *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 50 ff. und 83.

²⁴⁵ *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 50.

²⁴⁶ Vgl. dazu *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (43).

²⁴⁷ Vgl. auch LG Lübeck, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3332); *Wendt*, ZErB 2010, 45 (46 f.).

²⁴⁸ Dazu näher *Lange*, Erbrecht, § 12 Rn. 46 ff.; *Leipold*, Erbrecht, § 9 Rn. 243 ff.; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 256 ff.; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 20 Rn. 31 ff.; *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (37 ff.). Siehe auch zu den Schranken der Testiermacht des Erblassers zum Schutz der (oft auch gesetzlichen) Erben *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 23 und 86 ff.; *dies.*, AcP 210 (2010), S. 32 (37 ff.); *Wendt*, ZErB 2010, 45 ff.

²⁴⁹ Anderer Ansicht ist insoweit *Christandl* (Selbstbestimmtes Testieren, S. 232 Fn. 458), der einen Schutz der gesetzlichen Erben vor einer übereilten Entscheidung des Erblassers ablehnt. Seine Argumentation überzeugt hier jedoch nicht, weil die Form seiner Auffassung nach gleichzeitig den Erblasser auf seine besondere Verantwortung hinweisen und ihn zur Reflexion anhalten soll. Diese moralische Verantwortung bezieht sich inhaltlich auf die Bedeutung der Entscheidung für die Erben (siehe *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 59 ff.). Auch der Schutz des *selbstbestimmten* Willens des Erblassers, der nach *Christandls* Ansicht der

sollen nur durch eine bewusste, intentionale und selbstbestimmte Entscheidung des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden. Damit verbunden ist die Vorstellung, dass der testamentarische Wille des Erblassers die Verdrängung der gesetzlichen Erbfolge legitimieren muss.²⁵⁰ Das Gesetz formuliert in den §§ 2064 f. BGB und §§ 2078 f. BGB gewisse Anforderungen an die Testierung.²⁵¹ Sie muss auf dem höchstpersönlichen Willen des Erblassers beruhen und darf nicht irrtums- oder drohungsbedingt, also durch eine beeinflusste Willensentscheidung zustande gekommen sein.²⁵² Dies beruht darauf, dass mit dem Erbfall weitreichende Vermögensverschiebungen einhergehen und die Testierung erhebliche Auswirkungen auf die Erben und das Familiengefüge haben kann,²⁵³ welche der Erblasser bei seiner Entscheidung bedenken und welche nur aufgrund einer fehlerfreien Willensbildung eintreten sollen.²⁵⁴ Der Testator darf also in Ausübung seiner Testierfreiheit (nahezu) beliebig letztwillig verfügen und die gesetzlichen Erben von der Erbenstellung ausschließen – diese haben auch keinen *Anspruch* auf eine intentionale Testierentscheidung²⁵⁵ –, die Testierung soll aber eine möglichst gesteigerte Intentionalität verbürgen, um die gesetzlichen Erben vor vom Erblasser ungewollten und leichtfertig angeordneten Folgen zu schützen.

Wenn diese Anforderungen im Schrifttum regelmäßig als Schutz des Testators und seiner Testierfreiheit deklariert werden,²⁵⁶ liegt hierin nur ein scheinbarer Widerspruch zum faktischen Schutz der gesetzlichen Erben. Legt man nämlich

einzigste Geltungsgrund einer letztwilligen Verfügung in Konkurrenz zum gesetzlichen Berufungsgrund sei (Selbstbestimmtes Testieren, S. 63 ff. und 371), liegt besonders im Interesse der gesetzlichen Erben.

²⁵⁰ Röthel, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 85 (95, 106 und 113); siehe auch *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 22 f.; vgl. auch *Kroppenberg*, ErbR 2010, 206 (214).

²⁵¹ Dazu näher Röthel, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 85 (93 ff.). Dafür, dass die Testamentsanfechtung vor allem im Interesse der gesetzlichen Erben liegt, auch *Leipold*, in: MünchKommBGB, § 2078 Rn. 1 f.; *Loritz*, in: Soergel, BGB, § 2078 Rn. 1; Röthel, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 85 (94); vgl. auch Motive V, S. 56 = *Mugdan V*, S. 30; dagegen *Harke*, in: BeckOGK, BGB, § 2078 Rn. 7.

²⁵² Vgl. *Muscheler*, ErbR 2015, 3 (10).

²⁵³ Dazu schon oben 2. Kapitel B. II. 2. b).

²⁵⁴ Nach Röthel (in: Lipp/Röthel/Windel [Hrsg.], Familienrechtlicher Status, S. 85 [95 ff.]) soll es insoweit allerdings allein um die Konstituierung eines erbrechtlichen Berufungsgrundes, der die Erbenstellung legitimiert, und nicht um den Gedanken familialer Verantwortung gehen. Vgl. aber auch *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 90.

²⁵⁵ Zu diesem Argument *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 232 Fn. 458.

²⁵⁶ Siehe zum Beispiel *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 8 und 37; *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 14; *Leipold*, Erbrecht, § 9 Rn. 235 ff.; *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 57; vgl. auch *Kaulbach*, Gestaltungsfreiheit, S. 104.

ein materiales Verständnis von Privatautonomie und Testierfreiheit zugrunde,²⁵⁷ wird durch diese Voraussetzungen auch der Erblasser geschützt. Wenn der Testator Beeinflussung und Beherrschung ausgesetzt ist, denen er sich nicht widersetzen kann, wird seine Testierfreiheit faktisch beeinträchtigt. Ein Schutz vor Beeinflussung und Beherrschung durch die Bedachtheitsfunktion der Form schützt die Testierfreiheit also umgekehrt.²⁵⁸ Allein der tatsächliche Wille des Erblassers wird verwirklicht. Außerdem kann der Testator auch die moralische Verantwortung vor sich selbst und vor seinem Gewissen²⁵⁹ nur dann erfüllen, wenn er testierfähig und frei in seinem Willen ist. Zwar ist er nicht selbst von seiner letztwilligen Verfügung betroffen, sodass er keines Schutzes vor den Folgen seiner Erklärung bedarf; gleichwohl hat die folgenreiche Testierentscheidung eine besondere Bedeutung für den Verfügenden.²⁶⁰ Somit wird auch der Testator selbst geschützt. Schlussendlich liegt dieser Schutz des Erblassers jedoch im Interesse der gesetzlichen Erben, welche vor einer vom Erblasser nicht intendierten Zurücksetzung bewahrt werden sollen.

Dies bedeutet, dass bei der Umsetzung des grundsätzlichen testamentsrechtlichen Ziels, den Willen des Erblassers zu verwirklichen, auch der Schutz der gesetzlichen Erben zu berücksichtigen ist und die Erwartungen an die Formzwecke und ihre Interpretation entscheidend mitbestimmt.

²⁵⁷ Dazu näher unten 3. Kapitel B. II und III.

²⁵⁸ Dazu schon oben 2. Kapitel A. II und noch unten 3. Kapitel B. III.

²⁵⁹ Dazu *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 59 f.

²⁶⁰ *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 19.

3. Kapitel: Heutige Realitäten und ihre Auswirkungen auf die Formzwecke

Innerhalb der letzten hundert Jahre fanden Umwälzungen in der deutschen Gesellschaft statt, die weiterhin andauern. Diese bleiben nicht ohne Folgen für den Rechtsalltag und die Umstände der Gesetzesanwendung. In diesem Kapitel sollen zunächst die gesellschaftlichen Entwicklungen, die für den Testamentskontext relevant sind, dargestellt werden. Im Anschluss daran stellt sich die Frage nach den Auswirkungen auf die Formzwecke. Dabei ist zu prüfen, ob die bisher anerkannten Formzwecke in der heutigen und künftigen Zeit noch erfüllt werden, ob und inwiefern einzelne Funktionen gestärkt oder geschwächt werden und welche anderen Konsequenzen sich für die Testiersituation ergeben. Ferner werden die veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen nachgezeichnet und auf die Testiersituation bezogen.

A. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Für das Testamentsrecht sind zwei gesellschaftliche Entwicklungen von Bedeutung: die Digitalisierung und der demographische Wandel. Sowohl das Alltagsleben als auch die Bevölkerungsstruktur haben sich fundamental verändert. Obwohl beide Entwicklungen unabhängig voneinander verlaufen und wenig Gemeinsamkeiten haben, wirken sie sich ähnlich stark auf die Testiersituation aus.

I. Digitalisierung

Der Begriff der Digitalisierung beschreibt ein Phänomen, welches das Leben in der modernen, internetbasierten und automatisierten Welt maßgeblich bestimmt.²⁶¹ Im engen Sinne bezeichnet Digitalisierung lediglich die Umwandlung von analogen in zweiwertige digitale Signale.²⁶² Im weiten, auch hier zugrunde

²⁶¹ Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 99 f.; *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016, B 7 und 11 f.

²⁶² Siehe etwa *Rödter*, 21.0, S. 19; *Tillmann*, in: Vollbrecht/Wegener (Hrsg.), HB Mediensozialisation, S. 260.

gelegten Sinne wird der Begriff für die tiefgreifenden Veränderungen aller Lebensbereiche gebraucht, die auf dieser technischen Grundlage entstehen.²⁶³ Digitalisierung ist deshalb über den technischen Bereich hinaus auch ein kulturelles Phänomen.²⁶⁴ Maßgebliche Spezifika der Digitalisierung sind die Grenzenlosigkeit, die Multimedialität, die Virtualität und die Vernetzung.²⁶⁵ Die Auswirkungen sind so facettenreich, dass sie hier nicht in allen ihren Einzelheiten beschrieben werden können.²⁶⁶ Sie betreffen sämtliche Lebensbereiche²⁶⁷ und beruhen darauf, dass sich digitalisierte Informationen leicht übertragen und vernetzen lassen.²⁶⁸ Dies ebnete den Weg unter anderem für eine digitale Infrastruktur, die einen globalen Informationsaustausch in Echtzeit ermöglicht, und für die Weiterentwicklung des Internets von einem bloßen Informationsmedium zum sogenannten Web 2.0 als interaktivem Kommunikationsmedium.²⁶⁹

Für das Testamentsrecht sind vor allem diese Folgen der Digitalisierung für die menschliche Kommunikation und die Art und Weise der Verschriftlichung von Gedanken von Bedeutung.

1. Allgemeine Entwicklung

Die Digitalisierung hat den Lebensalltag und das menschliche Kommunikationsverhalten grundlegend verändert.²⁷⁰ Sowohl privat als auch beruflich findet

²⁶³ Vgl. *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 35 und 100. Hierfür werden (unter anderem) auch die Begriffe „digitaler Wandel“, „digitale Transformation“ oder „digitale Revolution“ verwendet. Zur unterschiedlichen Verwendung des Begriffs der Digitalisierung auch *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016, B 7 Fn. 2 m.w.N.

²⁶⁴ *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 100.

²⁶⁵ Dazu ausführlich *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 101 ff.

²⁶⁶ Ausführlich zur Entwicklung der Digitalisierung und ihren Dimensionen *Rödter*, 21.0, S. 25 ff.; siehe auch *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, § 37 (S. 614 ff.); *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 84 ff. Zur Digitalisierung der Kommunikation siehe die Nachweise in Fn. 270. Zur Digitalisierung des Rechts *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, passim. Näher zur Digitalisierung der Wirtschaft und Gesellschaft im rechtlichen Kontext auch *Hilgendorf*, in: FS Weitzel, S. 747 (750 ff.); *Taege*, Internet der Dinge, passim; zur Digitalisierung der Arbeitswelt *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016, B 7 ff.

²⁶⁷ Zu den vielfältigen Veränderungen im Alltag siehe etwa *Dziemba/Wenzel*, #Wir, passim.

²⁶⁸ Vgl. *Hilgendorf*, in: FS Weitzel, S. 747 (751); *Krotz*, Mediatisierung, S. 30 f. Zu den technischen Vorteilen digitaler Daten näher *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 82 f.

²⁶⁹ *Krause*, Gutachten B zum 71. DJT 2016, B 12. Zum Begriff und zur Nutzung des Web 2.0 näher *Huber*, Kommunikation, S. 13; *Schenk/Jers/Gölz*, Nutzung des Web 2.0, S. 18 ff.

²⁷⁰ Dazu aus sozialwissenschaftlicher Sicht näher *Krotz*, Mediatisierung, passim; *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 92 ff.; *Papsdorf*, Internet und Gesellschaft, passim; *Schweiger/Beck*, HB Online-Kommunikation, passim; *Vollbrecht/Wegener*, HB Mediensozialisation, passim; aus sprachwissenschaftlicher Sicht *Dürscheid/Frick*, Schreiben digital, passim.

(Fern-)Kommunikation zunehmend elektronisch statt. Sie erfolgt mobil²⁷¹ und immer stärker sozial (etwa in sozialen Netzwerken)²⁷². Dies trifft auf alle Altersgruppen zu. Nach der jüngsten ARD/ZDF-Onlinestudie für das Jahr 2016 nutzen 83,8 Prozent der Deutsch sprechenden Bevölkerung ab 14 Jahren das Internet (65,1 Prozent sogar täglich) und 39 Prozent der gesamten Online-Zeit werden zur Kommunikation genutzt.²⁷³ Zwar nutzen Jugendliche das Internet (noch) häufiger, intensiver und selbstverständlicher für die Kommunikation als Ältere und nutzen dabei auch regelmäßiger andere Kanäle und Plattformen, zum Beispiel Instant Messaging und Community-Plattformen, die besonders auf eine synchrone Kommunikation angelegt sind.²⁷⁴ Allerdings (tele-)kommunizieren auch Erwachsene überwiegend auf elektronischem Wege. Dies gilt besonders für das Senden und Empfangen von E-Mails,²⁷⁵ immer stärker aber auch für Instant-Messaging-Dienste wie WhatsApp²⁷⁶. Selbst von den über 60-Jährigen sind 56,6 Prozent Internetnutzer.²⁷⁷ Elektronische Kommunikationsgeräte sind in allen Generationen unverzichtbar geworden und erreichen eine nahezu unbegrenzte und stetig wachsende Bandbreite, die von stationären Computern über Tablet-PCs bis hin zu

²⁷¹ Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, § 37 (S. 614). Siehe auch die Zahlen der ARD/ZDF-Onlinestudie 2016 (Fn. 273) auf S. 4 der Kern-Ergebnisse und aus medienwissenschaftlicher Sicht Bächle/Thimm (Hrsg.), Mobile Medien, passim.

²⁷² Dazu näher Lobin, Engelbarts Traum, S. 146 ff.

²⁷³ Die ARD/ZDF-Onlinestudie zur Internetnutzung in Deutschland im Auftrag der ARD/ZDF-Medienkommission wird seit 1997 jährlich erhoben. Für die Studie 2016 wurden von März bis Mai 2016 1508 Personen ab 14 Jahren befragt. Die Kern-Ergebnisse der Studie sind abrufbar unter: http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/fileadmin/Onlinestudie_2016/Kern-Ergebnisse_ARDZDF-Onlinestudie_2016.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), die Ergebnisse zur Nutzung der Online-Zeit finden sich auf S. 5, die genauen Zahlen der Internetnutzer auf S. 2 und unter <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=561> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁷⁴ Dies ergab eine bevölkerungsrepräsentative Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach (S. 39 f.), die im Jahr 2010 im Auftrag von Jacobs Krönung und der Zeitschrift BILD der FRAU durchgeführt wurde. Die Studie „Gesprächskultur 2.0: Wie die digitale Welt unser Kommunikationsverhalten verändert“ ist abrufbar unter: www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_studies/7490_Gespraechskultur.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Der Unterschied dürfte sich jährlich verringern, sowohl durch die weiter zunehmende Verbreitung und Akzeptanz elektronischer Medien als auch durch das „Nachrücken“ der Digital Natives. Dies zeigen auch die jüngsten Zahlen der ARD/ZDF-Onlinestudie unter: <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=559> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁷⁵ 88 Prozent der 30- bis 49-Jährigen und 77 Prozent der 50- bis 69-Jährigen senden oder empfangen E-Mails mindestens einmal wöchentlich (59 Prozent bzw. 43 Prozent sogar täglich), siehe die Zahlen unter: <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=559> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁷⁶ Instant-Messaging-Dienste nutzen 77 Prozent der 30- bis 49-Jährigen und 49 Prozent der 50- bis 69-Jährigen mindestens einmal wöchentlich (66 Prozent bzw. 31 Prozent sogar täglich), siehe die Zahlen unter: <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=559> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁷⁷ Siehe die Zahlen unter: <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=561> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

Smartphones oder Smartwatches reicht. Durchschnittlich verbringt jeder Deutsche 4 Stunden und 35 Minuten täglich aktiv im Internet.²⁷⁸ 37 Prozent der gesamten täglichen Kommunikation werden bereits über digitale Medien abgewickelt, wobei die Zahl aus dem Jahr 2013 stammt und mittlerweile noch gestiegen sein dürfte.²⁷⁹ Es lässt sich – wie das Institut für Demoskopie Allensbach vorsichtig schlussfolgert – von einer tiefgreifenden und nachhaltigen Veränderung der Kommunikationskultur in unserer Gesellschaft sprechen.²⁸⁰

Ein Aspekt dieser Entwicklung ist die Allgegenwärtigkeit elektronisch erstellter Dokumente. Die elektronische Textverarbeitung hat die handschriftliche weitgehend abgelöst. Ob Behördenmitteilungen, Anschreiben, private Berichte oder persönliche Aufzeichnungen – überall werden Texte fast nur noch mithilfe digitaler Medien erstellt und verarbeitet. Was früher handgeschriebene Briefe, Notizen oder Zettelchen waren, sind heute E-Mails, SMS, WhatsApp-Nachrichten, Tweets, Sprachnachrichten, elektronische Kalendereinträge oder Facebook-Posts. Im Jahr 2016 verfügten 88,6 Prozent der deutschen Haushalte über mindestens einen Computer (stationär oder mobil) und 95,1 Prozent über ein Handy oder Smartphone.²⁸¹ Unter Jugendlichen war die Quote im Jahr 2016 noch höher: Von den Haushalten, in denen Jugendliche aufwachsen, waren 99 Prozent mit einem Handy oder Smartphone ausgestattet (nur Smartphones: 98 Prozent) und 98 Prozent mit einem Computer oder Laptop.²⁸² Damit ist nahezu eine Vollausstattung erreicht. Die Kehrseite davon ist die Verdrängung der Handschrift. Nach

²⁷⁸ Dies ergab der „German Digitalization Consumer Report 2014“ (S. 20) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und der Roland Berger Strategy Consultants GmbH; befragt wurden im Dezember 2013 2493 Teilnehmer. Der Report ist abrufbar unter: https://www.rolandberger.com/de/Publications/pub_german_digitalization_consumer_report.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Nach einer neueren Studie der Postbank surfen die Deutschen im Durchschnitt sogar 40 Stunden pro Woche im Internet, siehe die Presseinformation vom 07.08.2015, abrufbar unter: https://www.postbank.de/postbank/pr_presseinformation_2015_08_07_postbank_deutsche_sind_vierzig_stunden_pro_woche_im_internet.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die ARD/ZDF-Onlinestudie 2016 ermittelte dagegen „nur“ eine tägliche Nutzungsdauer von 128 Minuten für die Gesamtbevölkerung, aber 245 Minuten für die 14- bis 29-Jährigen, siehe <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/index.php?id=560> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁷⁹ S. 19 des German Digitalization Consumer Reports 2014 (Fn. 278).

²⁸⁰ Allensbacher Studie (Fn. 274), S. 5 und 41.

²⁸¹ Dies ergaben Erhebungen des Statistischen Bundesamtes, die Ergebnisse sind abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/AusstattungGebrauchsgutern/Tabellen/Infotechnik_D.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁸² Dies ergab die repräsentative Langzeitstudie „Jugend, Information, (Multi-) Media 2016“ (JIM-Studie 2016), S. 6, die den Medienumgang 12- bis 19-Jähriger in Deutschland jährlich untersucht. Befragt wurden 1200 Jugendliche zwischen zwölf und 19 Jahren. Die Studie ist abrufbar unter: https://www.mpfs.de/fileadmin/files/Studien/JIM/2016/JIM_Studie_2016.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

einer Studie des englischen Druck- und Versandanbieters CFH Docmail Ltd. hat der durchschnittliche Brite seit 41 Tagen nichts mehr per Hand geschrieben.²⁸³ Jeder Dritte hatte danach seit über sechs Monaten keinen Anlass mehr, etwas ordentlich mit der Hand zu schreiben („to hand write anything properly“). Wenn sie doch etwas schrieben, so zwei Drittel der 2000 Befragten, seien es nur hastig hingekritzelte Notizen für den eigenen Gebrauch. Die Hälfte sagt, dass ihre Handschrift sich mit der Zeit merklich verschlechtert habe, und ein Drittel hat Mühe, die eigene Handschrift später zu entziffern. Sogar Einkaufslisten, Mitschriften oder Geburtstagswünsche werden laut der Umfrage häufiger elektronisch erstellt. Selbst wenn es sich nicht um eine amtliche Studie handelt und die Zahlen mit Vorsicht zu genießen sind, ist die Tendenz unbestreitbar. Der Befund dürfte in Deutschland ähnlich aussehen. Das handschriftliche Schreiben, sofern es noch angewandt wird, beschränkt sich nahezu vollständig auf den privaten und informellen Bereich.²⁸⁴ Handschriftliches begegnet einem im Alltag allenfalls noch in Form von Einkaufszetteln, kurzen Notizen oder Grußkarten zu besonderen Anlässen.²⁸⁵ Auch dort wird es aber zunehmend durch elektronische Varianten ersetzt. Nach einem Bericht der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* ist die Zahl der verkauften Glückwunschkarten in Deutschland in den vergangenen Jahren von über 800 Millionen auf ungefähr 600 Millionen gesunken.²⁸⁶ Andere Quellen sehen das Gesamtvolumen im Jahr 2014 nur noch bei 560 Millionen.²⁸⁷ Es wird deutlich, dass das handschriftliche Schreiben weitgehend überflüssig geworden ist, da die Vernetzung von Computern die schriftliche Kommunikation beschleunigt, vereinfacht und verbilligt.²⁸⁸ *Lobin*, Professor für Angewandte Sprachwissenschaft und Computerlinguistik, spricht bereits vom „Ende der Schriftkultur“.²⁸⁹

²⁸³ Die Ergebnisse wurden unter der Überschrift „Death of Handwriting“ am 25.06.2012 auf der Unternehmenswebseite veröffentlicht: <http://news.cfhdmail.com/2012/06/research-commissioned-from-print-and.html> (zuletzt abgerufen am 20.06.2016). Siehe dazu auch <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2163175/Could-forget-WRITE-The-typical-adult-scribbled-hand-weeks.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁸⁴ *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 41. Zum Rückgang der Handschrift auch *Böhm/Gätje*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 7 ff.; *Heilmann*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 169 (189).

²⁸⁵ Vgl. dazu *Böhm/Gätje*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 7 (9).

²⁸⁶ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 27.01.2014, S. 25: „Die Hängeregistratur stirbt aus“; ebenso schon *Zaczyk*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (31).

²⁸⁷ LZ NONFOOD trends 1/2016, S. 14 (16).

²⁸⁸ *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 146.

²⁸⁹ *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 95.

Im Rechtsleben spiegelt sich diese Entwicklung zum einen in neuen Gesetzen wider, die als Reaktion auf den technischen Fortschritt erlassen wurden: Beispielsweise genannt seien hier die Einführung der Textform nach § 126b BGB im Jahr 2001 oder des § 130a ZPO für die Schriftformwahrung durch elektronische Dokumente.²⁹⁰ Zum anderen spielt sie auch in der Rechtsprechung eine Rolle, die auf die neuen Medien reagieren muss und so etwa die Formwahrung durch Tele- oder Computerfax bei gerichtlichen Schriftsätzen begründet hat.²⁹¹ Schriftsätze oder Verträge werden schon lange nicht mehr handschriftlich erstellt und die Einrichtung des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs (EGVP)²⁹² und des elektronischen Anwaltspostfachs (siehe den am 01.01.2016 in Kraft getretenen § 31a BRAO) erweitern die Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs.²⁹³ Speziell im Erbrecht wurde mit der Einführung eines elektronischen Zentralen Testamentsregisters²⁹⁴ eine zeitgemäße Antwort auf Fragen der sicheren Aufbewahrung und Speicherung von Testamenten gefunden.

2. Auswirkungen auf die Formzwecke

Nach alledem stellt sich die Frage, was die Digitalisierung für die Testiervorschriften und ihre Form bedeutet. Im Zentrum dieser Frage steht die durch § 2247 Abs. 1 BGB angeordnete Eigenhändigkeit. Bisher konnte dieses Kriterium, auch angesichts der niedrigen Analphabetenrate in Deutschland,²⁹⁵ als besonders leicht erfüllbar und alltagstauglich angesehen werden.²⁹⁶ Selbst wer die Vorzüge der eigenhändigen Errichtung zu schätzen weiß, wird heutzutage jedoch eine gewisse

²⁹⁰ Zur Tauglichkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches für die digitale Welt *Faust*, Gutachten A zum 71. DJT 2016, speziell zu den Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch in Reaktion auf den digitalen Wandel A 9.

²⁹¹ GmS-OGb, Beschl. v. 05.04.2000 – GmS-OGb 1/98, BGHZ 144, 160 ff. = NJW 2000, 2340 f. m.w.N. der älteren Rechtsprechung. Zur Einreichung per E-Mail siehe BGH, Beschl. v. 15.07.2008 – X ZB 8/08, NJW 2008, 2649 ff. und Beschl. v. 18.03.2015 – XII ZB 424/14, NJW 2015, 1527 f.

²⁹² Dazu näher <http://www.egvp.de> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁹³ Ausführlich zur Digitalisierung der Justiz *Müller*, Digitalisierung der Justiz, passim.

²⁹⁴ Dazu näher *Diehn*, NJW 2011, 481 ff.; *Herzog*, ErbR 2012, 294 ff.; *Krüger*, ErbR 2011, 338 ff.

²⁹⁵ Nach der „leo. – Level-One Studie“ von *Anke Grottlüschen* und *Wibke Riekmann* (Universität Hamburg) aus dem Jahr 2011 sind in Deutschland ca. 4,5 Prozent der erwerbsfähigen Bevölkerung (18-64 Jahre) Analphabeten (S. 2 und 4 der Studie). 14 Prozent der erwerbsfähigen Bevölkerung und damit ungefähr 7,5 Millionen Menschen sind sogenannte funktionale Analphabeten, können also nur einzelne Sätze lesen oder schreiben (S. 2 und 4 der Studie). Die Studie ist abrufbar unter: http://blogs.epb.uni-hamburg.de/leo/files/2011/12/leo-Presseheft_15_12_2011.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

²⁹⁶ *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 (475); *Schmoeckel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 16 (18 f.).

Rückständigkeit nicht leugnen können – zumindest für die jüngeren Generationen.²⁹⁷ Bei Einführung der Norm zum eigenhändigen Testament diente der „gewöhnliche Brief“ als Vorbild.²⁹⁸ Dieser wurde selbstverständlich von Hand geschrieben, ohne dass dies eigener Erwähnung bedurfte.²⁹⁹ Es sollte damit eine Form übernommen werden, die den Alltagsgewohnheiten der Bevölkerung entsprach.³⁰⁰ Dieser „gewöhnliche Brief“ in der damaligen Form existiert heute nicht mehr.³⁰¹ Der ehemals handgeschriebene Brief als Mittel der Alltagskommunikation ist heute in der Regel eine elektronische Nachricht oder der Ausdruck eines computergeschriebenen Textes – und zwar nicht nur in der Generation der Digital Natives. Mittlerweile gilt es als besonders exquisit und *außergewöhnlich*, handschriftliche Post zu verschicken.³⁰² Die Trendumkehr gipfelt darin, dass es inzwischen kommerzielle „Manufakturen für handgeschriebene Kommunikation“ gibt, bei denen Kunden für besondere Anlässe Karten und Briefe von angestellten „Schönschreibern“ bestellen können, die Texte in Schönschrift zu Papier bringen.³⁰³ Die Formvorschrift des § 2247 Abs. 1 BGB hat sich in ihrer heutigen Wirkung damit weit von der Alltagskommunikation und der ursprünglichen Vorstellung des Gesetzgebers entfernt.

²⁹⁷ Vgl. Reid/de Waal/Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (444): „From being the normal way of putting thoughts on paper, handwriting, for some, is beginning to savour of hopeless antiquity.“

²⁹⁸ Vgl. Lange, Recht des Testamentes, S. 44 f.; vgl. auch Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 20 I 1 (S. 372); Zimmermann, RabelsZ 76 (2012), 471 (504) und dens., in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (187 m.w.N.).

²⁹⁹ Vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 20 I 1 (S. 372); Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (44). Lange, Recht des Testamentes, S. 44 wies 1937 darauf hin, dass „die steigende Mechanisierung des Briefes durch Vordruck von Orts- und Jahresangabe und durch Verwendung der Schreibmaschine die heutige Briefform von derjenigen aus der Entstehungszeit des BGB weiter entfernt“. Der Verbreitungsgrad der Schreibmaschine im Jahr 1937 dürfte allerdings nicht annähernd mit der heutigen Verwendung der Computerschrift vergleichbar gewesen sein und jedenfalls bei Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 war der gewöhnliche Brief selbstverständlich ein handschriftlicher (vgl. zur Geschichte des Briefes Nickisch, Brief, S. 44 ff.).

³⁰⁰ Siehe Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (44); Zimmermann, RabelsZ 76 (2012), 471 (504).

³⁰¹ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (44 f.).

³⁰² Vgl. dazu Dürscheid/Frick, Schreiben digital, S. 24.

³⁰³ So etwa das Berliner Unternehmen SCHREIBSTATT.

Dies führt zu der Beobachtung, dass die mit der Eigenhändigkeit verbundenen formalen Hürden mit der Zeit schleichend höher geworden sind.³⁰⁴ *Röthel* bezeichnet diese Entwicklung treffend als „kalte Progression“ der Form.³⁰⁵ Auch wenn sich die gesetzlichen Formanforderungen äußerlich nicht geändert haben und dieselben Voraussetzungen erfüllt werden müssen wie seit jeher, ist die Formschwelle dadurch höher geworden, dass die Handschriftlichkeit ungewohnter und damit unbequemer geworden ist.³⁰⁶ Sie ist für die Menschen nicht mehr selbstverständlich, sodass sie bei ihrem Einsatz eine höhere Hürde überwinden müssen. Die Form, die als allgemein gebräuchliche und alltäglich praktizierte Form eingeführt wurde, ist dem Alltag entrückt und zu einer Form von „besonderer Feierlichkeit und nostalgischer Rückwärtsgewandtheit“ geworden.³⁰⁷

a) Schwächung der Echtheitsfunktion

Zu dem fehlenden Schritthalten mit dem technischen Fortschritt kommen Bedenken hinsichtlich der Erfüllung der Formzwecke hinzu.³⁰⁸ Zweck der Eigenhändigkeit ist insbesondere die Garantie der Echtheit der Erklärung.³⁰⁹ Anhand der individuellen Schriftzüge des Erblassers lässt sich mithilfe der Schriftvergleiche nachprüfen, ob das Testament tatsächlich vom Erblasser geschrieben wurde.³¹⁰ Dadurch können Fälschungen nachgewiesen werden.

aa) Methode der Schriftvergleiche

Bei der Schriftvergleiche³¹¹ geht es um Mustererkennung, das heißt, es wird untersucht, ob das Muster einer bestimmten Schrift dem Muster der Vergleichsschriften entspricht.³¹² Hierfür wird geprüft, ob die Schriftmerkmale des inkrimi-

³⁰⁴ So schon *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 64; vgl. auch *dies.*, AcP 211 (2011), S. 196 (207); *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012), 471 (504).

³⁰⁵ *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (44 f.).

³⁰⁶ *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (45).

³⁰⁷ *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (45).

³⁰⁸ Vgl. dazu *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (31 f.).

³⁰⁹ Dazu oben 2. Kapitel B. II. 2. a).

³¹⁰ Grundlegend zur Schriftvergleiche *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleiche (speziell für Testamente S. 164 ff.).

³¹¹ Die Bezeichnung als graphologische Gutachten, wie sie vielerorts verwendet wird, ist für Gutachten zur Schriftvergleiche nicht korrekt, da es in der Graphologie um die charakterologische Deutung einer Handschrift geht (dazu näher *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleiche, S. 3 ff.; *Seibt*, Forensische Schriftgutachten, S. 34 ff.).

³¹² *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 97.

nierten Schriftstücks innerhalb oder außerhalb der Variationsbreite der Vergleichsschriften liegen.³¹³ Die Schriftsachverständigen ziehen für die Prüfung andere Schriftproben des Erblassers zum Vergleich heran und untersuchen sie im Hinblick auf persönliche Schriftmerkmale. Relevante Schriftmerkmale sind etwa die Strichbeschaffenheit, die Druckstärke, die vertikale und horizontale Ausdehnung, der Neigungswinkel oder der Verbundenheitsgrad der Schrift.³¹⁴ Hinzu kommen besondere Schriftmerkmale wie die Formgebung der einzelnen Buchstaben.³¹⁵ Die Schriftmerkmale werden mittels verschiedener Methoden (zum Beispiel augenscheinlich, mit einem einfachen Lineal oder einer stereomikroskopischen Untersuchung³¹⁶) systematisch erhoben und die Schriftstücke auf Merkmalsentsprechungen und -abweichungen hin untersucht.³¹⁷ Der Befund wird anschließend unter Hypothesen (etwa Urheberidentität versus Urheberverschiedenheit) bewertet.³¹⁸ Zusätzlich zu der schriftvergleichenden Untersuchung erfolgt auch eine physikalisch-technische Untersuchung der Testamentsurkunde, bei der etwa Rasurspuren, Vorzeichenspuren oder Druckrillen sichtbar werden.³¹⁹ Für das Ergebnis der Untersuchung trifft der Schriftsachverständige schließlich eine Wahrscheinlichkeitsaussage über die Urheberidentität.³²⁰ Für die Überzeugung des Gerichts genügt es, wenn der Sachverständige „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ von einer Fälschung ausgeht und das Gericht aufgrund des Gutachtenergebnisses begründete und nicht behebbare Zweifel an der Echtheit des Testaments hat.³²¹

³¹³ *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 97.

³¹⁴ Ausführlich *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 79 ff.; *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 98 ff.; *dies.*, Forensische Schriftgutachten, S. 80 ff.

³¹⁵ *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 103 ff. *Michel* (Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 75 ff.) lehnt eine Trennung in allgemeine und besondere Schriftmerkmale ab. Auch in seiner Methode (S. 84 f.) werden jedoch sämtliche Merkmale berücksichtigt, sodass sich im Ergebnis in der Regel keine relevanten Unterschiede ergeben dürften.

³¹⁶ *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 98.

³¹⁷ *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 210 ff.; *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 102 ff.

³¹⁸ *Horn/Kroiß/Seitz*, ZEV 2013, 24 (28); *Nissen*, DS 1991, 283 (284 und 286 ff.); *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 153 ff.; *dies.*, Forensische Schriftgutachten, S. 107 ff.

³¹⁹ Dazu näher *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 62 ff.; *Müller*, Forensische Schriftuntersuchung, S. 45 ff.; *Pfefferli*, in: FS *Michel*, S. 117 ff.; *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 55 ff.; *dies.*, Forensische Schriftgutachten, S. 66 ff.

³²⁰ *Horn/Kroiß/Seitz*, ZEV 2013, 24 (28 f.); *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 215 ff.; *Müller*, Forensische Schriftuntersuchung, S. 89 ff.; *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 13 ff. und 185 ff.; *dies.*, Forensische Schriftgutachten, S. 50 ff. Näher *Conrad*, in: FS *Michel*, S. 213 ff.

³²¹ BayObLG, Beschl. v. 29.11.2000 – IZ BR 127/00, FamRZ 2001, 1325 (1326) = BeckRS 2000, 30146394; *Horn/Kroiß/Seitz*, ZEV 2013, 24 (26).

bb) Schwierigkeiten des Echtheitsnachweises aufgrund der Digitalisierung

Der Nachweis der Echtheit wird erschwert oder unmöglich, wenn es keine oder nur noch wenige andere Schriftproben des Erblassers gibt³²² oder seine Handschrift überhaupt keine individuellen Merkmale trägt, die eine eindeutige Zuordnung erlauben würden. Dies mag auf den ersten Blick nach einer eher theoretischen Möglichkeit klingen, sie könnte aber in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zu einem ernst zu nehmenden Problem werden. Bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts wurden in den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen Bedenken in dieser Hinsicht geäußert: „Wenn man aber dagegen erwägt, daß Testatoren namentlich auf dem Lande keine aus-geschriebene, deutlich unterscheidbare Hand haben, [...] so muß man [...] um so mehr Bedenken tragen, als die jetzige Ausbildung der Schreibekunst und die öf-ters vorkommende Gleichheit der Handschriften derer, welche sich desselben Schreibelehrers bedient haben, einen Betrug nur zu sehr befürchten lassen, zumal dergleichen Testamente gewöhnlich den Händen der dadurch benachtheiligten gesetzlichen Erben leicht zugänglich sind.“³²³ Durch die Digitalisierung und ihre Folgeerscheinungen erhalten diese Bedenken eine ganz neue Aktualität und Bedeutung. Die Gefahr resultiert zwar heute nicht so sehr aus einer schlechteren Bildung der ländlichen Bevölkerung oder der Unterrichtung durch denselben „Schreibelehrer“, sondern vielmehr aus einer flächendeckenden Verdrängung der Handschrift, die Folgen für die Fälschungssicherheit des privatschriftlichen Testaments sind aber dieselben und wegen der allgemeinen Betroffenheit umso be-denklicher.

(1) Verfügbarkeit geeigneter Schriftproben

Aufgrund der beschriebenen Auswirkungen der Digitalisierung im Alltag und der Marginalisierung der Handschrift wird es immer weniger eigenhändig geschriebene Texte des Erblassers geben, die als Schriftprobe zur Verfügung stehen. Die Beschaffung aktueller Ad-hoc-Schriftproben³²⁴ des Erblassers scheidet naturge-

³²² Dazu eindrücklich OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 15.10.2014 – 20 W 251/14, MDR 2015, 524 (525) = BeckRS 2015, 08035.

³²³ Spezielle Motiven, S. 422 f.

³²⁴ Dazu *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 88 f.

mäß aus. Für einen Schriftvergleich sind aber originale und authentische Schriftproben in größerer Anzahl erforderlich.³²⁵ Handschriften sind nicht absolut konstant³²⁶, sondern variabel, und selbst eine tausendfach geleistete Unterschrift ist nie vollkommen deckungsgleich mit einer anderen.³²⁷ Sind nur wenige Vergleichsproben vorhanden, können Abweichungen oder Übereinstimmungen im Schriftbild rein zufällig sein (das heißt, die graphischen Merkmale sind nicht reliabel³²⁸), und es lässt sich nicht bestimmen, wie variabel die gewöhnliche Schreibweise des Schreibers ist.³²⁹ Wenn zu wenige Vergleichsschriften zur Verfügung stehen, können die Vergleichsschriften die Handschrift des Erblassers in ihrer Variationsbreite nicht zuverlässig und vollständig repräsentieren.³³⁰ Bei der Untersuchung von Testamenten erfolgt in der Regel sowohl eine Prüfung der Textschrift als auch der Unterschrift, sodass für beide Teile Vergleichsschriften erforderlich sind.³³¹ Das Referenzmaterial muss zudem unter ähnlichen Schreibbedingungen zustande gekommen sein, da diese Einfluss auf das Schriftbild haben (Schreibgerät, Schreibunterlage, besondere Eile et cetera) und sich gerade Testamente häufig beträchtlich von anderen Schriftproben des Testators unterscheiden.³³² Dazu gehört auch eine ähnliche Schriftart, da nur Vergleichbares miteinander verglichen werden darf (etwa Unterschriften mit Unterschriften oder Druckschriften mit Druckschriften).³³³ Auch die Einnahme von Medikamenten oder Alkohol kann Einfluss auf das Schriftbild haben.³³⁴ Außerdem muss das Vergleichsmaterial möglichst zeitnah zum Testament entstanden sein, da sich die habituelle Schreibweise im Laufe des Lebens ändert und vor allem bei älteren, schwer erkrankten Menschen innerhalb sehr kurzer Zeit wechseln kann.³³⁵ Die

³²⁵ Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 108; Seibt, ZfS 2003, 2 (16); dies., Unterschriften und Testamente, S. 29 f. und 34.

³²⁶ In der Schriftvergleichung spricht man von einer relativen Konstanz der Handschrift einer Person, dazu näher Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 27 ff. und besonders S. 36.

³²⁷ Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 36; Müller, Forensische Schriftuntersuchung, S. 48; ders., Testamente, S. 26.

³²⁸ Näher zur Reliabilität (Zuverlässigkeit) Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 36 ff.

³²⁹ Müller, Testamente, S. 29 und 60; Seibt, ZfS 2003, 2 (16).

³³⁰ Seibt, Unterschriften und Testamente, S. 42.

³³¹ Horn/Kroiß/Seitz, ZEV 2013, 24 (28); Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 165.

³³² Vgl. Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 88 f. und 167 f.

³³³ Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 201 f.; Seibt, Unterschriften und Testamente, S. 38 und 43 f.

³³⁴ Horn/Kroiß/Seitz, ZEV 2013, 24 (25); Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 44 und 50 ff. m.w.N.; Müller, Forensische Schriftuntersuchung, S. 30 f. und 44; Seibt, ZfS 2003, 2 (8 ff.); dies., Forensische Schriftgutachten, S. 42 ff. Ausführlich Wildt, in: FS Michel, S. 297 ff.

³³⁵ Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 40 und 109 f.; Müller, Forensische Schriftuntersuchung, S. 30 f.; Rieß, in: FS Michel, S. 47 (48 f.); Seibt, Unterschriften und Testamente, S. 36. Allgemein gilt ein

graphomotorische Leistungsfähigkeit nimmt in fortgeschrittenem Alter regelmäßig ab, sodass etwa Strichstörungen und Verzitterungen auftreten.³³⁶ Darüber hinaus besteht das Problem, dass viele betagte Menschen altersbedingt nur noch wenig schreiben. Ferner muss der jeweilige Entstehungszeitpunkt der Vergleichsproben feststehen, damit ihre Aussagekraft für das umstrittene Testament bewertet werden kann.³³⁷ Durch diese hohen Anforderungen wird die Beschaffung geeigneter Schriftproben zusätzlich erschwert.

(2) Fehlende Individualität der Handschrift

Außerdem wird prognostiziert, dass in Zukunft die Handschrift vieler Erblasser wegen ihres geringeren Stellenwerts in Schule und Ausbildung und ihres seltenen Gebrauchs im Alltagsleben immer weniger charakteristische Schriftzüge aufweisen wird.³³⁸ Immer häufiger werden handschriftliche Texte in einer Art Druckschrift geschrieben.³³⁹ Verbieten dieser Entwicklung sind die aktuellen Debatten und Maßnahmen zur Abschaffung der Kurrentschrift in der Schule.³⁴⁰ In Hamburg können die Grundschulen seit 2011 frei wählen, ob sie wie bisher auch die Schreibschrift oder nur die neue „Grundschrift“ – eine vom Grundschulverband entwickelte Variante der Druckschrift – unterrichten.³⁴¹ Die Schüler lernen dabei nur eine Handschrift mit unverbundenen Buchstaben und ohne eigentümliche Schnörkel. Wenn die Schüler die Buchstaben später nicht eigenständig miteinander verbinden, was ihnen selbst überlassen bleibt, weist ihre Schrift graphisch kaum persönliche Merkmale auf und hat daher keinen Wiedererkennungswert. Nordrhein-Westfalen, Hessen oder Thüringen haben bereits ähnliche Reformen umgesetzt und geben in den Lehrplänen keine verpflichtende verbundene Schrift mehr vor. In Finnland geht die Entwicklung so weit, dass an sämtlichen finnischen Grundschulen seit Herbst 2016 keine Schreibschrift mehr gelehrt werden

Zeitraum von ca. drei bis fünf Jahren als tolerabel, bei älteren Menschen verringert sich die Zeitspanne aber zunehmend.

³³⁶ Seibt, Unterschriften und Testamente, S. 48 und 109.

³³⁷ Vgl. Michel, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 109 f.; Müller, Testamente, S. 30.

³³⁸ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46); vgl. auch Muscheler, ErbR 2015, 650 (674).

³³⁹ Lobin, Engelbarts Traum, S. 164.

³⁴⁰ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46 Fn. 47).

³⁴¹ So der Bildungsplan Grundschule der Behörde für Schule und Berufsbildung der Freien und Hansestadt Hamburg für das Fach Deutsch, 2011, S. 14, abrufbar unter: <http://www.hamburg.de/content-blob/2481792/d180d66decd915caf50391ab07bdc51d/data/deutsch-gs.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Grundschrift ist im Anhang auf S. 33 abgebildet. Näher zur Grundschrift etwa Bartnitzky/Hecker/Mahrhofer-Bernt, Grundschrift, passim.

soll.³⁴² Stattdessen soll laut Lehrplan nur eine einfache Druckschrift vermittelt und die restliche Unterrichtszeit dafür genutzt werden, die Fähigkeiten an der Computertastatur zu verbessern.³⁴³ In Deutschland wird ebenfalls gefordert, die Unterrichtszeit stärker zur Vermittlung von Medienkompetenzen statt zur Einübung des handschriftlichen Schreibens zu nutzen.³⁴⁴ Ähnliche Diskussionen und Reformen gibt es etwa in der Schweiz und den USA.³⁴⁵ In den Niederlanden ersetzen an inzwischen über zwanzig sogenannten Steve-Jobs-Schulen iPads traditionelle Lehrbücher und Hefte, und zwar von der ersten Klasse an.³⁴⁶ Auch in Deutschland gehören Computerarbeitsplätze für Schüler mittlerweile zur Grundausstattung von Schulen,³⁴⁷ und die Zahl sogenannter „Laptop-Klassen“ oder „i-Pad-Klassen“ wächst stetig.³⁴⁸ Momentan wird zwar in deutschen Schulen noch überwiegend handschriftlich geschrieben und auch an der Universität werden Klausuren in vielen Fächern noch eigenhändig abgefasst. Die flächendeckende Umstellung auf elektronische Varianten dürfte aber nur eine Frage der Zeit

³⁴² Siehe etwa die Berichterstattung von *Ursula Scheer* unter der Überschrift „Schreibst du noch, oder tippst du schon?“ vom 14.01.2015 unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/finland-ohne-schreibschrift-schreibst-du-noch-oder-tippst-du-schon-13368180.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) oder von *Armin Himmelrath* auf *Spiegel Online* unter dem Titel „Schulen: Finnland schafft die Schreibschrift ab“ vom 13.01.2015 (<http://www.spiegel.de/schulspiegel/ausland/schule-pisa-sieger-finnland-will-handschrift-abschaffen-a-1012000.html> [zuletzt abgerufen am 10.09.2017]). Ebenso *Georg Rüschemeyer*, „Abschied vom Schnörkel“ vom 18.01.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wissen/forschung-politik-1/abschied-von-der-schreibschrift-13375943.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁴³ Siehe die Nachweise in Fn. 342.

³⁴⁴ Siehe etwa *Böhm/Gätje*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 7 (16); *Weingarten*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 133 (146 f.); vgl. auch *Knopf*, in: *Peschel/Irion* (Hrsg.), *Neue Medien in der Grundschule*, S. 276 ff.; *Radvan*, in: *Lobin/Leitenstern/Lehnen/Klawitter* (Hrsg.), *Kommunikative Kulturtechniken*, S. 107 (110 ff.).

³⁴⁵ Siehe *Spiegel Online* vom 13.01.2015 (Fn. 342) und vom 07.04.2014: „Schulreform: Schweizer wollen Schreibschrift abschaffen“ (<http://www.spiegel.de/schulspiegel/schreibschrift-schweiz-will-schnueerlischrift-abschaffen-a-962988.html> [zuletzt abgerufen am 10.09.2017]); siehe auch *Heilmann*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 169 (188 f.).

³⁴⁶ Siehe den Artikel von *Ursula Scheer* vom 14.01.2015 (Fn. 342). Näher <http://stevejobsschool.world/our-schools/> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁴⁷ Siehe beispielsweise die im Februar 2015 unter dem Titel „Digitale Schule – vernetztes Lernen“ veröffentlichten Ergebnisse einer BITKOM-Studie (S. 7), wonach an 99 Prozent der Schulen stationäre PCs für den Einsatz im Unterricht vorhanden sind. Befragt wurden 502 Lehrer der Sekundarstufe I. Die Ergebnisse sind abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Publikationen/2015/Studien/Digitale-Schule-ernetztes-Lernen/BITKOM-Studie-Digitale-Schule-2015.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁴⁸ Vgl. den Artikel von *Sönke Jahn*, „Wie das iPad die Tafel überflüssig macht“ vom 24.07.2014, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article130509428/Wie-das-iPad-die-Tafel-ueberfluessig-macht.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Die Internetseite www.tablet-in-der-schule.de (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) listet für das Jahr 2015 bereits 142 „Tablet-Schulen“ in Deutschland auf, an denen Klassen mit Tablet-Computern arbeiten.

sein.³⁴⁹ Im späteren Berufsalltag und Privatleben entspricht die Handschriftlichkeit schon heute nicht mehr der Lebenswirklichkeit.

Auch wenn die Handschrift wohl nicht ganz aussterben wird,³⁵⁰ wird sie künftig ein solches Nischendasein führen, dass ein regelmäßiges Training und die Entwicklung eigener, wiederkehrender Wesenszüge ausbleiben.³⁵¹ Selbst bei ständiger Anwendung der Handschrift kommt es in der Regel erst beim Eintritt in das Erwachsenenalter zu einer Verfestigung des Schriftbilds.³⁵² Fehlt diese Übung, stellt sich eine (relative) Konstanz der Handschrift überhaupt nicht ein. Das Ausmaß der Schreibübung spielt eine wichtige Rolle für die Individualität einer Handschrift, denn Schreibgewohnte behalten in der Regel die Standardschulschrift wesentlich stärker bei als Vielschreiber.³⁵³ Erstellt ein Erblasser mit einer derartigen Vorprägung ein eigenhändiges Testament, lassen sich Zweifelsfragen über die Echtheit nicht mehr durch ein Gutachten zur Schriftvergleichung klären. Selbst wenn sich noch ausreichend andere, in zeitlicher Nähe zum Testament und unter ähnlichen Schreibbedingungen entstandene Schriftproben des Erblassers finden lassen sollten, enthalten diese kaum relevante Eigenheiten, welche den Erblasser von anderen Schreibern abgrenzen und ihm eindeutig zuzuordnen sind.

Bei der Druckschrift ist eine schriftvergleichende Untersuchung erheblich eingeschränkt: Eine schulmäßige Druckschrift ist qualitativ unergiebig, da sie kaum individuelle Charakteristika aufweist.³⁵⁴ Sie enthält wegen ihrer Unverbundenheit keine Zeichenfolgen (zum Beispiel ein an das „i“-Oberzeichen angebundenes „t“), welche bei der vergleichenden Schriftuntersuchung oft besonders bedeutsam sind.³⁵⁵ Somit ist sie nur im Hinblick auf einige wenige Merkmale (etwa die Druckstärke oder die Buchstabengröße) analysierbar, kaum aber hinsichtlich der besonders relevanten Merkmale wie der Bindungsform und des Bewegungsflusses, der verwendeten Schleifenelemente oder der horizontalen Ausdehnung.

³⁴⁹ Selbst in der reformscheuen Juristenausbildung wird bereits über eine elektronische Abfassung des Staatsexamens diskutiert, siehe etwa den Bericht von *Ludwig Hogrebe* „NRW plant das Computer-Examen – Flinke Finger machen sich bezahlt“ vom 13.06.2013 unter <http://www.lto.de/recht/studium-referendariat/s/staatsexamen-am-computer-klausuren-initiative-nrw> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁵⁰ Vgl. *Böhm/Gätje*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 7 (9).

³⁵¹ Vgl. zur Tendenz zur Entindividualisierung der Schrift auch *Krämer*, in: *Böhm/Gätje* (Hrsg.), OBST 2014, S. 23 (31).

³⁵² *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 27.

³⁵³ *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 33; vgl. *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 378.

³⁵⁴ *Seibt*, Forensische Schriftgutachten, S. 23; vgl. auch *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 76.

³⁵⁵ *Nissen*, DS 1991, 283 (286).

Durch den Mangel an graphischen Besonderheiten ist die Schrift nicht unverwechselbar, was ihre Nachahmung erheblich erleichtert. Die wenigen individuellen Merkmale werden noch unergiebig, wenn sie keine Konstanz zeigen. Hat der Testator zeit seines Lebens keine Schreibroutine entwickelt, ist seine Schrift bezüglich der persönlichen Merkmale – sowohl bei der Druckschrift als auch bei einer verbundenen Schrift – nicht derart gefestigt, dass sie seine Schrift zuverlässig kennzeichnen.³⁵⁶ Ferner ist die Schreibgeschwindigkeit bei einem ungeübten Schreiber wesentlich niedriger als bei einem geübten,³⁵⁷ sodass sich bei vielen Menschen auch aus diesem Grund keine verbundene Schrift mit persönlichen Elementen einstellen dürfte, sondern die ursprünglich erlernte unverbundene Druckschrift beibehalten wird.³⁵⁸ Diese Annahme wird beim Testament noch dadurch gestützt, dass sich viele Testatoren um ein sehr gepflegtes und schulmäßiges Schriftbild bemühen und ihren letzten Willen besonders sorgsam und bedächtig fertigen.³⁵⁹ Unter diesen Umständen taugt das eigenhändige Testament nicht mehr zur Identifizierung des Erblassers.³⁶⁰ Die Vorstellung des Bundesgerichtshofs, dass die eigenhändige Errichtung „die Nachprüfung der Echtheit des Testaments auf Grund der individuellen Züge, die die Handschrift jedes Menschen aufweist, gestattet“³⁶¹, dürfte sich immer weniger aufrechterhalten lassen. Gerade bei kurzen Wörtern – oftmals mag es genügen, den Sinn eines Testaments durch ein bloßes hinzugefügtes „nicht“ zu entstellen oder eine Null an einen geschriebenen Geldbetrag anzufügen – ist ein sicherer Nachweis kaum vorstellbar. Aber auch vollständig gefälschte längere Texte (sogenannte Totalfälschungen³⁶²) fallen nicht auf, wenn die Abweichung von der gewöhnlichen Handschrift des Erblassers mangels Vorhandenseins und Bekanntheit oder Verfügbarkeit einer solchen erst gar nicht erkannt wird. Es wird also schwieriger, verdächtige Fälle überhaupt

³⁵⁶ Dazu, dass sich persönliche Schriftmerkmale erst durch das aufgrund von Routine entstehende Abrücken vom standardisierten Vorbild der Schulschrift entwickeln, schon oben (Fn. 353).

³⁵⁷ Siehe *Weingarten*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014, S. 133 (136 f.).

³⁵⁸ Eine (teil-)verbundene Schrift unterstützt den Schreibfluss, welcher eine wichtige Bedingung für die Steigerung des Schreibtempos ist, siehe *Wicki/Hurschler Lichtsteiner*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014, S. 111 (114).

³⁵⁹ Vgl. *Horn/Kroiß/Seitz*, ZEV 2013, 24; *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 58; *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (442).

³⁶⁰ Skeptisch ebenfalls *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 22 (31 f.). Dazu auch *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (444): „There must be a danger that handwriting will in the end become so unusual and unpractised as to be devoid of evidential value.“

³⁶¹ BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125).

³⁶² *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 166.

als solche zu identifizieren. Hier stellt sich die Frage, welchen Nutzen die Eigenhändigkeit bei einem Testament, das in Druckschrift und von einem ungeübten Schreiber abgefasst wurde, noch hat.³⁶³ Druckschrift ist zwar nach herrschender Ansicht im Schrifttum als eigenhändige Schrift für das Testament nach § 2247 BGB zulässig,³⁶⁴ jedoch ist die Situation eine andere, wenn die Druckschrift beim Testament zur Regel wird und wegen der fehlenden Übung und Anwendung im Alltag nicht individualisiert ist und nicht aus Formularen oder ähnlichen Dokumenten als Vergleichsschrift zur Verfügung steht.³⁶⁵ Sie ähnelt dann eher der Blindenschrift, welche mangels Individualität und leichter Nachahmbarkeit nach überwiegender Auffassung nicht für das eigenhändige Testament anerkannt wird.³⁶⁶

(3) Unmöglichkeit sicherer Untersuchungsergebnisse

Schon heute kann eine schriftvergleichende Untersuchung als rein empirische Methode keine sicheren Ergebnisse ermitteln, sondern nur einen Wahrscheinlichkeitsgrad für die Authentizität eines Schriftstücks angeben.³⁶⁷ Verliert die einzelne Handschrift in Zukunft ihre charakteristischen Merkmale, bleibt allenfalls noch eine physikalisch-technische Untersuchung des Schriftdokuments, die etwa den Papierzustand oder Druckrillen untersucht.³⁶⁸ Damit allein lassen sich keine

³⁶³ Vgl. Reid/de Waal/Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (443 f.); „But rapid changes in the world about it [the holograph will] have altered its role and may eventually call into question its usefulness.“ Siehe auch *Muscheler*, ErbR 2015, 650 (674), nach dem die Individualität der Handschrift die rechtspolitische Legitimität des eigenhändigen Testaments begründet.

³⁶⁴ *Beinke*, Formzwang, S. 58; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 11 Rn. 4; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil I VIII 3 Rn. 1.104; *Kroiß*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, § 2247 Rn. 26; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 19; *Werner*, DNotZ 1972, 6 (11); *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (200); a.A. *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 14.

³⁶⁵ *Breitschmid* (Formvorschriften, Nr. 373 ff.) begründet die Zulässigkeit der Druckschrift damit, dass sie ebenfalls persönlichkeitsstypische Merkmale enthalte und daher die Authentizität der Schrift durch Schriftgutachten geklärt werden könne. Dabei geht er davon aus, dass jeder Mensch neben seiner gewöhnlichen Handschrift eine individuell ausgeprägte „Formularschrift“ (Druckschrift) habe, sodass Schriftvergleiche möglich seien.

³⁶⁶ Siehe etwa LG Hannover, Beschl. v. 28.03.1972 – 10 T 10/72, NJW 1972, 1204 f.; *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 30 und 32; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil I VIII 3 Rn. 1.104; *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 (464 f.); *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 13 f. und 51; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 26 I 1 (S. 185); *Kroiß*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, § 2247 Rn. 18; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 20; *Mayer*, in: Soergel, BGB, § 2247 Rn. 17; *Schulze*, DNotZ 1955, 629 ff.; *Weber*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 22; *Werner*, DNotZ 1972, 6 (8); a.A. *Leipold*, Erbrecht, § 11 Rn. 307 Fn. 13; *Neuner*, NJW 2000, 1822 (1826 f.).

³⁶⁷ Dazu schon oben 3. Kapitel A. I. 2. a) aa).

³⁶⁸ Dazu schon oben 3. Kapitel A. I. 2. a) aa).

ausreichenden Wahrscheinlichkeitsgrade hinsichtlich der Echtheit eines Testaments ermitteln. Gerade wenn nicht ein bestehendes Testament verfälscht wurde, sondern es sich um eine Totalfälschung handelt, hilft eine solche Untersuchung nicht weiter. Ferner ist sie dann in ihrer Zuverlässigkeit eingeschränkt, wenn das Original des fraglichen Testaments nicht auffindbar und nur eine Kopie vorhanden ist.³⁶⁹ Insgesamt ist daher künftig von einer weitaus geringeren Fälschungsresistenz des handschriftlichen Testaments auszugehen.

cc) Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Formschwelle des eigenhändigen Testaments durch die veränderten Kommunikationsgewohnheiten höher geworden ist.³⁷⁰ Zugespitzt lässt sich das Bild zeichnen, dass die Testamentserrichtung zu einem der wenigen letzten Akte im Leben wird, bei dem überhaupt ein Text handschriftlich verfasst wird.³⁷¹ Für den Nachweis der Echtheit eines Testaments ist dies fatal. Sobald der erste Jahrgang, der in der Schule – wenn überhaupt – nur noch die Druckschrift erlernt hat und im Alltag, wie es bereits heutzutage der Fall ist, fast nur noch auf elektronische Art und Weise kommuniziert und elektronische Schriftdokumente anfertigt, zur Testatorengeneration gehört, wird die Form des handschriftlichen Testaments immer weniger mit der Echtheitsfunktion erklärt werden können.

b) Stärkung der Warn- und Überlegungsfunktion

Doch es gibt auch positiv wirkende Folgen der Digitalisierung für die Formzwecke. Neben der Echtheitsfunktion gehört auch die Warnfunktion zu den herausgehobenen Zwecken der Eigenhändigkeit des § 2247 Abs. 1 BGB.³⁷² Diese umfasst den Übereilungs- und Überlegungsschutz. Damit verbindet sich die Vorstellung, dass der Erblasser im Gegensatz zu einer mündlichen Erklärung oder der einfachen Schriftform allein durch das langsamere Tempo des handschriftlichen Schreibens zu einer intensiveren Auseinandersetzung mit seiner Erklärung und dem Erklärungsinhalt angehalten wird.

³⁶⁹ Möglich ist bei Fotokopien nur eine mikroskopische Untersuchung im Hinblick auf Schattenrisse, näher *Seibt*, ZfS 2004, 164 (167); siehe allerdings OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2016 – I-3 Wx 250/15, ErbR 2017, 147 (148).

³⁷⁰ So schon *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46 f.).

³⁷¹ Vgl. schon *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46).

³⁷² Siehe oben 2. Kapitel B. II. 2. b).

Auf die Warnfunktion wirkt sich die zunehmende Digitalisierung förderlich aus, denn je „besonderer“ die handschriftliche Errichtung wird, desto stärker wird der Erblasser gezwungen, seine Entscheidung umfassend zu bedenken.³⁷³ So wie sich das Außergewöhnliche einer Form verringert, wenn dieselbe Form auch freiwillig und bei anderen Gelegenheiten gebraucht wird,³⁷⁴ erhöht sich umgekehrt der mit der Formeinhaltung verbundene Aufmerksamkeitswert, wenn die Form außerhalb des formgebundenen Rechtsgeschäfts unüblich ist. Wenn es im Alltagsleben immer weniger gebräuchlich ist, dass längere Texte handschriftlich geschrieben werden, hält die verpflichtende Handschriftlichkeit beim eigenhändigen Testament den Testator unweigerlich zum Innehalten und zum Nachdenken an. Der Errichtungsakt ist von einer Aura besonderer Feierlichkeit umgeben und das Gefühl, etwas Bedeutendes, Rechtserhebliches zu verfassen, überträgt sich auf den Testator. Dies führt zu bewussten und bedachten und damit verantworteten (nicht notwendigerweise gerechten) letztwilligen Verfügungen. Die Art der Handschrift und der Grad ihrer Individualität spielen insoweit keine Rolle. Es genügt, dass der Erblasser die Buchstaben und Wörter entgegen seinen Alltagsgewohnheiten selbst formt und sich dabei über ihren Inhalt Gedanken macht.

c) Stärkere Sicherung des Testierwillens

Darüber hinaus führt die Abkehr der Testierform von der Alltagskommunikation hin zur Besonderheit der eigenhändigen Errichtung zu einer Sicherung des Testierwillens und damit zu einer Stärkung der Abschlussfunktion³⁷⁵. Der Testierwille ist Voraussetzung für das Vorliegen eines Testaments, um es von bloßen Entwürfen abzugrenzen. Bisher wird regelmäßig als Nachteil des eigenhändigen Testaments angeführt, dass der Testierwille in vielen Fällen nicht klar erkennbar sei.³⁷⁶ Dieses Problem verringert sich, je höher die Formschwelle liegt. Erfüllt der Erblasser die hohen Formvoraussetzungen, kann dies als Zeichen seines Testierwillens gedeutet werden. Wer sich die Mühe macht, seine letztwilligen Anordnungen in eine besondere, für andere rechtliche und außerrechtliche Angelegenheiten kaum benutzte Form zu fassen, bringt damit zum Ausdruck, dass es ihm

³⁷³ Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46).

³⁷⁴ Mankowski, JZ 2010, 662 (666).

³⁷⁵ Zur Abschlussfunktion siehe oben 2. Kapitel B. II. 2. c).

³⁷⁶ Siehe etwa Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2231 Rn. 14a; Olzen/Looschelders, Erbrecht, Rn. 289; Schlüter/Röthel, Erbrecht, § 17 Rn. 19. Diese Bedenken wurden schon von der ersten und der zweiten Kommission vorgebracht, Motive V, S. 258 = Mugdan V, S. 136 sowie Protokolle V, S. 328 = Mugdan V, S. 697.

mit dem Geschäft ernst ist und er auch die damit verbundenen Rechtsfolgen herbeiführen möchte. Die starke Verbreitung maschineller Schrift führt zudem dazu, dass viele Testatoren ihre Testamentsentwürfe am Computer vorschreiben dürfen³⁷⁷ und handschriftliche Verfügungen daher umso mehr auf einen endgültigen Testierwillen schließen lassen. Verstärkt wird dieser Effekt durch die wegen der Besonderheit der Handschrift erhöhte Feierlichkeit der Testiererklärung. Diese Stärkung der Abschlussfunktion kommt gleichzeitig dem Ziel des Testamentsrechts zugute, (nur) den wirklichen Willen des Erblassers zu verwirklichen.

II. Demographischer Wandel

Der zweite bedeutende Megatrend, der zu einem Umbruch in der Gesellschaft führt, ist der demographische Wandel.³⁷⁸ Gemeint sind damit Veränderungen in der Zusammensetzung der Gesellschaft, insbesondere der Altersstruktur, aufgrund rückläufiger Geburtenzahlen und einer steigenden Lebenserwartung.³⁷⁹ Für das Testamentsrecht ist besonders die Alterung der Bevölkerung relevant.

1. Allgemeine Entwicklung

Die Lebenserwartung ist in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen, die Menschen werden immer älter. Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich die durchschnittliche Lebenserwartung in Deutschland fast verdoppelt. Nach der Sterbetafel 2013/2015 beträgt sie aktuell für neugeborene Jungen 78,18 Jahre und für neugeborene Mädchen 83,06 Jahre.³⁸⁰ Demgegenüber wies die Sterbetafel 1891/1900

³⁷⁷ Siehe zum Beispiel OLG München, Beschl. v. 23.04.2014 – 31 Wx 22/14, NJW-RR 2014, 838 f.

³⁷⁸ Instruktiv zum demographischen Wandel, seinen Ursachen und Auswirkungen die Expertise des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung im Auftrag der Bundesregierung „Herausforderungen des demografischen Wandels“ aus Mai 2011, abrufbar unter: http://www.sachverständigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/Expertisen/2011/expertise_2011-demografischer-wandel.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) sowie der Schlussbericht der Enquête-Kommission „Demographischer Wandel – Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik“ vom 28.03.2002, BT-Drucks. 14/8800; siehe auch *Bujard*, Folgen der dauerhaft niedrigen Fertilität in Deutschland, in: *Comparative Population Studies* Vol. 40 (2015), S. 53-86, abrufbar unter: www.comparativepopulationstudies.de/index.php/CPoS/article/download/186/203 (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁷⁹ Vgl. die Definition der Bundeszentrale für politische Bildung unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/lexikon-der-wirtschaft/240461/demografischer-wandel> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸⁰ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbetaefalle/Tabellen/LebenserwartungDeutschland.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

für Jungen bei der Geburt eine Lebenserwartung von 40,56 Jahren und für Mädchen von 43,97 Jahren aus.³⁸¹ Zusätzlich ist auch die fernere Lebenserwartung³⁸² gestiegen, sodass 65-Jährige heute damit rechnen können, dass sie knapp 86 (Frauen) beziehungsweise 82 Jahre (Männer) alt werden.³⁸³ Überdies steigt der Anteil älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung. 1990 betrug der Anteil der Bevölkerung ab 65 Jahren noch 15 Prozent,³⁸⁴ inzwischen sind es ungefähr 21 Prozent (2013).³⁸⁵ Damit steht Deutschland in der Europäischen Union an zweiter Stelle.³⁸⁶ Im Jahr 2060 soll bereits jeder dritte Deutsche (33 Prozent) älter als 65 Jahre sein.³⁸⁷ Der Anteil der Hochbetagten, das heißt der über 80-Jährigen, steigt dabei überproportional an und ihre Zahl soll von 4,4 Millionen im Jahr 2013 auf 9 Millionen im Jahr 2060 steigen, sodass die Zahl mehr als doppelt so hoch sein wird wie heute.³⁸⁸

³⁸¹ Statistisches Bundesamt, Periodensterbetafeln für Deutschland, 1871/1881 bis 2008/2010, veröffentlicht am 14.05.2012, S. 15 ff., abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Bevoelkerungsbewegung/PeriodensterbetafelnPDF_5126202.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸² Damit wird die noch verbleibende Lebenserwartung bezeichnet.

³⁸³ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbetafelle/Tabellen/LebenserwartungDeutschland.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Innerhalb der Dekade von 2002/2004 bis 2012/2014 ist sie um 1,1 (Frauen) beziehungsweise 1,4 (Männer) Jahre angestiegen (Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 072 vom 04.03.2016, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/03/PD16_072_12621.pdf.pdf?jsessionid=05A69EE509C60B7F93DF823E04CD52C6.cae2?__blob=publicationFile [zuletzt abgerufen am 10.09.2017]).

³⁸⁴ Statistisches Bundesamt, Alter im Wandel, 2012, S. 2, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/AlterimWandel0010017129004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸⁵ Statistisches Bundesamt, Die Generation 65+ in Deutschland, 2015, S. 5 f., abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2015/generation65/Pressebrochure_generation65.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸⁶ Statistisches Bundesamt, Die Generation 65+ in Deutschland, S. 5 f. (siehe Fn. 385); einen höheren Wert erreichte nur Italien. *Geißler*, Sozialstruktur, S. 45 bezeichnet die Bundesrepublik deshalb auch als das „Altersheim Europas“.

³⁸⁷ Dies ergab die 13. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahr 2015; die Ergebnisse wurden unter anderem in der Broschüre „Bevölkerung Deutschlands bis 2060“ veröffentlicht (S. 17), sie ist abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/VorausberechnungBevoelkerung/BevoelkerungDeutschland2060Presse5124204159004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸⁸ Statistisches Bundesamt, „Bevölkerung Deutschlands bis 2060“ (Fn. 387), S. 19. Zum Einfluss zukünftiger Migration auf die Alterung siehe *Bujard*, Folgen der dauerhaft niedrigen Fertilität in Deutschland (Fn. 378), S. 61 sowie *Bujard/Dreschmitt*, Szenarien der Bevölkerungsentwicklung bis 2060, GWP 2016, S. 333-345, abrufbar unter: <http://www.bib-demografie.de/SharedDocs/Publikationen/DE/>

Diese Zunahme des Anteils älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung resultiert allerdings nicht allein aus der steigenden Lebenserwartung, sondern auch aus der seit vielen Jahren konstant niedrigen Geburtenrate³⁸⁹ in Deutschland, welche sich um 1,4 Kinder pro Frau bewegt.³⁹⁰ Ursache für die Abnahme der Geburtenzahlen ist sowohl die rückläufige Zahl der Geburten je Frau als auch die sinkende Zahl der potenziellen Mütter.³⁹¹ Zwar wurde für die Jahre 2014 und 2015 ein Anstieg der Geburtenziffer auf zuletzt 1,5 Kinder pro Frau verkündet, was der höchste Wert seit 1982 ist.³⁹² Allerdings lassen diese Zahlen nicht auf einen dauerhaften Anstieg der Kinderzahl schließen und können die Veränderungen der

BuchInfo/bu_dre_gwp_2016_szenarien_bev_entw_bis2060.pdf;jsessionid=C67AB388826AD69B580588EC3CACB859.2_cid321?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁸⁹ Dabei handelt es sich um die „zusammengefasste Geburtenziffer“ eines Kalenderjahres. Diese gibt nach der Definition des Statistischen Bundesamtes „die durchschnittliche Kinderzahl an, die eine Frau im Laufe ihres Lebens hätte, wenn die Verhältnisse des betrachteten Jahres von ihrem 15. bis zu ihrem 49. Lebensjahr gelten würden. Diese Kinderzahl je Frau hat einen hypothetischen Charakter [...]“ (<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/Glossar/ZusammengefassteGeburtenziffer.html?view=getColorboxEntry> [zuletzt abgerufen am 10.09.2017]).

³⁹⁰ Siehe die Übersicht der zusammengefassten Geburtenziffer nach Kalenderjahren (1990 bis 2014) des Statistischen Bundesamtes, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Geburten/Tabellen/GeburtenZiffer.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Ausführlich zur Geburtenentwicklung seit 1950 *Geißler*, Sozialstruktur, S. 32 ff.

³⁹¹ BT-Drucks. 14/8800, S. 15. Zur Zahl der potenziellen Mütter im Alter zwischen 26 und 35 Jahren siehe die IM-FOKUS-Meldung „Geburtenzahl durch demografische Entwicklung vorgezeichnet“ des Statistischen Bundesamtes vom 21.08.2015, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/ImFokus/Bevoelkerung/Geburtenzahl.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Siehe auch den Bericht „Geburtenrends und Familiensituation in Deutschland“ des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 2012, erschienen am 07.11.2013, S. 13, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/HaushalteMikrozensus/Geburtenrends5122203129004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁹² Siehe die Zahlen in der Übersicht des Statistischen Bundesamtes (Fn. 390) und die Pressemitteilung Nr. 373 des Statistischen Bundesamtes vom 17.10.2016, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/10/PD16_373_126.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

Bevölkerungsstruktur nicht aufhalten.³⁹³ Es kommt zu einem Bevölkerungsrückgang und zu einer Überalterung der Gesellschaft.³⁹⁴

2. Auswirkungen auf die Formzwecke

Diese demographische Veränderung von der Bevölkerungspyramide hin zum in der Höhe zunehmenden „Dönerspieß“³⁹⁵ führt dazu, dass altersbedingte Herausforderungen überproportional zunehmen und dass der typische Erblasser heute wesentlich älter ist als noch vor einigen Jahren. 2015 lag das durchschnittliche Sterbealter für Männer bei 75,6 Jahren und für Frauen bei 82,2 Jahren; 2006 waren es noch 72,2 beziehungsweise 80,4 Jahre.³⁹⁶ Entsprechend ist auch von einem gestiegenen und in Zukunft weiter stark wachsenden Anteil hochbetagter und pflegebedürftiger Erblasser auszugehen.³⁹⁷ Damit einher gehen nicht nur Veränderungen im Erbgeschehen – beispielsweise spielen im Alter vermehrt Aspekte der Honorierung von Pflegeleistungen durch Angehörige oder Freunde eine

³⁹³ Der Zuwachs im Jahr 2014 wurde damit erklärt, dass besonders Frauen, die zwischen 29 und 38 Jahre alt waren und im jüngeren gebärfähigen Alter deutlich weniger Kinder geboren hatten, nun mehr Kinder bekamen, weil sie im höheren gebärfähigen Alter ihre aufgeschobenen Kinderwünsche realisierten, siehe die Pressemitteilung Nr. 468 des Statistischen Bundesamtes vom 16.12.2015, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2015/12/PD15_468_126pdf.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Dass Frauen damit im Laufe ihres Lebens mehr Kinder gebären als früher, lässt sich daraus nicht ableiten. Zum Anstieg im Jahr 2015 trug maßgeblich die steigende Geburtenziffer bei Frauen mit ausländischer Staatsangehörigkeit bei, siehe die Pressemitteilung Nr. 373 (Fn. 392).

³⁹⁴ Dazu näher die Ergebnisse der 13. koordinierten Bevölkerungsvorausberechnung des Statistischen Bundesamtes (Fn. 387), S. 15 ff. Ausführlich zum Bevölkerungsrückgang auch *Bujard*, Folgen der dauerhaft niedrigen Fertilität in Deutschland (Fn. 378), S. 62 ff. Für die Erhaltung des demographischen Bestands durch Geburten müsste jede Frau durchschnittlich 2,1 Kinder gebären, siehe nur *Geißler*, Sozialstruktur, S. 35; *Kroppenborg*, ErbR 2010, 206 (207). Die Quote von 1,4 Kindern pro Frau liegt damit um ein Drittel unterhalb des erforderlichen Wertes, *Geißler*, Sozialstruktur, S. 35. Nach dem BDO International Business Compass (IBC) 2015, der von der BDO AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und dem Hamburgischen Welt-Wirtschaftsinstitut erstellt wurde, hat Deutschland mittlerweile die niedrigste Geburtenrate weltweit, siehe die Pressemitteilung unter <http://update.hwwi.org/einzelseiten-ausgabe-05-15/bdo-ibc-2015.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁹⁵ *Geißler*, Sozialstruktur, S. 42 ff. Anschaulich zu dieser Entwicklung die animierte Bevölkerungspyramide des Statistischen Bundesamtes unter <https://www.destatis.de/bevoelkerungspyramide/> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁹⁶ Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Tabellen/SterbealterDurchschnitt.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

³⁹⁷ Addiert man die Zahlen der über 90-Jährigen laut der Bevölkerungspyramide des Statistischen Bundesamtes (siehe Fn. 395), ergibt sich, dass im Jahr 2006 ungefähr 520.000 Menschen und im Jahr 2015 ungefähr 707.000 Menschen älter als 90 Jahre waren. Gemessen an der jeweiligen Gesamtbevölkerungszahl (82,3 Millionen im Jahr 2006 und 82,2 Millionen im Jahr 2015) entspricht dies im Jahr 2006 ungefähr 0,63 Prozent der Bevölkerung und im Jahr 2015 bereits ca. 0,86 Prozent der Bevölkerung.

Rolle³⁹⁸ –, sondern auch in der Testiersituation. Die meisten Erblasser sind im Zeitpunkt ihrer (letzten) Testamentserrichtung bereits im (Hoch-)Betagtenalter.³⁹⁹ Mit zunehmendem Alter steigt auch das Risiko für Krankheiten und Abhängigkeiten in Haushalt und Pflege.⁴⁰⁰ Viele alte Menschen sind auf Hilfe angewiesen, haben keine Angehörigen mehr, leben im Heim oder stehen unter Betreuung. Dementsprechend rücken die Fragen der Testierfähigkeit und der Eigenständigkeit der Testamentserklärung in den Vordergrund.

a) Testierunfähigkeit infolge Demenz

Der Frage der Testier(un)fähigkeit dürfte im Zusammenhang mit Testamenten alter und sehr alter Menschen die größte Bedeutung zukommen. Unter Testierfähigkeit wird die Fähigkeit verstanden, ein Testament zu errichten, abzuändern oder aufzuheben.⁴⁰¹ Da das Testament eines Testierunfähigen nichtig ist, ist die Testierunfähigkeit ein beliebter Einwand enttäuschter Erben gegen das Testament und häufiger Streitpunkt vor Gericht.⁴⁰² Dies gilt umso mehr, als mit fortschreitendem Alter das Risiko steigt, geistige Fähigkeiten einzubüßen und deshalb testierunfähig zu werden, und immer mehr Menschen ein hohes Alter erreichen. Viele Erblasser errichten ihr Testament, wie gezeigt, erst am Ende ihres Lebens und damit in einer Phase, in der ihre geistige Leistungsfähigkeit möglicherweise schon erheblich beeinträchtigt ist.⁴⁰³

aa) Prävalenz der Demenz

Die häufigste Ursache einer Testierunfähigkeit im Alter ist eine Demenzerkrankung.⁴⁰⁴ Die Demenz wird in der Medizin definiert als „ein Syndrom als Folge einer meist chronischen oder fortschreitenden Krankheit des Gehirns mit Störung

³⁹⁸ Siehe zu den besonderen Bedürfnissen älterer Menschen im Erbrecht Zimmer, ZErB 2010, 126 (128 ff.). Rechtspolitisch zur erbrechtlichen Honorierung von Pflegeleistungen siehe Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 60 f.

³⁹⁹ Siehe oben I. Kapitel B. II. 1.

⁴⁰⁰ Näher zur besonderen Abhängigkeit im Alter Mückenheim, Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 91 ff. Ausführlich zur Altersphase aus sozialgerontologischer Sicht Backes/Clemens, Lebensphase Alter, passim.

⁴⁰¹ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 13; Busch, ErbR 2014, 90; Hagen, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 2; Lange, Erbrecht, § 11 Rn. 16.

⁴⁰² Siehe dazu die Rechtsprechungsanalyse 4. Kapitel B. II. 1. e).

⁴⁰³ Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 8 f.; Fries, AcP 216 (2016), S. 421 (425 f.); Röthel/Lemmerz, in: Gebauer/Isomura/Kansaku/Nettesheim (Hrsg.), Alternende Gesellschaften, S. 3 (21); Schmidt, RabelsZ 76 (2012), 1022 (1023).

⁴⁰⁴ Bublitz, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 37 (80 f.); Lichtenwimmer, MittBayNot 2002, 240 (242); Sieghörtner, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), HB Erbrecht, S. 374. Siehe auch die Rechtsprechungsanalyse unten 4. Kapitel B. II. 1. e).

vieler höherer kortikaler Funktionen, einschließlich Gedächtnis, Denken, Orientierung, Auffassung, Rechnen, Lernfähigkeit, Sprache, Sprechen und Urteilsvermögen im Sinne der Fähigkeit zur Entscheidung“, wobei die Symptome über mindestens sechs Monate bestanden haben müssen.⁴⁰⁵ Dabei handelt es sich um einen Oberbegriff, weil eine Demenz vielfältige Ursachen und Ausprägungen haben kann.⁴⁰⁶ Die weitaus häufigste Ursache einer Demenz ist die Alzheimer-Krankheit, welche etwa 60 Prozent aller Demenzfälle betrifft.⁴⁰⁷ Die Zahl der Demenzkranken hat in den letzten Jahren kontinuierlich zugenommen, da die Lebenserwartung steigt, die Altenbevölkerung wächst und die Zahl der Neuerkrankungen die Sterbefälle unter den bereits Erkrankten übersteigt.⁴⁰⁸ Gegenwärtig leben in Deutschland fast 1,6 Millionen Demenzkranke, gut zwei Drittel davon leiden an der Alzheimer-Krankheit.⁴⁰⁹ Jährlich treten etwa 300.000 Neuerkrankungen auf

⁴⁰⁵ So die Definition nach der ICD-10 der WHO nach den Leitlinien für Diagnostik und Therapie in der Neurologie, S3-Leitlinie Demenzen in der Version vom 24.01.2016, S. 10, abrufbar unter: http://www.dgn.org/images/red_leitlinien/LL_2016/PDFs_Download/038013_LL_Demenzen_2016.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Siehe zum Kriterienkatalog nach den Leitlinien der WHO auch *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 31 (32).

⁴⁰⁶ Näher *Wetterling*, *ErbR* 2014, 94 (99 ff.); *Zimmermann*, *BWNotZ* 2000, 97 (103). Insgesamt geht *Wetterling* von über 80 verschiedenen möglichen Ursachen einer Demenz aus, *ErbR* 2010, 345 (347). Siehe auch den Vierten Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 14/8822 vom 18.04.2002, S. 159.

⁴⁰⁷ *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 57 (60); *Wetterling*, *ErbR* 2014, 94 (100 und 103). Bei der Alzheimer-Demenz kommt es zu einer Abnahme der Zahl der Nervenzellen und der Synapsen, die für die Signalübertragung maßgeblich sind; innerhalb und außerhalb der Nervenzellen entstehen Ablagerungen von pathologischen Eiweißkomplexen, die wahrscheinlich indirekt die Signalübertragung beeinträchtigen (*Wetterling*, *ErbR* 2014, 94 [103]). Näher zu den neuropathologischen Veränderungen *Klockgether*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 25 (26 ff.). Siehe auch die S3-Leitlinie Demenzen (Fn. 405), S. 11 ff.

⁴⁰⁸ Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Informationsblatt 1 – Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, S. 1 ff., abrufbar unter: https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Auch die Zunahme von Betreuungen spiegelt diese Entwicklung wider (*Lange*, *Erbrecht*, § 3 Rn. 42). Während im Jahr 1992 75.170 Erstbestellungen angeordnet bzw. genehmigt wurden, hat sich die Zahl bis 2009 mit 239.962 mehr als verdreifacht. Im Jahr 2015 ist die Zahl auf 197.739 Erstbestellungen gesunken, sie ist damit allerdings nach wie vor hoch. Die Zahlen der Betreuungsverfahren nach dem Bundesamt für Justiz (Stand: 08.03.2017) sind abrufbar unter: https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Betreuungsverfahren.pdf?jsessionid=841ACE43CD2791E8BC46E81D5626CBFA.1_cid377?__blob=publicationFile&v=8 (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

⁴⁰⁹ Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Informationsblatt 1 – Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, S. 1 (Fn. 408). Nach der S3-Leitlinie Demenzen (Fn. 405), S. 23 wird die Zahl der Demenzerkrankten auf 1,2 Millionen geschätzt, wobei eine Unterschätzung leichter Demenzstadien für möglich gehalten wird; davon seien etwa 50 bis 70 Prozent der Alzheimer-Demenz zuzuordnen.

und bis zum Jahr 2050 soll sich die Krankenzahl auf ungefähr 3 Millionen erhöhen.⁴¹⁰ Das Risiko, an Demenz zu erkranken, nimmt mit steigendem Alter exponentiell zu.⁴¹¹ Von den 65- bis 69-Jährigen litten 2014 nur 1,6 Prozent an einer demenziellen Erkrankung, bei den über 90-Jährigen waren es dagegen mehr als 40 Prozent.⁴¹²

Diese Zahlen verdeutlichen das Ausmaß der Entwicklung und ihre soziale Relevanz. Die rechtliche Dimension des Themas, speziell im Testamentsrecht, wurde in der juristischen Fachliteratur erst in jüngerer Zeit erkannt.⁴¹³ Die Frage, ob der Erblasser testierunfähig war, ist oftmals schwer zu klären, zumal die Beurteilung posthum erfolgt und eine Demenz schleichend verläuft, ohne dass ein fester Zeitpunkt bestimmt werden kann, zu dem die Testierfähigkeit in Testierunfähigkeit umschlägt. Noch schwieriger wird der Beweis, wenn das Testament vom Erblasser nicht mit einem Datum versehen wurde.⁴¹⁴ Darüber hinaus sind nach der älteren Literatur und Rechtsprechung auch sogenannte luzide Intervalle möglich, in denen eine vorübergehende Besserung des Geisteszustandes eintritt, sodass während dieser Zeit ein wirksames Testament errichtet werden kann.⁴¹⁵ All dies trägt dazu bei, dass es zu langwierigen Streitigkeiten vor Gericht⁴¹⁶ und unbefriedigenden Ergebnissen kommt, weil die Testier(un)fähigkeit nicht eindeutig aufgeklärt werden kann.

⁴¹⁰ Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Informationsblatt 1 – Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, S. 1 (Fn. 408).

⁴¹¹ Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Informationsblatt 1 – Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, S. 1 (Fn. 408); *Stoppe/Lichtenwimmer*, DNotZ 2005, 806 (808); *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (104).

⁴¹² Deutsche Alzheimer Gesellschaft, Informationsblatt 1 – Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, S. 1 f. (Fn. 408).

⁴¹³ Zu nennen sind hier beispielsweise der von *Mathias Schmoeckel* herausgegebene Band „Demenz und Recht – Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit“ (Baden-Baden 2010) und die Habilitationsschrift von *Gregor Christandl* „Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft“ (Tübingen 2016).

⁴¹⁴ Zu den Schwierigkeiten näher *Schmitz*, ErbR 2017, 260 ff.

⁴¹⁵ BayObLG, Beschl. v. 19.11.1998 – 1Z BR 93/98, FamRZ 1999, 819 (820); Beschl. v. 01.08.1979 – BReg. 1 Z 16/79, BayObLGZ 1979, 256 (266 f.); *Bartsch*, NJW 2001, 861; aus juristischer Perspektive *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 (437); vgl. auch *Waldhoff*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 57 (58); *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (101); a.A. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.04.2014 – I-3 Wx 115/13, BeckRS 2014, 16681 Rn. 24; OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ZEV 2013, 504 (506); *Busch*, ErbR 2014, 90 (93); *Cording*, ZEV 2010, 115 (120); *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (426); *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (102 ff.); kritisch *Baumann*, in: *Staudinger*, BGB, § 2229 Rn. 41; *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 140 ff. Zum Ganzen auch *Christandl*, *Selbstbestimmtes Testieren*, S. 167 ff.

⁴¹⁶ Siehe exemplarisch OLG München, Beschl. v. 15.12.2016 – 31 Wx 144/15, ZEV 2017, 148 ff. (Fall *Gurlitt*). Näher zu den Beweismitteln zur Klärung der Testier(un)fähigkeit *Cording*, ZEV 2010, 23 ff.

bb) Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit

Das Gesetz definiert die Testierfähigkeit Erwachsener nicht positiv, sondern umschreibt sie negativ, indem § 2229 Abs. 4 BGB die Voraussetzungen normiert, unter denen der Testierende als testierunfähig anzusehen ist. Die gesetzliche Formulierung macht deutlich, dass die Testierunfähigkeit die Ausnahme bildet. Grundsätzlich gilt jede Person, die das 16. Lebensjahr vollendet hat (§ 2229 Abs. 1 BGB), als testierfähig.⁴¹⁷

Nach § 2229 Abs. 4 BGB kommt es für Testierunfähigkeit zunächst auf eine „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“, eine „Geistesschwäche“ oder eine „Bewusstseinsstörung“ an. Demnach ist die Diagnose einer Krankheit erforderlich, die grundsätzlich zu einer Aufhebung der freien Willensbestimmung führen kann.⁴¹⁸ Eine derartige Diagnose ist insbesondere die Demenz, welche als „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ einzuordnen ist.⁴¹⁹ Die Diagnose Demenz führt jedoch nicht automatisch zur Testierunfähigkeit, da sich verschiedene Schweregrade unterscheiden lassen und sich die Krankheit sehr unterschiedlich auswirkt.⁴²⁰ Vielmehr kommt es nach dem Gesetz entscheidend darauf an, dass der Betroffene aufgrund seiner Geistesstörung „nicht mehr in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“. Für diese zweite Beurteilungsebene sind die Art und das Ausmaß der psychopathologischen Symptomatik und deren Auswirkungen auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit maßgeblich.⁴²¹ Es ist also in jedem Einzelfall zu prüfen, wie der genaue Krankheitsverlauf aussah und ob der Erblasser in seiner freien Willensbildung beeinträchtigt war.⁴²²

⁴¹⁷ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 13.01.2005 – 1Z BR 078/04, BeckRS 2005, 44182 Rn. 20; BayObLG, Beschl. v. 04.08.2004 – 1Z BR 44/04, FamRZ 2005, 840 (841); OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.1998 – 7 U 210/95, FamRZ 1998, 1064 (1065); BayObLG, Beschl. v. 01.08.1979 – BReg. 1 Z 16/79, BayObLGZ 1979, 256 (261); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 12; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 2.

⁴¹⁸ *Cording*, ZEV 2010, 115.

⁴¹⁹ OLG München, Urt. v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, BeckRS 2013, 16015; *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 36; *Wetterling*, ErbR 2010, 345.

⁴²⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.04.2014 – I-3 Wx 115/13, BeckRS 2014, 16681 Rn. 9; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2010 – I-3 Wx 40/10, juris Rn. 15; OLG Jena, Beschl. v. 04.05.2005 – 9 W 612/04, ZEV 2005, 343 (344); *Cording*, ZEV 2010, 115 (116); *Wetterling*, in: Schmoekel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 31 (34 und 41).

⁴²¹ *Cording*, ZEV 2010, 115 (116).

⁴²² *Cording*, ZEV 2010, 115 (116); *Wetterling*, ErbR 2010, 345 (350).

Um testierfähig zu sein, muss der Testierende in der Lage sein, selbstbestimmte und selbstverantwortliche Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen.⁴²³ Er muss nach ständiger Rechtsprechung fähig sein, sich über die Tragweite seiner Anordnungen, vor allem auch über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen, ein klares Urteil zu bilden und frei von Einflüssen interessierter Dritter zu handeln.⁴²⁴ Die Erwägungen und Willensentschlüsse müssen „auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen“ und dürfen nicht „durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden“.⁴²⁵ Dies setzt voraus, dass der Testator sich an Sachverhalte und Ereignisse erinnern, Zusammenhänge erkennen und Abwägungen vornehmen kann.⁴²⁶ Für Testierunfähigkeit genügt es schon, wenn die Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildung die Motive für die Testamentserrichtung entscheidend beeinflusst.⁴²⁷

⁴²³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351) = NJW 1999, 1853; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2013 – I-3 Wx 116/13, ErbR 2014, 122 f.; OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ErbR 2014, 127 (128); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.06.2012 – I-3 Wx 273/11, FamRZ 2013, 159 f.; OLG Celle, Beschl. v. 26.09.2006 – 6 W 43/06, ZEV 2007, 127 (128); BayObLG, Beschl. v. 13.01.2005 – 1Z BR 078/04, BeckRS 2005, 44182 Rn. 22; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil 1 VII 5 Rn. 1.64; *Laimer*, RabelsZ 77 (2013), 555 (562).

⁴²⁴ Ständige Rspr., siehe nur OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.1998 – 7 U 210/95, FamRZ 1998, 1064 (1065) = BeckRS 1998, 03018; BayObLG, Beschl. v. 06.11.1995 – 1Z BR 56/95, FamRZ 1996, 566 (567 f.); BayObLG, Beschl. v. 31.01.1991 – BReg. 1 a Z 37/90, NJW 1992, 248 (249); vgl. auch BGH, Urt. v. 29.01.1958 – IV ZR 251/57, FamRZ 1958, 127 (128); BayObLG, Beschl. v. 28.05.1993 – 1Z BR 7/93, FamRZ 1994, 593 (594); BayObLG, Beschl. v. 20.12.1985 – BReg. 1 Z 81/85, FamRZ 1986, 728 (730). Ferner *Busch*, ErbR 2014, 90 f.; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 2 und 5; *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 20; *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 43 (48 f.); *Schmidt*, RabelsZ 76 (2012), 1022 (1032); *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 57 (61); kritisch *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 89 (95 ff.).

⁴²⁵ OLG Rostock, Beschl. v. 05.06.2009 – 3 W 47/09, FamRZ 2009, 2039 (2040); OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (166); BayObLG, Beschl. v. 17.08.2004 – 1Z BR 53/04, FamRZ 2005, 658 (659).

⁴²⁶ OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ErbR 2014, 127 (128); Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (166); *Busch*, ErbR 2014, 90 f.; *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 57 (61).

⁴²⁷ OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (166).

cc) Auswirkungen einer Demenz auf die Testierfähigkeit

Eine Demenz führt zum Verlust von erworbenen intellektuellen Fähigkeiten, beeinträchtigt das Gedächtnis sowie das Denkvermögen und verändert die Persönlichkeit.⁴²⁸ Demenzkranke haben Schwierigkeiten beim hinreichenden Erkennen von Tatsachen, besonders bei komplexen Sachverhalten, oder sie können die erkannten Inhalte nur für wenige Sekunden im Bewusstsein halten, sodass ein kritisches Abwägen der Situation oder von Handlungsalternativen unmöglich wird und es zu kurzsichtigen Entscheidungen kommt.⁴²⁹ Die typischen Symptome wie Gedächtnisstörungen, Denkstörungen, ein Mangel an Voraus- und Einsicht, eine fehlende Gewichtung nach wesentlich und unwesentlich oder eine verminderte Kritikfähigkeit führen dazu, dass der Betroffene nicht mehr reflektiert handeln und die Konsequenzen seines Handelns oder wahrgenommener Alternativen nicht mehr erkennen kann.⁴³⁰ Wer infolge von Merkfähigkeits- und Gedächtnisstörungen nicht mehr in der Lage ist, neue relevante Informationen abzuspeichern, etwa potenzielle Erben oder das eigene Vermögen betreffend, oder ältere Informationen nicht mehr abrufen kann, kann einen freien Willen nicht mehr bilden, sodass er testierunfähig ist.⁴³¹ Zum Beispiel kommt es häufig vor, dass Demenzkranke gedanklich in längst vergangenen Zeiten leben und zwischenzeitlich geschehene Entwicklungen ausblenden.⁴³² Sie können keine gegenwartsbezogenen Schlussfolgerungen mehr ziehen und nicht auf jüngere Ereignisse reagieren und diese in ihre Entscheidungen miteinbeziehen.⁴³³ Dies beeinflusst ihre Testierentscheidungen. So kann es zum Beispiel vorkommen, dass eine Person nicht testamentarisch berücksichtigt wird, weil der Testator von persönlichen Differenzen ausgeht, die in Wirklichkeit zwischenzeitlich längst beigelegt wurden.⁴³⁴ Die Testierentscheidung basiert dann auf beeinträchtigten Motiven und ist nicht das Ergebnis einer freien Willensbildung, wie es in gesundem Zustand der Fall gewesen wäre.

Auch wenn eine Demenz vielfältige Ursachen haben kann, unterscheiden sich Demenzen verschiedener Ursache in fortgeschrittenen Stadien nur sehr wenig in

⁴²⁸ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46; Zimmermann, BWNotZ 2000, 97 (103).

⁴²⁹ Cording/Roth, NJW 2015, 26 (30).

⁴³⁰ Cording/Roth, NJW 2015, 26 (30).

⁴³¹ Wetterling, ErbR 2010, 345 (348). Zu Gedächtnisstörungen Demenzkranker auch Cording/Roth, NJW 2015, 26 (28).

⁴³² Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 118.

⁴³³ Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 118.

⁴³⁴ Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 118.

ihrer psychopathologischen Symptomatik.⁴³⁵ Als grobe Faustformel lässt sich festhalten, dass ab einer mittelschweren Demenz⁴³⁶ regelmäßig eine so starke Einschränkung besteht, dass die Voraussetzungen für Testierunfähigkeit erfüllt sind.⁴³⁷ In diesem Stadium haben die intellektuellen Fähigkeiten so stark abgenommen, dass eine selbständige Lebensführung nur noch mit Schwierigkeiten möglich ist und ein gewisses Maß an Hilfe und Aufsicht erforderlich ist.⁴³⁸ Das Kritikvermögen und die Urteilsfähigkeit sind beeinträchtigt.⁴³⁹ Diese Faustregel entbindet jedoch nicht von der genauen Prüfung des Einzelfalls.⁴⁴⁰

dd) Schwierigkeiten bei der posthumen Beurteilung einer Demenz

Die Beurteilung der Testierfähigkeit wird besonders dadurch erschwert, dass sie – jedenfalls beim holographischen Testament – üblicherweise erst nach dem Tod des Erblassers erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt ist eine Einschätzung des Schweregrades der kognitiven und intellektuellen Beeinträchtigung des Testators im Zeitpunkt der Testamentserrichtung äußerst schwierig und unsicher.⁴⁴¹ Der bestellte Gutachter kann den Erblasser nicht persönlich untersuchen, sondern muss versuchen, sich aus den meist lückenhaften, einseitigen und widersprüchlichen Materialien ein objektives Bild vom Geisteszustand des Erblassers zu machen.⁴⁴² Häufig kommt es im gerichtlichen Prozess zu divergierenden Zeugenaussagen in Bezug auf den Geisteszustand des Erblassers.⁴⁴³ Testamentarische Erben und übergangene (Nicht-)Erben sind geneigt, jeweils zu ihren Gunsten zu argumentieren

⁴³⁵ Wetterling, ErbR 2014, 94 (100). Zu den Symptomen in verschiedenen Krankheitsgraden näher Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (47 f.); Zimmermann, BWNotZ 2000, 97 (103 f.).

⁴³⁶ Zu den verschiedenen Demenzstadien näher Boehm, Der demenzkranke Erblasser, S. 41 f.; Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (47 f.); Zimmermann, BWNotZ 2000, 97 (103).

⁴³⁷ Vgl. OLG Schleswig, Beschl. v. 16.07.2015 – 3 Wx 53/15, juris Rn. 21; OLG Bamberg, Beschl. v. 09.06.2015 – 4 W 16/14, FamRZ 2016, 83 (84 f.); OLG München, Urt. v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, BeckRS 2013, 16015; Boehm, Der demenzkranke Erblasser, S. 90 ff.; Seibert, Testierfähigkeit, S. 87 Fn. 365 m.w.N.; Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (48); Zimmermann, BWNotZ 2000, 97 (103); vorsichtiger Waldhoff, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 57 (61 f.); Wetterling, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 31 (39 f.).

⁴³⁸ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (48).

⁴³⁹ Zimmermann, BWNotZ 2000, 97 (103).

⁴⁴⁰ Vgl. auch Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 36 sowie Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 110, der betont, dass es keine allgemeinverbindlichen psychiatrischen Kriterien gibt, die in jedem Fall zu einer Testierunfähigkeit führen.

⁴⁴¹ Vgl. Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (48).

⁴⁴² Dazu Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 10 und 95.

⁴⁴³ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (48). Zur geringen Aussagekraft von Zeugenaussagen zum geistigen Zustand des Erblassers auch Seibert, Testierfähigkeit, S. 94.

und dabei erlebte Ereignisse aufzubauschen oder herunterzuspielen. Auch außenstehende Dritte können nur ihre subjektive, meist laienhafte und auf bestimmte Situationen beschränkte Wahrnehmung schildern. Ebenso entstehen Schwierigkeiten, wenn die verfügbaren Angaben von Zeugen oder Ärzten sich auf Zeiten beziehen, die nicht in der Nähe des Testierdatums liegen.⁴⁴⁴ Selbst wenn der Erblasser am Ende seines Lebens schwer dement war, lässt dies noch keine eindeutigen Rückschlüsse auf seine Testierfähigkeit im Zeitpunkt der gegebenenfalls schon länger zurückliegenden Errichtung des Testaments zu. Weil eine Demenz über einen längeren Zeitraum hinweg graduell voranschreitet und die verschiedenen Stadien fließend ineinander übergehen, lässt sich der Eintritt der Testierunfähigkeit kaum genau bestimmen.⁴⁴⁵

Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit bereitet vor allem die leichte Demenz im Übergang zur mittelschweren Demenz.⁴⁴⁶ Bei einer schweren Demenz dürfte der Erkrankte schon gar nicht mehr imstande sein, ein handschriftliches Testament zu errichten. Bei einer fortgeschrittenen mittelschweren Demenz mag der Betroffene zwar unter Umständen noch zur Erstellung eines handschriftlichen Textes fähig sein, dennoch tritt die Testierunfähigkeit hier recht offensichtlich zutage. Die gesundheitlichen Einbußen sind in der Regel schon so hoch, dass der Erkrankte nicht mehr uneingeschränkt in der Lage ist, einen eigenständigen Willen zu bilden und die Tragweite der letztwilligen Verfügung zu erfassen.⁴⁴⁷ Diese Defizite sind – besonders durch die allgemeinen Einschränkungen im täglichen Leben – für die Mitmenschen leicht zu erkennen.⁴⁴⁸ Bei einer leichten Demenz ist der Erkrankte dagegen in seinem Handeln und Denken noch nicht so stark eingeschränkt und kann noch eigenständige Entscheidungen treffen und in die Tat umsetzen. Es ist daher möglich, dass ein leicht Dementer ein privatschriftliches Testament errichtet, das äußerlich weder auffällig ist, noch auf seine Krankheit schließen lässt.⁴⁴⁹ Oftmals gelingt es den Betroffenen, ihre Defizite zu überspielen oder zu verbergen, sodass es besonders schwierig ist, das Aus-

⁴⁴⁴ *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (98).

⁴⁴⁵ Dazu näher *Cording*, ZEV 2010, 115 (120); *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (98 ff.). Vgl. auch *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (426).

⁴⁴⁶ Dazu anschaulich OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2015 – I-3 Wx 103/14, ErbR 2015, 451 ff. Zu den verschiedenen Demenzstadien siehe die Nachweise in Fn. 436.

⁴⁴⁷ *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (103).

⁴⁴⁸ Vgl. *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (103).

⁴⁴⁹ Siehe etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.02.2016 – I-3 Wx 40/14, FamRZ 2016, 1206 ff.

maß der geistigen Beeinträchtigung zu erkennen. In vielen Fällen lassen sich Verhaltensweisen, die zunächst nur als „Schusseligkeit“, gewöhnliche Vergesslichkeit oder normale Alterserscheinung abgetan wurden, erst im Nachhinein als Anzeichen einer Demenzerkrankung deuten.⁴⁵⁰ Gerade bei einer Alzheimer-Demenz gelingt es den Erkrankten häufig, ihre Abbauerscheinungen durch eine scheinbar wohlgeordnete „Fassade“ zu verdecken und dadurch auch gravierende Einbußen zu kaschieren.⁴⁵¹ Auch deshalb kann es im Prozess zu widersprüchlichen Zeugnisaussagen kommen.⁴⁵² Liegt kein ärztliches Attest über den Gesundheitszustand des Erblassers vor, ist es schwierig, den genauen Zustand einzuschätzen und eine mögliche Testierunfähigkeit sowie ihren Anfangszeitpunkt festzustellen.⁴⁵³ Ferner ist für eine Demenz vom Alzheimer-Typ ein schleichender Beginn mit einer langsamen chronischen Verschlechterung der intellektuellen Fähigkeiten typisch.⁴⁵⁴ Die durchschnittliche Krankheitsdauer vom Beginn der ersten Symptome bis zum Tod beträgt ungefähr sechs bis acht Jahre.⁴⁵⁵ Der Verlauf und die Dauer sind im Einzelfall allerdings sehr variabel.⁴⁵⁶ Wurde das Testament gerade in der Übergangsphase von einer leichten zur mittelschweren Demenz errichtet, ist eine sichere nachträgliche Begutachtung nahezu unmöglich. In diesem Grenzbereich ist es besonders problematisch, dass der psychiatrische Gutachter bezüglich der Testierfähigkeit eine „Alles-oder-nichts-Entscheidung“ treffen muss.⁴⁵⁷ Nicht selten kommen verschiedene Gutachter aufgrund ihres subjektiven Empfindens zu unterschiedlichen Ergebnissen.⁴⁵⁸ Umso wichtiger ist es, dass zumindest die Ausgangslage fundiert ist, indem dem Gutachter möglichst zuverlässiges,

⁴⁵⁰ So bleiben auch viele leichte und mittelschwere Demenzen unerkannt, siehe den Vierten Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 14/8822 vom 18.04.2002, S. 160.

⁴⁵¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2010 – I-3 Wx 40/10, juris Rn. 27; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, ZERB 2015, 18 (20); Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 62a; Lange, Erbrecht, § 12 Rn. 32. Näher zum „Fassadenphänomen“ Wetterling, ErbR 2015, 355 (356).

⁴⁵² Frieser, ErbR 2010, 370 (377).

⁴⁵³ Vgl. Wetterling, ErbR 2014, 94 (98).

⁴⁵⁴ Wetterling, ErbR 2014, 94 (100); Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (47); vgl. auch Mückenheim, Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 87.

⁴⁵⁵ Wetterling, in: Schmoekel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 31 (39); Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (47).

⁴⁵⁶ Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (47).

⁴⁵⁷ Müller, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 112.

⁴⁵⁸ Vgl. OLG München, Beschl. v. 31.10.2014 – 34 Wx 293/14, FamRZ 2015, 698 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 19.12.2013 – 3 Wx 5/12, ErbR 2014, 341 f.; OLG Düsseldorf, Ur. v. 06.03.1998 – 7 U 210/95, FamRZ 1998, 1064 ff. = BeckRS 1998, 03018; vgl. auch LG Duisburg, Beschl. v. 17.10.2011 – 7 T 91/10, ZEV 2012, 659 ff., wo allerdings auch Zweifel an der fachlichen Qualifikation des ersten Gutachters bestanden.

umfangreiches und objektives Begutachtungsmaterial zum Zustand des Erblassers zur Verfügung gestellt wird.

Verneint man entgegen der Auffassung der älteren Rechtsprechung die medizinische Begründbarkeit von luziden Intervallen bei Demenzkranken,⁴⁵⁹ kann man zwar in der Regel davon ausgehen, dass kognitive Störungen, die schon vor dem Datum der Testamentserrichtung bestanden haben und auch danach beschrieben werden, im Testierzeitpunkt vorlagen.⁴⁶⁰ „Rückrechnungen“ wie etwa Schweregrad-Einschätzungen aus späteren Angaben bei unzureichenden früheren Angaben sind aber wegen der großen Variabilität nicht mit hinreichender Sicherheit möglich.⁴⁶¹

Eine weitere Gefahr im Zusammenhang mit der Testierfähigkeit Demenzkranker ist die krankheitsbedingte erleichterte Willensbeeinflussung.⁴⁶² Dadurch können andere Personen den Testator in seiner Verfügung beeinflussen und den Inhalt des Testaments mitbestimmen. Ein solcher Verdacht der Beeinflussbarkeit drängt sich vor allem auf, wenn mehrere Testamente vorliegen, die innerhalb kürzester Zeit erstellt wurden und sich inhaltlich widersprechen.⁴⁶³ Eine Willensschwäche, die eine Einflussnahme Dritter ermöglicht, ist bei Dementen anzunehmen, wenn die Einfluss nehmenden Personen dem Testator sehr nahestehen oder dieser sogar von ihnen abhängig ist – etwa bei der Pflege und Versorgung – und sich aus der Biographie „Hinweise auf eine selbstunsichere oder abhängige Persönlichkeitsstörung ergeben“.⁴⁶⁴

Diese Unsicherheiten bei der posthumen Beurteilung einer Demenz bergen erhebliches Streitpotenzial vor Gericht. In solchen Fällen entscheidet letztlich die Beweis- oder (im Erbscheinsverfahren) Feststellungslast über den Ausgang des Prozesses.⁴⁶⁵ Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an den Sachvortrag

⁴⁵⁹ So etwa *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (102 ff.). Siehe bereits oben Fn. 415.

⁴⁶⁰ *Cording*, ZEV 2010, 115 (120); *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (102).

⁴⁶¹ *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (101 f.); vgl. auch *Cording*, ZEV 2010, 115 (120). Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 11.03.2003 – 6 W 16/03, ZErB 2003, 321 f. sowie BayObLG, Beschl. v. 29.11.2000 – 1Z BR 125/00, ZEV 2001, 399 (400).

⁴⁶² Dazu näher *Cording*, ZEV 2010, 115 (119); *Wetterling*, ErbR 2015, 544 (545 f.).

⁴⁶³ *Wetterling*, ErbR 2015, 544 (545); *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46 (49); vgl. auch *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 165.

⁴⁶⁴ *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46 (49).

⁴⁶⁵ Diese trägt entsprechend den allgemeinen Grundsätzen derjenige, der sich auf die Nichtigkeit des Testaments infolge von Testierunfähigkeit beruft, siehe nur BGH, Beschl. v. 23.11.2011 – IV ZR 49/11, ZEV 2012, 100 (103); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 74.

der Parteien.⁴⁶⁶ Die Testierunfähigkeit muss zur vollen Überzeugung des Gerichts feststehen;⁴⁶⁷ im Zweifel wird von Testierfähigkeit ausgegangen.⁴⁶⁸ Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Schutz des leicht zu beeinflussenden Erblassers durch das Erfordernis der Testierfähigkeit aufgrund der Beweislastverteilung in vielen Fällen leerläuft.⁴⁶⁹

b) Leichtere Beeinflussbarkeit im Alter

Aber auch unterhalb der Schwelle der Testierunfähigkeit hat die höhere Lebenserwartung Einfluss auf die Testiersituation. Auch Menschen ohne Demenz werden im Alter tendenziell anfälliger für eine äußere Beeinflussung.⁴⁷⁰ Dies ergibt sich schon daraus, dass mit zunehmendem Alter und abnehmenden Kräften die Abhängigkeit von anderen steigt und viele Menschen auf Hilfe angewiesen sind.⁴⁷¹ Zu den Personen, die den alten Menschen pflegen oder ihn auf andere Art und Weise unterstützen – sei es im Haushalt, sei es zum Beispiel bei der Erledigung von Schriftverkehr –, entwickelt sich schnell eine besondere Nähebeziehung.⁴⁷² Dies gilt nicht nur für Familienangehörige, sondern auch für außenstehende, professionelle Pflegekräfte. Es wird bereits ab einem Alter von 75 Jahren angenommen, dass eine altersmäßig erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Willensschwäche besteht.⁴⁷³ Durch immer häufiger vorkommende kinderlose Lebensformen und die wachsende Zahl von Alleinlebenden steigt das Risiko, im Alter über

⁴⁶⁶ Siebert, NJW 2014, 2918.

⁴⁶⁷ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 74; Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 84.

⁴⁶⁸ OLG München, Beschl. v. 15.12.2016 – 31 Wx 144/15, ZEV 2017, 148 ff. (Fall *Gurlitt*); OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.03.2014 – 3 W 62/13, ErbR 2014, 393 (395); Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 67 und 74; Wetterling/Neubauer/Neubauer, ZEV 1995, 46 (50). Zu neueren Tendenzen einiger Oberlandesgerichte siehe Waldhoff, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 57 (62 f.).

⁴⁶⁹ Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 84; vgl. auch Fries, AcP 216 (2016), S. 421 (434).

⁴⁷⁰ Näher Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 10 f. und 179 f. Vgl. Ludyga, NZS 2013, 201; Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 81 f. Vgl. auch Dittrich, ZEV 2013, 14 (17); Klingelhöffer, ZEV 2010, 385 (387); Kroppenberg, ErbR 2010, 206 (214 ff.). Siehe auch die Studie von Jacoby/Bishara/Hessels/Toth (Journal of Experimental Psychology: General, Bd. 134/2, 2005, 131 ff.), welche ergab, dass ältere Menschen leichter beeinflussbar sind, weil sie falsche Informationen mit erheblich höherer Wahrscheinlichkeit als richtig erinnern und sich dadurch leichter von irreführenden oder täuschenden Informationen leiten lassen.

⁴⁷¹ Vgl. Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 10 f.; Mückenheim, Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 92 f.; Voser, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 205 (222 und 227).

⁴⁷² Vgl. Wetterling, ErbR 2017, 125.

⁴⁷³ Roth, AcP 208 (2008), S. 451 (473).

keine ausreichende partnerschaftliche oder familiäre Unterstützung zu verfügen.⁴⁷⁴ So werden alte Menschen zunehmend nicht mehr zuhause von der (Groß-)Familie versorgt und gepflegt, sondern ambulant oder im Heim von einem externen Pflegedienstleister.⁴⁷⁵ In solchen Fällen kann sich der einsame Erblasser aus Angst davor, die Bezugsperson zu verlieren, dazu gedrängt fühlen, die Person testamentarisch zu begünstigen, während umgekehrt eine Beeinflussung des alleinstehenden Erblassers besonders vielversprechend erscheint.⁴⁷⁶ Die Testierquote unter Kinderlosen ist gegenüber derjenigen von Menschen mit Kindern deutlich erhöht und es existieren oft keine Verwandten, deren Erbeinsetzung naheliegt.⁴⁷⁷ Dies erhöht die Gefahr, dass Testamente verwirklicht werden, die bei einer unabhängigen Willensbildung nicht errichtet worden wären.

Wie gezeigt,⁴⁷⁸ testieren die meisten Menschen erst sehr spät, wenn sie ein hohes Alter erreicht haben und der Gedanke an den eigenen Tod greifbarer wird. Hier ist das Risiko einer Beeinflussung hoch. Aber auch wer schon früh ein Testament errichtet und damit seinen Nachlass nach seinen Wünschen geregelt hat, kann im Alter äußerem Druck ausgesetzt sein und sich dahingehend beeinflussen lassen, dass er ein neues Testament errichtet oder das alte abändert. Sein (neues) Testament ist dann nicht mehr Ausdruck einer freien Willensbildung. Der Beeinflussende muss beim privatschriftlichen Testament keine großen Hürden überwinden, wenn der künftige Erblasser aufgrund seines hohen Alters und dessen Begleitumständen erst dafür anfällig ist, dem Drängen nachzugeben: Wenn es nicht schon genügt, den Testator mündlich zu „bearbeiten“, bis er sein Testament selbständig anpasst, braucht der Erbschleicher nur im geeigneten Zeitpunkt Stift und Papier bereitzulegen und dem Testator einen Text zu diktieren und auf die anschließende Unterschrift zu dringen. Die Gefahr der Beeinflussung des Testators wurde bereits bei der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches erkannt und

⁴⁷⁴ Geißler, Sozialstruktur, S. 57. Siehe auch den Vierten Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 14/8822 vom 18.04.2002, S. 124 ff.

⁴⁷⁵ So ergab die Pflegestatistik 2013 des Statistischen Bundesamtes vom 12.03.2015, S. 7, dass es im Vergleich zu 2011 insgesamt 5 Prozent mehr Pflegebedürftige gab, im Vergleich zu 1999 30,3 Prozent; im Vergleich zu 1999 ist die Zahl der in Heimen vollstationär versorgten Pflegebedürftigen um 35,9 Prozent gestiegen, die Zahl der durch ambulante Pflegedienste versorgten Pflegebedürftigen sogar um 48,3 Prozent; der Bericht ist abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Gesundheit/Pflege/Pflege-Deutschlandergebnisse5224001139004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

⁴⁷⁶ Vgl. Mückenheim, Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 92 f.

⁴⁷⁷ Reid/de Waal/Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (435 f.). So ergibt auch die Untersuchung Metternichs, Verfügungsverhalten, S. 59 f., dass Erblasser ohne Abkömmlinge überdurchschnittlich häufig testieren.

⁴⁷⁸ Siehe oben I. Kapitel B. II. 1.

von den Gegnern des holographischen Testaments als Argument vorgebracht.⁴⁷⁹ Durch die Alterung der Gesellschaft erhält sie nun eine neue Dimension und Schärfe.⁴⁸⁰

Rechtlich gesehen, ist ein durch Beeinflussung zustande gekommenes Testament wirksam,⁴⁸¹ solange der Testator testierfähig war oder seine Testierunfähigkeit nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts feststeht. Eine gewisse Beeinflussbarkeit des Erblassers genügt noch nicht, um Testierunfähigkeit anzunehmen.⁴⁸² Erst wenn die Schwelle zur widerrechtlichen Drohung oder arglistigen Täuschung überschritten ist, kann das Testament nach § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB angefochten oder der betreffende Erbe nach § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB für erbunwürdig erklärt werden. So zustande kommende Testamente widersprechen aber dem Gedanken, dass die Erbfolge durch eine verantwortete, intentionale Entscheidung des Erblassers legitimiert sein soll.⁴⁸³ Für die mangelnde Intentionalität der Testierentscheidung macht es keinen Unterschied, ob der Erblasser wie im Fall von Testierunfähigkeit geistig nicht mehr zu einer freien Willensbildung in der Lage war oder ob er durch faktische Beeinträchtigung an der Ausübung eines freien Willens gehindert wurde.⁴⁸⁴

c) Schwächung der Warn- und Überlegungsfunktion

Die Alterung der Gesellschaft führt im Hinblick auf die Formzwecke zu einer verminderten Gewährleistung der Warn- und Überlegungsfunktion des

⁴⁷⁹ Siehe Protokolle V, S. 328 = *Mugdan* V, S. 697: „Auch die Selbständigkeit des Willens sei bei dem holographischen Testamente keineswegs verbürgt. Bei der leichten Form des Testirens liege vielmehr vielfach der Versuch nahe, den Erblasser in irgend einer Richtung zu beeinflussen. Möglich sei freilich, daß der Erblasser später wieder, wenn die Beeinflussung aufgehört habe, anders testire, aber das sei doch eine recht mißliche Aushülfe.“ Siehe auch Motive V, S. 258 = *Mugdan* V, S. 136: „Völlig ermangelt aber der Schutz, daß der Wille frei und unbeeinflusst erklärt ist.“

⁴⁸⁰ Vgl. dazu auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11b; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 16; *Frieser/Pothast*, ErbR 2017, 114 ff.

⁴⁸¹ OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 22; OLG München, Beschl. v. 12.05.2015 – 31 Wx 81/15, NJW-RR 2015, 1034 (1035); *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 5 und 24 f.; *Otte*, in: Staudinger, BGB, § 2064 Rn. 8; *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (57); *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 82; vgl. auch *Leipold*, in: Münch-Komm BGB, § 2078 Rn. 54.

⁴⁸² OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 22; OLG München, Beschl. v. 12.05.2015 – 31 Wx 81/15, NJW-RR 2015, 1034 (1035); *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 24 f.

⁴⁸³ Dazu oben 2. Kapitel C.

⁴⁸⁴ Vgl. dazu *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 179 f.

§ 2247 BGB. Die Förderung der Bedachtheit und Intentionalität der Testiererklärung durch die Form ist umso stärker, je weniger alltäglich und einfach die vorgeschriebene Form ist.⁴⁸⁵ Von diesem Standpunkt aus betrachtet, ist die Formschwelle beim eigenhändigen Testament als niedrig anzusehen.⁴⁸⁶ Der Testierende kann sein Testament ohne die Hinzuziehung einer anderen Person, allein mit einem Schreibgerät und einer Schreibgrundlage formgültig errichten. Er ist nicht einmal verpflichtet, das so erstellte Testamente an einer bestimmten Stelle zu hinterlegen oder zu registrieren. Das Testament lässt sich nach den gesetzlichen Vorgaben mit wenigen Worten und so schnell und leicht wie eine einfache Notiz anfertigen.

Wenn immer mehr Testatoren an Demenz erkranken oder niederschwelligere Autonomiedefizite erleiden, wächst die Gefahr unbedachter und nicht selbstbestimmter letztwilliger Verfügungen. Gerade bei komplexeren Testieranordnungen mit Vor- und Nacherbenregelungen, Testamentsvollstreckung oder bedingter Erbinsetzung, die selbst für gesunde und kognitiv uneingeschränkte Menschen eine Herausforderung sind, ist fraglich, ob ein Hochbetagter die Folgen noch gänzlich überblicken und damit willentlich herbeiführen kann. Zwar sind viele Menschen auch im hohen Alter geistig noch vollkommen klar und leistungsfähig, jedoch zeigt schon die hohe Demenzquote bei den über 90-Jährigen von mehr als 40 Prozent⁴⁸⁷, dass man nicht mehr allgemein davon ausgehen kann, dass eine Person auch im hohen Alter noch testierfähig ist und wohlüberlegte Entscheidungen trifft.⁴⁸⁸ Eher ist von einem Abbau der kognitiven Fähigkeiten und einem Schwinden der geistigen Agilität auszugehen. Dies hat zur Folge, dass die Warnfunktion ihre Wirkung nicht mehr stark genug entfalten kann, obwohl sie wegen der zunehmenden Gefährdung und Schutzbedürftigkeit älterer Testatoren umso wichtiger wäre. Müsste der Testator dagegen eine strengere Form einhalten – beispielsweise eine notarielle Beurkundung –, die einen erhöhten Aufwand erfordert und die Einschaltung einer neutralen Person vorsieht, wäre er stärker vor Beeinflussung und unbedachten Verfügungen geschützt. Vor diesem Hintergrund ist die durch § 2247 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Form beim privatschriftlichen

⁴⁸⁵ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (45 f.).

⁴⁸⁶ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (47); vgl. auch Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11 ff.

⁴⁸⁷ Dazu oben 3. Kapitel A. II. 2. a) aa).

⁴⁸⁸ Vgl. Busch, ErbR 2014, 90 (93).

Testament nicht als zu schwer und von den modernen Alltagsgewohnheiten ent-
rückt anzusehen, sondern als zu leicht und allzu leichtfertig erfüllbar.⁴⁸⁹

B. Rechtliche Rahmenbedingungen

Neben den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen haben sich auch die rechtli-
chen Gegebenheiten verändert. Für den hiesigen Kontext sollen mit dem Bestre-
ben nach einem inklusiven Recht und der Materialisierungstendenz der Privatau-
tonomie zwei Entwicklungen herausgegriffen werden, die für die Testamentsfor-
men eine Rolle spielen und in der Diskussion berücksichtigt werden sollten.

I. Trend zu einem „offenen“ Recht

Eine der großen Entwicklungslinien im deutschen und europäischen Recht ist die
Forcierung eines offenen, inklusiven Rechts.⁴⁹⁰ Jeder Mensch mit seinen indivi-
duellen Eigenschaften und Fähigkeiten soll gleichermaßen am gesellschaftlichen
Leben teilhaben können. Typischerweise wird der Begriff Inklusion mit der Ein-
beziehung geistig und körperlich behinderter Menschen assoziiert.⁴⁹¹ In einem
weiteren Verständnis kann man ihn aber auch auf andere soziale Gruppen bezie-
hen, die in bestimmten Lebensbereichen eine Ausgrenzung befürchten müssen.
Niemand soll aufgrund einer Behinderung, einer bestimmten sexuellen Orientie-
rung oder anderer diskriminierungsanfälliger Merkmale rechtlich schlechterge-
stellt sein. Die Inklusion ist also eng mit sämtlichen Diskriminierungsverboten
verknüpft.

Das Bemühen um eine derartige Inklusion, die eine gleichberechtigte Teilhabe
am gesellschaftlichen Leben anstrebt, ist in vielen Rechtsbereichen erkennbar und
wird sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Rechtsprechung vorange-
trieben. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt ist der in Art. 3 GG festgelegte
Gleichheitsgrundsatz, speziell die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG.

⁴⁸⁹ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (47 ff.); vgl. auch Schmoeckel,
Erbrecht, § 20 Rn. 15.

⁴⁹⁰ Vgl. Müller-Eiselt, DÖV 2015, 546 (547 ff.); zum Prinzip der progressiven Inklusion im Migrationsrecht
Farahat, DÖV 2016, 45 (51 f.). Zur Kultur der Inklusion aus zeitgeschichtlicher Sicht Rödder, 21.0,
S. 116 ff.

⁴⁹¹ Vgl. Art. 19 BRK (Behindertenrechtskonvention) zur Einbeziehung (Inklusion) von Menschen mit Be-
hinderung in die Gemeinschaft; Müller-Eiselt, DÖV 2015, 546 (547 ff.); Tolmein, ZRP 2014, 177.

Auch auf unionsrechtlicher Ebene finden sich verschiedene Diskriminierungsverbote, wie etwa Art. 18 AEUV und Art. 14 EMRK, und zahlreiche Richtlinien⁴⁹² determinieren das nationale Antidiskriminierungsrecht. So gilt seit 2006 in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zur Verhinderung von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG aufgeführten Gründen, was speziell im Arbeitsrecht die Sensibilität für Diskriminierungen deutlich erhöht hat.

Für behinderte Menschen gilt ferner das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (sogenannte UN-Behindertenrechtskonvention) vom 13.12.2006, das durch Gesetz vom 21.12.2008⁴⁹³ ins deutsche Recht übernommen wurde. Es verpflichtet die Unterzeichnerstaaten zur schrittweisen Inklusion von Behinderten und enthält Regelungen zu fast allen Lebensbereichen.⁴⁹⁴ So hat es unter anderem zu einem integrativen Bildungssystem in Deutschland geführt, das einen gemeinsamen Schulbesuch von behinderten und nichtbehinderten Kindern an einer Regelschule vorsieht.⁴⁹⁵ Darüber hinaus wird auch über ein in noch stärkerem Maße inklusives Wahlrecht für Menschen mit Behinderung diskutiert; besonders die wahlrechtlichen Exklusionsnormen wie § 13 Nr. 2 BWG stehen im Fokus der Aufmerksamkeit.⁴⁹⁶ Außerdem soll beispielsweise auch das im Dezember 2016 verabschiedete Bundesteilhabegesetz (BTHG) die Inklusion von Menschen mit Behinderungen weiter vorantreiben.⁴⁹⁷

In dieser Entwicklung wird eine stärkere Beachtung unterschiedlicher körperlicher Konstitution sichtbar. Damit verbinden sich gestiegene Erwartungen an das Recht, eine eingeschränkte körperliche Konstitution nicht rechtlich zu akzentuieren, sondern Unterschiede in der rechtlichen Stellung möglichst weit abzubauen.

⁴⁹² Zu nennen sind beispielsweise die Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG, die in Deutschland mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt wurden.

⁴⁹³ Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21.12.2008 (BGBl. II S. 1419-1457).

⁴⁹⁴ Däubler/Bertzach, in: Däubler/Bertzach (Hrsg.), AGG, Einleitung Rn. 167. Siehe auch Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 371 f.

⁴⁹⁵ Siehe Art. 24 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen.

⁴⁹⁶ Dazu näher Lang, ZRP 2013, 133 ff.

⁴⁹⁷ Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234-3340). In seiner ersten Stufe ist es bereits am 01.01.2017 in Kraft getreten.

Im Testamentsrecht wurde diesem Bestreben durch das Bundesverfassungsgericht Ausdruck verliehen: Mit Beschluss vom 19.01.1999⁴⁹⁸ urteilte es, dass der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verstoße. Dies führte zu einer Neufassung der §§ 2232, 2233 BGB, sodass seitdem auch schreib- und sprechunfähige Personen ein (öffentliches) Testament errichten können. Allerdings ist eine vollständige Inklusion im Testamentsrecht noch nicht erreicht, denn die Errichtung eines Privattestaments ist schreib- und leseunfähigen Personen weiterhin verwehrt (für Leseunfähige siehe § 2247 Abs. 4 BGB). Das gilt auch für Blinde, da die Blindenschrift den Anforderungen eines eigenhändigen Testaments nach herrschender Meinung wegen ihrer fehlenden Individualität nicht genügt.⁴⁹⁹

II. Tendenz zur Materialisierung der Privatautonomie

Im Laufe des letzten Jahrhunderts, insbesondere in der zweiten Hälfte, hat sich ein gewandeltes, voraussetzungsvolleres Verständnis der Privatautonomie entwickelt.⁵⁰⁰ Dieses Verständnis ist Ausdruck der im deutschen Privatrecht zu beobachtenden „Materialisierungstendenz“⁵⁰¹, die ihren Ursprung im Vertragsrecht genommen hat.⁵⁰² Folge dieser Entwicklung ist, dass bei der Beurteilung von Pri-

⁴⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 ff. = NJW 1999, 1853 ff.

⁴⁹⁹ Siehe die Nachweise in Fn. 366.

⁵⁰⁰ Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (48); *dies.*, AcP 211 (2011), S. 196 (199 f. und 203).

⁵⁰¹ Dazu *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 ff.; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 36 ff.; *Dutta*, AcP 209 (2009), S. 760 (761); *Hagen*, DNotZ 2010, 644 (645 ff.); *ders.*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 11 (13 f.); *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 53 ff.; *Hofer*, Vertragsfreiheit, S. 7 ff. (insbes. S. 35); *Knobel*, Wandlungen der Vertragsfreiheit, passim (deutlich bspw. S. 43); *Reuter*, AcP 189 (1989), S. 199 (217 ff.); *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (41 f.); *dies.*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 9 (77 f.); *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 22 und 29; *dies.*, AcP 211 (2011), S. 196 (199 f.); *Röthel/Lemmerz*, in: Gebauer/Isomura/Kansaku/Nettesheim (Hrsg.), Alternde Gesellschaften, S. 3 (14 m.w.N.); *Wagner*, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht, S. 13 (18 ff.); *ders.*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 197 (198); vgl. auch *Dauner-Lieb*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 51 (54 f.); *dies.*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 181 (192). *Röthel* (in: Röthel [Hrsg.], Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 9 [78]) schlägt stattdessen auch die Begriffe *Personalisierung* und *Kontextualisierung* vor.

⁵⁰² *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (48); vgl. *Dutta*, AcP 209 (2009), S. 760 (761).

vatautonomie verstärkt der Erklärungskontext in den Blick genommen und besonders Rollen- und Beziehungsgeflechte beachtet werden.⁵⁰³ Die Aufmerksamkeit für die Bedingungen selbstbestimmter Entscheidungen und mögliche Gefährdungen in personalen Beziehungen ist gestiegen.⁵⁰⁴ Grund hierfür ist, dass der von einer Partei (formgerecht) nach außen erklärte Wille nicht in jedem Fall auf eine autonome, also selbstbestimmte Entscheidung schließen lässt.⁵⁰⁵ Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht deshalb seit jeher die Anfechtung vor (§§ 119 ff. BGB), fordert die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) für die Wirksamkeit von Willenserklärungen und erklärt wucherische Rechtsgeschäfte für nichtig (§ 138 Abs. 2 BGB).⁵⁰⁶ Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches sind jedoch viele weitere Normen hinzugekommen, die eine informierte Entscheidung herbeiführen und die tatsächliche (materiale) Selbstbestimmtheit sichern sollen.⁵⁰⁷ Hier lassen sich besonders die Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) – vor allem bei der Verwendung gegenüber Verbrauchern (vgl. § 310 BGB) –, die vielfältigen Pflichten des Unternehmers und Rechte des Verbrauchers im Verbraucherrecht, speziell im Rahmen besonderer Vertriebsformen (§§ 312 ff. BGB), oder die §§ 630c, 630d, 630e BGB bei medizinischen Maßnahmen anführen.⁵⁰⁸ Es ist eine zunehmende Schutz Tendenz zu erkennen, sodass sich eine allmähliche Abkehr vom ursprünglichen Leitbild des Bürgerlichen Gesetzbuches vom selbstverantwortlichen Teilnehmer am Rechtsverkehr beobachten lässt.⁵⁰⁹

Zusätzlich hat auch das Bundesverfassungsgericht das materiale Verständnis der Selbstbestimmung entscheidend geprägt und für bestimmte Konstellationen über §§ 138, 242 BGB und die Grundrechte weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen aufgestellt. In seiner „Handelsvertreterentscheidung“ hat das Bundesverfas-

⁵⁰³ Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (48).

⁵⁰⁴ Vgl. Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (48 f.); vgl. auch Canaris, AcP 200 (2000), S. 273 (276 ff.).

⁵⁰⁵ Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (41); vgl. Flume, Allgemeiner Teil II, § 19 (S. 16).

⁵⁰⁶ Vgl. Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (41); Schön, in: FS Canaris, S. 1191 (1204).

⁵⁰⁷ Vgl. auch Schön, in: FS Canaris, S. 1191 (1193 ff.) zum „Informationsmodell“ als neuer Stufe der Rechtsentwicklung.

⁵⁰⁸ Vgl. Hagen, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 11 (13 f.); Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (48).

⁵⁰⁹ Vgl. Schmoeckel, NJW 1996, 1697 (1700).

sungsgericht die Selbstbestimmtheit einer „freiwillig“ eingegangenen vertraglichen Verpflichtung erstmals hinterfragt.⁵¹⁰ Es stellte fest, dass die Privatautonomie, die auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruhe, voraussetze, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben seien.⁵¹¹ Bei einem starken Übergewicht eines Vertragsteils und einem fehlenden annähernden Kräfteausgleichgewicht bewirke dies für den anderen Teil Fremdbestimmung.⁵¹² Im Ergebnis sei die Entscheidung dann nicht privatautonom, sodass die Vertragsfreiheit zum Schutz der schwächeren Partei begrenzt werden müsse.⁵¹³

Dieses erweiterte, „materiale“ Verständnis der Privatautonomie führte das Gericht in späteren Entscheidungen fort, welche Verträge zwischen Familienangehörigen betrafen.⁵¹⁴ Die Entscheidung zur Angehörigenbürgschaft aus dem Jahr 1993 betrifft die Übernahme einer Bürgschaft durch einkommens- und vermögenslose Familienangehörige.⁵¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht betont, dass es darauf ankomme, ob die Entscheidung (zur Übernahme der Bürgschaft) *tatsächlich frei* war.⁵¹⁶ Privatautonomie wird also material im Sinne tatsächlicher Entscheidungsfreiheit verstanden.⁵¹⁷ An dieser fehle es bei einer strukturellen Unterlegenheit eines Vertragsteils, deren Folgen den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belasten.⁵¹⁸ Der Vertrag sei dann nicht mehr Ausdruck der Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen“, sondern von Fremdbestimmung.⁵¹⁹

⁵¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 ff. = NJW 1990, 1469 ff. Streitpunkt der Entscheidung war ein entschädigungsloses nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen Handelsvertreter.

⁵¹¹ BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470).

⁵¹² BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470).

⁵¹³ BVerfG, Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470).

⁵¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 29.03.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248; Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 ff. = NJW 2001, 957 ff.; Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 ff. = NJW 1994, 36 ff.

⁵¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 ff. = NJW 1994, 36 ff.

⁵¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) = NJW 1994, 36 (38). Kritisch zum Kriterium des „strukturellen Ungleichgewichts“ Schön, in: FS Canaris, S. 1191 (1204 f. m.w.N.).

⁵¹⁷ Canaris, AcP 200 (2000), S. 273 (296).

⁵¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1994, 36 (38).

⁵¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231 f.) = NJW 1994, 36 (38).

Auch in seinen Ehevertragsentscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht dieses materiale Verständnis der Privatautonomie weiterverfolgt.⁵²⁰ Die Bedingungen der Selbstbestimmung des Einzelnen müssten *auch tatsächlich gegeben* sein.⁵²¹ Gerade bei einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition müsse das Recht korrigierend eingreifen, damit sich die Selbstbestimmung nicht in Fremdbestimmung verkehre.⁵²² Bei der Situation der Unterlegenheit, die es bei einer nicht verheirateten schwangeren Frau gegenüber dem Kindsvater regelmäßig als gegeben ansieht, stellt das Gericht zuvorderst auf die tatsächliche Lage (die Schwangerschaft mit allen ihren Auswirkungen) ab, die die Verhandlungsposition schwäche.⁵²³

Inzwischen ist diese stärkere Materialisierung der Privatautonomie zur ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geworden.⁵²⁴ Die ordentlichen Gerichte haben die Anforderungen und Voraussetzungen der richterlichen Inhaltskontrolle weiter ausdifferenziert,⁵²⁵ sodass nunmehr ein wirksames Schutz- und Kontrollsystem für sensible Vertragsschlusssituationen, in denen ein Verhandlungsungleichgewicht droht, besteht.

Das materialisierte Verständnis von Privatautonomie weicht von einem rein formalen Verständnis ab, bei welchem es unabhängig von Störungen der Willensbildung allein auf den geäußerten Willen ankommt.⁵²⁶ Selbst wenn man dabei höhere Anforderungen an Selbstbestimmung stellt und die Privatautonomie formal gesehen beschränkt, wird die Privatautonomie auf diese Weise stärker geschützt.⁵²⁷ Dies beruht auf der Erkenntnis, dass eine Entscheidung nicht als selbst-

⁵²⁰ BVerfG, Beschl. v. 29.03.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248; Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 ff. = NJW 2001, 957 ff.

⁵²¹ BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958).

⁵²² BVerfG, Beschl. v. 29.03.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248; Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (101) = NJW 2001, 957 (958).

⁵²³ BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (102) = NJW 2001, 957 (958).

⁵²⁴ Beispiele aus jüngerer Zeit sind etwa: BVerfG, Beschl. v. 07.09.2010 – 1 BvR 2160/09 und 1 BvR 851/10, NJW 2011, 1339 (1340 Rn. 34); Beschl. v. 29.05.2006 – 1 BvR 240/98, juris Rn. 21 ff.; Beschl. v. 27.07.2005 – 1 BvR 2501/04, NJW 2006, 596 (598).

⁵²⁵ Siehe die Rechtsprechungsnachweise für familiäre Rechtsgeschäfte bei Röhrl, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (49 Fn. 53).

⁵²⁶ Für ein formales Verständnis von Selbstbestimmung beispielsweise Singer, Selbstbestimmung, S. 45 und 207 f.

⁵²⁷ Dazu schon oben 2. Kapitel A. II und C.

bestimmt angesehen werden kann, wenn sie nicht selbstbestimmt zustande gekommen ist, etwa weil eine einseitige Machtlage bestand.⁵²⁸ In diesem Fall handelt es sich gerade nicht um eine vom Erklärenden privatautonom getroffene Entscheidung, da sie nur unter Fremdeinfluss entstanden ist. Vielmehr muss das Erklärte tatsächlich das vom Erklärenden Gewollte sein.⁵²⁹ Tatsächliche Selbstbestimmung liegt nur dann vor, wenn der Erklärende seinen Willen frei bilden kann, also frei von äußerem Einfluss und Druck handelt.⁵³⁰ Dies bedeutet nicht, dass er sich nicht auch von äußeren Vorstellungen und Wünschen leiten lassen darf,⁵³¹ solange er diese kraft eigenen, freien Entschlusses umsetzt.

Mit dieser Auffassung von Selbstbestimmtheit setzt man sich zwar leicht der Gefahr des Paternalismusvorwurfs aus,⁵³² da der scheinbar privatautonom geäußerte Wille korrigiert wird. Die Materialisierung darf nicht so weit gehen, dass die Selbstbestimmungsfreiheit überreglementiert und dadurch ausgehebelt wird.⁵³³ Hierdurch würde Autonomie letztlich in Heteronomie umschlagen, weil kein Raum für eigene Entscheidungen verbliebe.⁵³⁴ Jedoch ist es erstrebenswert, die Aufmerksamkeit für die Gefahren für selbstbestimmte Entscheidungen in machtanfälligen Situationen zu erhöhen und möglichst gute Chancen und Bedingungen für beherrschungsfreie Erklärungen zu schaffen, um auf diese Weise die Privatautonomie zu schützen.⁵³⁵

III. Übertragung auf die Testierfreiheit

Diese Gedanken lassen sich auf die Testiersituation übertragen. Es liegt nahe, auch bei § 2247 BGB nicht nur darauf zu achten, dass äußerlich ein eigener Wille

⁵²⁸ Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 1 7 (S. 10) und § 1 9 (S. 16); *Wolf*, Entscheidungsfreiheit, S. 79; a.A. *Singer*, Selbstbestimmung, S. 207.

⁵²⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (100) = NJW 2001, 957 (958); Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (231) = NJW 1994, 36 (38); Beschl. v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (255) = NJW 1990, 1469 (1470); *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 (277 ff. und 296).

⁵³⁰ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 29.

⁵³¹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 29 f.

⁵³² Vgl. auch *Moussa*, Formgerechter Zugang, S. 55; ferner *Hagen*, in: Schmoeckel/Kanzleiter (Hrsg.), Vertragsschluss, S. 11 (14).

⁵³³ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 37.

⁵³⁴ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 37; *Singer*, Selbstbestimmung, S. 21.

⁵³⁵ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 39. Zum Beitrag der Form hierzu unten 5. Kapitel A. I und B. VI. 7.

bekundet wurde, sondern auch darauf, dass sich der geäußerte Wille auch bei näherer Betrachtung als genuin eigene Entscheidung des Erblassers erweist.⁵³⁶ Es geht also – im Einklang mit der beschriebenen Materialisierung der Privatautonomie – um eine Materialisierung der Testierfreiheit.⁵³⁷

1. Anforderungen an die Selbstbestimmtheit der Testierentscheidung

Die Testierfreiheit beruht auf dem Gedanken, dass grundsätzlich jeder frei darüber entscheiden können soll, was nach seinem Tod mit seinem Vermögen geschieht.⁵³⁸ Erforderlich ist somit eine bewusste Entscheidung, die – auch wenn sie nicht objektiv vernünftig oder gerecht sein muss und außer in den Grenzen von § 138 BGB keiner Inhaltskontrolle unterliegt – auf einem ausdrücklichen Willen beruht. Der Anerkennungsanspruch einer Testierentscheidung folgt aus der Selbstbestimmung des Erblassers.⁵³⁹ Nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen sind dem Erblasser zurechenbar und werden durch die Testierfreiheit geschützt.⁵⁴⁰ Als Ausdruck der Selbstbestimmung setzt die Testierfreiheit die Selbstbestimmungsfähigkeit des Erblassers voraus.⁵⁴¹ Ist die letztwillige Verfügung nicht das Produkt einer selbstbestimmten und selbstverantworteten Entscheidung, fehlt die Legitimationsgrundlage für die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben.⁵⁴² Diese sollen nach der gesetzlichen Konzeption

⁵³⁶ Vgl. Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (59 f.).

⁵³⁷ Die Materialisierung im Kontext der hiesigen Frage der gefährdeten Selbstbestimmung des Erblassers ist von der Frage zu trennen, inwiefern Materialisierungen im Verhältnis zwischen Erblasser und Erben dabei helfen, die immanenten Grenzen der Testierfreiheit zu bestimmen, die zum Schutz der Autonomie des Erben vor der Testiermacht des Erblassers erforderlich sind, dazu näher Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (41 ff.); *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 29 und 86 ff.; ferner Dutta, Warum Erbrecht?, S. 327 m.w.N.; gegen eine Übertragung von Materialisierungsansätzen auf derartige Situationen Kroppenberg, DNotZ 2006, 86 (104); Seibert, Testierfähigkeit, S. 125 ff.; vgl. auch Blomberg, Freiheit und Bindung, S. 219 f.

⁵³⁸ Vgl. Lange, Erbrecht, § 11 Rn. 1 ff.; Leipold, Erbrecht, § 9 Rn. 233; Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 412.

⁵³⁹ Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (47).

⁵⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351) = NJW 1999, 1853; Wendt, in: Sachs, GG, Art. 14 Rn. 197a. Zur Autonomie als Zurechnungskategorie siehe Bumke/Roggon, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 255 (267 ff.).

⁵⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351) = NJW 1999, 1853; Klingelhöffer, ZEV 2010, 385 (387); Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 412; kritisch Bublitz, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 37 (39 f.).

⁵⁴² Lange, Erbrecht, § 11 Rn. 15; Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 22 f.; *dies.*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (47); vgl. auch Otte, in: Staudinger, BGB, § 2065 Rn. 2; Schmoeckel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 16 (18); Welter, Auslegung und Form, S. 61 f. Zur Autonomie als Garantin eines Legitimationszusammenhangs Bumke/Roggon, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 255 (267 ff.). Dazu schon oben 2. Kapitel C.

(§§ 1922 ff. BGB) zum Zuge kommen, wenn der Erblasser keine abweichende Entscheidung getroffen hat (§§ 1937 f., 1941 BGB). Im Umkehrschluss bedeutet das, dass sie nur dann *nicht* zum Zuge kommen sollen, wenn dies dem erklärten Willen des Erblassers entspricht. Weil dieser Wille allein über die Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge entscheidet, muss er, um als ausreichende Legitimationsgrundlage angesehen werden zu können, eine bestimmte privatautonome Qualität aufweisen.⁵⁴³ Es genügt nicht, dass es sich formal um den Willen des Erblassers handelt, weil dieser ihn testamentarisch niedergelegt hat, sondern es muss sich auch im materialen Sinne um den Willen des Erblassers handeln. Selbstbestimmtheit bedeutet im Testamentsrecht demnach, dass der Erblasser bezüglich seines Testaments tatsächliche Entscheidungsfreiheit hat. War die Willensfreiheit eingeschränkt, weil der Erblasser unter Druck oder Fremdeinfluss stand, handelt es sich nicht um eine selbstbestimmte Entscheidung, sondern um eine fremdbestimmte. Fremdbestimmung liegt allerdings nicht schon dann vor, wenn die Testierentscheidung irgendwie von außen beeinflusst wurde, da nahezu jede Entscheidung den Einflüssen anderer unterliegt.⁵⁴⁴ Erst wenn die innere Willensbildungsfreiheit des Erblassers gestört ist und er die Testierentscheidung nicht aus eigener Überzeugung trifft, sondern allein aufgrund äußerlichen Einflusses, handelt es sich um Fremdbestimmung.⁵⁴⁵

2. Unterschied zur Vertragsfreiheit

Allerdings besteht bei der Testierfreiheit gegenüber der Vertragsfreiheit ein wesentlicher Unterschied: Während sich die bisherige Rechtsprechung und die gesetzlichen Normen, die die tatsächliche Selbstbestimmung sichern sollen, auf Verträge beziehen, handelt es sich bei Testamenten um einseitige Rechtsgeschäfte. Bei Testamenten gibt es keinen Vertragspartner, der die Selbstbestimmung des Testators beschränken könnte. Hinzu kommt, dass das Testament erst nach dem Tod des Erblassers Rechtswirkung entfaltet und bis dahin jederzeit frei widerruflich und veränderbar ist. Selbst wenn das Testament unter dem Einfluss Dritter zustande gekommen ist und dem wirklichen Willen des Testators widerspricht, kann er es im Nachhinein, auch heimlich und unbemerkt, wieder vernichten oder modifizieren. Anders als ein lebzeitiger Vertrag betrifft das Testament

⁵⁴³ Vgl. Röthel, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 22 f. und oben 2. Kapitel C.

⁵⁴⁴ Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 83 f.; Zaczek, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 89 (96).

⁵⁴⁵ Christandl hat in seiner Habilitationsschrift eine ausführliche Definition von Fremdbestimmung entwickelt, siehe Selbstbestimmtes Testieren, S. 84 ff.

den Testierenden nicht einmal unmittelbar selbst, sondern nur sein Vermögen nach seinem Tod, und es können ihn keine negativen Folgen treffen. So hat sich auch der historische Gesetzgeber – abgesehen von den Fällen arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung (§ 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB, § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB) – nicht mit den Gefahren für die Testierfreiheit des Erblassers durch Machteinwirkung auseinandergesetzt.

Auf den ersten Blick fehlt damit das Schutzbedürfnis für eine vergleichbare Kontrolle. Besonders *Kroppenberg* plädiert auf Rechtsgeschäftsebene für eine unterschiedliche Behandlung von Testierfreiheit und Vertragsfreiheit unter Lebenden.⁵⁴⁶ Während lebzeitige Verträge synchron ausgehandelt würden, unterscheide sich das Erklärungsgeschehen bei letztwilligen Verfügungen dadurch, dass letztwillige Verfügungen diachron ausgestaltet seien.⁵⁴⁷ Der Erblasser verhandle nicht über seine Rechtsnachfolge, sondern entscheide ohne Einfluss der Erben über die letztwillige Verfügung.⁵⁴⁸ Einer Warnung vor unüberlegten Anordnungen, die nicht Ausdruck eines „gereiften“ Willens seien, bedürfe es wegen der leichten Korrekturmöglichkeit des Testaments nicht.⁵⁴⁹ Ferner betont *Kroppenberg*, dass das Recht keine „druckfreie Zone“ sei.⁵⁵⁰ Solange die Grenze der Drohung nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB nicht erreicht sei, müsse er ausgehalten oder zurückgewiesen werden.⁵⁵¹

3. Strukturelle Unterlegenheit des betagten Testators

Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch ein anderes Bild. Ist der Unterschied zwischen der typischen Testiersituation und den Abschlussumständen eines lebzeitigen Vertrages wirklich so erheblich, dass diese ein Schutzbedürfnis begrün-

⁵⁴⁶ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, passim (siehe etwa S. 227 ff.). Verfassungsrechtlich möchte *Kroppenberg* dagegen beide Freiheiten in Art. 2 Abs. 1 GG verorten (oben Fn. 97). Zur strukturellen Eigenständigkeit der Testierfreiheit auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 54 ff.

⁵⁴⁷ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, passim (insbesondere S. 195 f. und 332); *dies.*, DNotZ 2006, 86 (101 f.).

⁵⁴⁸ *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (101 f.); vgl. *dies.*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 195 f.

⁵⁴⁹ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 316, die deshalb den Formzweck des Übereilungsschutzes beim Testament verneint. Bei letztwilligen Verfügungen unterstütze die Form die Abschluss- und Vornahmefreiheit gerade nicht, siehe *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 235 Fn. 29 und S. 315 f. Dazu schon oben 2. Kapitel B. II. 2. b).

⁵⁵⁰ *Kroppenberg*, ZEV 2007, 583 (584); *dies.*, DNotZ 2006, 86 (104).

⁵⁵¹ *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (104). Allerdings entwickelte *Kroppenberg* diese Gedanken mit Blick auf das Verhältnis zwischen Erblasser und Erben. Für den hochbetagten, vulnerablen Erblasser erkennt auch sie (mittlerweile) ein Schutzbedürfnis der Testierfreiheit an, siehe ErbR 2010, 206 (214 ff.).

den, jene aber nicht? Ist der betagte, hilfsbedürftige Testator weniger machtanfällig und schutzbedürftig als die nicht verheiratete schwangere Frau, der vermögenslose Angehörigenbürge oder der Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen? Und das, obwohl den Erblasser die Wirkungen seines Testaments zwar nicht selbst treffen, dafür aber seine Angehörigen und Erben oder gar die ganze Familie über Generationen?

Auch der betagte Testator befindet sich in einer potenziell machtanfälligen Position. Wenngleich es beim Testament keinen Vertragspartner gibt, der die Selbstbestimmung des unterlegenen Vertragsteils in Fremdbestimmung verkehren könnte, nimmt eine Person, die den Testator durch Androhungen (zum Beispiel die Ankündigung, benötigte Hilfe- oder Pflegeleistungen zu unterlassen⁵⁵²), Überredungskünste, Schmeicheleien⁵⁵³ oder die Vorspiegelung falscher Tatsachen in seiner Testamentsentscheidung beeinflusst oder gar die Testamentserrichtung herbeiführt und manipuliert (etwa durch das Diktieren eines für sie günstigen Testamentstextes), eine vergleichbare Machtstellung ein. Sie versetzt den aufgrund seines Alters strukturell unterlegenen Testator in eine subjektive Zwangslage, so dass dieser nicht aus eigenem, freiem Willen über die Testierung entscheidet.⁵⁵⁴ Faktisch ist neben dem Testator wie bei einem Vertrag eine weitere „Partei“ an der Testierung beteiligt, die den Inhalt einseitig vorgibt oder jedenfalls erheblich beeinflusst. Das Kräfteungleichgewicht führt dazu, dass der Erblasser dies nicht erkennt oder glaubt, keine Wahl zu haben, ohne erhebliche persönliche Nachteile hinnehmen zu müssen.

Es muss sich dabei nicht zwangsläufig um „harte“⁵⁵⁵ Beeinflussung handeln, die als widerrechtliche Drohung im Sinne von § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu qualifizieren wäre. Gefährlich und in vielen Fällen vorstellbar sind auch subtilere Formen der Einflussnahme. Schon wenn der Testator sich in einem schwachen Moment zu einer bestimmten Verfügung überreden lässt (etwa wenn die Nachbarin dem kranken und betagten Testator mehrfach Gefälligkeitsdienste erbracht hat

⁵⁵² Hier kann allerdings eine Anfechtungsmöglichkeit nach § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB gegeben sein, siehe KG, Beschl. v. 07.09.1999 – 1 W 4291/98, NJW 2001, 903 (905) sowie RG, Urt. v. 27.10.1902 – 193/1902 IV, JW 1902, Beil. 14 S. 286.

⁵⁵³ A.A. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 94 ff., der bei bloßen Schmeicheleien, Bitten und Forderungen sowie Widerspruch in der Regel keine Fremdbestimmung erkennen möchte. Letztlich kommt es für die Einordnung auf den Grad und die Intensität der Einflussnahme im Einzelfall an.

⁵⁵⁴ Vgl. zur Beeinflussung der Entscheidungsfähigkeit in derartigen Fällen *Wetterling*, ErbR 2017, 125 (126 f.).

⁵⁵⁵ Begriff nach *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (56).

und hinterher das Thema geschickt und hartnäckig auf eine testamentarische Begünstigung lenkt), ist seine Erklärung nicht mehr wirklich frei. Aus eigenem Antrieb hätte er für die Einfluss nehmende Person nicht seine Kinder oder andere nahestehende Angehörige erblich zurückgesetzt oder verdrängt. Faktisch gefährdet ist die Testierfreiheit sowohl durch offen ausgesprochenen als auch durch versteckten Druck, sobald für den Erblasser eine von ihm empfundene Zwangslage besteht. Auch im oben geschilderten Fall zum Ehevertrag mit einer Schwangeren⁵⁵⁶ wurde vom Partner der schwangeren Frau kein offener Druck ausgeübt, und der Verbraucher wird nicht vom Unternehmer zum Vertragsschluss gezwungen, sondern es genügt, dass eine faktische Zwangslage besteht und der Verbraucher mangels ausreichender Kenntnis tatsächlich nicht selbstbestimmt entscheidet.

Indem das Bundesverfassungsgericht an die Verhandlungsmacht und -position anknüpft,⁵⁵⁷ macht es deutlich, dass es um die Gewährleistung der Entschließungsfreiheit durch die Kontrolle der Entschließungsbedingungen (prozedurale Abschlusskontrolle) geht.⁵⁵⁸ Diese Entschließungsfreiheit ist auch beim Testament schützenswert, weil es andernfalls keine Gewähr für die Selbstbestimmtheit der Erklärung bieten kann. Wer kein Testament errichten möchte, muss davor geschützt werden, zu einem Testament gedrängt zu werden und dadurch seine (negative) Testierfreiheit und Selbstbestimmtheit zu verlieren. Er darf nicht durch seine machtanfällige Lage zu einem Testament gebracht werden, das seinen eigentlichen Wünschen zuwiderläuft – genau wie eine Schwangere davor geschützt werden muss, dass sie durch ihre Situation zu Vereinbarungen gedrängt wird, die ihren Interessen massiv widersprechen.⁵⁵⁹ An der Schutzbedürftigkeit ändert sich auch nichts dadurch, dass das Testament keine sofortige Wirkung entfaltet und der Handelnde es im Nachgang revidieren kann.⁵⁶⁰ Denn allein, dass der Testator das Testament ändern *kann*, bedeutet noch nicht, dass er es auch tut, etwa weil die Machteinwirkung noch andauert oder fortwirkt oder der plötzlich eintretende Tod dem zuvorkommt. Die Widerrufsmöglichkeit (§§ 2253 ff. BGB) kann nicht

⁵⁵⁶ BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 ff. = NJW 2001, 957 ff. Siehe oben 3. Kapitel B. II.

⁵⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 29.03.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248; Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (101) = NJW 2001, 957 (958). Dazu oben 3. Kapitel B. II.

⁵⁵⁸ Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (42).

⁵⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (102) = NJW 2001, 957 (958).

⁵⁶⁰ So aber *Kroppenberg*, die aus diesen Gründen einen Überlegungsschutz beim Testament verneint und die Parallele zu den Formzwecken lebzeitiger Geschäfte kritisiert (siehe schon oben Fn. 549).

verhindern, dass Testamente aufgrund psychischer Zwangslagen errichtet und bis zum Tod aufrechterhalten werden.⁵⁶¹ Gerade bei dauerhafter Pflegebedürftigkeit und anderer altersbedingter Abhängigkeit – und zwar auf physischer wie auch auf psychischer, zwischenmenschlicher Ebene – ist das theoretische Widerrufsrecht in der Realität kein wirkungsvoller Schutzmechanismus.⁵⁶² Ebenso kann ein Widerruf daran scheitern, dass der Testator körperlich derart beeinträchtigt ist, dass er ohne fremde Hilfe keinen Zugriff auf die Testamentsurkunde oder auf Stift und Papier hat (etwa bei Bettlägerigkeit), oder daran, dass er das unliebsame Testament schlicht verdrängt. Wenn das unter Fremdeinfluss zustande gekommene Testament fortbesteht und nicht später dem eigenen Willen angepasst wird, ist die Situation mit der eines in einer Zwangslage entstandenen Bürgschaftsvertrages vergleichbar, der ebenfalls erst mit Eintritt des Bürgschaftsfalls eine spürbare Wirkung entfaltet, oder der eines Ehevertrags mit nachhehlichem Unterhaltsverzicht, der nur im Fall der Scheidung überhaupt zum Tragen kommt. In diesen Fällen steht nicht einmal fest, ob sich das Risiko irgendwann realisieren wird, während beim (nicht geänderten) Testament sicher ist, dass der Erbfall zu gegebener Zeit eintreten wird und sich die angeordneten Verfügungen verwirklichen werden. Die Testierfreiheit ist daher ebenso schutzwürdig gegenüber faktischer Beeinträchtigung wie die Vertragsfreiheit.⁵⁶³

Wenn man dagegen, wie vor allem *Kroppenberg*, die Ansicht vertritt, dass psychischer Druck unterhalb der Schwelle einer widerrechtlichen Drohung kein rechtliches Eingreifen erlaube und vom Betroffenen ausgehalten werden müsse,⁵⁶⁴ verschließt man den Blick vor den heutigen Realitäten. Aufgrund des demographischen Wandels und der Alterung der Testatoren, die auch zu einer steigenden Zahl von leicht beeinflussbaren, betreuten und dementen Testatoren führt, kommt es immer häufiger zu machtanfälligen Testiersituationen.⁵⁶⁵ Es ist realitätsfern, vom hochbetagten, dementen und pflegebedürftigen Erblasser zu erwarten, dass er sich selbst gegen äußeren Druck erwehre, da das Recht keine

⁵⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964 f.

⁵⁶² Ähnlich *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 141; *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (60).

⁵⁶³ Vgl. dazu die Entscheidung zu § 14 HeimG a. F., in der das Bundesverfassungsgericht den Schutz der „faktischen Testierfreiheit“ anerkennt: Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964 f.; vgl. auch *Kaulbach*, Gestaltungsfreiheit, S. 103 f.; *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (59 f.).

⁵⁶⁴ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 46 m.w.N.; *dies.*, ZEV 2007, 583 (584); *dies.*, DNotZ 2006, 86 (104).

⁵⁶⁵ Vgl. *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 81; vgl. auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11b; *Lange*, Erbrecht, § 3 Rn. 42 und § 11 Rn. 15.

„druckfreie Zone“⁵⁶⁶ sei.⁵⁶⁷ Zwar wurde mit § 14 HeimG (beziehungsweise den landesrechtlichen Nachfolgebestimmungen⁵⁶⁸) eine Vorschrift erlassen, die das Testieren zugunsten von Heimträgern, Heimleitern oder dort Beschäftigten und sonstigen Mitarbeitern untersagt.⁵⁶⁹ Damit soll unter anderem die Testierfreiheit der Heimbewohner gesichert werden.⁵⁷⁰ Diese Regelung betrifft aber nur eine spezifische Testierkonstellation mit besonderen Umständen und bietet keinen umfassenden Schutz. Die dahinterstehende Ratio, dass die Testierfreiheit nicht durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet werden soll,⁵⁷¹ gilt auch für andere Testiersituationen und Personenkreise. Offener oder versteckter Druck kann nicht nur durch Heimmitarbeiter, sondern auch durch nahe Verwandte und enge Freunde ausgeübt werden. Emotionale Drucksituationen bestehen sogar typischerweise zwischen Familienangehörigen und anderen einander ähnlich nahestehenden Personen.⁵⁷² Die punktuelle Sanktionierung des § 14 HeimG tangiert diese weiteren – heutzutage weit verbreiteten – Situationen nicht und ist in ihrer Rechtsfolge auch gar nicht übertragbar. Es geht nicht darum, Verfügungen zugunsten enger Verwandter zu beschränken oder zu erschweren, sind diese doch gerade rechtlich erwünscht (siehe nur die Regelungen zur gesetzlichen Erbfolge nach §§ 1924 ff. BGB und zum Pflichtteilsrecht nach §§ 2303 ff. BGB). Jedoch sollte die erhöhte Aufmerksamkeit für die zunehmende Gefährdung alternder Erblasser auch außerhalb von Heimen gelten und rechtliche Berücksichtigung finden. Das steigende Demenzrisiko, die Zunahme isolierter Lebensformen und die

⁵⁶⁶ *Kroppenberg*, ZEV 2007, 583 (584); *dies.*, DNotZ 2006, 86 (104).

⁵⁶⁷ Siehe denn auch *Kroppenberg*, ErbR 2010, 206 (214 ff.).

⁵⁶⁸ In Hamburg gilt beispielsweise § 5a HmbWBG. Dieser erstreckt das Verbot der Annahme von Leistungen über den Heimbereich hinaus auch auf den Bereich ambulanter Dienste. Der hamburgische Gesetzgeber sieht in diesem Bereich wegen der geringeren Kontrolldichte eine besondere Gefahr wirtschaftlicher Ausnutzung und Übervorteilung (vgl. die Begründung zu § 5a HmbWBG, Drucks. 19/4686 der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, S. 20).

⁵⁶⁹ Wörtlich untersagt die Norm den genannten Personen nur, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern Leistungen versprechen oder gewähren zu lassen; die Regelung wird aber unter anderem als Verbot (§ 134 BGB) entsprechender letztwilliger Verfügungen angesehen, siehe etwa BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZB 33/10, NJW 2012, 155 Rn. 15; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 20 Rn. 5 ff. Verboten sind allerdings nur solche testamentarischen Verfügungen zugunsten des Heimpersonals, von denen der Begünstigte Kenntnis hatte, siehe BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964 (2965); *Kroiß*, in: *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht, § 14 HeimG Rn. 6; vgl. *Roth/Maulbetsch*, NJW-Spezial 2009, 71. Ausführlich zu § 14 HeimG *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 111 ff.

⁵⁷⁰ BT-Drucks. 11/5120, S. 17; *Roth/Maulbetsch*, NJW-Spezial 2009, 71.

⁵⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98, NJW 1998, 2964.

⁵⁷² Dazu näher *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 (296 f.); *Dutta*, Warum Erbrecht?, S. 326; *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 84; *dies.*, in: *Röthel* (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 9 (44); vgl. auch *Bumke/Roggon*, in: *Röthel* (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, S. 255 (266, 274 und 288).

Abhängigkeiten aufgrund von Pflege- und Hilfsbedürftigkeit im Alter⁵⁷³ sprechen dafür, das jetzige Schutzkonzept des Bürgerlichen Gesetzbuches zu verdichten.⁵⁷⁴ Der historische Gesetzgeber konnte die demographischen Veränderungen nicht vorhersehen, sodass für ihn keine Veranlassung bestand, den Erblasser stärker zu schützen. Heutzutage wird der leicht beeinflussbare Testator im nach hinten verschobenen Testierzeitpunkt aber zum praktischen Regelfall. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 14 HeimG schon bewiesen, dass er die Gefahr der tatsächlichen Selbstbestimmung im Alter erkannt hat. Gleichzeitig hat er durch das Betreuungsrecht (§§ 1896 ff. BGB) gezeigt, dass die Selbstbestimmung so weit wie möglich erhalten bleiben soll.⁵⁷⁵ Dieser Spagat muss auch im Testamentsrecht gelingen. Hierzu kann die Testierform beitragen, indem sie tatsächlich selbstbestimmte Testamente fördert.⁵⁷⁶

⁵⁷³ Näher zu den „sozialen Zwangslagen“ im Alter *Mückenheim*, Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 55 ff. Zum Ganzen siehe auch den Vierten Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 14/8822 vom 18.04.2002.

⁵⁷⁴ Vgl. auch *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 141 ff.; *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 15.

⁵⁷⁵ Dazu etwa *Cypionka*, DNotZ 1991, 571 ff. Vgl. zur stärkeren gesetzgeberischen Wahrnehmung der Problematik von Alter und Selbstbestimmung auch *Brunozzi*, Das Vierte Alter, S. 210 f., 231 ff., 275 ff. und 283 ff.

⁵⁷⁶ Dazu näher unten 4. Kapitel B. I. 2 und 5. Kapitel B. VI. 7.

4. Kapitel: Zukünftige Leistungsfähigkeit und Bedeutsamkeit der Form des § 2247 BGB

Angesichts der beschriebenen „neuen“ Realitäten und gesellschaftlichen Entwicklungen, die die Wirkung der Formzwecke verändern, stellt sich die Frage, was die eigenhändige Form des § 2247 BGB in Zukunft noch leisten und welche Bedeutung sie weiterhin haben kann. Nur wenn sie vernünftige Zwecke erfüllt und eine zuverlässige Verwirklichung des Erblasserwillens ermöglicht, kann die eigenhändige Form sinnvoll fortbestehen. Dabei geht es auch um ein konsistentes, widerspruchsfreies Recht: Inklusion und der differenziertere Schutz vor Fremdbestimmung in personalen Beziehungen sollten auch im Testamentsrecht Berücksichtigung finden und verändern die Erwartungen an die Testamentsvorschriften.

A. Möglichkeit der Veränderung von Formzwecken

Die Zwecke einer Norm können sich im Laufe der Zeit verändern und ihre praktische Bedeutung kann wechseln.⁵⁷⁷ Insbesondere können sich die ursprünglichen (Form-)Zwecke mit den sozialen Verhältnissen und der Rechtswirklichkeit geändert haben.⁵⁷⁸ Betont man die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer Formvorschrift, lässt sich insofern von Verschiebungen in der Legitimation der Form sprechen.⁵⁷⁹ Das Bundesverfassungsgericht führte hierzu im Jahr 1973 aus: *„Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung*

⁵⁷⁷ Häsemeyer, Gesetzliche Form, S. 166 f.; Hertel, in: Staudinger, BGB, § 125 Rn. 34; Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730d; Zippelius, Methodenlehre, S. 19 ff.; vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, S. 141 f.

⁵⁷⁸ Hertel, in: Staudinger, BGB, § 125 Rn. 34; Kanzleiter, ZIP 2001, 2105 (2106); Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730, 730b, 730d.

⁵⁷⁹ Siehe Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (47).

und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert.“⁵⁸⁰ Das bedeutet, dass die Gesetzeszwecke über die teleologische Auslegung dem Wandel der realen Verhältnisse angepasst werden, wobei auch neue, gegenwartsnahe Gesetzeszwecke entwickelt werden, die sich mit den Vorstellungen des Gesetzgebers vereinbaren lassen.⁵⁸¹ Wenn der ursprüngliche Gesetzeszweck unerreichbar geworden oder „weggestorben“⁵⁸² ist, ist zu fragen, ob das Gesetz im Rahmen der heutigen Rechtsordnung und im Hinblick auf die heutigen Verhältnisse einen anderen vernünftigen Zweck erfüllen kann.⁵⁸³ A maiore ad minus ist denkbar, dass nur einer von ursprünglich mehreren Zwecken wegfällt oder sich die Gewichtung unter mehreren verfolgten Zwecken verschiebt. Eine andere Frage ist, ob der weggefallene Zweck so bedeutsam war, dass eine gesetzliche Neuregelung erforderlich ist, um ihn weiterhin zu erreichen.

Eine Veränderung der Formzwecke liegt insbesondere bei den Testamentsvorschriften nahe, welche seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1900 kaum inhaltlich geändert wurden.⁵⁸⁴ Auch wenn im juristischen Schrifttum für § 2247 BGB bisher an den oben genannten Formzwecken⁵⁸⁵ festgehalten wird, ohne dass ihre Anwendung und Bedeutung in der heutigen Zeit kritisch hinterfragt werden,⁵⁸⁶ geben die sichtbaren gesellschaftlichen Umwälzungen Anlass, die unbesehene Übernahme der konventionellen Formzwecke und ihre Erfüllung durch § 2247 BGB zu überdenken.

B. Verschiebungen in den Zwecken der Form des § 2247 BGB

§ 2247 BGB gilt es nun daraufhin zu untersuchen, welche Formzwecke die Norm in Zukunft vernünftigerweise noch erfüllen kann, und ob sie mit verschobenen und neu gewichteten Zwecken in ihrer jetzigen Form als praxistaugliche und befriedigende Norm erhalten bleiben kann. Die geschilderten Veränderungen⁵⁸⁷ sprechen dafür, dass das Anliegen der Testierform statt mit der Echtheitsfunktion

⁵⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (288 f.) = NJW 1973, 1221 (1225).

⁵⁸¹ Schwacke, Juristische Methodik, S. 102 f.

⁵⁸² Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730 und 730d.

⁵⁸³ Larenz, Methodenlehre, S. 351; vgl. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, § 22 Rn. 730d.

⁵⁸⁴ Die einzige größere inhaltliche Reform erfolgte durch das Testamentsgesetz 1938 (dazu oben Fn. 124).

⁵⁸⁵ Siehe oben 2. Kapitel B. II. 2.

⁵⁸⁶ Eine Ausnahme ist hier Röthel, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 ff.

⁵⁸⁷ Oben 3. Kapitel.

künftig verstärkt mit einer umfassenden Intentionalitätsgewähr erklärt werden könnte. Dies soll im Folgenden geprüft werden (I.), wobei auch berücksichtigt werden soll, ob die bisherige Rechtsprechung eine solche Verschiebung in den Formzwecken erkennen lässt und Antworten auf die Veränderungen bei der Erfüllung der Formzwecke bereithält (II.). Die Schlussfolgerungen, die sich hieraus ergeben, sollen im Anschluss an diese beiden Teile folgen (III.).

I. Von der Echtheitsfunktion hin zur Intentionalitätsgewähr

Langfristig verliert die von § 2247 BGB geforderte Handschriftlichkeit durch die Schwächung des Echtheitsnachweises im Zuge der Digitalisierung⁵⁸⁸ insoweit ihren – bisher wichtigsten⁵⁸⁹ – Wert. Unter diesen Umständen kann die Formvorschrift des § 2247 Abs. 1 BGB nicht mehr primär damit begründet werden, die Echtheit des Testaments zu garantieren. Die Echtheitsfunktion wird beim eigenhändigen Testament in ihrer Bedeutung reduziert.

Stattdessen verlagert sich der Fokus auf die Warn- und Bedachtheitsfunktion. Durch die nach § 2247 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Handschriftlichkeit in einer ansonsten vollständig elektronisierten Welt wird die Warnfunktion gestärkt.⁵⁹⁰ Andererseits weckt die Alterung der Testatoren Zweifel an der Selbstbestimmtheit der Erklärung und der Erfüllung der Warn- und Bedachtheitsfunktion,⁵⁹¹ so dass diese geschwächt wird und ihre Sicherung eine höhere Bedeutung erlangt.

Dies wirft die Frage auf, ob eine stärkere Gewichtung und Höherbewertung der Warn- und Bedachtheitsfunktion als umfassend verstandene Intentionalitätsgewähr durch die Testierform sinnvoll wäre und die durch den Wegfall der Echtheitsfunktion entstehende Lücke in der Legitimation der Form kompensieren könnte, und ob § 2247 BGB diesem Anspruch gerecht werden und der Handschriftlichkeit weiterhin einen gewichtigen Sinn und Zweck verleihen kann. Zu

⁵⁸⁸ Dazu oben 3. Kapitel A. I. 2. a).

⁵⁸⁹ Vgl. *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: *Reid/de Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (469): „This *evidentiary* virtue [of testamentary formalities] is perhaps the most important virtue of all.“ Vgl. auch *Kipp/Coing*, *Erbrecht*, § 26 I 1 (S. 184); *Kroppenberg*, *Privatautonomie von Todes wegen*, S. 316 f.

⁵⁹⁰ Siehe oben 3. Kapitel A. I. 2. b).

⁵⁹¹ Siehe dazu oben 3. Kapitel A. II. 2.

einer umfassenden Intentionalitätsgewähr könnte gehören, dass neben der Bedachtheit und Verantwortlichkeit der Erklärung auch die materiale Testierfreiheit und die Testierfähigkeit durch die Form gesichert werden.

1. Förderung bedachten und verantwortlichen Testierens

Teil der Bedachtheitsfunktion ist die Förderung verantwortlichen Testierens.⁵⁹² Der Bundesgerichtshof hat in zwei Beschlüssen aus dem Jahr 1981 bezüglich der Formvorschriften für Testamente festgestellt, dass die Formzwecke in ihrer Gesamtheit „dazu beitragen [sollen], verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten der Erbprätendenten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten“⁵⁹³. Seitdem wird diese Formel sowohl in der Rechtsprechung⁵⁹⁴ als auch in der Literatur⁵⁹⁵ zitiert, jedoch meist ohne nähere Erläuterung oder Bezug zum Fall. Von den Gerichten werden daraus keine Konsequenzen für die Auslegung oder die Beurteilung des Falls abgeleitet, und im Schrifttum erfolgt die Erwähnung ebenfalls formelhaft. Eine Stärkung der Bedachtheitsfunktion würde dem bislang eher beiläufig aufgeführten Ziel, ein verantwortliches Testieren zu fördern, Substanz und Gewicht verleihen.

Dass diese Stärkung dem gesetzgeberischen Willen entspräche, zeigt sich in § 2065 BGB, mit welchem die höchstpersönliche Verantwortung des Erblassers für seine Verfügungen gewährleistet werden soll.⁵⁹⁶ Er allein soll über den Inhalt bestimmen, er soll die testamentarischen Anordnungen selbst durchdenken und sich der persönlichen Verantwortlichkeit nicht entziehen können.⁵⁹⁷ Auch in Bezug auf die Testierfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass

⁵⁹² Dazu oben 2. Kapitel B. II. 2. b).

⁵⁹³ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IV a ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (246) = NJW 1981, 1737 (1738); Beschl. v. 09.04.1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 (251) = NJW 1981, 1736 (1737).

⁵⁹⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, 220; OLG München, Beschl. v. 22.04.2010 – 31 Wx 11/10, ZErB 2010, 179 (180); BayObLG, Beschl. v. 01.04.2004 – 1Z BR 13/04, FamRZ 2005, 138 (139); BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385; BayObLG, Beschl. v. 05.12.2000, 1Z BR 115/00, FamRZ 2001, 771 (772 f.); BayObLG, Beschl. v. 30.10.2000 – 1Z BR 46/00, BeckRS 2000, 29963.

⁵⁹⁵ Siehe etwa *Bauermeister*, in: jurisPK BGB, § 2247 Rn. 2; vgl. *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 1; gegen das „verantwortungsvolle Testieren“ als primären Formzweck des § 2247 BGB *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 316.

⁵⁹⁶ BGH, Urt. v. 18.11.1954 – IV ZR 152/54, BGHZ 15, 199 (200) = NJW 1955, 100; *Leipold*, in: MünchKomm BGB, § 2065 Rn. 1; *Otte*, in: Staudinger, BGB, § 2065 Rn. 2; *Selbherr*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, § 2065 Rn. 1; a.A. *Litzenburger*, in: BeckOK BGB, § 2065 Rn. 1 m.w.N. Dazu schon oben 2. Kapitel C.

⁵⁹⁷ Vgl. *Leipold*, in: MünchKomm BGB, § 2065 Rn. 1; *Otte*, in: Staudinger, BGB, § 2065 Rn. 2.

nur selbstverantwortete Entscheidungen geschützt werden.⁵⁹⁸ Ebenso wurde bereits in den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, welches 1865 in Kraft trat, auf die wichtige Bedeutung des Akts der Testamentserrichtung hingewiesen: „*Es ist aber auch ferner ganz zweckmäßig, den Testator durch eine gewisse Feierlichkeit der Handlung an die Bedeutung und Wichtigkeit derselben zu erinnern, damit er in ernster Stimmung die Gründe und Folgen einer Verfügung erwäge, welche nach seinem Tode unabänderlich von dem größten Einflusse auf das Schicksal einzelner Personen, ja ganzer Familien und Geschlechter begleitet sein kann.*“⁵⁹⁹

Eine stärkere Förderung der Verantwortlichkeit und Bedachtheit der Erklärung ist gerade auch im Hinblick darauf erstrebenswert, dass das traditionelle Familienmodell der Ehe als Bund zwischen Mann und Frau, aus dem gemeinsame Kinder hervorgehen, zunehmend durch alternative Formen des Zusammenlebens verdrängt wird.⁶⁰⁰ Stief-, Patchwork- und Regenbogenfamilien⁶⁰¹ mit weit verzweigten Strukturen führen dazu, dass Testierentscheidungen ungleich komplexer werden.⁶⁰² Zum einen fehlt für diese vielgestaltigen Beziehungskonstellationen ein Leitbild der gesetzlichen Erbfolge, das als Orientierungshilfe dienen kann, zum anderen kommt häufig ein größerer Personenkreis als Nachlassteilhaber in Betracht und es besteht ein erhöhtes Streitrisiko. Somit ist eine intensive Auseinandersetzung des Erblassers mit der letztwilligen Verfügung umso wichtiger.⁶⁰³ Gleichzeitig könnte eine derartige gesteigerte Intentionalitätsgewähr den heute aufmerksamer wahrgenommenen personalen und ideellen Gehalten des Erbgeschehens Rechnung tragen.⁶⁰⁴

Die Form des § 2247 BGB kann allerdings nur sehr begrenzt dazu beitragen, dass ein verantwortliches Testieren gefördert wird. Der Gedanke der Stärkung der

⁵⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351) = NJW 1999, 1853.

⁵⁹⁹ Spezielle Motiven, S. 420. Vgl. auch Motive V, S. 257 = *Mugdan* V, S. 135 und *Mugdan* V, S. 887 zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

⁶⁰⁰ Dazu näher *Röder*, 21.0, S. 183 ff.

⁶⁰¹ Damit werden Familien bezeichnet, in denen zwei gleichgeschlechtliche Partner Eltern sind; die rechtliche Elternschaft ist in vielfältigen Konstellationen denkbar, dazu näher *Buschner*, NZFam 2015, 1103 ff.; *Campbell*, NZFam 2016, 296 ff.

⁶⁰² Näher *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 2 f.; *Röthel*, ErbR 2011, 167 (169 f.); siehe auch *Helms*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation, S. 1 f.; *Kappler/Kappler*, ZEV 2015, 437 ff. Ausführlich zum „Patchworktestament“ *Grziwotz*, ErbR 2018, 2 ff. und 62 ff.

⁶⁰³ Vgl. *Röthel*, ErbR 2011, 167 (170).

⁶⁰⁴ *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (46); siehe auch *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 27 f., 64 und 90.

Bedachtheit infolge der Digitalisierung greift nur bei jüngeren Testatoren durch. Während für sie allein die Förderung der Warnfunktion und eine höhere Verantwortlichkeit der Erklärung als positive Effekte wirken, wächst bei schwindender Urteilsfähigkeit und Widerstandskraft im Alter die Gefahr unbedachter und unverantworteter letztwilliger Verfügungen. Dadurch wird es zwar besonders wichtig, die Intentionalitätsgewähr stärker zu fördern; dem kann die eigenhändige Form des § 2247 BGB aber schwerlich gerecht werden, weil der Bedachtheitsgewinn durch die Digitalisierung nicht ausreicht, um die Einbußen der Intentionalität bei den älteren Testatoren auszugleichen.

2. Sicherung der materialen Testierfreiheit

Durch eine stärkere Förderung und Gewichtung der Bedachtheit ließe sich zugleich – im Einklang mit der allgemeinen Materialisierungstendenz im deutschen Privatrecht⁶⁰⁵ – begünstigen, dass Testamente auch in materialer Hinsicht Ausdruck der Testierfreiheit des Testators sind.⁶⁰⁶ Es ist zu begrüßen, wenn die Form dazu beiträgt, die Bedachtheit der Erklärung umfassender, nämlich im Sinne tatsächlicher Selbstbestimmtheit, zu sichern.

Zwar lassen sich dafür, wie dieser Schutz im Einzelnen gewährt werden kann, viele Ansatzpunkte finden; die meisten davon erfordern gesetzliche Reformen.⁶⁰⁷ Idealerweise sollten Testamente, die nicht tatsächlich selbstbestimmt sind, aber bereits an ihrer Entstehung gehindert werden, wozu die Form als „Zwillingschwester der Freiheit“⁶⁰⁸ einen wesentlichen Beitrag leisten kann.⁶⁰⁹ Die beste Möglichkeit ist es, schon bei der Errichtung des Testaments möglichst beherrschungsfreie Bedingungen zu sichern, die die Selbstbestimmtheit fördern und den

⁶⁰⁵ Dazu oben 3. Kapitel B. II und III.

⁶⁰⁶ Dazu schon oben 3. Kapitel B. III. Vgl. die Feststellung *Laimers*, *RabelsZ* 77 (2013), 555 (558), dass auch das Ziel der Regelung der Geschäftsunfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit letztlich „die Sicherung tatsächlicher („materieller“) Privatautonomie“ sei. Auch *Muscheler*, *ErbR* 2015, 3 (11) fordert, den Zweck der Form des Testaments in der Förderung der materiellen Testierfreiheit zu sehen, aber nicht im hiesigen Sinne, sondern im Sinne eines materiellen Auslegungsmaßstabes, um Testamente trotz Formfehlern für wirksam zu erachten, wenn sie die Erklärung des Erblassers zuverlässig wiedergeben.

⁶⁰⁷ Dazu näher unten 5. Kapitel B.

⁶⁰⁸ v. *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, II/2, S. 471. Dazu oben 2. Kapitel A. I.

⁶⁰⁹ Vgl. *Köbl*, *DNotZ* 1983, 207 (226) zur Vertragsfreiheit: „Auch der Formzwang gehört zu den zwingenden Rechtsvorschriften, die zum Schutze der Parteien und im Interesse wahrer Vertragsfreiheit bestehen.“ Siehe zum Schutz vor Fremdbestimmung durch Formzwang auch *Christandl*, *Selbstbestimmtes Testieren*, S. 223 ff.

Erblasser vor Machteinwirkung schützen. Anstatt vielen Testamenten im Nachhinein die Wirkung zu versagen, kann die Testierfreiheit auf diese Weise sowohl in ihrer positiven als auch in ihrer negativen Ausprägung geschützt werden: Einerseits wird verhindert, dass vom beeinflussten Erblasser nicht gewollte Rechtsfolgen eintreten, andererseits kann aber der tatsächlich intendierte letzte Wille zur Geltung kommen.

Die Sicherung der Testierfreiheit ist zwar kein anerkannter Formzweck. Die Testiervorschriften dienen vielmehr in ihrer Gesamtheit dazu, die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit inhaltlich auszugestalten und zu verwirklichen.⁶¹⁰ Jedoch ist das Ziel, die tatsächliche Selbstbestimmtheit der Erklärung und damit die materiale Testierfreiheit zu sichern, thematisch mit der Warn- und Überlegungsfunktion verwandt und kann ihr in einer erweiterten Interpretation dogmatisch zugeordnet werden.⁶¹¹ Wird der Testator durch die Einhaltung der Form zur Reflexion über den Testamentsinhalt angeregt, überdenkt er auch einen ihm aufgedrängten Inhalt und wird sich seiner Konsequenzen stärker bewusst, sodass er letztlich eher so testiert, wie es seinem eigenen Willen entspricht.⁶¹² Es ist wahrscheinlicher, dass er das Ausmaß der äußeren Beeinflussung erkennt und sich – entweder sofort oder durch einen späteren Widerruf des Testaments – der Fremdeinwirkung widersetzt. Die Warn- und Überlegungsfunktion fördert also auch die materiale Selbstbestimmtheit der Testiererklärung. Ferner gleichen sich ein unbedachtes und ein nicht selbstbestimmtes Testament in ihrer Wirkung, da sich in beiden Fällen nicht der tatsächliche Wille des Erblassers verwirklicht. Somit passt die Sicherung der materialen Testierfreiheit zur Schutzfunktion des Warn- und Übereilungszwecks und kann in Umsetzung des materialen Verständnisses der Testierfreiheit als ein Teilaspekt dieses Formzwecks angesehen werden, den es mit der Form zu verwirklichen gilt. Im Ergebnis macht es indes keinen Unterschied, ob die Sicherung der tatsächlichen Selbstbestimmtheit dem Formzweck der Warn- und Bedachtheitsfunktion zugeordnet wird oder ob sie als eigener, neuer Zweck angesehen wird.

⁶¹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (351 f.) = NJW 1999, 1853 (1854).

⁶¹¹ Vgl. auch *Welter*, Auslegung und Form, S. 112 f. zur Sicherung der Entschließungsfreiheit durch die eigenhändige Form.

⁶¹² Vgl. *Welter*, Auslegung und Form, S. 113.

Bei der Diskussion um die Aufnahme des holographischen Testaments ins Bürgerliche Gesetzbuch wurde die Gefahr der fehlenden Selbstbestimmtheit des Testaments bereits erkannt.⁶¹³ Wenngleich sie von den Skeptikern als Argument gegen das Privattestament vorgebracht und das holographische Testament als beeinflussungsfördernd angesehen wurde, zeigt dies doch, dass der Schutz der materiellen Testierfreiheit – insbesondere vor dem Hintergrund der heutigen Materialisierungstendenz – dem gesetzgeberischen Willen entspricht.⁶¹⁴ Auch bei der in der Rechtsprechung verbreiteten Aufzählung der Formzwecke wird stets genannt, dass die Eigenhändigkeit „die Selbständigkeit [des Erblasserwillens] nach Möglichkeit verbürgen“ soll.⁶¹⁵ Schließlich wird auch beim öffentlichen Testament teilweise angeführt, dass die Form den Erblasser vor Beeinflussung schützen solle.⁶¹⁶

Die Form des § 2247 BGB kann diesem Zweck jedoch nicht ausreichend gerecht werden. Für die tatsächliche Selbstbestimmtheit genügt es nicht, dass der Testator den Text bewusst niederschreibt, denn dies ist selbst dann der Fall, wenn er mit seiner letztwilligen Verfügung äußerem Druck nachgibt oder in der Befürchtung handelt, dass ihm die begünstigte Person andernfalls ihre Unterstützung verweigert. Vielmehr ist für ein voraussetzungsvolleres Verständnis von Selbstbestimmtheit sicherzustellen, dass der Testator sich auch frei für die Testamentserklärung und ihren Inhalt entschieden hat, ohne dass er sich dabei gegenüber einer anderen Person in einer Schwächeposition befand, die ihn testamentarisch beeinflusst hat. Zwar erschwert das Erfordernis der höchstpersönlichen, eigenhändigen Niederschrift eine physische Erzwingung der Erklärung. Möglich bleibt

⁶¹³ Protokolle V, S. 328 = *Mugdan V*, S. 697, siehe schon oben Fn. 479. Ebenso wurde betont, dass das notarielle und das gerichtliche Testament „größere Garantien gegen die Gefahr der Beeinflussung“ des Verfügenden gewährten (*Mugdan V*, S. 887); vgl. auch *Mugdan V*, S. 869 f. Auf der anderen Seite wurde aber auch argumentiert, dass die holographische Form „eine wirklich selbständige, unbeeinflusste Äußerung“ des Erblasserwillens gewährleiste, da der Erblasser sein Testament völlig geheim halten könne (Protokolle V, S. 327 = *Mugdan V*, S. 697).

⁶¹⁴ Ferner sprechen hierfür die Anfechtungsmöglichkeiten des § 2078 BGB mit der unbeschränkten Beachtlichkeit des Motivirrtums und die §§ 2064 f. BGB.

⁶¹⁵ BGH, Urt. v. 12.03.1981 – IVa ZR 111/80, NJW 1981, 1900 (1901); Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125); vgl. auch BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736 (1737); OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, 220; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424); LG Lüneburg, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3331).

⁶¹⁶ Siehe beispielsweise *Werner*, DNotZ 1972, 6 (10); vgl. auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11b zum eigenhändigen Testament. Siehe auch *Mugdan V*, S. 887 (siehe Fn. 613).

aber eine psychische Erzwingung oder Herbeiführung der Testierung durch Drohungen, Schmeicheleien oder andere Formen der Beeinflussung. Dieser kann der Testator nur standhalten, wenn er sie als solche erfasst und die aufgezwungene Erklärung mit seinem eigenen Willen abgleicht, wozu er umso eher angehalten wird, je höher die Formschwelle liegt und je stärker sie zur Nachdenklichkeit anregt.⁶¹⁷ Hier wirkt sich die zunehmende Besonderheit der handschriftlichen Form zwar förderlich aus. Die Ungewohntheit der Handschrift erhöht auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein leicht beeinflussbarer Testator Manipulationen bemerkt und skeptisch wird, wenn ihm ein anderer einen handschriftlichen Text diktiert. Andererseits ist mit der Zunahme von Demenzerkrankungen und den sich im natürlichen Alterungsprozess verstärkenden Alters(folge)erscheinungen (zunehmende Hilfsbedürftigkeit und körperliche Unbeholfenheit, zerebrale Beeinträchtigungen, Vereinsamung)⁶¹⁸ immer häufiger zweifelhaft, ob der Testator selbstbestimmt entscheiden kann. Der Effekt der fortschreitenden Digitalisierung ist zu gering, um einen ausreichenden Schutz gegen Beeinflussung zu gewähren und die steigende Gefährdung älterer Testatoren auszugleichen. Solange der Testator privat und ohne äußere Überwachung der Testierbedingungen testieren kann, besteht auch die Gefahr, dass sein Testament nicht tatsächlich selbstbestimmt ist.

Auf der anderen Seite ist selbst beim öffentlichen Testament die materiale Testierfreiheit nicht vollständig gesichert. Auch wenn der Notar den eigentlichen Testiervorgang überwacht oder die Testamentsschrift entgegennimmt, kann der Testator im Vorfeld von anderen beeinflusst und unter Druck gesetzt worden sein, auf eine bestimmte Art und Weise zu testieren. Gänzlich verhindert werden kann Beeinflussung jedoch durch keine Form.⁶¹⁹ Dieses Risiko wird, wie bei anderen Rechtsgeschäften auch, immer bestehen. Die Form kann aber einen – je nach Formschwelle stärker oder schwächer ausgeprägten – konstitutiven Beitrag zur Stärkung der Selbstbestimmtheit leisten und durch bestmögliche Testierbedingungen einen gewissen Ex-ante-Schutz bieten. Dies entspricht der Formulierung in der Rechtsprechung, dass die Selbständigkeit des Erblasserwillens „nach Möglichkeit“ verbürgt werden soll.⁶²⁰ Ein darüber hinausgehender Schutz kann nur

⁶¹⁷ Vgl. auch *Welter*, Auslegung und Form, S. 112 f.

⁶¹⁸ Vgl. *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 130.

⁶¹⁹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 377.

⁶²⁰ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736 (1737); BGH, Urt. v. 12.03.1981 – IVa ZR 111/80, NJW 1981, 1900 (1901); BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125); OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, 220; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

durch eine Erweiterung der nachträglichen Schutzmechanismen erreicht werden, die aber auch die Nachteile einer Ex-post-Kontrolle mit sich bringen.⁶²¹ Beide Schutzmöglichkeiten sind allerdings nicht alternativ, ein vorheriger Schutz durch die Testierformen ist in jedem Fall wünschenswert. Die Form des § 2247 BGB reicht hierfür jedoch nicht aus.

3. Sicherung der Testierfähigkeit

Weiterhin zeigen die Befunde hinsichtlich der Alterung der Testatoren,⁶²² dass eine stärkere Gewährleistung der Testierfähigkeit durch die Form sinnvoll wäre. Auch dies würde zur Förderung des Ziels beitragen, dass nur bedachte und verantwortete, selbstbestimmte Testamente Wirksamkeit erlangen.

Die Sicherung der Testierfähigkeit ist ebenfalls kein anerkannter Formzweck des § 2247 BGB und wird bislang nicht in diesem Zusammenhang diskutiert. Dies lässt sich damit erklären, dass das Vorliegen der Testierfähigkeit allein vom Geisteszustand des Erblassers abhängt und nicht durch die Formgültigkeit beeinflusst wird. Die Testierfähigkeit ist nach der gesetzlichen Systematik eine eigenständige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Testaments, die in § 2229 BGB selbständig geregelt ist.

Allerdings kann die Form dazu beitragen, das Vorliegen der Testierfähigkeit zuverlässiger beurteilen zu können. Beim öffentlichen Testament übernimmt der Notar eine gewisse Schutz- und Kontrollfunktion. So wurde auch bei der Debatte um die Testierformen im Bürgerlichen Gesetzbuch betont, „daß nur die strengen Formen eine zuverlässige Feststellung ergäben, daß der Testator seine Verfügungen in voller Zurechnungsfähigkeit getroffen habe“⁶²³. Nach § 11 Abs. 1 BeurkG ist der Notar von Amts wegen verpflichtet, sich vor der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung von der Testierfähigkeit des Erblassers zu überzeugen.⁶²⁴ Nach § 28 BeurkG soll der Notar seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken. Dieser Ver-

⁶²¹ Dazu näher unten 5. Kapitel B. V. 3.

⁶²² Oben 3. Kapitel A. II. 2. a).

⁶²³ *Mugdan V*, S. 888.

⁶²⁴ Mit der im Gesetz genannten „erforderlichen Geschäftsfähigkeit“ ist auch die Testierfähigkeit i.S.v.

§ 2229 BGB gemeint, die eine besondere Ausprägung der Geschäftsfähigkeit ist, *Hagen*, in: MünchKommBGB, § 2229 Rn. 42; *Mayer*, in: Soergel, BGB, § 11 BeurkG Rn. 1. Dies ergibt sich auch aus § 28 BeurkG, wo von der „Geschäftsfähigkeit des Erblassers“ die Rede ist.

merk kann später vor Gericht als Beweismittel zur Beurteilung der Testierfähigkeit herangezogen werden.⁶²⁵ Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll die Beurkundung von vornherein abgelehnt werden, wenn dem Testator nach der Überzeugung des Notars die Testierfähigkeit fehlt; in Zweifelsfällen dagegen genügt ein Vermerk über die notarielle Wahrnehmung in der Niederschrift. Die Pflichten nach dem Beurkundungsgesetz stellen also sicher, dass die Testierfähigkeit beim öffentlichen Testament jedenfalls oberflächlich überprüft wird.

Beim Privattestament gibt es keinen vergleichbaren Schutz, die Testierfähigkeit wird nicht kontrolliert. Nur wenn die Testierfähigkeit nach dem Tod des Erblassers vor Gericht angezweifelt wird, wird sie später einer umfassenden Überprüfung unterzogen. Hierbei treten in der Regel die oben beschriebenen Beweisschwierigkeiten auf, welche dazu führen, dass die Testierunfähigkeit oft nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, sodass das Testament wirksam bleibt.⁶²⁶ Dies ist keine befriedigende Lösung für die veränderte Testiersituation, die aus der Alterung der Testatoren und der weiten Verbreitung von Demenzzkrankheiten resultiert. Die Testierfähigkeit wird immer häufiger in Zweifel gezogen⁶²⁷ und man kann davon ausgehen, dass aufgrund ihres hohen Alters in Zukunft mehr Testatoren tatsächlich testierunfähig sein werden, sodass die im Zweifel erfolgende, regelmäßige Aufrechterhaltung der Testamente vor Gericht problematisch ist. Obwohl der Testator wegen seiner Testierunfähigkeit die Reichweite seiner letztwilligen Verfügung nicht geistig erfassen konnte und nicht zu verantwortlichen Entscheidungen fähig war, wird die gesetzliche Erbfolge außer Kraft gesetzt.

Es wäre hilfreich, wenn auch die privatschriftliche Testamentsform zumindest die Beurteilung der Testierfähigkeit erleichtern würde. Der Schutz des Erblassers und seiner Testierfreiheit gebietet es, wie das Thüringer Oberlandesgericht be-

⁶²⁵ Vgl. *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 62 ff.

⁶²⁶ Siehe oben 3. Kapitel A. II. 2. a) dd).

⁶²⁷ Eine – nicht repräsentative – Auswertung von medizinischen Gutachten zur Testierfähigkeit der Abteilung für Forensische Psychiatrie der Psychiatrischen Klinik der Universität München aus den Jahren 1971 bis einschließlich 1988 ergab bereits zwischen den 1970er und 1980er Jahren einen erheblichen Anstieg der Gutachtenzahl: Während in der ersten Hälfte des ausgewerteten Zeitraums 11 Gutachtenfälle vorlagen, waren es in der zweiten Hälfte 29 (*Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 25). Es ist angesichts der steigenden Lebenserwartung und Demenzzahlen zu vermuten, dass diese Steigerung in den folgenden Jahrzehnten weiter vorangeschritten ist. *Müller* hingegen versucht, den Anstieg mit einem veränderten Rechtsbewusstsein und zunehmender Konfliktbereitschaft zu erklären (Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 100).

tont, „nur solchen letztwilligen Verfügungen die Anerkennung des Erbrechts zuzubilligen, die ihre rechtsgültige Errichtung hinreichend erkennen lassen“⁶²⁸. Genau hier liegt das Problem, denn es ist die retrospektive Entscheidung darüber, ob der Erblasser testierfähig war oder nicht und die Errichtung daher rechtsgültig ist, die den Umgang mit der Testierfähigkeit so erschwert. Wenn die Testamentsform dazu beitrüge, den Geisteszustand des Erblassers besser einschätzen zu können, könnte dies der steigenden Verbreitung von Demenzkrankheiten und dem wachsenden Unbehagen bei der Beurteilung dieser Fälle gerecht werden. Das Bundesverfassungsgericht konstatiert, dass es der Wahl des Gesetzgebers überlassen bleibe, „ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt“⁶²⁹. Auch die Gesetzesmaterialien zeigen, dass eine Verknüpfung von Form und Sicherung der Feststellung der Testierfähigkeit erwünscht ist, wie sie beim notariellen Testament bereits besteht.⁶³⁰

Die Form des eigenhändigen Testaments trägt dazu indes sehr wenig bei. Zwar dient etwa die Angabe des Errichtungsdatums unter anderem dazu, leichter eine Aussage über die Testierfähigkeit des Testators im Zeitpunkt der Errichtung treffen zu können.⁶³¹ Jedoch betrifft diese – im Übrigen nicht zwingende (vgl. § 2247 Abs. 5 Satz 1 BGB) – Angabe lediglich die Frage, ob das Testament in einem Zeitpunkt errichtet wurde, in dem der Testator sicher testierunfähig war, nicht aber die Frage, *ob* er in einem bestimmten Zeitpunkt oder jemals testierunfähig war. Ferner fehlt der Handschrift die Aussagekraft über den geistigen Zustand des Erblassers.⁶³² Die Testierfähigkeit bezieht sich nur auf die geistigen Fähigkeiten bezüglich des Testamentsinhaltes und muss nicht zwangsläufig in der Motorik der Handschrift zum Ausdruck kommen.⁶³³ Der Inhalt und die Form des Testaments sind keine Indizien dafür, dass der Testator bei der Errichtung imstande war, „sich an Sachverhalt[e] und Ereignisse zu erinnern, Zusammenhänge zu er-

⁶²⁸ OLG Jena, Beschl. v. 04.05.2005 – 9 W 612/04, ZEV 2005, 343 (345).

⁶²⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, BVerfGE 99, 341 (352) = NJW 1999, 1853 (1854).

⁶³⁰ *Mugdan V*, S. 888, wonach dieser Aspekt ausdrücklich als Vorteil der notariellen Testierform hervorgehoben wurde.

⁶³¹ Siehe die Begründung zum Testamentsgesetz vom 31.07.1938, DJ 1938, 1254 (1257).

⁶³² OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, FamRZ 2015, 689 (691); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.11.2010 – I-3 Wx 40/10, juris Rn. 29; BayObLG, Beschl. v. 06.11.1995 – 1Z BR 56/95, NJW-RR 1996, 457 (459); *Laimer*, RabelsZ 77 (2013), 555 (575); *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 176 f.; *Wetterling/Neubauer/Neubauer*, ZEV 1995, 46 (49).

⁶³³ OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, FamRZ 2015, 689 (691).

fassen, Abwägungen vorzunehmen und insbesondere frei von den Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln“⁶³⁴. Somit ist ein Rückschluss von der Testamentsform und dem Inhalt auf die Testierfähigkeit nur ausnahmsweise möglich, wenn im Testament selbst „offenkundig wahnhafte Motive, krankheitsbedingte Realitätsverkennungen und andere relevante Pathologien des Verfassers zutage treten“⁶³⁵.

Weiterhin ist es für die Sicherung der Testierfähigkeit zwar nützlich, wenn die Formschwelle so hoch liegt, dass sie von einem Testierunfähigen nicht mehr erfüllt werden kann. Jedoch reicht die Eigenhändigkeit des § 2247 BGB – auch wenn sie die Formschwelle zunehmend erhöht – hierfür nicht aus. Testierunfähigkeit kann viele verschiedene Ursachen haben und ebenso vielfältig sind die ihr zugrunde liegenden Krankheitsbilder. So bedarf es in den meisten Fällen einer medizinisch-komplexen Beurteilung durch Sachverständige, um über die Testierfähigkeit oder -unfähigkeit entscheiden zu können. Aufgrund der unterschiedlichen Krankheitsverläufe und der verschieden stark ausgeprägten Einschränkungen im Alltagsleben ist nicht ausgeschlossen, dass Testierunfähige ihre motorischen Fähigkeiten beibehalten und weiterhin handschriftliche Texte und äußerlich einwandfreie Testamente verfassen können.⁶³⁶ Die Formschwelle müsste also für eine wirksame Sicherung der Testierfähigkeit noch deutlich höher liegen. Der Ratio des eigenhändigen Testaments entspricht es aber nicht, die Formschwelle so stark zu erhöhen, dass bestimmte Personengruppen von der Testierung ausgeschlossen werden.⁶³⁷ Im Gegenteil wurde das privatschriftliche Testament gerade eingeführt, um eine einfache Testiermöglichkeit für jedermann zu schaffen.⁶³⁸ Die Form kann und soll auf den Inhalt des Testaments einwirken, indem sie ihn dem Testator stärker ins Bewusstsein ruft, sie soll aber nicht von der Testamentserrichtung als solches abhalten.⁶³⁹ Gerade weil Testierunfähigkeit so schwer zu bestimmen ist und die fließenden Grenzen zur Testierfähigkeit nur mithilfe medizinischer Fachkenntnisse beurteilt werden können, wäre es nicht erstrebens-

⁶³⁴ OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, FamRZ 2015, 689 (691).

⁶³⁵ OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, FamRZ 2015, 689 (691).

⁶³⁶ Siehe die Nachweise oben in Fn. 632.

⁶³⁷ Vgl. dazu LG Lübeck, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3332).

⁶³⁸ Vgl. Protokolle V, S. 327 = *Mugdan* V, S. 697; vgl. auch *Mugdan* V, S. 886.

⁶³⁹ Vgl. *Breitschmid*, in: Breitschmid (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, S. 77: „Die Form soll nicht das Testament verhindern, sondern gewisse – positive – Zwecke gewährleisten.“

wert, wenn die Form schon im Vorhinein privatschriftliche Testamente verhindern würde. Insgesamt ist daher die Form des § 2247 BGB nicht zur Sicherung der Testierfähigkeit geeignet.

II. Rechtsprechungsanalyse

Wenngleich sich die testamentsrechtlichen Formvorschriften nicht mit den beschriebenen gesellschaftlichen Entwicklungen gewandelt haben, muss dennoch die Rechtsprechung auf die veränderten Gegebenheiten reagieren und sachgerechte Lösungen finden. Die eigenhändige Testierform nach § 2247 BGB könnte unverändert beibehalten werden, wenn die Rechtsprechung mögliche Lösungsansätze für die Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich der Erfüllung der Formzwecke ergeben, bereithält. Im Folgenden soll daher analysiert werden, wie die Rechtsprechung sich in den letzten Jahren entwickelt hat, welche Formzwecke von den Gerichten betont werden und wie genau argumentiert wird. Spiegeln sich die Veränderungen in der Rechtsprechung wider und lassen sich Verschiebungen in den Formzwecken erkennen? Zur Beantwortung dieser Fragen wurden die in den juristischen Datenbanken (beck-online und juris) veröffentlichten Entscheidungen seit dem Jahr 2000 gesichtet,⁶⁴⁰ punktuell zudem auch frühere Urteile.

Bei der Analyse wird deutlich werden, dass die Gerichte insgesamt bestrebt sind, Testamente aufrechtzuerhalten und nicht an Formfragen scheitern zu lassen, jedoch kommt es gerade im Bereich der Unterschrift auch häufig zu unwirksamen Testamenten oder Testamentszusätzen. Ebenso führen von der Form unabhängige Wirksamkeitserfordernisse wie die Testierfähigkeit oder der Testierwille nicht selten zur Unwirksamkeit von Testamenten. Im Zweifel entscheiden die Gerichte aber eher zugunsten des Erblassers, um seinen Willen zur Geltung zu bringen.⁶⁴¹

Zwar handelt es sich jeweils um Einzelfallentscheidungen, deren Ergebnisse sich ohne Kenntnis der Akten nur eingeschränkt bewerten und verallgemeinern lassen; jedoch können aus der Argumentation der Gerichte einige übergreifende Prinzipien abgeleitet werden.

⁶⁴⁰ Die Jahrtausendwende erschien deshalb als geeignete Zäsur, weil gerade die Digitalisierung erst seit den 2000er Jahren so stark vorangeschritten ist, dass sie sich flächendeckend auf die alltäglichen Kommunikationsgewohnheiten auswirkt, vgl. etwa *Ball*, Pausenlose Gesellschaft, S. 2; *Stöcklin*, in: Blaschitz/Brandhofer/Nosko/Schwed (Hrsg.), Zukunft des Lernens, S. 57 (68).

⁶⁴¹ Vgl. *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (198).

1. Wiederkehrende Streitfälle

§ 2247 BGB gehört zu den erbrechtlichen Normen, zu denen eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen vorliegt.⁶⁴² Nach § 1922 BGB und § 2084 BGB,⁶⁴³ denen Entscheidungen aber meist nur mit zugeordnet werden, ohne dass es um Streitfragen dieser Normen selbst geht,⁶⁴⁴ ist es sogar die konfliktträchtigste Einzelnorm: Mit gegenwärtig⁶⁴⁵ 884 Ergebnissen in der Datenbank beck-online setzt sie sich deutlich von den anderen „Spitzen“-Normen wie § 2325 BGB (858 Ergebnisse), § 2314 BGB (792 Ergebnisse) oder § 1960 BGB (705 Ergebnisse) und den vielen weiteren Normen mit weitaus geringerer Trefferquote ab.⁶⁴⁶ Es gibt nach wie vor sehr viele Fälle, in denen um Testamente gestritten wird, und in den meisten Fällen geht es um eigenhändige Testamente.⁶⁴⁷ Obwohl sich das Gesetz an dieser Stelle nicht geändert hat, nehmen die Gerichtsverfahren nicht ab. Rein quantitativ lässt sich von 2012 bis heute gegenüber dem Zeitraum von 2007 bis 2011 sogar ein deutlicher Anstieg entsprechender Entscheidungen verzeichnen.⁶⁴⁸ Andererseits fällt auf, dass es kaum Bundesgerichtshofs-Entscheidungen auf diesem Gebiet gibt. In der beck-online-Datenbank sind zu § 2247 BGB insgesamt nur 40 (tatsächlich sind es nach Abzug der Duplikate nur 14) Bundesgerichtshofs-Entscheidungen verzeichnet, bei juris sind es zehn; für viele Jahre ist keine einzige zu finden. Dies zeigt, dass kaum grundsätzliche Rechtsfragen zu

⁶⁴² Siehe für das Jahr 2010 auch schon *Leipold*, Quantitative Rechtsprechungsanalyse, S. 4 und 17.

⁶⁴³ Diesen Normen werden in der beck-online-Datenbank über 1000 Treffer zugeordnet.

⁶⁴⁴ Vgl. *Leipold*, Quantitative Rechtsprechungsanalyse, S. 2.

⁶⁴⁵ Stand: Juni 2017.

⁶⁴⁶ Zugrunde gelegt wurden hier nur die Zahlen laut beck-online. Eine Recherche in der juris-Datenbank ergibt durchgängig eine deutlich geringere Fallzahl. Demnach entfallen auf § 2247 BGB nach den Zahlen bei juris 289 Treffer; danach folgen § 2314 BGB (257 Treffer), § 1960 BGB (246 Treffer) und § 2325 BGB (249 Treffer). Die eklatanten Unterschiede in den Trefferzahlen von juris und beck-online erklären sich wohl dadurch, dass die Zuordnung einer Entscheidung zu einer Norm das Ergebnis einer redaktionellen Auswertung ist und somit in den verschiedenen Datenbanken variiert. So werden bei beck-online auch Entscheidungen mit § 2247 BGB verlinkt, in denen die Norm gar nicht erwähnt ist, in denen aber ein handschriftliches Testament vorliegt, sowie Entscheidungsanmerkungen. Manche Entscheidungen sind zudem nur in der beck-online-Datenbank erfasst. Hinzu kommt, dass bei beck-online auch Duplikate häufiger mitgezählt werden als bei juris. Die Zahlen sind also nur bedingt verlässlich, sie erlauben aber – zumal die Schwächen bei sämtlichen Normen gleichermaßen bestehen – immerhin eine grobe Einschätzung der Relationen.

⁶⁴⁷ Zum öffentlichen Testament nach § 2232 BGB sind nur 125 Fälle verzeichnet.

⁶⁴⁸ Nach beck-online sind für die Jahre 2007 bis 2011 insgesamt 111 Fälle zu § 2247 BGB verzeichnet, für den Zeitraum von 2012 bis Juni 2017 schon 144 Fälle. Von 2002 bis 2006 waren es 129 Fälle, davor für den Zehnjahreszeitraum von 1992 bis 2001 234 Fälle.

§ 2247 BGB zu klären sind.⁶⁴⁹ Die vorhandenen Entscheidungen der Instanzgerichte behandeln vielmehr Fragen auf tatsächlichem Gebiet. Die virulenten Fälle betreffen vor allem den Testierwillen, die Echtheit des Testaments, die Testamentsunterschrift, (Verweise auf) maschinengeschriebene Texte und die Testierfähigkeit. Ein weiteres Problemfeld sind nicht auffindbare Testamente, welches im Folgenden aber ausgeklammert werden soll, da es im Hinblick auf die hiesigen Formfragen und -zwecke nicht weiterführt.

a) Testierwille

Ein wiederkehrender Zweifelspunkt ist der Testierwille. Grundsätzlich besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorhandensein des Testierwillens, wenn ein äußerlich formgerechtes Testament vorliegt.⁶⁵⁰ Sobald ein Schriftstück aber nicht den üblichen Gepflogenheiten für Testamente entspricht, stellt die Rechtsprechung an den Nachweis des Testierwillens strenge Anforderungen.⁶⁵¹ Es muss „außer Zweifel“ stehen, „dass der Erblasser die von ihm erstellte Urkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat oder zumindest das Bewusstsein hatte, die Urkunde könne als Testament angesehen werden“⁶⁵². Bei der Feststellung des Testierwillens sind sämtliche erheblichen, auch außerhalb der

⁶⁴⁹ So schon *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 33 (38).

⁶⁵⁰ OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 29; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.03.2010 – 14 Wx 30/09, BWNotZ 2011, 138 (140); BayObLG, Beschl. v. 11.06.1991 – BReg. 1 Z 31/91, FamRZ 1992, 226 (227); BayObLG, Beschl. v. 07.04.1989 – BReg. 1 a Z 9/88, FamRZ 1989, 1124 (1125); *Beinke*, Formzwang, S. 50; *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 17 Rn. 45; *Mayer*, in: *Soergel*, BGB, § 2247 Rn. 48; vgl. auch KG, Beschl. v. 06.11.1990 – 1 W 2992/90, NJW-RR 1991, 392 (393); *Baumann*, in: *Staudinger*, BGB, § 2247 Rn. 21; *Voit*, in: *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament, § 2247 Rn. 6.

⁶⁵¹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.06.2015 – 20 W 155/15, ErbR 2015, 618 (620); OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029; OLG Schleswig, Beschl. v. 29.05.2009 – 3 Wx 58/04, ZEV 2010, 46 (48); OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597); BayObLG, Beschl. v. 19.04.2000 – 1Z BR 29/00, FamRZ 2000, 1539 (1540); BayObLG, Beschl. v. 02.10.1998 – 1Z BR 95/98, NJW-RR 1999, 88.

⁶⁵² OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 29; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.07.2014 – I-3 Wx 95/13, FamRZ 2015, 700 (701); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.03.2010 – 14 Wx 30/09, BWNotZ 2011, 138 (140); OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597); BayObLG, Beschl. v. 02.08.2004 – 1Z BR 56/04, FamRZ 2005, 656 (657); KG, Beschl. v. 03.06.2003 – 1 W 86/02 und 1 W 87/02, FamRZ 2004, 737 (738); BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385 (387); BayObLG, Beschl. v. 30.10.2000 – 1Z BR 46/00, BeckRS 2000, 29963; BayObLG, Beschl. v. 02.10.1998 – 1Z BR 95/98, NJW-RR 1999, 88; BayObLG, Beschl. v. 07.04.1989 – BReg. 1 a Z 9/88, FamRZ 1989, 1124 f.; vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 19.04.2000 – 1Z BR 29/00, FamRZ 2000, 1539 (1540).

Urkunde liegenden Umstände sowie die allgemeine Lebenserfahrung zu berücksichtigen.⁶⁵³ Ältere Fälle zu diesem Streitpunkt wurden ganz überwiegend durch das – seit 2006 aufgelöste – Bayerische Oberste Landesgericht (BayObLG) entschieden, das die Rechtsprechung auf diesem Gebiet maßgeblich geprägt hat. Die Fälle lassen sich grob kategorisieren: auf der einen Seite in Fälle, bei denen der Erklärungskontext und die Wortwahl Zweifel am Testierwillen wecken, und auf der anderen Seite in Fälle, bei denen vor allem das Schreibmaterial Bedenken hervorruft.

aa) Zweifel aufgrund des Erklärungskontextes und der Wortwahl

Fälle, in denen der Kontext der Erklärung Zweifel am Testierwillen weckt, haben oft sogenannte Brieftestamente zum Gegenstand, also Briefe des Erblassers, die Passagen enthalten, welche die Erbfolge betreffen. Während Brieftestamente früher eine bedeutende Rolle spielten, weil der handschriftliche Brief das gebräuchlichste Schriftkommunikationsmittel war, wecken letztwillige Verfügungen in Form von Briefen heute eher Zweifel am Testierwillen und sprechen für eine bloße Absichtsmitteilung.⁶⁵⁴ Bei privaten Briefen, die vom Erblasser geschrieben wurden und die Erklärungen zur Vermögensverteilung nach seinem Tod enthalten, ist es daher oft besonders schwierig, das Vorliegen des Testierwillens zu beurteilen. Dies zeigt beispielsweise die Formulierung aus einem vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht entschiedenen Fall: *„Lieber E.! Danke für die Fahrt im Auto. Ich hatte einen vorbildlichen Großvater K. der meinen Lebensweg formte. [...] Autos gab's noch nicht auch keine Elektrizität. [...] Es freute mich, dass wir so harmonisch zusammen waren: Ho., die R., die Ro. und Du liebes Brüderchen. Ich denke an T. H.s Tod wenn mein Lebenslauf besiegelt ist, erbst du mein Geld, mein Glück brachte mir Wohlstand in Canada. [...] Wenn das Wetter besser wird können wir uns persönlich unterhalten eventuell mal treffen. Bleib gesund bis Aufwiedersehen. Liebe Grüße von S. A. B.“*⁶⁵⁵ Das Gericht bejahte letztlich den Testierwillen und stützte sich dabei vor allem auf die Tatsache, dass die Erblasserin den Brief mit Vor- und Nachnamen unterzeichnet hatte und damit ihr Bewusstsein gezeigt habe, eine rechtlich bedeutsame Verfügung im Hinblick

⁶⁵³ BayObLG, Beschl. v. 02.08.2004 – 1Z BR 56/04, FamRZ 2005, 656 (657); KG, Beschl. v. 03.06.2003 – 1 W 86/02 und 1 W 87/02, FamRZ 2004, 737 (738); BayObLG, Beschl. v. 07.04.1989 – BReg. 1 a Z 9/88, FamRZ 1989, 1124 (1125).

⁶⁵⁴ Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 81; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 – 31 Wx 413/15, ZEV 2016, 323 Rn. 6.

⁶⁵⁵ OLG Schleswig, Beschl. v. 29.05.2009 – 3 Wx 58/04, ZEV 2010, 46.

auf ihren Nachlass zu treffen, zumal sie andere Briefe nur mit dem Vornamen unterschrieben hatte.⁶⁵⁶

Gleichermaßen bejaht wurde der Testierwille bei einem Brief des Erblassers mit den enthaltenen Worten: „Zu erwähnen wäre noch, dass für den Fall eines schnellen Todes ... (Erblasser) seinen Besitz der Kath. Kirche vererben mochte; z. B. Haus A-Straße an die Kath. Pfarrkirchenstiftung ... [...]. Etwaiges Geld an den Missions-Verein.“⁶⁵⁷ Das Gericht sah in dem (gemeinten) Wort „möchte“ nicht lediglich einen Wunsch für die Zukunft, sondern einen feststehenden Willen; die Verwendung des „z. B.“ sah es als Redaktionsversehen an.⁶⁵⁸

In anderen Fällen von Brieftestamenten wurde der Testierwille verneint. Bei der Formulierung in einem Brief mit dem Wortlaut: „... wenn mir was passiert ... Die Wohnung kannst Du dann verkaufen, wenn die ... (= Bet. zu 1) nicht übernehmen willst über die Wohnungsgesellschaft [...]“ sah das Bayerische Oberste Landesgericht den Testierwillen für die Beteiligte zu 2 als nicht gegeben an, weil die Beteiligte zu 1 vorrangig erwähnt sei und das Geldvermögen nicht zugeordnet worden sei.⁶⁵⁹ Auch die weitere Formulierung „Wenn unsere Wohnung leer ist, dann könnt ihr sie renovieren u. verkaufen u. erben!“ sah das Gericht nicht als Ausdruck eines Testierwillens an, weil eine Bezugnahme auf den Todesfall fehle und vielmehr daran angeknüpft werde, dass die Wohnung leer sein müsse.⁶⁶⁰ Bei dem auf der Kopie einer notariellen Urkunde niedergeschriebenen handschriftlichen Text „L. gib meine Sparbücher von Mama zurück, ich will mit E. das Haus umbauen! Auch wenn du mich nicht reinlässt sollst du wissen das J. nicht nur das Haus auch mein Vermögen erben soll. Ich brauch das Geld bis Mai 1999“ konnte das Oberlandesgericht Düsseldorf trotz der Unterschrift mit vollständigem Vor- und Nachnamen ebenfalls keinen Testierwillen erkennen, da die Erklärung keine Zeit- und Ortsangabe enthalte und die persönliche Anrede mit Kosenamen dagegen spreche; ferner handele es sich um bloße Aufforderungen und Mitteilungen über die Absichten des Erblassers.⁶⁶¹ In gleicher Weise verneinte das Oberlandesgericht München den Testierwillen bei der unterschriebenen Briefformulierung: „Habe mich entschlossen nach meinem Tode mein Vermögen [...] dem [...] zur

⁶⁵⁶ OLG Schleswig, Beschl. v. 29.05.2009 – 3 Wx 58/04, ZEV 2010, 46 (49).

⁶⁵⁷ BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 87/00, FamRZ 2001, 944 f.

⁶⁵⁸ BayObLG, Beschl. v. 19.10.2000 – 1Z BR 87/00, FamRZ 2001, 944 (945).

⁶⁵⁹ BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385 ff.

⁶⁶⁰ BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385.

⁶⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.07.2014 – I-3 Wx 95/13, FamRZ 2015, 700 ff.

*Verfügung zu stellen. Sollte mir unerwartet etwas zustossen, dann halten Sie dieses Schreiben als Vollmacht!*⁶⁶² Das Gericht sah hierin die Erteilung einer Vollmacht und keine Erbeinsetzung.

Die Fälle machen deutlich, dass die Beurteilung des Testierwillens bei Brieftestamenten ohne feste Kriterien erfolgt. Die Formzwecke spielen insoweit keine Rolle. Dies macht die Entscheidungen schwer prognostizierbar. Gleiches gilt für Fälle, die, ohne Briefform zu sein, allein aufgrund des Wortlauts Zweifel am Testierwillen wecken: Handelt es sich bei der Zeile „Ich habe erbberechtigte Verwandte mit Namen S“ auf der Rückseite eines Testaments um eine mit Testierwillen vorgenommene letztwillige Verfügung? Das Bayerische Oberste Landesgericht war dieser Ansicht.⁶⁶³ Ebenso galt die Formulierung „soll als ausschließlicher Erbe meines Vermögens eingesetzt werden“ als wirksame Testierung und nicht als bloße Absichtserklärung.⁶⁶⁴ Dagegen zweifelte das Oberlandesgericht Koblenz am endgültigen Testierwillen, wo die Erklärung nicht handschriftlich als „letzter Wille“ gekennzeichnet war, sondern der Text auf einem Blatt mit der vorgedruckten Kopfzeile „Testament – mein letzter Wille“ niedergeschrieben war.⁶⁶⁵ Allerdings wurde dem Gericht in diesem Fall lediglich eine Kopie des angeblichen Testaments vorgelegt und es stand der Vorwurf im Raum, dass das Testament unter dem beherrschenden Einfluss einer anderen Person zustande gekommen sei.⁶⁶⁶

In anderen Fällen, welche durch den für eine letztwillige Verfügung ungewöhnlichen Erklärungskontext auffallen, geht es um Schriftstücke, in denen ausdrücklich ein anders bezeichnetes Rechtsgeschäft vorgenommen werden soll. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte über einen solchen Fall zu entscheiden, in dem drei handschriftliche Schriftstücke der Erblasserin vorlagen, die unter anderem als „Generalvollmacht“ und „Betreuungsverfügung“ betitelt waren.⁶⁶⁷ Diese hatten insoweit einen über den Tod der Erblasserin hinauswirkenden Inhalt, als sie die Geltung der Vollmacht über den Tod hinaus bestimmten und die Erblasserin auch Wünsche für ihre Beisetzung formulierte. Das Gericht verneinte dennoch den Testierwillen, da es keine Anzeichen dafür sah, dass die Erblasserin

⁶⁶² OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 – 31 Wx 413/15, ZEV 2016, 323 f.

⁶⁶³ BayObLG, Beschl. v. 18.05.2004 – 1Z BR 7/04 und 1Z BR 8/04, FamRZ 2005, 308 ff.

⁶⁶⁴ BayObLG, Beschl. v. 04.08.2004 – 1Z BR 44/04, FamRZ 2005, 840 f.

⁶⁶⁵ OLG Koblenz, Beschl. v. 18.12.2015 – 1 W 622/15, FamRZ 2016, 1487 (1489).

⁶⁶⁶ OLG Koblenz, Beschl. v. 18.12.2015 – 1 W 622/15, BeckRS 2015, 112608 Rn. 4 und 12.

⁶⁶⁷ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.06.2015 – 20 W 155/15, ErbR 2015, 618 ff.

damit ihre Nachfolge nach dem Tod habe regeln wollen.⁶⁶⁸ Insbesondere fehle jeder begriffliche Hinweis auf das Vorliegen eines Testaments oder einer Erbeinsetzung, obwohl die Erblasserin die rechtlichen Begriffe in ihrer Erklärung präzise verwendet habe.⁶⁶⁹ An dieser Beurteilung ändere auch der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Abfassung der Erklärungen und dem Tod des Ehemanns am Folgetag nichts.⁶⁷⁰ Ähnlich hatte zuvor bereits das Bayerische Oberste Landesgericht bei einer ausdrücklich als „Vollmacht“ bezeichneten Urkunde, die zudem für eine Bankvollmacht typische Angaben enthielt, den Testierwillen als nicht gegeben angesehen.⁶⁷¹ Auch bei der in einer „Vollmacht“ enthaltenen Erklärung: „[...] mein Sohn H bekommt den Rest meines Vermögens, da er bis zu meinem Tod für mich sorgt. Ich werde das Ganze noch vor dem Notar machen“ erkannte das Gericht keinen Testierwillen, sondern nur die Ankündigung einer letztwilligen Verfügung.⁶⁷² Unschädlich ist dagegen die bloße Tatsache, dass das Testament nicht ausdrücklich als „Testament“, „Mein letzter Wille“ oder ähnlich bezeichnet ist.⁶⁷³ Ferner widerlegt es den Testierwillen nicht, wenn die Erblasserin eine Reihe von Abschriften des Testaments gefertigt hat.⁶⁷⁴ Sofern es sich allerdings um inhaltsgleiche Schriftstücke auf ungewöhnlichen Schreibunterlagen handelt, soll dies wiederum lediglich für unverbindliche Entwürfe sprechen.⁶⁷⁵

bb) Zweifel aufgrund des Schreibmaterials

Bei der zweiten Kategorie der Fälle mit streitigem Testierwillen, den Fällen einer ungewöhnlichen Schreibgrundlage, lassen sich die gerichtlichen Entscheidungen ebenfalls schwer voraussagen. Die Richter bewerten die jeweiligen Einzelfallumstände sehr uneinheitlich.

In einem Fall legte der Erblasser sein unterschriebenes Testament mit dem Wortlaut: „*Mein Heutige Testament! Donnerstag 09. [...] D erbt nach meinem*

⁶⁶⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.06.2015 – 20 W 155/15, ErbR 2015, 618 (620).

⁶⁶⁹ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.06.2015 – 20 W 155/15, ErbR 2015, 618 (620).

⁶⁷⁰ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.06.2015 – 20 W 155/15, ErbR 2015, 618 (620).

⁶⁷¹ BayObLG, Beschl. v. 19.04.2000 – IZ BR 29/00, FamRZ 2000, 1539 f.

⁶⁷² BayObLG, Beschl. v. 02.10.1998 – IZ BR 95/98, NJW-RR 1999, 88. Ähnlich auch die Entscheidung des OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 – 31 Wx 413/15, ZEV 2016, 323 f. zu einer Vollmachtserteilung in einem unterschriebenen Brief (dazu bereits oben).

⁶⁷³ OLG München, Beschl. v. 31.03.2016 – 31 Wx 413/15, ZEV 2016, 323 Rn. 8; BayObLG, Beschl. v. 02.08.2004 – IZ BR 56/04, FamRZ 2005, 656 (657); siehe aber OLG Koblenz, Beschl. v. 18.12.2015 – 1 W 622/15, BeckRS 2015, 112608 Rn. 12.

⁶⁷⁴ OLG München, Beschl. v. 05.07.2013 – 34 Wx 191/13, RNotZ 2013, 500 (503) = FamRZ 2014, 158 (160).

⁶⁷⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – 10 W 153/15, ErbR 2016, 157 (159).

Ableben Alle meine Ersparten Gelder (DM) [...]“ auf einem Notizzettel („Schmierzettel“) nieder.⁶⁷⁶ Dies hindere jedoch die Annahme des Testierwillens nicht, so das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht, zumal die eindeutige Überschrift, der Gebrauch der Wörter „Ableben“ und „erbt“ sowie die Unterzeichnung mit dem vollständigen Namen eindeutig für einen Testierwillen sprächen. Auch die Tatsache, dass der Erblasser zuvor drei notarielle letztwillige Verfügungen errichtet habe, stehe dieser Annahme nicht entgegen.⁶⁷⁷

Einen weiteren Fall mit einem Testament auf einem Notizzettel hatte das Oberlandesgericht München 2008 zu entscheiden. Dieser hatte das kleine Format von circa 7,5 cm x 10,5 cm und enthielt den Text: *„Liebe [Vorname der Ehefrau], Gib diese Unterlagen nach meinem Tode an den Notar, damit der Erbschein für Dich ausgestellt werden kann. Aufgrund dass der Längerlebende das Testament ändern kann, kannst Du ja später alles ändern. In Liebe Dein [vollständiger Name des Erblassers], 30.3.2005“*⁶⁷⁸. Das Gericht war der Ansicht, dass – obwohl das Schriftstück mit Vor- und Nachnamen unterzeichnet war – kein Testierwille vorlag, sondern es sich um eine bloße Handlungsanweisung handele.⁶⁷⁹ Dies begründete es mit dem ungewöhnlichen Format, das der geschäftsgewandte Erblasser gewählt habe, das „deutlich von den üblichen Gepflogenheiten abweicht“ und das „üblicherweise für kurze Notizen, nicht aber für rechtsgeschäftliche Erklärungen verwendet“ werde.⁶⁸⁰ Der Erblasser sei davon ausgegangen, dass er in einer anderen Urkunde verbindliche letztwillige Verfügungen getroffen habe.⁶⁸¹

Auf dieser Linie entschied kürzlich auch das Oberlandesgericht Hamm: Ein Testierwille könne nicht festgestellt werden, wenn das Testament nicht auf einer üblichen Schreibunterlage, sondern auf einem 8 cm x 10 cm großen, per Hand ausgeschnittenen Zettel mit der handschriftlichen Aufschrift *„Tesemt ... Haus ... Das für J. ... 1986 ...“* oder auf einem mehrfach gefalteten Stück Pergamentpapier mit gleichen Worten niedergeschrieben sei.⁶⁸² Hierfür sprächen auch die gravierenden Rechtschreibfehler und fehlenden Satzteile, da die Erblasserin der deutschen Sprache in Schrift und Grammatik hinreichend mächtig gewesen sei, sowie

⁶⁷⁶ OLG Schleswig, Beschl. v. 16.07.2015 – 3 Wx 53/15, FamRZ 2016, 585 f.

⁶⁷⁷ OLG Schleswig, Beschl. v. 16.07.2015 – 3 Wx 53/15, FamRZ 2016, 585 (586).

⁶⁷⁸ OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596.

⁶⁷⁹ OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597).

⁶⁸⁰ OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597).

⁶⁸¹ OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597).

⁶⁸² OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – 10 W 153/15, ErbR 2016, 157 f.

die Tatsache, dass die Erblasserin sonst im selben Jahr zwei nahezu identische Testamente errichtet hätte.⁶⁸³

In einem ähnlichen Fall schrieb der Erblasser sein Testament auf einem „Tchibo“-Werbeblock.⁶⁸⁴ Dies allein hindere zwar das Vorliegen eines Testierwillens nicht, jedoch handle es sich im konkreten Fall nur um ein „Brain Storming“, unter anderem weil auf Seite 2 des Blockes die derzeit erzielte Miete und die Kosten der Mietwohnung aufgelistet seien und der Erblasser hinsichtlich der Verteilung seines Nachlasses allgemein sehr unentschlossen gewesen sei.⁶⁸⁵ Hinzu komme, dass der Erblasser darin für sich selbst ein Wohnrecht *auf Lebenszeit* niedergelegt habe, was in einem Testament wenig sinnvoll wäre.⁶⁸⁶ Entscheidend war aber vielleicht das folgende Argument: Das Schreiben des Erblassers wurde nur deshalb verfasst, weil die Zeugin G. an dem Tag bei einem Anruf im Krankenhaus, in dem sich der Erblasser befand, wiederholt darauf gedrängt hatte.⁶⁸⁷ Dieses Drängen verbunden mit der Unentschlossenheit des Erblassers ließen das Gericht die Erklärung nur als Überlegung einstufen und nicht als verbindliche Erbregelung. Das Gericht zweifelte also implizit an der tatsächlichen Selbstbestimmtheit und Intentionalität der Erklärung und sah dies als maßgeblichen Entscheidungsgrund an.

Auch bei einem aus zwei Aufklebern bestehenden Testament, die mit geringem räumlichen Abstand auf eine Karte aufgeklebt waren und von denen einer die Aufschrift „V. ist meine Haupterin“ und der andere Datum und Unterschrift des Erblassers trugen, hatte das Hanseatische Oberlandesgericht Zweifel am Testierwillen. Diese begründete es damit, dass der Erblasser bei der Abfassung keinerlei Zeitdruck gehabt habe und dass die Aufkleber jederzeit manipuliert werden könnten; ferner fehlten die „Sollangaben“ des Errichtungsortes sowie des Vornamens.⁶⁸⁸ Letztlich ließ es die Frage des Testierwillens allerdings offen.

Für gegeben erachtete das Oberlandesgericht Karlsruhe den Testierwillen dagegen bei einer auf einem verschlossenen Briefumschlag befindlichen handschriftlichen Erklärung, die mit der Überschrift „Testament“, einer Zeitangabe und einer Unterschrift versehen war.⁶⁸⁹ Das Gericht nahm an, dass die Erklärung

⁶⁸³ OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – 10 W 153/15, ErbR 2016, 157 (159).

⁶⁸⁴ LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364.

⁶⁸⁵ LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364 Rn. 46 f. und 51.

⁶⁸⁶ LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364 Rn. 32.

⁶⁸⁷ LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364 Rn. 50.

⁶⁸⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029.

⁶⁸⁹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.03.2010 – 14 Wx 30/09, BWNotZ 2011, 138 ff.

nicht nur eine Bezeichnung des Umschlagsinhalts sein sollte, sondern im Bewusstsein einer rechtlich bedeutsamen Erklärung auf den Todesfall abgegeben wurde. Ebenso wurde nicht am Testierwillen gezweifelt, wo die Erblasserin vier als „Testamentsänderung“ überschriebene Seiten leer gelassen hatte.⁶⁹⁰

„Ernstliche Zweifel“ am Testierwillen bestanden bei Erklärungen, die in einem Notizbuch unter der Überschrift „Mein letzter Wille“ niedergelegt waren; das Gericht sah diese nur als vorbereitende Erklärungen an, deren Verbindlichkeit nach Vorstellung der Erblasserin erst mit der Absendung an das Nachlassgericht eingetreten wäre.⁶⁹¹ Anders urteilte dagegen nun das Oberlandesgericht Köln und hielt ein Schriftstück mit dem Inhalt: *„F Wille, Mr. G Der Retter No one, and my only Friend nenne ich als mein allein Erben. Ready end, F, Paris 1.11.01 23:15, Finish zuhause“* in dem persönlichen Telefon- und Notizbuch des Erblassers für ein wirksames Testament.⁶⁹² Dies schlussfolgerte es unter anderem daraus, dass der Text – für Vermerke in einem privaten Notizbuch unüblich – unterschrieben worden sei und dass er so kurz ausgefallen sei, dass es eines Entwurfs nicht bedurft hätte. Auch die Wortwahl „mein Wille“ oder „Alleinerbe“ spreche für einen Testierwillen. Die Tatsache, dass der Erblasser geplant habe, einen Notar zum Zwecke der Testamenterrichtung aufzusuchen („finish zuhause“), hindere die Annahme eines vorläufig verbindlichen Testaments nicht.⁶⁹³

b) Echtheit

In letzter Zeit haben Entscheidungen zur Echtheit von Testamenten leicht zugenommen, wobei die Gerichte bemüht sind, die Testamente möglichst aufrechtzuerhalten.⁶⁹⁴ Sie holen fast immer ein Schriftsachverständigengutachten ein, fordern dabei aber teilweise mindestens eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“

⁶⁹⁰ OLG München, Beschl. v. 25.10.2005 – 31 Wx 72/05, ZEV 2006, 33 (35).

⁶⁹¹ BayObLG, Beschl. v. 04.02.2000 – IZ BR 16/99, ZEV 2000, 365 f.

⁶⁹² OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571.

⁶⁹³ OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 34 ff.

⁶⁹⁴ Siehe aktuell OLG Saarbrücken, Beschl. v. 24.02.2016 – 5 W 44/15, FamRZ 2016, 1865 (1866); OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571; OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – 10 W 153/15, ErbR 2016, 157 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.06.2015 – 11 Wx 33/15, FamRZ 2016, 264 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.11.2014 – I-25 Wx 84/14, FamRZ 2015, 874 ff.; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 15.10.2014 – 20 W 251/14, FamRZ 2015, 2090 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.03.2014 – 3 W 62/13, ErbR 2014, 393 ff.

(90 Prozent) der Echtheit⁶⁹⁵ und folgen den Gutachtenergebnissen nicht automatisch.⁶⁹⁶ Meist betreffen die Zweifel an der Echtheit den Testamentstext oder die Unterschrift und rühren entweder daher, dass die Schriftzüge einander oder der gewöhnlichen Schrift des Erblassers nicht gleichen, oder daher, dass das angegebene Datum nicht plausibel ist.⁶⁹⁷ Selten kommt es vor, dass die Testamentsurkunde selbst verändert wurde, zum Beispiel indem Teile herausgeschnitten wurden.⁶⁹⁸

c) Unterschrift

Viele Verfahren haben die Frage zum Gegenstand, ob die Testamentsunterschrift den Anforderungen des § 2247 BGB genügt. Immer wieder geht es dabei um die Stellung der Unterschrift, nämlich wenn die Unterschrift nicht wie im Regelfall am Ende des gesamten Testamentstextes platziert ist. Meist steht bei der Beurteilung die Frage im Mittelpunkt, ob die Unterschrift den Testamentstext deckt und damit ihre Abschlussfunktion erfüllt. Anders als in den obigen Fällen der bestrittenen Echtheit spielt die Frage der Echtheit des Testaments in diesen Fällen eher eine indirekte Rolle, weil die Echtheit nicht von den (potenziellen) Erben bezweifelt wird, sondern vom Gericht unter dem Aspekt geprüft wird, ob die abstrakte Möglichkeit einer Fälschung oder Verfälschung besteht. Die Gerichte verfolgen hier eine durch viele Ausnahmen und Gegenausnahmen mäandernde Linie.

⁶⁹⁵ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.11.2014 – I-25 Wx 84/14, FamRZ 2015, 874 (875); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.2013 – I-3 Wx 47/12, FamRZ 2013, 1841 (1842); vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.11.2016 – I-3 Wx 250/15, ErbR 2017, 147 (148). Nach der Rechtsprechung des OLG Brandenburg kann dagegen eine „hohe Wahrscheinlichkeit“ der Urheberschaft hinsichtlich der Unterschrift ausreichen, wenn der Testamentstext mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vom Erblasser stammt (Beschl. v. 19.12.2013 – 3 Wx 5/12, ErbR 2014, 341 [342]), oder sogar eine „einfache“ Wahrscheinlichkeit (Beschl. v. 20.03.2014 – 3 W 62/13, ErbR 2014, 393 [394]).

⁶⁹⁶ Abweichend entschieden zum Beispiel das OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.06.2015 – 11 Wx 33/15, FamRZ 2016, 264 ff. (Zurückverweisung an das Nachlassgericht) und das LG Duisburg, Beschl. v. 17.10.2011 – 7 T 91/10, ZEV 2012, 659 ff. (Abweichung vom ersten Sachverständigen wegen Zweifeln an dessen fachlicher Qualifikation und Arbeitsweise).

⁶⁹⁷ Siehe etwa OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.06.2015 – 11 Wx 33/15, FamRZ 2016, 264 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.11.2014 – I-25 Wx 84/14, FamRZ 2015, 874 ff.; LG Duisburg, Beschl. v. 17.10.2011 – 7 T 91/10, ZEV 2012, 659 ff.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.03.2007 – 19 U 28/06, BeckRS 2007, 04312; BayObLG, Beschl. v. 22.06.2004 – 1Z BR 33/04, NJOZ 2004, 3820 ff.; BayObLG, Beschl. v. 28.02.2003 – 1Z BR 94/02, BeckRS 2003, 16584; BayObLG, Beschl. v. 02.10.2002 – 1Z BR 68/02, NJOZ 2003, 78 ff.

⁶⁹⁸ So OLG Hamm, Beschl. v. 14.08.2007 – 15 W 331/06, NJW-RR 2008, 21 ff.; vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 03.12.1998 – 1Z BR 164-97, NJW-RR 1999, 446 ff.

Zusätze unterhalb der Testamentsunterschrift werden grundsätzlich nicht als wirksam angesehen, wenn sie nicht eigens unterschrieben sind.⁶⁹⁹ Gleiches gilt für Ergänzungen auf einer Fotokopie des Originaltestaments.⁷⁰⁰ Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn der Bezug zu dem über der Unterschrift stehenden Text so eng ist, dass dieser erst mit dem Zusatz sinnvoll wird; dies bejahte das Bayerische Oberste Landesgericht bei einem Fall, in dem die Erblasserin unterhalb der Unterschrift die genauen Erbbeträge der Kinder spezifizierte und die zu ergänzende Textstelle mit einem „x“ kennzeichnete.⁷⁰¹ Zusätze zwischen Testamentstext und Unterschrift hindern die Wirksamkeit des Testaments nicht, wenn sie ohne Zweifel von einem Dritten nachträglich eingefügt wurden,⁷⁰² oder wenn sie keine neuen Verfügungen enthalten, wie zum Beispiel eine bloße Zeit- und Ortsangabe⁷⁰³.

Die Unterschrift mit „D.O.“ genügt, wenn man sie überhaupt als Abkürzung für „Die Obengenannte“ versteht, nicht als Unterschrift für einen Zusatz unterhalb der Unterschrift, da sie nicht die Identifikation der Erblasserin erlaube.⁷⁰⁴

Oberschriften oberhalb des Testamentstextes sind nur ausnahmsweise unter strengen Voraussetzungen wirksam, wenn am Ende des Textes kein Platz mehr für die Unterschrift ist.⁷⁰⁵ Dementsprechend hat das Oberlandesgericht Hamm in einem Fall, in dem genügend Raum unter dem Text bestanden hätte, die Wirksamkeit einer „Unterschrift“ in der Kopfzeile mit Hinweis auf die fehlende Abschlussfunktion und die fehlende Verantwortungsübernahme für den Text verneint.⁷⁰⁶

Unterschriften auf dem Briefumschlag, in dem sich ein nicht unterschriebenes Testament befindet, werden grundsätzlich nur dann als wirksam anerkannt, wenn

⁶⁹⁹ OLG München, Beschl. v. 13.09.2011 – 31 Wx 289/11, ZERB 2011, 285 ff.; OLG München, Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80; OLG Naumburg, Beschl. v. 04.10.2006 – 10 Wx 4/06, ZEV 2007, 432 (433); BayObLG, Beschl. v. 10.12.2003 – 1Z BR 71/03, DNotZ 2004, 801 ff.; OLG Köln, Beschl. v. 03.09.1993 – 2 Wx 23/93, NJW-RR 1994, 74 f.; BayObLG, Beschl. v. 11.01.1984 – BReg. I Z 56/83, BeckRS 2009, 87491.

⁷⁰⁰ OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, ZEV 2012, 41 ff.; vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.01.2002 – 14 Wx 114/01, NJW-RR 2003, 653 ff. Für unterschriebene Durchstreichungen auf der Fotokopie eines formwirksamen Testaments siehe OLG München, Beschl. v. 25.10.2005 – 31 Wx 72/05, ZEV 2006, 33 ff.

⁷⁰¹ BayObLG, Beschl. v. 29.07.2004 – 1Z BR 39/04, FamRZ 2005, 1012 ff.

⁷⁰² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2013 – I-3 Wx 246/12, ZEV 2013, 552 (553).

⁷⁰³ OLG Darmstadt, Urt. v. 11.12.2007 – 10 O 79/06, BeckRS 2008, 01630.

⁷⁰⁴ OLG Celle, Urt. v. 22.09.2011 – 6 U 117/10, BeckRS 2011, 23417.

⁷⁰⁵ OLG Celle, Beschl. v. 06.06.2011 – 6 W 101/11, ZEV 2012, 41.

⁷⁰⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 27.06.2000 – 15 W 13/00, ZEV 2002, 152 (153).

zwischen Testament und Umschlag ein so enger Zusammenhang besteht, dass der Umschlag als letztes Blatt der Testamentsurkunde angesehen werden kann; dieser Zusammenhang wird in der Rechtsprechung regelmäßig bejaht, wenn der Briefumschlag verschlossen war.⁷⁰⁷ Anders urteilte allerdings das Bayerische Oberste Landesgericht im Jahr 2002 bei einem Testament, das nur die Hälfte des Urkundenblattes umfasste und bei dem deshalb genügend Platz für eine Unterschrift bestanden hätte.⁷⁰⁸ Ebenso verneinte das Oberlandesgericht Hamm im Jahr 2000 trotz verschlossenem Briefumschlag die Wirksamkeit der Unterschrift, weil es den in Blockschrift abgefassten und mit einem Aufstrich getrennten Vornamen der Erblasserin und ihres Ehemanns in Verbindung mit dem Wort „Testament“ die Unterschriftsqualität absprach und diese nur als Kennzeichnung des Umschlagsinhalts ansah.⁷⁰⁹

Bei Testamenten, die aus mehreren Einzelblättern oder Schriftstücken bestehen, stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Nachweis einer wirksamen letztwilligen Verfügung. Erforderlich ist ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen den Blättern; die Blätter müssen inhaltlich „ein Ganzes“ sein, etwa durch Nummerierung oder fortlaufenden Text.⁷¹⁰ Hierfür reicht es nicht aus, dass eine handschriftliche Erklärung mit einem auf einem gesonderten Blatt maschinengeschriebenen und eigenhändig unterschriebenen Text zusammengeheftet ist⁷¹¹ oder dass die losen Blätter gemeinsam mit anderen Dokumenten in einem verschlossenen Umschlag aufbewahrt wurden.⁷¹² Verneint wurde der inhaltliche Zusammenhang ferner bei einem Stapel von 13 einzelnen Blättern, auf denen ein kleiner Zettel mit der Aufschrift „Testament“ lag und von denen eines den Vermerk „für alles zusammen im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte“ trug und mit

⁷⁰⁷ OLG Rostock, Beschl. v. 25.09.2013 – 3 W 30/13, FamRZ 2015, 170 (172); OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.02.2011 – 7 W 82/10, ZEV 2012, 40 f.; BayObLG, Beschl. v. 01.07.1988 – BReg. 1 a Z 1/88, FamRZ 1988, 1211 (1212); BayObLG, Beschl. v. 10.09.1985 – BReg. 1 Z 49/85, NJW-RR 1986, 494 ff. = FamRZ 1985, 1286 (1287); BayObLG, Beschl. v. 02.03.1982 – BReg. 1 Z 129/81, BayObLGZ 1982, 131 ff.; vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 14.03.1986 – 15 W 423/85, NJW-RR 1986, 873 f.

⁷⁰⁸ BayObLG, Beschl. v. 12.08.2002 – 1Z BR 66/02, ZEV 2003, 26 f.

⁷⁰⁹ OLG Hamm, Beschl. v. 27.06.2000 – 15 W 13/00, ZEV 2002, 152 ff.

⁷¹⁰ OLG Hamm, Beschl. v. 19.09.2012 – I-15 W 420/11, ZErB 2013, 14 (16); LG München I, Beschl. v. 09.02.2004 – 16 T 17192/03, FamRZ 2004, 1905; vgl. KG, Beschl. v. 28.03.2017 – 6 W 97/16, juris Rn. 16; BayObLG, Beschl. v. 06.09.1990 – BReg. 1 a Z 75/89, FamRZ 1991, 370 (371).

⁷¹¹ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 ff.

⁷¹² OLG Hamm, Beschl. v. 19.09.2012 – I-15 W 420/11, ZErB 2013, 14 (16).

Datum unterschrieben war; die Unterschrift könne die Verfügungen auf den einzelnen Blättern nicht abdecken.⁷¹³ Zudem muss die Unterschrift am Ende des Testaments stehen, darf also nicht etwa auf dem ersten von zwei zusammengehefteten Blättern platziert sein.⁷¹⁴ Nach dem Oberlandesgericht Hamm können Lücken des Nachweises der Deckung von Text und Unterschrift allerdings auch durch Berücksichtigung von Umständen außerhalb der Testamentsurkunde geschlossen werden, sodass eine inkonsequente Durchnummerierung und stellenweise inkohärente Gedankenführung die Wirksamkeit der Erklärung nicht zwingend verhindern.⁷¹⁵ Bejaht wurde der erforderliche Zusammenhang ferner bei einer Unterschrift auf der Rückseite des nur aus einer Seite bestehenden Testaments nebst Angabe des Errichtungsortes und -datums, wenn die Vorderseite vollständig beschrieben wurde, und zwar auch dann, wenn auf der Vorderseite noch genügend Platz für die Unterschrift gewesen wäre.⁷¹⁶

In dem bereits zitierten⁷¹⁷ Urteil, in dem das Testament aus einer Karte bestand, auf der sich zwei Aufkleber befanden, nämlich einer mit der Beschriftung „V. ist meine Haupterin“ und der zweite mit der Unterschrift des Erblassers nebst Datum, wurde das Vorliegen einer wirksamen Unterschrift wegen der bestehenden Manipulationsgefahr verneint.⁷¹⁸

d) (Bezugnahmen auf) maschinenschriftliche Texte

Regelmäßig und in den letzten Jahren deutlich häufiger als früher⁷¹⁹ müssen Gerichte über Testamente entscheiden, die einen maschinenschriftlichen Teil enthalten oder in denen auf einen maschinenschriftlichen Text Bezug genommen wird. Dieses Phänomen ist nicht neu: Schon im 19. Jahrhundert gab es Schreibmaschinen und damit maschinenschriftliche Texte. Die Frage gewinnt jedoch mit der flächendeckenden Digitalisierung erheblich an Bedeutung, zumal die textlichen

⁷¹³ LG München I, Beschl. v. 09.02.2004 – 16 T 17192/03, FamRZ 2004, 1905.

⁷¹⁴ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 (1036).

⁷¹⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 26.10.2010 – 15 Wx 81/10, DNotZ 2011, 702 (704).

⁷¹⁶ LG Konstanz, Beschl. v. 19.03.2001 – 6 T 192/00 B, BWNotZ 2001, 134 f.

⁷¹⁷ Siehe oben 4. Kapitel B. II. 1. a) bb).

⁷¹⁸ OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029.

⁷¹⁹ Auch wenn Testamente mit maschinenschriftlichen Textteilen generell nicht sehr häufig vorkommen beziehungsweise zu Gericht gelangen, stammen die vorhandenen Entscheidungen zum großen Teil aus jüngeren Jahren, siehe die Nachweise in Fn. 721. Aus früheren Jahren liegen nur sehr vereinzelte Fälle vor, etwa BayObLG, Beschl. v. 10.07.1979 – BReg. 1 Z 28/79, BayObLGZ 1979, 215 ff. und OLG Köln, Beschl. v. 26.04.1968 – 2 Wx 9/68, OLGZ 1968, 324 ff.

Gestaltungsmöglichkeiten mit fortschreitender Technik zunehmen und die Grenzen zwischen Handschrift und Maschinenschrift verschwimmen.⁷²⁰ Die bisherigen Fälle vor Gericht spiegeln diese neuen Schreibgewohnheiten und -möglichkeiten noch nicht vollumfänglich wider. Bislang waren nur Fälle zu entscheiden, in denen die zugrunde liegenden Testamente einen maschinenschriftlichen Text(teil) enthielten oder auf einen solchen verwiesen.⁷²¹

Symptomatisch für die durch die Digitalisierung entstehende Problematik ist ein Fall, in dem der Erblasser einen eigenhändig unterschriebenen maschinenschriftlichen Text mit der Überschrift „Dieses Schriftstück ist auch gleichzeitig Testament“ erstellte, in welchem er detaillierte letztwillige Anordnungen traf; unter den computergeschriebenen Textteil fügte er handschriftlich an: *„Ein Testament sollte im üblichen Sinne handschriftlich verfasst werden. Damit es aber gut zu lesen ist, habe ich es mit dem Computer erstellt. Ich habe bewusst diese Zeilen handschriftlich unter das Testament gesetzt, damit man meine Handschrift falls es nötig ist vergleichen kann. Das Testament wurde bei völliger geistigen und körperlichen Gesundheit verfasst.“*⁷²² Dieser Textteil war abermals unterschrieben. Das Gericht sah die Formanforderungen des § 2247 BGB dennoch als nicht gewahrt an. Der handschriftliche Teil enthalte selbst keine letztwillige Verfügung und der maschinenschriftliche Teil könne nur dann Berücksichtigung finden, wenn er in der Verfügung von Todes wegen zumindest andeutungsweise Ausdruck gefunden habe.⁷²³ Es könne nicht ausreichen, dass der Erblasser erkennbar durch den eigenhändigen Textteil die Wirksamkeit des maschinenschriftlich verfassten Testaments habe bewirken wollen.⁷²⁴ Andernfalls würde man die Formerfordernisse der eigenhändigen Niederschrift aufgeben, weil jeder handschriftliche Zusatz – auch nur eine Orts- oder Datumsangabe oder die Unterschrift – für die Annahme ausreichen könnte, dass der Erblasser seiner maschinenschriftlich niedergelegten Erklärung Wirksamkeit verleihen wollte.⁷²⁵ Aus diesem Grund

⁷²⁰ Dies gilt beispielsweise für Touchscreen-Stifte oder für Digitalstifte, welche das auf Papier Geschriebene digital speichern. Zum Testieren mittels Touch- oder Smartpen siehe *Hergenröder*, ZEV 2018, 7 ff.

⁷²¹ Siehe etwa OLG Hamburg, Beschl. v. 18.03.2015 – 2 W 5/15, FamRZ 2016, 665 ff.; OLG Köln, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 Wx 249/14, ErbR 2015, 315 ff.; OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 f.; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17.04.2003 – 3 W 48/03, ZEV 2003, 367 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 01.10.2002 – 15 W 164/02, NJW 2003, 2391 f.

⁷²² OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484.

⁷²³ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 (1485).

⁷²⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 (1485).

⁷²⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 (1485).

müsse man daran festhalten, dass eine Bezugnahme auf ein nicht der Testamentsform genügendes Schriftstück nur dann nicht die Formwirksamkeit hindert, wenn sie lediglich der näheren Erläuterung einer Verfügung dient, die in einem der Testamentsform entsprechenden Schriftstück eine hinreichende Grundlage findet.⁷²⁶ Da im vorliegenden Falle die inhaltliche Bestimmung der letztwilligen Verfügung nur aus dem maschinenschriftlichen Teil gewonnen werden könne, sei die Testamentsform mithin nicht gewahrt.⁷²⁷

Dieselben Grundsätze hat auch das Oberlandesgericht Köln angewandt und ein handschriftliches Testament für unwirksam erachtet, in dem der Erblasser auf einen maschinenschriftlichen notariellen Testamentsentwurf Bezug nahm („[Die Notarin] machte mir einen Vorschlag wie ich mein Vermögen aufteilen soll. Diesem Vorschlag stimme ich ausdrücklich zu, ich akzeptiere diesen“).⁷²⁸

Das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken hat ebenso den über der Unterschrift stehenden maschinenschriftlich verfassten Teil eines Testaments für unwirksam erklärt, dabei aber den restlichen, handgeschriebenen Teil, der einen Widerruf enthielt, als wirksam angesehen.⁷²⁹

In einem anderen Fall ging es um ein gemeinschaftliches Testament, in dem die Ehegatten verfügt hatten: *„Im Falle unseres gemeinsamen Todes [...] und im Falle des Todes des allein Zurückgebliebenen erben unseren gesamten Nachlass die in beigelegter Liste aufgeführten lebenden Verwandten.“*⁷³⁰ Die erwähnte Liste war eine in Maschinschrift gefertigte Auflistung der Personalien und Anschriften der zwölf Verfahrensbeteiligten, die mit „Anlage zum Testament vom 9.3.1993“ überschrieben war und mit den Worten „gezeichnet E und F“ endete.⁷³¹ Das Oberlandesgericht Hamm sah in dem Testament eine wirksame Bezugnahme auf die Liste, die zur Auslegung des handschriftlichen Testaments herangezogen werden könne, da sich bereits dem Testament selbst entnehmen lasse, welcher Personenkreis zu Erben berufen sein solle.⁷³²

⁷²⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 (1485).

⁷²⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 (1485).

⁷²⁸ OLG Köln, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 Wx 249/14, ErbR 2015, 315 ff.

⁷²⁹ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 17.04.2003 – 3 W 48/03, ZEV 2003, 367 ff.

⁷³⁰ OLG Hamm, Beschl. v. 01.10.2002 – 15 W 164/02, NJW 2003, 2391.

⁷³¹ OLG Hamm, Beschl. v. 01.10.2002 – 15 W 164/02, NJW 2003, 2391.

⁷³² OLG Hamm, Beschl. v. 01.10.2002 – 15 W 164/02, NJW 2003, 2391 (2392); anders noch BayObLG, Beschl. v. 10.07.1979 – BReg. 1 Z 28/79, BayObLGZ 1979, 215 ff.

Ähnlich urteilte das Hanseatische Oberlandesgericht in einem Fall, in dem die Erblasserin ein privatschriftliches Testament errichtete, in welchem sie verfügte: „[...] setze ich für die Hälfte meines Vermögens meinen Enkel D. W. als Haupterben ein. Die andere Hälfte geht an die Erben die im Testament genannt sind.“⁷³³ Bei dem in Bezug genommenen „Testament“ handelte es sich um ein maschinenschriftliches gemeinschaftliches Testament mit ihrem Ehegatten, in dem die Erbfolge geregelt wurde. Das Oberlandesgericht sah darin eine Bezugnahme, die lediglich der näheren Erläuterung testamentarischer Bestimmungen dient, weil das Testament insofern einen gewissen Anhalt für die nähere Bestimmbarkeit der Personen bot, als es zum Ausdruck brachte, dass „die Erblasserin an ganz bestimmte Personen gedacht hat“.⁷³⁴ Somit sei das in Bezug genommene, formunwirksame gemeinschaftliche Testament zur Auslegung heranzuziehen.⁷³⁵

Das Oberlandesgericht Köln beschäftigte sich mit einem maschinengeschriebenen und mit Lücken versehenen Text, dessen Lücken der Erblasser handschriftlich ausgefüllt hatte, und zwar mit seinem Vor- und Nachnamen, dem Geburtsdatum, dem Geburtsnamen sowie seiner Unterschrift und Datum.⁷³⁶ Dieser Text war mit einem handschriftlichen Testament zusammengeheftet, welches allerdings keine Unterschrift trug. Anders als das erstinstanzliche Amtsgericht Euskirchen, das darin ein formwirksames Testament erblickte,⁷³⁷ betonte das Oberlandesgericht Köln, dass die eigenhändig abgefassten Teile keinen abgeschlossenen Sinn ergäben, sodass sie kein wirksames Testament darstellten.⁷³⁸

e) Testierfähigkeit

Bisher zeigt sich bei der Anzahl der Urteile zur Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB kein kontinuierlicher Trend. Während eine entsprechende Suche bei beck-online für den Zeitraum von 2002 bis 2006 84 Ergebnisse anzeigt, sind es von 2007 bis 2011 nur 31. Dafür liegen für die Jahre von 2012 bis heute bereits 103 Treffer vor, wobei davon auszugehen ist, dass viele Urteile – gerade aus dem Jahr 2016 – erst in den kommenden Monaten in die Datenbank eingepflegt werden. Insgesamt ist die Testierfähigkeit der Zahl der gerichtlichen Entscheidungen

⁷³³ OLG Hamburg, Beschl. v. 18.03.2015 – 2 W 5/15, FamRZ 2016, 665 ff.

⁷³⁴ OLG Hamburg, Beschl. v. 18.03.2015 – 2 W 5/15, FamRZ 2016, 665 (666).

⁷³⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 18.03.2015 – 2 W 5/15, FamRZ 2016, 665 (666).

⁷³⁶ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035.

⁷³⁷ AG Euskirchen, Beschl. v. 31.07.2013 – 3 VI 111/13, BeckRS 2014, 14122.

⁷³⁸ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 f.

zufolge der mit Abstand häufigste Streitpunkt im Kontext der Testamentserrichtung.⁷³⁹ Auffällig ist, dass bei der großen Mehrheit der Entscheidungen als Grund für die streitige Testierunfähigkeit eine Demenzerkrankung angegeben wird. Die Entscheidungen, in denen es um eine demenzbedingte Testierunfähigkeit geht, sind nahezu immer solche, bei denen der Erblasser ein sehr hohes Alter erreicht hat.⁷⁴⁰

Insgesamt belegen die Gerichtsentscheidungen die Schwierigkeit, posthum über das Vorliegen der Testierfähigkeit zu entscheiden. Häufig lässt sich die Frage nicht eindeutig klären, sodass es aufgrund der Beweis- beziehungsweise Feststellungslast beim Grundsatz der Testierfähigkeit und damit der Wirksamkeit des Testaments bleibt.⁷⁴¹ Da es sich bei der Entscheidung darüber, ob die Voraussetzungen der Testierfähigkeit vorliegen, um eine Frage auf tatsächlichem Gebiet handelt⁷⁴² und die Vorinstanzen ihrer Aufklärungspflicht nicht immer in gebotennem Umfang nachkommen, verweisen die Rechtsbeschwerdegerichte die Sache oft zu neuer Behandlung und Entscheidung zurück. In den anderen Fällen sind die positiven und die negativen Entscheidungen über das Vorliegen der Testierfähig-

⁷³⁹ Gemeint sind Fragen der Wirksamkeit der Testierung, Auslegungsfragen wurden nicht berücksichtigt.

⁷⁴⁰ Siehe etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.02.2016 – I-3 Wx 40/14, FamRZ 2016, 1206 (98 Jahre); OLG München, Urt. v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, BeckRS 2013, 16015 (93 Jahre); OLG Bamberg, Beschl. v. 12.03.2012 – 6 W 12/12, BeckRS 2012, 19770 (97 Jahre); OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (88 Jahre); BayObLG, Beschl. v. 13.01.2005 – 1Z BR 078/04, BeckRS 2005, 44182 (91 Jahre); BayObLG, Beschl. v. 04.08.2004 – 1Z BR 44/04, FamRZ 2005, 840 f. (94 Jahre).
⁷⁴¹ So zum Beispiel OLG München, Beschl. v. 31.10.2014 – 34 Wx 293/14, FamRZ 2015, 698 (700); BayObLG, Beschl. v. 04.08.2004 – 1Z BR 44/04, FamRZ 2005, 840 (841); BayObLG, Beschl. v. 12.05.2004 – 1Z BR 4/04, BeckRS 2004, 35126; vgl. auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.1998 – 7 U 210/95, FamRZ 1998, 1064 (1065) = BeckRS 1998, 03018.

⁷⁴² Siehe nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.02.2016 – I-3 Wx 40/14, FamRZ 2016, 1206 (1208); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.06.2015 – I-3 Wx 103/14, FamRZ 2015, 2088 (2089); OLG Bamberg, Beschl. v. 12.03.2012 – 6 W 12/12, BeckRS 2012, 19770; OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (165); BayObLG, Beschl. v. 09.03.2005 – 1Z BR 112/04, ZEV 2005, 348 (349); BayObLG, Beschl. v. 04.08.2004 – 1Z BR 44/04, FamRZ 2005, 840 (841). Auch wenn die Beurteilung der Testierfähigkeit auf Basis eines medizinischen Sachverständigengutachtens erfolgt, müssen die Gerichte die rechtliche Beurteilung selbst vornehmen und eigenverantwortlich prüfen, ob sie dem Gutachten folgen können und ob aus dem Befund auf Testierunfähigkeit geschlossen werden kann. Das Gericht hat „das Gutachten auf seinen sachlichen Gehalt, seine logische Schlüssigkeit sowie darauf zu prüfen, ob es von dem für erwiesenen Sachverhalt ausgeht und eine am richtigen Begriff der Testierunfähigkeit orientierte überzeugende Begründung liefert“ (OLG Hamm, Urt. v. 06.03.2014 – 10 U 76/13, FamRZ 2014, 1817 [1819 f.]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.06.2012 – I-3 Wx 273/11, FamRZ 2013, 159 [160]; BayObLG, Beschl. v. 14.09.2001 – 1Z BR 124/00, ZEV 2002, 234 [235]). Dazu *Bublitz*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 37 (52 f.).

keit annähernd ausgeglichen, auch wenn die Testierfähigkeit – nicht zuletzt wegen der Zweifelsregelung, nach der im Zweifel von Testierfähigkeit auszugehen ist – leicht überwiegt (ungefähr 60 Prozent positiv gegenüber 40 Prozent negativ).

Gerade weil die Testierfähigkeit im Nachhinein so schwer zu bestimmen ist, sind umfangreiche Zeugenaussagen zum Zustand des Erblassers erforderlich. Hier offenbart sich in vielen Fällen das typische Dilemma, dass die Angehörigen parteiisch argumentieren und den Zustand des Erblassers in dem für sie günstigen Sinn beschreiben.⁷⁴³ Verlässlicher sind ärztliche Berichte – etwa vom Hausarzt – oder ärztliche Sachverständigengutachten.⁷⁴⁴ Aber selbst ärztliche Berichte, die zu Lebzeiten des Erblassers entstanden sind, erleichtern die Urteilsfindung nicht immer, da sie häufig nicht in zeitlicher Nähe zum Errichtungszeitpunkt des Testaments erstellt wurden und meist nur punktuelle Wahrnehmungen beschreiben.⁷⁴⁵

So bleibt die Entscheidung über die Testierfähigkeit ähnlich wie die Entscheidung über den Testierwillen – wie von den Gerichten vielfach betont – eine Tatsachenentscheidung, bei der es auf die Abwägung der Umstände des Einzelfalls ankommt. Beispielsweise schließen allein eine Alkoholabhängigkeit,⁷⁴⁶ ein erlittener Schlaganfall,⁷⁴⁷ eine medikamentöse Schmerztherapie und ein Schreibfehler beim zweiten Vornamen des Beschwerdeführers⁷⁴⁸ oder ein Schreibversehen bei der Unterschrift, bei dem die erste Silbe des Nachnamens wiederholt wurde,⁷⁴⁹ die Testierfähigkeit nicht aus. Umgekehrt kann Testierunfähigkeit vorliegen, obwohl das Schriftbild des Testaments geordnet ist,⁷⁵⁰ obwohl der Erblasser auf psychiatrische Laien „normal“ wirkt,⁷⁵¹ obwohl er einen Eindruck der Unauffäl-

⁷⁴³ Siehe etwa BayObLG, Beschl. v. 12.05.2004 – 1Z BR 4/04, juris Rn. 36.

⁷⁴⁴ Allerdings kann die ärztliche Schweigepflicht zu einem Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes führen, dazu näher *Bartsch*, NJW 2001, 861 ff.; *Laimer*, RabelsZ 77 (2013), 555 (576 f.); vgl. auch *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (101).

⁷⁴⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.02.2016 – I-3 Wx 40/14, juris Rn. 44.

⁷⁴⁶ OLG Brandenburg, Beschl. v. 20.03.2014 – 3 W 62/13, ErbR 2014, 393 (395 f.); BayObLG, Beschl. v. 02.10.2002 – 1Z BR 68/02, NJOZ 2003, 78 (81).

⁷⁴⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.10.2013 – I-3 Wx 116/13, ErbR 2014, 122 (123).

⁷⁴⁸ OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.01.2014 – 3 W 49/13, ErbR 2014, 141.

⁷⁴⁹ BayObLG, Beschl. v. 06.10.2000 – 1Z BR 106/00, BeckRS 2000, 15003 Rn. 32.

⁷⁵⁰ OLG München, Beschl. v. 22.10.2014 – 31 Wx 239/13, FamRZ 2015, 689 (691).

⁷⁵¹ OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ErbR 2014, 127 (129).

lichkeit in einem auf Unverbindliches beschränkten Gespräch macht und am Bankautomaten noch selbständig eine Ziffernfolge eingeben kann,⁷⁵² obwohl noch rudimentär vorhandene intellektuelle Fähigkeiten wie die Fähigkeit, ein einfaches Gespräch zu führen, Brettspiele zu spielen und in der Zeitung zu lesen, erhalten sind⁷⁵³ oder die Erblasserin noch zu musikalischen Aktivitäten wie Cello- und Klavierspielen in der Lage war⁷⁵⁴. Testierunfähigkeit wird ferner bejaht, wenn das Denken und Handeln der Erblasserin von Verfolgungsängsten und Fehlvorstellungen geprägt wird⁷⁵⁵ oder wenn die Erblasserin praktisch beliebig beeinflussbar in jede Richtung hin ist⁷⁵⁶. Für die Testierfähigkeit muss der Erblasser in der Lage gewesen sein, „sich im Zuge [der] Entscheidungsfindung einer Einflussnahme oder Manipulation Dritter zu entziehen“⁷⁵⁷.

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass es außer der allgemeinen Formel des § 2229 Abs. 4 BGB keine abstrakt feststehenden, greifbaren Kriterien und Maßstäbe gibt, die die Entscheidung der Gerichte im konkreten Fall vorgeben, sondern die Entscheidung davon abhängt, welche gesicherten Beobachtungen aus dem Alltagsleben des Erblassers vorliegen und wie das Gericht diese – meist mithilfe ärztlicher Gutachten – im Hinblick auf die Testierfähigkeit bewertet. Sehr oft besteht die Schwierigkeit, dass ein die Testierunfähigkeit bedingender schwerer Grad der demenziellen Entwicklung ab einem bestimmten Zeitpunkt (beispielsweise einem dokumentierten Arztbesuch) feststeht, das Testament aber schon vorher errichtet wurde oder der Errichtungszeitpunkt streitig ist, weil die Datumsangabe im Testament fehlt oder nachweislich falsch ist.⁷⁵⁸ So verwundert es nicht, dass in vielen Fällen die Beweislast entscheidet, und dass der Einwand der Testierunfähigkeit in so vielen Fällen, die zu den Obergerichten gelangen und in denen der Erblasser ein hohes Alter erreicht hatte, von den Angehörigen oder Erbanwärttern des Erblassers erhoben wird, selbst wenn keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen.

⁷⁵² BayObLG, Beschl. v. 09.03.2005 – 1Z BR 112/04, ZEV 2005, 348 (350).

⁷⁵³ OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (166 f.).

⁷⁵⁴ OLG München, Beschl. v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, juris Rn. 75.

⁷⁵⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 08.02.2011 – 2 U 17/07, BeckRS 2011, 29285 (nachgehend allerdings BGH, Beschl. v. 23.11.2011 – IV ZR 49/11, FamRZ 2012, 297 ff. mit Zurückverweisung an das Berufungsgericht).

⁷⁵⁶ OLG München, Urt. v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, BeckRS 2013, 16015.

⁷⁵⁷ OLG Celle, Beschl. v. 26.09.2006 – 6 W 43/06, FamRZ 2007, 417 (418).

⁷⁵⁸ Siehe zum Beispiel OLG Jena, Beschl. v. 04.05.2005 – 9 W 612/04, ZEV 2005, 343 ff.; BayObLG, Beschl. v. 29.11.2000 – 1Z BR 125/00, ZEV 2001, 399 f.

2. Formzwecke in der gerichtlichen Argumentation

Im Hinblick auf Veränderungen der Formzwecke ist die gesichtete Rechtsprechung größtenteils wenig ergiebig. In der Mehrheit der Fälle spielen die Formzwecke keine Rolle. Die Durchsicht von Gerichtsentscheidungen zu § 2247 BGB aus den vergangenen siebzehn Jahren ergibt im Großen und Ganzen keine auffälligen Veränderungen in den Argumentationslinien. Die Probleme stellen sich bei den heutigen Erbfällen noch nicht in dem Maße, in dem sie in Zukunft zu erwarten sind. Ein weiterer Aspekt ist, dass die Formzwecke von der Rechtsprechung generell nur sehr selten zur konkreten Begründung ihrer Entscheidungen herangezogen werden. In den meisten Fällen werden sie – sowohl in der älteren als auch in der jüngeren Rechtsprechung – überhaupt nicht erwähnt. Dies lässt sich damit erklären, dass es für die Wirksamkeit des Testaments, welche die Richter zu beurteilen haben, allein darauf ankommt, ob die Formvorschriften eingehalten wurden, und nicht darauf, ob im Einzelfall die Formzwecke erreicht wurden.⁷⁵⁹ Die Formzwecke sind nur nachrangig bedeutsam bei der Frage, ob die Formvorschriften erfüllt wurden. Wo die Formzwecke Erwähnung finden, geschieht dies in der Regel nur durch die formelhafte Wiedergabe der vom Bundesgerichtshof herausgearbeiteten Zwecke, die genaue Bedeutung für die Entscheidungsfindung wird hingegen nicht dargelegt.⁷⁶⁰ Da die Zwecke in dieser Aufzählung alle gleichrangig nebeneinanderstehen, lässt sich insoweit auch keine unterschiedliche Gewichtung erkennen.

a) Echtheitsfunktion

In Fällen, in denen die Echtheit des Testaments infrage steht, argumentieren die Gerichte nur selten mit dem Echtheitszweck. Meist entscheiden sie mit Hinweis auf erstellte Schriftsachverständigengutachten, ohne dass Ausführungen zu den teleologischen Hintergründen des § 2247 BGB erfolgen.⁷⁶¹ Ein Rückgriff auf die

⁷⁵⁹ Siehe hierzu schon oben 2. Kapitel B. I, besonders Fn. 177.

⁷⁶⁰ Dazu schon oben 2. Kapitel B. II. 2.

⁷⁶¹ Ein aktuelles Beispiel ist etwa der Beschluss des OLG Köln. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 23 ff. Anderes gilt für den Fall, dass die Urheberschaft des Erblassers deshalb infrage steht, weil dieser beim Schreiben von einer anderen Person physisch unterstützt wurde. Hier kann eine Auslegung in Bezug darauf erforderlich sein, ob das Testament dennoch eigenhändig erstellt wurde, der Erblasser also trotz der Schreibhilfe als physischer Urheber des Textes gelten kann. In diesen Fällen werden auch die Formzwecke in die Argumentation eingebettet. Vgl. dazu OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 f.

Formzwecke findet nur im Rahmen der Auslegung statt.⁷⁶² Die Gerichte führen die potenzielle Manipulierbarkeit als Begründung dafür an, warum das Testament unwirksam sein soll, zum Beispiel wenn es mehrere Einzelblätter umfasst⁷⁶³, aus zwei Aufklebern zusammengesetzt ist⁷⁶⁴ oder Ergänzungen auf einer Fotokopie nicht unterschrieben wurden⁷⁶⁵, selbst wenn das Gericht im konkreten Fall nicht daran zweifelt, dass das Testament vom Erblasser erstellt wurde. Dies sind Fälle, in denen es um die Stellung der Unterschrift geht. Fälle, in denen die Testamentsunterschrift im Mittelpunkt steht, machen den weit überwiegenden Teil der Gerichtsentscheidungen aus, in denen die Formzwecke zur Sprache kommen. Nahezu alle Gerichtsentscheidungen, die sich mit der Stellung der Unterschrift und Zusätzen unterhalb der Unterschrift beschäftigen, widmen sich den Zwecken der eigenhändigen Unterschrift. In diesem Bereich bestätigt sich die Aussage des Bundesgerichtshofs, dass den vom Gesetz verfolgten Zwecken der Formvorschriften „bei der Beantwortung der Frage nach der Formgültigkeit von Willenserklärungen besondere Bedeutung zukommt“⁷⁶⁶. Zum Teil erfolgt die Nennung der Formzwecke nur zur knappen Erläuterung, weshalb die Unterschrift des Erblassers grundsätzlich am Schluss des Textes stehen müsse.⁷⁶⁷ Häufig stützen sich die Gerichte hierbei auf eine wiederkehrende Formel: *„Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, die Identifikation des Erblassers zu ermöglichen, zu dokumentieren, dass der Erblasser sich zu dem über der Unterschrift befindlichen Text ernstlich zur abschließenden Willensbildung seiner handschriftlich niedergelegten Erklärung bekennt sowie den Urkundentext räumlich abzuschließen und damit vor nachträglichen Ergänzungen und Zusätzen [mittels Fälschung] zu sichern.“*⁷⁶⁸ Bei der Subsumtion kommen die Gerichte dann allenfalls implizit noch einmal

⁷⁶² Dazu oben 2. Kapitel B. I.

⁷⁶³ LG München I, Beschl. v. 09.02.2004 – 16 T 17192/03, FamRZ 2004, 1905, das darauf abstellt, ob ein Austausch von Blättern ausgeschlossen werden kann.

⁷⁶⁴ OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029.

⁷⁶⁵ OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, FamRZ 2012, 250 (251).

⁷⁶⁶ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 (250) = NJW 1981, 1736 (1737).

⁷⁶⁷ OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.02.2011 – 7 W 82/10, ZEV 2012, 40; LG Darmstadt, Urt. v. 11.12.2007 – 10 O 79/06, BeckRS 2008, 01630; OLG Naumburg, Beschl. v. 04.10.2006 – 10 Wx 4/06, ZEV 2007, 432; BayObLG, Beschl. v. 12.08.2002 – 1Z BR 66/02, ZEV 2003, 26.

⁷⁶⁸ OLG München, Beschl. v. 13.09.2011 – 31 Wx 289/11, ZErB 2011, 285 (286); OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, ZEV 2012, 41 (42); OLG München, Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80; BayObLG, Beschl. v. 29.07.2004 – 1Z BR 39/04, BeckRS 2004, 08218; BayObLG, Beschl. v. 10.12.2003 – 1Z BR 71/03, DNotZ 2004, 801; vgl. auch OLG Hamm, Beschl. v. 14.03.1986 – 15 W 423/85, FamRZ 1986, 728.

auf die Formzwecke zurück.⁷⁶⁹ In anderen Fällen werden die Formzwecke konkret in die Argumentation einbezogen und zur Begründung des Ergebnisses herangezogen. So begründet etwa das Landgericht München seine Entscheidung, dass mehrere lose Blätter mit nur einer Unterschrift auf einem der Blätter kein hinreichend zusammenhängendes Testament bilden, im Wesentlichen damit, dass die einzelnen Bögen nur lose zusammengefasst und somit jederzeit austauschbar seien – sogar ohne Beschädigung oder auch nur Veränderung eines Blattes.⁷⁷⁰ Damit argumentiert es in der Sache mit der Fälschungsschutzfunktion und hält diese für maßgebend. Ebenso stützt sich das Hanseatische Oberlandesgericht auf die Echtheitsfunktion, wenn es im oben beschriebenen Beschluss, bei dem das vermeintliche Testament aus zwei Aufklebern bestand, die Wirksamkeit ablehnt, weil die zwei separaten Aufkleber keinerlei Schutz gegen etwaige Manipulation böten.⁷⁷¹ Diese jederzeitige Manipulierbarkeit wird auch als Argument gegen den Testierwillen angeführt.⁷⁷² Schließlich wird auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Rostock, dass im Testament vorgenommene nachträgliche Streichungen einer eigenen Unterschrift bedurft hätten, da sie eine wesentliche Änderung beinhalteten, damit begründet, dass sich nicht durch ein Schriftsachverständigen-gutachten klären ließe, „dass auch die nicht einheitlich ausgeführten vorhandenen Streichungen vom Erblasser persönlich stammen“⁷⁷³. Auch wenn der Echtheitszweck in diesen Fällen nicht explizit erwähnt wird, argumentieren die Gerichte inhaltlich mit der Echtheitsfunktion, wenn sie Bedenken bezüglich der Manipulierbarkeit äußern. Dies korreliert damit, dass der Echtheitszweck in besonderem Maße mit dem testamentsrechtlichen Ziel im Einklang steht, (nur) den wirklichen Willen des Erblassers und damit nur echte Testamente zur Geltung zu bringen.

b) Bedachtheitsfunktion

Über die genannten Formfunktionen – Identifikationsfunktion, Abschlussfunktion, Fälschungsschutzfunktion – besteht in der Rechtsprechung in Bezug auf die Unterschrift weitgehend Einigkeit,⁷⁷⁴ obgleich sie vielerorts in verkürzter oder

⁷⁶⁹ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 ff.; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2013 – 1-3 Wx 246/12, ZEV 2013, 552 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 26.10.2010 – 15 Wx 81/10, DNotZ 2011, 702 ff.; BayObLG, Beschl. v. 12.08.2002 – 1Z BR 66/02, ZEV 2003, 26 f.

⁷⁷⁰ LG München I, Beschl. v. 09.02.2004 – 16 T 17192/03, FamRZ 2004, 1905 f.

⁷⁷¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029.

⁷⁷² OLG Hamburg, Beschl. v. 08.10.2013 – 2 W 80/13, BeckRS 2014, 05745 = FamRZ 2014, 2029.

⁷⁷³ OLG Rostock, Beschl. v. 25.10.2011 – 3 W 4/11, BeckRS 2012, 16770.

⁷⁷⁴ A.A. zur Identifikationsfunktion beim notariellen Testament OLG Köln, Beschl. v. 07.12.2009 – 2 Wx 83/09 und 2 Wx 84/09, FamRZ 2010, 679.

abgewandelter Form genannt werden und die Abschluss- und Fälschungsfunktion häufig vermischt werden.⁷⁷⁵ Soweit man ihn nicht schon als Teil der Abschlussfunktion und des „ernstlichen Bekennens“ zum Testamentsinhalt auffasst, wird außerdem dem Übereilungs- und Bedachtheitsschutz Bedeutung zuerkannt. Es lässt sich beobachten, dass ihm in einigen Fällen ein gleich starkes Gewicht wie dem Nachweis der Echtheit des Testaments eingeräumt wird oder er sogar ausschlaggebend ist. Dies zeigt sich etwa im Beschluss des Oberlandesgerichts München aus dem Jahr 2010, in dem es um die Bestimmung der Erben durch einen Verweis („s. Liste“) auf eine unterhalb der Unterschrift stehende Liste ging: *„Bei einer Erbeinsetzung mittels ‚Bezugnahme‘ auf eine anschließend zu erstellende Liste bestehen nämlich bereits Zweifel an der abschließenden Willensbildung bzgl. der von E angedachten Personen als Erben. Denn E will sich in dem von ihrer Unterschrift gedeckten Urkundentext bzgl. dieser Erben gerade nicht festlegen, sondern diese in einer gesonderten, noch zu erstellenden Erklärung bestimmen. Ob die ‚Liste‘ zeitgleich mit dem sonstigen Urkundentext erstellt worden ist [...], ist letztlich nicht von Bedeutung. Denn selbst wenn die Liste im Zuge der Abfassung des übrigen Urkundentextes von E erstellt sein sollte, bietet die Liste nicht die Gewähr, dass der Personenkreis der Erben abschließend benannt ist. Mangels Unterschrift bzgl. der Liste ist stets eine Ergänzung von Personen mittels Hinzufügung einer weiteren folgenden Nummer möglich. Dies steht jedoch nicht mit der Abschluss- und Fälschungsschutzfunktion der Unterschriftsleistung im Einklang.“*⁷⁷⁶ Das Gericht argumentiert hier mit der abschließenden Willensbildung durch den Erblasser, welcher sich über die Personen der Erben abschließende Gedanken gemacht haben soll. Dieser bewusste und endgültige Abschluss des Testaments bietet zum einen Gewähr dafür, dass später nicht von dritter Seite Anordnungen hinzugefügt werden können (Echtheitsgewähr), zum anderen sichert er aber gerade auch die Bedachtheit und Intentionalität der Erbeinsetzung, da der Erblasser die Folgen seines Testaments konkret festlegen muss und das Nachdenken über die genaue Erbeinsetzung nicht auf einen späteren Zeitpunkt verschieben kann.

Dieser Aspekt spielt auch in anderen Entscheidungen zu den Funktionen der Unterschrift eine wichtige Rolle. Nach dem Landgericht Augsburg hat die Unterschrift neben der Abschluss- und der Fälschungsfunktion unter anderem eine

⁷⁷⁵ Siehe etwa OLG Rostock, Beschl. v. 25.09.2013 – 3 W 30/13, FamRZ 2015, 170 (171); OLG Hamm, Beschl. v. 26.10.2010 – 15 Wx 81/10, DNotZ 2011, 702 f.

⁷⁷⁶ OLG München, Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80 (81).

„Übereilungsschutzfunktion“; der Erblasser soll „die rechtsgeschäftliche Bedeutung seiner Erklärung noch einmal überdenken“⁷⁷⁷. Ähnlich verweist das Oberlandesgericht Köln auf die „Ernstlichkeit“ der letztwilligen Verfügung⁷⁷⁸ und in einem anderen Urteil auf die „Verantwortungsübernahme“ für die Geltung und Gültigkeit der Erklärung⁷⁷⁹. Die „Verantwortung“, die der Erblasser für den Testamentstext übernehmen soll, wird auch vom Oberlandesgericht Hamm angeführt, wo es die Wirksamkeit einer „Oberschrift“ als Unterschrift verneint.⁷⁸⁰ Dort war sie sogar das entscheidende Argument, denn an der Urheberschaft der Erblasserin bestanden keine Zweifel. Eine Oberschrift sei „nicht einmal vom äußeren Erscheinungsbild her geeignet [...], die Übernahme der Verantwortung für den auf dem Schriftstück befindlichen Text zu übernehmen [sic]“⁷⁸¹. Ferner zeigt die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts, in der es die Wirksamkeit eines Testaments bejahte, welches die Erblasserin erst über ein Jahr nach Niederschrift des Textes unterzeichnet hatte, dass es darauf ankommt, dass sich die Erblasserin im Nachhinein nochmals „mit dem Inhalt der letztwilligen Verfügung [...] auseinandergesetzt [...] hat“, und also die Bedachtheit der Erklärung entscheidend ist.⁷⁸² Andere Gerichte belassen es dagegen bei der allgemeinen Formulierung, dass die Unterschrift den Text „räumlich abschließen“ soll, um ihn „vor nachträglichen Ergänzungen und Zusätzen“ zu sichern.⁷⁸³ Dieser Zweck ist vornehmlich als Fälschungsschutz gemeint, lässt sich aber auch als Bedachtheitsschutz interpretieren. So wie im Fall des Oberlandesgerichts München⁷⁸⁴ soll der Erblasser bei der Testamenterrichtung einen abschließenden Willen gebildet haben und eigene nachträgliche Zusätze und Ergänzungen nur unter der Voraussetzung einer erneuten Unterschrift hinzufügen können. Insgesamt wird in der Rechtsprechung auf beide Aspekte der Unterschrift – Schutz vor Fälschung und Sicherung der

⁷⁷⁷ LG Augsburg, Beschl. v. 07.01.1998 – 5 T 2919/97, FamRZ 1999, 1534 (1535).

⁷⁷⁸ OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 (1036).

⁷⁷⁹ OLG Köln, Beschl. v. 07.12.2009 – 2 Wx 83/09 und 2 Wx 84/09, FamRZ 2010, 679 (680), allerdings geht es in dem Beschluss um ein notarielles Testament.

⁷⁸⁰ OLG Hamm, Beschl. v. 27.06.2000 – 15 W 13/00, ZEV 2002, 152 (153).

⁷⁸¹ OLG Hamm, Beschl. v. 27.06.2000 – 15 W 13/00, ZEV 2002, 152 (153) mit Verweis auf BGH, Ur. v. 20.11.1990 – XI ZR 107/89, BGHZ 113, 48 (51) = NJW 1991, 487.

⁷⁸² BayObLG, Beschl. v. 29.07.2004 – 1Z BR 39/04, FamRZ 2005, 1012 (1013).

⁷⁸³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.06.2013 – 1-3 Wx 246/12, ZEV 2013, 552 (553); OLG Braunschweig, Beschl. v. 08.02.2011 – 7 W 82/10, ZEV 2012, 40 (41); LG Darmstadt, Ur. v. 11.12.2007 – 10 O 79/06, BeckRS 2008, 01630. Vgl. auch OLG Naumburg, Beschl. v. 04.10.2006 – 10 Wx 4/06, ZEV 2007, 432 (433).

⁷⁸⁴ OLG München, Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80 f. Siehe schon Fn. 776.

Intentionalität und Verantwortlichkeit – Bezug genommen, ohne dass sich die Funktionen eindeutig hierarchisieren lassen.

c) Zwecke der eigenhändigen Niederschrift

Auslegungsfragen bezüglich der eigenhändigen Niederschrift des Testaments kommen im Gegensatz zur Unterschrift selten vor und werfen in der Regel keine neuen, bislang ungeklärten Fragen auf. Sie ergeben sich in Fällen, in denen ein anderer die Schreibleistung des Erblassers über bloße Stützungshandlungen hinausgehend beeinflusst hat,⁷⁸⁵ oder in den gelegentlich zu Gericht gelangenden Fällen, in denen die Schriftzüge des Erblassers lediglich in einer Fotokopie vorhanden sind, wobei es in diesen Fällen allerdings vorrangig um Fragen der Unterschrift unter Zusätzen auf der Fotokopie geht⁷⁸⁶. Die Fälle mit maschinenschriftlichen Texten oder Textteilen, bei denen man Ausführungen zu den Formzwecken erwarten könnte, werden nicht im Hinblick auf die Frage diskutiert, ob die Maschinenschrift als eigenhändige Schrift ausgelegt werden kann, sondern eher mit Blick auf den meist existierenden handschriftlichen Testamentsteil entschieden, der auf den maschinenschriftlichen Teil Bezug nimmt oder einen maschinenschriftlichen Lückentext ausfüllt.⁷⁸⁷

Da diese Fragen der Eigenhändigkeit bereits höchststrichterlich geklärt sind, werden die Formzwecke von den Gerichten nur knapp erwähnt, indem betont wird, dass die vollständige Eigenhändigkeit notwendig sei, „um die Echtheit des Testaments auf Grund der individuellen Merkmale, die die Handschrift eines jeden Menschen aufweist, überprüfen zu können“⁷⁸⁸. Anders als bei den Ausführungen zu den Zwecken der Unterschrift, wo auch der Übereilungs- und Bedachtheitschutz eine wichtige Rolle spielt, dominiert bei den Ausführungen zu den Zwecken der eigenhändigen Niederschrift – welche die Rechtsprechung von den Zwecken der Unterschrift trennt – die Echtheitsfunktion. Diese wird hier explizit und

⁷⁸⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 f.

⁷⁸⁶ Siehe OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, FamRZ 2012, 250 ff.; OLG München, Beschl. v. 25.10.2005 – 31 Wx 72/05, ZEV 2006, 33 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.01.2002 – 14 Wx 114/01, NJW-RR 2003, 653 ff.

⁷⁸⁷ Siehe dazu oben 4. Kapitel B. II. 1. d).

⁷⁸⁸ OLG München, Beschl. v. 31.08.2011 – 31 Wx 179/10, FamRZ 2012, 250 (251); OLG München, Beschl. v. 25.10.2005 – 31 Wx 72/05, ZEV 2006, 33 (34); ähnlich OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.01.2002 – 14 Wx 114/01, NJW-RR 2003, 653 (654); vgl. auch BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66, NJW 1967, 1124 (1125); OLG Köln, Beschl. v. 14.02.2014 – 2 Wx 299/13, NJW-RR 2014, 1035 zu einem maschinengeschriebenen Testament.

unabhängig von den anderen Formzwecken erwähnt, während die Warnfunktion keine Berücksichtigung findet.

Lediglich in den Fällen zur Schreibhilfe durch Dritte wird die Bedachtheitsfunktion (implizit) berücksichtigt. Es wird betont, dass der Erblasser die Gestaltung der Schriftzüge und die Formung der Schriftzeichen vom eigenen Willen getragen selbst bestimmen müsse.⁷⁸⁹ Die jüngeren Entscheidungen deuten dabei auf eine Abkehr von der früheren, sehr weiten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hin, wonach Eigenhändigkeit auch dann noch vorliegen soll, wenn das Schriftbild mehr der Schreibweise des Schreibhelfers als der des Erblassers entspricht und überwiegend auf die Tätigkeit und die Willensimpulse des Helfers zurückgeht.⁷⁹⁰ Nach dem Oberlandesgericht Hamm führte die auffallende Ähnlichkeit des Testaments mit der Schrift des (mutmaßlichen) Schreibhelfers trotz der gleichzeitigen Erkennbarkeit von Schriftelementen des Erblassers zu einer Unwirksamkeit des Testaments.⁷⁹¹ Selbst wenn sich feststellen ließe, dass das Ergebnis letztlich dem Erblasserwillen entspreche, könne eine Einflussnahme anderer Personen nicht für unerheblich erachtet werden, da dies eine Grauzone von Sachverhalten eröffnen würde, in der die Sicherung des Erblasserwillens nicht mehr hinreichend gewährleistet sei.⁷⁹² Diese Begründung mit der Sicherung des Erblasserwillens lässt sich dahingehend verstehen, dass neben der Echtheitsgewähr auch dem Gedanken der Warn- und Bedachtheitsfunktion bei der eigenhändigen Niederschrift des Testaments eine entscheidende Rolle zukommt.

d) Bedeutungszuwachs der Bedachtheitsfunktion?

Bemerkenswert ist ein Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aus dem Jahr 2013⁷⁹³: Das Gericht hatte über die Wirksamkeit eines Testaments zu entscheiden, das zu großen Teilen aus Pfeildiagrammen bestand. Abgesehen von den enthaltenen Textzeilen und der Unterschrift waren die wesentlichen Regelungen über die Erbfolge durch Pfeilverbindungen und damit zeichnerisch dargestellt. Das Gericht hielt das Testament deshalb für formungültig. Interessant ist

⁷⁸⁹ OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 (43); OLG Hamm, Beschl. v. 11.09.2001 – 15 W 224/01, NJW-RR 2002, 222; OLG Düsseldorf, Urt. v. 04.02.2000 – 7 U 23/96, juris Rn. 128.

⁷⁹⁰ BGH, Urt. v. 12.03.1981 – IVa ZR 111/80, NJW 1981, 1900 (1901); Urt. v. 19.05.1958 – III ZR 21/57, BGHZ 27, 274 (276) = NJW 1958, 1398.

⁷⁹¹ OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 f.

⁷⁹² OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 (43).

⁷⁹³ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 f.

die Begründung dafür. Wie andere Gerichte argumentiert das Oberlandesgericht Frankfurt am Main mit den Formzwecken und bezieht sich hierfür zunächst auf den Bundesgerichtshof: Zweck des Schriftformerfordernisses des § 2247 Abs. 1 BGB sei es besonders, „den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung kommen zu lassen, in dem es die Selbstständigkeit dieses Willens des Erblassers nach Möglichkeit verbürgt und die Echtheit seiner Erklärungen so weit wie möglich sicherstellen soll (BGH, Entscheidung v. 3.2.1967 – III ZB 14/66 –, FamRZ 1967, 281)“⁷⁹⁴. Dem fügt das Oberlandesgericht Frankfurt am Main jedoch noch einen weiteren Zweck hinzu, der bis dahin in Bezug auf den Testamentstext von keinem Gericht explizit hervorgehoben und so konsequent angewandt wurde: *„Darüber hinaus gewährleistet das eigenhändige Niederlegen in Schriftform einen gegenüber mündlicher Erklärung oder einfacher Schriftform gesteigerten Überlegungs- und Übereilungsschutz [...]. Durch das Schriftformerfordernis wird der Erblasser somit auch angehalten, seinen letzten Willen wohlüberlegt niederzulegen [...].“*⁷⁹⁵ Dieser Zweck der Bedachtheit scheint für das Gericht bei seiner Entscheidung der ausschlaggebende gewesen zu sein. Nachdem es zunächst festgestellt hat, dass es der vom Erblasser gewählten Kombination aus handschriftlichen Worten und Pfeildiagramm „bereits an der grundsätzlichen Funktion der Sicherstellung der Echtheit der Erklärung“ mangle, da die Pfeilverbindungen „ohne eine Möglichkeit der Nachprüfung – beispielsweise durch Schriftsachverständigengutachten – abgeändert werden können“⁷⁹⁶, kommt es auf den entscheidenden Gesichtspunkt des Überlegungs- und Übereilungsschutzes zu sprechen. Dieser könnte vor allem deshalb entscheidend gewesen sein, weil im konkreten Fall keinerlei Zweifel daran bestanden, dass die Pfeilverbindungen vom Erblasser stammten – auch wenn das Gericht wiederholt betont, dass es darauf nicht ankomme.⁷⁹⁷ *„Aber auch die weitere Schutzfunktion des gesteigerten Überlegungs- und Übereilungsschutzes wird durch das vorliegende Schriftstück nicht gewahrt. Die Gestaltung der wesentlichen erbrechtlichen Regelungen – also beispielsweise in welcher Person/welchen Personen, der Erblasser seinen Rechtsnachfolger/seine Rechtsnachfolger sieht und mit welchen Anteilen, welche Form der Rechtsnachfolge gewollt ist [...], ob einige der benannten Personen als Ersatzerben angesehen werden sollen, oder ob die Erklärung auch Vermächtnisse enthalten soll und ob auch insoweit Ersatzvermächtnisse angeordnet werden sollen –*

⁷⁹⁴ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

⁷⁹⁵ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

⁷⁹⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

⁷⁹⁷ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

*kann insoweit nicht im Wesentlichen einer lediglich zeichnerischen Gestaltung überlassen werden, die gegenüber einer schriftlichen Niederlegung nicht ausreichend gewährleistet, dass sich der Erblasser mit dem tatsächlichen Bedeutungsinhalt der insoweit denkbaren Regelungen befasst hat.*⁷⁹⁸ Damit hebt das Gericht die besondere Bedeutung der Bedachtheit der Testamentserklärung hervor und könnte in dieser Hinsicht zukunftsweisend sein.

Insgesamt nimmt der Übereilungs- und Bedachtheitsschutz in der Rechtsprechung bisher allerdings keine herausragende Stellung ein, auch wenn er von den Gerichten regelmäßig gleichrangig mit den anderen Formzwecken aufgeführt wird. Zwar wird er in der Formel des Bundesgerichtshofs, wonach es auf das „verantwortliche Testieren“ und darauf ankommt, dass der Erblasser sich selbst darüber „klar“ werden soll, „welchen Inhalt seine Verfügung von Todes wegen haben soll“, und diesen Willen „möglichst deutlich zum Ausdruck bringen“ soll,⁷⁹⁹ an prominenter erster Stelle genannt, während der Echtheitszweck erst an hinterer Stelle hinzugefügt wird.⁸⁰⁰ Die danach zu vermutende besondere Bedeutung wird aber durch die Rechtsprechung im Allgemeinen nicht bestätigt, da der Bedachtheitszweck später von den Gerichten nicht noch einmal für die konkrete Argumentation aufgegriffen wird. Eine etwas größere Rolle spielt er in Fällen, in denen es um die Testamentsunterschrift geht, sodass man mit dem Beschluss des Oberlandesgerichts München zum Verweis auf eine unterhalb der Unterschrift stehende Erbenliste⁸⁰¹ vorsichtig einen Bedeutungszuwachs erahnen kann. Ebenso kann man die Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz zum nur in Kopie vorgelegten Testament auf einem Vordruck⁸⁰² so interpretieren, dass nicht ein möglicherweise erschlichesenes und damit vom Erblasser nicht beabsichtigtes Testament Wirksamkeit erlangen sollte. Abgesehen von dem seltenen Fall des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main lassen sich jedoch in der bisherigen Rechtsprechung keine klaren Bedeutungsverschiebungen hin zur stärkeren Gewichtung des Bedachtheitsschutzes erkennen. In der Gesamtheit wird, sofern die Formzwecke in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, nach wie vor vordergründig

⁷⁹⁸ OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 (1424).

⁷⁹⁹ Zu dieser Formel des BGH siehe oben 2. Kapitel B. II. 2.

⁸⁰⁰ Besonders eindrücklich in der Formulierung des OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.10.2014 – 8 W 387/14, ZEV 2015, 220.

⁸⁰¹ OLG München, Beschl. v. 07.10.2010 – 31 Wx 161/10, ZEV 2011, 80 f.

⁸⁰² OLG Koblenz, Beschl. v. 18.12.2015 – 1 W 622/15, BeckRS 2015, 112608. Dazu oben 4. Kapitel B. II. 1. a) aa).

mit dem Echtheitszweck und der Fälschungsschutzfunktion argumentiert und es gibt keine Anzeichen für eine schwindende Bedeutung der Echtheitsfunktion.

3. Zusammenfassung

Der Befund der Rechtsprechung ist eindeutig: Die These, dass die Echtheitsfunktion aufgrund der Veränderungen der Alltagswirklichkeit und -gewohnheiten ihre Funktionsfähigkeit verliert, lässt sich so nicht bestätigen. Im Großen und Ganzen sind keine grundlegenden Veränderungen in der Argumentation sichtbar. Dies dürfte darauf beruhen, dass sich die Gerichte bisher noch nicht mit Testamenten solcher Erblasser befassen mussten, in deren Alltag die Handschrift nicht mehr vorkommt. Aus diesem Grund lassen sich auch noch keine Antworten auf die durch die Digitalisierung entstehende Problematik ablesen. Die sich häufenden Fälle mit maschinenschriftlichen Testamentstexten verdeutlichen lediglich das gesellschaftliche Bedürfnis für fortschrittliche, alltagspraktische Testierformen und das Unbehagen, das entsteht, wenn eindeutig dem Willen des Erblassers entsprechende Testamente für unwirksam erklärt werden müssen, weil die Gerichte sich nicht über den eindeutigen Gesetzeswortlaut hinwegsetzen dürfen.

Dennoch zeigen der Beschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main zum Pfeildiagramm-Testament und die verschiedenen Entscheidungen zu den Zwecken der Testamentsunterschrift, dass der Übereilungs- und Bedachtheitschutz auch in der Rechtsprechung an Gewicht gewinnt. So war etwa in dem Fall, in dem der Testamentstext auf einem „Tchibo“-Werblock niedergeschrieben war,⁸⁰³ die wegen des wiederholten Drängens der Zeugin G. fehlende tatsächliche Selbstbestimmtheit das wohl ausschlaggebende Argument gegen den Testierwillen des Erblassers. Ein weiteres Indiz für die Erstarkung der Übereilungs- und Bedachtheitsfunktion ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm, in der eine „Unterschrift“ in der Kopfzeile des Testaments mit dem Hinweis auf die fehlende Verantwortungsübernahme für den Text für unwirksam erklärt wurde.⁸⁰⁴ Es ist daher trotz der momentanen, bisher kaum veränderten Rolle der Formzwecke wahrscheinlich, dass die Gerichte ihre größtenteils statische Argumentation langfristig aufgeben werden (müssen) und stattdessen – wie dies heute schon vereinzelt der Fall ist – stärker auf den Bedachtheitszweck Bezug nehmen werden. Für diese These spricht auch, dass schon heute nicht gefordert wird, dass die im Testament niedergelegten Schriftzüge der gewöhnlichen Handschrift des Erblassers

⁸⁰³ LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364.

⁸⁰⁴ OLG Hamm, Beschl. v. 27.06.2000 – 15 W 13/00, ZEV 2002, 152 ff.

entsprechen.⁸⁰⁵ Dadurch zeigt sich, dass die Echtheitsfunktion keine absolute und uneingeschränkte Vorrangstellung einnimmt.

III. Schlussfolgerungen

a) Funktionsverluste des § 2247 BGB

Bewahrheiten sich die oben getroffenen Prognosen⁸⁰⁶, wird es immer schwieriger werden, anhand der Handschrift zuverlässige Rückschlüsse auf die Person des Erblassers zu ziehen. Auch wenn sich diese Entwicklung in der Rechtsprechung noch nicht niederschlägt, wird die Echtheitsfunktion der eigenhändigen Form über kurz oder lang verschwinden oder jedenfalls so weit reduziert werden, dass sie in den meisten Fällen wertlos ist. Soll § 2247 BGB in seiner jetzigen Gestalt als Testierform beibehalten werden, ergibt sich daher zwangsläufig eine Verschiebung der Formzwecke, oder mit den Worten *Reids, de Waals* und *Zimmermanns*: „Schnelle Veränderungen in der Welt haben die Rolle des holographischen Testaments verändert [...]“.⁸⁰⁷

In der Gegenwart ist die Eigenhändigkeit zwar durchaus noch geeignet, die Echtheit des Testaments anhand der individuellen Schriftzüge nachzuweisen. Auch wer im Alltag heute spürbar weniger handschriftlich schreibt als früher, hat in aller Regel in der Vergangenheit eine individuelle Handschrift ausgeprägt, die sich durch ausreichende Praxisanwendung verfestigt hat. Gleichzeitig ist die Handschrift bereits so stark aus dem täglichen Leben verdrängt worden, dass die eigenhändige Errichtung eines Testaments dem Testator die Feierlichkeit und Ernsthaftigkeit der Erklärung besonders vor Augen führt und dadurch die Warnfunktion erheblich verstärkt worden ist. Damit ist eine Verschiebung der Formzwecke dahingehend erfolgt, dass die Echtheitsfunktion nach wie vor wichtig und – wenn auch etwas schwächer als früher – erfüllt bleibt, während gleichzeitig die Warnfunktion an Gewicht zugenommen hat. Dieser Zustand ist jedoch fragil.

⁸⁰⁵ OLG Hamm, Beschl. v. 02.10.2012 – I-15 W 231/12, ZEV 2013, 42 (43); BayObLG, Beschl. v. 10.09.1985 – BReg. I Z 24/85, DNotZ 1986, 299 (300); *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 358; *Ebenroth*, Erbrecht, III § 3 Rn. 196; *Voit*, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament, § 2247 Rn. 16; *Werner*, DNotZ 1972, 6 (11).

⁸⁰⁶ Siehe 3. Kapitel A. I. 2. a).

⁸⁰⁷ Übersetzung durch Verfasserin von *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: *Reid/de Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (443): „But rapid changes in the world about [the holograph will] have altered its role [...]“.

Wenn die Handschrift irgendwann sogar so weit verloren gehen sollte, dass die Menschen sie im Laufe ihres Lebens gar nicht mehr erlernen – auch nicht in vereinfachter Druckschrift –, könnte man selbst umgekehrt argumentieren, dass der Bedachtheitsschutz abnimmt, wenn sich der Erblasser als unbeholfener Schreiber zu stark auf die Formung der handschriftlichen Buchstaben konzentrieren muss. Allerdings dürfte das einstweilen Zukunftsmusik und der Gesetzgeber bis dahin tätig geworden sein.

Schon jetzt sind aber die Gefahren für die Bedachtheit und Selbstbestimmtheit des Testaments durch die Alterung der Bevölkerung, die veränderten Lebensformen und -umstände im Alter (Vereinsamung, Pflegebedürftigkeit et cetera) und die enorme Zunahme von Demenzerkrankungen so immens, dass der Zugewinn des Überlegungs- und Übereilungsschutzes durch die Besonderheit der Handschrift diese nicht aufwiegen kann. Die Intentionalität der Testiererklärung bedarf eines stärkeren Schutzes, doch die Form des § 2247 BGB kann eine umfassende Intentionalitätsgewähr, wie sie erforderlich und erstrebenswert ist, nicht gewährleisten, jedenfalls nicht für den typischen, im hohen Alter liegenden Testierfall.

b) Unverzichtbarkeit der Echtheitsfunktion

Darüber hinaus ist bisher folgender – wesentlicher – Aspekt noch nicht bedacht worden: Der Bedeutungszuwachs der Warn- und Bedachtheitsfunktion kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Sicherung der Echtheit nach wie vor mindestens ebenso wichtig bleibt und unverzichtbar ist. Schon die Tatsache, dass die vermeintlich fehlende Authentizität des Testaments ein so beliebter Einwand zurückgesetzter Erben ist und dass die Gerichte sich kontinuierlich und gerade auch bei der Beurteilung neuer Testierarten (etwa mittels eines Pfeildiagramms⁸⁰⁸) mit der Frage der Echtheit auseinandersetzen, belegt, dass die Sicherung der Echtheit weiterhin ein zentrales Anliegen der Testamentsform ist. Die Gefahr einer Fälschung hat sich im Laufe der Zeit nicht verringert. Im Gegenteil werden Fälschungen wegen der Austauschbarkeit von Handschriften immer leichter, sodass die Garantie der Echtheit eines Testaments gerade in der Zukunft essenziell ist. Für den Erblasser sind (Ver-)Fälschungen seines Testaments besonders misslich, weil er seine Testierung nicht mehr richtigstellen kann und für die Unwirksamkeit seines Testaments – anders als zum Beispiel bei Formfehlern oder mehrdeutigen Formulierungen – nicht selbst verantwortlich ist und diese, abgesehen von der freiwilligen Möglichkeit, sein Testament in besondere amtliche Verwahrung zu

⁸⁰⁸Siehe dazu 4. Kapitel B. II. 2.

geben, nicht hätte verhindern können.⁸⁰⁹ Wenn die im Erbrecht so bedeutende Beweisfunktion beim privatschriftlichen Testament nicht mehr erfüllt wird, hat das Testament nach dem Tod des Erblassers keinen Wert mehr: Ein noch so sorgfältig bedachtes und umsichtig gestaltetes Testament trägt nichts zur Verwirklichung des Erblasserwillens bei, wenn es im Nachhinein unerkant von Dritten verfälscht werden kann. Ebenso wenig hilft ein bedachtes Testament, wenn es von einer anderen Person als dem Erblasser als unechtes Testament erstellt wurde. Dass der Echtheitszweck durch die Form des § 2247 BGB nicht mehr erreicht werden kann, bedeutet nicht, dass er nicht mehr erreicht werden muss. Der Bedachtheitszweck allein kann eine Testierform nicht legitimieren.⁸¹⁰ Vielmehr müssten künftige Testierformen beiden Zwecken – der Echtheit und der wichtiger gewordenen Intentionalität – gleichermaßen Rechnung tragen. An dieser Stelle muss man sich eingestehen, dass der jetzige § 2247 BGB dies in der Zukunft nicht zu leisten vermag. Es bewahrheitet sich langfristig die Vorhersage, dass die Veränderung der Realitäten letztlich die Nützlichkeit und Brauchbarkeit des holographischen Testaments infrage stellt.⁸¹¹

c) Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich durch die gesellschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen die Formzwecke des § 2247 BGB verändern. Da die Echtheitsfunktion durch die eigenhändige Form langfristig nicht mehr erfüllt werden kann und die Testatoren aufgrund der demographischen Entwicklung immer älter werden, ergibt sich eine Gewichtsverschiebung hin zur stärkeren Bedeutung der Bedachtheit und Selbstbestimmtheit der Testiererklärung. Die gesteigerte Sensibilität für die Verantwortlichkeit letztwilliger Entscheidungen führt zu einer Aufwertung der Warn- und Überlegungsfunktion. Ebenso gerät die Sicherung von

⁸⁰⁹ Eindringlich zeigt zum Beispiel die Entscheidung des OLG Hamm, Beschl. v. 14.08.2007 – 15 W 331/06, NJW-RR 2008, 21 ff., dass der Erblasserwille selbst bei besonders unverfälschten und offensichtlichen Fälschungsversuchen nicht zur Geltung kommen kann.

⁸¹⁰ Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass die Echtheit durch andere Vorschriften gesichert wird, etwa durch einen amtlichen Hinterlegungszwang für das eigenhändige Testament. Hierfür bedarf es aber gesetzlicher Reformen, welche zudem sinnvoll sein müssen (zu einem Hinterlegungszwang siehe unten 5. Kapitel B. I) – nach derzeitiger Rechtslage muss die Echtheit zwingend durch die Form gesichert werden.

⁸¹¹ Reid/de Waal/Zimmermann, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (443): „But rapid changes in the world about [the holograph will] have altered its role and may eventually call into question its usefulness.“ (Hervorhebung durch Verfasserin.) Vgl. auch die Feststellungen Muschellers, ErbR 2015, 650 (674) sowie Baumanns, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 35.

Machtfreiheit und Intentionalität in den Fokus, um dem gewandelten, materialisierten Verständnis von Privatautonomie auch im Testamentsrecht Rechnung zu tragen. Allerdings kann die jetzige Form des § 2247 BGB diese Anforderungen nicht in gebotenem Umfang erfüllen. Zusätzlich zu den stark zunehmenden Fällen von Testierunfähigkeit sorgt die demenz- und alterstypisch hohe Beeinflussbarkeit für Testierbedingungen, die die Bedachtheit und Intentionalität der Testierentscheidung immer stärker infrage stellen. Selbst wenn die eigenhändige Form mit fortschreitender Digitalisierung zu einer sehr entlegenen Form wird und die Testierhürde dadurch erhöht, kann dies die tatsächliche Selbstbestimmtheit nicht hinreichend sichern. Hinzu kommt, dass die Echtheitssicherung ein notwendiger Formzweck ist, der durch keinen anderen sinnvollen Zweck ersetzt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist die Funktionsfähigkeit und zukünftige Legitimation des eigenhändigen Testaments – welches im Schrifttum ohnehin schon stark kritisiert wird⁸¹² – nicht mehr gewährleistet.

⁸¹² Siehe etwa *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11 ff. und § 2231 Rn. 14 ff.; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 20 Rn. 15; *Weber*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 1 ff.; vgl. *Hagen*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 2; *Hermann*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Das holographische Testament, S. 60 f. m.w.N. Zur Kritik am eigenhändigen Testament auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 239.

5. Kapitel: Reformüberlegungen

Die drohenden Funktionsverluste des eigenhändigen Testaments infolge der festgestellten gesellschaftlichen Veränderungen erfordern es, über Reformen und Formalternativen im Testamentsrecht nachzudenken. Die Formvorschriften wurden seit ihrer Einführung inhaltlich nur wenig geändert.⁸¹³ Dies kann man wie der Großteil der Vertreter des akademischen Schrifttums so interpretieren, dass sich die jetzigen Formen bewährt haben und somit kein Bedarf für eine Änderung besteht.⁸¹⁴ Kaum jemand fordert heutzutage eine Abschaffung des holographischen Testaments und auch über Reformen oder zusätzliche Testierformen wird wenig diskutiert.⁸¹⁵ Man kann die Tatsache, dass die Normen mehr oder weniger auf dem Stand von 1900 sind, aber auch als Zeichen ihrer Rückständigkeit deuten und die Zeit für eine Anpassung an die Gegebenheiten und Herausforderungen des 21. Jahrhunderts gekommen sehen.

A. Prämissen

Die dargestellten Entwicklungen im gesellschaftlichen und rechtlichen Bereich führen nicht nur dazu, dass sich die Erfüllung der Formzwecke durch die eigenhändige Form verändert, sondern sie legen es auch nahe, die Formzwecke selbst im Hinblick auf die höhere Bedeutung der Warn- und Überlegungsfunktion zu interpretieren, zum Beispiel indem auch die Sicherung der tatsächlichen Selbst-

⁸¹³ Zu den erfolgten Änderungen siehe *Beutgen*, Geschichte der Form, S. 91 ff.; *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (194 ff.) sowie oben Fn. 124.

⁸¹⁴ Vgl. zum Beispiel *Otte*, in: Schmoeckel/Otte (Hrsg.), Europäische Testamentsformen, S. 31 (43); *Zimmermann*, *RabelsZ* 76 (2012), 471 (495).

⁸¹⁵ So schon *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (204 f. und 220). Gelegentlich finden sich – meist sehr vage – Forderungen nach „modernen Formen“ (siehe etwa *Baumann*, *ZEV* 2015, 221: „Aufgrund veränderter technologischer Entwicklungen sollte allerdings die lege ferenda über moderne Formen nachgedacht werden, sofern neue Technologien mindestens dieselbe Rechtssicherheit wie die derzeit geltenden Testamentsformen verbürgen.“; vgl. auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 34 f.); selbst substantiierte Reformvorschläge (dazu unten 5. Kapitel B. III bis VI) werden aber nicht aufgegriffen und ernsthaft diskutiert. Siehe allerdings den Reformvorschlag von *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 393 ff. im Hinblick auf die Alterung der Testatoren.

bestimmtheit als wichtiger Teil einer umfassenden Intentionalitätsgewähr wahrgenommen wird. Trotzdem bleibt die Echtheitsfunktion ein weiterhin unverzichtbarer Formzweck, den es auch in Zukunft zu verwirklichen gilt. Diese unterschiedlichen Befunde müssen bei einer Reform der Testierformen bedacht und miteinander in Einklang gebracht werden.

I. Erwartungen an die Form

Die vorstehenden Ausführungen offenbaren ein Dilemma: Einerseits ist die Formschwelle des § 2247 BGB mit der vorgeschriebenen Handschriftlichkeit angesichts der vollständigen Digitalisierung des Rechts- und Alltagslebens zu hoch, die Form ist zu unbequem und büßt ihre Echtheitsfunktion ein. Andererseits ist die Formschwelle im Hinblick auf die immer älter werdenden und beherrschungsanfälligen Testatoren viel zu niedrig. Eine Reform der Norm in die eine (Erleichterung) oder andere (Erschwerung) Richtung würde daher zwangsläufig zulasten der anderen Formfunktion gehen. Es kann somit – gerade vor dem Hintergrund des eingangs geschilderten Verhältnisses von Form und Privatautonomie⁸¹⁶ – bei einer Reform der Testierform nicht darum gehen, die Form zu erleichtern oder zu erschweren. Vielmehr kommt es allein darauf an, eine *andere* Form zu finden, die den genannten Veränderungen Rechnung trägt.⁸¹⁷

Der demographische Wandel stärkt die Bedeutung der Testierformen, da diese durch die Formschwelle einen gewissen Schutz garantieren können.⁸¹⁸ Die Formalität des Testaments kann in dieser Hinsicht zweierlei leisten: Einerseits kann sie den Testator gegen sich selbst und gegen unbedachte letztwillige Verfügungen schützen, indem sie ihm die Bedeutung seiner Handlung vor Augen führt.⁸¹⁹ Andererseits kann sie ihn gegen äußeren Zwang und unzulässige Beeinflussung schützen.⁸²⁰ Dies alles kann die Intentionalität der Testierentscheidung fördern und gewährleisten, dass die gesetzlichen Erben nicht ohne den tatsächlichen Willen des Erblassers aus der Erbfolge verdrängt werden.

⁸¹⁶ Dazu oben 2. Kapitel A. I. und II.

⁸¹⁷ Vgl. schon oben 2. Kapitel A. IV.

⁸¹⁸ Vgl. dazu auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 223 ff.

⁸¹⁹ *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: *Reid/de Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (468): „Formalities should protect testators against themselves by alerting them to the significance of what is being done.“

⁸²⁰ *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: *Reid/de Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (468): „[...] testators should also be protected against others – against coercion or undue influence [...].“

Die Form sollte daher eine möglichst umfassende Intentionalitätsgewähr bieten. Gleichzeitig darf die Formschwelle nicht so hoch liegen, dass sie Testatoren vom Testieren abhält. Ferner muss die Form im Rechtsverkehr eine zuverlässige Wiedergabe des Erblasserwillens ermöglichen.

II. Beibehaltung des Privattestaments

Das Institut des Privattestaments, also des nicht-notariellen Testaments, soll bei den Reformüberlegungen nicht zur Disposition gestellt werden. Zwar bietet ein privates Testament dem Testator keinen so umfassenden Schutz, wie ihn (mit wenigen Abstrichen⁸²¹) das notarielle Testament nach § 2232 BGB gewährt, der Kompromisscharakter ist dem Privattestament allerdings inhärent. Die Unsicherheiten waren schon bei den Diskussionen um die Zulassung des holographischen Testaments Grund für kontroverse Debatten, man kam aber überein, dass sie letztlich in Kauf genommen werden müssten, da die Vorteile sie aufwögen.⁸²² Das Privattestament – wenn für die Zukunft auch nicht in seiner jetzigen Form – ist eine sinnvolle und erprobte Laienform, die ein einfaches und kostenloses⁸²³ Testieren für jedermann⁸²⁴ ermöglicht. Es ist eine wichtige Errungenschaft für sämtliche Bevölkerungsschichten und besonders für finanziell oder körperlich eingeschränkte Erblasser nicht durch das notarielle Testament ersetzbar. Das private

⁸²¹ Dazu oben 4. Kapitel B. I. 2 und 3.

⁸²² Siehe Motive V, S. 257 ff. = *Mugdan V*, S. 135 ff.; Protokolle V, S. 326 ff. = *Mugdan V*, S. 696 ff.; *Mugdan V*, S. 886 ff.

⁸²³ Das Kostenargument, das regelmäßig für das Privattestament und gegen das notarielle Testament vorgebracht wird, ist zweischneidig, denn es lässt sich sowohl als Nachteil als auch als langfristiger Vorteil der notariellen Errichtungsart anführen. Tatsache ist, dass die Errichtung eines notariellen Testaments den Testator zunächst eine unter Umständen sehr hohe Gebühr kostet, während das privatschriftliche Testament abgesehen von marginalen Materialaufwendungen vollständig kostenfrei errichtet werden kann. Die Notargebühren richten sich nach dem geschätzten Nachlasswert (siehe §§ 3, 102 GNotKG i.V.m. dem Kostenverzeichnis). Langfristig kann sich dennoch ein finanzieller Vorteil ergeben, da das notarielle Testament zugleich öffentliche Urkunde i.S.d. §§ 415, 418 ZPO ist und in der Regel als Nachweis der Erbfolge bei der erbfolgebedingten Grundbuchberichtigung, bei Handelsregisteranmeldungen oder gegenüber Banken ausreicht, so dass die Erben keinen zusätzlichen Erbschein vorlegen müssen, welcher – je nach Nachlasswert – hohe Gebühren verursacht. Insgesamt ist das notarielle Testament daher oft günstiger. Trotzdem können die Kosten, die beim notariellen Testament sofort und vom Erblasser selbst aufgebracht werden müssen, abschreckend wirken. Die spätere Kostenersparnis für die Erben kommt dem Erblasser selbst nicht zugute. Zum Ganzen siehe *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 38; *Weber*, in: *Damrau/Tanck* (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 2 f.

⁸²⁴ Eine Ausnahme bilden nach § 2247 Abs. 4 BGB Minderjährige und – nach derzeitiger Rechtslage – Leseunfähige (z.B. auch vollständig Erblindete, siehe BayObLG, Beschl. v. 25.03.1999 – 1Z BR 48/99, FamRZ 2000, 322 f.) sowie Schreibunfähige.

Testament kann jederzeit an jedem beliebigen Ort und ohne die Mitwirkung anderer Personen errichtet werden und bietet daher größtmögliche Flexibilität. Auch die Möglichkeit der Geheimhaltung des Testaments ist für viele Testatoren ein wichtiges Argument für das Privattestament, weil sie beim notariellen Testament unweigerlich unter dem – sei es auch nur subjektiv empfundenen – „Druck der Pflicht“ stehen und nicht unbeschwert und ohne Rechtfertigungsdruck testieren können.⁸²⁵ Es erleichtert dem Testator die Ausübung seiner Testierfreiheit und ist sowohl in Deutschland als auch in vielen anderen Ländern⁸²⁶ aus der Rechtsordnung nicht mehr wegzudenken.

III. Gebot der Zurückhaltung bei Reformen im Erbrecht

Auffällig ist, dass Beiträge zum Erbrecht im juristischen Schrifttum häufig mit der Bemerkung eingeleitet werden, dass sich dieses Rechtsgebiet seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nur wenig verändert habe.⁸²⁷ Tatsächlich hat das Erbrecht im Vergleich zu den anderen Büchern des Bürgerlichen Gesetzbuches⁸²⁸ nur kleinere Anpassungen erfahren.⁸²⁹ Die Reformen waren vor allem verfassungsrechtlich begründet.⁸³⁰ Diese Zurückhaltung hat ihre Gründe. *Leipold* stellt fest: „Das Erbrecht ist freilich ein *statisches Rechtsgebiet*. Es bedarf in besonderem Maß der Verankerung im allgemeinen Rechtsbewußtsein und verträgt kein rasches Hin und Her, keine überstürzten Änderungen.“⁸³¹ Die Regelungen im Erbrecht entfalten ihre Wirkungen über einen langen Zeitraum und reichen mitunter weit in die Zukunft, sodass sie nicht leichtfertig verändert werden dürfen.⁸³² An Reformen sollte man, so *Leipold*, mit einem „konservativen Geist“ herangehen.⁸³³

⁸²⁵ *Lange*, Recht des Testamentes, S. 38. Anderes gilt nur für die Variante der Übergabe einer verschlossenen Schrift an den Notar (§ 2232 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 Halbsatz 1 Alt. 2 BGB), welche *Lange* daher gegenüber dem eigenhändigen Testament als vorzugswürdig ansieht.

⁸²⁶ Siehe etwa für Europa die Länderberichte bei *Süß*, Erbrecht in Europa, passim.

⁸²⁷ Siehe etwa *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 17; *Röthel*, NJW-Beil. 2010, 77; *Strätz*, DNotZ 2001, 452.

⁸²⁸ Siehe die Nachweise zu den erfolgten Reformen bei *Röthel*, NJW-Beil. 2010, 77 (80 Fn. 1).

⁸²⁹ Einen groben Überblick über erfolgte Reformen geben beispielsweise: *Leipold*, Erbrecht, § 3 Rn. 84 f.; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 18 ff.; *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 4 Rn. 1 ff.

⁸³⁰ *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 3 Rn. 4 und § 4 Rn. 1 ff.

⁸³¹ *Leipold*, AcP 180 (1980), S. 160 (211); vgl. auch *Herrler*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch, Testament (S. 1473).

⁸³² *Baumann/Karsten*, RNotZ 2010, 95; *Olzen/Looschelders*, Erbrecht, Rn. 18.

⁸³³ *Leipold*, AcP 180 (1980), S. 160 (211).

So liegt die Situation besonders im Testamentsrecht. Das Testament entfaltet seine Wirkung erst postmortal und der Erblasser könnte keine innerliche Ruhe in dem Bewusstsein finden, für den Todesfall alles geregelt zu haben, wenn er sich nicht darauf verlassen könnte, dass sein formgerecht erklärter Wille später verwirklicht werden wird. Andernfalls würde die Testierfreiheit weitgehend leerlaufen.⁸³⁴ Nicht umsonst wird das Testament in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch als „einer der wichtigsten Akte“⁸³⁵ bezeichnet. Dieser Bedeutung muss das Testamentsrecht gerecht werden, indem es Testierformen bereithält, auf die der Testator langfristig vertrauen kann. Reformen dürfen nicht dazu führen, dass bereits errichtete Testamente in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt werden. Diese Gefahr besteht etwa, wenn ein erstelltes Testament in der Schublade des Testators lagert und sich noch zu seinen Lebzeiten das Gesetz ändert, ohne dass er davon Kenntnis erlangt und sein Testament entsprechend anpasst. Nach dem Landgericht Lübeck liegt bei neuen gesetzlichen Formerfordernissen für bereits errichtete letztwillige Verfügungen eine echte Rückwirkung vor, weil diese nachträglich in die Errichtung der Verfügung und damit in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingreifen.⁸³⁶ Wegen des grundsätzlich geltenden verfassungsrechtlichen Verbots echter Rückwirkung dürfen neue Formvorschriften also nicht dazu führen, dass letztwillige Verfügungen, die nach den geltenden Vorschriften errichtet wurden, infolge einer Gesetzesänderung nichtig werden.⁸³⁷ Somit sind entsprechende Übergangsregelungen erforderlich, die die belastende Geltung für bereits errichtete Testamente ausschließen, etwa nach dem Vorbild von § 51 TestG. Für den Erblasser, die Erben und den Rechtsverkehr besteht ein hohes Bedürfnis an Rechtssicherheit. Unabhängig von den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einführung neuer Vorschriften gilt ein besonderes Gebot der Zurückhaltung bei testamentsrechtlichen Reformen. Die Normen dürfen nicht unüberlegt und kurzfristig geändert werden und es ist zu bedenken, dass jede zusätzliche Testierform die Unterscheidungskraft der geltenden Testierformen beeinträchtigt und

⁸³⁴ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 72.

⁸³⁵ Motive V, S. 257 = *Mugdan* V, S. 135. Siehe auch *Mugdan* V, S. 894: „[...] für das allerwichtigste Rechtsgeschäft, das Testament, welches dem menschlichen Willen auch über den Tod hinaus Kraft verleiht.“

⁸³⁶ LG Lübeck, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3333). Zum grundsätzlichen Verbot echter Rückwirkung siehe etwa BVerfG, Beschl. v. 12.11.2015 – 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14, NVwZ 2016, 300 ff.; Urt. v. 23.11.1999 – 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239 (262) = NJW 2000, 413 (415); Beschl. v. 03.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67 (78) = NJW 1998, 1547 (1548); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 VII Rn. 80 ff.

⁸³⁷ LG Lübeck, Beschl. v. 09.02.2006 – 7 T 96/06, NJOZ 2006, 3317 (3330).

selbst aufgrund zu großer Formenvielfalt zu Rechtsunsicherheit führen kann.⁸³⁸ Erst wenn – wie bei § 2247 BGB – langfristige, nachhaltige Veränderungen dazu führen, dass die bisherigen Normen in ihrer Funktionsfähigkeit bedroht sind, sollten Änderungen ergehen.

B. Mögliche Reformen

Im Folgenden sollen verschiedene Reformmöglichkeiten vorgestellt und diskutiert werden. Dabei müssen sowohl die Echtheitsfunktion als auch die Warn- und Überlegungsfunktion im Blick behalten werden, um ein zukunftsfähiges Testamentsrecht zu schaffen, das alle beschriebenen Entwicklungen berücksichtigt.

I. Erwägung eines computergeschriebenen Testaments

Zunächst liegt es vor dem Hintergrund der schwindenden Akzeptanz der Handschrift nahe, ein computergeschriebenes Testament zu erwägen, bei dem der Testamentstext maschinell erstellt werden kann.⁸³⁹ Dieses könnte als ausgedruckte und unterschriebene Papierversion oder als elektronische Datei gestaltet werden.

1. Vorteile eines computergeschriebenen Testaments

Wegen der weiten Verbreitung technischer Geräte und der Selbstverständlichkeit elektronischer Texte und Dokumente greift die maschinenschriftliche Form die heutige Alltagskommunikation am besten auf und entspricht der ursprünglichen Zwecksetzung, die Testierform an den gewöhnlichen Brief anzulehnen.⁸⁴⁰ Da sämtliche privaten wie auch rechtlichen Schriftangelegenheiten heutzutage unter Nutzung elektronischer Medien erledigt werden, würde diese Testierform die Erwartungen und Gepflogenheiten des Rechtsverkehrs erfüllen. Es kommt schon jetzt häufig vor, dass Testatoren ihr Testament zunächst am Computer ausarbeiten und hinterher handschriftlich abschreiben, um die Formanforderungen des § 2247

⁸³⁸ *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 19; *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 65.

⁸³⁹ Zur davon unabhängigen Frage, inwieweit ein eigenhändiges Testament auf einem elektronischen Datenträger die Formvorschrift des § 2247 BGB erfüllt, siehe *Hartmann*, Moderne Kommunikationsmittel, S. 217 f. und 233 ff.

⁸⁴⁰ Dazu oben 3. Kapitel A. I. 2.

BGB zu erfüllen.⁸⁴¹ Es ist fraglich, ob in diesem Fall des Abschreibens eines vorformulierten Textes der Bedachtheitseffekt der Handschriftlichkeit noch so groß ist, dass der Schritt unverzichtbar ist, oder ob der entscheidende Denkprozess nicht eher während der vorgelagerten Formulierung des elektronischen Dokumentes stattfindet. Auch bei einem maschinenschriftlich erstellten Text kann der umsichtige Testator lange und intensiv über den Inhalt nachdenken. Die eigenhändige Abschrift erscheint dann eher als überflüssige und umständliche Erschwerung des Testierakts. Im schlimmsten Fall versäumt der Testator es, seine schon abschließend durchdachte Testiererklärung, bei der er vielleicht sogar von einem Notar oder Anwalt beraten wurde, eigenhändig abzuschreiben, sodass sein letzter Wille mangels Formgültigkeit nicht verwirklicht werden kann.⁸⁴² Die Zulassung des Computertestaments könnte hier Abhilfe schaffen und die Unwirksamkeit derartiger Testamente verhindern. Ein weiterer Vorteil eines maschinenschriftlichen Testaments wäre seine Lesbarkeit. Während unlesbare handschriftliche Testamente oder Testamentsteile für ungültig erklärt werden müssen,⁸⁴³ bestünde dieses Problem bei einem Computertestament von vornherein nicht. Dies kommt besonders Menschen mit einer unleserlichen Handschrift zugute, die beim holographischen Testament der Gefahr der Unwirksamkeit ihres Testaments ausgesetzt sind. Hinzu kommt, dass Schreibprogramme oder das Einfügen von Grafiken, Diagrammen und Tabellen am Computer zusätzliche Möglichkeiten bei der Testamentsgestaltung eröffnen.⁸⁴⁴ Weiterhin spricht für ein Computertestament, dass die Datei oder eine Sicherungskopie oft noch auf dem Computer, Laptop, Handy oder einem anderen elektronischen Gerät des Erblassers gespeichert sein dürfte, sodass auch die Problematik der Nachweisbarkeit des Testaments im Fall der Unauffindbarkeit des Originals verringert würde. Anhand der Dateiinformationen lassen sich unter Umständen zudem das Erstellungsdatum und Änderungs-

⁸⁴¹ Vgl. OLG München, Beschl. v. 23.04.2014 – 31 Wx 22/14, NJW-RR 2014, 838 f.; OLG München, Beschl. v. 05.07.2013 – 34 Wx 191/13, FamRZ 2014, 158 (159); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.03.2010 – 14 Wx 30/09, BWNotZ 2011, 138 (139); OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.2006 – 15 W 414/05, FamRZ 2006, 1484 f.

⁸⁴² Vgl. dazu OLG Köln, Beschl. v. 06.10.2014 – 2 Wx 249/14, FamRZ 2015, 1529 ff.

⁸⁴³ Siehe etwa OLG Schleswig, Beschl. v. 16.07.2015 – 3 Wx 19/15, FamRZ 2016, 583 (584); KG, Beschl. v. 20.03.1998 – 1 W 6045-96, NJW-RR 1998, 1298 (1299); *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 49; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 16; *Weber*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 33.

⁸⁴⁴ Nach derzeitiger Rechtslage sind graphische Gestaltungen der Nachfolgeregelung nicht zulässig, wie der Beschluss zum Pfeildiagramm-Testament zeigt, OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.02.2013 – 20 W 542/11, FamRZ 2013, 1423 f.

daten erkennen. Ferner ermöglicht ein maschinell erstelltes Testament dem Erblasser, seinen letzten Willen einer anderen Person oder einer Spracherkennungssoftware zu diktieren und anschließend nur selbst zu unterzeichnen. Dies wäre gerade für körperlich oder gesundheitlich eingeschränkte Testatoren, die nicht mehr imstande sind, einen längeren Text eigenhändig zu schreiben, aber ihre Unterschrift noch leisten können, eine große Erleichterung des Testierens.⁸⁴⁵

2. Nachteile eines computergeschriebenen Testaments

Dennoch sind die erheblichen Nachteile einer solchen Form nicht von der Hand zu weisen. Ein Blick auf die Formzwecke macht dies deutlich.

a) Unsicherheiten bezüglich der Erfüllung der Echtheitsfunktion

Zunächst stellt sich die Frage nach dem Nachweis der Echtheit eines computergeschriebenen Testaments. Maschinenschrift trägt keinerlei persönliche Merkmale und fällt bei jedem Gebrauch durch eine beliebige Person identisch aus, sofern nur dieselbe Schriftart gewählt wird. Exakte Testamentsfälschungen sind damit ein Leichtes.⁸⁴⁶ Dass auch ein eigenhändiges Testament, welches in Sand, mit Blut oder mit Zitronensaft geschrieben wird,⁸⁴⁷ kaum einen sicheren Nachweis der Echtheit ermöglicht, aber (bei Vorliegen des Testierwillens) gleichsam für wirksam erachtet wird, ändert an der Problematik nichts, da es sich dabei eher um theoretische Gedankenkonstrukte als um praktisch vorkommende Fälle handelt und hier die Einführung einer allgemein sinnvollen Testierform diskutiert werden soll. Ein Ansatzpunkt für die Sicherung der Authentizität wäre möglicherweise die Testamentsunterschrift – abhängig davon, wie dieses Erfordernis gesetzlich ausgestaltet ist. Es ist offensichtlich, dass eine maschinell erstellte Unterschrift in Form einer Namensangabe nicht ausreichen kann. Welche Anforderungen aber könnten genügen?

aa) *Eigenhändige Unterschrift*

Naheliegender wäre eine konventionelle, eigenhändige Unterschrift, dies würde allerdings das Computertestament auf ausgedruckte Textseiten beschränken und vollständig elektronische Versionen ausschließen. Wer keinen Zugriff auf einen

⁸⁴⁵ *Beinke*, Formzwang, S. 127 f.; *Görgens*, JR 1979, 357 (359).

⁸⁴⁶ Ebenso *Beinke*, Formzwang, S. 128.

⁸⁴⁷ Diese und weitere Beispiele für derartige Fälle aus dem „Gruselkabinett“ (*Breitschmid*) der Doktrin listet *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 360 auf.

Drucker hat, könnte das Testament zunächst nicht vollenden. Ferner reicht eine eigenhändige Unterschrift als einziger handschriftlicher Teil des Testaments im Allgemeinen nicht für einen sicheren Nachweis der Echtheit des Testaments aus. Es ist einfacher, nur eine Unterschrift zu fälschen, als ein gesamtes Testament.⁸⁴⁸ Die zu untersuchende Buchstabenanzahl würde nur selten genügen, um eine zuverlässige Aussage über die Urheberschaft des Testaments treffen zu können, vor allem wenn nur wenige andere Unterschriftsproben des Erblassers zur Verfügung stehen.⁸⁴⁹ Besonders bei Menschen, die nur mit ihren Initialen,⁸⁵⁰ einem Namenskürzel oder unleserlichen Schnörkeln unterschreiben, wäre eine Schriftuntersuchung stark eingeschränkt.⁸⁵¹ Zwar wird auch in anderen Rechtsbereichen die Authentizität eines Dokuments häufig allein anhand der Unterschrift beurteilt (etwa bei Urkundenfälschungen nach § 267 StGB), allerdings steht dort in der Regel der vermeintliche Urheber als Zeuge zur Verfügung und kann im Gegensatz zum Erblasser Auskunft darüber geben, ob die Unterschrift von ihm selbst stammt. Bei einem so wichtigen und folgenreichen Rechtsgeschäft wie dem Testament darf die Einschätzung der Echtheit und damit die Wirksamkeit des Testaments nicht allein von der wenige Zeichen umfassenden Unterschrift abhängen.

Ferner besteht beim Computertestament das Risiko, dass der Erblasser zwischen Text und Unterschrift so viel Freiraum lässt, dass ein Dritter später unbemerkt weitere Textzeilen auf die Seite drucken könnte. Außerdem könnten dem unaufmerksamen Erblasser unter einem Vorwand vorgetippte Testamente oder Blankoseiten zur Unterschrift untergeschoben werden.⁸⁵² Die Fälschungsgefahr ist damit erhöht. Dieser (Ver-)Fälschungsgefahr könnte zwar dadurch entgegengewirkt werden, dass dem Erblasser aufgegeben wird, sein Testament nach der

⁸⁴⁸ *Görgens*, JR 1979, 357 (359); vgl. auch *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012), 471 (504 Fn. 218). Vgl. dazu aus schriftvergleichender Sicht *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 166.

⁸⁴⁹ Zwar ist die schriftvergleichende Untersuchung von Unterschriften eine der häufigsten Aufgaben von Schriftsachverständigen, jedoch ist die Untersuchung aufgrund des kurzen Vergleichsmaterials zwangsläufig unsicherer als die Untersuchung eines längeren Textes (vgl. *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 166).

⁸⁵⁰ Für die Wirksamkeit der Unterzeichnung mit Initialen OLG Celle, Beschl. v. 21.12.1976 – 10 Wx 21/76, NJW 1977, 1690 f.; *Beinke*, Formzwang, S. 76 ff.; *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil I VIII 3 Rn. 1.107; *Görgens*, Bindung des Richters, S. 78 f.; *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 (431); *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 24; im Ausnahmefall *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 17 Rn. 51; a.A. *Baummann*, in: *Staudinger*, BGB, § 2247 Rn. 92 und 113; *Muscheler*, ErbR 2015, 3 (4).

⁸⁵¹ So sind kurze Unterschriften am leichtesten zu fälschen, siehe *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 126.

⁸⁵² Vgl. zur Gefahr der unreflektierten Unterschrift eines fremdverfassten Textes die Entscheidung des OLG Hamm, Urt. v. 12.07.2016 – 10 U 83/15, ZEV 2016, 644 ff.

Errichtung in amtliche Verwahrung zu geben.⁸⁵³ Dabei müsste gewährleistet werden, dass das eingereichte Testament tatsächlich von dem angegebenen Verfasser stammt, was zum Beispiel dadurch geschehen könnte, dass der Erblasser sein Testament persönlich und unter Nachweis seiner Identität übergeben muss.⁸⁵⁴ Allerdings entstünden dem Erblasser hierdurch Kosten, sodass einer der wichtigsten Vorzüge des privatschriftlichen Testaments wegfielen.⁸⁵⁵ Außerdem würde dies das privatschriftliche Testieren wesentlich erschweren und die besondere Schnelligkeit der Errichtungsart einschränken. Die ursprüngliche Erleichterung durch die Zulassung der Maschinenschrift würde dadurch konterkariert und eine neue Fehlerquelle eröffnet. Damit ist das Computertestament in ausgedruckter Variante nicht empfehlenswert.

bb) Elektronische Signatur

Für ein Computertestament in Form einer elektronischen Datei kommen eine eingescannte (ursprünglich) handschriftliche Unterschrift oder eine elektronische Signatur infrage.⁸⁵⁶ Eine eingescannte Unterschrift wäre jedoch nicht fälschungssicher. Zusätzlich zu den für die Handschrift auf Papier geltenden Nachteilen bestehen weitere Bedenken: Zum einen könnte auch ein Dritter sich eine Originalunterschrift des Erblassers verschaffen – gerade für Angehörige dürfte dies keine große Hürde sein – und diese einscannen, zum anderen kann man anhand einer mit einem gewöhnlichen Scanner eingescannten Unterschrift eine Fälschung noch schwerer erkennen als bei einer analogen Unterschrift, da Untersuchungen hinsichtlich der Druckstärke oder Beschädigungen des Papiers ausscheiden. Als Echtheitsgewähr eignet sich eine eingescannte Unterschrift daher nicht.

Somit bleibt nur eine qualifizierte elektronische Signatur (vgl. § 126a Abs. 1 BGB und § 2 Nr. 3 SigG). Diese nutzt ein asymmetrisches Kryptoverfahren, bei dem je ein öffentlicher und ein privater Schlüssel existieren, welche durch mathematische Verfahren so miteinander verknüpft sind, dass das, was mit dem einen Schlüssel verschlüsselt wurde, nur mit dem anderen, zugehörigen Schlüssel

⁸⁵³ Ein eigenhändiges Testament ist nach § 2248 BGB auf Verlangen des Erblassers in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen, es besteht aber keine Hinterlegungspflicht (siehe nur *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2248 Rn. 5).

⁸⁵⁴ Bei § 2248 BGB genügt dagegen auch die Übermittlung per Post oder durch einen Boten, siehe *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2248 Rn. 13; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2248 Rn. 6.

⁸⁵⁵ Für die besondere amtliche Verwahrung durch das Amtsgericht ist nach aktueller Rechtslage gem. Nr. 12100 KV GNotKG eine Gebühr in Höhe von 75,00 Euro zu entrichten.

⁸⁵⁶ Vgl. dazu auch *Hartmann*, *Moderne Kommunikationsmittel*, S. 248 ff.

entschlüsselt werden kann.⁸⁵⁷ Aus dem elektronischen Dokument wird der sogenannte Hashwert (eine Art mathematischer Quersumme des Dokuments⁸⁵⁸) gebildet und mit dem privaten Schlüssel verschlüsselt. Mit dem passenden öffentlichen Schlüssel kann dieser Hashwert entschlüsselt werden. Zudem kann aus dem Dokument ein neuer Hashwert berechnet werden – stimmen beide Hashwerte überein, steht fest, dass der Text nicht nachträglich verändert wurde, da ansonsten ein anderer Hashwert entstanden wäre.⁸⁵⁹ Der öffentliche Signaturschlüssel ist einer Person durch qualifizierte Zertifikate persönlich zugeordnet und die Signatur wird mithilfe einer sicheren Signaturerstellungseinheit erzeugt (§ 2 Nr. 3 SigG). Die qualifizierte elektronische Signatur sichert damit die Echtheit des Dokuments und lässt den Inhaber des Signaturschlüssels erkennen.⁸⁶⁰ In der Praxis wird für die Signierung in der Regel eine Chipkarte, auf der der private Schlüssel gespeichert ist, in ein Kartenlesegerät eingeführt und eine persönliche Identifikationsnummer (PIN) eingegeben.⁸⁶¹ Solange das Dokument als solches nicht verschlüsselt ist, kann es weiterhin von jedermann geöffnet werden – verschlüsselt wird zur Erstellung der elektronischen Signatur allein der Hashwert des Dokuments und nicht das Dokument selbst –,⁸⁶² sodass die qualifizierte elektronische Signatur die Echtheit des Testaments schützen könnte, ohne seine Kenntnisnahme durch Angehörige oder andere Personen nach dem Tod des Erblassers zu verhindern. Die qualifizierte elektronische Signatur würde ebenso wie eine handschriftliche Unterschrift die Abschlussfunktion erfüllen und auch die Warnfunktion wäre durch die erforderliche Eingabe der PIN oder anderer vertraulicher Daten gesichert.

Dennoch sprechen viele Argumente gegen die Eignung einer qualifizierten elektronischen Signatur als Testamentsunterschrift. Die Signatur kann jeweils nur für einen begrenzten Zeitraum als sicher angesehen werden, da die Manipulationsmethoden für technische Sicherungen stetig effektiver werden und aktuelle Sicherheitsstandards oft kurze Zeit später schon überwunden werden können.⁸⁶³ Dies macht die elektronische Signatur gerade für Testamente ungeeignet, welche

⁸⁵⁷ Näher zu den technischen Grundlagen der qualifizierten elektronischen Signatur *Einsele*, in: MünchKomm BGB, § 126a Rn. 3 ff.; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 4 ff.; *Niesing/Schmeh*, c't 2001, 224 ff.; *Sanner*, Digitale Signatur, S. 4 ff.

⁸⁵⁸ *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 5.

⁸⁵⁹ *Einsele*, in: MünchKomm BGB, § 126a Rn. 10.

⁸⁶⁰ Vgl. *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 4 f.

⁸⁶¹ *Einsele*, in: MünchKomm BGB, § 126a Rn. 19.

⁸⁶² *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 4 f.

⁸⁶³ *Einsele*, in: MünchKomm BGB, § 126a Rn. 4; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 34.

häufig erst viele Jahre nach ihrer Erstellung eröffnet werden und zu diesem Zeitpunkt nicht mehr fälschungssicher wären. Hinzu kommt, dass sich auch Fremde der Signaturerstellungseinheit des Erblassers bedienen könnten, wenn sie, wie etwa bei nahen Angehörigen vorstellbar, seine (nicht biometrischen) Zugangsdaten kennen. Ferner erfordert die Erstellung einer qualifizierten elektronischen Signatur einen nicht unerheblichen technischen und – für ungeübte Anwender – auch intellektuellen Aufwand.⁸⁶⁴ Der Verwender benötigt geeignete Hard- und Software sowie ein (kostenpflichtiges) qualifiziertes Zertifikat; für die Signierung muss er die Chipkarte in ein Lesegerät einführen und die dazugehörige PIN eingeben.⁸⁶⁵ Diese Hürden führen dazu, dass die qualifizierte elektronische Signatur bisher in der Praxis kaum genutzt wird und sich, jedenfalls für Privatleute, bei Vertragsabschlüssen noch nicht durchgesetzt hat.⁸⁶⁶ Noch weniger praktikabel als bei Alltagsrechtsgeschäften ist eine Verwendung bei der Testamentserrichtung, da die wenigsten Haushalte momentan über die erforderliche technische Ausstattung verfügen und sich die Anschaffung für eine einmalige Verwendung im Rahmen der Testamentserrichtung kaum lohnt. Es ist vorstellbar, dass der Verbreitungsgrad in den nächsten Jahren steigen wird, wozu etwa die Online-Ausweisfunktion des neuen Personalausweises beitragen könnte. Auch eine für ein Testament ausreichend fälschungssichere technische Lösung – sei es für die qualifizierte elektronische Signatur, sei es für eine andere Signierungsmöglichkeit elektronischer Dokumente – erscheint für die Zukunft denkbar, wobei für Testamente wohl nur ein biometrisches Verfahren genügend Sicherheit bieten könnte.

b) Keine Sicherung der Bedachtheitsfunktion

Gleichwohl wäre die Einführung eines Computertestaments nicht sinnvoll. Auch wenn die qualifizierte elektronische Signatur oder ein vergleichbares Sicherungsverfahren die Warnfunktion erfüllt, gilt dasselbe nicht für den maschinengeschriebenen Testamentstext. Die Warnfunktion der Unterschrift kann die Warnfunktion der Niederschrift des Testamentstextes nicht ersetzen, da sie den Testator nicht in gleicher Weise zwingt, den Inhalt des Testaments Zeile für Zeile zu durchdenken. Wenngleich der Testator seinen computergetippten Testamentsinhalt ebenso gründlich bedenken kann wie einen handschriftlichen Text, ist es doch wahr, dass Maschinengeschriebenes den meisten Menschen flüssiger von der Hand geht und

⁸⁶⁴ *Mansel*, in: Jauernig, BGB, § 126a Rn. 1.

⁸⁶⁵ *Mansel*, in: Jauernig, BGB, § 126a Rn. 1.

⁸⁶⁶ *Hertel*, in: Staudinger, BGB, § 126a Rn. 3 und 37; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, § 126a Rn. 1 f.

spontaner erfolgt.⁸⁶⁷ Da stets die Option besteht, Teile beliebig umzustellen, zu löschen oder abzuändern, ist man geneigter, den ersten Einfall zunächst einmal niederzuschreiben, auch wenn er noch nicht endgültig durchdacht ist.⁸⁶⁸ Die hohe Flexibilität der Computerschrift führt ferner dazu, dass der Testator weniger als bei einem handschriftlichen Testament einen Überblick über den gesamten Testamentstext hat und ihn in seinem Zusammenhang nicht gleichermaßen erfasst wie einen eigenhändigen Text.⁸⁶⁹ Auch ist die Tippgeschwindigkeit bei den meisten Menschen um ein Vielfaches höher als die normale Schreibgeschwindigkeit,⁸⁷⁰ sodass der Testator allein deshalb weniger stark zum Nach- und Überdenken angehalten wird. Dies gilt erst recht, wenn die Eingabe mündlich mittels einer Spracherkennungssoftware erfolgt, welche das gesprochene Wort automatisch in Text umwandelt.

Noch wichtiger ist aber der folgende Aspekt: Anders als beim handschriftlichen Testament ist bei einem Computertestament nicht gewährleistet, dass der Testator den Text selbst schreibt. Es lässt sich nicht nachvollziehen, ob er selbst das Testament getippt hat oder ob dies ein anderer getan und der Erblasser nur unterschrieben oder elektronisch signiert hat. Die Zulassung des Computertestaments wäre damit eine Abkehr vom holographischen und eine Hinwendung zum allographischen Testament.⁸⁷¹ Wenngleich es für kranke oder geschwächte Testatoren eine Erleichterung wäre, ihren letzten Willen einer anderen Person diktieren zu können, überwiegen die Nachteile einer solchen Testierform. Wenn der Schreibvorgang von einer anderen Person ausgeführt wird, gibt der Testator die Herrschaft über seinen letzten Willen aus der Hand und die Warn- und Bedachtheitsfunktion der Niederschrift wird verfehlt. Dies widerspricht massiv dem Gedanken der §§ 2064 f. BGB, die die formelle und materielle Höchstpersönlichkeit der Erklärung sichern sollen. Das Testament läge nicht in der alleinigen Verantwortung des Erblassers, obwohl nur ihm persönlich die Befugnis zustehen soll,

⁸⁶⁷ Vgl. *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 165; *Schmitz*, in: Schmitz (Hrsg.), OBST 1995, S. 7 (28 f.).

⁸⁶⁸ Vgl. *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 165.

⁸⁶⁹ *Voit*, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament, § 2247 Rn. 14.

⁸⁷⁰ *Weingarten*, in: Böhm/Gätje (Hrsg.), OBST 2014, S. 133 (140).

⁸⁷¹ So wurde auch bei der Entscheidung des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht für die Beibehaltung des eigenhändigen Testaments im Jahr 1937 das weiterhin unverzichtbare Erfordernis der Eigenhändigkeit nicht nur mit dem Echtheitsschutz begründet, sondern auch mit dem dadurch vorhandenen „Zwang zur Kenntnisnahme und zum Überdenken des eigenen Willens“ (*Lange*, Recht des Testamentes, S. 54).

von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen, da nur er sich der besonderen Verantwortung bei der Verteilung seines Vermögens bewusst werden kann.⁸⁷² Die Selbständigkeit des Willens⁸⁷³ ist nicht gewährleistet, wenn ein anderer den Text niederschreibt. Es genügt auch nicht, dass der Testator sich den von einer anderen Person getippten Text durch seine Unterschrift zu eigen macht, da dies die fehlende Bedachtheitsfunktion der Niederschrift nicht aufwiegen kann. Wenn der Erblasser dem Schreiber vertraut und den Text vor seiner Unterschrift nur noch flüchtig durchsieht, fallen ihm auch Veränderungen und Abweichungen, die der Schreiber eigenständig vorgenommen haben kann, nicht auf. Weiterhin spricht gegen das maschinenschriftliche Testament die Tatsache, dass Testatoren auf den naheliegenden und zeitsparenden Gedanken kommen könnten, vorgefertigte Testamentsmuster aus dem Internet zu kopieren und unverändert zu übernehmen, ohne deren genauen Inhalt zur Kenntnis zu nehmen oder kritisch zu hinterfragen. Dadurch könnten sie sich der Verantwortung entziehen, einen eigenen Willen zu bilden, und ein Testament errichten, welches ihrem eigentlichen Willen nicht entspricht. Es ist unwahrscheinlich, dass sich der Testator bei einem flüchtigen Überfliegen der Vorlage der vollen Tragweite der verwendeten Formulierungen bewusst wird – vor allem wenn diese juristische Fachbegriffe und komplizierte Formulierungen enthalten. In diesem Kontext spielt auch die technische Weiterentwicklung des elektronischen Schreibens eine wichtige Rolle: Die Autokorrektur- und automatischen Vervollständigungsfunktionen werden immer ausgefeilter, so dass (bewusste und unbewusste) Einflüsse auf den Textinhalt denkbar sind, welcher nicht mehr vollständig den eigenen Gedanken des Erblassers entspringt.⁸⁷⁴ Zusätzlich fehlt einem Computertestament die persönliche Prägung durch die selbst geformte Handschrift des Erblassers, weshalb dem anonymen empfundenen Computertext keine der Wichtigkeit des Rechtsgeschäfts entsprechende Besonderheit (Solennität) zukommt; die intellektuelle Identifikation des Erblassers mit der Testiererklärung ist nicht gleich stark gewährleistet.⁸⁷⁵ Schließlich ist auch die Selbstbestimmtheit der Erklärung in keiner Weise gesichert, wenn eine Beeinflussung des Testators noch dadurch erleichtert wird, dass eine andere Person den Text formulieren und niederschreiben kann und ihn dem Testator nur noch zur Unterschrift oder Signierung vorlegen muss. Im Hinblick auf die Warn- und

⁸⁷² *Otte*, in: Staudinger, BGB, § 2065 Rn. 2. Dazu schon oben 2. Kapitel B. II. 2. b).

⁸⁷³ Siehe zu diesem Erfordernis BGH, Beschl. v. 03.02.1967 – III ZB 14/66 (Blaupause), BGHZ 47, 68 (70) = NJW 1967, 1124 (1125).

⁸⁷⁴ Vgl. *Lobin*, Engelbarts Traum, S. 93, 134 ff. und 161.

⁸⁷⁵ *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 362.

Überlegungsfunktion in allen ihren Ausprägungen wäre das Computertestament damit gegenüber dem holographischen Testament eine Verschlechterung.

Insgesamt ist das computergeschriebene Testament, sei es in ausgedruckter oder in rein elektronischer Form, daher wegen der (noch) eingeschränkten Echtheitsfunktion und des verminderten Bedachtheitsschutzes aus heutiger Sicht keine zukunftsfähige Alternative zum eigenhändigen Testament.⁸⁷⁶ Ebenso sind letztwillige Verfügungen in Form von SMS-Nachrichten, WhatsApp-Mitteilungen, Facebook-Posts oder dergleichen abzulehnen.

II. Zeugentestament

Ein mündliches oder schriftliches Zeugentestament, also ein Testament, bei dem eine bestimmte Anzahl von Zeugen die Testiererklärung des Testators bezeugen muss, soll hier als mögliche Testierform nur knapp behandelt werden.⁸⁷⁷ Es empfiehlt sich aus mehreren Gründen nicht als Ersatz für das holographische Testament.⁸⁷⁸ Zunächst würde das Privattestament seinen privaten Charakter verlieren, weil der Testator gezwungen wäre, seinen letzten Willen anderen Personen zu offenbaren. Die Zeugen unterliegen keiner Verschwiegenheitspflicht, sodass die Vertraulichkeit der Erklärung nicht gewährleistet wäre.⁸⁷⁹ Der Testator wäre auch nicht mehr so flexibel in der Testamenterrichtung, weil er auf fremde Beteiligung angewiesen wäre und vertrauenswürdige Zeugen finden müsste. Diese dürften nicht aus dem engsten Umkreis des Erblassers stammen, da ihre Zuverlässigkeit nicht garantiert ist, wenn sie ein eigenes Interesse an der Testierung haben. Außerdem könnten sie andernfalls die Selbstbestimmtheit der Erklärung gefährden,

⁸⁷⁶ Gegen eine allgemeine Zulässigkeit der Maschinenschrift *de lege ferenda* ebenso *Beinke*, Formzwang, S. 128 f.; *Breitschmid*, Formvorschriften, Nr. 361 ff., der allerdings eine beschränkte Zulässigkeit befürwortet; *Wingerter*, Letztwillige Verfügung, S. 129 ff.; vgl. auch *Ludwig*, AnwZert ErbR 14/2010, Anm. 2; für ein maschinenschriftliches Testament dagegen *Görgens*, JR 1979, 357 (359 ff.); offen auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 35; *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 432 (444 Fn. 112).

⁸⁷⁷ Siehe dazu auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 250 ff. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt als private Testierform aktuell nur das außerordentliche Zeugentestament nach § 2250 BGB. In vielen anderen Ländern ist ein Zeugentestament auch als ordentliche Testierform zugelassen, siehe etwa die Nachweise bei *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 62 f. Fn. 305. Ein (allographes) Testament vor Zeugen ist beispielsweise in Irland, Kroatien, Polen oder Schweden möglich, siehe die Länderberichte bei *Süß*, Erbrecht in Europa. Dabei müssen die Zeugen meist nur die Unterschrift bezeugen und nicht den Testamentsinhalt kennen.

⁸⁷⁸ Vgl. auch *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 65.

⁸⁷⁹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 292.

indem sie den Erblasser beeinflussen. Auch wenn die Erinnerung der Zeugen an den Errichtungsakt mit den Jahren verblasst oder diese sogar konspirativ zusammenwirken, ist die Authentizität des Testaments nicht gesichert.⁸⁸⁰ Ferner bietet ein Zeugentestament keine Vorteile bei der Einschätzung der Testierfähigkeit des Erblassers.⁸⁸¹ Es stehen bessere Formalalternativen bereit, die weniger Nachteile mit sich bringen und bei denen sich der Erblasser nicht auf andere verlassen muss.⁸⁸²

III. Altersabhängige Beschränkung auf das öffentliche Testament

Eine Möglichkeit, dem demographischen Wandel und der Alterung der Testatoren mit allen ihren Folgen zu begegnen, wäre die Beschränkung betagter Testatoren auf das öffentliche Testament.⁸⁸³ Ein privatschriftliches, holographisches Testament wäre dann ab einer gewissen Altersgrenze unwirksam – ähnlich wie das eines Minderjährigen oder Testierunfähigen nach § 2229 BGB – und die Testatoren könnten allein mithilfe eines Notars wirksam testieren. Der Notar würde als neutrale außenstehende Person den Testierakt überwachen und den Testamentsinhalt gemeinsam mit dem Testator besprechen. Er würde sich vergewissern, dass

⁸⁸⁰ Vgl. *Görgens*, JR 1979, 357 (358 f.).

⁸⁸¹ Zur geringen Aussagekraft von Zeugenaussagen zum geistigen Zustand des Erblassers siehe *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 94 f.

⁸⁸² Dazu unten 5. Kapitel B. VI.

⁸⁸³ Dafür *Busch*, ErbR 2014, 90 (93 f.); vgl. auch *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (448 f.); *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 85; dagegen *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 385. *Aden* (ZRP 2011, 83 ff.) nimmt die Gefahr für die Willensbildungsfreiheit des Erblassers am Ende seines Lebens zum Anlass, für das „todesnahe Testament“ die privatschriftliche Form auszuschließen und nur die notarielle Form zuzulassen. Die „Todesnähe“ möchte er unter anderem bereits annehmen, wenn der Testator bei Abfassung des Testaments das 70. Lebensjahr vollendet hatte und binnen 180 Tagen danach stirbt. Überlebt der Testator diese Frist, sollen die allgemeinen Regeln für die Gültigkeit des privatschriftlichen Testaments gelten. Dieser Vorschlag ist aus mehreren Gründen abzulehnen (kritisch auch *Fries*, AcP 216 [2016], S. 421 [442 f.]; *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 232; siehe aber auch *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11b). Schon die Verknüpfung von „Todesnähe“ und fehlender Selbstbestimmtheit überzeugt nicht, denn die Gefahren resultieren aus dem hohen Alter und nicht aus der Todesnähe. Im Gegenteil dürften sich Menschen, die mit ihrem baldigen Tod rechnen, gerade besonders intensive Gedanken um ihren letzten Willen machen. Auch die pauschale Altersgrenze von 70 Jahren ist nicht plausibel, da die meisten Menschen in diesem Alter noch keinerlei geistige Defizite erleiden, sondern eher noch „mitten im Leben“ stehen. Schließlich entstünde für den Testator, der zum Zeitpunkt der Errichtung eines privatschriftlichen Testaments nicht sicher wüsste, ob sein Testament wirksam sein wird oder nicht, eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Die Wirksamkeit eines Testaments von einer mit dem Tod verknüpften Frist abhängig zu machen mag für Nottestamente sinnvoll sein (vgl. § 2252 BGB), nicht aber für reguläre Testamente, die im gewöhnlichen Testieralter errichtet werden.

der Testator den Testamentsinhalt in seinen Konsequenzen verstanden hat und die Erklärung mit genau diesem Inhalt abgeben möchte. Die Bedachtheit und Intentionalität der Testiererklärung wären dadurch sichergestellt, denn es wäre gewährleistet, dass der Erblasser jedenfalls während des Testierakts keiner äußeren Beeinflussung ausgesetzt ist. Die mit einer solchen Altersgrenze verbundene Beschränkung der Testierfreiheit und Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ließe sich mit der Schutzbedürftigkeit älterer Testatoren rechtfertigen.

1. Nachteile einer Altersbegrenzung

Trotzdem sprechen Gründe gegen eine Altersbegrenzung für das privatschriftliche Testament.⁸⁸⁴ Eine Altersgrenze müsste unweigerlich willkürlich gewählt werden, da es an eindeutigen objektiven Kriterien dafür fehlt, ab wann von einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten ausgegangen werden kann. Auch wenn mit zunehmendem Alter die Wahrscheinlichkeit steigt, an Demenz zu erkranken und für äußere Beeinflussung anfällig zu werden, gibt es doch kein festes Alter, ab dem man einer Person die Testierfähigkeit absprechen oder ihre Fähigkeit, einen eigenen, unbeeinflussten Willen zu bilden, anzweifeln kann. Der geistige Zustand unterscheidet sich bei Menschen auch im hohen Alter erheblich und es gibt über 90-Jährige, die ihre Geschäfte vollkommen selbständig und eigenverantwortlich regeln können, während andere schon mit 70 Jahren stark eingeschränkt sind. Alte Menschen sind keine homogene Gruppe,⁸⁸⁵ und das gilt besonders für ihre körperliche und geistige Verfassung. Diese Erkenntnis hat dazu geführt, dass das Recht im Alter auch in anderen Bereichen nicht an kalendarische Grenzen anknüpft, sondern an die Gesundheit und die individuellen Fähigkeiten.⁸⁸⁶ Starre Altersgrenzen haben stets den Nachteil einer pauschalen Lösung, die alle Menschen eines bestimmten Alters unter „Generalverdacht“ stellt, auch wenn dies dem Einzelfall nicht gerecht wird.

Zwar würde man den Hochbetagten mit einer Altersgrenze für das privatschriftliche Testament ihre geistigen Fähigkeiten nicht absprechen, da sie weiterhin ein

⁸⁸⁴ Gleiches gilt für die Vermutung der Testierunfähigkeit ab einem bestimmten Alter, siehe dazu *Sonnekus*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Exploring the Law of Succession*, S. 78 (90), der dies ab einem Alter von 70 Jahren vorschlägt (für Südafrika); ferner *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 84 f. Zu starren Altersgrenzen für die Testierfähigkeit *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (441 f.).

⁸⁸⁵ Vierter Bericht zur Lage der älteren Generation in der Bundesrepublik Deutschland, BT-Drucks. 14/8822 vom 18.04.2002, S. 39.

⁸⁸⁶ *Brunozzi*, Das Vierte Alter, S. 288. Dies zeigt sich etwa im Betreuungsrecht oder bei der allgemeinen Geschäftsfähigkeit Erwachsener.

öffentliches Testament errichten könnten; jedoch ist der Freiheitsverlust für die einzelne gesunde Person beträchtlich. Obwohl es wünschenswert wäre, dass möglichst viele Testatoren – nicht nur im hohen Alter – sich für das öffentliche Testament entscheiden und sich fachlich vom Notar beraten lassen, sollte dennoch auch für betagte Testatoren die Möglichkeit eines Privattestaments bestehen bleiben.⁸⁸⁷ Wenn ihnen nur das notarielle Testament offensteht, könnten einige Testatoren wegen der höheren Hürden davon abgehalten werden, überhaupt ein Testament zu errichten, oder ein früheres, nicht mehr gänzlich ihrem Willen entsprechendes Testament noch einmal abzuändern oder zu widerrufen. Dies würde dem übergeordneten Ziel, den Erblasserwillen zur Geltung zu bringen, zuwiderlaufen. Ähnlich wie bei einer Beweislastumkehr würde man dem betagten Testator allein wegen seines Alters die Pflicht aufbürden, die Hürden eines notariellen Testaments auf sich zu nehmen, wenn er ein Testament errichten oder ändern möchte, damit er so seine Testierfähigkeit und Eigenverantwortlichkeit nachweisen kann.

Eine Pflicht zur Beteiligung eines Notars würde faktisch beinahe einer Abschaffung des privatschriftlichen Testaments gleichkommen, weil sehr viele Menschen erst im hohen Alter (erneut) testieren.⁸⁸⁸ Eine Altersgrenze, ab der ein privatschriftliches Testament unwirksam ist, könnte aber auch leicht umgangen werden, indem der Testator sein Testament rückdatiert. Es dürfte schwierig sein, einem Testator, dessen Alter knapp über der Grenze liegt, nachzuweisen, dass sein Testament in Wahrheit nicht – wie angegeben – vor Erreichen der Altersgrenze erstellt wurde. Eine Schriftuntersuchung, nach der grundsätzlich auch eine Altersbestimmung von Testamenten in Betracht kommt,⁸⁸⁹ dürfte in der Regel keine derart präzisen Ergebnisse liefern, dass sie den Errichtungszeitpunkt auf den Tag oder Monat genau nachweisen kann.⁸⁹⁰ Die altersabhängige Begrenzung auf das öffentliche Testament wäre daher in ihrer Wirksamkeit eingeschränkt.

⁸⁸⁷ Siehe zu den allgemeinen Gründen für die Beibehaltung des Privattestaments schon oben 5. Kapitel A. II.

⁸⁸⁸ Siehe dazu oben I. Kapitel B. II. 1.

⁸⁸⁹ Dazu *Klinger/Seibt*, NJW-Spezial 2011, 167; *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 154 ff.; *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 90 ff.

⁸⁹⁰ So ist nach *Klinger/Seibt*, NJW-Spezial 2011, 167 auch nur eine Einordnung in einen Zeitabschnitt möglich, aber keine absolut genaue Datumsangabe; siehe auch *Seibt*, Unterschriften und Testamente, S. 90 ff.; vgl. *Michel*, Gerichtliche Schriftvergleichung, S. 155.

2. Grenzen des Schutzes durch notarielle Mitwirkung

Das notarielle Testament hat zwar gegenüber dem privatschriftlichen Testament Vorteile im Hinblick auf die Warnfunktion und Intentionalität der Erklärung, allerdings kann auch der Notar keine vollständige Sicherheit gewährleisten. Er soll zwar seine Wahrnehmungen über die Testierfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken (§ 28 BeurkG), er ist aber kein medizinisch ausgebildeter Fachmann, der eine fundierte Diagnose stellen kann.⁸⁹¹ Seine Fähigkeiten bei der Beurteilung der Testierfähigkeit dürfen nicht überschätzt werden,⁸⁹² denn seine Vermerke beschränken sich naturgemäß auf rein tatsächliche, laienhafte Wahrnehmungen während der kurzen Zeit der Testamentserrichtung.⁸⁹³ In vielen Fällen belassen es Notare bei pauschalen, formalistischen Feststellungen, die kaum Hinweise auf die individuellen Wesensmerkmale des Testators enthalten.⁸⁹⁴ Auch äußern Notare als medizinisch nicht geschulte Laien selbst in Fällen ausgeprägter Demenz und bei schwersten Einbußen der psychischen Funktionen oftmals keine Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers, sondern beurkunden das Testament bedenkenlos, weshalb die notarielle Kontrolle der Testierfähigkeit nur bedingt verlässlich und hilfreich ist.⁸⁹⁵ *Breitschmid* plädiert daher für einen bewussten Umgang der Beteiligten mit dem Problem der Testierfähigkeit im Alter, wel-

⁸⁹¹ Aus diesem Grund ist auch der Vorschlag von *Stoppe/Lichtenwimmer*, DNotZ 2005, 806 ff. bedenklich, sogenannte Screeningverfahren in die notarielle Praxis zu integrieren; kritisch ebenso *Cording*, ZEV 2010, 23 (27); *Müller*, DNotZ 2006, 325 ff.

⁸⁹² Vgl. *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 85.

⁸⁹³ Vgl. *Cording*, ZEV 2010, 23 (27). Näher zur begrenzten notariellen Prüfung der Testierfähigkeit auch *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (430 ff.).

⁸⁹⁴ Siehe die Auswertung von *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 31 und 102 ff.; vgl. auch *Cording*, ZEV 2010, 23 (27); *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil 1 VIII 3 Rn. 1.103; *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (431).

⁸⁹⁵ *Cording*, ZEV 2010, 23 (24 f.); *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 31 f. und 102 ff.; noch drastischer *Breitschmid*, not@lex/successio, édition spéciale/Sonderheft 2014, 7 (20). Siehe dazu auch OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ZEV 2013, 504 (506); OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.1998 – 7 U 210/95, BeckRS 1998, 03018; BayObLG, Beschl. v. 01.08.1979 – BReg. 1 Z 16/79, BayObLGZ 1979, 256 (263); OLG Oldenburg, Urt. v. 22.06.1973 – 6 U 220/72, DNotZ 1974, 19 f. So gibt es auch genügend Beispiele für Fälle, in denen trotz notarieller Form eine Testierunfähigkeit angenommen oder für möglich gehalten wurde, siehe OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.04.2014 – 1-3 Wx 115/13, BeckRS 2014, 16681; OLG München, Beschl. v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, ZEV 2013, 504 ff.; OLG Celle, Beschl. v. 13.02.2013 – 1 Ws 54/13, ZEV 2013, 344 f.; LG Traunstein, Urt. v. 20.03.2012 – 6 O 2416/11, ZEV 2013, 345 (346); OLG Hamburg, Urt. v. 08.02.2011 – 2 U 17/07, BeckRS 2011, 29285; BayObLG, Beschl. v. 22.11.2001 – 1Z BR 38/01, BeckRS 2001, 16025.

cher unter anderem die Vermeidung von „Kurswechseltestamenten“ einschließt,⁸⁹⁶ und möchte aus der Vita des Erblassers *plausible* Begünstigungen trotz leichter bis mittelschwerer kognitiver Störungen für wirksam erachten⁸⁹⁷.

Auch die tatsächliche Selbstbestimmtheit und Machtfreiheit der Erklärung ist beim notariellen Testament nicht garantiert. Wurde der Testator im Voraus von Angehörigen oder anderen Personen unter Druck gesetzt oder beeinflusst, auf eine bestimmte Art und Weise zu testieren, wird dies dem Notar nicht zwangsläufig auffallen. Der Notar kann den Erblasser vor faktischen Freiheitsverlusten, die durch die außerhalb des Notariats stattfindende Lebenssituation des Erblassers bedingt sind, nicht wirksam schützen.⁸⁹⁸ Keine Testierform kann eine derartige Beeinflussung und Machtmissbrauch durch interessierte Erben vollständig verhindern. Für den minderjährigen, testierfähigen Testator besteht zwar ein Zusammenhang von öffentlicher Form und Schutz vor faktischer Beherrschung (§§ 2229 Abs. 1, 2333 Abs. 1 BGB),⁸⁹⁹ allerdings liegt die Situation hier insofern anders, als es dabei um die Sicherung fachkundiger Beratung durch den Notar und den Schutz gegen „unbefugte Einwirkungen“⁹⁰⁰ geht, nicht aber darum, den geistigen Zustand des minderjährigen Testators einzuschätzen.⁹⁰¹ Ferner sind die im Hinblick auf Rechtsgeschäfte erforderliche Erfahrungheit und geistige Reife sowie die Dringlichkeit der Testamentserrichtung bei Minderjährigen nicht mit denen älterer Testatoren vergleichbar.

⁸⁹⁶ *Breitschmid*, not@lex/successio, édition spéciale/Sonderheft 2014, 7 (20); vgl. auch *dens.*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 110 f. und 115.

⁸⁹⁷ *Breitschmid*, in: Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, S. 91 (116 f.). Insgesamt plädiert *Breitschmid* für eine gestufte Testierfähigkeit (siehe in: Petermann [Hrsg.], Urteilsfähigkeit, S. 91 [99 Fn. 20] und not@lex/successio, édition spéciale/Sonderheft 2014, 7 [20]), welche allerdings erhebliche Abgrenzungsprobleme und Rechtsunsicherheit nach sich ziehen dürfte. Auch die Einteilung nach *plausiblen* Begünstigungen ist problematisch, weil der Erblasser gerade nicht gezwungen ist, gerecht oder plausibel zu testieren.

⁸⁹⁸ Dies zeigt beispielsweise der Fall des BayObLG, Beschl. v. 18.12.1997 – 1 Z BR 73-97, NJW 1998, 2369 ff., in dem sich die Erblasserin unter Druck gesetzt fühlte, zugunsten der Tochter ihres Lebensgefährten, der gleichzeitig zu ihrem Betreuer bestellt worden war, zu testieren, um nicht in einem Heim untergebracht, sondern weiterhin von ihrem Lebensgefährten versorgt zu werden. Ebenso schon *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (56 Fn. 110 und 64).

⁸⁹⁹ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (56). Siehe auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 240 f.

⁹⁰⁰ *Mugdan V*, S. 870; siehe auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 240 f.

⁹⁰¹ Vgl. *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2229 Rn. 24a sowie § 2233 Rn. 8; *Grziwotz*, in: BeckOGK, BGB, § 2233 Rn. 2; *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2233 Rn. 1 und 4.

Zu überlegen wäre eine Verweisung auf das notarielle Testament allenfalls für betreute Testatoren.⁹⁰² Der Gesetzgeber hat sich allerdings bei der Einführung des Betreuungsgesetzes im Jahr 1990 ausdrücklich gegen eine solche Einschränkung der Testiermöglichkeiten entschieden, da sie mit den Zielen der Reform nicht vereinbar sei; die Betreuungsbedürftigkeit lasse nicht automatisch auf eine Beeinträchtigung der Testierfähigkeit schließen.⁹⁰³ Tatsächlich ist zweifelhaft, ob eine derartige Beschränkung der Testiermöglichkeiten für die Betroffenen durch einen entsprechenden Vorteil durch die Beteiligung eines Notars aufgewogen werden könnte. Im Verfahren um die Bestellung eines Betreuers wird der geistige und körperliche Zustand des Betroffenen durch ein fachärztliches Gutachten umfassend untersucht (§ 280 Abs. 1 und 3 FamFG); auch in Ausnahmefällen wird jedenfalls ein ärztliches Zeugnis auf der Grundlage einer persönlichen Untersuchung des Betroffenen erstellt (§ 281 FamFG). Ferner wird regelmäßig – spätestens nach sieben Jahren (§ 286 Abs. 3 FamFG; § 295 Abs. 2 FamFG) – überprüft, ob die Voraussetzungen einer Betreuung noch vorliegen, und in diesem Rahmen grundsätzlich ein neues Gutachten eingeholt (§ 295 Abs. 1 Satz 1 FamFG). Ein Notar könnte hier nur eingeschränkt weiterführende Hinweise liefern, auch wenn sich diese direkt auf die Testierfähigkeit bezögen, da die Angaben des Notars zur Testierfähigkeit des Erblassers oft nicht ausführlich und kritisch genug sind, schon weil er ohne medizinisch-psychiatrische Kenntnisse nur Feststellungen aus Laiensicht treffen kann.⁹⁰⁴ Die verpflichtende Beteiligung des Notars könnte eher unter dem Aspekt sinnvoll sein, dass dadurch die Selbstbestimmtheit und Unbeeinflussbarkeit der Testiererklärung gesichert werden sollen, wobei dieser Schutz aber nur den Zeitpunkt der eigentlichen Testamentserrichtung betreffen kann; weiterhin wäre zu klären, ob unter Betreuung stehende Menschen insoweit schutzbedürftiger sind als (andere) hochbetagte und pflegebedürftige Testatoren.

Jedenfalls machen unter Betreuung stehende Menschen nur einen Bruchteil der Testatoren aus, sodass für den testamentarischen Regelfall weiterhin nach einer

⁹⁰² Dafür *Cypionka*, DNotZ 1991, 571 (584); *Dieckmann*, JZ 1988, 789 (795) (als Mindestlösung); *Hahn*, FamRZ 1991, 27 f.; *Klingelhöffer*, ZEV 2010, 385 (387); *Kroppenberg*, NJW 2010, 2609 (2612); *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 18 II 3 (S. 347 f.); *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 85; *dies.*, NJW-Beil. 2010, 77 (79); *Spickhoff*, AcP 208 (2008), S. 345 (376) (als „zusätzliche Hilfe“); dagegen *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 150 ff.; *Holzhauser*, Gutachten B zum 57. DJT 1988, B 75 f.

⁹⁰³ Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG), BT-Drucks. 11/4528 vom 11.05.1989, S. 66. Vgl. auch OLG München, Beschl. v. 07.03.2016 – 34 Wx 32/16, FamRZ 2016, 1405 (1406).

⁹⁰⁴ *Müller*, Beurteilung der Testierfähigkeit, S. 185. Siehe auch schon die Nachweise in Fn. 895.

befriedigenden Lösung gesucht werden muss. Eine altersabhängige Beschränkung auf das öffentliche Testament ist aufgrund der zahlreichen genannten Einwände trotz der bestehenden Vorteile eines notariellen Testaments nicht ratsam. Zudem ist zu bedenken, dass eine Beschränkung älterer Testatoren auf das notarielle Testament nicht das davon unabhängige Problem lösen würde, dass das eigenhändige Testament jüngerer Testatoren die Echtheitsfunktion langfristig nicht mehr erfüllen kann.

IV. Beschränkung der Formwahlfreiheit in Abhängigkeitslagen

Christandl schlägt statt einer altersabhängigen Beschränkung auf das öffentliche Testament eine Beschränkung der Formwahlfreiheit vor, wenn eine qualifizierte Abhängigkeitslage vorliegt.⁹⁰⁵ Befindet sich der Erblasser in einer Abhängigkeitslage zum Begünstigten, die geeignet ist, seine freie Willensbildung zu gefährden, soll er nur notariell testieren können. Beachtet der Erblasser diese Form nicht, soll die Testierung nur dann gültig sein, wenn sich die Selbstbestimmtheit anderweit feststellen lasse.

Vorteilhaft an einer solchen Lösung wäre, dass der unbestimmte Begriff der Abhängigkeitslage es der Rechtsprechung ermöglichen würde, eine einzelfallgerechte Lösung zu finden. In dieser Unbestimmtheit liegt jedoch zugleich der Nachteil des Vorschlags: Auch der Erblasser müsste diese Einschätzung treffen, um zu wissen, ob er auf die öffentliche Form beschränkt ist oder sich weiterhin (formgültig) der privatschriftlichen Form bedienen kann. Damit entsteht für ihn eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Er weiß nicht, wie die Richter seine aktuelle Lage post mortem beurteilen werden, sodass er, um sicherzugehen, faktisch gezwungen wäre, ein öffentliches Testament zu errichten. Die anderweitige Feststellungsmöglichkeit der Selbstbestimmtheit verschafft ihm insoweit keine Sicherheit, weil sie ebenso wenig in seiner Hand liegt. Auch die Erben und der Rechtsverkehr könnten nicht sicher beurteilen, ob ein vom Erblasser errichtetes privatschriftliches Testament gültig ist, und es bestünde erhebliches Streitpotenzial. Der Nachweis darüber, dass die Verfügung selbstbestimmt errichtet wurde, ist für die Begünstigten schwer zu führen. Mag er noch möglich sein, wenn feststeht, dass die Begünstigten zu Lebzeiten des Erblassers keine Kenntnis von der

⁹⁰⁵ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 393 f.

Einsetzung erlangt haben können,⁹⁰⁶ dürfte der Beweis in der Mehrzahl der Fälle kaum zu erbringen sein. Die Begünstigten müssten die negative Tatsache beweisen, dass sie oder ein anderer nicht auf den Willensbildungsprozess des Erblassers eingewirkt haben, oder dass der Erblasser dennoch nicht in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt war. Wenn äußerer Druck nur dem Erblasser gegenüber ohne weitere Zeugen ausgeübt wird, ist dieser der einzige sichere Zeuge, der aber nach seinem Tod nicht mehr befragt werden kann.

V. Formunabhängige Lösungen

Neben Reformen der Testierformvorschriften kommen zur Bewältigung der geschilderten gesellschaftlichen Herausforderungen auch formunabhängige Lösungen in Betracht. Diese sollen hier lediglich kurz geschildert werden, weil sie ebenso wie die Beschränkung auf das öffentliche Testament nur das Problem der Alterung der Testatoren betreffen, den durch die Digitalisierung langfristig gefährdeten Echtheitsschutz aber nicht garantieren können.

1. Testierverbote zugunsten bestimmter Personen

Die wirksamste Kontrolle zur Vermeidung fremdbestimmter Testamente wären Testierverbote zugunsten bestimmter Personen.⁹⁰⁷ Derartige Testamente wären in der Folge unmittelbar nichtig nach § 134 BGB.⁹⁰⁸ Da mögliche Beeinflussungen jedoch sehr häufig aus dem nächsten familiären Umfeld stammen und Testierungen zugunsten von Familienangehörigen gerade gesetzlich erwünscht sind,⁹⁰⁹ wären Testierverbote in diesem Bereich kontraproduktiv. Dies gilt auch für berufsgruppenbezogene Testierverbote nach dem Vorbild von § 14 HeimG – etwa für behandelnde Ärzte, ambulantes Pflegepersonal, Vermögensberater oder Geistliche –, da sich sehr viele Berufsgruppen finden lassen, die potenziell Beherrschungsmacht haben, und es dem Erblasser weiterhin möglich sein sollte, solche

⁹⁰⁶ Dieses (einzige) Beispiel nennt *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 394.

⁹⁰⁷ Dazu schon *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (61 f.); vgl. auch *Helms*, in: Zimmermann (Hrsg.), Freedom of Testation, S. 3 f.

⁹⁰⁸ Vgl. *Schlüter/Röthel*, Erbrecht, § 20 Rn. 1 und 3 f.

⁹⁰⁹ Dazu schon oben 3. Kapitel B. III.

Vertrauenspersonen testamentarisch zu begünstigen.⁹¹⁰ Umgekehrt wäre es unangemessen, alle Angehörigen dieser Berufsgruppen unter Generalverdacht zu stellen, zumal sie im Vergleich zu Heimmitarbeitern im Allgemeinen keinen so engen, langanhaltenden und privaten Kontakt zum Erblasser haben. Zudem verläuft die Grenze zwischen zulässiger Beratung und unzulässiger Einflussnahme fließend. Ein gewisses Maß an Unterstützung und Ratschlägen bei der Testamentserrichtung ist gerade für betagte Testatoren wertvoll. Auch würden sämtliche Testamente mit dem Verdacht belastet, durch Fremdeinwirkung zustande gekommen und nicht Ausdruck des wirklichen Willens des Erblassers zu sein. Es ist schwierig, Fallgruppen zu bilden, bei denen eine unzulässige Beeinflussung vorliegt. Machteinwirkung aus dem nahen sozialen Umfeld des Erblassers lässt sich nur schwer greifen und beschränkt sich nicht auf bestimmte, abgrenzbare Lebensbereiche, sodass sich enumerative Testierverbote zur Sicherung der tatsächlichen Selbstbestimmtheit beim jetzigen Erfahrungsstand nicht aufrängen.

2. Beweislastumkehr bei Demenzerkrankung

Weiterhin wird vorgeschlagen, bei einer Demenzerkrankung die Beweislast des § 2229 Abs. 4 BGB in einem neuen Absatz 5 umzukehren.⁹¹¹ Demnach würde die Testierunfähigkeit vermutet, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung an einer Demenzerkrankung litt.⁹¹² Derjenige, der sich auf die Wirksamkeit des Testaments beruft, müsste somit den Nachweis erbringen, dass der Erblasser noch testierfähig war.⁹¹³ Dies erscheint in Anbetracht der steigenden Lebenserwartung und des höheren Demenzrisikos zunächst sinnvoll. Zwar führt Demenz nicht zwangsläufig zur Testierunfähigkeit, jedoch sind die kognitiven Einbußen in fortgeschrittenen Krankheitsstadien meist so schwer, dass der Betroffene in der Regel nicht mehr testierfähig ist. In diesen Stadien würde eine Beweislastumkehr, die vom Regelfall der Testierunfähigkeit bei Demenz ausgeht, dem Schutz des Erblassers vor sich selbst und der gesetzlichen Erben dienen. Auf der

⁹¹⁰ Vgl. *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (61 f.). Gegen berufsgruppenbezogene Testierverbote auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 16 f. und 373 ff. sowie (im Kontext von § 138 BGB) S. 359; ferner *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 158 f. Offen dagegen *Dittrich*, ZEV 2013, 14 (17).

⁹¹¹ So *Krispenz*, ErbR 2015, 525; *dies.*, aber unter dem Namen *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 233 f. Vgl. dazu de lege lata *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 (438). Zu einer demenzunabhängigen Umkehr der Beweislast des § 2229 Abs. 4 BGB zulasten des Testators *Fries*, AcP 216 (2016), S. 421 (446 f.); *Klingelhöffer*, ZEV 2010, 385 (387); siehe auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 219 ff. sowie *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 153 ff.

⁹¹² *Krispenz*, ErbR 2015, 525; *dies.*, aber unter dem Namen *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 233.

⁹¹³ *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 234.

anderen Seite würde man dadurch aber dem (noch) testierfähigen Demenzzranken das Risiko aufbürden, dass sein Testament für unwirksam erklärt wird, weil die Erben seine noch vorhandene Testierfähigkeit nicht beweisen können. Der Nachweis, dass eine demente Person noch testierfähig war, dürfte ebenso schwer zu führen sein wie der, dass eine Person nicht mehr testierfähig war. *Krispenz* möchte damit gezielt einen Anreiz schaffen, dass der leicht demente Testator sich in zeitlicher Nähe zu seiner Testamentserrichtung um eine sachverständige Begutachtung seiner geistigen Fähigkeiten bemüht.⁹¹⁴ Dies würde das Testieren für ihn erheblich erschweren, weil eine ärztliche Begutachtung nicht nur einen zeitlichen und finanziellen Aufwand bedeutet, sondern vor allem auch erfordert, dass der Testator die innere Hürde überwindet, seine möglichen Defizite sich selbst und nach außen offen einzugestehen.⁹¹⁵ Betroffene könnten sich stigmatisiert fühlen und vom Testieren Abstand nehmen. Hier wäre abzuwägen, ob diese empfindliche Einschränkung wegen der im Regelfall bei (fortgeschrittener) Demenz vorliegenden Testierunfähigkeit hingenommen werden kann. Eine weitere Schwierigkeit ist, dass eine Demenz im Anfangsstadium oft nicht eindeutig und mit einem bestimmbareren Anfangszeitpunkt festzustellen ist, da der Übergang schleichend verläuft.⁹¹⁶ Die Betroffenen wüssten in diesem Zeitraum nicht sicher, welche gesetzliche Vermutung für sie gilt. Ferner wird nicht jede Demenzerkrankung zu Lebzeiten ärztlich diagnostiziert, sodass über das Vorliegen von Demenz nicht immer Klarheit herrscht. Gleichzeitig wären alte, fahrigere Menschen stets der latenten Gefahr ausgesetzt, dass ihnen eine Demenzerkrankung unterstellt und ihre Testierunfähigkeit vermutet wird. Darüber hinaus sind auch nicht demente Hochbetagte in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit gefährdet, sie wären aber von der Regelung nicht erfasst, sodass der Schutz nicht ausreichend wäre. Für diese Fälle wäre weiterhin eine andere Lösung erforderlich. Andererseits würde sich die Beweislastumkehr dadurch auf die besonders kritischen Fälle beschränken und eine zu ausufernde Regelung vermeiden.

3. Erweiterung der nachträglichen Schutzmechanismen

Eine andere Möglichkeit wäre die Erweiterung postmortaler Schutzmechanismen. Denkbar ist etwa eine Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten des § 2078

⁹¹⁴ *Krispenz*, ErbR 2015, 525; *dies.*, aber unter dem Namen *Seibert*, Testierfähigkeit, S. 233 f.

⁹¹⁵ Vgl. zur Neigung Betroffener, ihre Defizite verbergen zu wollen, *Zimmermann*, BWNotZ 2000, 97 (104).

⁹¹⁶ *Wetterling*, ErbR 2014, 94 (100). Dazu schon oben 3. Kapitel A. II. 2. a) aa).

BGB,⁹¹⁷ der Erbunwürdigkeitsgründe des § 2339 BGB⁹¹⁸ oder eine gerichtliche Kontrolle nach § 138 BGB⁹¹⁹. Wie bei lebzeitigen Rechtsgeschäften könnte dadurch im Nachhinein eine einzelfallbezogene richterliche Kontrolle der Selbstbestimmtheit des Testaments erfolgen. Diese würde sich nicht auf den Inhalt des Testaments beziehen, sondern allein auf die Bedingungen des Zustandekommens der Erklärung – wie bei der Sicherung materialer Privatautonomie in den oben geschilderten Fällen im Vertragsrecht⁹²⁰ (unter anderem) geht es um eine prozedurale Überprüfung der Entschließungsfreiheit.⁹²¹ Befand sich der Testator bei seiner Testamentserrichtung in einer Situation struktureller Unterlegenheit, wäre das Testament nichtig oder anfechtbar.⁹²²

Allerdings beinhalten derartige Lösungen nur eine Ex-post-Kontrolle, welche wegen der Beweisschwierigkeiten im Erbrecht in ihrer Wirksamkeit beschränkt ist.⁹²³ Der Erblasser kann eben nicht dazu beitragen, die Umstände der Testierung zu rekonstruieren und im Nachhinein zu klären, ob er sich in einer Zwangslage befunden hat – anders als etwa die schwangere Frau, der Bürge oder der Verbraucher. Andere zuverlässige Zeugen fehlen beim privatschriftlichen Testament regelmäßig. So haben auch der Bundesgerichtshof⁹²⁴ und das Bundesverfassungsgericht⁹²⁵ in ihren Entscheidungen zu § 14 HeimG (a. F.) betont, dass der Schutz

⁹¹⁷ *Mückenheim* (Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 95 ff.) hält eine Analogie zu § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB für möglich, wenn eine letztwillige Verfügung durch die Ausnutzung einer seelischen Zwangslage veranlasst worden ist. Für die Erweiterung der Anfechtungsbefugnis nach § 2078 BGB de lege ferenda *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 86; *dies.*, AcP 210 (2010), S. 32 (62); ihr folgend *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 161 ff.

⁹¹⁸ *Mückenheim* (Rechtsgeschäfte alter Menschen, S. 102 f.) plädiert für eine Analogie zu § 2339 Abs. 1 Nr. 3 BGB, wenn gravierende altersbedingte Zwangslagen ausgenutzt wurden.

⁹¹⁹ Näher *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (62 ff.); siehe auch *dies.*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 22 f. Gegen eine Sittenwidrigkeit von Testamenten, die durch psychische Beeinflussung zustande gekommen sind, *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 45 f.; *dies.*, DNotZ 2006, 86 (103 ff.), wenn auch mit Blick auf den unter Druck gesetzten Erben. Stattdessen plädiert *Kroppenberg* (ErbR 2010, 206 [216]) für eine Erweiterung der Anfechtungsmöglichkeiten zugunsten des Betreuers nach dem Vorbild von § 2282 Abs. 2 BGB. Siehe auch *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 159 ff.

⁹²⁰ Siehe oben 3. Kapitel B. II und III.

⁹²¹ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. 32 (62 f. und besonders Fn. 144).

⁹²² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1994, 36 (38). Dazu schon oben 3. Kapitel B. II.

⁹²³ *Breitschmid* (in: Petermann [Hrsg.], Urteilsfähigkeit, S. 91 [117 f.]) betont, dass Prozesse um die Testierfähigkeit eines Erblassers oder um unlautere Beeinflussung des Erblassers zu den „schmutzigsten“ gehören, welche die Rechtsordnung kennt. Zu den Gefahren bei der postmortalen Feststellung von Fremdbestimmung ausführlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 13 ff. und 122 ff.

⁹²⁴ BGH, Beschl. v. 11.01.1996 – IX ZR 112/95, ZEV 1996, 145.

⁹²⁵ BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434/98, NJW 1998, 2964 f.

durch das Heimgesetz über einen Schutz durch § 138 BGB hinausgehe, weil dieser nur tatsächliche und nachweisbare Zwangslagen erfasse, während es nach § 14 HeimG bereits genüge, wenn offener oder versteckter Druck ausgeübt werde und sich der Heimbewohner aus einer vermeintlichen moralischen Verpflichtung heraus zu der Zuwendung gedrängt fühle. Zwar könnte man mit einer stärker materialen Auslegung und Erweiterung des § 138 BGB auch rein subjektiv vom Erblasser empfundene Zwangslagen genügen lassen, da die Schutzbedürftigkeit und Fremdbestimmung des Erblassers in diesem – typisierbaren⁹²⁶ – Fall nicht niedriger ist, als wenn eine tatsächliche Zwangslage besteht, besonders da die Grenzen zwischen subjektiver und objektiver Zwangslage fließend verlaufen und eine strukturelle Unterlegenheit des hilfsbedürftigen Erblassers in jedem Fall zu bejahen ist. Trotzdem bleibt durch den schwierigen Nachweis der inneren Zwangslage und Fremdbestimmung ein erheblicher Unsicherheitsfaktor, ob dem Willen des Erblassers durch die gerichtliche Entscheidung recht getan wird. Dieser ist allerdings kein spezifischer Nachteil des § 138 BGB, sondern ein dem Erbrecht immanentes Problem. Wenn als Folge der Nichtigkeit die gesetzliche Erbfolge eintritt oder ein früheres Testament wieder auflebt, ist diese Unsicherheit zudem hinnehmbar, da die Rechtsfolge im Regelfall mit dem Erblasserwillen weitgehend vereinbar sein dürfte. Nur wenn sich die fehlende Selbstbestimmtheit der Erblasserentscheidung nicht beweisen lässt und in der Folge ein fremdbestimmtes Testament Wirksamkeit erlangt, widerspricht das Ergebnis der gesetzlichen Konzeption und dem Rechtsempfinden. Die Situation ist aber nicht anders, als wenn sich die Testierunfähigkeit oder die Unechtheit eines Testaments nicht beweisen lassen. Ferner wird eine gewisse Gerechtigkeit und Befriedung durch das Pflichtteilsrecht gesichert.⁹²⁷

Vorzugswürdig ist es dennoch, eine neue privatschriftliche Testierform zu finden, die schon am Errichtungsakt ansetzt und als Ex-ante-Lösung die Entstehung fremdbestimmter Testamente möglichst verhindert oder immerhin den Nachweis fehlender Selbstbestimmtheit erleichtert – und gleichzeitig die Echtheit des Testaments gewährleistet. Ein weiterer Vorteil wäre, dass so der aktiv geäußerte Wille des Testators zur Geltung kommen könnte, während nachträgliche Schutz-

⁹²⁶ Zu dieser Voraussetzung siehe etwa die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Angehörigenbürgerschaft vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1994, 36 (38).

⁹²⁷ Vgl. Röthel, AcP 210 (2010), S. 32 (65 f.).

mechanismen lediglich zur Nichtigkeit eines Testaments und zur subsidiären Anwendbarkeit der gesetzlichen Erbfolge führen würden, welche nicht mit dem wirklichen Erblasserwillen deckungsgleich sein muss. Die postmortale Lösung über § 138 BGB oder erweiterte Anfechtungs- oder Erbunwürdigkeitsgründe könnte daneben die Nichtigserklärung von Testamenten ermöglichen, deren Fremdbestimmtheit nachweisbar feststeht, und als zusätzlicher Schutz für besondere Härtefälle fungieren. Da die Selbstbestimmtheit der Testiererklärung, anders als etwa die Testierfähigkeit des Erblassers, keine gesetzlich normierte Wirksamkeitsvoraussetzung ist,⁹²⁸ ist die richterliche Abschlusskontrolle über die Generalklausel des § 138 BGB, abgesehen von etwaigen Analogieschlüssen⁹²⁹, ohne eine Gesetzesreform die einzige Möglichkeit, nicht selbstbestimmte Testamente in der kritischen Grauzone unterhalb der Schwelle zur Testierunfähigkeit und der Schwelle zur rechtswidrigen Drohung für unwirksam zu erklären.

VI. Vorschlag für die Einführung eines Videotestaments

Viele Nachteile des holographischen Testaments und der bisher geschilderten Reformvorschläge könnten bei einer anderen Testierform vermieden werden: dem Videotestament. Ein Videotestament bedeutet, dass der Testator sein Testament in Form eines Videofilms errichten kann. Er spricht seinen letzten Willen in eine Kamera und kann ihn auf diese Weise audiovisuell festhalten. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Testator die Videokamera selbst bedient oder das Video von einer anderen Person aufgenommen wird. Wichtig ist nur, dass der Testator seinen letzten Willen selbst zum Ausdruck bringt und dabei auf dem Video zu erkennen ist. Auch das Aufnahmegerät und den Ort der Aufnahme kann der Erblasser frei wählen, ebenso die Art und Weise der Erklärung (zum Beispiel freie Rede, Ablesen eines Manuskripts, Einbeziehung graphischer Darstellungen et cetera). Wie ein solches Videotestament im Einzelnen rechtlich ausgestaltet werden könnte und welche Vorgaben sich hierfür empfehlen, soll im Folgenden ausgearbeitet werden. Hierbei soll zugleich berücksichtigt werden, inwieweit ein Videotestament die dargestellten Erwartungen an Formvorschriften erfüllen kann.

⁹²⁸ Nur wenn der Erblasser angesichts der Beeinflussung nicht mehr zu selbständigen Entschlüssen in der Lage ist, liegt Testierunfähigkeit und damit Unwirksamkeit vor, BayObLG, Beschl. v. 02.11.1989 – BReg. I a Z 52/88, NJW-RR 1990, 202 (203); *Hagen*, in: MünchKomm BGB, § 2229 Rn. 24.

⁹²⁹ Siehe die Vorschläge *Mückenheims* in Fn. 917 f.

Soweit ersichtlich, ist ein Videotestament in Deutschland als mögliche Testierform bisher nur vereinzelt diskutiert und nicht als ernsthafte Überlegung aufgenommen worden.⁹³⁰ Wenn es überhaupt erwähnt wird, wird das Videotestament meist zusammen mit anderen neuartigen, elektronischen Errichtungsarten in einem kurzen Satz genannt und pauschal abgelehnt.⁹³¹ Im Zeitalter digitaler Medien verwundert dies, spielen doch gerade Videonachrichten und -aufzeichnungen eine immer größere Rolle.⁹³² Dies zeigen sowohl die vielfältigen Kanäle, über die Videos verbreitet und geteilt werden – beispielhaft genannt seien Plattformen wie YouTube, Videoblogseiten und soziale Netzwerke oder Kommunikationsapplikationen auf dem Smartphone –, als auch die Fülle der Alltagssituationen, in denen Videos erstellt werden. Kein Konzertbesuch, kein Ereignis im öffentlichen Raum, kein innerfamiliärer Anlass bleibt heutzutage undokumentiert. Das hochgehaltene, filmende Smartphone gehört wie selbstverständlich zum Straßenbild oder der privaten Unternehmung dazu. Die Idee eines Videotestaments ist daher naheliegend.

Ein Videotestament hat gegenüber dem holographischen Testament entscheidende Vorteile. Diese resultieren zu einem großen Teil daraus, dass ein Video sowohl Ton- beziehungsweise Sprachelemente als auch Bildelemente enthält und daher eine zusätzliche Sinneskomponente involviert.

⁹³⁰ Etwas umfangreicher sind die Ausführungen nur bei *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil 3 Rn. 665 ff. und *Wingarter*, Letztwillige Verfügung, S. 146 f. Siehe auch bereits *Ludwig*, AnwZert ErbR 12/2010, Anm. 2. *Ponath* spricht sich letztlich für die Einführung des Videotestaments aus, jedenfalls als außerordentliche Testierform. Er bejaht allerdings auch die Möglichkeit, das Videotestament bereits nach derzeitiger Rechtslage in Ausnahmefällen als wirksames eigenhändiges Testament anzuerkennen. Dies widerspricht dem Gesetzeswortlaut und der eindeutigen herrschenden Meinung, siehe *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 34; *Kroiß*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, § 2247 Rn. 17; *Mayer*, in: Soergel, BGB, § 2247 Rn. 16; vgl. auch *Hagena*, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 13. *Wingarter* plädiert ebenfalls für die Einführung eines Videotestaments, bemerkenswerterweise schon im Jahr 1998. Eine Reaktion auf ihre Vorschläge ist in der rechtswissenschaftlichen Diskussion bislang ausgeblieben.

⁹³¹ Siehe *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 19; *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 65; vgl. auch *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Comparative Succession Law I, S. 175 (220) und *dens.*, *RabelsZ* 76 (2012), 471 (504 Fn. 217); vgl. auch *Burkart*, in: FS v. Lütow, S. 253 (257); de lege ferenda dagegen offen für elektronische Errichtungsarten *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 34 f. mit eigener rechtspolitischer Stellungnahme. Etwas häufiger findet sich die Erwähnung von Videos im Kontext der Testamentserrichtung, wenn es darum geht, welche Errichtungsarten nach dem heutigen § 2247 BGB zulässig sind; es wird knapp festgestellt, dass Videos, Tonbänder usw. nicht zugelassen sind.

⁹³² Eine „geminderte Bedeutsamkeit“ gegenüber eigenhändiger und öffentlicher Errichtung, wie *Lange* (Erbrecht, § 14 Rn. 19) sie sämtlichen elektronischen Errichtungsarten attestiert, entspricht angesichts der Ubiquität moderner Medien nicht der Wirklichkeit.

1. Echtheitsfunktion

Ein Videotestament ist fälschungssicherer als ein handschriftliches Testament, sodass die Echtheitsfunktion stärker (und überhaupt) erfüllt wird. Eine Totalfälschung ist aus heutiger Sicht schwer vorstellbar, weil ein Fremder zwar möglicherweise die Handschrift des Testators, kaum aber dessen Aussehen, sein Auftreten und seine Stimme unbemerkt nachahmen kann. Für eine Videomontage, bei der ein fingierter Testamentstext in der Stimme des Erblassers per Computer generiert und die Gestalt des Erblassers mit passenden Mundbewegungen in das Bild eingefügt wird, bedürfte es neben immenser krimineller Energie sehr spezieller, hoch entwickelter Software, professioneller Kenntnisse und eines erheblichen Aufwands. Nach derzeitigem Stand der Technik ist die Gefahr einer solchen Fälschung in täuschend echter Qualität sehr gering.⁹³³

Wahrscheinlicher ist eine nachträgliche Verfälschung eines vom Testator erstellten Videos. Die Kombination aus Ton- und Bildspur erschwert es allerdings beträchtlich, das Video so zusammenzuschneiden, dass die Fälschung später nicht aufgrund winziger Brüche nachgewiesen werden kann.⁹³⁴ Dennoch bleibt die Gefahr, dass ein technisch versierter Erbinteressent das (digitale) Video so professionell zusammenschneidet, dass sich das Fehlen eines bestimmten Teils (etwa eines nachteilhaften Satzes, durch den der Erbteil der betreffenden Person beschränkt wird) nicht nachweisen lässt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich Brüche durch Einfügen eines Bildrauschens oder andere technische Raffinessen (beispielsweise einen sogenannten Morph-Effekt, der Übergänge verblendet) verdecken lassen. Die Fälschungsanfälligkeit hängt hierbei aber auch davon ab, wie stark sich der Erblasser auf der Aufnahme bewegt und vor welchem Hintergrund das Video aufgenommen wurde.⁹³⁵ Zusätzlich ist der Spielraum für eine Fälschung dadurch begrenzt, dass – jedenfalls ohne den Einsatz einer Stimmenimitationssoftware oder von Stimmaufnahmen des Erblassers aus einem anderen Kontext mit entsprechender Anpassung der Lippenbewegungen – nur die Wörter verändert werden können, die der Erblasser in seinem Video erwähnt hat. Die Erbeinsetzung einer nicht bedachten Person lässt sich durch das Herausschneiden

⁹³³ So auch die Aussagen der Filmeditorin *Julia Dickopp* in einem Telefonat am 6. Mai 2017 und des Filmeditors *Ulf Albert* in einer E-Mail vom 11. Mai 2017, die beide eine nicht nachweisbare Totalfälschung aktuell für nicht realisierbar halten.

⁹³⁴ Vgl. *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil 3 Rn. 671 und *Wingerter*, Letztwillige Verfügung, S. 146 f., die ebenfalls auf die hohe Fälschungssicherheit wegen der Kombination von Ton und Bild hinweisen.

⁹³⁵ So die Aussage von *Dickopp* (Fn. 933) am 6. Mai 2017.

einzelner Teile nicht erreichen. Weiterhin lässt sich eine nachträgliche Veränderung der Videodatei anhand der sogenannten Metadaten erkennen. Diese enthalten beispielsweise Informationen zum Erstellungsdatum oder zum letzten Änderungsdatum der Datei. Allerdings lassen sich die Metadaten mit relativ geringem Aufwand manipulieren, sodass sie nur bei unachtsamen oder dilettantischen Fälschern von Nutzen sind. In jedem Fall sind für die Fälschung eines Videotestaments, die nicht nur das menschliche Auge täuschen muss, sondern auch anhand der Pixelstruktur oder technischer Daten nicht erkennbar sein darf, ein sehr hoher Aufwand und Spezialkenntnisse in der Bild- und Tonbearbeitung sowie entsprechende hochwertige Software erforderlich. Der Nichtfachmann und damit der Großteil der Bevölkerung ist dazu (noch) nicht imstande.⁹³⁶ Mit der technischen Entwicklung werden zwar in Zukunft die Fälschungsmöglichkeiten von Videos zunehmen, gleichzeitig wird aber auch die Fälschungserkennung weiterentwickelt werden.⁹³⁷

Vollständig vermeiden ließe sich eine Verfälschung, indem die Videodatei zusätzlich mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen wird.⁹³⁸ Dadurch könnten etwaige nachträgliche Veränderungen des Videos nachgewiesen werden. Auf der anderen Seite würde eine verpflichtende Signatur die Testierung aber aus heutiger Sicht erheblich erschweren⁹³⁹ und die Wirksamkeit vieler bedachter und echter, aber unsignierter Testamente verhindern. Auch wenn ohne Signatur das Restrisiko einer Verfälschung bestehen bleibt, ist die Fälschungssicherheit eines Videotestaments immer noch um ein Vielfaches höher als die eines holographischen oder computergeschriebenen Testaments.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass auch der Erblasser selbst sein Video im Nachhinein bearbeitet haben kann, ohne dass dies die Echtheit seines

⁹³⁶ Dies gilt nach eigener Aussage selbst für die im Filmschnitt erfahrene Filmeditorin *Julia Dickopp* (Telefonat vom 6. Mai 2017); ähnlich Filmeditor *Ulf Albert* (E-Mail vom 11. Mai 2017). Der Spezialist für visuelle Effekte *Markus Selchow* bejaht dagegen die Möglichkeit einer nicht nachweisbaren Manipulation mit entsprechendem Aufwand (E-Mail vom 15.05.2017).

⁹³⁷ Schon heute gibt es Software, die die Nachbearbeitung von Digitalfotos aufdecken kann (siehe dazu etwa <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/bildmanipulation-simpel-software-soll-fotofaelscher-aufspueren-a-697283.html> [zuletzt abgerufen am 10.09.2017] oder die sog. Error Level Analysis für Bilder im JPEG-Format). Auch für Videos gibt es Firmen, die sich auf digitale Forensik und Fälschungserkennung bei Videos spezialisiert haben. Zum Vorgehen bei der Fälschungserkennung von Videos siehe etwa <http://www.tages-spiegel.de/medien/mittelfinger-von-yanis-varoufakis-fingergate-so-erkennt-man-ein-gefaelschtes-video/11513024.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

⁹³⁸ Dazu schon oben 5. Kapitel B. I. Technisch ergeben sich bei der Signatur einer Videodatei gegenüber der Signatur eines Textdokuments keine Unterschiede.

⁹³⁹ Dazu näher oben 5. Kapitel B. I.

Testaments beeinträchtigt. Außer in Fällen, in denen sich anhand des in den Metadaten enthaltenen letzten Veränderungsdatums ablesen lässt, dass die Veränderung nicht vom Erblasser vorgenommen worden sein kann – etwa wenn das Datum nach dem Todeszeitpunkt liegt –, lässt sich nicht ohne Weiteres feststellen, ob die Änderung vom Erblasserwillen gedeckt ist oder durch fremde Hand erfolgt ist. Darüber hinaus ist denkbar, dass der Erblasser das Videotestament nicht zusammenhängend, sondern mit Unterbrechungen aufgezeichnet hat, sodass sich auch dadurch Brüche ergeben können. Um das Risiko einer Fälschung oder eines unzutreffenden Fälschungsverdachts in diesen Fällen einzudämmen, kann der Testator mit wenig Aufwand Kopien der Videodatei an verschiedenen Orten und auf verschiedenen Datenträgern speichern (beispielsweise auf einer externen Festplatte, in einer Datencloud oder indem er die Datei an eine Vertrauensperson weiterleitet), damit an der Originalversion keine Zweifel bestehen. Um das Fälschungspotenzial noch weiter zu reduzieren, sollte auch über die Einrichtung einer zentralen amtlichen Stelle nachgedacht werden, bei der das Video gegen Nachweis der Identität hinterlegt werden kann (vgl. § 2248 BGB); wie nach aktueller Gesetzeslage sollte die Verwahrung allerdings freiwillig sein, um die Vorteile des privatschriftlichen Testaments – Einfachheit, Kostengünstigkeit – nicht zu gefährden.⁹⁴⁰ Ferner könnte die Lösung der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Echtheit über eine gesetzliche „Soll-Vorschrift“ erfolgen, nach der das Videotestament ohne Unterbrechung aufgenommen und nicht nachträglich bearbeitet werden soll. Hierbei könnte man sich systematisch an § 2247 Abs. 3 und Abs. 5 BGB orientieren. Das Video wäre bei Missachtung der Soll-Vorschrift nur gültig, wenn sich die Echtheit dennoch zweifelsfrei feststellen ließe, zum Beispiel weil der Erblasser mehrere übereinstimmende Kopien gespeichert hat oder weil er nachweislich nur einen visuellen Effekt einbauen wollte. Damit sichergestellt ist, dass das Video nicht am Filmende, wo es besonders schwer nachweisbar ist und oft kaum auffallen dürfte, unbefugt beschnitten und dadurch verfälscht wurde, könnte in einer weiteren Soll-Vorschrift analog zum Unterschriftserfordernis des § 2247 Abs. 1 und Abs. 3 BGB gefordert werden, dass der Erblasser das Ende kenntlich machen soll. Dies könnte auf unterschiedliche Art und Weise erfolgen, etwa indem der Erblasser abschließende Worte („Dies ist mein letzter Wille“) wählt oder indem er den Aufzeichnungsvorgang sichtbar beendet. Insgesamt ist das Videotestament in jedem Fall stärker vor Fälschungen geschützt als das jetzige eigenhändige Testament, bei welchem nicht einmal ein gewisses technisches

⁹⁴⁰ Siehe zu den Nachteilen eines Hinterlegungszwangs schon oben 5. Kapitel B. I. 2. a) aa).

Geschick erforderlich ist, um Teile aus dem Papier herauszuschneiden,⁹⁴¹ und welches auch Freihandfälschungen nicht ausschließt.

2. Auffindbarkeit

Man kann einwenden, dass ein Videotestament, das bloß als Datei und nicht als greifbare Sache existiert, nach dem Tod des Erblassers schwer aufzufinden sein kann. Diese Gefahr ist aber nicht höher als bei einem handschriftlichen Testament. Nicht immer befindet sich das heutige Privattestament in einer Dokumentenmappe, sondern ist vielmals an ungewöhnlichen Orten versteckt und wird in der Nachttischschublade, auf dem Dachboden oder bei dritten Personen gefunden. Die Fälle nicht im Original auffindbarer holographischer Testamente beschäftigen die Gerichte regelmäßig.⁹⁴² Beim Videotestament gibt es in der Regel immerhin weniger mögliche Orte, an denen gesucht werden muss, da nur elektronische Speichermedien in Betracht kommen. Zwar ist denkbar, dass der Erblasser sein Videotestament etwa auf einem USB-Stick speichert und diesen im Kleiderschrank versteckt, naheliegender sind als Aufbewahrungsort aber, wie für andere Dateien auch, elektronische Geräte des Erblassers. Oft werden zusätzliche Sicherungskopien auf externen Festplatten, in einer Datencloud, im E-Mail-Postausgang oder ähnlichen Medien vorhanden sein. Da Fragen des digitalen Nachlasses immer stärker in den Blickpunkt rücken,⁹⁴³ dürfte es – wenn nicht bereits der Fall – bald zur Selbstverständlichkeit werden, elektronische Dokumente des Erblassers nach seinem Tod durchzusehen und dabei auch etwaige Passwortsperrern zu überwinden. So würde auch ein Videotestament gefunden werden. Vorteilhaft ist dabei, dass sich die Videodatei (sei es anhand des Dateinamens, sei es anhand des Dateiformats oder des Erstellungsdatums) häufig über die Suchfunktion oder durch manuelle Suche in bestimmten Dateiordnern auf dem Privatcomputer des Erblassers finden lassen dürfte, während für ein Papiertestament unter Umständen

⁹⁴¹ Siehe dazu OLG Hamm, Beschl. v. 14.08.2007 – 15 W 331/06, NJW-RR 2008, 21 ff., wo das Testament manipuliert wurde, indem ein Teil des Textes herausgeschnitten wurde. Ebenso leicht lassen sich mit Bleistift oder Tinte geschriebene Wörter oder Wortbestandteile wegradieren oder löschen.

⁹⁴² Siehe etwa OLG Köln, Beschl. v. 02.12.2016 – 2 Wx 550/16, ErbR 2017, 342 ff.; LG Heilbronn, Urt. v. 21.02.2014 – 5 O 274/12 Wu, BeckRS 2014, 20716; OLG München, Beschl. v. 13.09.2011 – 31 Wx 298/11, ZEV 2012, 43 ff.

⁹⁴³ Mit dem Grundsatzurteil des BGH vom 12.07.2018 – III ZR 183/17, NJW 2018, 3178 ff. liegt nun – nach den vorinstanzlichen Urteilen des LG Berlin vom 17.12.2015 – 20 O 172/15, ZEV 2016, 189 ff. und des KG vom 31.05.2017 – 21 U 9/16, ZEV 2017, 386 ff. – erstmals eine rechtskräftige Entscheidung eines deutschen Gerichts über Fragen des digitalen Nachlasses vor. Siehe zu der Thematik ausführlich *Herzog/Pruns*, Der digitale Nachlass, passim; *Kutscher*, Der digitale Nachlass, passim; *Seidler*, Digitaler Nachlass, passim.

ein gesamtes Haus durchsucht werden muss. Weiter erleichtern ließe sich die Suche durch die Vorgabe eines bestimmten Formats für den Dateinamen. Allerdings spricht hiergegen, dass dadurch ein häufiger Unwirksamkeitsgrund eröffnet würde, ohne dass dafür eine Notwendigkeit bestünde. Vielmehr sollte es wie beim holographischen Testament der Verantwortungssphäre des Erblassers überlassen bleiben, für die Auffindbarkeit seines Testaments zu sorgen.

Eine weitere Gefahr ist die der Unterdrückung des Testaments. Dem Erblasser nahestehende Personen könnten ein unliebsames Videotestament einfach löschen und damit aus der Welt schaffen.⁹⁴⁴ Wiederum besteht diese Gefahr jedoch ebenso beim eigenhändigen Testament.⁹⁴⁵ Dieses lässt sich schnell zerreißen und im Papiermüll entsorgen. Beim Videotestament können hingegen auch nach dem Löschen noch Datenspuren auf dem Computer vorhanden sein (etwa im virtuellen Papierkorb oder auf einem früheren Backup-Medium). Der Erblasser kann dieser Gefahr ferner begegnen, indem er Sicherungskopien der Videodatei erstellt oder das Testament an Vertraute weiterleitet. Ebenso wäre auch hier eine amtliche Hinterlegungsmöglichkeit als Lösung denkbar (vgl. § 2248 BGB).⁹⁴⁶ Auch in diesem Kontext ist ein Hinterlegungszwang wegen der entstehenden zusätzlichen Unwirksamkeitsquelle und des mit der Hinterlegung verbundenen Aufwands aber nicht ratsam – es ist besser, so schon *von Hippel*, wenn „gelegentlich ein Privat testament unterdrückt wird und die gesetzliche Erbfolge eintritt, als daß viele Erblasser durch eine für sie sinnlose Maßregel in ihren letztwilligen Entschlüssen aufs Empfindlichste gestört werden“⁹⁴⁷.

3. Haltbarkeit

Eine Videodatei ist insofern langlebiger als ein Stück Papier, als sie nicht mit den Jahren verblassen oder durch äußere Einwirkungen wie den Kontakt mit Flüssigkeiten (etwa wenn ein Glas Wasser verschüttet wird) versehentlich unwiederbringlich zerstört werden kann.

⁹⁴⁴ Daran würde selbst eine qualifizierte elektronische Signatur nichts ändern.

⁹⁴⁵ Die nach § 2259 BGB immerhin bestehende Ablieferungspflicht für Testamente würde entsprechend auch für Videotestamente gelten. Auch wenn an elektronischen Daten kein „Besitz“ im Sinne des § 854 BGB bestehen kann, ist Besitz an einem Datenträger, auf dem ein Videotestament gespeichert ist, möglich. Der Datenträger oder auch die Datei selbst (ggf. auf einem anderen Datenträger) kann an das Nachlassgericht abgeliefert werden.

⁹⁴⁶ Dazu schon oben 5. Kapitel B. I und B. VI. 1.

⁹⁴⁷ v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 177.

Allerdings besteht das Risiko, dass das Speichermedium Schaden nimmt und die Videodatei deshalb in ihrer Haltbarkeit beeinträchtigt wird. Dies ist besonders dann problematisch, wenn das Testament viele Jahre vor dem Todeszeitpunkt erstellt wurde. Während CDs oder DVDs mit circa 30 Jahren eine relativ lange Lebensdauer haben, ist die Haltbarkeit von Festplatten im Allgemeinen auf ungefähr zehn Jahre begrenzt.⁹⁴⁸ Unbegrenzte Haltbarkeit besteht theoretisch bei Cloud-Speichern, jedoch nur, solange die jeweiligen Anbieter existieren. Ferner gibt es spezielle Datenträger für eine langfristige, zuverlässige Datenspeicherung (zum Beispiel sogenannte M-Discs), welche zur Erstellung allerdings besondere Laufwerke erfordern. Um sicherzugehen, dass sein Testament unbeschädigt bleibt, sollte der Erblasser es möglichst auf verschiedenen Datenträgern speichern und diese regelmäßig überprüfen. Damit der Erblasser sich von dieser Obliegenheit befreien kann, wäre es auch im Hinblick auf die Frage der Haltbarkeit sinnvoll, ihm eine amtliche (freiwillige) Verwahrungsmöglichkeit nach dem Vorbild von § 2248 BGB zu eröffnen.⁹⁴⁹ Diese zentrale Stelle könnte dafür sorgen, dass Sicherungskopien erstellt und die Dateien regelmäßig umgespeichert werden und auf diese Weise lange haltbar bleiben. Auch hier drängt sich ein weitergehender Verwahrungszwang nicht auf,⁹⁵⁰ da viele Testamente erst im hohen Alter und daher in zeitlicher Nähe zum Erbfall errichtet werden, sodass die Frage der Haltbarkeit in vielen Fällen keine vordergründige Rolle spielt.

Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass das Dateiformat im Zeitpunkt des Erbfalls weiterhin lesbar ist. Mit dem technischen Fortschritt entstehen stetig neue Formate und Speichermedien und ältere werden verdrängt. Das Risiko, dass eine Datei nach einigen Jahren nicht mehr geöffnet und gelesen werden kann, dürfte jedoch – anders als das Problem der Haltbarkeit des Datenträgers – zu vernachlässigen sein. Selbst heute lassen sich beispielsweise nicht mehr gebräuchliche Disketten mit speziellen Laufwerken weiterhin auslesen. Aus diesem Grund ist es auch nicht erforderlich, dem Erblasser ein bestimmtes Format oder ein bestimmtes Speichermedium vorzuschreiben und ihn dadurch in seinen Wahlmöglichkeiten einzuschränken. Zusätzlich könnte die einzurichtende amtliche Verwahrungsstelle für hinterlegte Testamente dafür Sorge tragen, veraltete Formate zu aktualisieren.

⁹⁴⁸ Siehe etwa <http://www.pc-magazin.de/ratgeber/speichermedien-lebensdauer-dvd-festplatte-usb-stick-floppy-disk-1485976.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

⁹⁴⁹ Zur Freiwilligkeit siehe schon oben 5. Kapitel B. VI. 1.

⁹⁵⁰ Siehe schon oben 5. Kapitel B. VI. 1.

4. Warn- und Überlegungsfunktion

Neben der Echtheit muss das Videotestament auch die Bedachtheit der Erklärung gewährleisten. Die heutzutage beim holographischen Testament verstärkte Förderung der Bedachtheit aufgrund der Seltenheit der Handschrift wäre bei einem Videotestament nicht gegeben. Durch ihre Omnipräsenz sind Videoaufnahmen gerade alles andere als außergewöhnlich. Dennoch erfüllt auch ein Videotestament den Bedachtheitszweck. Da der Testator bei dem Videotestament selbst vor die Kamera treten muss, wird er sich in den meisten Fällen entsprechend vorbereiten. Dies kann bedeuten, dass er sich besonders zurechtmacht, die Kamera an einer bestimmten Stelle positioniert oder sich – gegebenenfalls durch die Erstellung eines Manuskripts oder von Stichwortzetteln – überlegt, wie er im Einzelnen über sein Vermögen letztwillig verfügen möchte. Dadurch kann die Aufzeichnung des Videotestaments eine feierliche, ernsthafte Atmosphäre gewinnen. Das Videotestament würde damit dem historischen Solennitätsgedanken der Testierform Rechnung tragen,⁹⁵¹ welcher beim holographischen Testament – obwohl im Zuge der Digitalisierung steigend – nicht so stark ausgeprägt ist.⁹⁵² Auch wenn der Testator seine Gedanken nicht vorher verschriftlicht hat, lässt sich nicht von der fehlenden Warnfunktion und Bedachtheit seiner Testiererklärung ausgehen. Eine mündliche Testierung kann einen ebenso hohen Planungsgrad aufweisen wie eine schriftliche. Wer in dem Bewusstsein spricht, dass er dabei gefilmt wird, wählt seine Worte im Allgemeinen anders – bedachter – als jemand, der sich unter normalen Umständen äußert und dabei auch unüberlegte Bemerkungen macht. Dies gilt erst recht, wenn er eine rechtlich bedeutsame Erklärung abgeben möchte, die über sein gesamtes Vermögen entscheidet. Hinzu kommt, dass Videos in der heutigen Zeit zwar an sich keine ungewöhnliche Art der Kommunikation oder Dokumentation darstellen, im rechtlichen und besonders rechtsgeschäftlichen Bereich aber noch nicht verbreitet sind. Bisher werden sie mitunter als Beweismittel, etwa im Strafverfahren, verwendet, aber nicht als gesetzlich vorgesehene Erklärungsform. Dies macht die Errichtungsart besonders – die Form des Privattestaments wäre weiterhin eine Spezialform – und erhöht die Bedachtheit der Erklärung.⁹⁵³

⁹⁵¹ Dazu oben 2. Kapitel A. III.

⁹⁵² Zur Meinung in der Literatur, dass die Solennität beim eigenhändigen Testament keine Rolle spiele, siehe oben Fn. 130. Mit der seltener werdenden Handschriftlichkeit ändert sich dies allerdings langsam (vgl. auch Röhrl, AcP 211 [2011], S. 196 [212]; Zimmermann, RabelsZ 76 [2012], 471 [504]; dens., in: Reid/de Waal/Zimmermann [Hrsg.], Comparative Succession Law I, S. 175 [204]).

⁹⁵³ Zur Spezialform siehe oben 2. Kapitel A. III.

Trotzdem lässt sich die Gefahr unüberlegter Spontanvideos mit unbedachten Äußerungen nicht leugnen. Dies betrifft nicht die Mehrheit der Fälle, ist aber, beispielsweise in geselligen Runden, vorstellbar. Das Risiko einer unbesonnenen Testamentserrichtung ist beim Videotestament jedoch keinesfalls höher als beim privatschriftlichen Testament. Auch dort können unüberlegte Verfügungen schnell zu Papier gebracht werden, und wer aus einer Laune heraus handelt und hastig einige Zeilen „niederkritzelt“, wird dabei nicht stärker über den Testamentsinhalt nachdenken als jemand, der seinen letzten Willen mündlich, aber vor laufender Kamera erklärt. Diese Gefahr sollte nicht überschätzt werden, da es wie bisher doch eher unwahrscheinlich ist, dass (Video-)Testamente zum bloßen Freizeitvergnügen oder Zeitvertreib errichtet werden. In den meisten dieser Fälle dürfte schon der Testierwille fehlen. Minderjährige sollten wie nach aktueller Gesetzeslage von der privaten Videotestierform ausgeschlossen werden. Insgesamt dürfte für viele, gerade ältere Menschen gelten, dass die Warnfunktion bei einem Videotestament eher höher ist als bei einem handschriftlichen Testament, da der Testator den Erben persönlich, gleichsam von Angesicht zu Angesicht, vor Augen treten muss. Ein schriftliches Testament ist demgegenüber anonym und weniger intim, weil es niedergeschrieben werden kann, ohne dass ein anderer dem Testator dabei – wenn auch erst später – zuschauen kann. Wenn sich der Testator bei seiner Videotestierung die Erben als unmittelbares Gegenüber vorstellt und diese möglicherweise direkt anspricht, könnte bei einem Videotestament das Gefühl, die letztwilligen Anordnungen erklären zu müssen oder sich zu rechtfertigen, eher aufkommen als bei einem schriftlichen Testament. Da es vielen Menschen leichter fällt, sich mündlich auszudrücken, als ihre Gedanken in einen schriftlichen Text zu fassen, ist es außerdem wahrscheinlich, dass der Erblasser seine Gedanken und Beweggründe mündlich ausführlicher erläutern wird, als er dies schriftlich täte.⁹⁵⁴ Dies begünstigt es, dass er seinen letzten Willen selbst stärker hinterfragt und auf seine Richtigkeit hin überprüft.

5. Auslegung der Testiererklärung

Zugleich erleichtern die Einfachheit mündlicher Erklärungen und eine umfangreichere Erläuterung der Gedanken die Auslegung der Testiererklärung, weil eine

⁹⁵⁴ Vgl. *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil 3 Rn. 672; *Wingarter*, Letztwillige Verfügung, S. 147.

natürliche, ausführlichere Erklärung weniger auslegungsbedürftig ist oder jedenfalls mehr Anhaltspunkte für die Auslegung enthält als ein knapper Text.⁹⁵⁵

Zwar begibt sich der Testator bei einem Videotestament in dieser Hinsicht auf eine Gratwanderung. Das Video darf nicht so emotional, langatmig und assoziativ werden, dass der letzte Wille nicht mehr klar hervortritt. Theoretisch besteht diese Gefahr aber auch beim handschriftlichen Testament, das keine seitenmäßige Obergrenze kennt. Privatschriftliche Testamente beschränken sich häufig nicht auf die eigentliche letztwillige Verfügung, sondern enthalten eine Vielzahl von Erklärungen zur Nachlassabwicklung, zur Beerdigung und ähnlichen Angelegenheiten.⁹⁵⁶ Insgesamt dürften die Vorteile überwiegen, wenn der Erblasser seine letztwillige Verfügung nicht kurz und kryptisch abfasst, sondern so weit erläutert, dass klar wird, was genau er sich unter den von ihm verwendeten Formulierungen vorstellt (ob er beispielsweise einen Nacherben, einen Schlusserben oder einen Ersatzerben bestimmen wollte). Juristische Laien verwenden Fachbegriffe oftmals unzutreffend, ungenau oder mit einer falschen Vorstellung von ihrem Inhalt,⁹⁵⁷ sodass ihr eigentlicher letzter Wille nicht verwirklicht werden kann, wenn sie diese (abweichenden) Vorstellungen nicht näher beschreiben.⁹⁵⁸

Zusätzlich können die Mimik und Gestik des Testators zur Auslegung herangezogen werden, sodass weitere Anhaltspunkte für die Ermittlung des Erblasserwillens bestehen. Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Andeutungstheorie⁹⁵⁹, nach der der Erblasserwille in dem Testament zumindest andeutungsweise zum Ausdruck kommen muss, lässt sich auf das Videotestament übertragen. Der Testamentsurkunde entspricht hierbei das aufgenommene Video. Sowohl das gesprochene Wort als auch das weitere im Bild erkennbare Verhalten des Testators

⁹⁵⁵ Vgl. *Ponath*, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil 3 Rn. 672; *Wingerter*, Letztwillige Verfügung, S. 147.

⁹⁵⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 26.10.2010 – 15 Wx 81/10, DNotZ 2011, 702 (704).

⁹⁵⁷ Siehe exemplarisch OLG Schleswig, Beschl. v. 06.06.2016 – 3 Wx 1/16, ErbR 2017, 90 (92 ff.); außerdem *Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 11a sowie § 2231 Rn. 14d; *Musielak*, ZEV 2016, 353; *Weber*, in: Damrau/Tanck (Hrsg.), PK Erbrecht, § 2247 BGB Rn. 1.

⁹⁵⁸ Zum Beispiel konnte im Fall des OLG Hamm, Beschl. v. 22.07.2014 – I-15 W 98/14, FamRZ 2015, 444 f. ein Testament, in dem der Erblasser mit knappen Worten die Verteilung seines Vermögens „gemäß dem ‚Berliner Testament‘ [...] einschließlich der Wiederverheiratsklausel“ angeordnet hatte, nicht als wirksame Erbeinsetzung der Ehefrau des Erblassers angesehen werden, weil der Erblasser seine Vorstellung dieser Begriffe nicht näher erläutert hatte.

⁹⁵⁹ BGH, Beschl. v. 09.04.1981 – IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 (245 f.) = NJW 1981, 1737 (1738) und Urf. v. 08.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 (47) = NJW 1983, 672 (673). Dazu näher *Lange*, Erbrecht, § 35 Rn. 16.

(zum Beispiel Handbewegungen) genügen insoweit für eine Andeutung des Willens. Dies gilt allerdings nicht ohne Weiteres für die Hintergrundkulisse wie etwa die Zimmereinrichtung, die der Erblasser nur passiv ins Videobild einbezieht.

Darüber hinaus wäre ein Videotestament in vielen Fällen auch für die Erben befriedigender und von höherem Informationswert als ein schriftlicher Text.⁹⁶⁰ Ein Video wirkt persönlicher und distanzloser als ein schriftliches Dokument.⁹⁶¹ Der Erblasser tritt den Erben persönlich gegenüber und sie können ihn sowohl sehen als auch hören. Er kann sich direkt an sie wenden und die Erklärung mit einer letzten Botschaft an die Hinterbliebenen verbinden. Dies würde dem Privattestament als einem „Akt persönlicher letzter Fürsorge gegenüber [nahestehenden] Personen“⁹⁶² entsprechen. Zwar soll ein Testament in erster Linie die Vermögensnachfolge regeln und nicht einen sentimental Wert haben; jedoch könnte eine solch persönliche Erklärung gleichzeitig die Akzeptanz der Testamentsentscheidung unter den Erben erhöhen, weil diese sich bildlich davon überzeugen können, dass das im Testament Angeordnete der ernsthafte Wille des Erblassers war.⁹⁶³ Dies gilt besonders, wenn der Erblasser seinen letzten Willen näher begründet und seine Motive erläutert. Eine höhere Akzeptanz der Erblasserentscheidung und eine Erleichterung der Auslegung könnten letztlich dazu beitragen, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

6. Testierwille

Anders als das holographische Testament kann ein Videotestament (sofern man von einer elektronischen Signatur absieht) keine abschließende Unterschrift enthalten, mit der der Testator seinen Testierwillen und die Endgültigkeit seiner Erklärung bekräftigen kann. Wie sollen bei einem Videotestament endgültige Testiererklärungen also von bloßen Entwürfen abgegrenzt werden? Allein aus dem Dateinamen lassen sich keine sicheren Schlüsse ziehen, denn nicht jeder Testator wird seine Vorentwürfe explizit als solche betiteln. Ferner kann das Video auch auf einer Kamera oder einem Smartphone gespeichert sein, ohne dass es überhaupt einen vom Erblasser selbst gewählten Dateinamen erhalten hat. Es bleibt somit nur eine Gesamtschau der Umstände, wie sie generell zur Ermittlung des

⁹⁶⁰ Vgl. *Wingter*, Letztwillige Verfügung, S. 147.

⁹⁶¹ Näher zur stärkeren Distanzlosigkeit von (bewegten) Bildern *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 254 und 256 f.

⁹⁶² v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 164.

⁹⁶³ Zur stärkeren persuasiven Kraft von (bewegten) Bildern siehe *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, S. 255.

Testierwillens vorzunehmen ist. Hier würde das Videotestament gegenüber dem handschriftlichen Testament bedeutende Vorteile bieten: Dadurch, dass in einem Video verschiedene Elemente wie Sprache, Erscheinungsbild, Gestik und Mimik vereint werden, bestehen viele Anhaltspunkte, die für oder gegen einen Testierwillen sprechen können und anhand derer der Betrachter sich ein umfassendes Bild machen kann.⁹⁶⁴ Während die Handschrift wenig über den Testierwillen aussagt, lässt sich die Ernsthaftigkeit des Erblassers in einem Video leichter erkennen. Der wichtigste Aspekt bei der Ermittlung des Testierwillens sind die Worte des Erblassers und sein Auftreten vor der Kamera. Neben dem Inhalt der Worte können auch die Wortwahl, das Sprechtempo, die Tonhöhe oder die Art der Sprache aufschlussreich sein. Weiterhin wertvoll ist, dass in einem Video die nähere Umgebung des Testators zu sehen ist. So könnte beispielsweise die Aufnahme des Videos in einer lauten Gaststätte ähnlich wie ein „Bierdeckeltestament“⁹⁶⁵ eher gegen den Testierwillen sprechen, während das heimische Wohnzimmer einen naheliegenden Aufnahmeort darstellt. Eine mögliche Lösung zur Verringerung von Zweifelsfällen wäre schließlich auch hier die Einführung einer Soll-Vorschrift, wonach der Erblasser das Ende seiner Erklärung kenntlich machen soll.⁹⁶⁶ Dies könnte als Unterschriftsäquivalent dazu führen, dass der Abschluss der Erklärung erkennbar ist. Als „Schlussformel“ würde sich beispielsweise die Nennung des Namens oder der Orts- und Zeitangabe anbieten, ebenso jede andere ausdrückliche oder konkludente Kenntlichmachung („Dies ist mein letzter Wille“). Zwar würde dies eine zusätzliche Unwirksamkeitsquelle eröffnen und die Testamenterrichtung verkomplizieren; dennoch erscheint eine Soll-Vorschrift unter dem Aspekt vertretbar, dass sie das Testament nicht automatisch unwirksam macht, sondern das Testament trotz fehlender Kenntlichmachung des Endes wirksam sein kann, während gleichzeitig für den Regelfall Unsicherheiten vermieden werden. Eine verbindliche, spezifizierte Schlussformel würde den Erblasser dagegen unnötig in seiner Gestaltungsfreiheit einengen, da das Ende der Erklärung auf vielfache Weise kenntlich gemacht werden kann und auch der Testierwille im Einzelfall bereits aus der Erklärung selbst hervorgehen kann. Anders als bei Schriftstücken gibt es bei Videofilmen auch keine Verkehrssitte, nach der das Dokument erst mit einer Unterschrift bindend wird. Eine verbindliche

⁹⁶⁴ Näher zu den nonverbalen und parasprachlichen Elementen von Kommunikation Papsdorf, Internet und Gesellschaft, S. 115 ff.

⁹⁶⁵ Dazu etwa Baumann, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 21; Hagen, in: MünchKomm BGB, § 2247 Rn. 13.

⁹⁶⁶ Dazu schon oben 5. Kapitel B. VI. 1.

Schlussformel wäre deshalb fehleranfällig und könnte leicht vergessen werden, wodurch viele Testamente unwirksam wären.

Weiterhin bleibt das Problem, dass ernst gemeinte Vorentwürfe – zum Beispiel die „Generalprobe“ des Testaments – kaum Anzeichen enthalten dürften, die gegen den Testierwillen sprechen. Andererseits ist fraglich, ob in einem solchen Fall, in dem keine spätere Videoaufzeichnung oder ein anderes Testament aufgefunden wird, überhaupt Zweifel am Testierwillen bestehen sollen, oder ob der Erblasser nicht vielmehr ein vorläufig verbindliches Testament errichten wollte.⁹⁶⁷ Ein als „Entwurf“ bezeichnetes, aber den Formerfordernissen entsprechendes Schriftstück kann im Einzelfall ein gültiges Testament sein, wenn sich feststellen lässt, dass der Erblasser es bis zur Abfassung einer neuen und endgültigen Urkunde als wirksame letztwillige Verfügung gelten lassen wollte.⁹⁶⁸ Hier ergeben sich beim Videotestament keine Unterschiede zu einem handschriftlichen Testament, das ebenfalls im Entwurfsstadium schon unterschrieben sein kann.

Die Verantwortung dafür, dass eine fehlende Testierabsicht nicht fälschlich als Testierwille ausgelegt wird, muss letztlich dem Erblasser zugeordnet werden, der – so wie er ein Schrifttestament mit dem Vermerk „Entwurf“ kennzeichnen kann – die Videodatei entsprechend betiteln oder im Video seine mangelnde endgültige Testierabsicht erwähnen kann. Im Übrigen kann er das aufgenommene Video löschen, wenn es nicht als Testament wirksam werden soll. Gänzlich ausschließen lassen sich Missverständnisse nicht, allerdings werden diese durch die Vielzahl von Anhaltspunkten, die im Video in aller Regel zu erkennen sind, stark minimiert, besonders wenn das Ende der Erklärung kenntlich gemacht werden soll. Auch bei einem unterschriebenen privatschriftlichen Testament ist der Testierwille keinesfalls garantiert, wie viele Gerichtsurteile deutlich machen.⁹⁶⁹ Einem auf einem Bierdeckel oder einer Schiefertafel niedergeschriebenen Testament kann es trotz Unterschrift am Testierwillen mangeln, ebenso einem unter-

⁹⁶⁷ Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 36, wonach auch die Absicht, ein notarielles Testament zu errichten, nichts dazu besagt, ob der Erblasser nicht mit seinem Schriftstück ein bis zur späteren Errichtung des notariellen Testaments vorläufig verbindliches Testament errichten wollte.

⁹⁶⁸ BayObLG, Beschl. v. 21.07.1970 – BReg. 1 a Z 108/69, NJW 1970, 2300 (2301); *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung*, § 17 Rn. 45.

⁹⁶⁹ Siehe etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.07.2014 – I-3 Wx 95/13, FamRZ 2015, 700 (702); OLG München, Beschl. v. 25.09.2008 – 31 Wx 42/08, ZEV 2008, 596 (597); LG München II, Beschl. v. 22.01.2008 – 8 T 3036/07, BeckRS 2011, 12364; BayObLG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1Z BR 105/02, NJOZ 2003, 385 (386 f.); BayObLG, Beschl. v. 02.10.1998 – 1Z BR 95/98, NJW-RR 1999, 88 f.

schriebenen Brieffestament oder einer Erklärung auf einem Notizzettel. Eine Unterschrift ist daher zwar ein starkes Indiz für einen Testierwillen,⁹⁷⁰ aber kein sicheres, unerlässliches Erfordernis, um den Testierwillen beurteilen zu können. Auch kennzeichnet sie den Abschluss des Testaments bei mehrseitigen Testamenten oder unüblicher Stellung nicht immer zuverlässig, zumal die Reihenfolge von Textniederschrift und Unterschriftsleistung nach ständiger Rechtsprechung unerheblich ist.⁹⁷¹ Die Identitätsfunktion der Unterschrift erübrigt sich beim Videotestament, bei dem der Erblasser als Person bildlich zu erkennen ist, ebenfalls.

Somit ist auch beim Videotestament der Nachweis des Testierwillens möglich und die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Frage, ob bereits ein endgültiges Testament vorliegt, sind trotz fehlender Unterschrift nicht wesentlich größer als beim handschriftlichen Testament, gerade wenn der Abschluss der Erklärung kenntlich gemacht wird. Eine darüber hinausgehende Sicherheit könnte durch eine qualifizierte elektronische Signatur erreicht werden, welche aber nicht verbindlich vorgeschrieben werden sollte.⁹⁷²

7. (Materiale) Testierfreiheit

Die Gefahr einer ungebührlichen Beeinflussung des Erblassers kann durch keine Testierform vollständig ausgeschlossen werden.⁹⁷³ Selbst beim notariellen Testament kann der Erblasser von ihm nahestehenden Personen manipuliert worden sein. Dennoch sollte es auch im hohen Alter möglich sein, ein Testament zu errichten, und gerade körperlich eingeschränkte Erblasser mögen hier das Privat testament bevorzugen, welches zuhause und ohne großen Aufwand errichtet werden kann.

Zwar lässt sich eine die tatsächliche Selbstbestimmtheit gefährdende Beeinflussung des Erblassers, die im Vorfeld der Testamentserrichtung stattfindet, nicht vermeiden. Beim Videotestament könnte aber, anders als beim eigenhändigen Testament, immerhin eine während des Testierakts unmittelbar ausgeübte äußere

⁹⁷⁰ Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 22.02.2016 – 2 Wx 12/16, 2 Wx 20/16, 2 Wx 52/16 und 2 Wx 53/16, BeckRS 2016, 04571 Rn. 30; OLG Schleswig, Beschl. v. 29.05.2009 – 3 Wx 58/04, ZEV 2010, 46 (49).

⁹⁷¹ BGH, Urt. v. 20.03.1974 – IV ZR 133/73, NJW 1974, 1083 (1084); KG, Beschl. v. 28.03.2017 – 6 W 97/16, juris Rn. 19; OLG Rostock, Beschl. v. 25.09.2013 – 3 W 30/13, NJOZ 2015, 9 (11); BayObLG, Beschl. v. 29.07.2004 – 1Z BR 39/04, FamRZ 2005, 1012 (1013); BayObLG, Beschl. v. 12.05.2004 – 1Z BR 4/04, juris Rn. 26; BayObLG, Beschl. v. 24.07.1984 – BReg. 1 Z 41/84, FamRZ 1984, 1268 (1269). Auch *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Teil I VIII 3 Rn. 1.104; *Wingerter*, Letztwillige Verfügung, S. 64.

⁹⁷² Zur qualifizierten elektronischen Signatur schon oben 5. Kapitel B. I.

⁹⁷³ Dazu schon oben 4. Kapitel B. I. 2.

Beeinflussung leichter erkannt werden.⁹⁷⁴ Ein körperlicher Zwang ist bei einer mündlichen Erklärung und einer gleichzeitigen visuellen Aufnahme des Geschehens von vornherein ausgeschlossen. Auch eine außerhalb des Videobilds stattfindende anderweitige Beeinflussung dürfte meist auffallen. Man kann annehmen, dass es dem Erblasser in der Regel anzumerken ist, wenn er von anwesenden Personen, etwa durch Zurufe – die zudem hörbar wären – oder bestimmte Anweisungen oder Drohungen, gegen seinen eigentlichen Willen zu einer Testiererklärung gebracht werden soll. Zwar wäre zum Beispiel die Tatsache, dass der Erblasser während der Aufnahme immer wieder in eine bestimmte Richtung schaut, nur ein schwaches Indiz für eine unzulässige Einflussnahme, da die Blicke auch einer vertrauten Person gelten könnten, deren Anwesenheit sich der Erblasser selbst gewünscht hat. Anders kann der Fall aber bei nicht erklärbaren Anzeichen von Angst oder übermäßiger Unsicherheit liegen, außerdem bei offensichtlichen Merkmalen wie verständnislosen Reaktionen des Erblassers („Das stimmt doch gar nicht“) auf eine Weisung von außen. Wegen der Leichtigkeit und Spontaneität (unvorbereiteter) mündlicher Äußerungen⁹⁷⁵ liegt es auch nicht fern, dass der Erblasser seine Beweggründe für das Testament erwähnt und in einem Nebensatz zum Ausdruck bringt, wenn eine andere Person ihm vorgibt, auf diese Art und Weise zu testieren. Bei einem Videotestament muss der Erblasser aktiv mitwirken und der Betrachter kann ihm hinterher dabei zuschauen, sodass eine Störung der Testierfreiheit durch andere erheblich erschwert ist. Die Kamera ist mit einem anwesenden neutralen Dritten vergleichbar, der den Testierakt bezeugt. Ein Außenstehender könnte dem Testator hinter der Kamera allenfalls Schilder (oder Text auf einem Bildschirm oder einer Leinwand) mit dem von ihm zu sprechenden Text hochhalten, aber es ist doch sehr unwahrscheinlich, dass sich ein testierfähiger Erblasser darauf einlassen wird, wenn es sich nicht um seinen eigenen oder den von ihm gebilligten Text handelt. Unbemerkt eingreifen kann ein Außenstehender, abgesehen von Gesten im Hintergrund, nur, wenn er die Filmaufnahme unterbricht. Das Video muss aber – jedenfalls wenn es nicht mühsam hinterher bearbeitet werden soll, wovon dem Erblasser wegen des drohenden Fälschungseinwands dringend abzuraten ist⁹⁷⁶ – zusammenhängend aufgenommen

⁹⁷⁴ So erfüllt ein Videotestament auch sämtliche von *Christandl* (Selbstbestimmtes Testieren, S. 289 ff.) zum Schutz vor Fremdbestimmung aufgestellten Anforderungen an die Form.

⁹⁷⁵ Vgl. dazu *Papsdorf*, Internet und Gesellschaft, S. 122; *Schmitz*, in: Schmitz (Hrsg.), OBST 1995, S. 7 (28); *Stetter*, Schrift und Sprache, S. 287 ff.

⁹⁷⁶ Dazu oben 5. Kapitel B. VI. 1.

werden, um eine einheitliche Testiererklärung zu sein, und die Einflussmöglichkeiten währenddessen sind marginal. Die Erstellung eines handschriftlichen Testaments kann hingegen beliebig oft und lange unterbrochen werden, ohne dass der Aufzeichnungsvorgang und seine Umstände hinterher nachvollzogen werden können. Eine Einflussnahme bleibt daher meist unentdeckt. Hinzu kommt, dass der Erblasser ein Videotestament ohne fremde Hilfe erstellen und es somit vor anderen geheim halten kann.⁹⁷⁷ Dies gilt selbst dann, wenn der Testator aufgrund körperlicher Einschränkungen nicht mehr zur Niederschrift eines längeren handschriftlichen Textes in der Lage ist, weil er für die Videoaufnahme lediglich mit einem kurzen Tastendruck oder anderen Befehl den Aufnahmeprozess starten und beenden können muss. Bei einem Videotestament ist der Testator daher auch im gebrechlichen Zustand stark vor äußerer Beeinflussung im unmittelbaren Zusammenhang mit der Testamentserrichtung geschützt.

Insgesamt bietet ein Videotestament deshalb größere Gewähr für die Selbstbestimmtheit des Testaments als das derzeitige eigenhändige Testament. Ähnlich wie ein notarielles Testament ermöglicht es eine Kontrolle der Entschließungsbedingungen (prozedurale Abschlusskontrolle). Besonders erleichtert es zudem den späteren Beweis einer Einflussnahme, da es Anschauungsmaterial für den Zeitpunkt und die Umstände der Testamentserrichtung bietet. Wenn auch ein effektiver Schutz vor Freiheitsverlusten im Erbrecht, wo der Erblasser selbst nicht vor Gericht vortragen kann, schwieriger ist als bei lebzeitig geschlossenen Verträgen, kann das Videotestament wenigstens die nachträgliche richterliche Schutzgewähr verbessern.

8. Testierfähigkeit

Da die Testierfähigkeit des Erblassers nach seinem Tod schwer feststellbar ist,⁹⁷⁸ ist es hilfreich, wenn die Testierform die Beurteilung der Testierfähigkeit erleichtert. Beim handschriftlichen Testament lassen sich aus der Testamentsurkunde kaum Rückschlüsse auf den Geisteszustand des Erblassers ziehen, vor allem weil die Handschrift trotz Testierunfähigkeit unauffällig sein kann.⁹⁷⁹ Auch der Inhalt des Testaments ist kein sicheres Indiz für oder gegen Testier(un)fähigkeit, weil

⁹⁷⁷ Zur Anforderung der Vertraulichkeit an die Form, um einen wirksamen Schutz vor Fremdbestimmung zu gewähren, *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 289 und 291 f.

⁹⁷⁸ Siehe oben 3. Kapitel A. II. 2. a) dd) und 4. Kapitel B. I. 3.

⁹⁷⁹ Dazu schon oben 4. Kapitel B. I. 3.

auch „unvernünftige“ oder irrational erscheinende letztwillige Verfügungen Ausdruck der Testierfreiheit sind. Dies führt dazu, dass die Frage der Testierfähigkeit in unserer alternden Gesellschaft mit einer steigenden Anzahl an Demenzerkrankungen zu einem ernsthaften Problem geworden ist, das sich noch weiter zuspitzen dürfte. Das Videotestament könnte das Problem mildern, indem es eine zusätzliche Erkenntnisquelle zum Zustand des Testators im Zeitpunkt der Testamentserrichtung eröffnet.⁹⁸⁰ Der Betrachter hat den Erblasser bei der Testierung leibhaftig vor Augen und sieht, wie er spricht, wie er sich verhält, welche Bewegungen er macht und welchen Gesamteindruck er vermittelt; ob er orientiert wirkt und sich der Testiersituation bewusst ist oder ob seine Gedanken zusammenhanglos und sprunghaft sind. Wenn der Erblasser seine Motivation für die Testieranordnungen erläutert und diese auf einem nicht (mehr) zutreffenden Sachverhalt beruht, könnte sich zum Beispiel zeigen, dass der Testator in seiner Erinnerung an vergangene Zeiten gefangen ist und neue Eindrücke nicht mehr verarbeiten kann. Dabei entsteht das Bild vom Erblasser unmittelbar, ohne dass es durch subjektive Aussagen anderer Personen gefärbt ist. Man könnte den Erblasser so erleben, wie ihn auch der Notar beim öffentlichen Testament wahrnimmt und darauf seine Beobachtungen zur Testierfähigkeit stützt, nur dass die Situation durch das Video dauerhaft festgehalten wird und dadurch auch von ärztlichen Fachgutachtern bewertet werden kann. Natürlich entbindet dies nicht von einer umfassenden Prüfung der Testierfähigkeit des Erblassers unter Einbeziehung aller bekannten Umstände, Zeugenaussagen und ärztlicher Berichte. Das Videotestament kann jedoch ein wichtiges Puzzleteil für den fachärztlichen Gutachter sein und zu einem sichereren Urteil führen.

9. Inklusivität

Das Videotestament könnte einen entscheidenden Fortschritt für die Inklusivität des Testamentsrechts bedeuten. Während nach derzeitiger Rechtslage Schreib- und leseunfähige Personen kein privatschriftliches Testament errichten können,⁹⁸¹ könnten in einem Video sowohl leseunfähige – sei es aufgrund einer Sehbehinderung oder aufgrund von Analphabetismus – als auch Schreibunfähige

⁹⁸⁰ Auch Ponath, Beschränkungen der Testierfreiheit, Teil 3 Rn. 672 und Wingerter, Letztwillige Verfügung, S. 146 sehen den Vorteil, dass die Testierfähigkeit bei einem Videotestament leichter einzuschätzen wäre.

⁹⁸¹ Siehe schon oben 3. Kapitel B. I.

Menschen ihren letzten Willen erklären.⁹⁸² Die mündliche Erklärung vor der Kamera erfordert keine besonderen motorischen Fähigkeiten und steht auch Menschen mit Schreibbehinderungen offen. Auch Schreib- und gleichzeitig sprechunfähige Personen könnten durch den Einsatz von Gebärdensprache erstmals ein Privattestament errichten. Aufgrund der Möglichkeit von Gebärdensprache würde ein Videotestament auch keine Personengruppen, etwa Sprech- oder Hörbehinderte, von der privaten Testierung ausschließen. Darüber hinaus würde das Videotestament älteren Testatoren weiterhin die Wahl zwischen dem öffentlichen Testament und dem Privattestament lassen und sie würden nicht durch eine Sonderregelung stigmatisiert werden, die ihre unterschiedliche körperliche oder geistige Konstitution in den Vordergrund stellt.⁹⁸³ Anstatt einer „exklusiven“ Lösung würde ein Videotestament ein inklusives Testamentsrecht schaffen – sowohl für Hochbetagte als auch für Schreib- und Leseunfähige.

10. Praktikabilität und Zeitgemäßheit

Mit dem Videotestament könnte eine zeitgemäße und praktikable Testierform für künftige Erblassergenerationen geschaffen werden. So wie das handschriftliche Testament bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches in seiner Form der damaligen Alltagskommunikation, dem handgeschriebenen Brief, entsprach, würde das Videotestament die heutige digitale Alltagskommunikation abbilden. Wenn von Hippel im Jahr 1935 das notwendige Festhalten an der Eigenhändigkeit unter anderem damit begründete, dass die Bevölkerung „bei der Neuheit maschineller Hilfsmittel“ noch an die eigenhändige Abfassung von Testamenten gewöhnt sei,⁹⁸⁴ ist die völlige Entwöhnung vom eigenhändigen Schreiben und die Gewöhnung an digitale Medien heutzutage gerade ein Grund gegen das eigenhändige Testament und für das Videotestament.⁹⁸⁵ In deutschen Haushalten ist schon heute beinahe eine Vollausstattung mit Smartphones erreicht.⁹⁸⁶ Hinzu kommen Computer, Laptops, Video- und Digitalkameras und weitere Geräte, die zur Aufnahme von Videofilmen fähig sind. Damit dürfte jeder Bürger Zugriff auf

⁹⁸² Ebenso Wingerter, Letztwillige Verfügung, S. 147.

⁹⁸³ Dies würde auch der Forderung Kroppenbergs, NJW 2010, 2609 (2612) entgegenkommen, aus systematischen Gründen am eigenhändigen beziehungsweise privaten Testament „als ordentlicher Verfügungsform von Todes wegen für den Erblasser festzuhalten, dessen Testierfähigkeit nicht in Frage steht“.

⁹⁸⁴ v. Hippel, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 187.

⁹⁸⁵ Vgl. die Argumentation bei Görgens, JR 1979, 357 (360).

⁹⁸⁶ Siehe oben 3. Kapitel A. I. 1.

ein Elektronikgerät haben, mit dem er ein Videotestament aufnehmen könnte.⁹⁸⁷ Auch die Verbreitung und Weiterentwicklung von Sprachnachrichten und Sprachsteuerungsprogrammen (dies betrifft weite Bereiche des Alltags- und Berufslebens, zum Beispiel Sprachmitteilungen per Smartphone oder die Bedienung von Haushaltsgeräten oder Automobilen) spricht für eine mündliche Testierform, wie sie das Videotestament ermöglicht. Sollten einzelne Sätze des Erblassers nicht zu verstehen sein, zum Beispiel durch Nuscheln oder starken Dialekt, liegt der Fall nicht anders als bei einem unlesbaren schriftlichen Testament.⁹⁸⁸ Besonders wenn das Testament viele Seiten umfasst, ist die handschriftliche Errichtung mühsam und das einmal zu Papier Gebrachte kann schwer noch einmal umgestellt oder korrigiert werden. Diese Erschwerung des Testierakts dürfte vielen Menschen und künftigen Erblassergenerationen immer weniger einleuchten. Wenn die eigenhändige Form in der Bevölkerung aber in ihrer Bedeutung und Begründung nicht verstanden und akzeptiert wird, wird sie möglicherweise auch weniger beachtet⁹⁸⁹ und verliert damit ihre Funktion als Testiermöglichkeit für jedermann. Während ein Videotestament mit der mündlichen Ausdrucksform die Gestaltungsmöglichkeiten gegenüber dem holographischen Testament erweitert, schränkt die Form niemanden ein, weil Menschen, die die Schriftlichkeit bevorzugen, weiterhin einen schriftlichen Text verfassen und diesen vor der Kamera vorlesen könnten.

Das Videotestament würde dem Rechtsempfinden vieler Menschen entsprechen. Dies zeigt sich etwa daran, dass etliche Internetseiten und Forenbeiträge⁹⁹⁰

⁹⁸⁷ 85,5 Prozent der Nutzer haben ihr Smartphone sogar stets griffbereit, wie die Studie „Smartphone- und IoT-Verbrauchertrends 2017“ von B2X in Kooperation mit der Ludwig-Maximilians-Universität München ergab, siehe S. 5 der Executive Summary, abrufbar unter: <https://www.b2x.com/de/node/586> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) und die Pressemitteilung vom 18.05.2017, abrufbar unter:

<https://www.b2x.com/de/smartphone-sucht-w%C3%A4chst-25-der-millennial-generation-verbringen-mehr-als-5-stunden-t%C3%A4glich-am> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Zur ständigen Verfügbarkeit von Smartphones auch *Dürscheid/Frick*, Schreiben digital, S. 108.

⁹⁸⁸ Unlesbare Testamente sind nichtig (dazu oben Fn. 843), allerdings genügt die Lesbarkeit durch Schriftsachverständige (*Baumann*, in: Staudinger, BGB, § 2247 Rn. 49 m.w.N.; *Lange*, Erbrecht, § 14 Rn. 20). Entsprechend könnten auch bei einem Videotestament Sachverständige zum Verständnis des Gesprochenen herangezogen werden.

⁹⁸⁹ Vgl. *Burkart*, in: FS v. Lütow, S. 253 (254).

⁹⁹⁰ Siehe beispielsweise die Meldung der Hamburgischen Notarkammer vom 11.06.2014 unter: <http://www.presseportal.de/pm/107955/2759120> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017), ferner <http://www.finanzzfrage.net/frage/ist-ein-muendliches-testament-auf-video-mit-unterschrift-auf-der-video-kassette-eigentlich-gueltig-answers> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017) oder <http://www.recht.de/phpbb/viewtopic.php?t=181346>, http://www.123recht.net/Video-als-Testament-moeglich-__f491006.html (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

sich diesem Thema widmen und die Frage der etwaigen Wirksamkeit eines Videotestaments behandeln. Es haben sich schon kommerzielle Anbieter etabliert, die die Aufnahme eines „Videotestaments“ als letzte persönliche Botschaft an die Erben zur Ergänzung des eigentlichen, rechtswirksamen Testaments anbieten. Ob eine solche Kommerzialisierung des Testierakts rechtspolitisch wünschenswert ist, ist fraglich,⁹⁹¹ es zeigt aber, dass das Videotestament jedenfalls Bedürfnissen entspricht.⁹⁹² Dies allein ist zwar keine Begründung dafür, dass der Gesetzgeber tätig werden sollte, allerdings sollten die Testierformen auch nicht so stark veralten, dass sie Menschen von der Testierung abhalten oder viele unwirksame Testamente nach sich ziehen. Im Testamentsrecht ist es wegen der fehlenden postmortalen Heilungsmöglichkeit von Formfehlern besonders wichtig, dass die Formvorschriften leicht zu erfüllen sind und gesellschaftlich so weit akzeptiert werden, dass von ihnen Gebrauch gemacht wird. Bedenkt man, dass es im Testamentsrecht im Interesse der Testierfreiheit darauf ankommt, möglichst jedem erkennbar geäußerten letzten Willen Geltung zu verschaffen, hat der Gesichtspunkt erleichterter Testamentserrichtung einen hohen Stellenwert,⁹⁹³ auch wenn auf der anderen Seite die Bedachtheit gewährleistet sein muss.

Selbst wenn man einwenden mag, dass eine Videoform vielen älteren Menschen heutzutage nicht zugänglich ist, spricht dies nicht gegen die Einführung eines Videotestaments. Auch über 60-Jährige nutzen das Internet bereits mehrheitlich⁹⁹⁴ und besitzen Smartphones und andere Geräte, die zur Videoaufnahme fähig sind.⁹⁹⁵ Sowohl durch das „Nachrücken“ der Digital Natives als auch durch die steigende allgemeine Verbreitung internetfähiger Geräte werden auch ältere

⁹⁹¹ Keine Bedenken insoweit scheint *Wingarter*, Letztwillige Verfügung, S. 146 zu haben, da er explizit auf die mögliche Beauftragung eines professionellen Dienstleisters zur Errichtung eines Videotestaments hinweist, wenn der Erblasser selbst nicht über die nötigen technischen Hilfsmittel verfügt.

⁹⁹² Hierfür spricht auch die in der modernen Mediengesellschaft generell zu beobachtende Visualisierungstendenz, dazu näher *Boehme-Neßler*, Unschärfe Recht, S. 226 ff. Zur Visualisierung im Recht ebenda, S. 287 ff.; vgl. auch *Hilgendorf*, in: FS Weitzel, S. 747 (752). Zur deutlich ansteigenden Videonutzung *Kupferschmitt*, Media Perspektiven 2016, 448 ff.

⁹⁹³ *Görgens*, JR 1979, 357 (360).

⁹⁹⁴ Dazu oben 3. Kapitel A. I. 1.

⁹⁹⁵ Siehe zum Beispiel die Presseinformation vom 06.05.2016 zur Bitkom-Befragung von Smartphone-Nutzern, wonach 28 Prozent der über 65-Jährigen ein internetfähiges Mobiltelefon nutzen und die Verwendung der Kamera für Foto- oder Videoaufnahmen bei ihnen 35 Prozent der gesamten Smartphone-Nutzung ausmacht, abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Smartphones-sind-fuer-viele-Senioren-unverzichtbar.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

Menschen immer vertrauter mit dem Einsatz moderner Medien.⁹⁹⁶ Das Problem der fehlenden Zugänglichkeit wird sich stetig verringern, und für die heutigen Hochbetagten kann die vorübergehende Beibehaltung des eigenhändigen Testaments Abhilfe schaffen.⁹⁹⁷ Ferner können sie Hilfe von Vertrauenspersonen in Anspruch nehmen, wenn es ihnen nicht vorrangig um die völlige Geheimhaltung des Testaments geht. (Hoch-)betagten Menschen, die körperlich nicht mehr imstande sind, einen handschriftlichen Text niederzuschreiben, würde ein Videotestament das private Testieren gerade erst zugänglich machen.

11. Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung

Langfristig sollte das eigenhändige Testament durch eine neue Testierform – das Videotestament – ersetzt werden.⁹⁹⁸ Das eigenhändige Testament sollte aber nicht sofort mit Einführung des neuen Videotestaments als mögliche Testierform wegfallen; auch Ausnahmen für Altfälle würden nicht ausreichen. Übergangsweise sollten vielmehr beide privaten Testierformen nebeneinander bestehen, damit sich die Bevölkerung an die Neuerungen gewöhnen und sich mit der Videotestierform vertraut machen kann. Da unwirksame Testamente nach dem Tod des Erblassers nicht mehr geheilt werden können, müssen Änderungen im Testamentsrecht besonders behutsam vorgenommen werden.⁹⁹⁹ Ferner dürfte es den heutigen älteren Erblassern zum großen Teil leichter fallen, ein handschriftliches Testament zu errichten, als sich für die Testierung mit einer für sie neuartigen Videotechnik

⁹⁹⁶ Beispielsweise nutzen viele betagte Menschen die in Deutschland seit April 2017 als reguläre Leistung der gesetzlichen Krankenkasse angebotene Videosprechstunde, bei der die Patienten telemedizinisch behandelt werden: Nach einem Bericht der *ZEIT* vom 24.05.2017, S. 33 sind knapp 50 Prozent der Klienten des Online-Dienstes MD Medicus über 70 Jahre alt.

⁹⁹⁷ Dazu sogleich 5. Kapitel B. VI. 11.

⁹⁹⁸ Die Ersetzung des eigenhändigen Testaments durch das Videotestament könnte verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen. Eine eindeutige verfassungsrechtliche Grenze wäre indes nur dann gezogen, wenn zur Institutsgarantie des Erbrechts in Art. 14 Abs. 1 GG zwingend die derzeitige Form des eigenhändigen, privatschriftlichen Testaments gehören würde. Zwar wird vertreten, dass in der Abschaffung des eigenhändigen Testaments ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Testierfreiheit läge, da dies eine unzumutbare Erschwerung des Testierens bedeuten würde (siehe *Otte*, in: Staudinger, BGB, Einl zum ErbR Rn. 73a). Jedoch würde mit der Einführung des Videotestaments anders als bei der ersatzlosen Abschaffung des eigenhändigen Testaments die Möglichkeit des privaten Testierens erhalten bleiben und keine notarielle Beurkundungspflicht entstehen. Das Videotestament würde – gerade angesichts der beschriebenen Verdrängung der Handschrift aus dem Alltagsleben und der fortschreitenden Digitalisierung – nicht zu einer unzumutbaren Erschwerung des Testierens führen. Vielmehr würde sich der Gesetzgeber damit im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der Formvorschriften im Testamentsrecht bewegen (dazu oben 2. Kapitel A. IV).

⁹⁹⁹ Siehe schon oben 5. Kapitel A. III.

vertraut zu machen. Das Videotestament könnte daher zunächst als zusätzliche private Testierform eingeführt werden und das eigenhändige Testament später vollständig ablösen.

Der neue § 2247 BGB oder ein ergänzender § 2247a BGB könnten wie folgt lauten¹⁰⁰⁰:

§ 2247a Videotestament

(1) ¹Der Erblasser kann ein Testament durch eine audiovisuell aufgezeichnete persönliche Erklärung errichten. ²Die Aufzeichnung soll ohne Unterbrechung erfolgen und nachträglich nicht bearbeitet werden, wobei Änderungen des Dateinamens unschädlich sind. ³Wird die Aufzeichnung unterbrochen oder nachträglich bearbeitet und ergeben sich hieraus Zweifel an der Echtheit der Erklärung, ist das Testament nur gültig, wenn sich die Echtheit anderweitig feststellen lässt.

(2) ¹Der Erblasser soll in der Erklärung seinen Vornamen und den Familiennamen angeben. ²Fehlen diese Angaben, ist das Testament dennoch gültig, wenn sich die Identität des Erblassers anderweitig feststellen lässt.

(3) ¹In der Erklärung sollen der Ort und das Datum (Tag, Monat und Jahr) der Erklärung angegeben werden. ²Fehlen diese Angaben ganz oder teilweise und ergeben sich hieraus Zweifel an der Gültigkeit, ist das Testament nur dann als gültig anzusehen, wenn sich die notwendigen Feststellungen anderweitig treffen lassen.

(4) ¹Das Ende der Erklärung soll kenntlich gemacht werden. ²Andernfalls ist das Testament bei Zweifeln an der Endgültigkeit oder Echtheit der Erklärung nur gültig, wenn sich diese anderweitig feststellen lassen.

(5) Wer minderjährig ist, kann ein audiovisuelles Testament nicht errichten.

¹⁰⁰⁰ Zusätzlich wären weitere Gesetzesanpassungen erforderlich, etwa bei der Widerrufsmöglichkeit nach § 2255 BGB, wo die Variante der Löschung oder Veränderung der Videodatei zu ergänzen wäre, oder bei den Regelungen des FamFG zur Verwahrung und Eröffnung von Testamenten und zum Erbscheinsverfahren. Hierbei handelt es sich aber um rein verfahrensrechtliche (Folge-)Änderungen, die erst die nähere Umsetzung des Videotestaments betreffen, nicht aber die Testamentserrichtung an sich. In der vorliegenden Arbeit soll es allein um die vorrangig zu klärende Frage der Einführung einer audiovisuellen Testierform gehen.

12. Zusammenführungen

Das Videotestament vereint viele Vorteile in sich und könnte das Testamentsrecht modernisieren und an die heutigen Gegebenheiten anpassen. Anders als die bisherigen Vorschläge eines Testaments auf Schallplatte¹⁰⁰¹, Tonband¹⁰⁰² oder Schreibmaschine¹⁰⁰³ könnte einem Testament in Videoform langfristige Bedeutung zukommen. Dies liegt zum einen daran, dass es inhaltlich Bild- und Tonelemente miteinander verbindet und damit um eine zusätzliche Sinnesebene erweitert wird. Zum anderen liegt dies in technischer Hinsicht daran, dass ein audiovisuelles Testament mit den verschiedensten Geräten erstellt werden kann und nicht an ein einziges, bestimmtes Trägermaterial gebunden ist, das bald von einer neueren Technik überholt wird.

Das Videotestament kann sowohl die mit der Alterung der Testatoren verbundenen Probleme fehlender Selbstbestimmtheit der Erklärung abmildern als auch den beim eigenhändigen Testament schwindenden Nachweis der Echtheit sichern. Gegenüber dem eigenhändigen Testament ist es ein Fortschritt. Die Fälschungssicherheit ist in einem höheren Maß gewährleistet als bei einem handschriftlichen Text und die Bedachtheit der Erklärung wird ebenfalls sichergestellt. Das Videotestament schafft einen angemessenen Ausgleich zwischen den entgegengesetzten Interessen der Sicherung der Warn- und Überlegungsfunktion und der Ermöglichung einer einfachen und alltagstauglichen Testamentserrichtung. Es entspricht dem Ziel, „einfach zu handhabende Formen zu finden, die uns den (für beachtlich erklärten) letzten Willen des Erblassers eindeutig, unverfälscht und schnell übermitteln“¹⁰⁰⁴. Dabei kann die Gefahr formunwirksamer Testamente verringert werden: Anders als nach derzeitiger Rechtslage bestünde die Problematik einer fehlenden oder falsch platzierten Unterschrift nicht mehr, und auch maschinenschriftliche Textteile entfielen als häufiger Unwirksamkeitsgrund. Weitere Gründe, die das Videotestament nahelegen, sind die bessere Überprüfungsmöglichkeit der Testierfähigkeit des Testators und die vollständige Inklusion behinderter (testierfähiger) Erblasser. Auch Menschen, die aufgrund ihres Gesundheitszustands nicht in der Lage sind, einen handschriftlichen Text niederzuschreiben, wie etwa Bettlägerige oder Menschen mit einer gebrochenen Hand,

¹⁰⁰¹ Dazu *Görgens*, JR 1979, 357 (359); *ders.*, Bindung des Richters, S. 124 ff.

¹⁰⁰² Dazu *Görgens*, JR 1979, 357 (359); *ders.*, Bindung des Richters, S. 124 ff.; *Grundmann*, AcP 187 (1987), S. 429 (475 f.).

¹⁰⁰³ Dazu *Görgens*, JR 1979, 357 (359 ff.); *ders.*, Bindung des Richters, S. 126 ff.

¹⁰⁰⁴ v. *Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, S. 168.

könnten mit einem Videotestament ein Privattestament errichten. Es spielt keine Rolle, ob das Video am Krankenbett oder in liegender Position aufgenommen wird. Gerade für hochbetagte Testatoren, die nur körperlich, aber nicht geistig eingeschränkt sind, ist dies ein großer Gewinn.

Denkt man an die heutige ältere Bevölkerung, mag ein Videotestament noch wie weit entfernte „Zukunftsmusik“ klingen, aber schon ein Blick auf die jüngere Generation zeigt, wie sehr der Alltag bereits von der digitalen Technik bestimmt wird und wie stark sich die Mediensozialisation verändert hat. Die seit den 1990er Jahren geborenen Generationen sind mit der Digitalisierung aufgewachsen und verwenden die neue Technik mit großer Selbstverständlichkeit in allen Lebenslagen. Ebenso gewöhnen sich auch die älteren Generationen durch die weite Verbreitung elektronischer Kommunikationsmittel sowohl im Berufs- als auch im Privatleben immer stärker an die neuen Medien,¹⁰⁰⁵ sodass auch sie das Videotestament in der Zukunft für eine geeignete und vorteilhafte Testierform halten dürften. Auch in anderen Rechtsbereichen dürften elektronische Formen (weiter) zunehmen,¹⁰⁰⁶ wobei eine gewisse Sonderrolle und Spezialform des Privattestaments ohnehin erwünscht ist.¹⁰⁰⁷

Das Videotestament verbindet die Vorteile eines Computertestaments (Zeitgemäßheit, Schnelligkeit, Leichtigkeit) mit denen eines eigenhändigen Testaments (Echtheitsnachweis, Bedachtheitssicherung, Höchstpersönlichkeit), ohne deren Nachteile zu übernehmen. Es ähnelt durch seine Aufzeichnung des Testierakts einem Testament vor Zeugen, das in vielen europäischen Ländern als bewährte Testamentsform existiert,¹⁰⁰⁸ nur mit dem wichtigen Unterschied, dass der Zeuge – die Kamera – uninteressiert und auch viele Jahre später noch verlässlich ist. Somit erübrigen sich die üblicherweise gegen eine mündliche Testierung vorgebrachten Einwände der Flüchtigkeit des Wortes und der fehlenden Verlässlichkeit der Zeugen.¹⁰⁰⁹ Es bietet eine zukunftsfähige, zweckmäßige und gerechte Testier-

¹⁰⁰⁵ Zur Mediensozialisation in allen Altersstufen siehe *Vollbrecht/Wegener*, HB Mediensozialisation, passim.

¹⁰⁰⁶ Siehe schon heute die starke Verbreitung von Fernabsatzverträgen i.S.d. § 312c BGB, die auf elektronischem Wege geschlossen werden, oder § 126a BGB zur elektronischen Form als Ersatz für die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form.

¹⁰⁰⁷ Dazu oben 2. Kapitel A. III.

¹⁰⁰⁸ Siehe oben Fn. 877.

¹⁰⁰⁹ Siehe etwa *Motive V*, S. 258 = *Mugdan V*, S. 136. Zum Zeugentestament auch schon oben 5. Kapitel B. II.

möglichkeit für jedermann, während gleichzeitig die Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit der Testierformen gewahrt bleiben. Unabhängig davon, wie man die Möglichkeit eines privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments durch Ehegatten beurteilt,¹⁰¹⁰ wäre das Videotestament auch als gemeinschaftliches Testament gestaltbar, bei welchem viele seiner Vorzüge auch für den mit im Bild erscheinenden Ehegatten gelten würden, der durch bloße Namensangabe am Testamentsende mittestieren kann.

Wegweisend könnte das Schweizer Recht sein. Der schweizerische Bundesrat hat kürzlich Vorschläge für eine Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) zur Modernisierung des Erbrechts in die Vernehmlassung geschickt,¹⁰¹¹ welche dort positiv aufgenommen wurden.¹⁰¹² Danach ist unter anderem vorgesehen, dass in Situationen einer unmittelbaren Todesgefahr ein Nottestament auch per Video aufgezeichnet werden können soll, zum Beispiel mit dem Smartphone oder einem anderen elektronischen Gerät.¹⁰¹³ Art. 506 Abs. 1 ZGB soll lauten: „Ist der Erblasser infolge ausserordentlicher Umstände wie nahe Todesgefahr, Verkehrssperre, Epidemien oder Kriegsereignisse verhindert, sich einer der andern Errichtungsformen zu bedienen, so kann er eine mündliche oder audiovisuelle letztwillige Verfügung errichten.“ In Absatz 3 soll es weiter heißen: „Bei der audiovisuellen Verfügung muss der Erblasser selbst auf der Aufzeichnung erscheinen, seinen Namen angeben, den ausserordentlichen Umstand erläutern, nach Möglichkeit das Datum nennen und seinen letzten Willen erklären.“ Dieser Schritt wird damit begründet, dass die audiovisuelle Verfügung technisch einen überzeugenden Beweis schaffen könne, und dass fast jeder heutzutage ein Gerät

¹⁰¹⁰ Kritisch *Röthel*, Gutachten A zum 68. DJT 2010, A 71. Siehe auch den ablehnenden Beschluss des 68. Deutschen Juristentages, bei dem die Mehrheit für eine strengere Form (öffentliche Errichtung) stimmte (Verhandlungen des 68. DJT 2010, Band II/1, L 151 I.4.). Siehe auch *Kanzleiter*, ZEV 2011, 1 ff.

¹⁰¹¹ Medienmitteilung des Bundesrates vom 04.03.2016, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-041.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹⁰¹² Zu den Ergebnissen der Vernehmlassung siehe die Medienmitteilung des Bundesrates vom 10.05.2017, abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2017/2017-05-10.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Der ausführliche Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens ist abrufbar unter: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht/ve-ber-d.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017).

¹⁰¹³ Die Erläuterungen und genauen Formulierungsvorschläge finden sich im „Vorentwurf und erläuternden Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)“, S. 57 ff. sowie im „Vorentwurf“, S. 4 f., beides abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-03-041.html> (zuletzt abgerufen am 10.09.2017). Das Vernehmlassungsergebnis zum Vorschlag des audiovisuellen Nottestaments findet sich auf den S. 63-66 des Berichts (Fn. 1012).

bei sich trage, mit dem Videos aufgezeichnet werden könnten, sodass die Verfügungsform für eine Person in Todesgefahr, die weder auf Zeugen noch auf Schreibzeug zurückgreifen könne, besonders geeignet sei.¹⁰¹⁴ Auch wenn die Videotestierung in der Schweiz nur als außerordentliche Testierform geplant ist,¹⁰¹⁵ ist dies ein Zeichen für die veränderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die es auch im Erbrecht zu berücksichtigen gilt. Der deutsche Gesetzgeber sollte noch einen Schritt weiter gehen und vor dem Hintergrund der beschriebenen Vorteile das Videotestament als ordentliche Testierform einführen.

¹⁰¹⁴ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) (siehe Fn. 1013), S. 57 f. Zuvor schon *Breitschmid*, *not@lex/successio*, édition spéciale/Sonderheft 2014, 7 (20 f.).

¹⁰¹⁵ Nach Art. 508 ZGB soll die Verfügung „14 Tage nachdem sich der Erblasser einer andern Verfügungsform bedienen kann, nichtig“ werden.

Zusammenfassung und Ausblick

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung sollen in Thesenform zusammengefasst werden. Die Arbeit wird mit einem kurzen Ausblick schließen.

A. Zusammenfassung in Thesen

1. Aufgrund der Digitalisierung und des veränderten Kommunikationsverhaltens wird der Gebrauch der Handschrift marginalisiert. In der Schule wird zunehmend nur noch eine einheitliche, an graphischen Besonderheiten arme Druckschrift gelehrt. Im Alltag wird die Handschrift kaum noch angewandt, sodass die Menschen keine individuelle Schrift mehr ausprägen und es immer häufiger an geeigneten Schriftproben mangelt. Dies führt dazu, dass der Nachweis der Echtheit eines holographischen Testaments anhand der eigenhändigen Schrift langfristig nicht mehr möglich sein wird.¹⁰¹⁶ Gleichzeitig wird durch die Unüblichkeit der Handschrift im Alltag die Warn- und Bedachtheitsfunktion gestärkt.¹⁰¹⁷ Dies kann aber den Verlust der Echtheitsfunktion nicht kompensieren.¹⁰¹⁸

2. Der demographische Wandel führt dazu, dass die Testatoren immer älter und dabei – bedingt durch Pflegebedürftigkeit und Alterseinsamkeit – anfälliger für äußere Beeinflussung werden. So zustande kommende Testamente führen eine Erbfolge herbei, die nicht durch eine verantwortete, intentionale Entscheidung des Erblassers legitimiert ist.¹⁰¹⁹ Ferner steht immer häufiger die Testierfähigkeit infrage, welche besonders bei Demenzerkrankungen fehlen kann, die im hohen Alter verstärkt auftreten.¹⁰²⁰ Die Warn- und Bedachtheitsfunktion der Form erlangt einen höheren Stellenwert und das Ziel, verantwortliches Testieren zu begünstigen, sollte stärker gefördert werden.¹⁰²¹

¹⁰¹⁶ 3. Kapitel A. I.

¹⁰¹⁷ 3. Kapitel A. I. 2. b).

¹⁰¹⁸ 4. Kapitel B. III. b).

¹⁰¹⁹ 3. Kapitel A. II.

¹⁰²⁰ 3. Kapitel A. II. 2. a).

¹⁰²¹ 3. Kapitel A. II. 2. c) und 4. Kapitel B. I.

3. Das sich durchsetzende materialisierte Verständnis von Privatautonomie lässt sich auch für die Testierfreiheit weiterentwickeln, wodurch die Erwartungen an Selbstbestimmtheit im Testamentsrecht steigen. Es ist sinnvoll, wenn die Testierform die tatsächliche Selbstbestimmtheit letztwilliger Verfügungen fördert und äußere Beeinflussung erschwert.¹⁰²² Die Form des § 2247 BGB kann diese Erwartungen nicht erfüllen.¹⁰²³

4. In der Rechtsprechung spiegeln sich die Veränderungen der Formzwecke noch nicht wider. Gleichwohl zeigt sich, dass neben der Echtheitssicherung auch die Bedachtheitssicherung ein zentrales Anliegen der Testierform ist. Ferner wird deutlich, dass der posthume Nachweis der Testierfähigkeit in vielen Fällen mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden ist.¹⁰²⁴

5. Das eigenhändige Testament nach § 2247 BGB sollte langfristig durch eine neue Testierform ersetzt werden. Hierfür bietet sich das Videotestament als zukunfts- und praxistaugliche neue Testierform an.¹⁰²⁵ Das Videotestament trägt dem stärkeren Gewicht der Intentionalitätsgewähr Rechnung, indem es bewusste und bedachte Entscheidungen begünstigt und eine äußere Beeinflussung erschwert. Zugleich ist es in hohem Maße fälschungsresistent und damit zur Authentizitätssicherung geeignet. Es erleichtert die Beurteilung der Testierfähigkeit des Erblassers und fördert ein inklusives Testamentsrecht.

B. Ausblick

So ruhig es in den letzten Jahren um das eigenhändige Testament geworden ist,¹⁰²⁶ so wenig dürfte dies in Zukunft so bleiben. Wenn sich die beschriebenen Entwicklungen vermehrt vor Gericht niederschlagen werden, dürften sich die Zweifel an der holographischen Form mehren. An dieser Stelle soll noch einmal die Schlussfolgerung von *Reid, de Waal* und *Zimmermann* aufgegriffen werden: „Schnelle Veränderungen in der Welt haben die Rolle des holographischen Testaments verändert und stellen langfristig seine Funktionsfähigkeit infrage. [...] Das eigenhändige Testament wird sich anpassen oder ersetzt werden müssen.

¹⁰²² 3. Kapitel B. III und 4. Kapitel B. I. 2.

¹⁰²³ 4. Kapitel B. I. 2 und B. III. c).

¹⁰²⁴ 4. Kapitel B. II.

¹⁰²⁵ 5. Kapitel B. VI.

¹⁰²⁶ Vgl. *Röthel*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Das holographische Testament*, S. 33 (35).

Seine ruhige Vergangenheit zeichnet eine ungewisse Zukunft vor.“¹⁰²⁷ Mit dem Vorschlag eines audiovisuellen Testaments steht hierfür eine geeignete Form bereit, die das Potenzial hat, genauso erfolgreich und genauso breit von der Bevölkerung akzeptiert zu werden, wie es das holographische Testament in den letzten hundert Jahren gewesen ist. Vor der Diskussion über die Zukunft des Privattestaments in Deutschland sollte daher niemand zurückschrecken.

¹⁰²⁷ Übersetzung durch Verfasserin von *Reid/de Waal/Zimmermann*, in: *Reid/de Waal/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Succession Law I*, S. 432 (443 f.): „But rapid changes in the world about it [the holograph will] have altered its role and may eventually call into question its usefulness. [...] [T]he holograph will may have [...] to adapt or be replaced. Its tranquil past presages an uncertain future.“ Vgl. auch *Baumann*, in: *Staudinger, BGB*, § 2247 Rn. 35.