

Christoph Ponto

Lossagungsrechte von Verfügungen
von Todes wegen insbesondere nach
dem Eintritt der Testierunfähigkeit

Universitätsverlag Göttingen

Christoph Ponto

Lossagungsrechte von Verfügungen von Todes wegen insbesondere
nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons](#)
[Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen](#)
[4.0 International Lizenz.](#)



erschienen im Universitätsverlag Göttingen 2023

Christoph Ponto

Lossagungsrechte von
Verfügungen von Todes
wegen insbesondere nach
dem Eintritt der
Testierunfähigkeit

Eine Untersuchung des Testierens
und Lossagens von Verfügungen
von Todes wegen unter besonderer
Berücksichtigung der Empirie in
den Rechtswissenschaften

Universitätsverlag Göttingen
2023

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen

Dieses Werk ist auch als freie Onlineversion über die Verlagswebsite sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<https://www.sub.uni-goettingen.de>) zugänglich. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Christoph Ponto
Umschlaggestaltung: Hannah Böhlke



© 2023 Universitätsverlag Göttingen, Göttingen
<https://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-570-0
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2023-2229>

Meiner Familie

Danksagung

Sehr herzlich danke ich meiner Doktormutter, Frau *Prof. Dr. Inge Hanewinkel*, für die fortwährende Unterstützung, die gewährte, gestalterische Freiheit und das entgegengebrachte Vertrauen. Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp* danke ich vor allem für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein großer Dank gebührt ferner den zahlreichen, ehrenamtlichen Unterstützern, den Vereinen, Verbänden und Institutionen, die dieses Projekt so engagiert begleitet und gefördert haben.

Überdies danke ich meiner Familie und meinen Freunden für die inhaltliche und die mentale Unterstützung, die mir während des Projektes viel Kraft gegeben hat.

Ich danke *Katbarina Ponto*, *Christoph Pabl*, *Alexander Fröblich*, *Julian Klaas*, *Oliver Ponto* und *Matthias Lorenz* dafür, dass sie mich mit ihren Anregungen und ihrer Kritik zu jeder Zeit unterstützt haben und immer ein offenes Ohr für mich, meine Vorstellungen und meine Einfälle hatten.

In besonderer Weise gilt mein Dank meinem Vater *Karl-Heinz Ponto* dafür, dass er mir den Mut und die Stärke beibrachte, auch in schwierigen Zeiten niemals aufzugeben und immer weiter zu kämpfen, sowie meiner Mutter *Susanne Ponto*, dafür, dass ich ihr zum Dank so Vieles mit der notwendigen Leidenschaft und der nötigen Gelassenheit angehen kann.

Den größten Dank widme ich meiner Frau *Katharina* und unseren Söhnen *Paul* und *Johann*. Sie schenkten meinen Ideen und meinen Gedanken den Raum und die Zeit, sich zu entfalten. Sie stifteten mir die Ruhe, die Kraft und die Atmosphäre, die ich für dieses Projekt benötigte. Sie gaben mir Glaube, Liebe, Hoffnung. Ohne sie wäre dieses Projekt undenkbar gewesen.

Goslar, im Mai 2023

Christoph Ponto

Inhaltsverzeichnis

1 PROBLEMAUFRISS UND ZIELE DIESER AUSARBEITUNG	1
1.1 Herausforderungen geltenden Rechts	2
1.2 Inhaltliche und methodische Darstellung des Vorhabens....	8
<i>1.2.1 Darstellung des dogmatisch-normativen Inhalts</i>	<i>9</i>
<i>1.2.2 Darstellung des empirischen Konzepts</i>	<i>12</i>
1.3 Übergeordnete Forschungsfragen und Ziele der Untersuchung.....	13
<i>1.3.1 Dogmatische Forschungsfragen</i>	<i>15</i>
<i>1.3.2 Empirische Forschungsfragen</i>	<i>17</i>
2 NORMATIVE ANNÄHERUNG AN DAS FORSCHUNGSFELD	19
2.1 Regelungen de lege lata und Sachstand der Literatur	20
<i>2.1.1 Testierfreiheit.....</i>	<i>20</i>
2.1.1.1 Grundlagen der Selbstbestimmung im Recht.....	20
2.1.1.2 Historische Herleitung der Testierfreiheit.....	22

2.1.1.3	Die Verfassung als Garant für Würde, Freiheit und Eigentum	34
2.1.1.4	Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie	37
2.1.1.5	Grenzen der Testierfreiheit.....	40
2.1.1.6	Begriff und Definition der Testierfreiheit.....	48
2.1.2	<i>Ausprägungen der Testierfreiheit</i>	48
2.1.2.1	Testierwille.....	49
2.1.2.2	Testierfähigkeit.....	50
2.1.2.2.1	Historische Herleitung	50
2.1.2.2.2	Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit	51
2.1.2.2.3	Problem der Testierunfähigkeit	53
2.1.2.2.4	Begrifflichkeit und Definition.....	56
2.1.2.3	Höchstpersönlichkeit.....	59
2.1.3	<i>Das Einzeltestament</i>	62
2.1.3.1	Der Widerruf.....	66
2.1.3.1.1	Testierfähiger Erblasser.....	66
2.1.3.1.1.1	Widerrufstestament.....	67
2.1.3.1.1.2	Änderungstestament	68
2.1.3.1.1.3	Vernichtung oder Veränderung.....	70
2.1.3.1.1.4	Rücknahme	72
2.1.3.1.1.5	Zusammenfassung.....	74
2.1.3.1.2	Testierunfähiger Erblasser.....	77
2.1.3.1.2.1	Widerrufstestament.....	81
2.1.3.1.2.2	Änderungstestament	82
2.1.3.1.2.3	Vernichtung oder Veränderung.....	83
2.1.3.1.2.4	Rücknahme	84
2.1.3.1.3	Betreuer und Bevollmächtigter.....	85
2.1.3.2	Die Anfechtung	87
2.1.3.2.1	Testierfähiger Erblasser.....	88
2.1.3.2.2	Testierunfähiger Erblasser.....	90
2.1.3.2.3	Betreuer und Bevollmächtigter.....	90
2.1.4	<i>Das gemeinschaftliche Testament</i>	96
2.1.4.1	Der Widerruf.....	118
2.1.4.1.1	Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner.....	118
2.1.4.1.1.1	Einseitige Verfügungen	118
2.1.4.1.1.2	Wechselbezügliche Verfügungen	118
2.1.4.1.1.3	Unter Lebenden.....	119
2.1.4.1.1.4	Vorverstorbenen Ehe- oder Lebenspartner.....	121
2.1.4.1.2	Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner	128
2.1.4.1.2.1	Abgabe.....	128
2.1.4.1.2.2	Empfangnahme	129
2.1.4.1.3	Betreuer oder Bevollmächtigter.....	129
2.1.4.1.3.1	Abgabe.....	129
2.1.4.1.3.2	Zugang.....	130
2.1.4.2	Die Anfechtung	143
2.1.4.2.1	Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner.....	144
2.1.4.2.2	Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner	146
2.1.4.2.2.1	Abgabe.....	146
2.1.4.2.2.2	Empfangnahme	147
2.1.4.2.3	Betreuer oder Bevollmächtigter.....	147
2.1.4.2.3.1	Abgabe.....	149

2.1.4.2.3.2	Zugang.....	150
2.1.5	<i>Der Erbvertrag</i>	152
2.1.5.1	Der Widerruf.....	155
2.1.5.2	Die Anfechtung	156
2.1.5.2.1	Geschäftsfähiger Erblasser	157
2.1.5.2.2	Geschäftsunfähiger Erblasser	159
2.1.5.2.2.1	Abgabe.....	160
2.1.5.2.2.2	Empfangnahme.....	161
2.1.5.2.3	Betreuer oder Bevollmächtigter.....	161
2.1.5.2.3.1	Abgabe.....	161
2.1.5.2.3.2	Zugang.....	162
2.2	Zusammenfassung	163
3	DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN RECHT UND EMPIRIE	169
3.1	Annäherung an den Begriff des Rechts	170
3.1.1	<i>Interdisziplinäre Herleitung</i>	170
3.1.1.1	3.1.1.1 Rechtsphilosophische Ansätze	171
3.1.1.2	3.1.1.2 Rechtstheoretische Ansätze	177
3.1.1.3	Rechtssoziologische Ansätze.....	182
3.1.2	<i>Subsumtion und Zusammenfassung</i>	187
3.2	Annäherung an die Begriffe Empirie und empirische Sozialforschung	190
3.2.1	<i>Empirie als Erkenntnistheorie</i>	190
3.2.2	<i>Empirische Sozialforschung als Ausprägung der Empirie</i>	197
3.3	Notwendigkeit der Empirie in den Rechtswissenschaften	198
3.3.1	<i>Verhältnis von Recht und Empirie als Wissenschaften</i>	199
3.3.2	<i>Desiderat empirischer Sozialforschung in den Rechtswissenschaften</i>	209
3.4	Zusammenfassung	214
4	EMPIRISCHE STUDIE	217
4.1	Theoretische Grundlagen der Anwendungsebene	218
4.1.1	<i>Ablauf der empirischen Sozialforschung</i>	218
4.1.1.1	Phase I: Präzise Formulierung des Forschungsproblems.....	218
4.1.1.2	Phase II: Planung der Untersuchung	219
4.1.1.2.1	Festlegung der Forschungsart	221
4.1.1.2.1.1	Explorative Studien.....	221
4.1.1.2.1.2	Deskriptive Studien.....	222
4.1.1.2.1.3	Hypothesenprüfende Untersuchungen	222
4.1.1.2.1.4	Evaluationsstudie.....	223
4.1.1.2.2	Untersuchungsdesign und Erhebungsinstrumente.....	223

4.1.1.3	Phase III: Datenerhebung.....	225
4.1.1.4	Phase IV: Datenanalyse.....	225
4.1.1.5	Phase V: Publikation.....	225
4.1.2	<i>Einführung in die Praxisphase</i>	226
4.2	Methodik: Eine Fragebogenstudie	226
4.2.1	<i>Empirische Forschungsfragen mit konkretem Bezug zum Fragebogen</i>	226
4.2.2	<i>Gang der Untersuchung</i>	229
4.2.2.1	Fragebogenentwicklung.....	230
4.2.2.1.1	Grundlagen der Fragebogenkonstruktion.....	230
4.2.2.1.2	Anwendung der Fragebogenkonstruktion.....	240
4.2.2.1.3	Pretests und Interviews.....	241
4.2.2.1.4	Der finale Fragebogen.....	243
4.2.2.1.5	Erhebungsdesign.....	249
4.2.2.2	Auswertung.....	251
4.2.2.3	Limitierungen.....	257
4.3	Ergebnisse	259
4.3.1	<i>Probanden</i>	260
4.3.2	<i>Testament / Erbvertrag / Änderungen</i>	267
4.3.3	<i>Zielfragen</i>	275
4.3.4	<i>Qualitative Analyse, Antworten auf offene Fragen und persönliche Mitteilungen</i>	288
4.4	Diskussion	290
4.4.1	<i>Untersuchungsergebnisse über Probandenattribute im Vergleich mit bekannten statistischen Erkenntnissen</i>	290
4.4.2	<i>Abhängigkeit des Testier- und Widerrufsverhaltens von personenbezogenen Probandenattributen</i>	292
4.4.3	<i>Schutz oder Flexibilität beim Testieren im Kontext der Probandenmeinungen</i>	294
4.4.4	<i>Qualitative Analyse und Antworten auf offene Fragen</i>	298
5	KONFRONTATION DOGMATISCHER THESEN MIT EMPIRISCHEN ERKENNTNISSEN	299
6	AUSBLICK UND REFORMBEDARF	303
7	ANHANG	309

Literatur

Kommentare

Beck'scher Online-Grosskommentar zum Zivilrecht, Stand: 01.01.2022, München.

Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 62. Edition, Stand: 01.05.2022, München.

Bengel, Manfred/Reimann, Wolfgang/Mayer, Jörg (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, 6. Auflage, Köln 2015.

Damrau, Jürgen, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2011;
3. Auflage, Angelbachtal 2014.

Erman, Walter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Auflage, Köln 2015.

juris PraxisKommentar, BGB, 8. Auflage, 2017.

Keidel, Theodor, Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Auflage, München 2017.

Leipholz, Gerhard/Rinck, Hans-Justus, Grundgesetz, 74. Lieferung, Stand: 07/2017, Köln.

- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 10, §§ 284 bis 305a, 12. Auflage, Berlin 2008.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 7. Auflage, München 2015; Band 10, 7. Auflage, München 2017.
- NomosKommentar, BGB, Band 5, §§ 1922-2385, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München 2008.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage, München 2015.
- Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*, BGB Kommentar, 8. Auflage, Köln 2013.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Auflage, München 2007.
- Soergel, Hans-Theodor*, BGB, Erbrecht, Teil 2, §§ 2064 – 2273, §§ 1 – 35 BeurkG, 13. Auflage, Stuttgart 2003.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, Einleitung zu §§ 1922-2063, Berlin 1989.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§ 2229-2264, Berlin 2012.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, Einleitung zum BGB, §§ 1-14, Buch 5, Erbrecht, §§ 2064 -2196, Berlin 2013.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§ 2265-2302, Berlin 2014.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139-163, Berlin 2015.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-124, 130-133, Buch 5, Erbrecht, Vorbemerkungen zu §§ 1896-1900, §§ 1922-1966, Berlin 2017.
- Staudinger, Julius von*, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht, §§ 2229-2264, Berlin 2018.

Staudinger, Julius von, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241-243, Berlin 2019.

Lehrbücher/Monographien

Abels, Heinz, Einführung in die Soziologie, Band 1, 2. Auflage, Wiesbaden 2004.

Aeppli, Jürg/Gasser, Luciane/Gutzwiller, Eveline/Tettenborn, Annette, Empirisches wissenschaftliches Arbeiten, 4. Auflage, Bad Heilbrunn 2016.

Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, 5. Auflage, Freiburg München 2011.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 1996.

Alwart, Heiner, Recht und Handlung, Tübingen 1987.

Aquin, Thomas von, Über das Glück, De beatitudine, übersetzt von Johannes Brachtendorf, Hamburg 2012.

Assmann, Jan, Die sakralstaatliche Rechtskultur des Alten Orients und die frühjüdische Theologisierung des Rechts, in: Markus Graulich/ Ralph Weimann (Hrsg.), Ewige Ordnung in sich verändernder Gesellschaft, Freiburg Basel Wien 2018, S. 11.

Bamberg, Günter/Baur, Franz/Krapp, Michael, Statistik, 18. Auflage, Berlin 2017.

Bamforth, Nicolas, Judicial Review and the Constitution, in: Christopher Forsyth (Hrsg.), Institutional Interdependence and Hart's Rule of Recognition, Oxford 2000, S. 130.

Baumanns, Peter, Kants Philosophie der Erkenntnis, Würzburg 1997.

Beckert, Jens, Erben in der Leistungsgesellschaft, Frankfurt a.M. 2013.

Beckert, Jens, Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts, Frankfurt a.M. 2004.

Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London New York Toronto, 1823 (reprint of „A New Edition, corrected by the author“).

Berger, Doris, Wissenschaftliches Arbeiten in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010.

Berger, Peter/Luckmann, Thomas, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 25. Auflage, Frankfurt 2013.

- Blankenburg, Erhard*, Die Gewinnung von Theorien und ihre Überprüfung – zwei Methodologien, in: Erhard Blankenburg (Hrsg.), Empirische Rechtssoziologie, München 1975, S. 7-9.
- Blankertz, Stefan*, Thomas von Aquin, Die Nahrung der Seele, 2. Aufl., Berlin 2015.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Auflage, Tübingen 2006.
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage, Tübingen 2006.
- Bortz, Jürgen*, Lehrbuch der empirischen Forschung, Berlin [u.a.], 1984.
- Bortz, Jürgen*, Statistik, 6. Auflage, Heidelberg 2005.
- Bortz, Jürgen/Döring, Nicola*, Forschungsmethoden und Evaluation, 4. Auflage, Heidelberg 2006.
- Bortz, Jürgen/Döring, Nicola*, Forschungsmethoden und Evaluation, 5. Auflage, Heidelberg 2016.
- Bortz, Jürgen/Schuster, Christof*, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 7. Auflage, Berlin Heidelberg 2010.
- Bradburg, Norman/Sudman, Seymour/Wansink, Brian*, Asking Questions, San Francisco 1982.
- Brauer, Theodor*, Der soziale Katholizismus in Deutschland, Paderborn 2014.
- Braun, Johann*, Einführung in die Rechtsphilosophie, Tübingen, 2006.
- Braunecker, Claus*, How to do Empirie, how to do SPSS, Wien 2016.
- Brosius, Felix*, SPSS 24 für dummies, Weinheim 2017.
- Brosius, Hans-Bernd/Haas, Alexander/Koschel, Friederike*, Methoden der empirischen Kommunikationsforschung, 6. Auflage, Wiesbaden 2012.
- Brox, Hans*, Erbrecht, 21. Auflage, Köln 2004.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Erbrecht, 24. Auflage, München 2010.
- Bucher, Benno/Meier-Solfrian, Walter/Meyer/Schlick, Sandra*, Statistik, Zürich 2003.
- Bühner, Markus*, Einführung in die Test- und Fragebogenkonstruktion, 3. Auflage, München [u.a.], 2011.
- Bühner, Markus/Ziegler, Matthias*, Statistik für Psychologen und Sozialwissenschaftlicher, München 2009.

- Bußhoff, Heinrich*, Der politische Prozess: Ein steuerungstheoretischer Versuch, Würzburg 1993.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- Christandl, Gregor*, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft, Tübingen 2016.
- Cohen, Jacob*, Statistical power analysis for the behavioural Sciences, 2. Auflage, New York 1988.
- Conrad, Hermann*, Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, 2. Auflage, Heidelberg 2011.
- Damrau, Jürgen*, Der Minderjährige im Erbrecht, 2. Auflage, Bonn 2011.
- Degert, Katrin*, Die Rechtsstellung der Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament, München 2001.
- Denz, Hermann*, Einführung in die empirische Sozialforschung, Wien 1989.
- Dierse, Ulrich*, „Empirie und nicht Empirismus“, Diltheys Verhältnis zu Auguste Conte und zum Positivismus seiner Zeit, in: Gunter Scholz (Hrsg.), Diltheys Werk und die Wissenschaften, Göttingen 2013, S. 53.
- Dirlmeier, Franz*, Nikomachische Ethik, Band 6, 10. Auflage, Berlin 1999.
- Dolic, Dubravko*, Statistik mit R, München [u.a.] 2004.
- Düll, Rudolf*, Das Zwölftafelgesetz, Darmstadt 1995.
- Duller, Christine*, Einführung in die Statistik mit SPSS und Excel, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2013.
- Eisend, Martin/Kuß, Alfred*, Grundlagen empirischer Forschung, Wiesbaden 2017.
- Epping, Volker*, Grundrechte, 7. Auflage, Berlin 2017.
- Esser, Hartmut*, Soziologie, 3. Auflage, Frankfurt New York 1999.
- Faulstich, Peter*, Lerndebatten, Bielefeld 2014.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm*, Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, Landshut 1804.
- Field, Andy*, Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics, 4. Auflage, Los Angeles [u.a.] 2013.
- Fischer, Kuno*, Francis Bacon und seine Schule, Nikosia 2017 (Nachdruck des Originals von 1904).

- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Auflage, Berlin Heidelberg 1992.
- Funke, Andreas*, § 2 Rechtslehre, in: Julian Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011, S. 45-64.
- Gama, Luis Eduardo*, Erfahrung, Erinnerung und Text, Würzburg 2006.
- Geiger, Theodor*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Berlin 1987.
- Gerhard, Volker*, Selbstbestimmung: das Prinzip der Individualität, Stuttgart 1999.
- Gierhake, Katrin*, § 1 Rechtsphilosophie, in: Julian Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011, S. 21-44.
- Gierke, Otto von*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin: Weidmann 1887.
- Gläser, Jochen/Laudel, Grit*, Experteninterviews und Qualitative Inhaltsanalyse, 4. Auflage, Wiesbaden 2010.
- Götte, Sascha*, Marketing: Einführung mit Fallbeispielen und Übungsaufgaben, 2. Auflage, München 2016.
- Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 4. Auflage, Köln 2015.
- Groves, Robert M./Fowler, Floyd J., Jr./Couper, Mick P./Lepowski, James M./Singer, Eleanor/Tourangeau, Roger*, Survey Methodology New York 2004.
- Grzeszick, Bernd*, Rechte und Ansprüche, Tübingen 2002.
- Häder, Michael*, Empirische Sozialforschung, 3. Auflage, Wiesbaden 2015.
- Harke, Jan Dirk*, Das Prinzip der Selbstverantwortung im römischen Recht, Das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen 2011.
- Hart, H. L. A.*, The Concept of Law, 3. ed. Oxford 2012.
- Hartitzsch, Adolf Karl Heinrich von*, Das römische Privatrecht: in ausführlicher tabellarischer Darstellung, Leipzig 1831.
- Hausmaninger, Herbert/Walter, Serb*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Wien [u.a.], Böhlau 2001.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlagen der Philosophie des Rechts, Hamburg 2013.
- Heller, Hans-Detlef*, Die Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich, Münster 2015.
- Heun, Werner*, Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Frankfurt 2008.

- Hillgruber, Christian*, Der Grundsatz der Selbstverantwortung. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, Das Prinzip der Selbstverantwortung, Tübingen 2011.
- Himme, Andreas*, Gütekriterien der Messung: Reliabilität, Validität und Generalisierbarkeit, in: Sönke Albers/Daniel Klapper/Udo Kontradt/Achim Walter/Joachim Wolf, (Hrsg.), Methodik der empirischen Forschung, 3. Auflage, Wiesbaden 2009, S. 485.
- Hippel, Fritz von*, Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens, Marburg 1947.
- Hobbes, Thomas*, Grundzüge der Philosophie, übersetzt nach Max Frischeisen-Köhler, Berlin 2017.
- Hobbes, Thomas*, Hobbes's Leviathan, reprint from. 1651, Oxford 1962.
- Höffe, Otfried*, Einführung in die utilitaristische Ethik, 5. Auflage, Tübingen 2013.
- Höffe, Otfried*, Thomas Hobbes, München 2010.
- Holland, Heinrich/Scharnbacher, Kurt*, Grundlagen der Statistik, 2. Auflage, Wiesbaden 1997.
- Honsell, Heinrich*, Römisches Recht, 8. Auflage, Berlin 2015.
- Horn, Claus-Henrik/Kroiß, Ludwig*, Testamentsauslegung, 2. Auflage, München 2012.
- Hussy, Walter/Schreier, Margit/Echterhoff, Gerald*, Forschungsmethoden in Psychologie und Sozialwissenschaften für Bachelor, 2. Auflage, Berlin Heidelberg 2013.
- Jäckel, Michael*, Soziologie: Eine Orientierung, Wiesbaden 2010.
- Jeong, Wonrae*, Die Lehre des Thomas von Aquin von der ewigen Glückseligkeit, Berlin 2011.
- Jestaedt, Clemens*, Die Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit auf die Lösungsmöglichkeiten vom gemeinschaftlichen Testament und vom Erbvertrag, Mainz 2014.
- Jestaedt, Matthias*, Rechtstheorie als Euthanasie in der Rechtstheorie? Hans Kelsens Ergänzungsthese gegen Gustav Radbruchs Verdrängungsthese, in: Carl Friedrich Gethmann (Hrsg.), Lebenswelt und Wissenschaft, Deutsches Jahrbuch Philosophie, Band 2, Hamburg 2011, S. 282.
- Kaiser, Günther*, Kriminologie, 3. Auflage, Heidelberg 1996.
- Kaser, Max*, Römisches Privatrecht, 21. Auflage, München 2017.

- Kaya, Maria*, Verfahren der Datenerhebung, in: Sönke Albers/Daniel Klap-
per/Udo Konrad/Achim Walter/Joachim Wolf, (Hrsg.), Methodik der empi-
rischen Forschung, 3. Auflage, Wiesbaden 2009, S. 49.
- Kiesewetter, Hubert*, Industrielle Revolution in Deutschland, Stuttgart 2004.
- Kipp, Theodor*, Das Erbrecht, 8. Bearb., Marburg 1930.
- Kipp, Theodor/Coing, Helmut*, Erbrecht, 14. Auflage, Tübingen, 1990.
- Kirchoff, Sabine/Kuhn, Sonja/Lipp, Peter/Schlawin, Siegfried*, Der Fragebogen,
5. Auflage, Berlin 2010.
- Kirchmann, Julius H. von*, Immanuel Kants‘ Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,
Berlin 1870.
- Kirchmann, Julius H. von*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, in:
Anton Schäfer (Hrsg.), Vortrag von 1848, Nachdruck 2003, Dornbirn, S. 21.
- Klein, Wolf Peter*, Gibt es einen Kodex für die Grammatik des Neudeutschen und,
wenn ja, wie viele? Oder: Ein Plädoyer für Sprachkodexforschung, in: Albrecht
Plewina/Andreas Witt (Hrsg.), Sprachverfall?, Dynamik – Wandel – Variation,
Berlin Boston 2014, S. 219.
- Klockgether, Thomas*, Biologie und Klinik der Demenz, Demenz und Recht: Be-
stimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Baden-Baden 2010.
- Kluxen, Wolfgang*, Philosophische Ethik, Hamburg 1998.
- Köbler, Helmut*, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte,
München 2016.
- Koller, Peter*, Die Grundsätze der Gerechtigkeit, in: Otfried Höffe (Hrsg.), John
Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, 3. Auflage, Berlin 2013, S. 41.
- Korte, Hermann*, Einführung in die Geschichte der Soziologie, 10. Auflage, Wiesba-
den 2017.
- Krebs, Dagmar/Menold, Natalja*, Gütekriterien quantitativer Sozialforschung, in:
Nina Baur/Jörg Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der Empirischen Sozial-
forschung, Wiesbaden 2014, S. 425.
- Kress, Rudolf*, Die soziologischen Gedanken Kants im Zusammenhang seiner Phi-
losophie, Berlin 1929.
- Krohn, Wolfgang*, Francis Bacon, 2. Auflage, München 2006.
- Kromrey Helmut/Roose, Jochen/Strübing, Jörg*, Empirische Sozialforschung,
13. Auflage, München Konstanz 2016.
- Kroppenberg, Inge*, Privatautonomie von Todes wegen, Tübingen 2008.

- Krüger, Lorenz*, Der Begriff des Empirismus, Berlin New York 1973.
- Kuckartz, Udo/Rüdiker, Stefan/Ebert, Thomas/Schebl, Julia*, Statistik: Eine verständliche Einführung, 2. Auflage, Wiesbaden 2013.
- Kunz, Ludwig/Mona, Martino*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, 2. Auflage, Berlin Stuttgart Wien 2015.
- Küppers, Bernd-Olaf*, Die Strukturwissenschaften als Bindeglied zwischen Natur- und Geisteswissenschaften, in: Bernd-Olaf Küppers (Hrsg.), Die Einheit der Wirklichkeit, München 2009, S. 89-105.
- Lange, Heinrich*, Erbrecht, 5. Auflage, München 2001.
- Langenfeld, Gerrit/Fröhler, Oliver*, Testamentsgestaltung, 5. Auflage, München 2015.
- Larenz, Karl/Canaris, Klaus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin [u.a.] 1995.
- Lichtenwimmer, Andrea*, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar, MittBayNot 2002, 240.
- Liebs, Detlef*, Römisches Recht, 6. Auflage, Göttingen 2004.
- Lindemann, Michael*, Recht und Neurowissenschaften, Grundlagen des Rechts, 1. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Lipp, Volker*, Krankheit und Autonomie im Zivilrecht, in: Susanne Beck (Hrsg.), Krankheit und Recht, S. 171.
- Lübton, Ulrich von*, Erbrecht, Halbbd. 1, Berlin 1971.
- Lück, Detlev/Baur, Nina* in Datenanalyse mit SPSS für Fortgeschrittene 1, Leila Akremi/Nina Baur/Sabine Fromm (Hrsg.), Vom Fragebogen zum Datensatz, 3. Auflage, Wiesbaden 2011, S. 22.
- Mahlmann, Matthias*, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Mankowski, Peter*, Beseitigungsrechte, Tübingen 2003.
- Markmann, Werner*, Der Reichstatthalter, Quakenbrück 1934.
- Medicus, Dieter*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Bürgerliches Recht, 24. Auflage, München 2013.
- Meißner, Jörg-D.*, Statistik, München 2004.
- Mertens, Hans-Georg*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, Berlin 1970.

- Metternich, Gabriele*, Verfügungsverhalten von Erblassern, Frankfurt am Main 2010.
- Möhring, Wiebke/Schlütz, Daniela*, Die Befragung in der Medien- und Kommunikationswissenschaft, 1. Auflage, Wiesbaden 2003, S. 17.
- Möllers, Christoph*, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005.
- 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, 325.
- Muscheler, Karlheinz*, Erbrecht, Bd. 1, Tübingen 2010.
- Neumann, Ulfrid* in Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Frank Saliger/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, 9. Auflage, Heidelberg 2016, S. 351.
- Nolte, Katrin*, Wahrnehmung und Wahrnehmungsurteil, Berlin/Boston 2013.
- Oesterdiekhoff, Georg W.*, Die Psycho- und Soziogenese der Menschheit, in: Ludwig Janus (Hrsg.), Die Psychologie in der Mentalitätsentwicklung – vom archaischen zum modernen Bewusstsein, Berlin 2013, S. 25.
- Olzen, Dirk/Looschelders, Dirk*, Erbrecht 5. Auflage, München 2017.
- Osterkamp, Thomas*, Juristische Gerechtigkeit, Tübingen 2004.
- Pirntke, Gunter*, Geschichte des Rechts und der Wirtschaft, Vorlesungsskripte, 2016.
- Poluha, Rolf G.*, Anwendung des SCOR-Modells zur Analyse der Supply Chain, 6. Auflage, Köln 2014.
- Popper, Karl*, Logik der Forschung, 11. Auflage, Tübingen 2005.
- Popper, Karl*, Logik der Forschung, Wien 1935.
- Porst, Rolf*, Fragebogen, 4. Auflage, Wiesbaden 2014.
- Potacts, Michael*, Rechtstheorie, Wien 2015.
- Puls, Heiko*, Sittliches Bewusstsein und kategorischer Imperativ in Kants ›Grundlegung‹, 3. Aufl., Berlin Boston 2016.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 2. Auflage, München 2003.
- Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 4. Auflage, Tübingen 2007.
- Raiser, Thomas*, Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Auflage, Tübingen 2013.

- Rattner, Josef/Danzger, Gerhard* in Philosophie im 17. Jahrhundert, John Locke oder Empirismus und Liberalismus in der Philosophie, Würzburg 2005, S. 63.
- Rawls, John*, A Theory of Justice, revised edition, Harvard 1999.
- Rehbinder, Manfred*, Rechtssoziologie, 8. Auflage, München 2014.
- Reinecke, Jost*, Grundlagen der standardisierten Befragung, in: Jörg Baur/Nina Blasius (Hrsg.), Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, Wiesbaden 2014, S. 604.
- Riesenhuber, Felix*, Großzahlige empirische Forschung, in: Sönke Albers/Daniel Klapper/Udo Konrad/Achim Walter/Joachim Wolf, (Hrsg.), Methodik der empirischen Forschung, 3. Auflage, Wiesbaden 2009, S. 1.
- Ritter, Werner H.*, Glaube und Erfahrung im religionspädagogischen Kontext, Göttingen, 1989.
- Röhl, Klaus F.*, Rechtssoziologie, Köln 1987.
- Rolfes, Eugen*, Aristoteles' Nikomachische Ethik, 2. Auflage, Leipzig 2011.
- Rugel, Matthias/Jaskolla, Ludwig/Skulschus, Marco*, System und Systematik von Fragebögen, Berlin 2010.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018.
- Sachs, Lothar*, Angewandte Statistik, 10. Auflage, Berlin [u.a.] 2002.
- Schäfers, Michael*, Prophetische Kraft der kirchlichen Soziallehre, Paderborn 1998.
- Schellhammer, Kurt*, Erbrecht nach Anspruchsgrundlagen, 3. Auflage, Heidelberg 2010.
- Schelsky, Helmut*, Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung, Opladen 1980.
- Schelten, Andreas*, Testbeurteilung und Testerstellung, 2. Auflage, Stuttgart 1997.
- Scherer, Stephan*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage, München 2018.
- Schliepkorte, Jörg*, Entwicklungen des Erbrechts zwischen 1933 und 1953, Bochum 1989.
- Schlosser, Hans*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 10. Auflage, Heidelberg 2001 [zit: Privatrechtsgeschichte].
- Schlüter, Wilfried*, Erbrecht, 15. Auflage, München 2004.

- Schmitz, Markus*, Überlegungen zu einer Rehabilitierung der ökonomischen praktischen Vernunft, in: Udo Kern (Hrsg.), *Wirtschaft und Ethik in theologischer Perspektive*, Münster 2002, S. 52.
- Schmoeckel, Matthias*, *Erbrecht*, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Schneider, Frank/Frister, Helmut/Olzen, Dirk*, *Begutachtung psychischer Störungen*, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2015.
- Schnell, Rainer/Hill, Paul B./Esser, Elke*, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, 10. Auflage, München 2014.
- Scholl, Armin*, *Die Befragung*, S. 144, 3. Auflage, München 2015.
- Schulze, Reiner/Grzibowicz, Herbert/Lauda, Rudolf*, *BGB, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch*, 3. Auflage, München 2017.
- Schütrumpf, Eckart*, *Aristoteles Politik, Buch I*, Berlin 1991.
- Sedlmeier, Peter/Renkewitz, Frank*, *Forschungsmethoden und Statistik*, 2. Auflage, München 2013.
- Singer, Wolf*, *Hirnforschung und Willensfreiheit – zur Deutung der neuesten Experimente*, Frankfurt am Main 2004.
- Sohm, Rudolph*, *Institutionen: Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts*, Books on Demand, Norderstedt 2016.
- Staudinger*, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 5. Auflage, Berlin 2014.
- Stegmaier, Peter*, § 3 Recht und Normativität aus soziologischer Perspektive, in: Julian Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, Baden-Baden 2011, S. 65.
- Stein, Petra*, *Forschungsdesigns für die quantitative Sozialforschung*, in: Nina Baur/Jörg Blasius (Hrsg.), *Handbuch Methoden der Empirischen Sozialforschung*, Wiesbaden 2014, S. 135.
- Stier, Winfried*, *Empirische Forschungsmethoden*, Berlin [u.a.] 2016.
- Strobal, Emil*, *Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. 1, 3. Auflage, Berlin/Guttentag 1903.
- Süß, Rembert*, *Erbrecht in Europa*, 2. Auflage, Angelbachtal 2008.
- Tanck, Manuel/Krug, Walter*, *Anwaltformulare Testamente*, 4. Auflage, Bonn 2010.
- ter Hofte-Fankhauser/Wälthy, Hans F.*, *Marktforschung*, 3. Auflage, Zürich 2011.
- Tetens, Holm*, *Wissenschaftstheorie*, München 2013.
- Titz, Daniela*, *Das Vindikationslegat, Reformbedürftigkeit und Reformfähigkeit des deutschen Erbrechts*, Tübingen 2014.

- Vest, Hans*, *Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?*, Tübingen 2006.
- Voßkuhle, Andreas*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2. Auflage, München 2011, S. 1-64.
- Waechter, Kay*, *Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie*, Tübingen 2006.
- Weber, Max*, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht*, Stuttgart 1891.
- Weber, Max*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922.
- Weirich, Hans-Armin*, *Erben und Vererben*, 4. Auflage, Herne/Berlin 1998.
- Wetterling, Tilman*, *Psychopathologische Auffälligkeiten bei Demenz und deren Auswirkungen auf die Willensbildung, Demenz und Recht: Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit*, Baden-Baden 2010.
- Wieacker, Franz*, *Hausgenossenschaft und Erbinsetzung - Über die Anfänge des römischen Testaments*, Leipzig 1940.
- Wiegand, Herbert Ernst*, *Wörterbuchforschung*, 1. Teilband, Berlin 1989.
- Zippelius, Reinhold*, *Rechtsphilosophie*, 6. Auflage, München 2011.

Aufsätze/Festschriften/Zeitschriftenbeiträge

- Augsberg, Ino*, *Das Gespinnst des Rechts – Zur Relevanz von Netzwerkmodellen im juristischen Denken*, *Rechtstheorie* 38 (2007), 479.
- Basty, Dr. Gregor*, *Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament*, *MittBayNot* 2000, 73.
- Bosch, Friedrich-Wilhelm*, *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*, *FamRZ* 1954, 149.
- Braun, Rainer*, *Ökonomische Trends, Erben in Deutschland*, *Wirtschaftsdienst* 2011, 724.
- Breidenstein, Matthias*, *Pflichtteilsverzicht, Pflichtteilsstrafklausel und ihre Besonderheiten bei Patchworkfamilien*, *ZFE* 2010, 263.
- Buchholz, Stephan*, *Zur bindenden Wirkung des Erbvertrags*, *FamRZ* 1987, 440.
- Buschbaum, Markus/Simon, Ulrich*, *Die neue EU-Erbrechtsverordnung*, *NJW* 2012, 2393.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, *JZ* 1987, 993.

- Coing, Helmut*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, Verhandlungen des 49. DJT Düsseldorf 1972, Bd. 1, Gutachten A 1, München 1972.
- Cording, Clemens*, Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, 23.
- Cording, Clemens*, Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, 115.
- Damm, Matthias*, Testamentsvollstreckung als bindende Verfügung, BWNotZ 2015, 135.
- Damrau/Bittler*, Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber dem Betreuer?, ZErb 2004, 77.
- Dickhut-Harrach, Hans-Jürgen von*, Die analoge Anwendung der §§ 2287, 2288 BGB auf gemeinschaftliche Testamente schon vor Eintritt der Bindungswirkung, FamRZ 2005, 322.
- Dreier, Ralph*, Der Begriff des Rechts*, NJW 1986, 890.
- Dutta, Anatol*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, FamRZ 2013, 4.
- Eidenmüller, Horst*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53.
- Fesel, Verena/Dünkel, Barbara*, Entmündigt – bevormundet – betreut, BtPrax 2012, 17.
- Gerken, Ulrich*, Die Entstehung der Bindungswirkung beim Erbvertrag, BWNotZ 1992, 93.
- Glenk, Hartmut*, Unterschätzt, aber effizient – Trans- und postmortale Vollmachten, NJW 2017, 452.
- Grunsky, Wolfgang*, Kein Widerruf wechselbezüglicher letztwilliger Verfügungen bei Testierunfähigkeit des anderen Ehegatten, ErbR 2013, 98.
- Haber Kern, Klaus – Szylik, Marc*, Pflege der Eltern – Ein europäischer Vergleich, KFZSS 60 (2008), 79.
- Hamann, Hanjo*, Empirische Erkenntnisse in juristischen Ausbildungsarbeiten, JURA 2017, 759.
- Harke, Jan Dirk*, Testamentsanfechtung durch den Erblasser?, JZ 2004, 180.
- Hausmann, Rainer*, Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen gegenüber dem testierunfähigen Ehegatten, Notar 2014, 58.
- Helms, Arne*, Der Widerruf und die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen bei Geschäfts- und Testierunfähigkeit, DNotZ 2003, 104.

- Herzog, Stephanie*, Das streitige Erbscheinsverfahren aus anwaltlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Einwands der Testierunfähigkeit, ZErB 2016, 34.
- Herzog, Stephanie*, Die EU-Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO), ErbR 2013, 2.
- Hoerster, Norbert*, Was kann die Rechtswissenschaft?, Rechtstheorie 41 (2010), 13.
- Hommerich, Christoph/Kilian, Matthias*, Die Deutschen und ihre Rechtsprobleme – Ergebnisse einer ersten empirischen Annäherung NJW 2008, 626.
- Horn, Claus-Henrik*, Prüfung der Wirksamkeit von Testamenten und Erbverträgen, NJW 2017, 2392.
- Horn, Claus-Henrik*, Zehn Optimierungsmöglichkeiten für das Berliner Testament, NJW 2013, 2166.
- Iversen, Malte*, Die Selbstanfechtung beim gemeinschaftlichen Testament, ZEV 2004, 55.
- Jastron, Hermann*, Wie können sich Eheleute bei einem Testament nach § 2269 BGB gegen die Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilsansprüche der Kindern sichern?, DNotZ 1904, 424.
- Kanzleiter, Rainer*, Das Berliner Testament: immer aktuell und fast immer ergänzungsbedürftig, ZEV 2014, 225.
- Kanzleiter, Rainer*, Die Aufrechterhaltung der Bestimmungen in unwirksamen gemeinschaftlichen Testamenten als einseitige letztwillige Verfügungen, DNotZ 1973 133.
- Kanzleiter, Rainer*, Inhalts- oder Ausübungskontrolle der Vereinbarung von Gütertrennung?, in: Jürgen Damrau/Karlheinz Muscheler (Hrsg.) Erbrecht und Vermögensnachfolge, Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, München 2012, S. 191-198.
- Kaulbach, Ann-Marie*, Typenzwang im BGB?, JuS 2011, 397.
- Keim, Christopher*, Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen muss auch gegenüber dem testierunfähigen Ehegatten möglich sein! – zugleich Entgegnung zu *Grunsky*, ErbR 2013, 98.
- Keim, Christopher*, Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes auch gegenüber dem Bevollmächtigten des anderen Ehegatten?, ZEV 2010, 358.
- Krebber, Sebastian*, Die Anfechtbarkeit des Erbvertrages wegen Motivirrtums – Ein Beitrag zum Verständnis des Erbvertrages – DNotZ 2003, 20.

- Kroppenberg, Inge*, Wer lebt hat Recht - Lebzeitiges Rechtsdenken als Fremdkörper in der Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen, DNotZ 2006, 86.
- Lange, Wolfgang*, Die Beseitigung von letztwilligen Verfügungen durch Betreuer, ZEV 2008, 313.
- Lechner, Kurt*, Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2013, 26.
- Leipold, Dieter*, Das Europäische Erbrecht (EuErbVO) und das deutsche gemeinschaftliche Testament, ZEV 2014, 139.
- Litzenburger, Wolfgang*, Anm. zu LG Leipzig: Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen wird durch Zugang beim Vorsorgebevollmächtigten wirksam, FD-ErbR 2010, 296613.
- Litzenburger, Wolfgang*, Ist das Berliner Testament zum Schutz behinderter Erben vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers noch geeignet?, RNotZ 2005, 162.
- Löhnig, Martin*, Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen in der Klausurbearbeitung, JA 2016, 801.
- Ludyga, Hannes*, Letztwillige Verfügungen von alten und pflegebedürftigen Menschen zu Gunsten eines ambulanten Pflegedienstes, NZS 2013, 201.
- Martens, Sebastian*, Das Anfechtungsrecht bei einer Drohung durch Dritte, AcP 207 (2007), 371.
- Mayer, Jörg*, Ja zu „Jastrow“? - Pflichtteils Klausel auf dem Prüfstand, ZEV 1995, 136.
- Mayer, Jörg*, Testamentsgestaltungen bei Patchworkfamilien – A. Einführung: Begriff und Typen der Patchworkfamilie, rechtliche Vorgaben und Regelungsbedarf, ErbR 2014, 10.
- Mayer, Ulrich*, Auf der Suche nach dem Bindungswillen beim Berliner Testament – Hinweise aus der Praxis, ZEV 2016, 420.
- Meier-Kraut, Angela*, Zur Wiederverheirathungsklausel in gemeinschaftlichen Testamenten mit Einheitslösung, NJW 1992, 143.
- Meyer-Pritzel, Rudolf*, Aufgabe und Notwendigkeit der Präzisierung der Testierfreiheit angesichts der Herausforderungen durch das Sozialrecht und den Antidiskriminierungsschutz, in: Michael Martinek/Peter Rawert/Birgit Weitemeyer, Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag, Berlin New York 2010, S. 205.
- Merten, Detlef*, Das Recht und die freie Entfaltung der Persönlichkeit, JuS 1976, 345.

- Moench, Dietmar*, Zehn gut gemeinte Ratschläge zum Umgang mit der Erbschaft- und Schenkungsteuer in der „Otto-Normal-Familie“, ZEV 2013.
- Müller, Gabriele*, Abänderung bindender Verfügungen bei schweren Verfehlungen des Bedachten, ZEV 2011, 240.
- Musielak, Hans Joachim*, Zur Bindung an den Erbvertrag und zu den rechtlichen Möglichkeiten einseitiger Änderungen, ZEV 2007, 245.
- Musielak, Hans-Joachim*, Die Bindung an wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament, ZErB 2008, 189.
- Neubausen, Matthias*, Rechtsgeschäfte mit Betreuten, RNotZ 2003, 158.
- Nordmeier, Carl Friedrich*, Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung, ZEV 2013, 117.
- Ott, Steffen*, Familienrechtliche Anordnungen im Testaments- und Erbvertragsrecht, NZFam 2016, 930.
- Petersen, Jens*, Der Irrtum im Bürgerlichen Recht, JURA 2006, 660.
- Petersen, Jens*, Die Auslegung letztwilliger Verfügungen, JURA 2005, 597.
- Pfeiffer, Gerhard*, Das gemeinschaftliche Ehegattentestament - Konzept, Bindungsgrund und Bindungswirkungen, FamRZ 1993, 1266.
- Radbruch, Gustav*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105.
- Rausch, Hans*, Verfügungen von Todes wegen unter Ehegatten, FPR 2006, 141.
- Röthel, Anne*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten A, Berlin 2010, S. 12, 16, 64-72, 85.
- Ruby, Gerhard*, Die Gütergemeinschaft beim Tod eines Ehegatten, ZEV 2017, 72.
- Rückert, Joachim*, Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945, NJW 1995, 1251.
- Schaal, Daniel*, Aktuelles im IPR/aus dem Ausland, BWNotZ 2013, 29.
- Scheuren-Brandes, Christoph*, Wiederverheiraturungsklauseln nach der Hohenzollern-Entscheidung – Handlungsbedarf für die Gestaltungspraxis?, ZEV 2005, 185.
- Schneider, Joachim*, Wie ist der Rücktritt vom Erbvertrag, wie der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments zu erklären?, ZEV 1996, 200.
- Smid, Stefan*, Rechtliche Schranken der Testierfreiheit aus § 138 I BGB, NJW 1990, 409.

- Steininger, Andreas*, Die Jurisprudenz auf Erkenntnissuche? – Ein Plädoyer für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft, NJW 2015, 1072.
- Veit, Markus*, Die Anfechtung von Erbverträgen durch den Erblasser, NJW 1993, 1553.
- Vollmer, Peter W.*, Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag bei nachträglicher Geschäftsunfähigkeit – Lösungswege bei bindenden Verfügungen, ZErb 2007, 235.
- Vofskuhle, Andreas*, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, VerwArch 87 (1996), 395.
- Vofskuhle, Andreas*, Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, VerwArch 85 (1994), 567.
- Weirich, Hans-Armin*, Erben und Vererben: Handbuch des Erbrechts und der vorweggenommenen Vermögensnachfolge, Herne [u.a.] 1998.
- Wendt, Roland*, Erblasserfreiheit vs. Erbenfreiheit, ZErb 2010, 45.
- Wetterling, Tilman*, Was hat der Mediziner mit Erbrecht zu tun?, ErbR 2010, 345.
- Zaczyk, Rainer*, Freiheit und Recht - Immanuel Kant zum 200. Todestag, JuS 2004, 96.
- Zimmer, Dr. Maximilian*, Demenz als Herausforderung für die erbrechtliche Praxis, NJW 2007, 1713.
- Zimmer, Maximilian*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich wechselbezüglicher Verfügungen beim gemeinschaftlichen Testament, ZEV 2015, 450.
- Zimmer, Maximilian*, Erbrecht - Wechselbezügliche Verfügungen beim Gemeinschaftlichen Testament, NJW 2009, 2364.
- Zimmermann, Theodor*, Die Vertretung in höchstpersönlichen Angelegenheiten - neuere Entwicklungen im Betreuungsrecht, BWNotZ 1998, 101.

Sonstiges/Onlinequellen

- Amnesty International (22.02.2018), Amnesty Report, Türkei 2017/2018, <https://www.amnesty.de/jahresbericht/2018/tuerkei>, abgerufen am 29.06.2018.
- Apel, Max/Ludz, Peter*, Philosophisches Wörterbuch, 6. Auflage, Berlin 1976.
- Aristoteles*, Metaphysik, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, abgerufen am 19.06.2018.

- Bemmerlein, Georg/Göbel, Walter*, Abiturwissen Geschichte: 19. Jahrhundert bis 1933, 4. Auflage, Stuttgart 2013.
- Berger, Peter A.* (05.11.2007), Begrifflichkeiten des Webers: „Verstehen“, „Idealtypus“, „Werturteilsfreiheit“, https://www.wiwi.uni-rostock.de/fileadmin/Institute/ISD/Lehrstuhl_Makrosoziologie/Lehrmaterialien/Prof._Berger/Seminare_WiSe_07-08/Soziologische_Klassiker_Max_Weber/Borgmann_ua_Seminar_Max_Weber_Methode_Handout_01.pdf, abgerufen am 17.10.2017.
- BMJV, Erben und Vererben (2018), https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Erben_Vererben.pdf?__blob=publicationFile&v=22, abgerufen am 15.08.2018.
- Botschaft der Bundesrepublik Deutschland – Pretoria (2014), Merkblatt zur Europäischen Erbrechtsverordnung, www.apcm.de/wp-content/uploads/2017/04/Erbrechtsverordnung-2015.pdf, abgerufen am 22.07.2017.
- Bräuer* (SS 2006), Poppers Falsifikationismus, https://tudresden.de/gsw/phil/iphil/theor/ressourcen/dateien/braeuer/lehre/theophil_3/WT2-SS-2006.pdf?lang=de, abgerufen am 02.08.2018.
- Bretzinger, Otto N.*, Richtig vererben: Keine Frage offen, Freiburg Berlin München 2008.
- Claussen, Thies*, Unsere Zukunft: Wie leben 2050?, Hamburg 2017.
- Cressy, Daniel* (02.09.2015), Das Cannabis-Experiment, in Spektrum der Wissenschaft, <http://www.spektrum.de/news/welche-folgen-hat-die-legalisierung-von-cannabis/1364062>, abgerufen am 07.11.2017.
- de Leeuw, Edith D./Hox, Joop J./Dillman Don A.*, International Handbook of Survey Methodology, 2008, unter <http://joophox.net/papers/SurveyHandbookCRC.pdf>, abgerufen am 27.11.2017.
- Denkinger, Fleur*, Der Verbraucherbegriff, Berlin 2007.
- Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V., Infoblatt 1, Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf, abgerufen am 16.08.2018.
- Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 7, abgerufen am 27.11.2017.

- Deutsche Bundesbank (2016), Monatsbericht März 2016, https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaezte/2016/2016_03_vermoegen_finanzen_private_haushalte.pdf?__blob=publicationFile, abgerufen am 28.11.2017.
- Deutsches Ärzteblatt, 22.11.2010, S. 1132.
- DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 25, abgerufen am 28.11.2017.
- Faltner, Max*, Cato der Ältere über das Alter, 4. Auflage, Düsseldorf/Zürich 2004.
- Faust, Volker*, Seelische Störungen heute, 4. Auflage München 2007.
- Gast, Robert* (26.07.2018), Husarenritt über dem Schwarzen Loch, in Spektrum der Wissenschaft, <https://www.spektrum.de/news/husarenritt-ueber-dem-schwarzen-loch/1581036>, abgerufen am 02.08.2018.
- Harari, Yuval Noah*, Homo Deus: Eine Geschichte von Morgen, München 2017.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts § 129, <http://www.zeno.org/nid/20009181407>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181431>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181164>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181172>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181172>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181199>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181210>, abgerufen am 28.06.2018.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181296>, abgerufen am 28.06.2018.
- HU Berlin, Pressemitteilung vom 10.12.2015, https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/archiv/nr1512/pm_151210_00, abgerufen am 15.08.2018.
- Kant, Immanuel*, AA IV: Kritik der reinen Vernunft, S. 178, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/178.html>, abgerufen

- am 13.07.2018.
- Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/230.html>, abgerufen am 28.06.2018.
- Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 231, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/231.html>, abgerufen am 28.06.2018.
- Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 237, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/237.html>, abgerufen am 28.06.2018.
- Kurtz, Rudolf*, Empirische Sozialforschung, GRIN Verlag, Open Publishing GmbH, 2015.
- Liebs, Detlef*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 7. Auflage, München 2007.
- Locke, John*, Versuch über den menschlichen Verstand, § 2, <http://www.zeno.org/nid/2000920797X>, 20.06.2018.
- Lutherbibel Standardausgabe, Stuttgart 1999, rev. 2015.
- Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (13.07.2018), Was ist Soziologie?, <http://soziologie.uni-halle.de/studium/fach/>, abgerufen am 16.08.2018.
- Nagel, Herbert* (2015), Kategoriale Daten, <http://homepage.univie.ac.at/herbert.nagel/KategorialeDaten.pdf>, S. 4, abgerufen am 01.08.2018.
- Neumann, Ulfried*, Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=909dbdcf-898b-e233-541d-7463356c9621&groupId=252038, S. 13, abgerufen am 29.09.17.
- Nickel, Rainer*, carpe viam, Bamberg 2002.
- Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, abgerufen am 16.08.2018.
- Pfleiderer, Edmund* in Philosophische Monatshefte, XI. Band, Die Aufgabe der Philosophie in unserer Zeit, Leipzig 1875, S. 1.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerliches Gesetzbuchs, Band V, Erbrecht, Berlin 1899.

- Pfordten, Dietmar von der* (06.04.2011), Der Begriff des Rechts, in Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/104-begriff-des-rechts>, abgerufen am 29.09.2017.
- Putzger*, Weltatlas, 102. Auflage, Berlin 1997.
- Ritsert, Jürgen*, Gerechtigkeit, Gleichheit, Freiheit und Vernunft: Über vier Grundbegriffe der politischen Philosophie, Wiesbaden 2012.
- Rost, Jürgen* (2003), Zeitgeist und Moden empirischer Analysemethoden, <http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/download/723/1565>, S. 9, abgerufen am 02.08.2018.
- Ruby, Gerhard* (11.05.2014), Warum heißt das „Berliner Testament“ eigentlich so?, <https://ratgeber.ruby-erbrecht.de/warum-heisst-das-berliner-testament-eigentlich-so/>, abgerufen am 31.05.2018.
- Schäfer, Anton*, Zeittafel der Rechtsgeschichte: Von den Anfängen über Rom bis 1919 und zeitgenössischen Bezügen, Dornbirn 2002.
- Schurz, Gerhard* in Karl Poppers kritischer Rationalismus heute, Jan M. Böhm/Heiko Holweg/Claudia Hook (Hrsg.), Karl Popper, Deduktion, Induktion, Abduktion, Tübingen 2002, 126.
- Schwarz, Norbert/Bless, Herbert*, Assimilation and Contrast Effects in Attitude Measurement: an Inclusion/Exclusion Model, <http://www.acrwebsite.org/search/view-conference-proceedings.aspx?Id=7271>, abgerufen am 14.07.2018.
- Schwarz/Bless*, Table 1, Evaluation of Political Parties as a Function of the Inclusion or Exclusion of a Highly Respected Politician, <http://www.acrwebsite.org/volumes/v19/19073t01.gif>, abgerufen am 14.07.2018.
- Spiegel Online (28.11.2017), Deutschland: Neuer Rekord - so viele Studenten gab es noch nie, <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/studenten-neuer-rekord-2-85-millionen-menschen-studieren-a-1180648.html>, abgerufen am 16.08.2018.
- Statistisches Bundesamt (09.11.2016), Bildungsstand der Bevölkerung, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschung/Kultur/Bildungsstand/BildungsstandBevoelkerung5210002167004.pdf?__blob=publicationFile auf S. 9, abgerufen am 12.08.2018.

- Statistisches Bundesamt, Paare mit und ohne Kinder, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_1_Paare.html, abgerufen am 31.05.2018.
- Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 408 vom 15.11.2017, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2017/11/PD17_408_126.html, 31.05.2018.
- Ulrich, Bodo, Parteien – Wozu eigentlich?, Leipzig 1999.
- Universität Augsburg, Merkblatt zur Anlage empirischer Forschung, https://www.philso.uni-augsburg.de/lehrstuehle/schulpaed/verwaltung_downloads/studium/Merkblatt_Evaluation1.pdf, abgerufen am 24.06.2018.
- Universität Bremen, Kurs: Statistik vor Gericht, SoSe 2017, <http://empwifo.wiwi.uni-bremen.de/de/lehrveranstaltung>, abgerufen am 17.08.2018.
- VNR Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG, <https://www.zitate.de/autor/Iacocca%2C+Lee>, abgerufen am 24.07.2018.
- VNR Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG, <https://www.zitate.de/kategorie/Konfrontation>, abgerufen am 16.08.2018.
- Waschinski, Gregor (01.08.2018), Gesetz des Ministers im Kabinett, Welche Erfolgsaussichten Spahns Pläne für die Pflege haben, in Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/gesetz-des-ministers-im-kabinett-welche-erfolgsaussichten-spahns-plaene-fuer-die-pflege-haben/22865238.html>, abgerufen am 03.08.2018.
- Weber, Max, R. Stammers »Ueberwindung« der materialistischen Geschichtsauffassung, <http://www.zeno.org/nid/20011440201>, abgerufen am 29.06.2018.
- Weber, Max, Soziologische Grundbegriffe, Karl-Maria Guth (Hrsg.), Berlin 2015, Books on Demand.
- Weber, Max, Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie, <http://www.zeno.org/nid/20011440295>, abgerufen am 16.08.2018
- WHO (2016), The health and social effects of non medical cannabis use, <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/251056/1/9789241510240-eng.pdf?ua=1>, abgerufen am 07.11.2017.
- Wikia Deutschland, Der Ertrunkene Gott, http://de.gameofthrones.wikia.com/wiki/Der_Ertrunkene_Gott, abgerufen am 01.06.2018.
- Wirtschaftspsychologische Gesellschaft, <https://wpgs.de/fachtexte/forschungsdesigns/7-querschnittstudien-und-laengschnittstudien-als->

forschungsansätze/, abgerufen am 14.08.2018.

Wissenschaftsrat (09.11.2012), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, abgerufen am 15.08.2018.

Worbs, Susanne, Doppelte Staatsangehörigkeit in Deutschland, <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/254191/doppelte-staatsangehoerigkeit-zahlen-und-fakten?p=all#footnode4-4>, abgerufen am 07.08.2018.

Young, John Zachary/Margerison, Tom, Die Welt in der wir leben werden II, Vom Molekül zum Menschen, München 1969.

Abkürzungen

a.A.	andere Auffassung
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
Abl. SL	Amtsblatt des Saarlandes
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
bayr.	bayerisch(er)
BeckOGK-BGB	beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl. v.	Beschluss vom
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB AT	Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil

BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bio.	Billionen
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BnotO	Bundesnotarordnung
BReg	Bundesregierung
BremGBL	Bremer Gesetzblatt
bspw.	Beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung
BW	Baden-Württemberg
BWNNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	Bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
C.c.	Code Civil
ca.	Circa
Cap.	Capitolo
CDU	Christlich Demokratische/-n Union
CIC	Corpus Iuris Civile
CramersV	Stärke des Zusammenhangs zwischen nominalskalierten Merkmalen
DIA	Deutsches Institut für Altersvorsorge
DJT	Deutscher Juristentag
DM	Deutsche Mark
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutsches Notarinstituts
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dtn	Deuteronomion
e.A.	Engere Auffassung
Eckpf. ZivilR	Eckpfeiler Zivilrecht
Engl.	Eglisch/e/r
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbStG	Erbschaftssteuergesetz
ErR	Erbrecht
EU	Europäische Union
EU-ErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	Folgende
F.	Frage
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
FGPRax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
franz.	französisch/-e/-r
FS	Festschrift
GBL. BW	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
gem.	Gemäß
Gen	Genesis
GG	Grundgesetz
ggü.	Gegenüber
grds.	Grundsätzlich
GVBl.	Gesetzverkündungsblatt
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende/-r Meinung
HeimG	Heimgesetz
Hm	Hamburgisches
Hs.	Halbsatz
HU	Humboldt-Universität
i.F.d.	in Form des/der
i.R.d.	im Rahmen der/des
i.R.e.	im Rahmen eines/einer
i.R.i.	im Rahmen ihrer/s
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
jew.	Jeweils
Jh.	Jahrhundert
Jh.s	Jahrhunderts
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPK-BGB	Juris Praxiskommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KZFPSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LG	Landgericht
lit.	littera
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LSA	Sachsen-Anhalt
LU	Lutherbibel

M	Mittelwert
m.M.	Mindermeinung
m.W.n.	mit weiteren Nachweisen
Md	Median
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
Mt	Matthäus
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
N	Größe der Grundgesamtheit
n. Chr.	Nach Christus
Nds.	Niedersächsisches
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-BGB	NomosKommentar BGB
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o.g.	Oben genannte/-s/-r
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG-Report
p	Signifikanzwert
Praxis-HB	PraxisHandbuch Erbrechtsberatung
ErbR-Beratung	
Prot V	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
r	Korrelationskoeffizient
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RnotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RP	Rheinland-Pfalz
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
r_s	Korrelationkoeffizient nach Spearman
S.	Seite
S.	Satz
Sächs	Sächsisches
SächsBGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen

SD	Standardabweichung
SGB	Sozialgesetzbuch
sic!	Hinweis auf tatsächliche Schreibweise
Sig.	Signifikanz
sog.	sogenannte/r/-s
SoSe	Sommersemester
Str.	strittig/e/
t	Ergebnis des t-tests
Teilurt.	Teilurteil
TestG	Testamentsgesetz
Thür	Thüringen
U	Ergebnis des Mann-Whitney-U-Tests
u.a.	unter anderem
Überbl.	Überblick
unstrittig	unstrittig/e
Urt. v.	Urteil vom
v. Chr.	vor Christus
VerwArch	Verwaltungsarchiv
Vgl.	Vergleich/e
Vorbem.	Vorbemerkungen
WHO	World Health Organisation
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z	z-Wert
z.B.	zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtsrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
zit.	Zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
χ^2	Chi-Quadrat-Test

Abbildungen

Abbildung 1: Grundmodell des Untersuchungsverlaufs.....	15
Abbildung 2: Selbstverantwortung durch Einsichtsfähigkeit.....	22
Abbildung 3: Verbleibende Selbstbestimmtheit trotz mangelnder Einsichtsfähigkeit.....	22
Abbildung 4: Erbrecht und Testierfreiheit als Naturrecht.....	26
Abbildung 5: Erbrecht und Testierfreiheit als positives Recht.....	27
Abbildung 6: Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie und der Selbstbestimmungsfreiheit.....	35
Abbildung 7: Testierfreiheit als Ausfluss des Erbrechts in Art. 14 I 1 GG.....	36
Abbildung 8: Anforderungen und Vollzug der Widerrufsquadriga.....	76
Abbildung 9: Der Prozess der Willensbildung.....	78
Abbildung 10: Die Lossagungsrechte beim Einzeltestament.....	96
Abbildung 11: Verfügungskonstruktion für das gemeinschaftliche Testament...103	
Abbildung 12: Widerruf erlischt „mit dem Tode“ de lege lata.....	132
Abbildung 13: Widerruf erlischt mit Testierunfähigkeit, Anfechtung besteht mit Tod.....	133
Abbildung 14: Mit Testierunfähigkeit erlischt Widerruf und entsteht Selbstanfechtung.....	134
Abbildung 15: Der Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament.....	143
Abbildung 16: Die Anfechtung beim gemeinschaftlichen Testament.....	151
Abbildung 17: Die Lossagungsrechte beim Erbvertrag.....	163

Abbildung 18: Die vier Schritte rechtssoziologischen Forschens.....	184
Abbildung 19: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie im Kontext der Rechtsdogmatik	189
Abbildung 20: Zyklus von Empirie, Induktion, Theorie und Deduktion.	195
Abbildung 21: Empirische Sozialforschung und Alltagswissen im Vergleich.	198
Abbildung 22: Aktuelle Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft.....	200
Abbildung 23: Implementierung der Clusterbildung in die Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft.	202
Abbildung 24: Kohärenz zwischen Rechtssoziologie und Empirischer Sozialforschung.	208
Abbildung 25: Ablauf empirischer Forschung.....	218
Abbildung 26: Gütekriterien und deren Beziehung.	220
Abbildung 27: Gebote und Verbote der Fragebogenkonstruktion.	234
Abbildung 28: Gliederung der Items im finalen Fragebogen.	248
Abbildung 29: Angewandte Skalenarten im Fragebogen.	248
Abbildung 30: Zeitleiste der Fragebogenkonstruktion.....	249
Abbildung 31: Erhebungsdesign.	251
Abbildung 32: Statistische Verfahren zur Berechnung der Unterschiede der zentralen Tendenz in den Forschungsfragen (1) bis (3).....	252
Abbildung 33: Erläuterung des Boxplots.....	253
Abbildung 34: Statistisches Verfahren zur Berechnung des Zusammenhangs der personenbezogenen Daten und der Meinungsfragen.	254
Abbildung 35: Statistisches Verfahren zur Berechnung des Zusammenhangs der Meinungsfragen miteinander.....	255
Abbildung 36: Beispiele für Korrelationsdiagramme.....	256
Abbildung 37: Verteilung der Probanden nach Geschlecht und Altersgruppe.	260
Abbildung 38: Balkendiagramm über das Alter der Probanden und deren Verteilung.....	261
Abbildung 39: Verteilung der Probanden auf die vier Kategorien der Wohnorte.....	262
Abbildung 40: Verteilung der Probanden auf ihren Familienstand und ihre Abkömmlinge.....	262
Abbildung 41: Verteilung der Probanden auf ihren Berufsabschluss.	263
Abbildung 42: Verteilung der Personengruppen, denen eine Vorsorgevollmacht ausgestellt wurde.....	264
Abbildung 43: Verteilung der Probanden auf die Verfügungsarten.	264
Abbildung 44: Probandenverteilung auf die Gründe für kein Testament bzw. keinen Erbvertrag.	265
Abbildung 45: Verteilung der Probanden auf das Vorhaben noch zu verfügen.	266
Abbildung 46: Auswirkung der personenbezogenen Variablen auf das Testierverhalten.....	267
Abbildung 47: Kombinierte Darstellung von Verfügungsarten und dem Alter der Teilnehmer.....	268

Abbildung 48: Auswirkung des Geschlechts auf das Testierverhalten.....	269
Abbildung 49: Auswirkung des Wohnorts auf das Testierverhalten.....	269
Abbildung 50: Auswirkung des Familienstands auf das Testierverhalten.....	270
Abbildung 51: Auswirkung vorhandener Abkömmlinge auf das Testierverhalten.....	271
Abbildung 52: Auswirkung des Bildungsniveaus auf das Testierverhalten.....	272
Abbildung 53: Auswirkung der personenbezogenen Variablen auf das Lossagungsverhalten.....	273
Abbildung 54: Auswirkung des Familienstands auf das Widerrufsverhalten.....	274
Abbildung 55: Auswirkung des Bildungsniveaus auf das Widerrufsverhalten.....	275
Abbildung 56: Antwortverhalten Probanden in Bezug zu den Zielfragen 49-54.....	276
Abbildung 57: Verteilung der Antworten auf die Meinungsfragen.....	278
Abbildung 58: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 49.....	279
Abbildung 59: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 50.....	279
Abbildung 60: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 51.....	280
Abbildung 61: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 52.....	280
Abbildung 62: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 53.....	281
Abbildung 63: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 54.....	281
Abbildung 64: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 55.....	282
Abbildung 65: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 56.....	283
Abbildung 66: Visualisierung der untersuchten Variablen zu Forschungsfrage (5).....	283
Abbildung 67: Signifikanzen in der Korrelation personenbezogener Angaben und Zielfragen.....	285
Abbildung 68: Visualisierung der untersuchten Variablen zu Forschungsfrage (6).....	286
Abbildung 69: Signifikanzen in der Korrelation der Zielfragen miteinander.....	288

1 Problemaufriss und Ziele dieser Ausarbeitung

*„Alter; alle wünschen es zu erreichen;
haben sie es dann erreicht, dann beklagen sie sich darüber[.]“¹*

Schätzungen zufolge wird in der Bundesrepublik Deutschland seit 2011 bis in das Jahr 2020 ein Vermögen von rund 2,6 Bio. Euro vererbt.² Diese in Anbetracht einzelner, privater Vermögensverhältnisse beinahe irrealen Summe gliedert sich in Millionen Einzelschicksale auf, bedenkt man allein etwa 925.000 Sterbefälle im Jahr 2015.³ Und beinahe jeder Sterbefall zieht einen Erbfall nach sich, der seinerseits auf einem von zwei erbrechtlichen Grundpfeilern stützt. Entweder wird der Erblasser⁴ i.R.d. Universalsukzession gesetzlich beerbt oder er hat Zeit seines Lebens von seiner Testierfähigkeit Gebrauch gemacht. Auch oder gerade dann wird er so beerbt, wie er es möchte. Doch was geschieht, wenn ein Mensch nach Anfertigung eines Testaments oder eines Erbvertrages seine Meinung über dessen Inhalt oder Existenz ändert? Welche Möglichkeiten hätte er, wenn er zwischen-

¹ *Marcus Tullius Cicero* (106–43 v. Chr.) in Faltner, Cato der Ältere über das Alter, S. 11.

² *Braun*, Wirtschaftsdienst 2011, 724.

³ *Claussen*, Unsere Zukunft, S. 3.

⁴ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird größtenteils die Sprachform des generischen Maskulins verwendet. Es wird darauf hingewiesen, dass die ausschließliche Verwendung dessen geschlechtsunabhängig verstanden werden darf.

zeitlich erkrankt und seinen freien Willen nicht mehr äußern kann, äußere Umstände sich aber grundlegend geändert haben? Die sich mit diesen erbrechtlichen und praxisrelevanten Fragen aufdrängende Problematik verschärft sich, bedenkt man, dass sich in den letzten gut einhundert Jahren die Lebenserwartung von Männern und Frauen bis jetzt mehr als verdoppelt hat.⁵ Daraus folgt nicht nur ein Älterwerden der Gesamtgesellschaft, sondern auch eine langfristige Veränderung des Umgangs mit älteren Menschen in unserer Gesellschaft. Ihre Stimme nimmt im Anteil der Gesamtpopulation erheblich zu, weswegen es gilt, sie umso mehr anzuhören. Doch das Recht vermag dies nicht gänzlich allein leisten zu können, wenn es sich in seiner reinen Dogmatik befindet und sich Einflüssen von Außen verschließt. Es muss sich hierfür sozialwissenschaftlicher Aspekte bedienen, um einerseits Partizipation und Transparenz zu bieten und um sich andererseits selbst zukunftsfähig aufzustellen, um Antworten auf die sich aufdrängenden Fragen zu liefern. Hierfür kommt der Empirie eine entscheidende Rolle zu, deren Bedeutung für das Recht im Verlauf dieser Ausarbeitung verdeutlicht werden soll.

1.1 Herausforderungen geltenden Rechts

Die dem BGB zugrunde liegende, kürzeste Vorschrift hat ihren Platz in § 2254 BGB finden dürfen: *Der Widerruf erfolgt durch Testament*. Je ansehnlich bescheidener diese Formulierung scheint, desto diametraler wirkt die hinter ihr stehende Jurisprudenz. Ein Erblasser, der einst über sein Privateigentum eine verbindliche Rechtsnachfolge nach seinem Tode anordnete, kann sich aus unterschiedlichen Gründen, wie einer veränderten Lebenssituation, enttäuschten Erwartungen oder der Empathie anderen, bisher aus seiner Sicht zu wenig oder gänzlich nicht bedachten, Menschen ggü., wieder von seiner Verfügung lösen wollen. Neben verschiedenartigen, weiteren Möglichkeiten des erbrechtlichen Widerrufs, den Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung eines Testamentes nach § 2255 BGB, den Widerruf durch Rücknahme des notariellen Testamentes aus der amtlichen Verwahrung gem. § 2256 BGB und abschließend durch die Errichtung eines neuen Testamentes nach § 2258 BGB, verinnerlicht § 2254 BGB gleichsam drei grundlegende Wirksamkeitsvoraussetzungen, die sowohl für das Anfertigen als auch für das widerrufliche Lossagen von einem Testament gelten:

Um seine Anordnungen rechtsverbindlich für die Zeit nach seinem Ableben treffen zu können, muss der jeweilige Testator mit *Testierwillen* handeln, der die Bildung eines Rechtsbindungswillens immanent voraussetzt.⁶ Um den Vorstellungen des Testators über die Herstellung, Änderung, Aufhebung und den Inhalt seines Testamentes gerecht zu werden, wird seine *Testierfähigkeit* verlangt, § 2229

⁵ Statistisches Bundesamt: Frauen 38,45 (1871–1881 geboren), 48,33 (1901–1910 geboren), 68,48 (1949–1951 geboren), 83,06 (2013–2015 geboren); Männer 35,58 (1871–1881 geboren), 44,82 (1901–1910 geboren), 64,56 (1949–1951 geboren), 78,18 (2013–2015 geboren).

⁶ BGH WM 1976, 744 (745); BayObLG MDR 1980, 403; *Weidlich* in Palandt, § 2247 Rn. 5

BGB.⁷ Neben Aussagen zu den Rechten Minderjähriger trifft § 2229 BGB in Abs. 4 folgende Aussage: „Wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament *nicht* errichten.“ Ein bereits aktiv gewordener Testator, der nach dem Verfassen seiner Verfügung an einer der in § 2229 IV BGB enumerativ aufgezählten Beeinträchtigungen leidet, kann diese in Anlehnung an § 2254 BGB *de lege lata* auch nicht mehr widerrufen mit der Folge, dass die Verfügung ewig unabänderlich geworden ist und den Testator auf alle Zeit faktisch bindet.⁸ Die Trias vollendend fordert § 2064 BGB die *höchstpersönliche Errichtung* eines Testaments, sodass sich der Erblasser bei der Ausübung der Testierfreiheit seiner Verantwortung bewusst ist, sich einen abschließenden Willen gebildet und seine Verfügung vollumfänglich durchdacht zu haben.⁹

Hat ein Testator bereits eine Anordnung für die Zeit nach seinem Ableben getroffen und kann er nach der Verfügung die benannte Wirksamkeitstrias nicht mehr auf sich vereinen, so ergeben sich insbesondere der Erbrechtsdogmatik zugeordnete Problemfelder, die in dieser Arbeit maßgebender Untersuchungsgegenstand sind. Um sich die konkrete Problematik zunächst i.R.d. Widerrufs zu vergegenwärtigen, soll folgendes Fallbeispiel eine Hilfestellung sein.

Beispiel: Der alleinlebende A hat bis auf seine Schwester S keine Verwandten mehr und unterhält zu ihr ein gutes, freundschaftliches Verhältnis. Sehr guten Kontakt hat er zu seinem Freund und Kollegen K, den er im Alter von 48 Jahren testamentarisch zu seinem Alleinerben erklärt. Als vorausschauender Mensch schließt der A mit 50 Jahren eine umfassende Vorsorgevollmacht auch mit dem Lebensbereich der Gesundheitsvorsorge ab. Wenige Jahre später erkrankt der A im Alter von 55 Jahren an einer aggressiven Form von Demenz, die seine Testierfähigkeit auf Dauer ohne jedes luzide Intervall ausschließt. Fortan agiert seine Schwester S als seine Vorsorgebevollmächtigte, kümmert sich überdies persönlich vor Ort um dessen körperliche Pflege. Ein herber Lebenswandel und die Krankheit seines Freundes A lassen den K stark abstürzen. Neben Alkoholmissbräuchen beginnt der K die S, die er aus der Freundschaft zu K ebenfalls gut kannte, regelmäßig zu schlagen und zu vergewaltigen. Dies bekommt auch der an Demenz erkrankte A, soweit es die Erkrankung zulässt, mit. Aufgrund der Vorkommnisse sei nun danach gefragt, wie sich der A oder seine Vorsorgebevollmächtigte S vom Testament des A, den K als Alleinerben einzusetzen, lossagen können.

⁷ Weidlich in Palandt, § 2229 Rn.1.

⁸ Bei dieser sog. Bindung an das Einzeltestament aufgrund der eintretenden Testierunfähigkeit handelt es sich um deren faktische Folge, also um eine faktische Unanfechtbarkeit, indes nicht um eine Bindung im Rechtssinne. Eine solche kann jedoch an die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament und im Erbvertrag bestehen, weshalb ein formfreier Widerruf ausscheidet und nur eine Anfechtung wegen Willensmangels in Betracht kommt. Kann der Testator sich aufgrund seines Zustandes auch nicht mehr im Wege der Anfechtung lösen, tritt hingegen eine faktische Unanfechtbarkeit ein.

⁹ BGHZ 15, 199.

Lösung: Die einseitige, testamentarische Anordnung des A stellt eine Verfügung von Todes wegen dar. Als Lösungsmöglichkeit könnte der A, ebenso wie die S, versuchen, die Verfügung zu widerrufen. Da auch der Widerruf durch Testament erfolgt, der A jedoch auf Dauer und ohne jedes luzide Intervall testierunfähig ist, kann er sein Testament mangels wirksamer Abgabe der Erklärung nicht widerrufen. Die Vorsorgebevollmächtigte S kann ebenfalls nicht widerrufen, da gem. § 2064 BGB eine höchstpersönliche Errichtung des Testamentes und mithin auch des Widerrufs gefordert wird. Man mag darüber nachdenken können, ob der S ein Anfechtungsrecht i.S.v. § 2080 I BGB bereits zu Lebzeiten des A zusteht. Würde nämlich die Verfügung des A aufgehoben, wäre S Alleinerbin, §§ 1922, 1925 I BGB, und nicht mehr der K. Als Grund für die Anfechtung käme ein Motivirrtum gem. § 2078 II BGB des A über die persönliche Entwicklung des K in Betracht. Problematisch daran ist jedoch, dass der A auf Dauer und ohne jedes luzide Intervall testierunfähig ist und er daher nicht selbst anfechten kann.

Insgesamt nimmt die Anzahl der Menschen, die noch lange nach Errichtung ihres Testaments weiterleben, aber inzwischen nicht mehr testierfähig sind, immer weiter zu, was die Frage aufwirft, ob nicht ein gesetzlicher Vertreter des Erblassers ein Anfechtungsrecht für den Erblasser bereits zu dessen Lebzeiten ausüben kann.¹⁰ In der Literatur wird dies angenommen und mit einer teilweisen Analogie zum Erbvertrag begründet, bei dem das Anfechtungsrecht aus der lebzeitigen Bindungswirkung resultiert.¹¹ Doch lässt sich diese Argumentation bei näherer Betrachtung vermutlich weniger halten: Dem Gesetzgeber war bzw. ist der testierunfähige Erblasser nicht unbekannt, da er für die Irrtumskorrektur zwei explizit genannte Fälle vorsieht und es somit keine planwidrige Regelungslücke geben mag. Ebenso wenig scheint die Interessenlage vergleichbar, weil der Erblasser, der durch einen Erbvertrag gebunden ist, durch sein Selbstanfechtungsrecht primär seine Testierfreiheit wiedererlangt, welche beim Einzeltestament hingegen nach wie vor Bestand hat.¹²

Auch andere Ausschlussgründe für K als Erbe, z.B. wegen Erbunwürdigkeit gem. § 2339 BGB, greifen nicht, weil sich seine Taten nicht gegen den Erblasser A selbst richten. Denn nur die Würde des Erblassers – als Träger der Testierfähigkeit – ist Schutzobjekt von § 2339 BGB.¹³ Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass die Verfügung bindend bleibt und sich A und S von ihr nicht mehr lösen können.

Das vorangegangene Beispiel verdeutlicht mühelos, dass zwischen beinahe grenzenloser Macht des Testators und seiner unendlichen Ohnmacht nur ein ver-

¹⁰ Otte in Staudinger (2013), § 2080 Rn. 32.

¹¹ Siehe dazu Harke, JZ 2004, 180; Zimmer, NJW 2007, 1713.

¹² Otte in Staudinger, § 2080 Rn. 33; hierbei ist grundlegend zu differenzieren, dass der Testator seine Testierfreiheit bei einer Anfechtung des Erbvertrags aus einer rechtlichen Bindung heraus wiedererlangen würde, während er beim Einzeltestament weiterhin rechtliche Testierfreiheit genießt, die er jedoch aufgrund der faktischen Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit jedoch nicht ausüben könnte.

¹³ Simon in Erman, § 2339 Rn. 2.

gleichsweise kleiner Schritt liegen kann.¹⁴ Anders herum lässt sich aber ebenso argumentieren, ob es nicht gerade Ausfluss und Wille unseres Gesetzes ist, durch einmal getroffene Entscheidungen die möglichst größte Bindungswirkung zu erzielen und ob nicht insbesondere dieses Schutzniveau, eine zuletzt wirksam getroffene Entscheidung, die auf Grundlage eines originär selbstbestimmten Willens basiert, Bestand behalten muss, Ausprägung unseres Erbrechts sein soll. Die Probleme nehmen indes aber noch zu, wenn nach der Möglichkeit einer Anfechtung der Verfügung von Todes wegen gefragt wird, beide Lossagungsrechte mit den testamentarischen Formen des gemeinschaftlichen Testamentes gem. §§ 2265 ff. BGB oder des Erbvertrages gem. §§ 2274 ff. BGB kombiniert werden und die Ehe- oder Vertragspartner divergierende Vorstellungen über die Lossagung von ihren Verfügungen haben oder noch ein Dritter, sei es ein Vorsorgebevollmächtigter, ein rechtlicher Betreuer gem. § 1896 BGB oder gar ein übergangener Erbe, in die Konstruktion inkludiert sind.

Ein zusätzliches Problem bildet die immer weiter steigende Lebenserwartung und der sich damit verändernde Testierzeitpunkt. Nach aktuellen Erkenntnissen¹⁵ besteht bei 2013–2015 geborenen Männern im Vergleich zu 1901–1910 geborenen Männern eine fast doppelt so hohe Lebenserwartung von 78,18 Jahren zu 44,82 Jahren. Bei im Schnitt älter werdenden Frauen liegt die Erwartung im genannten Zeitraum statt bei 48,33 mittlerweile bei 83,06 Jahren. Diese steigende Lebenserwartung stellt unser geltendes Erbrecht in qualitativer und quantitativer Hinsicht vor große Herausforderungen, da es insbesondere mit Blick auf die Lebenserwartungen unter gänzlich anderen Voraussetzungen verfasst und kodifiziert wurde.¹⁶ Auf die Frage, ob Testierzeitpunkte ebenso steigen wie die Lebenserwartung oder sich hierbei anderweitige Erkenntnisse offenbaren, wird im Verlauf dieser Arbeit i.R.e. Fragenbogenstudie noch weiter eingegangen.

Ein Blick in das Kodifikationsjahr 1900 verrät, dass der Deutsche Bund erst seit 34 Jahren Geschichte war und sich das mit 56.345.014 Einwohnern große deutsche Land im zweiten kaiserlichen Reich befand.¹⁷ Während in China der Boxeraufstand ausbrach, war Bernhard von Bülow deutscher Reichskanzler. Im Jahr 1871 begann die Rechtswissenschaft, die bis dahin beinahe ausschließlich mit Pandekten und Digesten, also mit lediglich zusammengestellten Auszügen bisheriger

¹⁴ Vgl. zur schier grenzenlosen Macht das illustre Beispiel „Duncans Testament“ von *Wendt*, ZErB 2010, 45; Zur Unzumutbarkeit und zur übermäßigen Fremdbestimmung von Erben *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (87).

¹⁵ Statistisches Bundesamt: Frauen 38,45 (1871–1881 geboren), 48,33 (1901–1910 geboren), 68,48 (1949–1951 geboren), 83,06 (2013–2015 geboren); Männer 35,58 (1871–1881 geboren), 44,82 (1901–1910 geboren), 64,56 (1949–1951 geboren), 78,18 (2013–2015 geboren).

¹⁶ Hierauf nimmt in *Röthel* in AcP 210 (2010), S. A 16 Bezug, indem sie darstellt, dass mehr als die Hälfte aller Testatoren erstmals oder wiederholt nach Vollendung des 70. Lebensjahrs und etwa 20% nach Vollendung des 80. Lebensjahrs testieren, die fehlende Repräsentanz dieser Daten aufgrund des empirischen Desiderats aber ebenso preisgibt. Dem Statistischen Bundesamt liegen dafür jedenfalls keine Daten vor.

¹⁷ Vgl. *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 250.

ger rechtswissenschaftlicher Ausarbeitungen, arbeitete, die „Zweite Rezeption römischen Rechts“¹⁸. Um die gewonnenen Erkenntnisse in umfassendes geltendes Recht zu wandeln und damit dem erst jüngst geeinten Vielvölkerstaat ein gemeinsames Recht zu verleihen, erhielt das Reich im Jahr 1873 die Kompetenz, das bürgerliche Recht in seinen Grenzen zu vereinheitlichen. Fortan wurden in über zwei Jahrzehnten und in vielen Kommissionen insgesamt drei Entwürfe für das neue BGB herausgearbeitet.¹⁹ Die grundlegenden Faktoren hierzu haben sich seitdem in vielerlei Hinsicht verändert, durfte man doch davon ausgehen, dass durch die zur Verfügung stehenden Güter und Vermögensverhältnisse und durch die Überwindung mitteleuropäischer Kriegszustände ganz im Gegensatz zur heutigen Zeit lebzeitiges Schenken deutlich weniger im Fokus stand und das Erben als solches noch einen höheren Stellenwert genoss.²⁰ Anhaltspunkte könnten darin liegen, dass den von Wirtschaftskrisen und Kriegen gezeichneten deutschen Landen Jahre der Eintracht und des Friedens in Europa völlig fremd waren. Freilich darf aufgrund sich ändernder Umstände nicht zugleich von einer vorhandenen Schwäche des geschriebenen und fortentwickelten Rechts ausgegangen werden. Es wäre jedoch ein offensichtliches Versäumnis, künftigen Herausforderungen nicht mit einem breit angelegten Diskurs zu begegnen.²¹

Dogmatische Schwächen des Erbrechts, auf die im Verlauf dieser Arbeit noch weiter eingegangen wird, und die angesprochenen, demographischen Herausforderungen münden gleichsam in einem weiteren Problemfeld: Der Testierunfähigkeit. Insbesondere betagte Testatoren sind von ihr betroffen, weil es oftmals Alterskrankheiten, insbesondere dementielle Erkrankungen, sind, welche Testierunfähigkeiten begründen. Es wird geschätzt, dass die Anzahl der Menschen im Alter von über 65 Jahren bis zum Jahr 2060 auf etwa 23-24 Mio. zunehmen wird, von denen ca. 3 Mio. an dementiellen Krankheiten leiden werden.²² Das bedeutet, dass etwa jeder siebte bis achte der über 65-jährigen im Jahr 2060 von Demenz betrof-

¹⁸ Schlosser, Privatrechtsgeschichte, S. 153.

¹⁹ Ausführlich dargestellt ist der Gang der Gesetzgebungsarbeiten bei Honsell in Staudinger (2013), Einl. BGB Rn. 74 ff.

²⁰ Harari, Homo Deus, S. 24: „Wer behauptet, die Welt des Jahres 2016 sei genauso hungrig, krank und gewalttätig, wie sie es 1916 war, der hält an dieser uralten defätistischen Sichtweise fest.“

²¹ So besteht die Notwendigkeit eines offensichtlichen Diskurses umso stärker, je mehr empirische Daten einem Forschungsvorhaben fehlen. Ein aktuelles Beispiel findet sich in der Diskussion um die Legalisierung von Cannabis: Aus einer Studie der WHO aus dem Jahr 2015 ergibt sich, dass über die gesundheitlichen und gesellschaftlichen Auswirkungen des nichtmedizinischen Cannabis-Konsums weniger Erkenntnisse vorliegen als über den Konsum von Alkohol oder Tabak. WHO (2016), The health and social effects of non medical cannabis use, <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/251056/1/9789241510240-eng.pdf?ua=1>, S. 40, abgerufen am 07.11.2017; es wird sogar gesagt, dass es einhundert mal weniger Daten seien: Cresy, Daniel (02.09.2015), Das Cannabis-Experiment, in Spektrum der Wissenschaft, <http://www.spektrum.de/news/welche-folgen-hat-die-legalisierung-von-cannabis/1364062>, abgerufen am 07.11.2017.

²² Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V., Infoblatt 1, Die Häufigkeit von Demenzerkrankungen, https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf, S. 5, abgerufen am 16.08.2018.

fen sein wird. Parallel hat sich in den letzten Jahren bereits die Zahl der Betreuungsfälle drastisch erhöht, sodass im Jahr 1992 noch 419.000 und 2005 schon 1.100.000 Fälle registriert waren.²³ Gleiches vermag für die Zahl pflegebedürftiger Menschen gelten: Waren es im Jahr 2009 in der Bundesrepublik Deutschland noch 2,34 Mio., von denen 555.198 Menschen ambulant durch Pflegedienste versorgt wurden und von denen deutlich mehr als die Hälfte älter als 80 Jahre war²⁴, werden es nach aktuellen Schätzungen im Jahr 2020 2,9 Mio., im Jahr 2030 bereits 3,4 Mio. und im Jahr 2050 gar 4,5 Mio. pflegedürftige Menschen sein²⁵, von denen 12% über 80 Jahre alt sein werden²⁶. Stellt man diese drei Problemkreise der erbrechtlichen Dogmatik, der Demographie und der Alterskrankheiten nebeneinander, so verdeutlichen sie, dass es Anspruch unserer Gesellschaft sein muss, Antworten auf die sich aufdrängenden, zukunftsorientierten Fragen zu geben. „Die Sorge um die Zeitgemäßheit unserer erbrechtlichen Institutionen und Instrumente bleibt also eine Daueraufgabe.“²⁷

Dahingehend drängt sich die Frage auf, welche Mittel für die Bewältigung dieser Daueraufgabe zur Verfügung stehen. Das Recht selbst vermag dies nur in wenigen Ansätzen zu leisten, kann sich das gesetzte Recht doch wohl nur ggü. seinem Setzen selbst, nicht aber ggü. seinen Inhalten rechtfertigen.²⁸ Um die Zeitgemäßheit erbrechtlicher Institutionen und Instrumente zu gewährleisten, bedarf es eines progressiven Mittels, das wandlungs- und anpassungsfähig ist. Es bedarf weniger theoretischer und mehr wirklicher Wahrnehmung der Gegebenheiten²⁹, um ggü. der Kritik des wirklichkeitsblinden Agierens zu bestehen³⁰. Die noch viel zu verhaltene Anwendung empirischer Sozialforschung ist schon lange keine Einzelkritik mehr³¹, sondern stößt vermehrt auf Zuspruch. Eine nicht übermäßige Selbstreflexion zeigt, dass mit der Analyse und dem Verstehen von Sachverhalten bereits empirische Forschung im Recht stattfindet, sie den Rechtswissenschaften nicht fremd ist. Das Recht selbst aber ist kaum proaktiv, sondern grundlegend reaktionär ausgestaltet³² – mit gutem Grund: Es soll sich nicht unkontrolliert selbständigen, sondern verändern, wenn es angezeigt ist. Dafür benötigt es die

²³ Vgl. *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (Fn. 1).

²⁴ Zit. nach *Ludyga*, NZS 2013, 201.

²⁵ Gem. Dtsch Ärzteblatt vom 22.11.2010, 1132 verdoppelt sich die Zahl der Pflegebedürftigen – m.w.N.

²⁶ *Haberkern/Szydlík*, KZfSS 60 (2008), 79.

²⁷ *Räthel*, AcP 210 (2010), S. A 12.

²⁸ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 2 f.

²⁹ *Rückert*, NJW 1995, 1251 (1257).

³⁰ *Schelsky*, Die Soziologen und das Recht, S. 197.

³¹ *Raiser*, Rechtssoziologie, S. 17 ff.; *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 1 ff.

³² Hierfür spricht die Erläuterung des Umgangs mit rechtlichen Problemen, die oftmals nicht als solche oder überhaupt als Problem wahrgenommen werden, weil die notwendige Sensibilität auf Seiten des Rechtsträgers fehlt. Der Charakter des Rechts lässt sich ein Stückweit daraus ableiten. Siehe hierzu *Hommerich/Kilian*, NJW 2008, 626 (627).

Empirie wie die Rechtsgeschichte ihre historischen Auslegungsbedürfnisse³³ – sie bilden eine nicht von der Hand zu weisende Symbiose. Daran können auch anderen Disziplinen partizipieren, denn auch zu den Erkenntnissen der Neurowissenschaft müssen aus eigener juristischer Betrachtung Antworten gefunden werden können.³⁴ Mit Blick auf das Erb- und Testamentsrecht stellt sich dabei leider heraus, dass die Sozialforschung nur einen kleinen, sehr überschaubaren Lebensraum abdeckt.³⁵

Während juristische Herangehensweisen regelmäßig zwischen Nützlichkeits- und Pflichtenethik abwägen, üben Menschen Rechte regelmäßig dann aus, wenn sie ihrer Ansicht nach ihrem Nutzen dienlich sind.³⁶ So muss zwangsläufig auch danach gefragt werden, ob unser Umgang mit den Begriffen der Willensfreiheit, der Höchstpersönlichkeit und auch der Irrtümer, der sich insoweit als einzigartig präsentiert³⁷, den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Ob ein reales Bedürfnis für Lossagungsrechte testierunfähig gewordener Erblasser, ein die Lossagungserklärung Empfangender oder gar Dritter besteht, mehr oder weniger Flexibilität oder Schutz im Alter erwünscht ist, kann vor allem die alternde Gesellschaft selbst beantworten, wenn sich zwischen Dogmatik und Empirie eine hinreichende Evidenz herstellen lässt. Hierfür ist ein empirischer Ansatz grundlegende Voraussetzung. Unbestritten besteht im Erbrecht und gemeinhin im gesamten Zivilrecht ein gehöriges Desiderat empirischer Sozialforschung, das dem empirischen Fortschritt des öffentlichen Rechts bereits um Einiges nachsteht.³⁸

1.2 Inhaltliche und methodische Darstellung des Vorhabens

Die soeben geschilderte Symbiose zwischen den dogmatischen Elementen des Rechts und den Chancen der empirischen Sozialforschungen soll ein maßgebender Bestandteil dieser Ausarbeitung sein.³⁹ Hierbei ist von erhöhter Relevanz, beide Kernbereiche als Äquivalente für sich genommen in einer sinnhaften Struktur darzustellen und sodann die innere und äußere Kohärenz zwischen Empirie und Recht zu erläutern. Das evidente Desiderat empirischer Daten mündet in der unaufschiebbaren Notwendigkeit der Empirie für die Rechtswissenschaften.

³³ *Blankenburg* in Blankenburg, Empirische Rechtssoziologie, S. 9.

³⁴ *Heun*, Die grundgesetzliche Autonomie, S. 276 ff.

³⁵ *Beckert*, Erben in der Leistungsgesellschaft, S. 217.

³⁶ *Mastronardi*, Juristisches Denken, Rn. 22 f.

³⁷ Wie *Medicus/Petersen*, BürgR, Rn. 146, Bezug nehmend auf *Petersen*, JURA 2006, 660 und nochmals auf *Petersen* JURA 2005, 597, feststellt.

³⁸ *Vofskuble*, VerwArch 85 (1994), 567 ff.

³⁹ Die grundlegende Zweiteilung dieser Ausarbeitung ist u.a. motiviert durch *Markmanns* Einteilung in einen „geschichtlichen und in einen dogmatischen Teil“ (*Markmann*, Der Reichsstathalter, S. 1).

1.2.1 Darstellung des dogmatisch-normativen Inhalts

Zunächst werden grundlegend der Testierwille, die Testierfähigkeit und die Höchstpersönlichkeit als Ausprägungen der Testierfreiheit⁴⁰ aus der Selbstbestimmung im Recht, historischer Perspektive, den Gedanken der Privatautonomie und ihrer Grundströmungen sowie den Verfassungsstrukturen hergeleitet und abschließend definiert. Ein besonderes Augenmerk liegt hierbei auf dem Kriterium der Testierfähigkeit⁴¹, insbesondere im Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit und auf ihrem Nichtvorliegen, der Testierunfähigkeit. Hieran knüpft sich ebenso die Stellvertreterproblematik bei der Lossagung von Testamenten oder Erbverträgen mit Blick auf die Notwendigkeit der höchstpersönlichen Vornahme an.

Im Verlauf der normativen Forschung soll aufgezeigt werden, wie das geltende Erbrecht aktuellen Herausforderungen strukturell begegnet. Hierbei spielt es eine Rolle, die drei möglichen Formen der letztwilligen Verfügungen zunächst gesetzesystematisch zu gliedern und ihre Problemkreise mit den jeweils vertretenen Ansichten aus Rechtsprechung und Literatur darzustellen. Diese werden dann einerseits unterteilt in die ausübenden Rechtsträger, also den Erblasser, einen Bevollmächtigten bzw. einen Betreuer und eine dritte Person, insbesondere ebenfalls in Betracht kommende Erben und Pflichtteilsberechtigte, andererseits in die Lossagungsrechte des Widerrufs und der Anfechtung. Alle in Betracht kommenden Gliederungspunkte sollen dann mit der Voraussetzung, dass der Testator testierunfähig ist, konfrontiert werden.

Die Sinnhaftigkeit dieser auf einem normativen Untersuchungsansatz basierenden Darstellung besteht darin, dass zum einen auch der Widerruf durch Testament erfolgt, er also spiegelbildlich die gleichen Voraussetzungen verinnerlicht wie das Testament selbst, und zum anderen darin, dass sich dogmatische Unsauherkeiten erbrechtlicher Vorschriften, wie z.B. ungerechtfertigte Verweise zwischen Widerruf und Anfechtung, systematisch herausarbeiten und aufzeigen lassen. Ein besonders prägnantes Beispiel dafür ist der Verweis, dass dem Erblasser für eine Lossagung von seinem Einzeltestament kein Anfechtungsrecht zusteht bzw. zustehen brauche, weil er seine Verfügungen jederzeit frei widerrufen könne.⁴² Ob ein derart pragmatischer Hinweis diese komplizierte Systematik hinreichend aufgreift, mag an dieser Stelle bezweifelt werden. So setzt der Widerruf voraus, dass der Erblasser testierfähig ist.⁴³ Sobald er testierunfähig ist, steht ihm die Möglichkeit des Widerrufs nicht mehr zu.⁴⁴ Somit läuft der Verweis ab diesem Zeitpunkt ins Leere.

⁴⁰ Kapitel 2.1.1.

⁴¹ Kapitel 2.1.2.2.

⁴² *Edenhofer* in Palandt (2008), § 2281 Rn. 2; *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2281 Rn. 2.

⁴³ *Baumann* in Staudinger, § 2253 Rn. 7; *Hagena* in MüKo-BGB, § 2253 Rn. 7; *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2253 Rn. 2; *Weidlich* in Palandt, § 2253, Rn. 2; *Lange*, ErbR, S. 351.

⁴⁴ *Lebrmann* in jurisPK-BGB, § 2080 Rn. 2; *Harke*, JZ 2004, 180 (181).

Die Schwierigkeiten in diesem Bereich nehmen indes zu, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine Anfechtung des Erbvertrages gem. § 2281 I BGB und wechselbezüglicher Verfügungen in entsprechender Anwendung der §§ 2081 ff. i.Vm. §§ 2078, 2079 BGB möglich ist.⁴⁵ Denkt man hinzu, dass die zweite BGB-Kommission den heutigen § 2282 II BGB einführte, wonach für einen geschäftsunfähigen Erblasser dessen Betreuer den Erbvertrag mit Genehmigung des Betreuungsgerichts anfechten kann, und damit die Anfechtung vom Gebot der Höchstpersönlichkeit befreit hat, erscheint die generelle Unmöglichkeit der Selbstanfechtung einer letztwilligen Verfügung wenig sachgerecht. Es wäre mit *Harke* sogar anzunehmen, dass die Kommission damit unbewusst die Möglichkeit der Anfechtung einer letztwilligen Verfügung durch den gesetzlichen Vertreter eines testierunfähigen Erblassers eröffnet hat: Denn wenn ein Erbvertrag durch einen gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen wirksam angefochten und damit zu Fall gebracht werden kann, muss die Anfechtung eine andere rechtliche Struktur als die angegriffene letztwillige Verfügung aufweisen – womit bei ihr eine Ausnahme vom Gebot der Höchstpersönlichkeit zu machen und Stellvertretung möglich wäre.⁴⁶

Ein weiterer Widerspruch verbirgt sich ferner hinter der Lossagung eines testierunfähigen Ehegatten beim gemeinschaftlichen Testament. *Helms* stellt dar, dass die Rechtsprechung in dieser Sache bisher noch nicht entschieden habe, die Literatur hingegen das Problem auf zwei Ansätze hin versucht zu lösen:⁴⁷ Während die einen von einer unzulässigen Stellvertretung ausgehen würden, stützten die anderen, zuvorderst *Zimmer*, einen wirksamen Widerruf gesetzlichen Vertreters auf § 2282 II BGB analog samt Genehmigungsvorbehalt des Vormundschaftsgerichts. Er selbst geht sogar noch weiter, denn er sieht im nicht gerechtfertigten Verweis des Widerrufs auf die Anfechtung schon aus Gründen der Rechtssicherheit im Falle der Testierunfähigkeit ein Bedürfnis nach dem Instrument der Anfechtung.⁴⁸

Probleme um die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz existieren ebenso in der umgekehrten Konstellation, wenn also der den Widerspruch empfangende Ehegatte testierunfähig ist. Hierbei besteht in der Rechtsprechung weitestgehend Einigkeit darüber, dass ein Widerruf auch dann möglich ist, wenngleich praktisch relevante Rechtsfragen entstehen, ob der dann für den testierunfähigen Ehegatten agierende Betreuer auch die Vermögenssorge zu seinem Aufgabenkreis zählen muss⁴⁹, oder ob der Widerruf nur ggü. rechtlichen Betreuern oder auch ggü. Bevollmächtigten angezeigt wäre⁵⁰. Argumentativ wird insbesondere vertreten, dass die Annahme einer Widerrufserklärung entgegen letztwilliger Verfügungen keine

⁴⁵ *Edenfeld* in Groll, Praxis-HB, VII., Rn. 134; *Reymann* in jurisPK-BGB, § 2271 Rn. 71.

⁴⁶ Vgl. *Harke*, JZ 2004, 180 (181).

⁴⁷ *Helms*, DNotZ 2003, 104 (109).

⁴⁸ *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1714).

⁴⁹ Vgl. LG Hamburg DNotI-Report 2000, 86.

⁵⁰ LG Leipzig FamRZ 2010, 403.

höchstpersönliche Vornahme verlange⁵¹, der Wortlaut des § 2271 II 1 Hs. 2 BGB nicht an die Testierunfähigkeit, sondern an den Tod, anknüpft⁵², und dem gemeinschaftlichen Testament nicht mehr Bindungswirkung als dem Erbvertrag zukommen dürfe⁵³. Dem schließen sich aus literarischer Sicht insbesondere auch *Helms* und *Zimmer* an.⁵⁴ Eine ebenso breite Zustimmung findet sich – wie es *Vollmer* fordert – dafür, die Testierunfähigkeit nicht dem Tod gleichzusetzen.⁵⁵ Darüber hinaus sei kein überwiegendes Interesse für eine Lossagung, wie es *Damrau* und *Bittler* beschreiben, zu erkennen.⁵⁶ Während *Jestaedt* die Widerrufsmöglichkeit maßgeblich auf die Konsequenz stützt, sie nicht nach dem Tod zuzulassen, zu Lebzeiten aber auszuschließen,⁵⁷ argumentiert *Keim* dahingehend, dass es gerade Ausdruck des Höchstpersönlichkeitserfordernisses sei, die eigene Erbfolge zu regeln, was bei der Annahme einer Widerrufserklärung nicht der Fall sei⁵⁸.

Grundlegende Herausforderungen der Privatautonomie und der Autonomie von Todes wegen, oder der „Privatautonomie von Todes wegen“⁵⁹ wie sie *Kroppenberger* nennt, und welchen Konzeptionen diese zugrunde legen mag, weil der Erblasser gerade keine Rechtsfolgen für sich selbst schafft, indem er mit seinem Tode erst die Erbfolgen auslöst⁶⁰, und sich daher vermeintliche Widersprüche zum Konzept lebzeitiger Privatautonomie auftun, werden ebenso beleuchtet, wie Begrenzungsoptionen postmortaler Supermacht von kalter Hand auch aus zivilrechtlich-wertender Sicht.⁶¹

Freilich existieren zu den angerissenen Problemfeldern bereits Reformideen. Diese stützen sich bspw. auf das von *Christandl* geforderte öffentliche Testieren für Erblasser, die in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, um dem freien Willen und dem Schutz vor Fremdbestimmung gerecht zu werden.⁶² *Röthel* fordert beim Einzeltestament stets mehr öffentliches Testieren, um den juristischen Fehlvorstellungen von Laien vorzubeugen⁶³ und das z.B. mit Hilfe einer „Testamentskostenhilfe“⁶⁴ erreicht werden könnte. Weil die Fehlvorstellungen beim gemeinschaftlichen Testament indes noch zunehmen, fordert sie eine Aufgabe des Rechtsinstituts, zumindest aber eine ausdrückliche Annäherung an den Erbvertrag, die tat-

⁵¹ OLG Hamm ZErB 2014, 81.

⁵² OLG Nürnberg ZEV 2013, 450.

⁵³ AG München ZEV 2011, 81.

⁵⁴ *Helms*, DNotZ 2003, 104 (105); *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (160 f.)

⁵⁵ *Vollmer*, ZErB 2007, 235 (236).

⁵⁶ *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77 (80).

⁵⁷ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 174.

⁵⁸ *Keim*, ZEV 2010, 358 (359).

⁵⁹ *Kroppenberger*, Privatautonomie, S. 352 ff.

⁶⁰ *Kroppenberger*, Privatautonomie, S. 146, 287 ff.

⁶¹ Vgl. *Kroppenberger*, DNotZ 2006, 86 (88).

⁶² *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 405.

⁶³ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. A 64.

⁶⁴ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. A 65.

sächlich bereits gegeben sei.⁶⁵ Hier sind bereits Ansätze der Empirie erkennbar, wenn überkommenes Recht der Wirklichkeit angepasst werden möge. Dies mag offenbar auch dringend notwendig sein, denn nach *Christandl* scheint die deutsche Rechtsordnung keinen effektiven Schutz für Erblasser vor Fremdbestimmung vorzuhalten und sei daher für die sich bereits abzeichnenden, künftigen demographischen Herausforderungen noch nicht gerüstet.⁶⁶

1.2.2 Darstellung des empirischen Konzepts

Aufgrund des dargestellten Desiderats empirischer Daten im Erbrecht und den Stimmen nach mehr Teilhabe empirischer Sozialforschung, sollen deren Chancen und Mehrwerte über die Schnittstelle zwischen Empirie und Recht, der Rechtssoziologie, erläutert werden. Neben rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Ansätzen, die immanent zum Verständnis der historischen Entwicklung beider Kernbereiche beitragen, werden die Chancen und Möglichkeiten durch die vermehrte Nutzung empirischer Sozialforschung aufgezeigt.⁶⁷

Im Folgenden wird eine theoretische Einführung in die Durchführung einer sozialwissenschaftlichen Studie vollzogen, die gängige Optionen für die Generierung von Daten darstellt. Auf ihr baut die Einführung in die Praxisphase auf, welche die Entwicklung einer eigenen Fragebogenstudie zum Gegenstand hat und deren konkrete Anwendung beschreibt.⁶⁸ Als erster Schritt sollen die sich aus dem normativ-dogmatischen Bereich herausstellenden Problembereiche identifiziert werden. Diese sich ergebenden Kategorien münden in Items, welche dann in einen Fragebogen transferiert werden. Dieser soll den Probanden als Online-Version, Digitalversion und Papierversion bereitgestellt werden, um den Fähigkeiten und Präferenzen der Zielgruppe gerecht zu werden. Es ist wahrscheinlich, dass jüngere Teilnehmer auf den Online-Fragebogen über den PC oder das Smartphone zugreifen, während ältere Probanden die Haptik eines ausgedruckten Papiers bevorzugen. Die Digitalversion soll die Teilnehmer als pdf-Format erreichen, um eine Alternative ggü. dem Internetbrowser anzubieten und ggf. Druckkosten zu sparen. Um den Inhalt der Fragen ggü. einem juristischen Laien transparent und verständlich zum Ausdruck zu bringen, werden sowohl persönliche Gespräche mit potentiellen Teilnehmern als auch ein umfassender Pretest durchgeführt. Zur rechtlichen und sozialwissenschaftlichen Evaluierung werden darüber hinaus Experten interviewt und ein interdisziplinärer Austausch angestrebt.⁶⁹ Eine zentrale Rolle nehmen dabei auch örtliche Institutionen sowie Sozialverbände ein, welche die Fragebogenstudie unterstützen. Sie bieten zugleich mehrere strukturelle Vorteile: Zum einen beherbergen und betreuen sie zum Teil viele ältere Menschen,

⁶⁵ *Rüthel*, AcP 210 (2010), S. A 72.

⁶⁶ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 404.

⁶⁷ Kapitel 3.

⁶⁸ Zur Struktur und Optik eines solchen Fragebogens siehe *Porst*, Fragebogen, S. 133 ff.

⁶⁹ Vgl. *Porst*, Fragebogen, S. 189 ff.

sodass die Teilnehmer bereits an einem Ort konzentriert sind. Darüber hinaus verfolgen die Einrichtungen diese Studie mit großem Interesse, sodass eine Hilfeleistung der Teilnehmer gewährleistet ist.

Aus der Fragestellung heraus ergeben sich insbesondere zwei Zielgruppen für die Erstellung des Fragebogens, deren Meinung von hohem Interesse ist: Dies ist auf der einen Seite die Expertengruppe. Sie setzt sich insbesondere aus Professoren und Notaren zusammen. Auf der anderen Seite wird der Fragebogen von (erb)rechtlichen Laien ausgefüllt. Diese Probandengruppe setzt sich zum einen aus Personen im hohen Alter zusammen, welche aufgrund des Testierungszeitpunktes unmittelbar von der Problematik betroffen sind. Des Weiteren setzt sich die Gruppe der Laien aus jüngeren Personen zusammen, die nicht unmittelbar betroffen sind, selbstredend aber Aufschluss über ein potentiell Bedürfnis der nächsten Jahre und Jahrzehnte geben können.

Zur Repräsentativität der Umfrage wird eine bundesweite Matrix aus Einrichtungen zum betreuten Wohnen und allgemeinen Betreuungsmöglichkeiten erarbeitet. Ferner werden die Zielgruppen getrennt dargestellt und erörtert. Darüber hinaus werden die aus der Umfrage generierten Daten differenziert betrachtet und mit Hilfe der Statistiksoftware SPSS ausgewertet.⁷⁰ Die gewonnenen Erkenntnisse sollen sodann mit den geschilderten Problemen der Erbrechtsdogmatik konfrontiert werden.

1.3 Übergeordnete Forschungsfragen und Ziele der Untersuchung

Die Ausprägung der Rechte des Erblassers, der Betreuer, Dritter und deren Schutzniveaus auch mit Blick auf die Lösungen von Testamenten oder Erbverträgen lassen sich insbesondere dogmatisch beurteilen und beantworten. Aus empirischer Sicht besteht indes ein Erkenntnisinteresse dahingehend, wie sich die Empirie und die empirische Sozialforschung mit Blick auf das Recht im Allgemeinen und auf das Erbrecht im Konkreten verhalten und gestalten können. Mit ihrer Hilfe lässt sich vermutlich erklären, ob es innerhalb des geltenden Erbrechts reformbedürftige Mängel gibt, die mittelbar oder unmittelbar im Zusammenhang mit den Lossagungsrechten stehen.

Im Fokus der Fragebogenstudie steht hierfür der Komplex D als vierter Teil der Umfrage. Er befasst sich maßgeblich mit sog. Zielfragen, die eine persönliche Einschätzung und Meinung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer zulassen. Zu erörtern ist in diesem Zusammenhang auch allgemein die aufgeworfene Frage, ob und inwieweit Empirie und die empirische Sozialforschung dem Recht von Nutzen sein kann. Ebenfalls klärungsbedürftig erscheint die Frage nach Selbstbestimmtheit, was sie ausmacht und ob es Unterschiede in ihren Ausprägungen gibt,

⁷⁰ Ab Kapitel 4.2.

zu Lebzeiten oder von Todes wegen zu verfügen. Die Frage, auf welchen Konzepten diese heute als Selbstverständlichkeit geltenden Errungenschaften beruhen und welchen Stellenwert hierbei die historisch gewachsene Testierfreiheit hat, steht im grundlegenden Zusammenhang dieser Thematik. Dies betrifft freilich auch den Umgang anderer Rechtsordnungen mit eben dieser Freiheit, der Höchstpersönlichkeit und allgemeinen Grenzen von Schutz und Flexibilität erbrechtlicher Verfügungen.

Während sich die Frage, ob eine gesellschaftliche Kenntnis oder gar eine Akzeptanz ggü. den Lossagungsrechten besteht und ob sich Erblasser im Alter oder in Zuständen der Testierunfähigkeit ein erhöhtes Schutzniveau oder mehr Flexibilität erhoffen, maßgeblich auf empirische Erkenntnisse hin beantworten lässt, muss das Kriterium der Höchstpersönlichkeit und seiner Zeitgemäßheit hingegen sowohl von dogmatischer als auch von empirischer Seite aus beleuchtet werden. Gleichsam verhält es sich bei der Frage nach potentiellen Möglichkeiten, das Schutzniveau zu erhöhen und den Erblasser vor Fremdbestimmung zu schützen oder dieses zu senken und dem Wunsch nach mehr Flexibilität gerecht zu werden. Hierfür soll eine sozialwissenschaftlich fundierte, repräsentative Fragebogenstudie durchgeführt werden, um dem großen Desiderat empirisch erhobener Daten im Erbrecht entgegenzutreten. Diese orientiert sich grundlegend an empirischen Forschungsfragen⁷¹, deren Antworten anschließend die aus den dogmatischen Forschungsfragen⁷² abgeleiteten Thesen konfrontieren, um zu einem Ergebnis zu gelangen⁷³. Um die Zusammenhänge zwischen den übergeordneten, den daraus resultierenden dogmatischen und empirischen Forschungsfragen, sowie deren Konfrontation näher zu beleuchten, dient Abbildung 1:

⁷¹ Kapitel 1.3.2 und 4.2.1.

⁷² Kapitel 1.3.1.

⁷³ Kapitel 5.

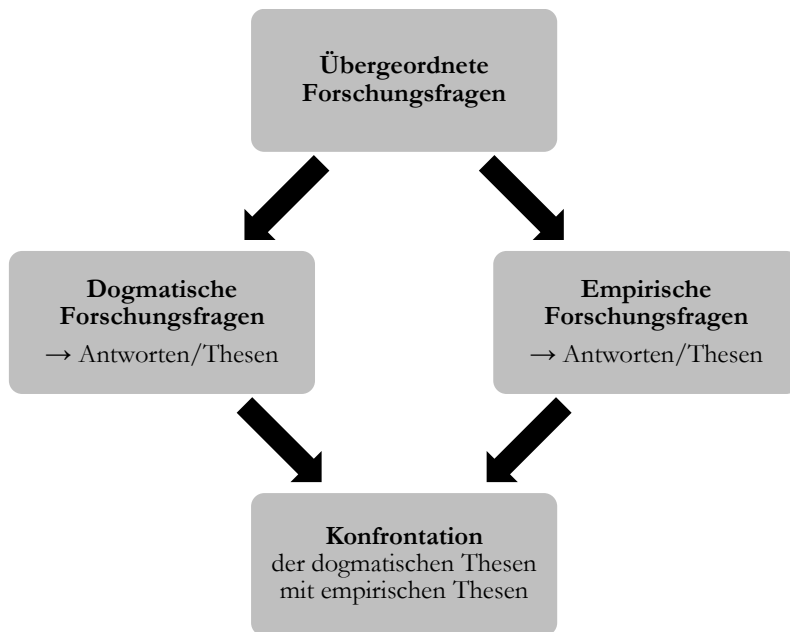


Abbildung 1: Grundmodell des Untersuchungsverlaufs.

Die übergeordneten Forschungsfragen dieser Untersuchung lassen sich wie folgt skizzieren:

- (1) *Wie verhalten sich die grundlegenden Strömungen von Schutz oder Flexibilität mit Blick auf das Testieren und Lossagen von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere nach Eintritt der Testierunfähigkeit von potentiellen Erblässern?*
- (2) *Existieren zum Testieren und Lossagen von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit, empirische Erkenntnisse, die eine Sicherung erb- und testamentsrechtlicher Normen in diesem Bereich stützen?*
- (3) *Besteht die Möglichkeit einer verstärkten Implementierung der Empirie bzw. der empirischen Sozialforschung in den Rechtswissenschaften und welche Vor- und Nachteile könnten durch eine solche Verzahnung entstehen?*

Aus ihnen werden wiederum Forschungsfragen in dogmatischer und empirischer Hinsicht abgeleitet.

1.3.1 Dogmatische Forschungsfragen

Aus den konzeptionellen und inhaltlichen Erwägungen unter Kapitel 1.2 und den übergeordneten Forschungsfragen in Kapitel 1.3 lassen sich zunächst folgende dogmatische Forschungsfragen ableiten.

- (1) *Welche maßgebenden Konzeptionen liegen dem Testieren und Lossagen von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit, zugrunde?*

Die Frage nach den Grundkonzeptionen des Testierens und dem Absehen vom letzten Willen sind elementarer Bestandteil eines grundlegenden Verständnisses dieser Thematik. Maßgebend für die Beantwortung der Forschungsfrage (1) soll insbesondere der Beginn des Kapitels 2.1 i.R.d. dogmatischen Teils sein. Hierzu seien bspw. mit Blick auf Testierunfähigkeit die Differenzierung von Testier- und Geschäftsfähigkeit in Kapitel 2.1.2.2.2, wie auch die Vertretungsformen von Betreuung und Bevollmächtigung in Kapitel 2.1.3.2.3 erwähnt. I.R.d. Verfügungen können vermehrt Probleme auftreten, wenn ein Ehe- oder Lebenspartner in die Konstellation integriert wird. Da sich die Erklärungen der Forschungsfrage maßgeblich auf historische Errungenschaften und reine Erklärungsansätze stützen, erscheint es nur denklogisch, sie aus eben diesen Gegebenheiten abzuleiten und sie forthin rein dogmatisch zu erläutern.

- (2) *Wie sind die Lossagungsrechte von und ggü. Testierunfähigen von Verfügungen von Todes wegen ausgestaltet und bestehen hierzu Reformbedarfe?*

Ob Testierunfähige sich der ewigen Bindung eines im gesunden Zustand errichteten Testaments ausgesetzt sehen müssen, oder ihnen eine Möglichkeit zusteht, sich von ihrem letzten Willen lösen zu können, wird anhand der Verfügungsformen des Einzeltestaments in Kapitel 2.1.3, des gemeinschaftlichen Testaments in 2.1.4 und des Erbvertrags in 2.1.5 erörtert. Die Beantwortung der Frage baut hierbei auf der Beantwortung der Forschungsfrage (1) auf. Während sich die grundlegende Ausgestaltung der Lossagungsrechte an einem rein dogmatischen Horizont orientieren mag, will ein hinreichend begründeter Reformbedarf auch empirische Erkenntnisse nicht ausblenden.

- (3) *Wie ist die Testierfreiheit in ihren Grundkonzeptionen ausgestaltet und bestehen hieran Zweifel?*

Die Testierfreiheit soll zuvorderst in den Kapiteln 2.1.1 und 2.1.2 behandelt werden, um sowohl privatautonome Grundströmungen in Kapitel 2.1.1.4 als auch ihre eigenen Grenzen in Kapitel 2.1.1.5 zu behandeln. Dabei wird die Forschungsfrage (3) inzident in der Forschungsfrage (1) erörtert, auch über ihre konzeptionellen Elemente hinaus i.R.d. verschiedenen Verfügungsformen.

Es ist zu konzidieren, dass mögliche Zweifel an den aktuellen Ausgestaltungen der Testierfreiheit nicht allein auf dogmatischem Wege, sondern insbesondere mit Blick auf das übergeordnete Spannungsfeld zwischen Schutz und Flexibilität auch auf empirischem Wege Antworten suchen soll.

- (4) *Wie verhalten sich die Rechtswissenschaften und die Empirie zueinander und besteht eine evidente Kohärenz zwischen beiden Disziplinen, die ein Bedürfnis der*

Rechtswissenschaften nach empirischen Erkenntnissen nach sich zieht, um sich zukunftsfristig aufzustellen?

Ein rein dogmatisch-normativ verhaftetes Recht vermag nicht zugleich jede zukünftige Herausforderung imstande sein zu meistern. Um sein vermeintliches Bedürfnis nach Empirie zu ergünden, ist es notwendig, sich beiden Disziplinen auf ihre Kernbestandteile hin zu nähern, um eine mögliche Verknüpfung beider daraus abzuleiten. Daher lässt sich diese Frage zuvorderst durch strukturelle und konzeptionelle Grundlagen beantworten. Hierzu wird die Forschungsfrage (4) im chronologischen Anschluss an die Erörterung der Forschungsfragen (1) bis (3) in Kapitel 3 näher beleuchtet.

Während sich die dogmatischen Herausforderungen bereits in originärer Weise aus dem Problemaufriss der Untersuchung ergeben, resultieren die konkreten, empirischen Forschungsfragen aus den Erkenntnissen, die sich aus der Beantwortung der dogmatischen Forschungsfragen ergeben. Hier ist insbesondere ein Augenmerk auf die Forschungsfrage (4) zu legen, deren Beantwortung erst die Genese der empirischen Forschungsfragen ermöglicht.

Daher sind zunächst die Grundkonzeptionen mit Forschungsfrage (1), die differenzierten Ausprägungen mit Forschungsfrage (2) und die Grenzen des Testierens und des Lossagens von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere nach Eintritt der Testierfähigkeit, mit Forschungsfrage (3) i.R.e. dogmatischen Ansatzes zu erörtern.

1.3.2 Empirische Forschungsfragen

Überdies lassen sich aus den konzeptionellen und inhaltlichen Erwägungen unter Kapitel 1.2 und den übergeordneten Forschungsfragen in Kapitel 1.3 folgende, empirische Forschungsfragen ableiten, welche über die rein deskriptive Erhebung der Daten hinaus von Interesse sein könnten:

- (1) *Inwieweit unterscheiden sich die Teilnehmer der Studie hinsichtlich ihres Alters, ihres Geschlechts, ihres Wohnortes, ihrer Staatsangehörigkeit, ihres Familienstandes, ihrer Abkömmlinge, ihres Bildungsniveaus, ihres Gesundheitszustands oder ihrer erbrechtlichen Erfahrungen?*
- (2) *Für welche der untersuchten, personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, die Staatsangehörigkeit, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau lässt sich ein Zusammenhang mit dem Testierverhalten ermitteln?*
- (3) *Lassen die untersuchten, personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau einen Schluss auf das Widerruf oder Anfechten von letztwilligen Verfügungen zu?*

- (4) *Ob und ggf. inwieweit unterscheiden sich die Meinungen der Teilnehmer über die zu bewertenden Aussagen der Zielfragen?*
- (5) *Haben die personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau eine Auswirkung auf den Wunsch nach mehr Flexibilität und auch das Bedürfnis, Personengruppen von Betreuern und Bevollmächtigten, Pflegepersonal, Ärzten oder Bankangestellten bzw. Vermögensberatern, etwas zu vermachen?*
- (6) *Lassen sich Unterschiede beim Wunsch nach erhöhter Sicherheit oder erhöhter Flexibilität mit Bezug zum Testieren dahingehend feststellen, dass bestimmte Tendenzen in den Antworten der Meinungsfragen mit anderen Antworten der Meinungsfragen zusammenhängen?*

Die vorbenannten, empirischen Forschungsfragen erfahren in Kapitel 4.2.1 einen direkten Bezug zum Fragebogen, indem sie i.R.d. Methodik derart konkretisiert werden, dass mit Hilfe ihrer Beantwortung wiederum die Beantwortung der empirischen Forschungsfragen möglich sein soll.

2 Normative Annäherung an das Forschungsfeld

„Habe Mut, dich deines eigenen
Verstandes zu bedienen.“⁷⁴

Die drei privaterbrechtlichen Erscheinungsformen des Einzeltestaments, des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags sollen für ein tiefergehendes Verständnis aufgegliedert werden und innerhalb ihrer Struktur mit den Lossarungsrechten des Widerrufs und der Anfechtung konfrontiert werden, um einer Beantwortung der Forschungsfrage (2) näher zu kommen. Dieses Konstrukt wird insbesondere durch die Testierfreiheit und die Testierfähigkeit flankiert, um den Einblick in einen aktuellen, literarischen Sachstand zu ermöglichen. Hierbei sind sowohl die Ausprägungen der Testierfähigkeit als auch die Grenzen der Testierfreiheit von erhöhter Relevanz. Sie sollen für die Beantwortung der Forschungsfrage (3) untersucht werden. Für ein tiefergehendes Verständnis ist es zuvor aber notwendig, die Grundströmungen privatautonomem Handeln insbesondere mit Blick auf das Erbrecht zu erfassen und sich mit der Selbstbestimmung im Recht auseinanderzusetzen. Dieser Idee geht zuvorderst Forschungsfrage (1) nach, für die im Folgenden nach Antworten gesucht werden möge. Der sich *de lege lata* er-

⁷⁴ Immanuel Kant (1724–1804), deutscher Philosoph der Aufklärung, im Jahr 1784; zit. nach Ulrich, Parteien, S. 59.

gebene Problemgehalt soll abschließend zusammengefasst und zu Reformideen und rechtspolitischen Erwägungen geführt werden.

2.1 Regelungen de lege lata und Sachstand der Literatur

Während das Festhalten am Einzeltestament weitestgehend unumstritten ist und sich seine Kritik vornehmlich an Formvorschriften trotz der Digitalisierung bezieht⁷⁵, steht das gemeinschaftliche Testament mit Blick auf seine Bindungswirkung deutlich stärker im Fokus rechtspolitischer Erwägungen⁷⁶. Die Literatur auf dem Gebiet der Optionen an Lossagungen von Verfügungen von Todes wegen, also maßgeblich von Widerruf und Anfechtung mit Blick auf das Einzeltestament gem. §§ 2064 ff. BGB, das gemeinschaftliche Testament nach §§ 2265 ff. BGB oder aber den Erbvertrag gem. §§ 2274 ff. BGB, ist zwar einerseits vorhanden, ihre Ergiebigkeit und Dichte verringert sich jedoch gleichsam, geht man nicht mehr von der Testierfähigkeit des Testators oder gar zweier Testatoren aus. Wie auch Zimmer feststellt, werden die hier genannten Probleme erst in jüngerer Zeit vom Schrifttum aufgegriffen.⁷⁷ Eine literarisch höher frequentierte Konstante bildet hingegen die Testierfreiheit, die neben der Vertragsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der Eheschließungsfreiheit eine Haupterscheinungsform der Privatautonomie abbildet.⁷⁸ Aber was ist unser Verständnis von Privatautonomie und Selbstbestimmung? Wo beginnen sie und wo enden sie? Was ist ihre rechtliche Existenzgrundlage?

2.1.1 Testierfreiheit

Ihrer Wortbedeutung folgend setzt sich die Testierfreiheit aus den Begriffen des *Testierens* und der *Freiheit* zusammen, handelt es sich doch um die *Freiheit zu testieren*. Sie stellt eine Möglichkeit dar, die keiner zwingenden historischen Konstante folgt, obwohl wir sie heute als eine völlige Selbstverständlichkeit begreifen.⁷⁹

2.1.1.1 Grundlagen der Selbstbestimmung im Recht

Konterkariert man eine verfassungsrechtliche Ansiedlung der Testierfreiheit unter der Privatautonomie i.R.d. Art. 2 I GG⁸⁰ mit deren Grundlage, der Selbstbestimmung des Individuums⁸¹, so könnte die Selbstbestimmung auch Grundlage der

⁷⁵ Vgl. Rötbel, AcP 210 (2010), S. A 64. Die Kritik bezieht sich gleichermaßen auf das gemeinschaftliche Testament.

⁷⁶ Vgl. Rötbel, AcP 210 (2010), S. A 71, die insbesondere auf *Kanzleiter* in Staudinger (2014), vor §§ 2265 ff., Rn. 54 Bezug nimmt.

⁷⁷ Zimmer, NJW 2007, 1713.

⁷⁸ Ellenberger in Palandt, Überbl v § 104 Rn. 1.

⁷⁹ Vgl. Bork, BGB AT, Rn. 101.

⁸⁰ Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 25.03.2009 – 1 BvR 909/08, Rn. 15, juris.

⁸¹ Vgl. Leipholz/Rinck/Hesselberger in Leibholz/Rinck (07/2017), Art. 2 Rn. 23.

Testierfreiheit sein. Die Einordnung der Testierfreiheit i.R.d. Privatautonomie meint aber vielmehr ihre spezielle Ausprägung mit der Möglichkeit von Todes wegen zu verfügen, was sich von den anderen vier Ausprägungen gerade unterscheidet. Insofern mag es sehr umstritten sein, welche konzeptionellen Bedingungen den beiden Verfügungsarten zugrunde liegen. Um die Parallelen und freilich auch Differenzen beider Grundströmungen zu erkennen, sollte zunächst die Privatautonomie als solche aus der Selbstbestimmung hergeleitet werden.

Selbstbestimmtes Handeln verlangt immer nach der Bildung des eigenen Willens, dem Ursprung der Selbstbestimmung. Wer aber selbstbestimmt handelt, kann nicht andere für seine Taten eintreten lassen, sondern zieht für sich selbst Konsequenzen, ist mithin selbstverantwortlich. Aber problematisch und umstritten innerhalb erbrechtlicher Selbstbestimmtheit ist zum einen, dass sich die Selbstbestimmtheit nicht zu Lebzeiten verwirklichen lässt, weil sie in ihrer Gesamtheit erst mit dem Tod aufblühen könne, und zum anderen, weil das konkrete Eintreten des selbstbestimmt Handelnden zeitlich erst mit dem Tod, dann aber faktisch unmöglich scheint.⁸² Die Konsequenzen der Selbstbestimmung mögen dabei aber eine Entfaltung der Rechtswirkungen noch zu Lebzeiten voraussetzen. Eine an *Christandl* angelehnte Definition für den Begriff der Selbstbestimmung könnte lauten: Selbstbestimmtes Handeln ist grundsätzlich frei von äußerem Einfluss und Druck, insbesondere des Staates. Es orientiert sich allein am eigenen Willen. Dieser ist Summe eigener Wünsche und Vorstellungen, aber auch derer des sozialen Umfelds. Selbstbestimmtes Handeln bedeutet also Handeln im Einklang mit dem eigenen Willen.⁸³

In kognitiver Hinsicht ist es für die Ausübung des selbstbestimmten Handelns aber notwendig, dass die Konnexität zwischen Selbstbestimmung auf der einen und der auf ihr aufbauenden Selbstverantwortung auf der anderen Seite erkannt wird. Hierfür ist das Kriterium der Einsichtsfähigkeit maßgebend, damit sich der in Selbstbestimmtheit Handelnde reflektieren kann.⁸⁴ Die Fokussierung auf die Selbstverantwortung des mündigen Bürgers war schon dem Römischen Recht als grundlegendes Prinzip bekannt.⁸⁵ Folgende Abbildung 2 möge diesen elementaren Zusammenhang verständlicher machen:

⁸² Vgl. zur Kernkritik *Kroppenbergs*, Privatautonomie, S. 146, 287 ff.

⁸³ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 29 f. unter Bezugnahme zu *Busche*, Privatautonomie, S. 14 und *Medicus*, BGB AT, Rn. 176; vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 30 (Fn. 5), der aber gleichsam Bezug auf die Unfreiheit des Handelns im Gegensatz zur Selbstbestimmung nimmt, indem er diesen mit sozialen Affinitäten und rechtlichen Pflichten konfrontiert.

⁸⁴ *Gerhard*, Selbstbestimmung, S. 316.

⁸⁵ *Harke*, Das Prinzip der Selbstverantwortung im römischen Recht, S. 23 (36).



Abbildung 2: Selbstverantwortung durch Einsichtsfähigkeit.

Ersichtlich wird, dass die Einsichtsfähigkeit als unabdingbares Bindeglied zwischen der Bestimmtheit des freien Willens und der Verantwortlichkeit für diesen fungiert. Noch deutlicher wird diese Unumstößlichkeit in einer Probe, unterstellt man Willensmängel mit Blick auf die Grenzen der Geschäftsfähigkeit anhand der folgenden Abbildung 3:

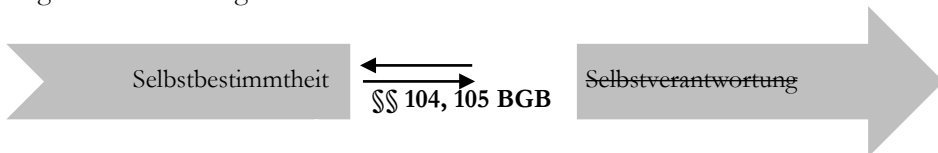


Abbildung 3: Verbleibende Selbstbestimmtheit trotz mangelnder Einsichtsfähigkeit.

Wer also selbstbestimmt handelt, muss für die nach sich ziehende Selbstverantwortung auch einsichtsfähig sein, um sich reflektieren zu können. Wer sich aufgrund bestimmter Willensmängel, z.B. aufgrund von §§ 104, 105 BGB, nicht reflektieren kann, dem fehlt die notwendige Einsichtsfähigkeit und er kann nicht für sein selbstbestimmtes Handeln verantwortlich sein. Festzuhalten bleibt aber, dass er unabhängig rechtlicher und praktischer Folgen selbstbestimmt war und in Selbstbestimmtheit handelte. Ist aber eine Determinierung von Willen und dessen Ausprägung, von Wollen und Tun, immer auf die gleiche Weise zu erklären? Manche sehen die Kausalität spiegelbildlich gelegen, denn: „Wir tun nicht, was wir wollen (...), sondern wir wollen, was wir tun.“⁸⁶ Weiter geht aus neuropsychologischer Sicht noch *Singer*, der meint, wir müssten gar „aufhören, von Freiheit zu sprechen“⁸⁷. Diesem Verhältnis von Selbst- und Fremdbestimmung soll sich anhand des Erb- und Testamentsrechts genähert werden.

2.1.1.2 Historische Herleitung der Testierfreiheit

Das Wissen um die historische Herleitung der Testierfreiheit und ihren Grundlagen ist immanente Voraussetzung für ihr Verständnis und ihre verdiente Wertschätzung, denn „Wer die Vergangenheit nicht kennt, kann die Gegenwart nicht verstehen und die Zukunft nicht gestalten“⁸⁸. Hierbei soll ohne Anspruch auf

⁸⁶ *Lindemann* in Grundlagen des Rechts, § 13, Rn. 1, der dort auf *Prinz* verweist.

⁸⁷ *Singer* in Hirnforschung und Willensfreiheit, S. 30 ff. (zit. nach *Ritsert*, Gerechtigkeit, Gleichheit, Freiheit und Vernunft, S. 61)

⁸⁸ So *Helmut Kohl* in seiner Bundestagsrede vom 01.06.1995 zur Geschichte der Vertreibung, Plenarprotokoll 13/41 vom 01.06.1995, Seite 03183.

Vollständigkeit Wesentliches dargestellt werden. Der erste potentielle Erblasser war der erste Mensch.⁸⁹ Doch war *Adam* nicht der erste tote Mensch, sodass der erste Erbfall von seinem Sohn *Abel* ausging.⁹⁰ Zum Erbe berechtigt war sein Sohn *Henoch*⁹¹, denn auch der Bibel ist das Verwandtenerbrecht nicht unbekannt.⁹²

„Uti legassit suae rei, ita ius esto“⁹³ lautet eine Feststellung aus dem Zwölftafelgesetz, die bereits um 450 v. Chr. zumindest im altrömischen Reich geltendes Recht darstellte⁹⁴, wenngleich ihr Sinngehalt zunächst nicht allen potentiell erbfähigen Dingen zugänglich war.⁹⁵ Hier sind bereits Elemente des Sach- und Erbenschatzes erkennbar, welche die grundsätzliche Freiheit des Testators spiegelbildlich und in Maßen begrenzen. Die Testierfreiheit hatte bereits im 5. Jh. v. Chr. *ipse iure* Bestand, und zwar in Form des *testamentum per aes et libram*⁹⁶. Die auch als Liberaltestament benannte letztwillige Verfügung ermöglichte dem Erblasser sein Vermögen an den *familiae emptor*, einem Treuhänder, vor fünf Zeugen und einem Waagehalter zu übertragen. Dieser vollzog im *mancipatio* genannten Verfahren dann den vom Erblasser bekundeten Willen im Todesfall.⁹⁷ Machte der Erblasser von seiner Testierfreiheit keinen Gebrauch, trat die Intestaterbfolge - vergleichbar mit der heutigen gesetzlichen Erbfolge - ein, auf die sich insbesondere das germanische Erbrecht bereits im zweiten Jahrtausend v. Chr. stützte und das dort seinen historischen Ursprung hat⁹⁸. Hierzu hielten die Tafeln fest: „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit,

⁸⁹ Gen 2,7 LU: „Da machte Gott der Herr den Menschen aus Erde vom Acker und blies ihm den Odem des Lebens in seine Nase. Und so ward der Mensch ein lebendiges Wesen.“

⁹⁰ Gen 4,8 LU: „Da sprach Kain zu seinem Bruder Abel: Lass uns aufs Feld gehen! Und es begab sich, als sie auf dem Felde waren, erhob sich Kain wider seinen Bruder Abel und schlug ihn tot.“

⁹¹ Gen 4,17 LU: „Und Kain erkannte seine Frau; die ward schwanger und gebar den Henoch.“

⁹² Dtn 21,15-17 LU: „Wenn jemand zwei Frauen hat, eine, die er lieb hat, und eine, die er nicht lieb hat, und beide ihm Kinder gebären, die Frau, die er lieb hat, und die ungeliebte, und der Erstgeborene ist von der ungeliebten Frau und die Zeit kommt, dass er seinen Söhnen das Erbe austeile, so kann er nicht den Sohn der Frau, die er lieb hat, zum erstgeborenen Sohn machen vor dem erstgeborenen Sohn der ungeliebten; sondern er soll den Sohn der ungeliebten Frau als den ersten Sohn anerkennen und ihm zwei Teile geben von allem, was vorhanden ist; denn dieser ist der Erstling seiner Kraft, und sein ist das Recht der Erstgeburt.“ Der Degeneration des Erbgesetzes durch Ehen unter Blutsverwandten wie bei Abraham und seiner Halbschwester Sara (Gen 20,12 LU: „Auch ist sie wahrhaftig meine Schwester, denn sie ist meines Vaters Tochter; so ist sie meine Frau geworden.“) wurde mit einem entsprechenden Verbot etwa 2500 Jahre später vorgebeugt (exemplarisch für Lev 18 LU hier Lev 18,9 LU: „Du sollst mit deiner Schwester, die deines Vaters oder deiner Mutter Tochter ist, sie sei in oder außer Ehe geboren, nicht Umgang haben.“).

⁹³ Etwa: Wie jemand über seine Sachen verfügt, so soll es recht sein.

⁹⁴ Die Tafel V nahm Bezug zum Erbrecht; vgl. hierzu näher *Diill*, Das Zwölftafelgesetz, S. 71 ff.

⁹⁵ *Liebs*, Römisches Recht, S. 138.

⁹⁶ Vgl. *Weber*, Die römische Agrargeschichte, S. 67 ff., der annimmt, die Testierfreiheit sei ein „mächtiger Hebel der Expansionskraft“ gewesen.

⁹⁷ Vgl. *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 23.

⁹⁸ Vgl. *Mertens*, Entstehung der Vorschriften des BGB, S. 33.

gentiles familiam.⁹⁹ Erbberechtigt waren demnach hauptsächlich die *sui heredes*¹⁰⁰. Doch war die Wahrnehmung der Testierfreiheit an enge Voraussetzungen geknüpft.

Durch die römischen Eroberungskriege und ländlichen Expansionen des Reiches vergrößerten sich gleichsam die Grundbesitze vieler Familien, deren hauptsächliches Anliegen auf dem Erhalt und der Versorgung ihrer Strukturen lag.¹⁰¹ Aufgrund dieser ökonomischen Herausforderung war der *pater familias* sehr daran interessiert, Grund und Boden nicht an irgendeinen seiner Söhne und Blutsverwandten, sondern regelmäßig dem leistungsfähigsten seiner Söhne weiterzugeben.¹⁰² Dieses Hauptmotiv zur Wahl der testamentarischen Erbfolge unterlag jedoch anfänglich der Einschränkung, dass den *sui heredes* ein sog. formelles Nacherbrecht zustand. Damit das Testament gültig war, mussten sie entweder eingesetzt oder enterbt werden.¹⁰³ Durch diese Prämisse des ausdrücklichen Ausschlusses, auch wenn dieser keiner Begründung bedurfte, war es dem Erblasser also nicht möglich, seine *sui heredes* stillschweigend zu übergehen, wodurch diese geschützt wurden.¹⁰⁴ Daraus lässt sich schlussfolgern, dass ein Testament weniger ein Ausdruck der Testierfreiheit war, als vielmehr die privatschriftliche Realisierung des um familiären Ausgleich bemühten Gesetzes.¹⁰⁵ Festhalten lässt sich deshalb, dass die originäre Testierfreiheit um etwa 100 n. Chr. ihren historischen Ursprung findet.¹⁰⁶

Durch die neue Errungenschaft war es dem *pater familias* fortan möglich, auch seinen im Zweifel nicht als *sui heredes* zur Hausgemeinschaft zugeordneten Lieblingssohn als Erben einzusetzen¹⁰⁷, was der Expansionskraft des Römischen Reiches sehr zuträglich war.¹⁰⁸ Nunmehr galt es als ehrenvoll, Erbe zu sein, aber ebenso Erblasser. Von seinem freien Willen und der eigenen Güte Gebrauch zu machen veranlasste römische Bürger gar, Fremde und Unbekannte als Erben ein-

⁹⁹ Etwa: Falls jemand stirbt, der zuvor nicht seinen letzten Willen bekannt gegeben hat und auch keinen Erben hat, soll der nächste Verwandte väterlicherseits das Vermögen haben. Wenn es keine Verwandten väterlicherseits gibt, soll die Familie das Vermögen haben. Vgl. zu Tafel V erneut *Diöll*, Das Zwölf Tafelgesetz, S. 71 ff.; erben sollten also zunächst die Eltern, in deren Todesfall die eigenen Kinder und in deren Todesfall deren Kinder zu gleichen Teilen. Außerhalb der senkrechten Ordnungslinie erben bei Fehlen der *sui heredes* die *Agnaten*, also Geschwister, Großeltern, sowie Onkel und Tanten, wobei weibliche Erben außerhalb der Schwestern des Erblassers in der klassischen Reichszeit ausgeschlossen waren.

¹⁰⁰ Das sind jene Hauserben, die durch den Tod des Erblassers zu *sui iuris*, also gewaltfrei, werden: *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 331.

¹⁰¹ Vgl. *Weber*, Die römische Agrargeschichte, S. 67 ff.

¹⁰² Vgl. *Degert*, Die Rechtsstellung des Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament, S. 11 m.w.N.

¹⁰³ *Sohm*, Institutionen, S. 527.

¹⁰⁴ *Honsell*, Römisches Recht, S. 195.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 669.

¹⁰⁶ *Schäfer*, Zeittafel der Rechtsgeschichte, S. V.

¹⁰⁷ *Degert*, Die Rechtsstellung des Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament, S. 13 m.w.N.

¹⁰⁸ *Weber*, Die römische Agrargeschichte, S. 67 ff.

zusetzen.¹⁰⁹ Dieser vielen als Hedonismus und Egoismus aufstoßende Umgang mit Gütern sollte von rechtsphilosophischer Seite noch vermehrt Kritik erfahren.¹¹⁰

Im spätantiken Reich verlagerte sich zunächst der Blick auf das uns heute noch begleitende Parentelsystem, das von liberaleren Gedanken mit Blick auf die Testierform begleitet wurde. Nach der Aufhebung der Zwölf Tafeln hob Kaiser *Konstantin*¹¹¹ ebenso die *mancipatio* auf, sodass ein Testament vor fünf Zeugen ohne jenes fiktive Geschäft ausreichend war. Im Jahr 446 ging Kaiser *Valentinian III.*¹¹² noch weiter, indem er eigenhändige, zeugenlose Testamente zuließ, wodurch er die Testierform wesentlich erleichterte und der Testierfreiheit eine weitere freiheitliche Nuance verlieh.¹¹³ Um auch den Schutz des Erblassers zu stärken, führte er darüber hinaus das *testamentum apud acta conditum* ein, sodass künftig vor Behörden testiert werden konnte. Ein auf den Prinzipien der Freiheit, der Familie und der Moderne stehendes Römisches Reich gewährte zu jener Zeit bereits Vorteile im gemeinschaftlichen Testieren von Ehegatten. Konterkarierend verbot Kaiser *Konstantin* bereits den Ausschluss naher Angehöriger von der Erbfolge, welche uns heute als Pflichtteilsrecht bekannte Regelung im Jahr 536 von Kaiser *Justinian* kodifiziert ausgestaltet wurde.¹¹⁴

Zwischen dem spätantiken römischen Reich und der ebenso bedeutsamen frühen Neuzeit lagen etwa 1000 Jahre, die sich epochal etwa hälftig aus dem Frühmittelalter und dem Hoch- und Spätmittelalter zusammensetzen. Für diese Zeit seien aus historischer Perspektive die Ausbreitung des Islam in Europa, die Kreuzzüge, die Regentschaft Karls des Großen, das Zeitalter des Absolutismus⁴ und die sich 1517 anschließende Reformation nur exemplarisch genannt. Hinzuweisen ist in diesem Kontext insbesondere auch auf die rechtlich unterschiedlichen Handhabungen und Ausprägungen innerhalb der Königreiche, Herzogtümer und dergleichen. Während nämlich die Kirche in jener Zeit größeren Einfluss gewann und Pflichtteile der Erbmassen einforderte¹¹⁵, waren Testamente zwar selten, aber grundsätzlich möglich. Im 13. Jh. wurden sie ebenso wie Erbverträge offiziell samt Form und Art anerkannt.¹¹⁶ So hatte die Testierfreiheit bis in das

¹⁰⁹ Deger, Die Rechtsstellung des Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament, S. 13 m.w.N. und einem Hinweis auf die Kritik von Koeppe mit Zweifeln an der absoluten Testierfreiheit wegen der existierenden Schranken im Komitialtestament.

¹¹⁰ Vgl. nur Georg Friedrich Wilhelm Hegel (1770–1831), deutscher Philosoph, Grundlagen der Philosophie des Rechts, § 180.

¹¹¹ Konstantin der Große (ca. 280–337 n. Chr.), römischer Kaiser, der ab 324 als Alleinherrscher regierte.

¹¹² Valentinian III. (419–455 n. Chr.), von 425 bis 455 Kaiser des Weströmischen Reiches.

¹¹³ Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 59 f.

¹¹⁴ Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 59 f.

¹¹⁵ Vgl. hierzu Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 90. sowie Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte I, S. 417 und Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 70.

¹¹⁶ Köbler, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 124 f.

17. Jh. hinein Bestand. Ihre zweite Blütezeit erfuhr sie durch einen Diskurs, der uns bis heute begleitet.¹¹⁷

Während der frühen Neuzeit geriet die Testierfreiheit in starke Kritik, die sich hauptaugenmerklich an zwei Faktoren bemessen wollte: Zunächst am Schutz der Familie und später am Nutzen von Erbschaftsvermögen für sozialpolitische Ziele. Im 17. und 18. Jh. waren Rechtsphilosophen der Ansicht, das Erbrecht würde sich so aus dem Eigentumsrecht herleiten, wie es die Testierfreiheit aus dem Naturrecht tut. Sie nahmen an, dass ein Dispositionsrecht auch nach dem Tod fortbestünde. Insbesondere *Grotius*¹¹⁸ vertrat, dass eine letztwillige Verfügung den Nießbrauch am Vermögen bis zum Tod des Erblassers hemmte und deren Veräußerungscharakter zugleich unwiderruflich war.¹¹⁹ Dass „Die Übertragung (translatio) der Habe und des Guts eines Sterbenden auf den Überlebenden durch Zustimmung des Willens beider“¹²⁰ notwendig ist, vertrat *Kant*, der damit die naturrechtliche Gültigkeit von Testamenten untermauerte. Die Ansiedlung des Erbrechts und der Testierfreiheit unter originären naturrechtlichen Aspekten verdeutlicht folgende Abbildung 4:

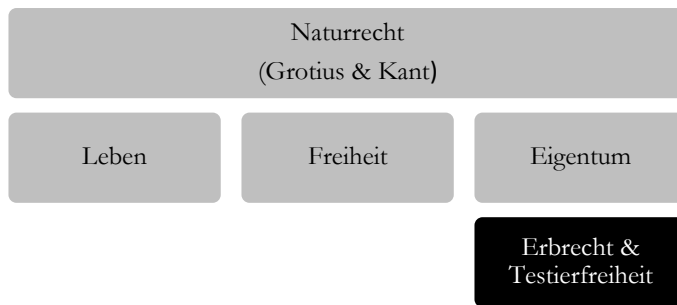


Abbildung 4: Erbrecht und Testierfreiheit als Naturrecht.

Allerdings entstand zwischen den Naturechtlern noch im 17. Jh. ein Widerspruch mit Blick auf den Tod, den *Pufendorf* als den absoluten Zeitpunkt des Erlöschens von Eigentumsrechten ansah, sodass die Testierfreiheit weniger naturrechtlichen Bedingungen unterfiel als vielmehr positives Recht darstelle.¹²¹ Dieser Ansicht folgte ebenso *Fichte*, der sich dabei auch auf *Montesquieu*¹²² und *Rousseau*¹²³ stützte

¹¹⁷ Vgl. hierzu auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 32 mit Verweis auf *Busche*, Privatautonomie, S. 14.

¹¹⁸ *Hugo Grotius* (1583-1645), deutscher Philosoph.

¹¹⁹ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 67.

¹²⁰ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 67.

¹²¹ *Samuel Freiherr von Pufendorf* (1632-1694), deutscher Naturrechtsphilosoph und Historiker, gilt als Begründer, die Testierfreiheit und das Erbrecht aus dem Naturrecht herauszulösen. Siehe hierzu *Pufendorf*, De iure Lib. IV Cap. X § IV; zit. nach *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 53 (Fn. 129).

¹²² *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède de Montesquieu* (1689-1755), französischer Schriftsteller, Philosoph und Staatstheoretiker der Aufklärung.

und mit der These, weder Erbrecht noch Eigentum seien dem Naturrecht zuzuordnen, Tür und Tor für staatliche Reglementierungen aus philosophischer Sicht legitimierte, weil positives Recht staatlichen Eingriffen zugänglich ist.¹²⁴ Die Abbildung 5 verinnerlicht das Herauslösen des Erbrechts und der Testierfreiheit aus dem Naturrecht:

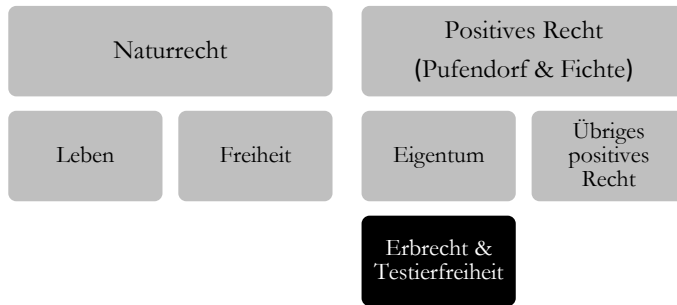


Abbildung 5: Erbrecht und Testierfreiheit als positives Recht.

Trotz dieses Widerspruchs verband die originär naturrechtliche und die positivrechtliche Ansicht die Gemeinsamkeit, dass sie das Intestaterbrecht als den letzten vermuteten Willen des Erblassers einordneten, und zwar nicht, weil die Verbindung von testamentarischer Freiheit und familiärer Verpflichtung opportun sei, sondern nur deshalb, weil es dem Willen des Individuums entspreche.¹²⁵ Diese Ansicht ist für ihre zeitliche Einordnung äußerst modern und wird bei der alsbald stattfindenden Begründung des BGB erneut eine zentrale Rolle einnehmen.

Innerhalb des 19. Jh.s verlagerte sich der Blick vermehrt auf den Schutz der Familie, der als sittliche Grundlage der Gesellschaft von immanenter Bedeutung sei. Als kleinste und wichtigste Keimzelle der Gesellschaft, aus deren Schar sich die Gesellschaft ergibt, müsse sie auch ggü. dem Staat selbst geschützt werden. Daher wurden Aspekte des freien Willens und der Testierfreiheit zunächst in den Hintergrund gerückt und die Begründung des Erbrechts und seinen Ausprägungen auf andere Denkweisen gefußt.¹²⁶

Insbesondere *Hegel* prägte diese neue Herleitung, leitete das Erbrecht aus der Familie her und sah sie als Grundlage aller erbrechtlichen Begründungen an. Dabei stellte er sich regelmäßig eigene, von Egoismus getriebene, Interessen vor, die i.R.d. Selbstbestimmtheit freilich auch den Testator motivieren sollten. Vor dieser Missetat müsse der Erblasser geschützt werden, da sie ggü. der Familie von ä-

¹²³ *Jean-Jacques Rousseau* (1712–1778), französischer Schriftsteller, Philosoph, Pädagoge, Naturforscher und Komponist der Aufklärung.

¹²⁴ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 68 m.w.N.

¹²⁵ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 68.

¹²⁶ Vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 68.

berster „Härte und Unsittlichkeit der römischen Gesetze“¹²⁷ geprägt sei. Dabei stützte sich *Hegel* auf die These, dass jedes Familienmitglied ein „Recht an das Gemeinsame hat“ und „kein Glied der Familie ein besonderes Eigentum“ für sich beanspruchen könne.¹²⁸ So würde der Tod des Erblassers eben nicht den Eigentumsübergang begründen, sondern die überlebenden Familienangehörigen anteilig am Gesamteigentum der Familie profitieren, um die Rechte des Verstorbenen wahrzunehmen. Die Testierfreiheit lehnt *Hegel* ab und duldet Testamente nur dann, wenn keine Verwandten vorhanden sind.

In der Folgezeit entwickelte sich ein Spannungsfeld zwischen zwei Rechtsphären zur Herleitung des Erbrechts, bei dem sich die Erkenntnisse des familiär geltenden Germaniens ggü. dem individualistisch geprägten Rom zunächst behaupteten. Je öfter die Familie als Grundlage herangezogen wurde, desto stärker wurde deren Schwächung im Feindbild des *pater familias* gefunden, der als willkürlicher Herrscher über seine *familia*¹²⁹ ihren ureigensten Zusammenhalt schwächte. Hierbei spielten vordergründig soziale Aspekte eine entscheidende Rolle. Die Überlegungen *Hegels* von 1821 ordnen sich historisch nur acht Jahre nach der Völkerschlacht von Leipzig ein, in deren Sieg der Alliierten sich das Ende der napoleonischen Tyrannei verbarg. Die Sehnsucht nach Überleben und Frieden, sozialer und wirtschaftlicher Sicherheit zu dieser Zeit waren offenkundig, galt Frieden doch zumeist nur als eine Kriegspause. Jahre des Krieges und der Armut zeichneten den 1815 gegründeten Deutschen Bund, der das Heilige Römische Reich endgültig besiegelte und in welchem Millionen Deutsche wegen Hungerleiden, Verfolgung und Arbeitslosigkeit ihr Land verließen.¹³⁰ Vergegenwärtigt man sich die deutschen gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse, entspricht es keiner historischen Diskontinuität, dass Liberalisierungsprozesse jedweder Hinsicht hinter sozialen Sicherheitsaspekten zurückweichen sollten. Gleiches vermochte auch für den Fortgang von Besitztümern und Vermögen gelten, deren Sicherung für die Familie von immanenter Bedeutung war. Fortan bildete das Familienrecht die deutsche Grundlage des Erbrechts, bei welcher das Testament lediglich als geduldetes Fossil römischen Rechts existierte.¹³¹

Es folgte die März-Revolution im Jahr 1848 sowie die darauf zurückführende Frankfurter Nationalversammlung, das sog. Paulskirchen-Parlament, welches sowohl für die geforderten Grund- und Bürgerrechte einstand, als auch für eine neue Identität, die das Reich Vergangenheit werden lassen sollte.¹³² Neben der vorrangigen Behandlung des familiär geprägten Intestaterbrechts bildeten sich weitere Faktoren heraus, die für künftige gesellschaftliche Diskurse von immanen-

¹²⁷ *Hegel*, Grundlagen der Philosophie des Rechts, § 180.

¹²⁸ *Hegel*, Grundlagen der Philosophie des Rechts, § 171.

¹²⁹ *Wieacker*, Hausgenossenschaft, S. 10; *Kaser*, Römisches Privatrecht I, S. 50 f.

¹³⁰ *Kiesewetter*, Industrielle Revolution, S. 138.

¹³¹ Vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 70.

¹³² Vgl. *Bemmerlein/Göbel*, Abiturwissen Geschichte, S. 51.

ter Bedeutung sein sollten. Im Hinblick auf die Annahme, die Gesellschaft sei strukturell eine Zusammensetzung eben dieser geschützten Familien, entwickelte sich ein Anspruchsdenken gesamtgesellschaftlicher Strukturen an Erbmassen mit der Folge sozialpolitischer Eingriffe und Reformbewegungen.¹³³ Ob und inwieweit philosophische Grundlagen und politische Bewegungen nur einen korrelativen oder einen tatsächlich kausalen Zusammenhang hierfür aufweisen, kann aus heutiger Sicht nicht vollumfänglich beurteilt werden, wengleich sich dieser durchaus aufdrängt. Es mag hierbei einen durchaus ernüchternden Eindruck entstehen lassen, dass sich aus Aspekten der Sicherheit und der Stärkung der Familien eine kontinuierliche Grundlage für Eingriffe gerade entgegen der Familie und mithin der Gesamtgesellschaft herausgebildet hat.

Es wurden in der Folgezeit Stimmen lauter, die das bestehende Eigentum nur durch die Schaffung von Seiten des Staates sahen. Hierbei bestand auch im Ansinnen einer strikten Begrenzung der Testierfreiheit und in der umfassenden Sozialbindung des Eigentums eine Parallele zu den revolutionären Bewegungen von 1791 in Frankreich.¹³⁴ Im Deutschen Kaiserreich äußerten sich diese Bestrebungen bspw. in der Genossenschaftstheorie¹³⁵ und im sozialen Katholizismus¹³⁶. Vermehrt wurde das im Feindbild begriffene individualistische römische Recht mit dem des originär guten, deutsch-germanischen und insbesondere sozialen Rechts gegenübergestellt, um zu verdeutlichen, dass Eigentum mindestens ebenso verpflichtet wie berechtigt. Das germanische Recht erfuhr aufgrund seiner beschriebenen Attribute einen Hype im gesamten Kaiserreich, der es bei den Entwürfen um das BGB überflüssig machte, mit politisch sozial bis sozialistisch motivierten Bestrebungen und Argumenten eine Verlagerung des Liberalen hin zur Sozialbindung des Eigentums zu erzielen, weil das positive Ansehen des germanischen Rechts beinahe unstrittig erschien.¹³⁷

Zur Reichsgründung im Jahr 1871 und auch in den Jahren danach bestanden einige, differenzierte Rechtsordnungen.¹³⁸ Die Testierfreiheit war zu jener Zeit bereits in allen einzelnen auf deutschem Boden geltenden Gesetzen verankert mit stärkeren Einschränkungen dort, wo auch nach französischer Besatzung der C.c. galt. Dieser Vergleich offenbart sich bspw. am für das Königreich Sachsen gelten-

¹³³ Vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 73.

¹³⁴ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 73, mit Verweis darauf, dass diese Position Mitte des 18. Jh.s von *Johann Gottlieb Fichte* (1762–1814), deutscher Erzieher und Philosoph, geäußert wurde.

¹³⁵ Diese geht auf *Otto Friedrich von Gierke* (1841–1921), deutscher Rechtshistoriker und Politiker, zurück, s. dazu *Gierke*, Genossenschaftstheorie; Er sieht die in der testamentarischen Erbfolge veranlagte Willkür ähnlich wie Hegel, kritisiert aber weniger die Testierfreiheit als solche, sondern priorisiert die Familienerbfolge mit dem Motiv der Sozialbindung (*Meyer-Pritzel* in FS Reuter, S. 205 (208)).

¹³⁶ S. dazu *Brauer*, Der soziale Katholizismus.

¹³⁷ *Schröder*, Abschaffung und Reform des Erbrechts, S. 147.

¹³⁸ Immerhin existierten auch nach der Gründung noch die Königreiche Preußen, Bayern, Württemberg und Sachsen, die Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Baden, Hessen, sowie die Herzogtümer Anhalt und Braunschweig als elementare Bestandteile des Reichs. Hierzu *Putzger*, Weltatlas, S. 93.

den SächsBGB: Der § 2078 SächsBGB führte als Nichtigkeitsgrund der letztwilligen Verfügung z. B. an, wenn der Erblasser „durch körperliche Überwältigung oder Furcht bestimmt“¹³⁹ wurde. Darüber hinaus durfte der Erblasser gem. § 2086 SächsBGB „die Person des Bedachten oder den Gegenstand seiner Verfügung von dem Willen eines oder mehrerer bestimmten Dritten abhängig machen“¹⁴⁰. Daraus wird ersichtlich, dass schon das SächsBGB die Testierfreiheit als Grundsatz anerkannte. Im C.c. hingegen wurden bereits im Jahr 1804 Beschränkungen für die Testierfreiheit festgelegt, die im Kern bis heute fortbestehen¹⁴¹ und schon damals in einigen Gebieten des Deutschen Reichs galten¹⁴². Dies betraf u.a. die zwangsweise Erteilung, woraus sich ableiten lässt, dass die Testierfreiheit nicht Ausgangspunkt, sondern Grundsatzausnahme geltenden Erbrechts darstellt.¹⁴³

Als der Bundesrat im Jahr 1873 dem Bund die Kompetenz zur Erarbeitung des BGB übertragen hatte, arbeiteten Experten bis in das Jahr 1896 am neuen, einheitlichen Zivilrecht. Obwohl es sich aus erbrechtlicher Perspektive um einen Meilenstein handelte, hielt die Verabschiedung des Gesetzes kaum politischen Debatten und Diskurse vor. Die Konstitution der 1874 einberufenen ersten Kommission hatte elf Mitglieder und sah für jedes zivilrechtliche Teilgebiet einen Redaktor vor. Für das Erbrecht erhielt der bayrische Ministerialrat *Schmitt*¹⁴⁴ den Kommissionsitz, der seinerseits sehr um eine Entpolitisierung des Entwurfs bemüht war: Ihm ging es ganz vordergründig um die Vereinheitlichung bestehender Rechtsordnungen, musste er doch aber mit seinem 1879 vorgelegten Entwurf zum Erbrecht ipso facto auch eine politische Stellung einnehmen. Unerwarteter Weise legte *Schmitt* seinem geäußerten Erbrechtsverständnis eine liberale Ausgangslage zugrunde, sodass er das Erbrecht selbst in der Willensbildung des Einzelnen verortete und die familienrechtliche Begründung in den Hintergrund weichen sollte.¹⁴⁵ Für die Priorisierung der privatrechtlichen Erbfolge und den freien Willen als immanenten Ausgangspunkt des Erbrechts sprachen im Wesentlichen zwei Anhaltspunkte. Zum einen war es die Formulierung des ersten Satzes im vereinheitlichten Erbrechtsentwurf: „Jedem steht das Recht zu, über sein Vermögen von Todes wegen durch einseitige Erklärung zu verfügen.“¹⁴⁶ Zum anderen findet sich ein Indiz dafür in der Begründung des Pflichtteilsrechts, das *Schmitt* nicht durch

¹³⁹ *Hattenbauer/Schäfer*, SächsBGB, §§ 2078–2091.

¹⁴⁰ *Hattenbauer/Schäfer*, SächsBGB, §§ 2078–2091.

¹⁴¹ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 63

¹⁴² Hierzu zählten insbesondere das linksrheinische und bergische preußische Rheinland, die bayrische Pfalz, Rheinhessen, das hessisch-homburgischen Meisenheim, das oldenburgische Fürstentum Bürkenfeld, das sächsisch-coburgische und gotharschen Fürstentum Lichtenberg, sowie das Reichsland Elsaß-Lothringen, in denen der C.c. in Form des sog. „Rheinischen Rechts“ galt, und Baden, wo der C.c. als badisches Landrecht Recht entfaltete (*Pirntke*, Geschichte des Rechts und der Wirtschaft: Vorlesungsskripte).

¹⁴³ vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 79

¹⁴⁴ *Josef Schmitt* (ab 1896: *Ritter von Schmitt*), (1838–1907), bayrischer Landtagspräsident.

¹⁴⁵ Vgl. *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 220.

¹⁴⁶ *Titz*, Vindikationslegat, S. 14.

elterliche Pflichten ggü. ihren Kindern begründet sieht, sondern in der Selbstbindung des Erblassers, der sich in freiem Willen und in Selbstverantwortung für Heirat und Kinderzeugung entschieden hat. Freilich brachte dieses Anliegen der Kommission Kritik ein, die sich vordergründig auf die rechtsphilosophische Frage des Erblasserwillens als systematischen Ausgangspunkt konzentrierte. Mangels kommissionsinterner Einigung blieb *Schmitts* Entwurf unverändert und sorgte im Nachgang der Kommissionsarbeit für weitere Kritik.¹⁴⁷ Während die Implementierung der Testierfreiheit als solche unstrittig erschien¹⁴⁸, sah *Gierke* in der Herleitung aus individualisierten Elementen und nicht aus dem Familienrecht eine vom römischen Bewusstsein geprägte Erbrechtssystematik¹⁴⁹.

Mit Blick auf die gesellschaftlichen und fachjuristischen Debatten wäre eine familienrechtliche Begründung des Erbrechts zu erwarten gewesen. Erstaunlich am gesamten Gesetzgebungsprozess ist insbesondere, dass auch eine familienrechtliche Ausrichtung die Möglichkeit des Testierens neben sich akzeptiert hätte, die Begründung über den freien Willen nun aber in doppelter Hinsicht erfolgte, nicht nur für die Testierfreiheit, sondern auch für die gesetzliche Erbfolge herangezogen wurde.¹⁵⁰ Diese sich zumindest für die letzten Jahrzehnte aufdrängende historische Diskontinuität bedarf freilich eines Begründungsversuches, wenngleich sie eine Parallele zu den positiv-rechtlichen Ausführungen von *Pufendorf* und *Fichte* entgegen der rein naturrechtlichen Auslegung von *Grotius* und *Kant* darstellt. Möglicherweise bestand eine „relative Immunität“¹⁵¹ seitens der Kommissionsmitglieder ggü. den öffentlichen Debatten, die durch die konzentrierte Rolle des Redaktors bei nur elf Kommissionsmitgliedern noch verstärkt wird. Ein anderer Ansatz liegt direkt in der Person *Schmitts*, der die familienrechtliche Begründung als tradiert ansah und zuvorderst der Entpolitisierung des Entwurfs nachging. Da zu jener Zeit die progressiven Kräfte Sozialreformen forderten und diese auch maßgeblicher Bestandteil öffentlicher Diskussionen waren¹⁵², richtet sich ein Wirken gegen das Politisieren grundsätzlich auch gegen diese gesellschaftlichen Strömungen, die als ultima ratio gar die gänzliche Abschaffung des Erbrechts forderten, weil seine einzige Bestimmung in der Fortsetzung sozialer und materieller Ungleichheit läge.¹⁵³ Deutlich wird hierbei auch, dass Entpolitisieren in diesem Zusammenhang gleichbedeutend ist mit absoluter Redundanz, weil es doch ebenso auch immer eine politische Einflussnahme bedeuten muss. Schon der Begriff der Entpolitisierung erscheint schon dann inkonsistent, hält man ihm die ideologie-

¹⁴⁷ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 77.

¹⁴⁸ Vgl. *Meyer-Pritzel*, in Staudinger (2014), Eckpf. ZivilR., Y., Rn. 11.

¹⁴⁹ *Meyer-Pritzel* in FS Deuter, S. 205 (2008).

¹⁵⁰ Vgl. *Meyer-Pritzel* in Staudinger (2014), Eckpf. ZivilR., Y., Rn. 11.

¹⁵¹ So nennt es *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 81.

¹⁵² Vgl. *Beckert*, Erben, S. 23 ff.

¹⁵³ So forderten es Sozialisten und politisch Linke, wie *Meyer-Pritzel* in Staudinger (2014), Eckpf. ZivilR., Y. Rn. 9 ff. beschreibt.

freie und ausschließlich sachbezogene Politik begrifflich entgegen.¹⁵⁴ Die Entpolitisierung kann de facto nur das Nichts nach sich ziehen. *Schmitt* jedenfalls wird ein liberales oder konservatives Gedankengut anheim gestellt, weil er das Erbrecht nicht für sozialpolitische Reformen zu instrumentalisieren beabsichtigte. Das mag allerdings nur in Bezug auf die sozialpolitischen Reformprozesse selbst gelten, denn es erscheint für damalige Verhältnisse vielmehr äußerst modern, die Testierfreiheit aus dem freien Willen herzuleiten.¹⁵⁵ Obwohl die Kritiken hierzu nicht verstummten, bestand weitestgehend parlamentarische, parteiübergreifende Einigkeit in der Sache, dem Entwurf *Schmitts* zu folgen.¹⁵⁶

In der sich zeitlich anschließenden Weimarer Republik sollten die neuen Ererungenschaften um die Testierfreiheit samt ihrer Einschränkung durch das Pflichtteilsrecht gem. Art. 154 WRV weiterhin gewährleistet – „Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts gewährleistet. Der Anteil des Staates bestimmt sich nach den Gesetzen.“ – und zugleich unangetastet bleiben. Im Fokus neuerer Debatten jener Zeit standen hingegen das Erbrecht des Staates und die Erbschaftssteuer.¹⁵⁷

Die Testierfreiheit sollte aber nochmals in arge Mitleidenschaft geraten, als im Sommer 1933 die „Akademie für deutsches Recht“ mit dem Ziel gegründet wurde, ein „Volksgesetzbuch“ anstelle des BGB zu schaffen und folglich auch Elemente des Erbrechts zu verändern.¹⁵⁸ In dieser Hinsicht bestand die Kernkritik darin, dass sich das geltende Testamentsrecht auf die zuvor geschilderten individualistischen Gedanken stützte.¹⁵⁹ Quasi analog zu den germanischen Begründungen des Erbrechts und absolut diskontinuierlich zu den Ausführungen *Schmitts* standen für die Nationalsozialisten die Familie und die Gemeinschaft im Vordergrund erbrechtlicher Kausalitäten, die sich freilich den Begründungen nur äußerlich ähnelten, waren sie doch geprägt von nationalsozialistischem und rassistischem Gedankengut. Mit dem Inkrafttreten des Reichserbfolgegesetzes am 01.10.1933 wurde die Testierfreiheit strukturell eingeschränkt und ihre Nutzung staatlicher Kontrolle unterzogen, sodass der Erblasser lediglich noch als Treuhänder des familiären bzw. gesellschaftlichen Eigentums angesehen wurde.¹⁶⁰ Als gesetzliches Mittel wurden die Anforderungen an die Testamentsform erhöht, sodass nur noch öffentlich und nicht mehr privatschriftlich testiert werden konn-

¹⁵⁴ *Busshoff*, Der politische Prozess, S. 184.

¹⁵⁵ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 80 f.

¹⁵⁶ Vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 80.

¹⁵⁷ Vgl. *Beckert*, Erben, S. 28 ff.

¹⁵⁸ *Fesel/Dünkel*, BtPRax 2012, 17 (19).

¹⁵⁹ Vgl. *Otte* in *Horn*, Private and commercial law, S. 113 (120).

¹⁶⁰ Anders als noch im altrömischen Reich ist hier nicht der *familiae emptor* gemeint. Dieser war stets Dritter, nicht aber der Erblasser selbst. Hierzu noch deutlicher *Kipp*, ErbR, 1 (zit. nach *Meyer-Pritzel* in FS-Reuter, S. 205 (207): „Ohne das Erbrecht wäre das Privateigentum eine Halbheit; wir wären in Ansehung unseres Erwerbs nicht viel mehr als lebenslängliche Nießbraucher.“

te.¹⁶¹ Offenbar widersinnig erscheint das am 31.07.1938 in Kraft getretene Testamentsgesetz, das in seinen Grundzügen das Errichten eines Testaments erlaubte, aber die Möglichkeit, ein gültiges Testament zu errichten, davon abhängig machte, ob es Wertungswidersprüchen ausgesetzt war und ob es den Interessenlagen der Familie oder der Gemeinschaft glich¹⁶², denn gem. § 48 II TestG von 1938 wurde dem Erblasser die Verpflichtung auferlegt, im Interesse der Volksgemeinschaft zu testieren.¹⁶³ Andernfalls waren seine Verfügungen nichtig. Vermieden werden sollten dadurch Zuwendungen an Fremde, Staatsfeinde und vor allem Juden. Der noch im römischen Prinzipat als übermäßige Güte interpretierte Wille, auch Fremde und Unbekannte als Erben einzusetzen, wird während des Nationalsozialismus ad absurdum geführt. Der Konflikt zwischen freiheitlichen und familiären, zwischen römischen und germanischen Erbrechtswurzeln wird in jener Zeit nicht ausgetragen. Die 1935 verabschiedeten Rassengesetze wurden im 1937 in Kraft tretenden „Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens“ implementiert und verinnerlichten zwei für die Testierfreiheit weitreichende Konsequenzen: Zum einen war es unmöglich, Ausgebürgerten – ab 1941 allen ausgewanderten Juden – sowohl von Todes wegen als auch durch Schenkung zu Lebzeiten etwas zukommen zu lassen. Zum anderen traten Repressalien ein, wenn ein Pflichtteilsberechtigter mit einem Juden verheiratet war oder ohne Genehmigung eine sog. Mischehe einging, deren Voraussetzung ein Verstoß gegen das Reichsbürgergesetz oder Blutschutzgesetz war.¹⁶⁴ Die Rechtsfolge war der Entzug des Pflichtteils. Hier aber liegt der tatsächliche Widersinn verborgen: Die so vehement in den Vordergrund gedrängte familienrechtliche Herleitung des Erbrechts findet für diejenigen negative Ausnahmen, die aus rassistischen Motiven keine Familie darstellen dürfen. Die Generalisierung der familienrechtlichen Begründung des Erbrechts auf gesamtgesellschaftliche Ansprüche auszudehnen, wie es in einzelnen Epochen zuvor der Fall war, wird ad absurdum geführt, weil sich nationalsozialistische Motive zur Begründung der Begrenzung auf nur einzelne Teile der Gesellschaft ausschließlich auf Rassenideologien stützten.

In der Nachkriegszeit erfolgte eine grundlegende Streichung der nationalsozialistischen Eingriffe in das Erbrecht. Zunächst hob das Alliierten Kontrollratsgesetz Nr. 37¹⁶⁵ die Nichtigkeitsregelung des § 48 II TestG von 1938 im Jahr 1946 in Gänze auf. Am 20.02.1947 wurde zudem das Reichserbfolgegesetz ersatzlos gestrichen. Der übrige Teil des Testiergesetzes 1938, der seinen wortwörtlich-verfassten Ursprung noch unter *Schmitt* hatte und dessen Rechtsgehalt eine Symbiose aus originären römisch-freiheitlichen Aspekten ergänzt um den familiär-

¹⁶¹ Vgl. *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 250.

¹⁶² Vgl. *Schliepkorte*, Erbrechtsentwicklung, S. 131. Der Widersinn mag insbesondere darin verborgen liegen, dass eine gänzliche Streichung der Testierfreiheit näher gelegen hätte.

¹⁶³ *Schmoekkel*, ErbR, § 18, Rn. 7.

¹⁶⁴ *Heller*, Zivilrechtsgesetzgebung im Dritten Reich, S. 307 m.w.N.

¹⁶⁵ Gesetz Nr. 37 vom 30. Oktober 1946: Aufhebung einiger gesetzlicher Bestimmungen auf dem Gebiet des Erbrechts.

germanischen Pflichtteil abbildete, wurde am 05.03.1947 in das BGB aufgenommen.¹⁶⁶ Neben einer noch durch das Gleichberechtigtengesetz von 1957 erfolgten Stärkung der Zugewinnngemeinschaft¹⁶⁷ lässt sich festhalten, dass die Testierfreiheit seit der Übernahme in das BGB 1947 in der Bundesrepublik Deutschland existiert¹⁶⁸, wenngleich sie bereits auf eine fast 200 Jahre währende erstaunliche Kontinuität zurückblicken¹⁶⁹ kann und ihre Grundwurzeln bereits im altrömischen Reich in der Ausprägung des *testamentum per aes et libram* hat.

2.1.1.3 Die Verfassung als Garant für Würde, Freiheit und Eigentum

Der allgemeine Begriff der Freiheit wird oftmals in einen Kontext mit der persönlichen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG gestellt, meint er eben diesen aber auch in sprachlicher Hinsicht beinahe immer, wenn Menschen über ihre persönliche Freiheit sprechen. Verfassungsrechtlich wird die Selbstbestimmung teilweise bereits als sog. „vorrechtliche Verfassungsvoraussetzung“¹⁷⁰ eingeordnet, die keiner gesetzlichen Feststellung bedarf. Ob die Freiheit des Individuums außerhalb jeder Verschriftlichung von Recht existiert, ob sie diese lediglich bestärkt oder diese erst legitimiert, kann insbesondere innerhalb der Rechtsordnungen der freien westlichen Welt dahinstehen, da ihre Anerkennung und die Garantie ihres Inhalts unumstritten ist.¹⁷¹ Sie ist hierzulande auch nicht gleichzusetzen mit der eben beschriebenen Einsichtsfähigkeit oder den allgemeinen Freiheitsrechten. Während sich die Fähigkeit zur Einsicht in den kausalen Zusammenhang zwischen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung vorrangig aus der Freiheits- und Selbstbestimmungsgarantie aus Art. 2 I GG herleiten lässt, geht die Anerkennung des Individuums als solches über die oberste Verfassungsmaxime aus Art. 1 I GG deutlich weiter, indem sie ihm mit einem vorbehaltlosen Zuspruch gegenübertritt, was die Anerkennung seiner Selbstbestimmungsrechte betrifft.

Durch die Kombination der Freiheitsgarantie aus Art. 2 I GG und dem vorbehaltlosen Anerkennen des Menschen als solcher im Lichte des Art. 1 GG wird die Privatautonomie als Ausfluss der Selbstbestimmung geschützt.¹⁷² Der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst jedes menschliche Verhalten, ganz gleich welche Bedeutung ihm für persönliche Entfaltung zukommt.¹⁷³ Eben-

¹⁶⁶ *Schliepkorte*, Erbrechtsentwicklung, S. 239 ff.

¹⁶⁷ *Köbler*, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 282.

¹⁶⁸ Vgl. *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 83.

¹⁶⁹ *Beckert*, Unverdientes Vermögen, S. 83.

¹⁷⁰ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 31 m.w.N.

¹⁷¹ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 31: „All diese Verfassungen gehen nämlich von der grundsätzlichen Freiheit des Menschen und damit von einem gemeinsamen Postulat aus.“ Vgl. für die angesprochenen Verfassungen *Lang* in BeckOK GG (03/2015), Art. 2 Rn. 1, von denen auszugswise für Frankreich auf Art. IV der Erklärung der Menschen- und Freiheitsrechte von 1789, sowie für Italien auf Art. 2 Cost. hingewiesen sei.

¹⁷² BVerfGE 70, 123; 72, 170.

¹⁷³ *Murswiek* in Sachs, Art. 2 Rn. 52.

so geschützt ist jedes Unterlassen, sodass auch das Nichtgebrauchen privater Autonomie Ausdruck ihrer selbst sein kann.¹⁷⁴ Hiergegen schützt Art. 1 GG in seinem Kerngehalt die Menschenwürde als der soziale Wert- und Achtungsanspruch, der dem Menschen wegen seines Menschseins zukommt¹⁷⁵ und als Eigenwert des Menschen schlechthin¹⁷⁶.

Während sich die Privatautonomie originär aus der Selbstbestimmungsfreiheit herleiten lässt, verinnerlicht das in ihr verhaftete privatautonome Handeln selbst fünf Erscheinungsformen, zu denen neben der Vertragsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, der Eigentumsfreiheit, der Eheschließungsfreiheit auch die Testierfreiheit zählt.¹⁷⁷ Hierzu soll die folgende Abbildung 6 einen Überblick verschaffen.

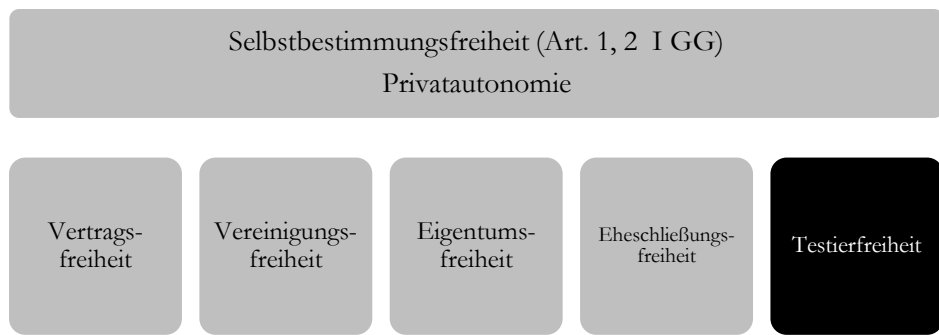


Abbildung 6: Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie und der Selbstbestimmungsfreiheit.

Der Grundtypus gelebter Privatautonomie sind Verträge, die ihrerseits nicht gegen Grundrechte verstoßen können, weil sie gerade Folge der Ausübung von Freiheit sind.¹⁷⁸ Bei der Testierfreiheit verhält es sich ebenso, da sie ebenso Ausdruck von Privatautonomie ist. Allerdings steht sie in einem elementaren strukturellen Unterschied zu den anderen vier Freiheiten, da ihre Rechtsfolgen erst mit dem Tod des sich der Freiheit Bedienenden entstehen.

Mit Blick auf alle Strukturen der Testierfreiheit genügen Art. 1 und 2 I GG nicht aus, da sie zwar grundlegend die Möglichkeit eröffnen, frei zu testieren, den Zeitpunkt, an welchem die Rechtsfolgen der Verfügung entstehen, aber noch nicht abschließend aufgreifen können. Die zeitliche Verlängerung der Selbstbestimmungsfreiheit, ist nur durch eine erbrechtliche Dimension zu erfassen. Hier-

¹⁷⁴ Vgl. *Merten* JuS 1976, 345 m.w.N.

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 87, 209 (238)

¹⁷⁶ Sog. „Mitgifttheorie“. Ebenfalls zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die sog. „Leistungstheorie“, die dem Menschen erst aufgrund seiner eigenen Verwirklichung die Menschenwürde zuspricht und gleichsam aufgrund ihrer erhöhten Anforderungen kritisch beäugt wird. Vgl. hierzu *Linke*, JuS 2016, 888 (890).

¹⁷⁷ *Ellenberger* in Palandt, Überbl v § 104 Rnr. 1.

¹⁷⁸ *Murswiek* in Sachs, Art. 2 Rn. 37a.

für ist die in Art. 14 I 1 GG angesiedelte Erbrechtsgarantie entscheidend, die dem Erblasser die Freiheit über sein Vermögen zu testieren, eröffnet und die ihren Ursprung in Art. 154 WRV hat¹⁷⁹, als zwischen Eigentum und Erbrecht noch durch verschiedene Artikel differenziert wurde. Träger der Erbrechtsgarantie ist sowohl der Erblasser einerseits als auch der mögliche oder berufene Erbe andererseits, weil der Grundrechtsschutz sonst mit dem Tode des Erblassers erlöschen würde. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen lebzeitigen Verfügungen und denen von Todes wegen. Die Testierfreiheit und das Verwandtenerbrecht stehen als kommunizierende Röhren nebeneinander unter dem Deckmantel der Erbrechtsgarantie. Sie wiederum steht gleichsam kommunizierend neben der Eigentumsgarantie, wie folgende Abbildung 7 verdeutlicht:

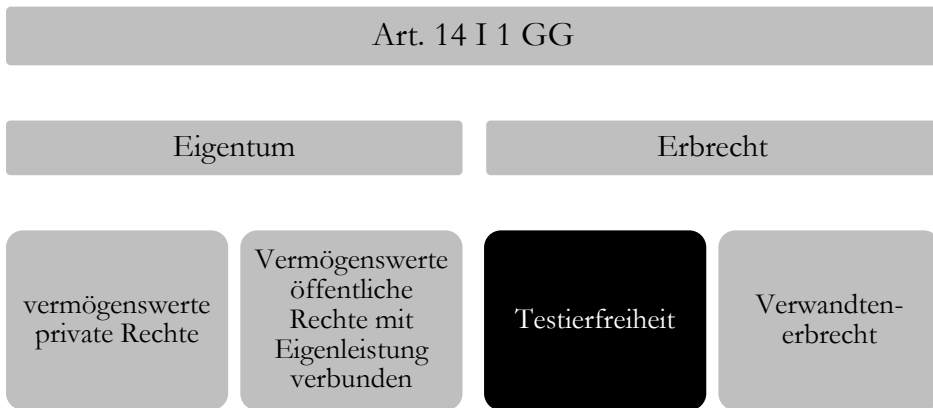


Abbildung 7: Testierfreiheit als Ausfluss des Erbrechts in Art. 14 I 1 GG.

Die eigene Garantie des Erbrechts verbirgt die Testierfreiheit sowohl im Hinblick auf den benannten Zeitpunkt der durch die Verfügung entstehenden Rechtsfolgen, als auch im Hinblick auf den Inhalt des Art. 154 WRV, der originär in der Erbrechtsgarantie fortwirkt. Auch für die Ausübung der Selbstbestimmung in der Wahl dieser Freiheitsgrundrechte entsteht Selbstverantwortung für den Grundrechtsträger, der für die Wahl seiner Freiheitsrechte und deren Folgen einstehen muss.¹⁸⁰ Der Grundrechtsschutz des potentiellen Erben allerdings, der auch nach dem Tode des Erblassers fortwirkt und auf den er sich erst mit den Erbfall berufen kann¹⁸¹, existiert jedoch nur in dem Umfang, wie ihn der Erblasser vor-

¹⁷⁹ Epping, Grundrechte, Rn. 402.

¹⁸⁰ Hillgruber, Selbstverantwortung, S. 184 f.

¹⁸¹ BVerfG, Beschl. v. 19.04.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03.

schreibt¹⁸², weshalb Erbenrechte auch als bloße „Reflexe der Erblasserfreiheit“¹⁸³ bezeichnet werden könnten.

2.1.1.4 *Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie*

Die Anerkennung von Freiheit und Würde verinnerlicht das Privatrecht¹⁸⁴ in seinen Grundsätzen nicht in gleicher Qualität wie die Verfassung, weil es dem Einzelnen zwar keine Garantie seiner Interessenverfolgung bietet, wohl aber die Bedingungen und die Basis der Gestaltungshoheit auf Grundlage der Vertragsfreiheit¹⁸⁵ schafft.¹⁸⁶ Die Realisierung privatautonomes Handelns gelingt durch Rechtsgeschäft, das regelmäßig als zivilrechtliche Ausprägung der Selbstbestimmung entsteht. Es stößt jedoch an Grenzen, wo selbstbestimmtes Handeln in seiner Urform tangiert wird und das Kriterium der Selbstbestimmtheit Zweifel erweckt. Wird ein Vertragspartner bei der Abgabe seiner Erklärung getäuscht bzw. bedroht, so mag seine Erklärung zwar fehlerhaft sein, „doch hört sie darum noch nicht auf, Selbstbestimmung zu sein“¹⁸⁷. Das Festhalten am Erklärten hängt sodann regelmäßig vom Geschäftserhaltungswillen des Getäuschten bzw. Bedrohten ab, §§ 123 I, 124 BGB. Diese Grundsatzausnahme der Selbstbestimmtheit soll den Vertragspartner, der im Falle der Täuschung bzw. Drohung nicht mehr auf Augenhöhe mit seinem Gegenüber fungiert, schützen – allerdings zulasten des Rechtsverkehrs, weil der Fortbestand des Rechtsgeschäfts freilich von seinem Willen, das Geschäft zu erhalten, abhängt.¹⁸⁸

Diesen Schutzcharakter als verstandene Einschränkung der Privatautonomie hatte das BVerfG in zwei grundlegenden Entscheidungen bekräftigt, indem es einen Interessenausgleich durch staatliche Eingriffe zur Wahrung insbesondere des Sozialstaatsprinzips legitimierte, wenn es den Vertragsparteien an einem „annähernden Kräftegleichgewicht“ mangle. Dann sei allein auf der Grundlage des Vertragsrechts ein sachgerechter Ausgleich zu erzielen.¹⁸⁹ In einer weiteren Entscheidung¹⁹⁰ arbeitete es drei Voraussetzungen heraus, unter deren Erfüllung

¹⁸² BVerfG, Beschl. v. 25.03.2009 – 1 BvR 909/08; *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (95); *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 205 f.

¹⁸³ *Wendt*, ZErB 2010, 45 (47).

¹⁸⁴ *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 23.

¹⁸⁵ Dass die Vertragsfreiheit ihren Ursprung in Art. 2 I GG hat, ist unstrittig; vgl. hierzu nur BVerfGE 72, 155; 81, 242 (254 ff.); 89, 214 (231 ff.); 103, 89 (100); 126, 286 (300).

¹⁸⁶ Vgl. *Canaris*, JZ 1987, 994; *Busche* in MüKo-BGB, Vor § 145 Rn. 3.

¹⁸⁷ *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 422.

¹⁸⁸ Eine teleologische Reduktion des § 123 I BGB mit dem Ziel, eine Anfechtbarkeit wegen Drohung durch einen Dritten nur dann zuzulassen, wenn der Bedrohte in besonderer Weise schützenswert ist, wurde bereits vorgeschlagen durch *Martens*, AcP 207 (2007), S. 371 (393 ff.).

¹⁸⁹ BVerfGE 81, 242 (255): Es ging hierbei um die Beschränkung der Vertragsfreiheit bei faktischem Ungleichgewicht, konkret das entschädigungslose Wettbewerbsverbot für einen Handelsvertreter.

¹⁹⁰ BVerfGE 89, 214 (232): Kern der Entscheidung war die Frage, inwieweit Gerichte zur Inhaltskontrolle von Bürgschaftsverträgen bei starkem Übergewicht eines Vertragspartners verpflichtet sind.

Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umschlagen könne und deshalb eine Korrektur durch den Gesetzgeber¹⁹¹ zur Wahrung der Privatautonomie und des Sozialstaatsprinzips, Art. 2 I, 28 I GG angezeigt sei: Zunächst muss es sich um eine typisierte Fallgestaltung handeln. Ferner müsste eine strukturelle Unterlegenheit für eine Vertragspartei vorliegen und zuletzt müssten die Folgen der Unterlegenheit eine ungewöhnliche Belastung nach sich ziehen. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Fehlen von Schutzvorschriften dann verfassungswidrig ist, „wenn das verfassungsrechtlich gebotene Schutzminimum unterschritten ist“¹⁹².

Während sich diese Eingriffe maßgeblich auf lebzeitige Verfügungen beziehen und die übrigen vier Freiheiten privatautonom Handelns ihre Rechtswirkungen zu Lebzeiten entfalten, drängt sich die Frage auf, ob Verfügungen zu Lebzeiten und von Todes wegen strukturell so ähnlich sind, dass sie auf den gleichgemeinten Sinngehalt der Selbstbestimmung zurückgreifen können. Zuvorderst fällt bei Begutachtung beider Bindungen auf, dass die letztwillige ggü. der lebzeitigen Verfügung allzeit frei widerruflich ist. Hiervon bilden das gemeinschaftliche Testament¹⁹³ und der Erbvertrag¹⁹⁴ keine echte Ausnahme, da ihre Bindungswirkungen aufgrund eines konkludenten vertraglichen Ausschlusses der Testierfreiheit existieren und daher nur die Bindungen selbst nicht letztwilliger, sondern lebzeitiger Natur sind.¹⁹⁵ Sie selbst hingegen verbleiben in der letztwilligen Vorstellung des Erblassers. Darüber hinaus nimmt der Erblasser regelmäßig Einfluss auf Rechtskreise anderer, sind doch die eigenen Konsequenzen, die mit seinem Tod erst entstehen, für ihn selbst nicht mehr spürbar. Hier liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zu lebzeitigen Verfügungen. Wenngleich die vorliegende Frage an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden kann, ist doch offensichtlich, dass Stimmen lauter werden, die eine „Privatautonomie von Todes wegen“¹⁹⁶ aufgrund eigener Ableitung der Selbstbestimmung fordern ohne eine vermeintlich fehlerhafte Adaption des Selbstbestimmungsgehalts bei lebzeitigen Verfügungen.¹⁹⁷

Beiden Konzeptionen mag einzig aus historischer Sicht eine gemeinsame Grundlage gelingen: Während es zunächst das allgemeine Selbstverständnis war, zu Lebzeiten von der Verfügungsfreiheit Gebrauch zu machen, entwickelte sich nach und nach der gesellschaftliche Wille, den Zeitpunkt der eigenen Verfügungsfreiheit auf das Lebensende auszuweiten. Mit den Ausgestaltungen als ein einseitig-

¹⁹¹ Vgl. zu den Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 39 f.

¹⁹² Zum sog. Untermaßverbot siehe *Canaris*, AcP 184 (1984) 228.

¹⁹³ § 2272 BGB: Ein gemeinschaftliches Testament kann nach § 2256 nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden.

¹⁹⁴ § 2289 I 2 BGB: In dem gleichen Umfang ist eine spätere Verfügung von Todes wegen unwirksam, unbeschadet der Vorschrift des § 2297.

¹⁹⁵ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 42.

¹⁹⁶ Vgl. nur *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 352 ff.

¹⁹⁷ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 42.

ges Rechtsgeschäft und der Implementierung des jederzeitigen Widerrufs war der letzte Schritt erfüllt, den Sinngehalt hin zur letztwilligen Verfügung zu entwickeln.¹⁹⁸ Wie *Christandl* lebhaft darstellt, war es gerade Ausdruck und Wille des Erblassers, mehr noch das eigene „Bedürfnis“¹⁹⁹, „sich die volle Verfügungsfreiheit über sein Vermögen zu Lebzeiten zu bewahren“²⁰⁰. Der Erblasser steht dabei exemplarisch für ein gesamtgesellschaftliches Anliegen, die gewünschten Rechtsausgestaltungen erbrechtlicher Verfügungshoheiten auf andere Weise auszugestalten, sie weiterzuentwickeln und den Bedürfnissen der Gesellschaft anzupassen. Diese Entwicklung lässt eine nachhaltige empirische Betrachtungsweise zu, die eine Parallele zwischen Erbrecht und Empirie aufzeigt und als Beispiel dienen mag, wie insbesondere das Erbrecht und die Testierfreiheit in ihrer Historie von einem empirischen Fortschritt profitiert haben.

Trotz dieser historischen Entwicklung lässt sich annehmen, dass die letztwillige Verfügungsfreiheit aufgrund ihrer originären Nähe zur Eigentumsfreiheit dem Eigentum entsprungen sei.²⁰¹ Es mag gerade Ausdruck des Verfügens sein, etwas abzugeben, das denotwendigerweise im Eigentum des Verfügenden steht. Insoweit erscheint eine Konnexität der beiden Elemente sinnvoll. Konfrontiert werden kann diese Herleitung aber mit mehreren gewichtigen Argumenten:

Zum einen genehmigt erst die historische Perspektive dem Einzelnen eine Verfügung über sein Vermögen zu treffen, deren Rechtsfolgen erst mit dem Ableben entstehen, vorzunehmen. Darüber hinaus steht die verfassungsmäßige Garantie des Erbrechts in Art. 14 GG neben der Garantie des Eigentums, mag sie insoweit gerade um die Verlängerung von Verfügungsmöglichkeiten über den Tod hinaus ergänzen, sodass insoweit von einer „eigentumserweiternden Funktion“²⁰², des Erbrechts gesprochen werden kann.²⁰³ Verstärkt wird der Eindruck auch dadurch, dass noch in Art. 154 WRV ein eigener Artikel für das Erbrecht bestand, der die Möglichkeit des freien Testierens originär aus der Erbrechtsgarantie herleitete.²⁰⁴ Ein weiteres Argument bildet sich in der Ausgestaltung des Pflichtteils ab. Ein Vergleich der Verfügungsfreiheiten unter Lebenden und von Todes wegen verrät, dass der auf den Tod verfügende Erblasser deutlich eingeschränkter ist als der lebzeitig verfügende Eigentümer: Während der Eigentümer unter einem bloßen Vorbehalt der sozialen Verpflichtung des Eigentums nach Art. 14 II GG verfügt, ist der Erblasser tatsächlich durch den im Pflichtteil angesiedelten Schutz

¹⁹⁸ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 51.

¹⁹⁹ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 51.

²⁰⁰ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 51.

²⁰¹ *Otte* in Staudinger (2017), Einl. ErbR Rn. 72; *Busche*, Privatautonomie, S. 58; so auch *Lange*, ErbR, § 2 IV 2., insb. b); zur Einordnung der Testierfähigkeit auch *Weirich*, Erben und Vererben, Rn. 253.

²⁰² *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 53.

²⁰³ Die Erkenntnis, eine Begründung der Testierfreiheit und des Erbrechts im Allgemeinen aus dem Naturrecht herauszulösen geht auf *Pufendorf*, De iure Lib. IV Cap. X § IV zurück, wie *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 53 (Rn. 129) beschreibt.

²⁰⁴ *Epping*, Grundrechte, Rn. 402.

der Familie beschränkt.²⁰⁵ Letztlich und sicher nicht abschließend ist anzuführen, dass die unter 2.1.1.1 geschilderte Selbstverantwortung bei Einsichtsfähigkeit aus der Selbstbestimmung resultiert und der Verfügende für die Folgen seines Handelns einzustehen hat. Der Widersinn liegt bei einer Herleitung aus dem Eigentumsbegriff auf der Hand: Der Erblasser schafft mit seinem Tod erst die Voraussetzung für die Rechtsfolgen der Verfügung, durch die er sich selbst von jedem Treffen der Rechtsfolgen befreit. Er schafft also gerade keine Folgen mehr für sich selbst, indem er die Voraussetzung für Dritte, für seine Erben, schafft.²⁰⁶ Es mag sich daher eher argumentieren, dass die erbrechtliche Verfügungsfreiheit keine Herleitung aus dem Eigentum selbst erfährt, sondern ein empirisches Ergebnis des Erbrechts ist.²⁰⁷

2.1.1.5 Grenzen der Testierfreiheit

Die Testierfreiheit endet dort, wo die Erblasserfreiheit nicht mehr mit der Erbenfreiheit vereinbar ist oder wo sie sich nicht mehr vor sich selbst verantworten kann. Erstes betrifft eine Kollision mit Rechten Anderer²⁰⁸, Zweites eine eigene Inkonsistenz der Testierfreiheit selbst oder aufgrund ihrer fehlerhaften Inanspruchnahme. Ihre Grenzen lassen sich in fünf Dimensionen gliedern²⁰⁹, die sich zusammensetzen aus der instrumentellen, der pflichtteilsrechtlichen, der legislativischen, der absoluten und der zivilrechtlich-wertenden Grenze.

Zunächst besteht eine Begrenzung in instrumenteller Hinsicht, die immer dann überschritten wird, wenn die Testierfreiheit als Gestaltungsmittel in rechtlicher Hinsicht überstrapaziert wird. Deutlich wird dies am sog. Behindertentestament²¹⁰, bei dem eine Kombination aus Vor- und Nacherbfolge samt Dauertestamentsvollstreckung für das behinderte Kind gewählt wird. Diese verhindert einen Zugriff des Sozialhilfetragers, weil eine Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben gem. § 2115 BGB nicht möglich ist, damit der Nacherbe nicht beeinträchtigt wird. Darüber hinaus besteht Erbenschutz gegen alle Gläubiger, die nicht Nachlassgläubiger sind, § 2214 BGB. Die Vor- und Nacherbfolge vermeidet, dass der Nachlass nicht gem. § 102 SGB XII zum Kostenersatz der Erben genutzt wird.²¹¹ Das Motiv hierfür liegt seitens der Eltern darin, den Lebensstandard ihres Kindes zu sichern und die durch die Behinderung höheren Lebenshaltungskosten zu de-

²⁰⁵ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 54 (Fn. 132).

²⁰⁶ So auch *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 146, 287 ff.

²⁰⁷ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 52 spricht insoweit von einer echten Ableitung des Erbrechts, einem sog. „genuinen Derivat“, unter Bezugnahme auf BVerfG NJW 1995, 2977; NJW 2005, 1561 (1562); NJW-RR 2010, 156; NJW 2011, 366; *Leipold* in MüKo-BGB, Einl. Vor § 1922 Rn. 25.

²⁰⁸ Vgl. zur postmortalen Machtstellung des Testators nur *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86.

²⁰⁹ Die Aufgliederung in fünf Grenzbereiche ist angelehnt an die „Faustregeln“ von *Wendt*, ZErB 2010, 45.

²¹⁰ Vgl. hierzu insbesondere OLG Hamm, Urt. v. 27.10.2016 – 10 U 13/16 = RNotZ 2017, 245.

²¹¹ *Langenfeld/Fröhler*, Testamentsgestaltung, S. 568 f.

cken. Denn aufgrund der Behinderung erhält es zwar Sozialhilfe, doch wird diese aufgrund des Nachrangprinzips des Sozialrechts bei vorhandenem Vermögen ausgeschlossen.²¹² Durch die geschilderte Kombination wird das Vermögen innerhalb der Familie gesichert, musste sie sich doch dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB ausgesetzt sehen, weil sie die Interessen der öffentlichen Hand nicht berücksichtigen würde. Weil den Eltern aber in erster Linie das Kindeswohl obliegt und dies nicht hinter den Interessen der öffentlichen Hand zurückweichen müsse, hat der BGH das Kriterium der Sittenwidrigkeit nicht als erfüllt angesehen.²¹³ Das OLG Hamm²¹⁴ führt hierzu aus, dass es gerade nicht Schutzzweck der Sozialhilfe sei, Zugriffe auf das Vermögen der Eltern des Betroffenen zu ermöglichen.²¹⁵ Ein Folgeproblem besteht jedoch in der Höhe des Nachlasses, wenn größere Vermögensgüter vererbt werden und die geschilderten Probleme um Kranken- und Lebensunterhalt sich bereits aus dem berechneten Pflichtteil lösen lassen könnten.²¹⁶ Wenngleich Stimmen in der Literatur zur Vorsicht aufrufen, im Hinblick auf größere Vermögen sog. Behindertentestamente anzufertigen²¹⁷, fehlt dem BGH jedenfalls die Rechtsüberzeugung, dass Erbmassen über den Pflichtteil hinaus notwendig seien, um nicht gänzlich der Allgemeinheit zur Last zu fallen.²¹⁸ Aus instrumenteller Sicht bleibt festzuhalten, dass die Testierfreiheit legitime Kombinationsmöglichkeiten anbietet²¹⁹, sie aber Wirkungen einbüßen kann, wenn potentiell Begünstigte mit unvereinbaren Rechtspositionen ausgestattet werden, wie es mit Blick auf einen befreiten Vorerben, der auch als Testamentsvollstrecker eingesetzt wurde, der Fall war, wenn es zugleich an einer hinreichenden Beschränkung der Erbenrechte mit Blick auf die Vollstreckungsrolle fehlt.²²⁰ Ein weiterer Aspekt der fehlerhaften Inanspruchnahme liegt in den Formerfordernissen verborgen. Ein dem gesunden Verstand zweifellos entsprungener letzter Wille, den der Erblasser am PC verfasst hat, auf Papier ausgedruckt und eigenhändig mit Datum und seiner Unterschrift versehen, stellt kein

²¹² *Litzgenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2100 Rn. 12: Das Nachrangprinzip des Sozialrechts findet sich insbesondere in § 9 SGB I (Anspruch auf Sozialhilfe, wenn sich der Betroffene nicht selbst helfen kann und nicht von anderer Seite Hilfe erhält) und in § 2 I SGB XII (die Sozialhilfe ist ausgeschlossen, wenn sich der Betroffene mit eigenen Mitteln helfen kann).

²¹³ BGH DNotZ 1992, 214 (244).

²¹⁴ OLG Hamm, Urt. v. 27.10.2016 – 10 U 13/16 = RNotZ 2017, 245.

²¹⁵ Die Entscheidung des OLG Hamm entspricht insoweit einer historischen Diskontinuität der eigenen Rechtsprechung, als es noch etwa acht Jahre zuvor in einem ähnlich gelagerten Fall die Erbausschlagung eines Behinderten als sittenwidrig ansah, weil dieser sich Vorteile der nächsten Erben und durch das Beziehen von Sozialhilfe erhoffte (FamRZ 2009, 2036). Eine ergänzende Ansicht vertrat das OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484, der sich *Otte*, ErbR 2009, 2 (6) anschloss.

²¹⁶ Vgl. BGH DNotZ 1992, 241 (243)

²¹⁷ Vgl. nur *Langenfeld/Fröhler*, Testamentsgestaltung, S. 577 m.w.N

²¹⁸ BGH MittRhNotK 1993, 320 (322)

²¹⁹ BGH, Urt. v. 26.01.2005 – IV ZR 296/03 = ZEV 2005, 204; zur Unbedenklichkeit auch Senat-Urt. v. 24.06.2009 – IV ZR 202/07 = ZNotP 2009, 352.

²²⁰ BGH PKH-Beschl. v. 25.02.2009 – IV ZA 12/08 – unveröffentlicht (zit. nach *Wendt*, ZErB 2010, 45 (49)).

wirksam errichtetes Testament dar.²²¹ Es mag trefflich darüber gestritten werden, ob der Schutzcharakter mit Blick auf die Authentizität der letztwilligen Verfügung auch in naher Zukunft Vorrang ggü. Chancen und Herausforderungen der Digitalisierung haben wird.²²² Hierzu stellt *Rötbel* jedenfalls fest, dass „Im Zeitalter elektronischer Kommunikation und Texterstellung“²²³ das originäre, holographische Testament „so weit wie nie zuvor von der Alltagskommunikation abgerückt“²²⁴ ist. Letztlich wird in instrumenteller Hinsicht auch durch das Anfertigen eines gemeinschaftlichen Testaments oder den Abschluss eines Erbvertrages zwar die Testierfreiheit für letztwillige Verfügungen genutzt, ihre Freiheit aber gleichsam und freiwillig aufgrund der Bindungswirkungen beider Verfügungsarten eingeschränkt.

In einem zweiten Aspekt wird die Testierfreiheit um erbenfreiheitsrechtliche Pflichtteilsansprüche begrenzt. Da diese als Geldansprüche gem. § 2303 I BGB ausgestaltet sind, beschränken sie nicht die Verfügungsgewalt als solche, sondern nur ihre geldwerte Höhe, die ihrerseits Beschränkungen i.R.d. § 2338 BGB oder einer gänzlichen Entziehung nach § 2333 BGB unterliegen kann. Während vertreten wird, der Pflichtteil selbst sei ein Schutz gegen Dritte²²⁵, ist freilich darüber nachzudenken, wie es sich i.R.d. der Testierfreiheit mit Blick auf die Fremdbestimmung im übrigen Nachlassvolumen verhält.²²⁶ Das Pflichtteilsrecht ist ein historisch gewachsenes Korrektiv der Testierfreiheit²²⁷, um auf Grundlage des Familienerbrechts Vermögen innerhalb der Familie zu halten.

Die dritte Dimension der testierfreiheitlichen Grenzen ist legislatorischer Art. Sie meint, dass die Entscheidungen der Legislative, also maßgeblich des Gesetzgebers und des BVerfG, auf die Testierfreiheit einschränkend wirken können. Aber: „Solange dies nicht eindeutig geschehen ist, hat die Freiheit des Erblassers die Oberhand“²²⁸. Exemplarisch für gesetzgeberische Grenzen steht die originäre Gesetzeswidrigkeit, § 134 BGB. Unter ihr lassen sich insbesondere Verstöße gegen strafrechtliche Vorschriften verstehen, welche die Nichtigkeit von Zuwendungen begründen²²⁹, sowie Verbote und Fristversäumnisse erbrechtlicher Na-

²²¹ OLG Hamm NJOZ 2006, 2666.

²²² Vgl. zu Reformideen mit Blick auf die Digitalisierung *Baumann* in Staudinger (2018), § 2247 BGB Rn. 35.

²²³ *Rötbel*, AcP 210 (2010), S. A 64.

²²⁴ *Rötbel*, AcP 210 (2010), S. A 64.

²²⁵ *Coing*, Gutachten 49. DJT, S. A 47.

²²⁶ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 74 f.

²²⁷ Siehe 2.1.1.2.

²²⁸ *Wendt*, ZErB 2010, 45 (51).

²²⁹ *Otte* in Staudinger (2013), Vorbem. zu §§ 2064–2086 Rn. 130: Maßgeblich zählen hierzu die Finanzierung einer für verfassungswidrig erklärten Partei oder einer verbotenen Vereinigung (§§ 84, 85 StGB), Wählerbestechung (§ 108b StGB), die Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB), die Belohnung von Straftaten (§ 140 StGB), die Vorteilsgewährung (§ 333 StGB), die Bestechung (§ 334 StGB), sowie Anstiftung (§ 26 StGB), bei Verbrechen auch die erfolgreiche (§ 30 StGB), und Beihilfe (§ 27 StGB) zu einer Straftat.

tur²³⁰. Die Abgrenzung zur instrumentellen Grenze mag hier vor allem darin erkennbar sein, dass es weniger um die Einhaltung formeller Vorschriften zur legitimierte Verkörperung des freien Willens in einem Testament samt Inanspruchnahme erbrechtlicher Optionen und Kombinationen bis zu ihren Grenzen geht, sondern um direkte Verbotsnormen, welche die Testierfreiheit in ihrer rechtlichen Außenwirkung unmissverständlich und absolut begrenzen. Mit dem *telos*, den in einer Einrichtung lebenden Erblassers vor Fremdbestimmung durch das Heim- und Pflegepersonal zu schützen, wurde § 14 HeimG geschaffen.²³¹ Er stellt klar, dass der Heimträger und die Bediensteten nicht über das reguläre Entgelt hinaus bedacht werden dürfen, wenn sie zu Lebzeiten des Erblassers davon wissen.²³² Neben diskutierten Annahmeverboten des Personals wegen der besonderen

²³⁰ Vgl. *Lange/Kuchinke*, ErbR, Rn. 821: Hierzu zählen das Verbot der Drittbestimmung des Erben (§ 2065), der Verstoß gegen die Eröffnungspflicht des Testaments (§ 2263), das Verbot der rechtsgeschäftlichen Einschränkung der Testierfreiheit (§ 2302), und mit Blick auf zeitliche Einschränkungen die Frist für den Ausschluss der Auseinandersetzung (§ 2044 II), für die Nacherbschaft (§ 2109), für aufgeschobene Vermächtnisse (§ 2162) und für die Dauervollstreckung (§ 2210).

²³¹ BVerfG, Beschl. v. 03.07.1998 – 1 BvR 434-98 = NJW 1998, 2964. Allerdings ist seit der Föderalismusreform 2006 gem. Art. 125a I 2 GG das HeimG durch Landesrecht in jedem Bundesland ersetzt: Baden-Württemberg: § 16 Gesetz für unterstützende Wohnformen, Teilhabe und Pflege und zur Änderung des Landesverwaltungsgesetzes vom 14.05.2014 (WTPG, BW, GBl. BW 2014, S. 257); Bayern Art. 8 Pflege- und Wohnqualitätsgesetz (PfleWoqG) vom 01.08.2008 (Bay GVBl. 2008, S. 346); Berlin: § 12 Wohnteilhabegesetz (WTG) vom 01.07.2010 (GVBl. Berlin 2010, S. 285); Brandenburg: § 14 Pflege- und Betreuungsgesetz (BgbPBWoG) vom 01.01.2010, (GVBl. Brandenburg I 2009, S. 298); Bremen: § 20 Gesetz zur Sicherstellung der Rechte von Menschen mit Unterstützungs-, Pflege- und Betreuungsbedarf in unterstützenden Wohnformen (BremWoBeG) vom 05.10.2010 (BremGBl. Nr. 44 vom 22.10.2010, S. 509); Hamburg: § 5a Hamburgisches Wohn- und Betreuungsqualitätsgesetz (HmbWBG) vom 01.01.2010 (HmbGVBl. 2009, S. 494); Hessen: § 7 Hessisches Gesetz über Betreuungs- und Pflegeleistungen (HGBP) vom 07.03.2012 (Hessen GVBl. 2012, S. 34); Mecklenburg-Vorpommern: § 6 Einrichtungsqualitätsgesetz (EQG M-V) vom 17.05.2010 (GVobl. M-V 2014, S. 241); Niedersachsen: Verweis auf § 14 HeimG in § 1 I 3 Niedersächsisches Heimgesetz (HeimG) vom 29.06.2011 (Nds. GVBl. 2011, S. 196); Nordrhein-Westfalen: § 10 Wohn- und Teilhabegesetz (WTG) vom 10.12.2008 (GV. NRW. 2008, S. 738); Rheinland-Pfalz: § 11 Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (LWTG) vom 01.01.2009 (RP GVBl. 2009, S. 399); Saarland: § 8 Landesheimgesetz Saarland (LHeimGS) vom 19.06.2009 (Abl. SL 2009, S. 906); Sachsen: § 7 Sächsisches Betreuungs- und Wohnqualitätsgesetz (SächsBeWoG) vom 12.07.2012 (Sächs.GVBl. S. 397); Sachsen-Anhalt: § 15 Wohn- und Teilhabegesetz des Landes Sachsen-Anhalt (WTG LSA) vom 17.02.2011 (GVBl. LSA, S. 136); Schleswig-Holstein: Selbstbestimmungsstärkengesetz (SbStG) vom 17.07.2009 (GS. Schl.-H. II, S. 402); § 12 Thüringer Wohn- und Teilhabegesetz (ThürWTG) vom 10.06.2014 (Thür GVBl. Nr. 5 von 23.06.2014, S. 161).

²³² BGH 26.10.2011, NJW 2012, 155: Es ging um das Testament des Vaters eines schwerbehinderten Heimbewohners. Der Heimträger erfuhr von der Einsetzung erst nach dem Tode des erblassenden Vaters. Der BGH sah hierin keine Unwirksamkeit nach § 14 I HeimG i.V.m. § 134 BGB. Vgl. zur mittelbaren Zuwendung und einer ggf. analogen Anwendung von § 14 I, V HeimG BayOblG, Beschl. v. 22.02.2000 – 1 Z BR 147/99 = NJW 2000, 1959.

Ausnahmen gelten laut § 14 II Nr. 2 HeimG lediglich für „geringwertige Aufmerksamkeiten“, welche lediglich in den Bundesländern Mecklenburg-Vorpommern (§ 6 II Nr. 2 EQG M-V) und Thüringen (§ 12 ThürWTG) numerisch mit Grenze von 100 Euro pro Bewohner im Jahr benannt wurden. In der Literatur reichen Vorschläge von 25-250 Euro, vgl. dazu *Dietz*, MittBayNot 2007, 456.

dienstrechtlichen Stellung²³³ lässt sich feststellen, dass in Anbetracht fehlender Verbotsnormen insbesondere in der Lehre häufig die Option der Sittenwidrigkeit über § 138 BGB als Verbotsversuch herangezogen wird.²³⁴ Den Sinn und Zweck des Schutzes vor Fremdbestimmung konkretisiert der Gedanke, sich die besondere Situation von Heimbewohnern zu vergegenwärtigen, die für die Aufnahme, die Betreuungsleistung, den freundlichen Umgang „zusätzlich zu dem Entgelt weitere Vermögensvorteile“²³⁵ bereit wären zu veräußern. Aufgrund dieser vulnerablen Situation wird das Testierverbot auch für andere Berufsgruppen, insbesondere ambulante Pflegedienste, diskutiert.²³⁶ Gegen eine Analogie argumentiert *Ludyga*²³⁷, da der Gesetzgeber mit der Neubekanntmachung im Jahr 2001 vergleichbare Berufsgruppen gekannt hätte, es daher an der Planwidrigkeit der Regelungslücke fehle, und insbesondere die Interessenlagen, die hier maßgeblich die Lebenssituationen der Betroffenen meinen, zwischen heimbewohnender und ambulanter, häuslicher Pflege nicht vergleichbar seien. Weniger überzeugend hingegen mag das Argument sein, die „ambulante Pflegedienste drohten unter Generalverdacht gestellt“²³⁸ zu werden, weil Heimleiter und dortige Bedienstete auch in Ansehung der unterschiedlichen Situationen der Betroffenen bereits unter eben jenem Verdacht stehen. Auf den ersten Blick etwas widersprüchlich begründete der Gesetzgeber das Testierverbot des § 14 HeimG weniger mit dem Schutz vor Fremdbestimmung, als vielmehr mit der Sicherstellung der Selbstbestimmung, der Testierfreiheit des Erblassers.²³⁹ Dass einmal mehr die Sicherstellung der Freiheit durch Verbote erzielt werden kann, stellte auch das BVerfG fest, indem es die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von § 14 HeimG annahm.²⁴⁰

²³³ Vgl. zu Annahmeverboten anderer Berufsgruppen *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 360.

²³⁴ Vgl. *Rötbel*, AcP 210, 2010, S. A 62 ff.

²³⁵ BT-Drucks. 7/180, 15.

²³⁶ Zur Notwendigkeit der Analogie, sofern gewollt, spricht der Anwendungsbereich des HeimG in I 1: „Dieses Gesetz gilt für Heime. Heime im Sinne dieses Gesetzes sind Einrichtungen, die dem Zweck dienen, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten, und die in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig sind und entgeltlich betrieben werden.“ Allerdings ist zu erwähnen, dass das Betreuen und Pflegen familienfremder Personen auf unbestimmte Zeit in Privathaushalten gegen Entgelt bereits eine Heimsituation begründet, hierzu: BayOBLG NJW-RR 1999, 1454. Ähnliches gilt in zeitlicher Hinsicht, wenn der Erblasser im Testierzeitpunkt noch nicht Bewohner oder gar Bewerber für ein Heim war, später aber dort einen Platz bezieht, hierzu: BGH NJW-RR 1995, 1272. Für andere nahstehende Berufsgruppen mit gewisser Beauftragung der Personen- oder Vermögenssorge, wie z.B. Ärzte, Bankangestellte und Vermögensberater existieren keine gleichwertigen Verbotsnormen, wenn es sich um selbstständige Ärzte bzw. Hausärzte handelt.

²³⁷ *Ludyga*, NZS 2013, 201.

²³⁸ *Ludyga*, NZS 2013, 201 (208).

²³⁹ BT-Drucks. 11/5120, 17.

²⁴⁰ BVerfG NJW 1998, 2964: Die Beschwerdeführer betrieben eine Hotelpension und hatten sich von drei pflegebedürftigen Menschen über mehr als zehn Jahre lang monatlich 5.000 DM zukommen lassen und sich wissentlich von einem Pflegegast als Erben einsetzen lassen. Die Erteilung eines Erbscheins wurde aufgrund eines Testierverbots nach § 14 HeimG a.F. vom 07.08.1974 (BGBl. I, S.

In einer vierten Ebene wird die Testierfreiheit durch eine absolute Grenze eingeschränkt, die sich maßgeblich an der Generalklausel der Sittenwidrigkeit orientiert und die ihrerseits nur in „besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen“²⁴¹ greift, wenn es sich um eine „deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung“²⁴² handelt, die wiederum ihrerseits auf der „Wertordnung des Grundgesetzes, wie sie insbesondere in den Grundrechten“²⁴³ vorgefunden wird, steht. Die nur anhand sehr hoher Anforderungen an die Sittenwidrigkeit einzuschränkende Freiheit, letztwillige Verfügungen zumindest „weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln“²⁴⁴, stellte das BVerfG im Hohenzollern-Beschluss²⁴⁵ deutlich heraus:

Es hatte sich mit der Frage, ob die Hausgesetzze von Hohenzollern auch noch heute Eingriffe in die Eheentschließungsfreiheit rechtfertigen können, zu beschäftigen: Im Jahr 1938 schloss der ehemalige Kronprinz von Preußen mit seinem Sohn Louis Ferdinand einen Erbvertrag, der ihn zum alleinigen Vorerben einsetzte und als Nacherben diejenigen ausschloss, die nicht „weitere Abkömmlinge im Mannesstamme des Kronprinzen“ waren, also solche, die „nicht aus einer den Grundsätzen der alten Hausverfassung des Brandenburg-Preußischen Hauses entsprechenden Ehe“ stammten „oder in einer nicht hausverfassungsmäßigen Ehe“ lebten.²⁴⁶ 1981 errichtete Louis Ferdinand ein Testament, in welchem er seinen Enkel Georg Friedrich zum Alleinerben einsetzte²⁴⁷ und damit seinen Sohn Georg Friedrich ausschloss. Georg Friedrich gab zwar in den Jahren 1961, 1967 und 1976 Verzichtserklärungen ab²⁴⁸, doch versuchte er nach dem Tod seines Vaters einen Erbschein zu erlangen, war damit allerdings auch auf dem ordentlichen Gerichtsweg erfolglos, da insbesondere der BGH die Eheschließungsklausel als wirksam ansah.²⁴⁹ Das BVerfG allerdings stufte die Klausel als sitten- und treuwidrig ein: In der Abgabe dieser Erklärungen sah es eine Ausübung erheblichen Drucks auf Georg Friedrich, die beabsichtigten Eheschließungen zu unterlassen oder seine Stellung

1873) abgelehnt und auch die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, da § 14 HeimG a.F. als verfassungsgemäße Einschränkung der Testierfreiheit angesehen wurde. Zwar wurde das HeimG durch Bekanntmachung vom 05.11.2011 neugefasst (BGBl. I, S. 2970) und zuletzt durch Art. 3 S. 2 des Gesetzes zur Neuordnung der zivilrechtlichen Vorschriften des Heimgesetzes nach der Föderalismusreform vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2319) geändert, doch lässt auch die aktuelle Fassung insbesondere hinsichtlich § 14 keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass dieser durch die Änderungen verfassungswidrig geworden sein könnte, weil er sich in seinem materiellrechtlichen Gehalt nicht wesentlich geändert hat.

²⁴¹ BGH NJW 1999, 566 (568).

²⁴² BGH NJW 1994, 248 (250).

²⁴³ BGH NJW 1999, 566 (568).

²⁴⁴ BVerfG NJW 2004, 2008 (2010).

²⁴⁵ Zum Ganzen: BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01.

²⁴⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 2 f.

²⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 17.

²⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 41.

²⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 18 ff.

als Nacherbe zu verlieren.²⁵⁰ Außerdem vertraten die Richter die Ansicht, dass durch die WRV vom 11.08.1919 und die Verfassung Preußens vom 30.11.1920 jeweils die Republik als Staatsform eingeführt wurde und so die Hausgesetze von Hohenzollern ihre staatsrechtliche Funktion – die Regelung der Thronfolge in einer Erbmonarchie – nicht mehr erfüllen könnten. Deshalb können sie nun nicht mehr als Rechtfertigung für Eingriffe in die Eheentschlussfreiheit dienen.²⁵¹

Beschränkungen aus sittenwidrigen Erwägungen können indes nicht typisiert werden²⁵², weil sie stets auf den Einzelfall abgestellt werden müssen und betroffene Verfügungen dabei gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“²⁵³ verstoßen müssen. Herauszustellen ist dabei, dass das Bedenken einer Pflege- oder Betreuungskraft nicht schon per se sittenwidrig ist, sondern durch den Umstand der Kenntnis der Zuwendung erst der Schutzzweck ausgehört wird.²⁵⁴ Der Testierfreiheit soll hierbei möglichst großer Entfaltungsraum eingeräumt werden, der ihr nur dann genommen wird, wenn ihre Grundrechtsgarantie unverhältnismäßig eingeschränkt wird.²⁵⁵ Festzuhalten bleibt allerdings, dass dies aufgrund sittenwidriger Umstände in gerichtlichen Entscheidungen kaum geschieht.²⁵⁶

Abschließend wird die Testierfreiheit durch eine fünfte Grenze beschränkt, die sich maßgeblich mit Wertungsmaßstäben aus zivilrechtlicher Sicht befasst. Die Rechtsprechung verhält sich hierzu grundsätzlich eher verhalten, wobei der Hohenzollern-Beschluss einen Anhaltspunkt bietet. In der Literatur werden hingegen vermehrt Ansätze vertreten, die eine Abwägung und eine Wertung aller Gesamtumstände vornehmen und diese analytisch in zulässige und unzulässige Verfügungen zu differenzieren versuchen. Insbesondere unter Bezugnahme des besonderen „Druck-Topos“²⁵⁷ vom Erblasser auf die Erben entwickelte *Kroppenberg*²⁵⁸ dogmatische Grundlegungen der zivilrechtlichen Wertungsmaßstäbe bei letztwilligen Verfügungen, um postmortale Herrschaft zu begrenzen: Zum einen sollten verhaltensbezogene Verfügungen verhindert werden, wenn die Testierfreiheit dabei zum reinen Verwaltungsinstrument postmortaler Supermacht pervertiert wird. Ebenso kritisch sind dabei Inhalte zu betrachten, die Austauschverträgen oder dem Han-

²⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 42 f.

²⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 22.03.2004 – 1 BvR 2248/01, Rn. 44 ff.

²⁵² Hierzu kritisch und mit einem neuen, einzelfallgelösten Ansatz *Smid*, NJW 1990 409.

²⁵³ *Lübton*, Erbrecht I, S. 308.

²⁵⁴ Vgl. BayOLG NJW 1998, 2369 (2371).

²⁵⁵ OLG Braunschweig ZEV 2000, 448 = FamRZ 2000, 1189.

²⁵⁶ Zur zurückhaltenden Rechtsprechung ggü. sittenwidrigen Verfügungen *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 365 f. m.w.N.; *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (103). Gegen diese Annahme erwehrt sich *Wendt*, ZErB 2010, 45 (54) für den VII. Zivilsenat mit Blick auf die scheinbar nicht mehr vorhandene Sittenwidrigkeitsprüfung, indem er auf die „tägliche Arbeit“ verweist, die „Gegenteiliges“ belege und der Senat „die Testierfreiheit sehr ernst nimmt“. Widerspruchslos bleibt jedoch das Desiderat der benannten Entscheidungen.

²⁵⁷ *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (96).

²⁵⁸ *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 (88).

deln für Dritte nach §§ 328 ff. BGB nah kommen.²⁵⁹ Darüber hinaus soll ein Bestrafen oder Disziplinieren der Erben durch den Testator in seiner Verfügung grundsätzlich seiner Testierfreiheit folgend möglich sein, wenn er von eben dieser in ordnungsgemäßer Form Gebrauch macht und sie keine legislatorischen oder absoluten Grenzen überschreitet.²⁶⁰ Freilich spielen vor allem persönliche Motive des Erblassers eine vordergründige Rolle. Ihm steht es frei, die fehlende Anerkennung von potentiellen Erben zu sanktionieren, wenn er gleichsam deren Freiheiten und Rechte achtet. Analog zum Hohenzollern-Beschluss sei hierzu auf die in 2.1.1.3 erläuterte Selbstbestimmungsfreiheit hingewiesen, unter die auch die Eheschließungsfreiheit fällt, und die sich somit der Destination potentieller Erben von Seiten des Testators entziehen sollte. Festhalten lässt sich demnach, dass der Testierfreiheit und ihrer Grundrechtsgarantie Einhalt zu gebieten ist, wenn der Testator nicht auf Erbenseiten einen „unzumutbaren Druck“²⁶¹ erzeugt. Diskutiert werden in diesem Zusammenhang vermehrt die Möglichkeiten, sich der erblassenden Destination zu entziehen, wie es die Ausschlagung als noch weiter zu erforschendes Instrument freilich nicht nur mit Blick auf verworfene Erbvorrechte leisten mag.²⁶²

Der beschriebene Druck existiert verstärkt innerhalb des Familiengebildes, das Testatoren regelmäßig zu letztwilligen Treuebekennnissen anhält.²⁶³ In der Ausweitung von Testierverboten auf andere Berufsgruppen könnte in der Konsequenz auch ein Verbot innerhalb der Familie diskutiert werden.²⁶⁴ Wer sich aber aufbürdet, über seine Familie, seine Freunde, sein gesamtes soziales Umfeld bei einer erbrechtlichen Verfügung zu entscheiden, deren Reaktionen und Fragen in seine Überlegungen zu integrieren, nimmt die Verantwortung und die Folgen seiner Verfügungsgewalt bewusst in Anspruch²⁶⁵, sodass es ureigener Ausdruck seiner Selbstbestimmung ist.²⁶⁶ Privatautonomes Gestalten benötigt keine weitere Rechtfertigung als den Willen des Gestaltenden selbst.²⁶⁷ Dies sieht insbesondere *Otte* offenbar anders, der bereits Defizite in der Rücksichtnahme genügen lässt, um Sittenwidrigkeit anzunehmen²⁶⁸, obwohl das Erbrecht im Gegensatz zum Schuldrecht keine Rücksichtnahmepflichten wie die des § 241 II BGB kennt²⁶⁹. Weitere Einschränkungen können sich mittelbar aus erbschaftssteuerrechtlichen Aspekten ergeben²⁷⁰, sowie aus den Grundrechten der Erben, wenn durch „un-

²⁵⁹ *Kroppenber*, DNotZ 2006, 86 (90 ff.).

²⁶⁰ *Kroppenber*, DNotZ 2006, 86 (94 f.).

²⁶¹ *Otte* in *Staudinger* (2013), § 2074 BGB Rn. 34.

²⁶² Hierzu insbesondere *Kroppenber*, DNotZ 2006, 86 (102 f.) und *Zimmer*, NJW 2008, 1125 (1128).

²⁶³ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 80 f.

²⁶⁴ So bewusst etwas überspitzend *Ludyga*, NZS 2013, 201 (208).

²⁶⁵ *Leipold*, in *MüKo-BGB*, § 2064 Rn. 1

²⁶⁶ *Muschelex*, ErbR I, Rn. 399; BVerfG 19.01.1999, NJW 1999, 1853.

²⁶⁷ Frei nach *Liebs*, Lat. Sprichwörter, S. 223, Rn. 63: Stat pro ratione voluntas.

²⁶⁸ *Otte*, ErbR 2009, 2 (6).

²⁶⁹ *Wendt*, ZERB 2010, 45 (51).

²⁷⁰ Für einen aussagekräftigen Überblick *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 78 f.

zumutbaren Druck²⁷¹ auf diese eingewirkt wird. Wesentliche Testierverbote existieren in Heimsituationen des Erblassers.²⁷² Andere Berufsgruppen mit einem entsprechenden Näheverhältnis finden keinen vergleichbaren Anklang, sodass das Heim und all seine Mitarbeiter die einzig Generalverdächtigen bleiben. Grenzen und Ausnahmen des Testierverbotes aus § 14 HeimG bestehen einerseits dann, wenn die Kenntnis der Begünstigten bis zum Erbfall fehlt oder sie zumindest nicht bewiesen werden kann, was gehörige Beweislastprobleme und Rechtsunsicherheiten nach sich ziehen kann, und andererseits, wenn die Heimaufsichtsbehörde eines Bundeslandes keine Notwendigkeit für das Aufrechterhalten des Schutzgebotes sieht und eine entsprechende Ausnahmegenehmigung vom Testierverbot erteilt.²⁷³

2.1.1.6 Begriff und Definition der Testierfreiheit

Die Testierfreiheit ist ein empirisches Ergebnis des Erbrechts. Sie ist immanenter Bestandteil erbrechtlicher Privatautonomie, historisch gewachsen, verfassungsrechtlich verwurzelt und war zu ihrer Geburt ein vergleichbarer Ausgangspunkt der Erbfolge wie sie es heute ist, obwohl sie zwischenzeitlich als das größte Übel römischer Rechtsfossile größte Missachtung erfuhr. Die Testierfreiheit maßgeblich prägende Persönlichkeiten waren die Kaiser *Konstantin* und *Valentinian III.*, die wesentliche Formerleichterungen durchsetzten, insbesondere *Pufendorf*, der die Testierfreiheit aus dem Naturrecht herauslöste und sie zu positivem Recht entwickelte, sowie auch *Schmitt*, dem wir vordergründig die heutige Vormachtstellung der Testierfreiheit im BGB zu verdanken haben.²⁷⁴ Seine Einordnung der Testierfreiheit als Ausgangspunkt des Erbrechts, insbesondere im Verhältnis zum Verwandtenerbrecht bzw. den Pflichtteilsansprüchen, eröffnet zugleich den sich maßgeblich auch aus § 1937 BGB ergebenden Versuch einer Definition: Testierfreiheit ist die Möglichkeit des Erblassers durch eine letztwillige Verfügung den Fortbestand seines Vermögens zu bestimmen.

2.1.2 Ausprägungen der Testierfreiheit

„Das Erbrecht hat im Allgemeinen die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern.“²⁷⁵ Zur Erfüllung jener Funktion bedienen sich potentielle Erblasser verschiedener Instrumente, z.B. der Verfügung von Todes wegen. Sie wird gemeinhin als Testament bezeichnet, wenngleich sie nur eine Ausprägung dessen darstellt. In ihr wird grundlegend angeordnet, wie sich das Vermögen des Erblassers

²⁷¹ *Otte* in *Staudinger* (2013), § 2074 Rn. 34.

²⁷² *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 368.

²⁷³ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 369.

²⁷⁴ Kapitel 2.1.1.2.

²⁷⁵ *Wendt* in *Sachs*, Art. 14 Rn. 194.

sers nach dessen Tod verteilen möge. Um eine verbindliche Rechtsfolge nach dem Tode anzuordnen, steht dem Testator die Anfertigung eines Testaments offen. Es ist davon auszugehen, dass bei etwa zwei Dritteln aller Erbfälle die gesetzliche Erbfolge eintritt und bei etwa einem Drittel testamentarisch verfügt wird.²⁷⁶ Zu den Voraussetzungen der Testierfreiheit zählen der *Testierwille*, die *Testierfähigkeit* und die *höchstpersönliche Errichtung*.²⁷⁷ Ferner dürfen für eine wirksame Ausübung keine der unter Kapitel 2.1.1.5 benannten Grenzen überschritten werden.

2.1.2.1 Testierwille

Die letztwillige Verfügung braucht ihren Namen nicht zu tragen, d.h. ein Testament ist auch ohne seine eigene Bezeichnung als solches gültig, sofern ein ernsthafter Wille des Erblassers letztwillig zu verfügen erkennbar ist. Der Testierwille ist also gegeben, wenn sich der Erblasser bewusst war, dass seine Äußerung eine rechtsverbindliche Erklärung des letzten Willens darstellt und er den Willen hatte, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten.²⁷⁸

Beispiel: N leidet an extremer Adipositas und ist aufgrund dessen so gut wie bewegungsunfähig. Sein Geist und sein Bewusstsein sind völlig klar. Er entschließt sich, seinen letzten Willen festhalten zu wollen und schreibt diesen auf einem Pizzakarton nieder. Ist das Testament mit Blick auf den Testierwillen wirksam errichtet worden?

Lösung: Ein Pizzakarton mag eine unübliche Unterlage für die Errichtung eines Testaments darstellen, nichtsdestoweniger sind die formalen Anforderungen an die Verkörperung des Willens²⁷⁹ erfüllt. Doch gerade dann, wenn die Form des Schriftstücks nicht den üblichen Gepflogenheiten für Testamente entspricht, sind strenge Anforderungen an den Nachweis des Testierwillens zu stellen.²⁸⁰ Zweifel können sich dabei bspw. aus ungewöhnlichen Errichtungsformen, ungewöhnlichen Schreibmaterialien, einem ungewöhnlichen Aufbewahrungsort oder der inhaltlichen Gestaltung ergeben.²⁸¹ Gleichwohl bedeutet das Verwenden einer ungewöhnlichen Schreibunterlage nicht immerzu, dass der Testierwille fehlt.²⁸² So ist in Zweifelsfällen zu klären, ob es sich nicht nur um einen Entwurf handelt.²⁸³ Zugleich sollte man die Anforderungen aber auch nicht zu hoch setzen, so

²⁷⁶ Buchholz, FamRZ 1987, 440; vgl. Weirich, Erben und Vererben, Rn. 270.

²⁷⁷ Siehe hierzu Kapitel 2.1.2.

²⁷⁸ Baumann in Staudinger (2018), § 2247 Rn. 17.

²⁷⁹ Zu der obligatorischen Verkörperung OLG Köln MDR 1963, 503; RGZ 87, 109, 110; Avenarius in PWW, § 2247 Rn. 20; Weidlich in Palandt, § 2247 Rn. 5.

²⁸⁰ S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2247 Rn. 3; vgl. auch Avenarius in PWW, § 2247 BGB Rn. 20 m.w.N., insbesondere zum gebrauchten Briefumschlag BayObLG FamRZ 92, 226; 1207 und zum Notizbuch BayObLG FamRZ 05, 657 mit Anmerkungen Kroppenberg; BayObLG Rpfleger 77, 438; BayObLGZ 1991, 158; BayObLG NJW-RR 1999, 88.

²⁸¹ OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – I-10 W 153/15, Rn. 31, juris.

²⁸² Horn, NJW 2017, 2392 (2393).

²⁸³ OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2015 – I-10 W 153/15, Rn. 31, juris; S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2247 Rn. 3.

dass man davon ausgehen darf, dass ein Testament, welches formgerecht abgefasst und inhaltlich vollständig ist, grundsätzlich keine Veranlassung dafür bietet, den Testierwillen des Verfügenden in Frage zu stellen.²⁸⁴ Mithin hat N mit Blick auf den Testierwillen ein wirksames Testament errichtet.

Sollte sich kein ernsthafter Wille des Erblassers feststellen lassen und es sich um eine reine Scherzerklärung handeln, so wäre das Testament gem. § 118 BGB nichtig. Weil § 2078 III BGB aber § 122 BGB ausschließt, ist der scherzend erklärende Erblasser aber nicht zum Ersatz des Vertrauensschadens ggü. den scherzhaft Bedachten verpflichtet. Da die §§ 2078 ff. BGB aber die Anfechtung von Personen meinen, die durch den Irrtum des Erblassers eine Benachteiligung erfahren haben²⁸⁵, wird teilweise eine Analogie des § 2078 III BGB vertreten.²⁸⁶ Folglich wäre der durch die erfolgreiche Anfechtung Bedachte ggü. dem ursprünglich im Testament Bedachten nicht vertrauensschadenspflichtig.

2.1.2.2 Testierfähigkeit

Was gemeinhin unter Testierfähigkeit verstanden wird, lässt sich unterschiedlich beurteilen. Das BGB definiert sie nicht, umschreibt aber ihre Ausnahmen, sodass mit Blick auf § 2229 I BGB ein Minderjähriger ein Testament erst mit Vollendung des 16. Lebensjahres errichten kann und bis zu seiner Volljährigkeit die Mithilfe eines Notars zwingend notwendig ist, § 2333 I BGB. Dem Grunde nach divergiert sie daher in ihrer strukturellen Ausprägung nur leicht von der Geschäftsfähigkeit gem. § 104 BGB. Auch diese setzt voraus, dass der Testator ein gewisses Maß an Verständnis seiner Erklärung ggü. aufbringt, ihre Tragweite erkennen und seinen Willen frei von Einflüssen Dritter bilden kann. Sie wird deswegen teilweise als bloße Sonderform der Geschäftsfähigkeit verstanden.²⁸⁷ Andere hingegen warnen aber zumindest davor, die Testierfähigkeit als besondere Art der Geschäftsfähigkeit zu bezeichnen, da es missverständlich sei und man auch eine besondere Testierunfähigkeit wegen der Unreife einer Urteilsbildung begrifflich annehmen könnte, was nach der Eingliederung der Bestimmungen des TestG in das BGB nicht gewollt gewesen sei.²⁸⁸

2.1.2.2.1 Historische Herleitung

Für ein weitergehendes Verständnis der Testierfähigkeit ist jedoch nicht nur der Blick auf die heutige Situation von Bedeutung, sondern auch, was die entscheidenden Kriterien die Testierfähigkeit insbesondere im antiken Griechenland, im

²⁸⁴ S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2247 Rn. 14.

²⁸⁵ Medicus/Petersen, BürgR, Rn. 146

²⁸⁶ Vgl. zum Hintergrund und zur Begründung der Analogie Brox, ErbR, Rn. 258; Schlüter, ErbR, Rn. 224.

²⁸⁷ BayObLG FamRZ 2005, 2019 = NJW-RR 2005, 1025 = ZEV 2005, 345.

²⁸⁸ So Lange, ErbR, § 18 II 4.

römischen Recht, gemeinen Recht und germanischen Recht²⁸⁹ waren: Im Recht des antiken Griechenlands und im römischen Recht kam es auf die Freiheit und den geistlichen Zustand des Erblassers an, die physische Gesundheit spielte keine bzw. kaum eine Rolle.²⁹⁰ Im germanischen Recht wurde zusätzlich das Erfordernis der körperlichen Gesundheit eingeführt, was auch aus heutiger Sicht zweckdienlich erscheint, doch sollte dieses nur die Selbstbestimmungsfähigkeit sichern.²⁹¹

2.1.2.2.2 Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit

Wie bereits dargestellt, unterscheiden sich die Geschäfts- und die Testierfähigkeit per se nur in Nuancen, sodass festzuhalten ist, dass jede natürliche Person, die geschäftsfähig ist, auch testierfähig ist und im Umkehrschluss die vollständige Geschäftsunfähigkeit zur Testierunfähigkeit führt.²⁹² Allerdings können Umstände bestehen, in denen eine geschäftsfähige Person ausnahmsweise nicht testierfähig ist²⁹³: Zur Testierfähigkeit zählt, die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung erkennen zu können. Für die Anwendung von § 104 Nr. 2 BGB ist dies jedoch keine Voraussetzung²⁹⁴. Es gibt keine teilweise Geschäftsunfähigkeit, die sich nach dem Schwierigkeitsgrad der zu treffenden Entscheidung richtet.²⁹⁵ Die einzigen Unterschiede existieren beim Vergleich zwischen der Testierfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit.²⁹⁶

Weit überwiegend wird unter der Geschäftsfähigkeit verstanden, dass ein Mensch die Fähigkeit besitzt, „Rechtsgeschäfte selbst wirksam vornehmen zu können“.²⁹⁷ Als Ausfluss der lebzeitigen Privatautonomie soll jeder Handelnde die Möglichkeit haben, Rechtsgeschäfte nach seinem Willen abzuschließen. Dies ist jedoch nur dann sinnvoll, wenn die betroffene Person eine entsprechende Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt, dass sie abschätzen kann, welche Folgen sie mit ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen herbeiführt.²⁹⁸ Die nicht bzw. beschränkt geschäftsfähigen Personen sollen insbesondere davor geschützt werden, rechtlich nachteilige Rechtsgeschäfte abzuschließen.²⁹⁹ Aus diesem Grund sind Rechtsgeschäfte dieser Personen grundsätzlich unwirksam, wenn sie nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind.³⁰⁰ Zur Wahrung der Rechtssicherheit stellt das Ge-

²⁸⁹ Ausführlich dazu: *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 129 ff. m.w.N.

²⁹⁰ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 134 f.

²⁹¹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 134 f.

²⁹² *S. Kappler/T. Kappler* in Erman § 2229 Rn. 2.

²⁹³ *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 16.

²⁹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 14.07.1953 – V ZR 97/52, Rn. 19, juris; *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 16.

²⁹⁵ BGH, Urt. v. 19.10.1960 – V ZR 103/59, Rn. 14, juris m.w.N.

²⁹⁶ *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229, Rn. 16.

²⁹⁷ *Klumpp* in Staudinger (2017), Vorbem. z. §§ 104 ff. Rn. 5 m.w.N.

²⁹⁸ *Müller* in Erman, Vorbem. vor § 104 Rn. 1.

²⁹⁹ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 52; vgl.: *Müller* in Erman, Vorbem. vor § 104 Rn. 1.

³⁰⁰ Vgl. *Ellenberger* in Palandt Überbl. v. § 104 Rn. 3, 26 ff.

setz in den §§ 104 ff. BGB starre, generelle Altersgrenzen dafür auf, wann jemand nicht voll geschäftsfähig ist, indem es die „fehlende Geschäftsfähigkeit von festen Altersstufen und bestimmten Störungen der Gesundheit abhängig“ macht.³⁰¹ Daraus folgt, dass das Gesetz grundsätzlich vorhandene Geschäftsfähigkeit unterstellt.³⁰²

Der Grad der Geschäftsunfähigkeit wird dabei in zwei Stufen unterteilt: Die (vollständige) Geschäftsunfähigkeit in den §§ 104, 105, 105a BGB und die beschränkte Geschäftsfähigkeit in den §§ 106-113 BGB.³⁰³ So geht der Gesetzgeber gem. § 104 Nr. 1 BGB davon aus, dass Personen unter sieben Jahren geschäftsunfähig sind, da sie nicht den zur Willensbildung erforderlichen Reifegrad besitzen.³⁰⁴ Ihre Willenserklärungen sind gem. § 105 I BGB nichtig. Gleichwohl nimmt er jedoch an, dass man diesen Reifegrad mehr und mehr erlangt, quasi in ihn hineinwächst: Dies zeigt sich ganz deutlich daran, dass Minderjährige mit Vollendung des siebten Lebensjahrs Willenserklärungen zwar grundsätzlich abgegeben können. Sollten diese jedoch nachteilige Folgen nach sich ziehen, ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gem. §§ 107, 108 BGB erforderlich.³⁰⁵

Das Gesetz schützt aber nicht nur Minderjährige, sondern auch gem. § 104 Nr. 2 BGB auch Personen, die geistig derart krank sind, dass sie dauerhaft nicht mehr in der Lage sind, sich einen freien Willen bilden zu können und statuiert gem. § 105 Nr. 2 BGB, dass deren Willenserklärungen unheilbar nichtig sind. So drängt sich die Frage auf, wie sich ein derartiger Zustand verhält bzw. zu definieren ist. Die Komplexität hinter dieser an sich sehr deutlichen Feststellung des Gesetzgebers offenbart sich an folgender Definition: „Ein seiner Natur nach nicht nur vorübergehender, die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB liegt vor, wenn der betroffene Mensch über einen länger andauernden Zeitraum hinweg zu freien Entscheidungen nach Abwägung des Für und Wider auf Grund einer sachlichen Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte nicht in der Lage ist, weil seine Erwägungen und Willensentschlüsse wegen krankhafter Geistesstörung oder Geisteschwäche nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der die Außenwelt prägenden Umstände und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch unkontrollierte Triebe und Antriebskräfte oder die Einwirkung Dritter derart übermäßig beherrscht werden, dass von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann.“³⁰⁶ Natürlich könnte man diese Definition auch vereinfachen: Die betroffene Person ist auf-

³⁰¹ Müller in Erman, Vorbem. v. § 104 Rn. 1.

³⁰² BAG, Urt. v. 17.02.1994 – 8 AZR 275/92, Rn. 22; vgl. Klumpp in Staudinger (2017), Vorbem. z. §§ 104 ff. Rn. 8 m.w.N.; Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 53.

³⁰³ Klumpp in Staudinger (2017), Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 2.

³⁰⁴ Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 53.

³⁰⁵ Vgl. Klumpp in Staudinger (2017), Vorbem. zu §§ 104 ff. Rn. 8.

³⁰⁶ Lange in jurisPK-BGB, § 104 Rn. 11.

grund ihres Geisteszustandes nicht mehr in der Lage, nach vernünftigen Gesichtspunkten abzuwägen und danach eine Entscheidung zu fällen.³⁰⁷ Geht es um die Eruierung des Geisteszustands, mag die verkürzte Definition nicht immer ausreichen. Einerseits bildet die Medizin für sich genommen allein aufgrund der Vielzahl an Krankheiten ein sehr komplexes Thema ab. Andererseits schränken die §§ 104 ff. BGB die betroffenen Personen in ihrer Freiheit zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung ein und gerade, weil die Privatautonomie grundgesetzlich garantiert ist, erscheint es mehr als nur angebracht, die jeweilige Geschäftsunfähigkeit im Einzelfall festzustellen, als vorschnell zu urteilen. *Schmoekel* bringt es trefflich auf den Punkt: „Es gibt kaum eine vernichtendere Aussage als dem Gegenüber die Geschäftsfähigkeit zu verweigern“³⁰⁸. Mithin erscheint insoweit eine Zusammenfassung aller möglichen, in Frage kommenden Krankheiten unter dem Begriff der „pathologischen Geschäftsunfähigkeit“ durchaus sinnvoll.³⁰⁹

Für ein sinnvolles Verständnis der aufgezeigten Problematik sollte man sich vor Augen führen, dass es durchaus möglich ist, partiell geschäftsunfähig zu sein. Dies bezieht sich auf bestimmte Lebensbereiche, nicht jedoch auf den Schwierigkeitsgrad der Entscheidung.³¹⁰ Eine entsprechende relative Geschäftsfähigkeit wird durchweg abgelehnt.³¹¹ Darüber hinaus werden Willenserklärungen von Personen, die unter einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“³¹² leiden, dann wirksam, wenn diese während eines lichten Zwischenraums abgegeben werden.³¹³

2.1.2.2.3 Problem der Testierunfähigkeit

In § 2229 definiert der Gesetzgeber, wann eine Person testierunfähig ist. Dabei gibt es für Minderjährige gem. § 2229 I BGB eine feste Altersgrenze: Mit Vollendung des 16. Lebensjahres ist der Minderjährige testierfähig und unterliegt lediglich noch formellen Grenzen, nicht aber der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, wie § 2229 II BGB ausdrücklich darstellt. Bis zur Vollendung des 16. Lebensjahrs ist der Minderjährige testierunfähig. Die Probleme, die sich bei der Frage ob des Vorliegens einer Testierunfähigkeit auftun, liegen jedoch nicht bei den Altersgrenzen, sondern bei der krankhaften Störung der Geistestätigkeit. Weil sich viele Menschen nicht in jungen Jahren, sondern erst im hohen Alter mit dem Vererben auseinandersetzen, sind die gesetzgeberischen Altersgrenzen regelmäßig

³⁰⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, Rn. 13, juris; OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.03.1988 – 7 U 210/95, juris; OLG Saarbrücken, Urt. v. 12.08.199 – 1 U 431/97-93, Rn. 104, juris; *Lange* in jurisPK-BGB, § 104 Rn. 12.

³⁰⁸ *Schmoekel*, NJW 2016, 433 (434).

³⁰⁹ Vgl. *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 54.

³¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 24.09.1955 – IV ZR 162/54, Rn. 19, juris; NJW 1970, 1680; Urt. v. 23.10.1975 – II ZR 109/74, Rn. 12; Urt. v. 18.05.2001 – V ZR 126/00, Rn. 9, juris; *Fischer*, WuM 2012, 178.

³¹¹ *Klumpp* in Staudinger (2017), § 104 Rn. 20 m.w.N.

³¹² *Klumpp* in Staudinger (2017), § 104 Rn. 6.

³¹³ Ganz h.M.: Vgl. nur *Klumpp* in Staudinger (2017), § 104 Rn. 25 m.w.N.

überschritten.³¹⁴ Doch wenn festgestellt werden will, ob eine Person aus pathologischen Gründen testierunfähig ist, müssen stets zwei aufeinanderfolgende Beurteilungskriterien zugrunde gelegt werden: Auf der ersten Beurteilungsebene ist dies die Krankheitsdiagnose³¹⁵, auf der zweiten die individuelle psychopathologische Symptomatik bzgl. des jeweiligen Rechtsgeschäfts.³¹⁶

Auf der Ebene der Krankheitsdiagnose lässt sich feststellen, dass insbesondere bei Demenz eine Testierunfähigkeit gegeben sein kann.³¹⁷ Mit zunehmendem Alter steigt das Risiko aufgrund des Krankheitscharakters signifikant an.³¹⁸ Der klinische Verlauf der Demenz beginnt im Alzheimer-Stadium, in welchem die Betroffenen unter Gedächtnisschwäche und räumlicher Orientierungsstörung leiden. Über den Verlust von bspw. der Alltagskompetenz ist die Krankheit in ihrem Endstadium u. a. von Desorientierung, mangelnder Fähigkeit, vertraute Personen zu erkennen und Pflegebedürftigkeit³¹⁹ gekennzeichnet.³²⁰ „Im Endstadium sind oftmals nur noch Fragmente des Altgedächtnisses vorhanden, das Neugedächtnis ist vollends verloren.“³²¹ Doch weisen dementielle Krankheiten derartig unterschiedliche klinische Charakteristika auf, dass eine generelle Beurteilung darüber, ob eine an Demenz erkrankte Person testierunfähig ist, nicht möglich ist. Vielmehr müssen die vorhandenen kognitiven Fähigkeiten dieser Person zum Zeitpunkt des Testierens überprüft werden, da bspw. die Urteils- und Einsichtsfähigkeit als elementare Voraussetzung für die Testierfähigkeit bei nicht stark ausgeprägter Demenz durchaus noch erhalten sein kann.³²² Testieren meint in diesem Zusammenhang das Setzen der Unterschrift beim privatschriftlichen Testament³²³, beim notariellen Testament hingegen den Zeitpunkt des Verlesens des Notars, der Genehmigung und der Unterschrift durch den Erblasser³²⁴. Für die Bejahung der Testierfähigkeit ist es zu diesem Zeitpunkt nicht erforderlich, dass der Testator den Inhalt selbst zum Ausdruck bringen kann, sondern die Bedeutung und Tragweite seines Testaments verstehen kann und frei über seine Genehmigung ent-

³¹⁴ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 62 f.

³¹⁵ *Cording*, ZEV 2010, 115.

³¹⁶ *Cording*, ZEV 2010, 115 (118).

³¹⁷ Vgl. *Cording*, ZEV 2010, 115 (117).

³¹⁸ Vgl. Deutsche Alzheimer Gesellschaft e.V., Infoblatt 1, Häufigkeit Demenzerkrankungen, https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/infoblatt1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf, abgerufen am 16.08.2018.

³¹⁹ Der frühere Begriff der Pflegebedürftigkeit berücksichtigte fast ausschließlich körperliche Beeinträchtigungen, kognitive und psychische jedoch kaum bis gar nicht. (BT-Drucks. 18/5926, S.1). Mit Einführung des Pflegestärkungsgesetzes II im Jahr 2015 (BGBl. I, S. 2424 ff.) wurde der Begriff der Pflegebedürftigkeit umfassend reformiert, womit auch weitere Beeinträchtigungen, insbesondere kognitive und psychische entsprechend berücksichtigt wurden (vgl. § 14 SGB XI).

³²⁰ *Klockgether* in Schmoeckel, Demenz und Recht, S. 29.

³²¹ *Jestaedt*, Auswirkungen Geschäftsunfähigkeit, S. 64.

³²² *Klockgether* in Schmoeckel, Demenz und Recht, S. 29.

³²³ *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 52.

³²⁴ *S. Kappler/T. Kappler* in Erman § 2229 Rn. 2.

scheiden kann.³²⁵ Umstritten ist, ob der Testator im Zeitpunkt der Unterzeichnung testierfähig sein muss oder nicht.³²⁶

Aus diesen Gründen benötigt es als zweite Beurteilungsebene die psychopathologische Symptomatik. Entscheidend geht es dabei um die Frage, wie viele kognitive Fähigkeiten man von einer an Demenz erkrankten Person erwartet, sodass diese noch selbst entscheiden kann und folglich rechtlich darf.³²⁷ Der Erblasser muss Botschaften seiner Umwelt auffassen, verarbeiten und daraus ableiten können, welche Handlungsalternativen ihm offenstehen, um sich dann nach umfassender Abwägung einen entsprechenden Willen für seine Entscheidung bilden zu können.³²⁸ Er muss im Moment der Testamentserrichtung die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen.³²⁹ Dafür ist insbesondere entscheidend, dass er die Möglichkeit der Entscheidungsfindung trotz seines geschwächten Geisteszustands besitzt – und nicht, ob er jeden einzelnen Schritt kognitiv nachvollzogen hat.³³⁰

Die Feststellung der Testierfähigkeit ist originäre Aufgabe der Gerichte und von Notaren. Letztere stehen dabei vor der Herausforderung gem. § 11 I 1 und 2 BeurkG zu bestimmen, ob jemand geschäftsfähig ist. Sie sind verpflichtet, entsprechende Zweifel im Testament festzuhalten. Dabei könnten sie sich eventuell ggü. denen, die die Zuwendung erhalten sollten, gem. § 19 I BNotO haftbar machen.³³¹ Dass die Feststellung im Einzelfall problematisch sein kann, zeigt auch der Umstand, dass eine Betreuung selbst keine Testierunfähigkeit begründet³³² und ein Testierunfähiger auch sog. „lichte Momente“ haben kann und seine Verfügungen in diesen Phasen wirksam sind.³³³ Die Gerichte haben es dabei unwesentlich leichter: So mögen ihnen zahlreiche Beweismittel zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit zur Verfügung stehen.³³⁴ Doch meist befassen sie sich mit Sachverhalten, in denen die Demenz bereits auffällig geworden und die Krankheit sehr weit fortgeschritten ist – was jedoch nicht zum generellen Ausschluss der Geschäftsfähigkeit und mithin zur Testierunfähigkeit führt, sondern Anlass dazu bieten sollte, stets zu prüfen, wann eine Verfügung noch zugelassen werden

³²⁵ BGH, Urt. v. 01.07.1959 – V ZR 169/58, juris; *Esser* in Groll, Praxis-HB, II., Rn. 57.

³²⁶ Für eine Testierfähigkeit im gesamten Errichtungsprozess des Testaments: *S. Kappler/T. Kappler* in Erman § 2229 Rn. 2; *Lange*, ErbR, § 18 II 1; Gegen das Testierfähigkeitserfordernis „bei Unterschreiben des Erblassers“ *Lichtenwimmer*, MittBayNot 2002, 240 m.w.N.

³²⁷ *Schmoeckel*, NJW 2016, 433 (434).

³²⁸ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 216

³²⁹ BVerfG, Beschl. v. 19.01.1999 – 1 BvR 2161/94, Rn. 42, juris.

³³⁰ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 216.

³³¹ *Schmoeckel* in *Schmoeckel*, S. 13 (14); vgl. zum Diskurs über die Aufgaben und Pflichten eines Notars *Stoppe/Lichtenwimmer*, DNotZ 2005, 806 und die Erwiderung hierzu von *Müller*, DNotZ 2006, 325.

³³² *Hagena* in MüKo-BGB, § 2229 Rn. 11: Das Betreuungsrecht fragt primär danach, ob und ggf. welche Hilfen die betroffene Person benötigt, nicht jedoch nach deren geistiger Fähigkeit.

³³³ *Krug* in Tanck/Krug, § 8, Rn. 4 m.w.N.

³³⁴ Vgl. *Cording*, ZEV 2010, 23 (23 ff.).

kann.³³⁵ Darüber hinaus werden für die Feststellung der Testier(un)fähigkeit regelmäßig Sachverständige eingesetzt³³⁶, wenn Anlass zu Zweifeln an der Testierfähigkeit im Errichtungszeitpunkt bestehen³³⁷, von deren Erstellung eines Gutachtens das Gericht aber absehen kann, wenn es sicher ist, dass sich dadurch keine Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers begründen können³³⁸.

Manche vermuten keine allgemein akzeptierte Definition für die freie Willensbildung, da ihr Prozess sehr komplex ist.³³⁹ Für den Beweis der Testierunfähigkeit genügt lediglich eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Es muss keine absolute Gewissheit vorliegen, da diese praktisch unmöglich festzustellen ist. Es dürfen sogar kleine Zweifel übrig bleiben.³⁴⁰

Die Beweislast liegt dabei bei demjenigen, der sich auf die Abweichung vom gesunden Zustand beruft, da das Gesetz von der Testierfähigkeit ausgeht.³⁴¹ Gleichwohl muss bei solchen Feststellungen immer berücksichtigt werden, ob nicht eine Wahndee vorliegt, die nicht derart krankhaften Ausmaßes ist, dass ein Motivirrtum gem. § 2078 II BGB in Betracht kommt.³⁴² Der grundlegende Unterschied zwischen Wahndee krankhaften Ausmaßes und Motivirrtum liegt darin, dass der Irrtum eines Testierfähigen auf der Annahme von Tatsachen beruht, die frei abgewogen werden können, während dies einem Testierunfähigen nicht möglich ist.³⁴³ Ein sich aufdrängendes Indiz für die Feststellung der Testierunfähigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn diese in zeitlich engem Zusammenhang zum Testierzeitpunkt steht.³⁴⁴ Doch kann dieses durch die Feststellung, dass die ernsthaftige Möglichkeit eines lichten Intervalls bestand, erschüttert werden.³⁴⁵

2.1.2.2.4 Begrifflichkeit und Definition

Auch im heutigen Recht spielen die Mündigkeit und die geistige Gesundheit des Erblassers eine entscheidende Rolle, was sich insbesondere am Gesetzeswortlaut von § 2229 I und IV BGB erkennen lässt: Nach I dürfen Minderjährige ein Testament erst errichten, wenn sie das 16. Lebensjahr vollendet haben. In IV definiert der Gesetzgeber dann, in welchen Fällen jemandem die geistige Fähigkeit zum Testieren fehlt.³⁴⁶ Die Vorschrift selbst liefert also keine positive Definition für die

³³⁵ *Schmoekkel*, NJW 2016 433 (439).

³³⁶ BayObLG NJW-RR 1996, 457.

³³⁷ *Müller*, DNotZ 2006, 325 (327, Fn. 8)

³³⁸ KG Berlin NJW 2001, 903.

³³⁹ *Wetterling*, Auffälligkeiten, S. 32.

³⁴⁰ OLG München ZEV 2017, 148 (148 f.).

³⁴¹ KG Berlin NJW 2001, 903; AG Neuss, Beschl. v. 12.04.2017 – 132 VI 46/16, Rn. 8; zur Feststellungslast bei zeitlich unklaren Testamentsänderungen: BayObLG NJW-RR 2003, 297.

³⁴² Zur Abgrenzung BayObLG NJW-RR 2002, 1088

³⁴³ *Herzog*, ZErB 2016, 34 (43).

³⁴⁴ *Zimmermann* in Keidel, § 352e FamFG Rn. 52.

³⁴⁵ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.12.1981 – 11 W 72/81, juris; OLG Köln, Beschl. v. 26.08.1991 – 2 Wx 10/91.

³⁴⁶ *Weidlich* in Palandt, § 2229 Rn. 1.

Testierfähigkeit, sondern legt fest, wer nicht die Fähigkeit besitzt ein Testament zu errichten – ein Testament einer entsprechenden Person wäre dann unwirksam.³⁴⁷ Die Testierfähigkeit ist zwar eine spezielle Ausprägung der Geschäftsfähigkeit³⁴⁸, gleichwohl aber auf dem Gebiet des Erbrechts geregelt und ihre Voraussetzungen sind nicht in allen Punkten deckungsgleich.³⁴⁹

Für die Testierfähigkeit ist zunächst das Alter von entscheidender Bedeutung.³⁵⁰ Mit dieser Voraussetzung soll gewährleistet werden, dass der Erblasser über so viel geistige Reife, Einsichtsfähigkeit und sittliches Verantwortungsbewusstsein verfügt, dass dieser die Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung erkennt und abschätzen kann, wie sich diese auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen auswirkt.³⁵¹ Eine nur allgemeine Vorstellung über die Tatsache der Errichtung und den Inhalt reicht nicht aus.³⁵² Diese Differenzierung der Einsichtsfähigkeit der Erblassers, ob und inwieweit eine Entscheidung persönliche und wirtschaftliche Folgen nach sich zieht³⁵³, also für die eigene Entscheidung verantwortlich zu sein, modernisiert dabei grundlegend den altrömischen Grundsatz „Senectus ipsa morbus est“, d.h. dass hohes Alter allein eine Krankheit ist und ihr rechtlich gleich steht³⁵⁴, maßgeblich.³⁵⁵

Gem. § 2229 I BGB ist ein Minderjähriger mit Erreichen des 16. Lebensjahres testierfähig. Doch auch wenn er sich bei der Errichtung des Testaments an gewisse Formalien halten muss, beschränken diese nicht seine Testierfähigkeit, sondern nur seine Testierfreiheit hinsichtlich der Form, denn eine beschränkte Testierfähigkeit kann es wegen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit gem. § 2064 I BGB nicht geben.³⁵⁶ Die Altersgrenze von 16 Jahren mag an dieser Stelle diskutabel erscheinen und die ihre Begründungen überzeugen vielleicht nicht in Gänze.³⁵⁷ Ergänzend sei an dieser Stelle noch erwähnt, dass eine Bindung der Testierfähigkeit an obere Altersgrenzen allgemein abgelehnt wird, von vulnerablen Personengruppen wie Betreuten einmal abgesehen.³⁵⁸

³⁴⁷ *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 11.

³⁴⁸ *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 12.

³⁴⁹ BayObLG, Beschl. v. 06.04.2001 – 1Z BR 123/00, Rn. 18, juris; *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2229 Rn. 2.

³⁵⁰ *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 233.

³⁵¹ *Olzen/Looschelders*, ErbR, Rn. 232; *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2229, Rn. 2.

³⁵² OLG Hamm, Beschl. v. 09.11.1988 – 15 W 198/87, Rn. 58, juris.

³⁵³ OLG 1989, 271 (273); OLG Hamm MittBayNot 1997, 180.

³⁵⁴ *Liebs*, Lat. Sprichwörter, S. 217.

³⁵⁵ Dies spiegelt die Ausführungen in Kapitel 2.1.1.1, sowie die Darstellungen in Abbildung 1 und Abbildung 2 elementar wieder.

³⁵⁶ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 136 f. m.w.N.

³⁵⁷ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 137 f. m.w.N.: Eidesmündigkeit der ZPO und StPO, typisches Alter für die geistige Reife, schützenswerte Interessen von verheirateten Frauen unter 18, keine ungünstigen Erfahrungen mit dem Alter von 16, Ehemündigkeit der Frau ab 16; für einen Vergleich mit dem internationalen Recht vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 138 ff.

³⁵⁸ Vgl. *Röthel*, AcP 210 (2010), S. A 85.

Doch unabhängig davon soll die Mindestaltersgrenze jedenfalls die Selbstbestimmung des Erblassers sichern. Aufmerksamkeit verdient dabei insbesondere, dass die Altersgrenze hier quasi eine Vermutung für die ausreichende geistige Reife darstellt, um nicht jeden Einzelfall gesondert überprüfen zu müssen.³⁵⁹ Dies dient – genauso wie die starren Altersgrenzen der Geschäftsfähigkeit – vor allem der Rechtssicherheit.³⁶⁰ Wenn eine Person von unter 16 Jahren ein Testament errichtet, so ist dieses nach der deutschen Rechtsordnung unwirksam. Nach der geistigen Reife wird hier nicht gefragt. Nichtsdestoweniger kommt es bei der Testierfähigkeit entscheidend auf die intellektuellen Fähigkeiten und die Fähigkeit, sich einen freien Willen zu bilden, an.³⁶¹ Der Erblasser darf also bei der Willensbildung nicht den Einflüssen interessierter Dritter unterlegen haben.³⁶² Doch geht es nicht darum, zu prüfen, ob der Inhalt der letztwilligen Verfügung angemessen ist.³⁶³ Sogar, wenn der Erblasser aus allgemeiner Sicht sittlich verfehlte Verfügungen trifft, führt dies nicht zur Ungültigkeit des Testaments, sofern die Verfügungen selbst nicht sittenwidrig i.S.v. § 138 BGB sind.³⁶⁴ Zweites Kriterium der Testierfähigkeit ist die geistige Gesundheit. Die Bedeutung dieser Voraussetzung wird schon in Tafel V des Zwölfartafelgesetzes deutlich: „Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.“³⁶⁵ Daraus lassen sich zwei rechtliche Gesichtspunkte ableiten, die auch heute noch von Bedeutung sind: Zum einen den Ausschluss der Testierfähigkeit bei nicht ausreichender geistiger Gesundheit und zum anderen die Bestellung eines Betreuers. Beide Gesichtspunkte wurden an dieser Stelle vereinfacht wiedergegeben. Gleichwohl soll an dieser Stelle der Punkt der nicht ausreichenden geistigen Gesundheit besondere Aufmerksamkeit verdienen. In IV des § 2229 BGB heißt es dazu: „Wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten.“ Demnach führt nicht jede Geisteskrankheit zur Testierunfähigkeit, sondern es kommt darauf an, „ob die psychischen Funktionen des Auffassens, des Urteilens und des kritischen Stellungnehmens durch die Geisteskrankheit oder -schwäche so sehr beeinträchtigt sind, daß der Erblasser nicht mehr fähig ist, die Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, ob krankhafte Empfindungen und Vorstellungen die Bestimmbarkeit des Willens durch normale, vernünftige Erwägungen aufgehoben

³⁵⁹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 141.

³⁶⁰ *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 142.

³⁶¹ *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2229 Rn. 2.

³⁶² Vgl. *Baumann* in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 14a mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen.

³⁶³ OLG Rostock, Beschl. v. 05.06.2009 – Az: 3 W 47/09, Rn. 9, juris.

³⁶⁴ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2229 Rn. 15.

³⁶⁵ Etwas: „Wenn jemand rasend geisteskrank ist, soll die Gewalt über ihn und sein Vermögen bei den Verwandten väterlicherseits und den Sippengeossen sein.“

haben.³⁶⁶ Dabei kommt es nur darauf an, ob der geistige Zustand des Erblassers die Bildung seines freien Willens in dem Zeitpunkt, als dieser das Testament errichtet hat, beeinflusst hat, also selbst wenn der Zustand nur vorübergehender Natur war, führt das für diesen Zeitpunkt bzw. Zeitraum zur Testierunfähigkeit.³⁶⁷ Dies könnte insoweit spiegelbildlich zum hellen, luziden Intervall als dunkles, sog. tenebrezides Intervall bezeichnet werden.

Das Kriterium der selbstständigen Urteilsbildung erfordert dabei im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die Fähigkeit des Erblassers zur Erinnerung an Geschehnisse, zur Verarbeitung von Informationen, zur Erfassung von Zusammenhängen und zur Vornahme von Abwägungen. Das Erkennen eigener Bezugspersonen oder Erfassen einfacher Sachverhalte reicht nicht aus.³⁶⁸ Es verdeutlicht, dass sich zur Ermittlung einer möglichen Testierunfähigkeit nicht nur auf Einzelheiten einer Person zurückgegriffen werden darf, vielmehr ist eine sorgfältige Untersuchung angezeigt, die das gesamte Verhalten, Persönlichkeitsbild und die Krankheitsgeschichte der betroffenen Person berücksichtigt.³⁶⁹

Die obigen Ausführungen zeigen auf, wie schwierig die Feststellung der Testier(un-)fähigkeit im Einzelfall sein kann. Zum einen soll festgehalten werden, dass es hinsichtlich der Anforderungen an den Gesundheitszustand des Testierenden zum Zeitpunkt der Errichtung eine Einschränkung bei der Testierung vor einem Notar gibt: So kann ein notarielles Testament, dessen Einzelheiten der Erblasser dem Notar im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte mitgeteilt hat, auch dann wirksam sein, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Genehmigung nicht mehr testierfähig ist. Dafür muss der Erblasser lediglich erkennen können, welche Bedeutung das verlesene Testament hat, und über seine Zustimmung oder Ablehnung frei entscheiden können.³⁷⁰ Die „Fähigkeit, ein Testament zu errichten, abzuändern oder aufzuheben“³⁷¹, könnte einen alle Umstände würdigender Definitionsversuch der Testierfähigkeit darstellen.

2.1.2.3 *Höchstpersönlichkeit*

Das deutsche Recht kennt einige Rechtsgeschäfte, deren Gestaltungen ausschließlich auf persönlicher Vornahme beruhen müssen oder deren Charakter ausschließlich höchstpersönlicher Natur sind.³⁷² Dies gilt in ausgeprägter Form auch für das Anfertigen von Testamenten, wie folgendes Beispiel verdeutlicht.

³⁶⁶ BayOLG, Beschl. v. 14.01.2001 – 1Z BR 124/00, Rn. 16, juris m.w.N.

³⁶⁷ Baumann in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 29 m.w.N.

³⁶⁸ OLG München, Beschl. v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, Rn. 19, juris.

³⁶⁹ Vgl. Baumann in Staudinger (2018), § 2229 Rn. 41 ff.

³⁷⁰ BGH, Urt. v. 01.07.1959 – V ZR 169/58, juris.

³⁷¹ Baumann in Staudinger (2018) § 2229 Rn. 13; S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2229 Rn. 2; Weidlich in Palandt, § 2229 Rn. 1.

³⁷² Beispielhaft zu nennen sind hier das Namensrecht (§ 12 BGB), die Eheschließung (§ 1312 BGB) und das Verlöbnis (§ 1297 BGB), die höchstpersönliche Erbringung der Arbeitsleistung (§ 613 BGB), sowie das Wahlrecht (Art. 38 GG).

Beispiel: Der 70-jährige verwitwete E möchte ein Testament errichten. Seit mehreren Jahren nehmen seine körperlichen, kognitiven und psychischen Beeinträchtigungen immer weiter zu. So kümmert sich seit geraumer Zeit seine Tochter, das einzig noch lebende Familienmitglied, um ihn. E tut sich jedoch schwer mit der Entscheidung, ob seine Tochter wirklich alles erben soll oder er einen Teil einer wohltätigen Organisation O zukommen lässt. Er glaubt, dass ihm seine Tochter diese Entscheidung abnehmen kann. E fragt zuvor den Jurastudenten J, welche Möglichkeiten er hierfür hat. Der J antwortet ihm, er müsse ein Testament höchstpersönlich vornehmen. Der E dankt dem J und verfügt letztwillig: „Ich verfüge, dass meine Tochter T mir die Entscheidung, ob auch die Organisation O etwas erhält, abnimmt.“ Wie ist die Erbfolge?

Lösung: Die T ist gesetzliche Alleinerbin des E geworden, die O erbt nichts. In formeller Hinsicht hatte der E dem Hinweis des J Genüge getan, indem er seinen letzten Willen höchstpersönlich testiert hat, § 2064 BGB.³⁷³ Allerdings ist das Testament unwirksam, weil es dem Erfordernis der materiellen Höchstpersönlichkeit nicht entspricht, § 2065. Hier wird die Möglichkeit ausgeschlossen, dass der Erblasser einer dritten Person die Entscheidung überlassen darf, ob sein Testament gilt, welche Person eine Zuwendung erhalten oder was Gegenstand der Zuwendung sein soll.³⁷⁴ Aufgrund der Unwirksamkeit des Testaments gilt die gesetzliche Erbfolge, bei der die T als einzig verbliebene Verwandte des E in Betracht kommt.

Durch den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit soll zum einen die Testierfreiheit gesichert und zum anderen sichergestellt werden, dass der Erblasser selbst die sittliche Verantwortung für seine Entscheidung, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen, übernimmt, für sie einsteht, und er sich dieser Verantwortung nicht entzieht, indem er einen Stellvertreter über die Errichtung entscheiden lässt.³⁷⁵ Schließlich können seine Entscheidungen erhebliche Auswirkungen haben und außerdem wären dann etwaige sich im Verborgenen abspielende, unlautere Handlungen Dritter möglich, welche nach dem Tod des Erblasser überdies nicht mehr korrigierbar wären.³⁷⁶ Der Ausschluss der Stellvertretung im Willen oder für die Abgabe einer Willenserklärung³⁷⁷ zum Schutz vor Fremdbestimmung bedeutet jedoch nicht, dass der Erblasser den Inhalt selbst vollständig ausformulieren muss, sondern er kann dieses auch einem Dritten überlassen – einzig und allein entscheidend ist, dass er in seiner Entscheidung für eine dieser Möglichkeiten gänzlich frei war.³⁷⁸

Ein Verstoß gegen das Gebot der Höchstpersönlichkeit hat mangels Genehmigungsfähigkeit die unheilbare Nichtigkeit der Verfügung zur Folge.³⁷⁹ Das zeigt,

³⁷³ Vgl. *Otte* in *Staudinger* (2013), § 2064 Rn. 2.

³⁷⁴ *Lenz-Brendel* in *jurisPK-BGB*, § 2065 Rn. 1.

³⁷⁵ *Lenz-Brendel* in *jurisPK-BGB*, § 2065 Rn. 1 m.w.N.

³⁷⁶ *Otte* in *Staudinger* (2013), § 2064 Rn. 4.

³⁷⁷ BGH, Urt. v. 18.11.1954 – IV ZR 152/54, juris.

³⁷⁸ *Christandl*, *Selbstbestimmtes Testieren*, S. 293.

³⁷⁹ *Weidlich* in *Palandt*, § 2064 Rn. 2.

welchen hohen Stellenwert dieses Gebot hat, denn nicht zuletzt ist es auch eine historisch wertvolle Errungenschaft. Zwar stellte sich die Frage nach der Möglichkeit der Errichtung eines Testaments durch einen Dritten erst, als das gemeine Recht die Stellvertretung als solches anerkannte, da dem römischen Recht mit Ausnahme der Pupillarsubstitution³⁸⁰ eine Stellvertretung gänzlich unbekannt war.³⁸¹ Im gemeinen Recht entwickelte die gängige Praxis, dass nicht der Erblasser selbst sein Testament bei Gericht hinterlegte, sondern dies durch einen Dritten vornehmen ließ. Zur Wirksamkeit dieser Hinterlegung war eine entsprechende höchstpersönliche Erklärung bei Gericht erforderlich, was die Frage aufwarf, ob diese Erklärung nicht auch durch einen Stellvertreter abgegeben werden könne – doch mit Blick auf die rechtliche Tradition und die Sorge, dass der Stellvertreter seine Stellung zu seinen Gunsten missbraucht, wurde davon letzten Endes abgesehen.³⁸² Nichtsdestoweniger führte die Diskussion dazu, dass schlussendlich im ALR in I, 12, §§ 67–71 festgelegt wurde, dass der Erblasser das Testament dem Gericht persönlich zu übergeben oder zu diktieren hat und er sich dazu keines Stellvertreters bedienen dürfe – diese Regelung wurde dann als Formvorschrift in das BGB übernommen, während die formelle Höchstpersönlichkeit ausdrücklich festgehalten wurde und diese noch auf die Errichtung des Erbvertrags erweitert wurde.³⁸³ In der Literatur wurden in der Folgezeit verschiedene Begründungen für die formelle Höchstpersönlichkeit gem. § 2064 BGB gesucht.³⁸⁴ Mit Blick auf die Historie kann festgestellt werden kann, dass die Vorschrift des § 2064 BGB die Verbindlichkeiten von Formschriften dahingehend qualifiziert, dass wenn diese den Erblasser nennen, dieser auch handeln muss und eine Stellvertretung unzulässig ist.³⁸⁵ Vergegenwärtigt man sich zusätzlich den Umstand, dass es lange Zeit *lege artis* war, dass Erblasser vor Zeugen testieren mussten, was diese oft als indiskrete Belastung empfanden,³⁸⁶ und es heute gem. § 22 I BeurkG nur noch Behinderten unmöglich ist, auf die Zuziehung von Zeugen zu verzichten, unterstreicht dies den hohen Stellenwert des Gebots der Höchstpersönlichkeit.³⁸⁷ Die unabdingbare Voraussetzung einer höchstpersönlichen Anfertigung der letztwilligen Verfügung kann jedoch auch ein gewisses Maß an Inflexibilität, Unmoral und Ungerechtig-

³⁸⁰ v. Harlitzsch, Röm. Privatrecht, S. 390: „Die Pupillarsubstitution (substitutio pupilaris) ist die Verfügung des Vaters, wodurch er dem unter seiner unmittelbaren väterlichen Gewalt stehenden Kinde auf den Fall, dass dieses noch vor Mündigkeit sterben sollte, einen Erben benennt.“

³⁸¹ Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 294 f.; ab S. 295 f. wird noch eine Ausnahme im kanonischen Recht dargestellt, auf die hier jedoch nicht weiter eingegangen werden soll.

³⁸² Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 296 f.

³⁸³ Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 297 ff., der dort noch festhält, dass auch in den Rechtsordnungen von Frankreich, Spanien und Italien praktisch keine Ausnahme vom Gebot der formellen Höchstpersönlichkeit besteht.

³⁸⁴ Vgl. Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 300 ff. m.w.N.

³⁸⁵ Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 304 f.

³⁸⁶ Lange, ErbR, § 16 IV 2

³⁸⁷ Auf die Problematik, die das Behindertentestament nach zieht, wird noch näher eingegangen werden.

keit, aber auch dogmatischer Unsauberkeit verinnerlichen.³⁸⁸ Es ist nicht auszuschließen, dass ein Festhalten am unumstößlichen Erfordernis der Höchstpersönlichkeit an Grenzen stoßen kann und wir uns mit den Rechtsordnungen anderer Länder in diesem Bereich vergleichen sollten und ggf. von ihnen lernen können.³⁸⁹

2.1.3 Das Einzeltestament

Wenn eine Person ihre Vermögensverhältnisse nach dem Tod geregelt haben will, kann sie das nach dem bürgerlichen Recht typischerweise auf zwei Arten tun: Entweder entscheidet sie sich für die gesetzliche Erbfolge oder sie macht von ihrer Testierfreiheit Gebrauch und fertigt ein Testament³⁹⁰ oder einen Erbvertrag an^{391,392} Ihr stehen damit verschiedene Möglichkeiten zur Regelung des Nachlasses zur Verfügung, die ihrerseits abschließend sind und *de lege lata* nicht erweitert werden können.³⁹³

Unter einem Testament wird jede einseitige Verfügung von Todes wegen verstanden, unabhängig ihres Inhalts.³⁹⁴ Als einseitige Willenserklärung ist sie nicht empfangsbedürftig³⁹⁵ und wird erst mit dem Tod des Erblassers wirksam³⁹⁶. Abzugrenzen ist das ordentliche einfache Testament, ganz gleich ob privatschriftlich gem. § 2231 Nr. 2 i.V.m. § 2247 BGB oder öffentlich gem. § 2231 Nr. 1 BGB, bspw. vom Nottestament gem. §§ 2249 ff. BGB, das der Erblasser nur in den dort genannten Ausnahmesituationen errichten kann³⁹⁷, und auch von der sog. vorgenommenen Erbfolge, sowie von Rechtsgeschäften unter Lebenden.³⁹⁸ Die Wirksamkeit des Einzeltestaments ist von den drei testamentstypischen Faktoren abhängig: Der testierfähige Erblasser muss das Testament höchstpersönlich und mit

³⁸⁸ Zur Vertiefung des Problemkreises um den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit *Keim* FamRZ 2003, 137.

³⁸⁹ Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 306 ff.

³⁹⁰ Hier ist zwischen dem Einzeltestament, was in diesem Abschnitt behandelt wird, und dem gemeinschaftlichen Testament in Kapitel 2.1.4 zu differenzieren.

³⁹¹ Kapitel 2.1.5.

³⁹² BGH, Beschl. v. 12.11.1952 – IV ZB 93/52, Rn. 18, juris; *Weidlich* in Palandt, § 1937 Rn. 2.

³⁹³ *Kaulbach*, JuS 2011, 397 (399); vgl. die obigen Ausführungen zu den Grenzen der Testierfreiheit unter 2.1.1.5.

³⁹⁴ *Otte* in Staudinger (2017), § 1937 Rn. 1. Unter die Definition fallen auch gemeinschaftliche Testamente, soweit die jeweils betroffene Verfügung nicht wechselbezüglich ist. Bzgl. der Inhaltsfreiheit ist allerdings festzuhalten: Einzig die instrumentelle Grenze der Testierfreiheit ließe wegen der fehlerhaften Inanspruchnahme bereits das Testament kein Testament werden. Alle übrigen Grenzen lassen das Testament erst nach seinem Entstehen unwirksam werden, weil sie aufgrund seines Inhalts überschritten werden.

³⁹⁵ *Lange*, ErbR, § 16 V 1 a.

³⁹⁶ *Schmidt* in jurisPK-BGB, § 1937 Rn. 1.

³⁹⁷ *Schmidt* in jurisPK-BGB, § 1937 Rn. 1.

³⁹⁸ *Schmidt* in jurisPK-BGB, § 1937 Rn. 13 f. m.w.N.

Testierwillen errichtet haben.³⁹⁹ Ein den geschilderten Anforderungen genügendes Testament könnte bspw. in aller Kürze wie folgt gestaltet sein:⁴⁰⁰

Katha kriegt alles!

Habndorf, 10.11.2022

gez: Christoph

Freilich darf die letztwillige Verfügung auch nicht nachträglich unwirksam geworden sein, wofür verschiedene Konstellationen in Frage kommen.⁴⁰¹ Bzgl. des Inhalts ist der Testator frei⁴⁰², sodass er grds. sogar Anordnungen treffen kann, die in den §§ 1937 ff. BGB nicht geregelt sind⁴⁰³, solange er das Testament formwirksam errichtet und keine Grenzen der Testierfreiheit überschreitet.⁴⁰⁴

Alle Erbfälle haben die Verschiebung von Vermögen gemein, sodass sich die gesellschaftliche Relevanz des Erbens und Vererbens insbesondere anhand der privaten Vermögensverteilung beurteilen lässt. Die etwa 40 Mio. deutschen Haushalte besitzen ein geschätztes Nettoprivatvermögen von ca. 11,1 Bio. Euro⁴⁰⁵, wobei die vermögendsten 10% davon etwa 60% besitzen.⁴⁰⁶ Von 2015 bis 2024 wird ein Erbschaftsvolumen von ca. 3 Bio. Euro prognostiziert, wovon 2,1 Bio. Euro zwischen den Generationen vererbt werden.⁴⁰⁷ Pro Erbfall an die nachfolgende Generation fällt durchschnittlich ein Volumen von 363.000 Euro an.⁴⁰⁸ Berücksichtigt man, dass deutsche Haushalte ein Nettoprivatvermögen von

³⁹⁹ Vgl. *Weidlich* in Palandt, § 1937 Rn. 10.

⁴⁰⁰ Das Beispiel ist angelehnt an BMJV (2018), Erben und Vererben, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Erben_Vererben.pdf?__blob=publicationFile&cv=22, S. 26, abgerufen am 16.08.2018; zu den sämtlichen Voraussetzungen im Detail siehe *Baumann* in Staudinger (2018), § 2247 Rn. 9 ff.

⁴⁰¹ Vgl. *Schmidt* in juris-PK-BGB, § 1937 Rn. 16. Neben dem Widerruf und der Anfechtung nennt Schmidt beispielhaft die Ausschlagung, den Erbverzicht, die Erbnunwürdigkeit und den Umstand, dass der Bedachte vor dem Erbfall selbst stirbt und nicht seine Erben zu Erben des Erblassers berufen sind.

⁴⁰² Bzgl. der möglichen Anordnungen siehe: *Schmidt* in jurisPK-BGB, § 1937 Rn. 2 ff.

⁴⁰³ *Kaulbach*, JuS 2011, 397 (399).

⁴⁰⁴ Kapitel 2.1.1.5.

⁴⁰⁵ DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen_Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 25, abgerufen am 28.11.2017.

⁴⁰⁶ Vgl. Deutsche Bundesbank (2016), Monatsbericht März 2016, https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaetze/2016/2016_03_vermoegen_finanzen_private_haushalte.pdf?__blob=publicationFile, S. 62, abgerufen am 28.11.2017.

⁴⁰⁷ DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen_Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 25, abgerufen am 28.11.2017

⁴⁰⁸ DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen_Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 6, abgerufen am 28.11.2017.

durchschnittlich 214.500 Euro aufweisen⁴⁰⁹, wird deutlich, welche hohe statistische Signifikanz Erbschaften bei den obersten 2% aufweisen: Klammert man diese 2% der Erbschaften mit dem höchsten Erbschaftsvolumen aus, ergeben sich noch lediglich 242.000 Euro pro Erbschaft an die nachfolgende Generation.⁴¹⁰

Von den deutschen Bundesbürgern ab 16 Jahren haben 52% eine Erbschaft erhalten oder rechnen damit, in den nächsten zwei bis drei Jahrzehnten von einer solchen zu partizipieren.⁴¹¹ Ebenfalls 52% dieser Personengruppe haben sich schon Gedanken um ihre Nachlassangelegenheiten gemacht, wobei sich mit zunehmendem Alter immer mehr Personen damit beschäftigen: In der Altersgruppe von 50 bis 64 Jahren sind es 65%, in der ab 65 Jahren und älter sogar 80%.⁴¹² Die potenziellen Erblasser möchten dabei zu 78% etwas an ihre Kinder vererben, an ihre Ehepartner zu 43% und an die Enkelkinder zu 33%.⁴¹³ Die Hauptmotive der potenziellen Erblasser sind dabei insbesondere, dass es keinen Streit um das Erbe gibt, die Aufteilung des Erbes klar geregelt ist und dass alle notwendigen Dokumente vorliegen.⁴¹⁴ Bei den benannten Motiven und Aspekten mag es nicht sehr verwundern, dass das Durchschnittsalter für das Errichten eines Testaments bei etwa 56 Jahren liegt.⁴¹⁵ Mit Blick auf den Umstand, dass 36% der potenziellen Erblasser ein Testament errichtet haben und es bei der Altersgruppe der über 65-

⁴⁰⁹ Deutsche Bundesbank (2016), Monatsbericht März 2016, https://www.bundesbank.de/Redaktion/DE/Downloads/Veroeffentlichungen/Monatsberichtsauftaetze/2016/2016_03_vermoegen_finanzen_private_haushalte.pdf?__blob=publicationFile, S. 62, abgerufen am 28.11.2017.

⁴¹⁰ Vgl. DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen_Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 6, abgerufen am 28.11.2017

⁴¹¹ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 7, abgerufen am 27.11.2017. Der Wert setzt sich wie folgt zusammen: 30% der Altersgruppe der über 16-Jährigen hat bereits eine Erbschaft gemacht, 19% erwarten eine solche in den nächsten zwei bis drei Jahrzehnten und auf 3% trifft beides zu.

⁴¹² Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 12, abgerufen am 27.11.2017. Die 52% aller Altersgruppen setzen sich aus 20% derer zusammen, die sich mit dem Thema näher beschäftigt haben, und 32% derer, die sich mit dem Thema oberflächlicher beschäftigt haben. Die 65% setzen sich hingegen zusammen aus 21% derer, die sich mit dem Thema näher beschäftigt haben, und 44% derer, die sich oberflächlicher mit dem Thema befasst haben. Die 80% der über 65-Jährigen setzen sich letztlich zusammen aus 44% derer, die sich mit dem Thema näher beschäftigt haben, und 36% derer, die sich oberflächlicher mit dem Thema befasst haben.

⁴¹³ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 16, abgerufen am 27.11.2017. Den Wunsch, dabei etwas an Geschwister zu vererben haben 8%, an Lebensgefährten 7%, an Neffen bzw. Nichten 7%, an Stiftungen und gemeinnützige Organisationen 6%, an Freunde bzw. Bekannte 5%, an andere Verwandte 3% und an nichtverwandte Patenkinder 2%.

⁴¹⁴ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 26, abgerufen am 27.11.2017.

⁴¹⁵ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 5, abgerufen am 27.11.2017, S. 7.

Jährigen sogar 55% sind⁴¹⁶, stellt sich die Frage, wie und in welcher Form testiert wird und was dies über Verhaltensweisen und Motive der Testatoren verraten könnte. Es ist zunächst festzuhalten, dass etwas mehr als die Hälfte aller Testatoren, etwa 56%, ihr Testament privatschriftlich verfasst haben.⁴¹⁷ Dies ließe darauf schließen, dass etwa 44% aller Testamente öffentlich errichtet werden.⁴¹⁸

Die Statistiken des Bundesamtes für Justiz belegen, dass von 1995 bis 2016 pro Jahr etwa 450.000 Verfügungen von Todes wegen bei den Amtsgerichten eingingen und verwahrt werden⁴¹⁹, in den Jahren 2015 und 2016 sogar ca. 500.000.⁴²⁰ Stellt man dem gedanklich ggü, dass etwa 55% der tätig gewordenen Testatoren i.R.e. Berliner Testaments ihre Ehe- und Lebenspartner „zunächst alles“⁴²¹ erben lassen werden, was bei etwa 20,4 Mio. Paarbeziehungen in Deutschland⁴²² einen repräsentativen Wert darstellen kann, und sich nur etwa 3% für den Erbvertrag entscheiden bzw. entscheiden würden⁴²³, so lässt sich eine nicht gering frequentierte Nutzung des privatschriftlichen Einzeltestaments annehmen.⁴²⁴

⁴¹⁶ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 5, abgerufen am 27.11.2017.

⁴¹⁷ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 33, abgerufen am 27.11.2017. Hiervon hatten 36% ihr Testament bei einem Notar bzw. Rechtsanwalt hinterlegt, 11% beim Nachlassgericht. Hieraus ergeben sich 53% der Testatoren, die ihr privatschriftliches Testament zuhause aufbewahren.

⁴¹⁸ Da in der benannten Studie der Deutschen Bank für diese Fragen nur aktiv gewordene Testatoren befragt wurden, es also keine Antwortmöglichkeit des Nichttestierens gegeben hat, wird der Eindruck verstärkt, dass zu annähernd 44% öffentlich testiert wird.

⁴¹⁹ Korrekterweise sind damit sowohl Testamente als auch Erbverträge gemeint.

⁴²⁰ Bundesamt für Justiz (2017), siehe Anhang A.

⁴²¹ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 33, abgerufen am 27.11.2017. Gemeint ist in der Studie explizit das Berliner Testament. Verlässliche Zahlen zum gemeinschaftlichen Testament insgesamt scheinen kaum zu existieren. Bei *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 37 f. lassen sich m.w.N. hierfür Werte von einer eigenen Erhebung mit 33,2%, allerdings nur aus dem Amtsgerichtsbezirk Neuruppin, bis zu Vergleichswerten anderer Studien von 28,34%, 24,18% und 18,3% finden, die aber nur nach einem privatschriftlichen, gemeinschaftlichen Testament gefragt haben. Ihren Angaben zufolge belaufen sich die Anteile von öffentlichen, gemeinschaftlichen Testamenten auf etwa 16,2%. Addiert man diese mit ihrer eigenen Erhebung, so testieren insgesamt gemeinschaftlich etwa 49,4%. Die Validität des Wertes ist aber zu bezweifeln, da beide Additionswerte aus unterschiedlichen Personenkreisen gewonnen wurden. Die 33,2% stammen aus einer Erhebung, der nur der Amtsgerichtsbezirk Neuruppin zugrunde lag, die 16,2% stellen einen Mittelwert aus den Amtsgerichtsbezirken Potsdam, Neuruppin und Lübben dar.

⁴²² Statistisches Bundesamt, Auszug aus dem Datenreport 2016, Kapitel 2, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Datenreport/Downloads/Datenreport2016Kap2.pdf?__blob=publicationFile, S. 43, abgerufen am 13.12.2017.

⁴²³ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 13, abgerufen am 27.11.2017.

⁴²⁴ Statistisch valide Daten scheinen auch hier kaum zu existieren. Da das Einzeltestament nicht vor einer öffentlichen Stelle errichtet werden muss, beurteilt sich die Qualität anhand nichtamtlicher Daten und deren Erhebung. Eine konkrete Angabe über die Häufigkeit bzw. Anzahl der Einzeltestamente wäre daher nur mit einer repräsentativen Umfrage möglich. Hierfür unternahm *Metternich*,

2.1.3.1 Der Widerruf

Ein Testament enthält den letzten Willen des Erblassers, weshalb es ihm in Ansehung der Testierfreiheit gestattet sein muss, diesen jederzeit aktuell zu halten, um seinem tatsächlichen, letzten Willen entsprechende Geltung zu verleihen.⁴²⁵ Das rechtliche Bedürfnis nach dem aktuellen Willen des Erblassers wird an der Unmöglichkeit des Verzichts auf sein Widerrufsrecht deutlich.⁴²⁶ Dazu stellt § 2302 BGB fest: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, ist nichtig.“ Doch ist nicht nur ein entsprechender Vertrag unwirksam: Der Erblasser könnte seine letztwillige Verfügung auch für unwiderruflich erklären oder sich einseitig an eine bestimmte Form für die Aufhebung binden – mangels Wirksamkeit derartiger Erklärungen wäre er nicht daran gebunden.⁴²⁷ Einzig die bindend gewordenen wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament und der Erbvertrag vermögen den Erblasser in seinem Recht auf freie Widerruflichkeit einzuschränken.⁴²⁸ *De lege lata* müssen die für Verfügungen notwendigen Voraussetzungen beim als *actus contrarius* ausgestalteten Widerruf ebenso vorliegen, sodass sich der testierfähige Erblasser nicht vertreten lassen darf.⁴²⁹ Allerdings ist mit Blick auf den Testierwillen eine differenzierte Betrachtung angezeigt: Grds. tritt für einen wirksamen Widerruf neben den Willen des Erblassers, der allein nicht genügt, eine weitere Ausführungshandlung hinzu, damit sich der Testator seiner weitreichenden Entscheidung bewusst ist.⁴³⁰ Nicht die Ausführungshandlung neben dem Widerrufswillen benötigend, sondern diese allein ausreichen lässt das Änderungstestament gem. § 2258 BGB, weil es für seinen *telos*, inhaltliche Widersprüche zwischen dem früheren und dem späteren Testament aufzulösen, keines Widerrufswillens bedarf.⁴³¹

2.1.3.1.1 Testierfähiger Erblasser

Dem Erblasser stehen vier gesetzliche Handlungsoptionen zur Verfügung sein Testament zu widerrufen: Die Errichtung eines Widerrufstestaments gem. § 2254 BGB, die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde gem. § 2255 BGB, die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung gem. § 2256 BGB und die

Verfügungsverhalten, S. 38 einen Versuch und sieht den Anteil der öffentlichen Einzeltestamente bei etwa 15,5%. Für eine größere Dichte an Vergleichswerten bedarf es eines größeren Einflusses der Empirie im Erbrecht.

⁴²⁵ S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2253 Rn. 1.

⁴²⁶ Baumann in Staudinger (2018), § 2253 Rn. 8.

⁴²⁷ Baumann in Staudinger (2018), § 2253 Rn. 8.

⁴²⁸ Weidlich in Palandt, § 2253 Rn. 1 m.w.N.

⁴²⁹ Bauermeister in jurisPK-BGB, § 2253 Rn. 4; Weidlich in Palandt, § 2353 Rn. 2.

⁴³⁰ Vgl. Weirich, Erben und Vererben, Rn. 351. Dies sind z.B. das Schreiben auf dem ursprünglichen oder einem neuen Dokument, das Anfordern der Unterlagen beim Nachlassgericht oder Zerstören der Urkunde.

⁴³¹ Baumann in Staudinger (2018), § 2358 Rn. 19;

Errichtung eines späteren Testaments gem. § 2258 BGB.⁴³² Diese *Quadrige* ist *numerus clausus*. Selbst wenn der Erblasser vergisst, dass er schon einmal seinen letzten Willen testamentarisch zum Ausdruck gebracht hat, bleibt dieser solange bestehen, bis er wirksam widerruft.⁴³³ Gleichwohl kann der Erblasser den Widerruf seiner letztwilligen Verfügung unter eine auflösende oder aufschiebende Bedingung stellen oder ihn zeitlich begrenzen.⁴³⁴

2.1.3.1.1.1 Widerrufstestament

Wie zu Beginn des Kapitels 1.1 geschildert beherbergt § 2254 BGB die kürzeste dem BGB zugrunde liegende Vorschrift: *Der Widerruf erfolgt durch Testament*. Das vom Erblasser neu verfasste, widerrufende Testament⁴³⁵ bemisst seine Formqualität freilich ebenso am Maßstab des § 2247 BGB, als wenn es sein erstes Testament wäre.⁴³⁶ Die Reichweite der Formerfordernisse mag folgendes Beispiel erläutern:

Beispiel: Der 60-jährige und verheiratete H hat am 15.11.2005 ein wirksames öffentliches Testament errichtet, in welchem er seinen Sohn Siegfried zum Alleinerben einsetzte. Von dieser Verfügung will er Abstand nehmen, obgleich er sich nicht sicher ist, welche Verfügung er stattdessen treffen will. Er nimmt sich einen Zettel und schreibt mit einem Stift darauf „Ich widerrufe mein Testament vom 15.11.2005“ und setzt anschließend seine Unterschrift, sowie Ort und Datum darunter. Hat H wirksam widerrufen?

Lösung: Sein Widerruf genügt den Formerfordernissen für die Errichtung eines Testaments. Insbesondere hat H seinen Widerrufswillen bzgl. des vorherigen Testaments explizit kundgetan. Dies ist für einen Widerruf ausreichend, da der Erblasser keine weiteren Verfügungen treffen muss.⁴³⁷ Der Wirksamkeit steht auch nicht entgegen, dass er zuvor öffentlich testiert hat und sein Widerruf privatschriftlich war. Denn der Widerruf muss nicht der Form, in welcher das ursprüngliche Testament errichtet wurde, verfasst werden, sodass er auch ein öffentliches Testament mittels eines privatschriftlichen widerrufen kann und umgekehrt.⁴³⁸ H hat daher wirksam widerrufen.

⁴³² *Bauermeister* in *jurisPK-BGB*, § 2253 Rn. 3.

⁴³³ OLG Köln, Beschl. v. 19.01.1986 – 2 Wx 49/85, Rn. 16, juris. Eine bloße Planung des Widerrufs ist für seine Wirksamkeit ungenügend. Ebenso wenig für einen wirksamen Widerruf ausreichend ist das Billigen des Verlusts eines Testaments (BGH, Urt. v. 10.05.1951 – IV ZR 12/50, juris; sich dem anschl. BayObLG, Beschl. v. 22.10.1979 – BReg 1 Z 63/79, juris; Beschl. v. 26.02.1985 – BReg 1 Z 91/84, juris).

⁴³⁴ *Baumann* in *Staudinger* (2018), § 2353 Rn. 8; *S. Kappler/T. Kappler* in *Erman*, § 2353 Rn. 4.

⁴³⁵ *Esser* in *Groll, Praxis-HB*, II., Rn. 393.

⁴³⁶ *S. Kappler/T. Kappler* in *Erman*, § 2254 Rn. 1; *Weidlich* in *Palandt*, § 2254 Rn. 1.

⁴³⁷ BayObLG, Beschl. v. 21.11.2001 – 1Z BR 47/01, Rn. 23, juris; *Weidlich* in *Palandt*, § 2254 Rn. 1.

⁴³⁸ Vgl. OLG Köln, OLGZ 68, 324 (325); vgl. BayObLG, Beschl. v. 15.10.1992 – 2Z BR 90/92, Rn. 9, juris; vgl. *Baumann* in *Staudinger* (2012), § 2254 Rn. 6; vgl. *Mankowski*, *Beseitigungsrechte*, S. 639.

Mit Blick auf die diversen Ausprägungen i.R.d § 2254 BGB zu widerrufen⁴³⁹ ist der Testator nicht zur Ausdrücklichkeit angehalten, da sein entsprechender Wille durch Auslegung ermittelt werden kann⁴⁴⁰. Während ein wirksamer Widerruf getroffene Verfügungen unwirksam werden lässt⁴⁴¹, sorgt ein unwirksamer Widerruf hingegen nur dafür, dass die Verfügung, die der Erblasser widerrufen wollte, wirksam bleibt⁴⁴². Gleichwohl kann gem. § 2257 BGB auch ein Widerruf widerrufen werden, der bei Einvernehmen mit dem Erblasserwillen das frühere Testament wieder aufleben lässt.⁴⁴³

2.1.3.1.1.2 Änderungstestament

Im Vergleich hierzu und daher nicht gesetzeschronologisch, sondern vordergründig zu behandeln, steht das Änderungstestament gem. § 2258 I BGB. Seine Parallelen und Differenzen insbesondere mit Blick auf die Auslegung des Testatorwillens werden ggü. dem Widerrufstestament besonders deutlich: So greift sein *telos* nicht schon ein, wenn die Auslegung nicht gelingt – vielmehr ist eine Auslegung, notfalls unter Heranziehung von § 133 BGB, vorab zu einem Ergebnis zu bringen.⁴⁴⁴ Sollte eine Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass der Erblasser keinen Aufhebungswillen hatte, greift § 2258 I BGB.⁴⁴⁵ Die neuen, positiven Verfügungen widerrufen dann die alten, soweit sie mit den älteren nicht vereinbar sind.⁴⁴⁶

Für einen Widerspruch müssen beim Erbfall zunächst zwei nacheinander errichtete und wirksame Testamente – obgleich welcher Testamentsform – vorliegen.⁴⁴⁷ Dann ist eine sachliche Unvereinbarkeit erforderlich, also dass sich die Verfügungen in ihrem Sinngehalt derart widersprechen, dass nur eine von beiden wirksam sein kann.⁴⁴⁸ Dafür werden die beiden Testamente miteinander verglichen, und zwar durch Auslegung unter Anwendung der §§ 133, 2084 BGB.⁴⁴⁹ Flankiert werden sie von der Würdigung aller Umstände unter Zugrundelegung des Verständnishorizonts des Testators.⁴⁵⁰ Der Erblasserwille ist also das stets

⁴³⁹ Vgl. *Bauermeister* in jurisPK-BGB, § 2254 Rn. 4 und *Baumann* in Staudinger (2012), § 2254 Rn. 6 ff., jew. m.w.N.

⁴⁴⁰ BGH, Urt. v. 08.07.1981 – IVa ZR 188/80, juris; BayObLG, Beschl. v. 02.11.1989 – BReg 1 a Z 52/88, Rn. 29, juris; OLG Düsseldorf, Teilurt. v. 04.02.2000 – 7 U 23/96, juris.

⁴⁴¹ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2254 Rn. 16.

⁴⁴² OLG Schleswig SchlHA 1976, 9 (zit. n.: *Weidlich* in Palandt, § 2254 Rn. 1); *Baumann* in Staudinger (2012), § 2254 Rn. 17.

⁴⁴³ OLG Köln, Beschl. v. 08.01.2006 – 2 Wx 49/05, Rn. 21, juris.

⁴⁴⁴ BGH, Urt. v. 08.07.1981 – IVa ZR 188/80, Rn. 14 f., juris. Sie darf auch nicht für unmöglich erklärt werden.

⁴⁴⁵ *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2254 Rn. 2.

⁴⁴⁶ BayObLG, Beschl. v. 24.02.2000 – 1Z BR 40/99, Rn. 23, juris; *Bauermeister* in jurisPK-BGB, § 2258 Rn. 8; jeweils m.w.N.; *Baumann* in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 14.

⁴⁴⁷ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 9 f. m.w.N.

⁴⁴⁸ BGH, Urt. v. 08.07.1981 – IVa ZR 188/80, Rn. 10, juris; Urt. v. 07.11.1984 – IVa ZR 77/83, Rn. 10.

⁴⁴⁹ *Avenarius* in PWW, § 2258 Rn. 3.

⁴⁵⁰ BayObLG, Beschl. v. 10.03.2003 – 1Z BR 95/02, Rn. 43, juris.

entscheidende Element, inwieweit ein Widerspruch vorliegt.⁴⁵¹ Die Schriftstücke dienen nur der Ermittlung seines Willens. Dies mag aber zu Problemen führen, wenn undurchsichtig ist, ob z.B. mit einem neuen, erschöpfenden Testament alle oder nur einzelne Verfügungen widerrufen werden mögen oder sich alte und neue Verfügungen in Teilen decken, die neueren jedoch alleinige Wirksamkeit durch den Testatorwillen erhalten sollen. Doch selbst in derartigen Fällen sachlicher Vereinbarkeit, also wenn zumindest alles explizit im aktuellen Testament Benannte den vorherigen Verfügungen nicht zuwiderläuft, kann ein Widerspruch bestehen, sodass § 2258 I BGB zur Anwendung kommt.⁴⁵² Auch stellt sich die Frage, wie mit vergessenen Anordnungen des Testators umgegangen werden soll. Dazu mag das nachfolgende Beispiel Aufschlüsse geben:

Beispiel: O hatte seinen Söhnen M und Y im Jahr 1994 zu den alleinigen Erben eingesetzt und im Testament verfügt, dass M alles Barvermögen, sowie seine Lieblingsuhr erben solle, Y hingegen eine wertvolle Briefmarkensammlung, eine Perlenkette und die Ferienwohnung am Prinzenpark in Braunschweig. Nachdem O mehr und mehr vergesslich wird, was seine Testierfähigkeit aber nicht tangiert, entschließt er sich eines Tages aus seiner neu gewonnenen Leidenschaft zur Haushälterin K heraus, diese zur Erbin einzusetzen. Dabei geht er irrig davon aus, erstmalig ein Testament aufzusetzen. Letztwillig verfügt er im Jahr 1996, dass die K nun das gesamte Barvermögen, seine Lieblingsuhr, die wertvolle Briefmarkensammlung und die Ferienwohnung im Braunschweiger Prinzenpark erben solle. Wer erbt was?

Lösung: Das Beispiel greift die Komplexität auf, wenn Widerruf und widersprechende bzw. deckende Verfügungen kombiniert werden. Das erste und das zweite Testament widersprechen sich dahingehend, dass nicht mehr M und Y das gesamte Barvermögen, die Lieblingsuhr, die wertvolle Briefmarkensammlung und die Ferienwohnung im Braunschweiger Prinzenpark erben sollen, sondern K. Da O keinen Aufhebungswillen hatte – schließlich geht er davon aus, erstmalig zu testieren – greift § 2258 I BGB ein. Der Anwendung des § 2258 I BGB steht dabei nicht entgegen, dass O nicht an die frühere Verfügung gedacht hat oder dass ihm sein Widerspruch bewusst geworden ist und er willentlich die Folge des § 2258 I BGB auslöst.⁴⁵³ Man mag also sogar von einem Reflex sprechen, da dieser Widerrufsform keine rechtsgeschäftliche Erklärung zugrunde liegt.⁴⁵⁴ Legt man den Willen von O unter Berücksichtigung der o.g. Grundsätze aus, erbt K das gesamte Barvermögen, die Lieblingsuhr, die wertvolle Briefmarkensammlung und die Ferienwohnung im Braunschweiger Prinzenpark von O. Übrig bleibt die Perlenkette, die O in seinem Testament aus dem Jahr 1996 nicht erwähnt hat. Die Nichterwähnung kann einen Widerspruch i.S.v. § 2258 I BGB begründen, da die Verfügung „insoweit aufge-

⁴⁵¹ Baumann in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁵² Vgl. Avenarius in PWW, § 2258 Rn. 4 m.w.N.

⁴⁵³ Baumann in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 15 m.w.N.

⁴⁵⁴ So Lange, ErbR, § 23 I 2.

hoben“ wird.⁴⁵⁵ Denn die Neuregelung einzelner Teilbereiche spricht nicht gegen die Anwendung von § 2258 I BGB, sodass nur hinsichtlich dieser Teilbereiche beim Widerspruch eine Aufhebung stattfindet.⁴⁵⁶ Demzufolge würde Y die Perlenkette erben, da sich die Testamente aus dem Jahr 1994 und 1996 nicht widersprechen. Allerdings kommt auch hier der Erblasserwille zum Tragen: Offensichtlich wollte O hier die K „alles“ erben lassen, auch wenn er die Perlenkette nicht erwähnt hat – was sich wohl darauf begründen lässt, dass er nicht mehr wusste, dass er schon einmal testiert hat. Es liefe auch dem Erblasserwillen zuwider, dass Y mittels testamentarischer Verfügung des O erbt. In derartigen Fällen – also insbesondere wenn die Erbfolge scheinbar umfassend und abschließend geregelt werden sollte – gilt allein das letzte Testament.⁴⁵⁷ Zwar müsste die unterstellte Vergesslichkeit des O mit Blick auf das ursprüngliche Testament bewiesen werden, die detaillierte Aufzählung der Gegenstände mag hierbei aber indiziell für eine umfassende Neugestaltung streiten. Demzufolge tritt bezüglich der Perlenkette die gesetzliche Erbfolge ein. M und Y erben gem. § 1924 IV BGB die Perlenkette zu gleichen Teilen, sodass praktisch eine Auseinandersetzung erforderlich wäre.

Die wirksame Aufhebung eines früheren Testaments reicht dabei derart weit, dass die aufgehobenen Verfügungen selbst dann unwirksam bleiben, wenn das spätere Testament keine Wirksamkeit entfalten sollte, z.B. durch Verlust oder Ausschlagung der Erbschaft.⁴⁵⁸ Freilich kann auch das neue Testament gem. §§ 2254 bis 2256 BGB widerrufen werden.⁴⁵⁹ Dadurch würde grundsätzlich das ursprüngliche Testament wiederaufleben, allerdings gem. § 2258 II BGB nur „im Zweifel“.⁴⁶⁰ Das frühere Testament wird insbesondere dann nicht wirksam, wenn sich positiv feststellen lässt, dass der Erblasser sein früheres Testament nicht wieder aufleben lassen wollte.⁴⁶¹ Unter der Prämisse, dass er das spätere Testament vollständig widerrufen hat und zugleich nicht will, dass das frühere Testament wiederauflebt, würde also die gesetzliche Erbfolge eintreten.

2.1.3.1.1.3 Vernichtung oder Veränderung

Der im Beispiel geschilderte, unmittelbare Widerruf kommt in der Praxis nicht oft vor, da im Regelfall die Änderungen direkt auf dem ursprünglichen Testament vorgenommen werden, vor allem durch privatschriftlich verfasste und unter-

⁴⁵⁵ BayObOLG, Beschl. v. 24.02.2000 – 1Z BR 40/99, Rn. 25, juris m.w.N.

⁴⁵⁶ BGH, Urt. v. 07.11.1984 – IVa ZR 77/83, Rn. 10, juris.

⁴⁵⁷ BGH, Urt. v. 07.11.1984 – IVa ZR 77/83, Rn. 10; *Baumann* in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 17; *Bauermeister* in jurisPK-BGB, § 2258 Rn. 6; *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2258 Rn. 2.

⁴⁵⁸ *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2258 Rn. 2; m.w.N. bzgl. der Datierung von Testamenten bzw. deren Ausbleiben; *Avenarius* in PWW, § 2258 Rn. 6.

⁴⁵⁹ *Weidlich* in Palandt, § 2258 Rn. 4.

⁴⁶⁰ *Avenarius* in PWW, § 2258 Rn. 6; *Baumann* in Staudinger (2012), § 2258 Rn. 27; *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2258 Rn. 2.

⁴⁶¹ OLG Hamm, Beschl. v. 10.06.1983 – 15 W 16/82, juris.

schriebene Vermerke.⁴⁶² Zur näheren Erläuterung soll das nachfolgende Beispiel dienen:

Beispiel: Die testierfähige und verheiratete R hat vor einigen Jahren ein Testament errichtet, in welchem sie ihre Tochter N zur Alleinerbin eingesetzt hat. Von dort an hat sich N jedoch derart undankbar entwickelt, dass R sich entschließt, N doch nicht mehr als Alleinerbin einsetzen zu wollen. Doch ist sie sich zugleich nicht sicher, wie ihre neue Verfügung konkret ausgestaltet sein soll. R entschließt sich daher, dass sie erstmal nur ihren Willen kundtun möchte, dass ihr Testament nicht mehr gelten soll. Sie nimmt das Testament, schreibt unter das Testament den Vermerk „ungültig“ und legt es ohne ihre Unterschrift darunter zu setzen wieder in ihren privaten Safe. Hat R wirksam widerrufen?

Lösung: Für einen Widerruf i.S.d. § 2255 BGB ist erforderlich, dass die Testamentsurkunde vernichtet oder derart verändert wird, dass nach der Verkehrsauffassung davon ausgegangen werden kann, dass der Erblasser die veränderte Verfügung aufheben wollte.⁴⁶³ Mit ihrem Vermerk „ungültig“ hat R für jedermann zum Ausdruck gebracht, dass ihre letztwillige Verfügung keine Geltung mehr haben soll.⁴⁶⁴ Die nicht vorhandene Unterschrift ist dafür unschädlich.⁴⁶⁵ Mitbin hat R ihre letztwillige Verfügung wirksam widerrufen.

Die Möglichkeiten des Veränderns sind äußerst vielfältig⁴⁶⁶, während das Vernichten regelmäßig durch Verbrennen oder Zerreißen der Urkunde erzielt wird⁴⁶⁷, das sich ebenso auf nur einzelne Teilbereiche erstrecken kann⁴⁶⁸. Bei allen widerrufenen Ausführungshandlungen gibt der Testator die konkludente Willenserklärung des Widerrufs ab.⁴⁶⁹ Er kann i.R.d. immanenten, testamentarischen Voraussetzungen seinen Widerruf nur testierfähig⁴⁷⁰ und höchstpersönlich⁴⁷¹ vornehmen. Allerdings kann er sich dabei auch eines Dritten bedienen, aber nur, wenn dieser als Werkzeug, im Auftrag und mit Willen des noch lebenden Erblassers handelt.⁴⁷²

⁴⁶² Lange, ErbR § 23 II 1 (Rn. 15).

⁴⁶³ Lange, ErbR, § 23 II 2 b) m.w.N.; die Aufhebung selbst muss nicht auf verkehrsüblichem Wege erfolgen, kann also für die Person des Erblassers gerade typisch sein (vgl. Baumann in Staudinger (2012), § 2255 Rn. 12).

⁴⁶⁴ Für einen wirksamen Widerruf durch einen Vermerk „ungültig“ KG NJW 1957, 1364 (zit. n.: S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2255 Rn. 3); a.A. Lange, ErbR § 23 II 2b) m.w.N.

⁴⁶⁵ Weidlich in Palandt, § 2255 Rn. 6.

⁴⁶⁶ Bauermeister in jurisPK-BGB, § 2255 Rn. 9 nennt hier beispielhaft das Einschneiden oder Einreißen einzelner Teilbereiche, das Durchstreichen des Geschriebenen und Ungültigkeitsvermerke, differenziert aber bei Wegwerfen der Urkunde nach der Möglichkeit, diese Handlung rückgängig zu machen.

⁴⁶⁷ Lange, ErbR § 23 II 2 b) m.w.N.

⁴⁶⁸ Baumann in Staudinger (2012), § 2255 Rn. 9.

⁴⁶⁹ Bauermeister in jurisPK-BGB, § 2255 Rn. 1.

⁴⁷⁰ Weidlich in Palandt, § 2255 Rn. 4.

⁴⁷¹ Esser in Groll, Praxis-HB ErbR, II., Rn. 403.

⁴⁷² BayOBLG, Beschl. v. 10.02.1992 – BReg 1 Z 57/91, Rn. 11, juris.

Die Werkzeugqualität darf dabei nur soweit reichen, dass dem Dritten keinerlei Spielräume für eigene Entschlüsse oder Handlungen zur Verfügung stehen.⁴⁷³ Freilich wird auch bei § 2255 BGB auf subjektiver Seite der Testierwille verlangt, der sich allerdings als negativer Testierwille mit der Widerrufsabsicht deckt.⁴⁷⁴ Schließlich ist es ganz vordergründig der Wille des Erblassers, etwas bereits Getroffenes zu revidieren. Doch auch wenn diese zweifelsfrei feststehen muss⁴⁷⁵, streitet § 2255 S. 2 BGB für den Testator, indem dieser statuiert, dass eine Widerrufsabsicht vermutet wird, wenn er selbst die Testamentsurkunde vernichtet oder verändert hat. Die Vermutung greift jedoch nur, wenn feststeht, dass der Testator die Veränderung oder Vernichtung selbst vornahm, weil weder die Ausführungshandlung selbst vermutbar ist⁴⁷⁶, noch seine Widerrufsabsicht bei unauffindbaren Testamenten vermutet werden kann⁴⁷⁷.

2.1.3.1.1.4 Rücknahme

Aus Aspekten der Sicherheit, Einflüssen Dritter und zur verstärkten Konservierung des eigenen Willens mag für Testatoren angezeigt sein, ihren letzten Willen in die amtliche Verwahrung zu übergeben.⁴⁷⁸ Sie schützt das Testament in besonderem Maße vor jedweder Veränderung oder gar seinem Verlust.⁴⁷⁹ Diejenigen Verfügungen, die nicht aufgrund anderer Umstände ihre Widerruflichkeit einbüßen, verbleiben in freier Widerruflichkeit, auch wenn sie amtlich verwahrt sind.⁴⁸⁰ Hierbei trägt der § 2256 I BGB dem Aktualitätsaspekt des Testatorwillens Rechnung, der mit der Rückgabe an den Erblasser *cessio legis* einen Widerruf fingiert.⁴⁸¹ Dabei ist unabhängig eines vermeintlich entgegenstehenden Widerrufswillens⁴⁸² allein die höchstpersönliche Rücknahme des Erblassers⁴⁸³ entscheidend dafür, dass die Widerrufsfiktion einsetzt. Voraussetzung ist aber zwingend, dass es sich um ein öffentliches Testament handelt. So ist vom Errichtungszeitpunkt, über die

⁴⁷³ OLG München, Beschl. v. 11.04.2011 – 31 Wx 33/11, Rn. 13, juris. Man mag daher annehmen können, dass die Werkzeugqualität des die Widerrufshandlung Ausführenden sich nicht an der Maßgabe einer Stellvertretung bemisst, sondern aufgrund seiner mangelnden eigenen Willenserklärung lediglich den Grundsätzen einer Botenschaft unterliegt.

⁴⁷⁴ *Baumann* in *Staudinger* (2012), § 2255 Rn. 26.

⁴⁷⁵ KG Berlin, Beschl. v. 06.01.1995 – 1 W 7563/93, Rn. 7, juris.

⁴⁷⁶ BayObLG, Beschl. v. 18.03.1996 – 1Z BR 67/95, Rn. 19, juris; LG Duisburg, Beschl. v. 29.03.2005 – 7 T 49/05, juris; *Lange*, ErbR, § 23 II 2 d) m.w.N.

⁴⁷⁷ BayObLG, Beschl. v. 21.07.1992 – 1Z BR 58/92, Rn. 18, juris; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.02.2001 – 3 W 272/00, Rn. 20, juris m.w.N.

⁴⁷⁸ Vgl. zum Verfahren insbesondere § 346 FamFG.

⁴⁷⁹ *S. Kappler/T. Kappler* in *Erman*, § 2030 Rn. 2.

⁴⁸⁰ *Avenarius* in *PWW*, § 2256 Rn. 1; *Baumann* in *Staudinger* (2012), § 2256 Rn. 6.

⁴⁸¹ *Avenarius* in *PWW*, § 2256 Rn. 1.

⁴⁸² BayObLG, Beschl. v. 15.12.2004 – 1Z BR 103/04; *Baumann* in *Staudinger* (2012), § 2256 Rn. 4.

⁴⁸³ Dies erfordert § 2256 II 2 BGB; somit ist eine Rückgabe an einen Stellvertreter ausgeschlossen (*Weidlich* in *Palandt*, § 2256 Rn. 4).

Verwahrung bis zum Widerruf eine lückenlose hoheitliche Begleitung des Prozesses gewährleistet.⁴⁸⁴

Auch die Rücknahme ist eine originäre Verfügung von Todes wegen, sodass nicht nur Höchstpersönlichkeit, sondern auch Testierfähigkeit⁴⁸⁵ vorhanden sein muss. Der Testierwille ist wie bei § 2258 BGB, hier aber aufgrund einer Fiktion keine Voraussetzung für den zu tätigen Widerruf. Sollte er vorhanden sein, kann er allerdings wie bei § 2255 BGB nur in negativer Gestalt bestehen, weil auch hierbei der Wille des Erblassers darauf abzielt, eine hinterlegte Verfügung aus der Welt zu schaffen. Mit Blick auf den konkreten Moment, in welchem der Widerruf fingiert wird, kommen das Verlangen nach dem Testament, das Belehren durch den Urkundsbeamten und das Entgegennehmen des Testaments in Betracht. Am Ehesten wird sich wohl auf das Entgegennehmen abstellen lassen.⁴⁸⁶ Wie sich Verwahrung und Rücknahme konkret auf den Widerruf auswirken, soll das folgende Beispiel verdeutlichen.

Beispiel: Der wohlhabende und verheiratete S testiert im Jahr 1995, dass sein Sohn T den wertvollen Alfa Romeo, eine Cohiba-Zigarre und einen Single Malt Laphroig erben solle. Er hatte sein Testament vor einem Notar angefertigt, im gleichen Jahr beim Amtsgericht verwahren lassen und einen Hinterlegungsschein erhalten. Nur ein Jahr später holt S sein Testament aus Misstrauen ggü. den Bediensteten des Amtsgerichtes zurück. Folglich bewahrt er es im Büro auf. In der Folgezeit kommen ihm Zweifel, ob sein Misstrauen ggü. den Bediensteten des Amtsgerichtes berechtigt war. Daraufhin entschließt er sich, sein Testament doch wieder amtlich verwahren zu lassen, wofür er wiederum einen Hinterlegungsschein erhält. Im Jahr 2004 kommt es zu Zwürfnissen zwischen S und T. S erinnert sich, dass er T in seinem beim Amtsgericht hinterlegten Testament großzügig bedacht hat. Außerdem macht er sich bewusst, dass seiner Frau A an dem wertvollen Alfa und der Cohiba-Zigarre deutlich mehr liegt als an dem Single Malt Laphroig – das Umgekehrte gilt für seinen Sohn, dessen Verhältnis zu A mittlerweile ebenfalls sehr angespannt ist. S will erreichen, dass A und T mit ihrem Erbe zufrieden sind. Im Jahr 2006 testiert S erneut und hält fest, dass seine Frau A den wertvollen Alfa und die Cohiba-Zigarre erben solle. Zum Single Malt Laphroig schweigt er, da er davon ausgeht, dass T diesen aufgrund seines Testaments aus dem Jahr 1995 erbt. Im Jahr 2007 verstirbt S. Erbt T den Single Malt Laphroig?

⁴⁸⁴ Baumann in Staudinger (2018), § 2256 Rn. 6. Bei öffentlichen Testamenten ist die amtliche Verwahrung sogar zwingend vorgeschrieben, wie § 34 I 4 BeurkG feststellt: „Der Notar soll veranlassen, daß das Testament unverzüglich in besondere amtliche Verwahrung gebracht wird.“ Die Rückgabe aus der Verwahrung bemisst sich nach § 346 I FamFG: „(...) sowie deren Herausgabe ist von dem Richter anzuordnen und von ihm und dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gemeinschaftlich zu bewirken.“

⁴⁸⁵ OLG Köln, Beschl. v. 12.07.2013 – I-2 Wx 177/13, Rn. 5, juris m.w.N.

⁴⁸⁶ OLG Hamm, Beschl. v. 01.08.2012 – I-15 W 266/12, Rn. 4, juris; *Bauermeister* in jurisPK-BGB, § 2256 Rn. 6.

Lösung: Das öffentliche Testament des S wurde ihm aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben. Gem. § 2256 I 1, II BGB bewirkt dies den Widerruf dieses Testaments.⁴⁸⁷ Daran ändert auch eine erneute Verwahrung des Testaments nichts⁴⁸⁸, denn ein Widerruf vom Widerruf ist i.R.d. § 2256 BGB ausgeschlossen⁴⁸⁹ und verlangt nach einer gänzlich neuen Errichtung des Testaments⁴⁹⁰. Das zurückgenommene Testament hat den Makel eines entsprechenden Stempels, sodass bei einer erneuten Verwahrung offensichtlich ist, dass das Dokument weder den Anforderungen einer Testamentserrichtung noch denen des öffentlichen Testierens genügt. Dem Widerruf durch Rücknahme wohnt also eine Unwiderruflichkeit und gewisse Endgültigkeit inne.⁴⁹¹ Insoweit würde also die gesetzliche Erbfolge eintreten. Das Testament des S von 2006 stellt ein neues Testament dar, in welchem die testamentarische Verfügung über den Single Malt Laphroig nicht geregelt ist. Er würde also innerhalb der gesetzlichen Erbfolge vererbt werden und es wäre eine Auseinandersetzung zwischen A und T notwendig.

Dass bei § 2256 BGB kein Widerruf vom Widerruf existiert und dem Erblasser auch kein Anfechtungsrecht *de lege lata* zusteht, mag nur damit zu rechtfertigen sein, dass er erneut testieren kann.⁴⁹²

2.1.3.1.1.5 Zusammenfassung

Die vier behandelten Widerrufsmöglichkeiten ziehen zwar allesamt Rechtsfolgen nach sich, allerdings nicht auf die gleiche Weise, da sowohl Rechtsfolgen aufgrund des Erblasserwillens als auch Rechtsfolgen *cessio legis* ausgelöst werden. Wenngleich auch der Widerruf alle Voraussetzungen einer Verfügung von Todes wegen verinnerlicht, differenziert sich insbesondere der Blick auf den Testierwillen in zwei grundlegende Strömungen: Parallelen werden mit Blick auf den positiven Testierwillen zwischen § 2254 BGB und § 2258 BGB deutlich, bei denen der ureigenste Ausdruck der Testierfreiheit, die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen durch das Aufschreiben des letzten Willens, immanente Voraussetzung ist. Diese positive Energie des Testierwillens kann nicht gleichermaßen bestehen, will der Testator seine Verfügung vernichten⁴⁹³ oder sie aus amtlicher Verwahrung zu-

⁴⁸⁷ Die Rücknahme des privatschriftlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung stellt gem. § 2256 III BGB keinen Widerruf dar. Diese geschilderte Ausgestaltung hat durchaus Sinn, denn gerade weil nicht eigenhändig verfasste Testamente leicht manipuliert werden können, kommt nur ihnen die Beweiswirkung zu. (Bauermeister in jurisPK-BGB, § 2256 Rn. 2).

⁴⁸⁸ Avenarius in PWW, § 2256 Rn 5; Baumann in Staudinger, § 2256 Rn. 19; Weidlich in Palandt, § 2256 Rn. 1.

⁴⁸⁹ BayObLG, Beschl. v. 06.07.1990 – BReg 1 a Z. 30/90.

⁴⁹⁰ BayObLG, Beschl. v. 30.02.1973 – BReg 1 Z. 108/72.

⁴⁹¹ Weidlich in Palandt, § 2257 Rn. 2. Es bestünde noch die Möglichkeit der nach § 2080 BGB Berechtigten gem. § 2078 BGB anzufechten (Baumann in Staudinger (2012), § 2256 Rn. 24 m.w.N.).

⁴⁹² Vgl. S. Kappler/T. Kappler in Erman, § 2256 Rn. 3.

⁴⁹³ Auch das Verändern mag daran nichts ändern, weil sich der Wille des Testators im Schwerpunkt nicht auf den Erhalt des übrig Gebliebenen richtet, sondern auf das, was er nicht mehr testiert haben möchte.

rücknehmen⁴⁹⁴. Schließlich verlangt der Testierwille das Bewusstsein des Erblassers, dass seine Äußerung eine rechtsverbindliche Erklärung des letzten Willens darstellt und seinen Willen, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten.⁴⁹⁵ Die Widerrufshandlungen der §§ 2255, 2256 BGB setzen aber gegensätzlich hierzu den Willen des Erblassers voraus, eine Verfügung von Todes wegen nicht mehr errichtet haben zu wollen.⁴⁹⁶ Insoweit könnte dann vom negativen Testierwillen gesprochen werden, der den Anforderungen des Verfügungscharakters noch immer genügt.

Würde man annehmen, § 2255 BGB setze einen positiven Testierwillen voraus, drängt sich die Frage auf, worauf sich der *Wille* des *Testierens* beziehen möge. Bestünde ein bereits zuvor angefertigtes Testament, könnte sich z. B. im Zerreißen des zweiten, das das erste wiederrief, ein positiver Testierwille mit Blick auf das erste annehmen lassen. Problematisch erscheint daran, dass das erste Testament dann bereits einmal mit Testierwillen versehen war, zwischenzeitlich durch ein zweites widerrufen und dann wieder mit Testierwillen versehen würde. Bei § 2255 BGB würde hierfür aber die Konstruktion des Widerrufs vom Widerruf in Betracht kommen, wengleich diese bei § 2256 BGB ausgeschlossen ist. Die Probleme nehmen indes zu, wurde zuvor nicht testiert. Dann müsste sich der Testierwille in positiver Weise auf das Wiederaufleben der gesetzlichen Erbfolge beziehen. Plausibel erscheint dies mit Blick auf die Testierfreiheit aber nur dann, wenn der Wille nach der gesetzlichen Erbfolge auch testiert wurde, weil definitionsnotwendig der Testierwille eine Verfügung fordert. Würde nicht aktiv für die gesetzliche Erbfolge testiert, bliebe in der Konsequenz nur übrig, dass dem potenziellen Erblasser ab dem 16. Lebensjahr stets unterstellt würde, er habe von seiner Testierfreiheit Gebrauch gemacht, indem er sich ohne ein Testament zu errichten für die gesetzliche Erbfolge entschieden habe. Oder aber man würde nach dem Errichten eines ersten Testaments nie wieder aufhören können, aktiv zu testieren. Dieser Gedanke widerstrebt dem unter 2.1.1 für die Testierfreiheit Geschilderten zutiefst, weil er die empirisch-historische Konzeption von gesetzlicher Erbfolge und Testierfreiheit verkennt.

Wenn die §§ 2254, 2258 BGB einen positiven Testierwillen erfordern, die §§ 2255, 2256 BGB aber einen negativen Testierwillen, ist zu klären, wie sich beide Gruppen zur Widerrufsabsicht verhalten. Der klassische Fall eines schriftlichen letzten Willens, der als Widerruf ausgestaltet einen vorherigen außer Kraft setzen soll, geschieht notwendigerweise in dessen Kenntnis, also mit Widerrufsabsicht gem. § 2254 BGB. Denkt man in diesem Fall nur die Kenntnis des vorherigen

⁴⁹⁴ Der negative Testierwille kann auch bei privatschriftlichen und verwahrten Testamenten bestehen, mag für die Widerrufsfiktion aber ohne Bedeutung bleiben.

⁴⁹⁵ *Baummann* in Staudinger (2012), § 2247 Rn. 17.

⁴⁹⁶ Der dem Erblasser innewohnende Gedanke würde lauten: „Ich will keine Verfügung von Todes wegen errichtet gehabt haben.“, dies zumindest „teilweise“ soweit es sich auf eine Veränderung bezieht.

letzten Willens hinweg⁴⁹⁷, werden widersprüchliche Verfügungen auch ohne Widerrufsabsicht des Testators durch das Anfertigen und unter Berücksichtigung seines Willens gem. § 2258 BGB *cessio legis* aufgehoben.

Das Vernichten des oder Verändern am letzten Willen gem. § 2255 selbst geschieht denknotwendigerweise in Kenntnis dessen, also auch mit Widerrufsabsicht⁴⁹⁸, während es bei der Rücknahme nicht auf eine Absicht zum Widerruf ankommt, weil er fingiert wird. Einen Überblick über die detaillierten, systematischen Fragen mit Blick auf den Vollzug des Widerrufs, der dogmatischen Rechtsgeschäftsform, dem Testierwillen und letztlich der Frage nach der Widerrufsabsicht innerhalb der Testamentsarten kann die folgende Abbildung 8 geben:

	Anforderungen an den Willen		Vollzugsart des Widerrufs	Geschäftsform des Widerrufs
§ 2254 BGB: Widerrufstestament	Rechtsgeschäftswille Testierwille Widerrufsabsicht	(+) (+) (+)	Realisiert Widerruf: „Der Widerruf erfolgt (...)“	Rechtsgeschäft [Errichtung des Testaments]
§ 2255 BGB: Vernichtung oder Veränderung	Rechtsgeschäftswille Testierwille Widerrufsabsicht	(+) (-) (+)	Realisiert Widerruf: „kann (...) widerrufen werden“	Rechtsgeschäft [Vernichtung oder Veränderung]
§ 2256 BGB: Rücknahme aus amtlicher Verwahrung	Rechtsgeschäftswille Testierwille Widerrufsabsicht	(+) (-) (-)	Fingiert Widerruf: „gilt als widerrufen“	Rechtsgeschäft [Rücknahme] ⁴⁹⁹
Abs. 3: Eigenhändig privatschriftlich angefertigt	Rechtsgeschäftswille Testierwille Widerrufsabsicht	(-) (-) (-)	Kein Widerruf „Die Rücknahme ist auf die Wirksamkeit ohne Einfluss“	Realakt [ohne Rechtsfolgen für das Testament]
§ 2258 I BGB: Änderungstestament	Rechtsgeschäftswille ⁵⁰⁰ Testierwille Widerrufsabsicht	(-) (+) (-)	Fingiert Widerruf: „wird ein Testament (...) insoweit aufgehoben“	Rechtsgeschäft [Errichtung des Testaments]

Abbildung 8: Anforderungen und Vollzug der Widerrufsquadriga.

Legende: (+) = bejahend; vorhanden. (-) = verneinend; fehlt.

⁴⁹⁷ Die Kenntnis des Testators um das frühere Testament darf sich durch eine wohlwollende Auslegung nicht ergeben, damit von seiner Unkenntnis ausgegangen werden kann und § 2258 BGB statt § 2254 BGB zur Anwendung kommt.

⁴⁹⁸ Manche sehen hier die Widerrufsabsicht als den negativen Testierwillen selbst an. Dies erscheint sinnvoll, weil die Konstellation eines negativen Testierwillens bei bestehender Widerrufsabsicht in der Widerrufsquadriga einmalig ist.

⁴⁹⁹ Für Einordnung der Rücknahme als Rechtsgeschäft OLG München, Beschl. v. 11.05.2005 – 31 Wx 019/05, Rn. 22, juris.

⁵⁰⁰ Teilweise wird zwar bei § 2258 I BGB ein Widerruf mittels Rechtsgeschäfts angenommen, was dogmatisch *de lege lata* aber nicht überzeugt, da § 2258 I BGB *cessio legis* – und nicht mittels Rechtsgeschäft – eine Aufhebung des früheren Testaments herbeiführt, soweit es dem neuen Testament widerspricht und sogar dann, wenn der Erblasser keinen Widerruf wollte (Baumann in Staudinger (2012), § 2228 Rn. 4 m.w.N.).

Ersichtlich wird dort nur fingiert, wo ohne die Absicht des Widerrufs widerrufen wird, sodass ein entgegenstehender Erblasserwille keine Auswirkungen hat. Gleichwohl tritt die Widerrufswirkung des § 2256 I BGB bzw. Aufhebungswirkung des § 2258 I BGB natürlich nicht gänzlich absichtslos ein: So ist für die Rücknahme selbst ein absichtliches Handeln erforderlich, genauso muss die Errichtung des neueren bzw. späteren Testaments mit Absicht erfolgt sein. Das Herausstellen dieser elementaren Voraussetzungen ist für einen Vergleich mit bereits an Testierunfähigkeit leidenden Testatoren immanent.

2.1.3.1.2 Testierunfähiger Erblasser

Der demographische Wandel und die damit einhergehende Überalterung der Gesellschaft erhöht gleichsam die Anzahl altersbedingter Erkrankungen.⁵⁰¹ Insbesondere bei betagteren Testatoren stellt sich vermehrt die Frage, ob sie noch testierfähig waren, als sie ihr Testament errichtet haben.⁵⁰² Da die in § 2229 IV BGB geregelte Testierunfähigkeit jedoch so ausgestaltet ist, dass dieser Zustand die Ausnahme bildet, muss er zur vollen Gewissheit des Gerichts feststehen.⁵⁰³ Die Ermittlung erfolgt dabei über ein medizinisches Gutachten.⁵⁰⁴ Maßgebend für die Ermittlung der Testierunfähigkeit ist die ausbleibende freie Willensbildung des Testators. Die Komplexität des Prozesses der Willensbildung verdeutlicht die *Wetterling* entnommene Abbildung 9:

⁵⁰¹ Kapitel 1.1.

⁵⁰² *Wetterling*, ErbR 2010, 345.

⁵⁰³ *Weidlich* in Palandt, § 2229 Rn. 11;

⁵⁰⁴ BGH NJW 1996, 918; BayObLG NJW-RR 1990, 1419; FamRZ 1994, 593; OLG Frankfurt FamRZ 1996, 635 f.; zur Vertiefung und zum gerichtlichen Feststellungsverfahren *Krug* in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 8, Rn. 9, sowie *Lichtenwimmer*, MittBayNot 2002, 240.

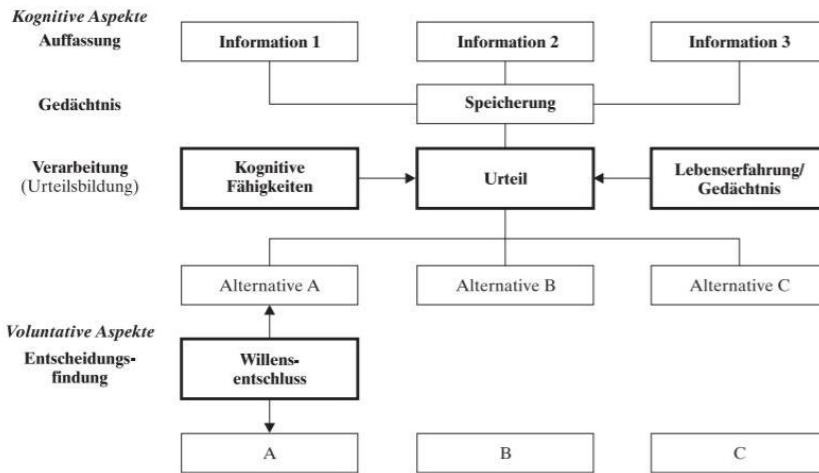


Abbildung 9: Der Prozess der Willensbildung.⁵⁰⁵

Auf kognitiver Seite müssen Informationen aus der Umgebung aufgenommen, dann im Gedächtnis, in dem die Lebenserfahrung angelegt ist, gespeichert werden. Aus diesen Informationen muss sich der Betroffene dann ein Urteil über mögliche Handlungsalternativen bilden können. Auf voluntativer Seite muss er sich dann für wenigstens eine von diesen Alternativen entscheiden.

Jeder Schritt im Prozess der Willensbildung kann an einer Beeinträchtigung leiden.⁵⁰⁶ Diese geistigen Beeinträchtigungen – § 2229 IV BGB nennt eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung – müssen ursächlich dafür sein, dass der Testator seine Einsichts- oder Handlungsfähigkeit im Zeitpunkt des Testierens eingebüßt hat⁵⁰⁷, d.h. wenn er „(...) nicht in der Lage ist, eine von ihm abgegebene Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

Nicht jede psychische Störung führt zur Annahme der Testierunfähigkeit: Drogenabhängigkeit, insbesondere Rauschgift und Alkohol, und bloßes Querulantenvermögen *per se* dafür regelmäßig nicht auszureichen, sodass weitere Umstände, vornehmlich zusätzliche schwerwiegende neuropsychiatrische Erkrankungen, hinzutreten müssen.⁵⁰⁸ Die Feststellung, ob der Erblasser im Zeitpunkt des Testierens testierunfähig war, wird zusätzlich noch dadurch erschwert, dass Bewusstseinsstörungen, die wie eine Geisteskrankheit oder Geistesschwäche regelmäßig als Dauerzustände auftreten, durch lichte Augenblicke unterbrochen wer-

⁵⁰⁵ Wetterling, ErbR 2010, 345 (346).

⁵⁰⁶ Wetterling, ErbR 2010, 345 (347).

⁵⁰⁷ Schellhammer, ErbR, Rn. 376.

⁵⁰⁸ Schneider/Frister/Olzen, Begutachtung psychischer Störungen, S. 247.

den können.⁵⁰⁹ Dann stellt sich die Frage, in welchem Moment die Testierunfähigkeit den Widerrufsprozess exakt scheitern lässt. Zur Erörterung dieser Problematik ist es notwendig, die Testierunfähigkeit sowohl in ihrem Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit als auch in ihrer eigenen Konzeption zu vertiefen. Es mag auf den ersten Blick nicht sehr problematisch erscheinen, eine partielle Testierunfähigkeit mangels Teilbarkeit der Errichtung oder Gestaltung von Testamenten abzulehnen, ganz gleich in welchen Lebensbereichen sich die krankhafte geistige Störung auswirkt.⁵¹⁰ Man könnte aber anführen, dass eine partielle Geschäftsunfähigkeit i.S.d. § 104 Nr. 2 BGB anerkannt ist⁵¹¹ und umgekehrt eine für grds. geschäftsunfähig befundene Person partiell geschäftsfähig sein kann⁵¹². Ob eine Adaption dieser Gedanken für die Differenzierung der Testierfähigkeit zur Testierunfähigkeit gelingen möge, vermögen die den Fähigkeiten zugrundeliegenden Konzeptionen zu offenbaren. Die partielle Geschäftsunfähigkeit ist immer auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft als solches bezogen.⁵¹³ Es geht um die Frage, ob die betreffende Person erkennen konnte, welche Tragweite der Abschluss des jeweiligen Rechtsgeschäfts hat und nicht darum, ob sie weitere Gesichtspunkte, bspw. wirtschaftliche oder persönliche Folgen, überblicken kann.⁵¹⁴ Aufgrund einer Geisteskrankheit mag die Geschäftsunfähigkeit daher „notwendigerweise partiell“⁵¹⁵ sein, weil die betroffene Person nicht die Bedeutung eines Rechtsgeschäfts erfassen konnte, bei anderen möglicherweise aber hierzu in der Lage war. Das Testament könnte ebenso unter die Rechtsgeschäftsformen der Geschäftsfähigkeit zu fassen und daher von seinem partiellen Charakter umfasst sein. Gleichwohl sind i.R.d. Testierfähigkeit mehr Umstände zu berücksichtigen als bei anderen Rechtsgeschäften. Der Testator soll unter besonderem Schutz stehen, da er mit verhältnismäßig wenigem Aufwand über sein gesamtes Vermögen verfügen kann. Diese wirtschaftlichen Folgen sind bei Geschäftsfähigkeit außer Betracht, während sie bei der Frage nach der Testierfähigkeit von Bedeutung sind. Es ist möglich, testierunfähig zu sein und zugleich geschäftsfähig. Diese Konstellation spricht nicht nur für die Eingliederung der Testierfähigkeit in die Geschäftsfähigkeit, sondern auch für eine nicht wirklich überzeugende partielle Testierunfähigkeit,

⁵⁰⁹ *Schellhammer*, ErbR, Rn. 377.

⁵¹⁰ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 60; a.A. *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2229 Rn. 7; jeweils m.w.N.

⁵¹¹ *Klumpp* in Staudinger (2017), § 104 Rn. 22. m.w.N.

⁵¹² OLG München, Beschl. v. 05.06.2009 – 33 Wx 278/08, Rn. 61, juris; für eine partielle Geschäftsfähigkeit zur Eheschließung: BVerfG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1 BvL 14/02, juris. Es ist sowohl möglich, von bestehender Geschäftsfähigkeit auszugehen und sie für einzelne Teilbereiche abzuerkennen, als sie auch grds. abzuerkennen und in Teilen zuzusprechen.

⁵¹³ Vgl. *Lange* in jurisPK-BGB, § 104 Rn. 19.

⁵¹⁴ *Lipp* in Beck, Krankheit und Recht, S. 171 (182).

⁵¹⁵ *Lipp* in Beck, Krankheit und Recht, S. 171 (182).

weil die Testierfähigkeit als Rechtsgeschäft nur die Verfügung von Todes wegen kennt.⁵¹⁶

Von der partiellen ist die relative Geschäftsunfähigkeit, die sich nach dem Schwierigkeitsgrad des jeweiligen Rechtsgeschäfts bemisst, zu unterscheiden.⁵¹⁷ Insbesondere aufgrund vermeintlicher Rechtsunsicherheit vermag sie in Rechtsprechung und Literatur weniger zu überzeugen, „weil die Festlegung der intellektuellen Komplexität wie auch der wirtschaftlichen Bedeutung jedes einzelnen Rechtsgeschäfts durch unterschiedliche subjektive wie objektive Maßstäbe (zu) schwierig erscheint“⁵¹⁸. Diese Argumentation wird dann auch gegen die Anerkennung einer relativen Testierunfähigkeit herangezogen, weil insoweit die gleichen Abgrenzungsschwierigkeiten bestünden.⁵¹⁹ Insbesondere spricht § 105a BGB gegen eine Relativität der Geschäftsfähigkeit, weil er den Schwierigkeitsgrad von Geschäften nicht kennt, sondern die Geringwertigkeit der Mittel bei den Geschäften des täglichen Lebens nach objektiven Maßstäben bemisst⁵²⁰.⁵²¹ Daraus wird deutlich, dass das BGB den Status der Geschäftsfähigkeit an keiner Stelle von dem Schwierigkeitsgrad des jeweiligen Rechtsgeschäfts abhängig macht. Hier liegt aber der konkrete Unterschied zum Maßstab der Testierunfähigkeit: Wird die Testierfähigkeit in Zweifel gezogen, kommt es entscheidend darauf an, ob der Testator abschätzen konnte, welche wirtschaftlichen Auswirkungen er mit seiner letztwilligen Verfügung herbeiführt.⁵²² Für die Geschäftsfähigkeit gibt es ein solches Erfordernis bzw. Kriterium jedoch nicht. Das erscheint insofern konsequent, als dass ein Erblasser zwar testierunfähig und zugleich geschäftsfähig sein kann.

Bei geschäftsfähigen Erblassern dürfte wohl erst recht anzunehmen sein, dass diese klar und deutlich festlegen können, welche Person ihr Vermögen erben soll, also zu durchdringen, was ihre Anordnungen im Testament bedeuten.⁵²³ Argumentativ erscheint es schwierig, die nur teilweise vorhandene Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit mit eingeschränktem Verständnis für erbrechtliche Gestaltungsvorgänge gleichzusetzen, weil selbst uneingeschränkt Testierende vor großen Herausforderungen stehen, eine erbrechtliche Gestaltung mangels vermeintlicher

⁵¹⁶ Man mag eine partielle Testierunfähigkeit annehmen können, wenn sich die krankhafte Störung, z. B. Wahnvorstellungen, nur auf eine bestimmte Person, nicht jedoch auf eine bestimmte Sache bezieht (BayObLG, Beschl. v. 22.10.1984 – BReg 1 Z 53/84); a.A. BayObLG, Beschl. v. 31.01.1991 – BReg 1 a Z 37/90, juris.

⁵¹⁷ *Lange* in jurisPK-BGB, § 104 Rn. 19.

⁵¹⁸ *Klumpff* in Staudinger (2017), § 104 Rn. 20 m.w.N.

⁵¹⁹ Vgl. *Esser* in Groll, Praxis-HB, II., Rn. 19; *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 60.

⁵²⁰ *Klumpff* in Staudinger (2017), § 105a Rn. 28 m.w.N.

⁵²¹ *Lipp* in Beck, Krankheit und Recht, S. 182.

⁵²² *Horn*, NJW 2017, 2392 (2393).

⁵²³ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2229 Rn. 19; dies zeigt sich auch an einem Urteil des OLG Hamm (Beschl. v. 20.03.2003 – 15 W 393/01), in welchem die Richter festlegen: „Ein Erblasser, der wegen Geistesschwäche (hier: angeborener mittelgradiger Schwachsinn im Grad der Imbezillität) zunächst entmündigt war und dann unter Betreuung mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge stand, kann gleichwohl testierfähig gewesen sein. Es bedarf zur Beurteilung einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls.“

Kenntnisse über Vor- und Nacherbschaften, Vermächtnisse etc. in Einklang mit ihrem freien Willen zu bringen.⁵²⁴

Auch das Argument der Rechtssicherheit, u. a. mit der Anlehnung an § 104 BGB, scheint bei genauerer Betrachtung wenig haltbar: Wie *Flume*⁵²⁵ überzeugend darstellt, toleriert das Gesetz *ipso iure* eine sich durch § 104 Nr. 2 BGB bzw. § 105 II BGB ergebende Rechtsunsicherheit, da Geschäfte eines Geschäftsunfähigen im Zeitpunkt von luziden Intervallen wirksam sind bzw. nur die Erklärung unwirksam ist, die jemand im Zeitpunkt des fraglichen Zustandes der Bewusstlosigkeit oder der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben hat.⁵²⁶

Die Feststellung, „ob der Testator gerade zu dem fraglichen Testament als einer eigenen Entscheidung in Anbetracht seines sonst bezeugten Zustandes geistig-willensmäßig in der Lage gewesen ist“⁵²⁷, ihm also Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit attestiert werden kann, erfolgt dabei notwendigerweise immer konkret in Bezug auf das jeweilige Testament⁵²⁸. Argumentativ ebenso anzuführen ist die aufgehobene Entmündigung, denn selbst das Vorhandensein eines Betreuers deutet nicht darauf hin, dass Betreute geschäfts- bzw. testierunfähig sind, sondern es verbleibt bei der gesetzlichen Grundannahme der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit.⁵²⁹

Darüber hinaus schließt § 1903 II BGB den Einwilligungsvorbehalt aus, so dass die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügungen nicht von einer Einwilligung des Betreuers abhängig ist. Mithin vermag man herzuleiten, dass das Gesetz damit faktisch eine relative Testierfähigkeit anerkennt.⁵³⁰ Die Rechtssicherheit ist mithin kein hinreichendes, überzeugendes Argument dafür, eine relative Testierunfähigkeit abzulehnen. Die Auswirkungen auf den Widerruf eines Testierunfähigen werden im Folgenden aufgezeigt.

2.1.3.1.2.1 Widerrufstestament

Immanente Voraussetzung für den Widerruf nach § 2254 I BGB ist die Testierfähigkeit des Erblassers. Auf Basis der obigen Ausführungen sollen die genannten Beispielfälle entsprechend überprüft werden.

Beispiel: Der 60-jährige und verheiratete E hat am 15.11.2005 ein wirksames öffentliches Testament errichtet, in welchem er seinen Sohn S zum Alleinerben eingesetzt. In den folgenden Jahren erkrankt E an Demenz. Ihm wird ein Betreuer zur Seite gestellt. Nach etwa 15 Jahren ist E kaum noch in der Lage, wahrzunehmen, was in seiner

⁵²⁴ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2229 Rn. 19.

⁵²⁵ Dieser befürwortet eine Anerkennung der relativen Geschäftsunfähigkeit: *Flume*, BGB AT 2, § 13,5 (S. 187 ff.)

⁵²⁶ *Flume*, BGB AT 2, § 13,5 (S. 188).

⁵²⁷ *Flume*, BGT AT 2, § 13,5 (S. 189).

⁵²⁸ *Flume*, BGB AT 2, § 13,5 (S. 188 f.).

⁵²⁹ OLG Frankfurt 1995, 260 (261).

⁵³⁰ *Baumann* in Staudinger (2012), § 2229 Rn. 19.

Umwelt passiert. Sein Sohn S hat inzwischen einen Lebenswandel durchlebt, mit dem E nie einverstanden gewesen wäre. Seine Frau weist ihn darauf hin und sagt darüber hinaus: „Du hast doch unseren S als Alleinerben eingesetzt. Mach das mal rückgängig! So ein Verhalten von ihm akzeptieren wir nicht. Der soll nichts erben.“ E kann aufgrund seiner Demenz kaum einordnen, was genau seine Frau gesagt hat. Gleichwohl gelangt E zu der Überzeugung, dass seine Frau ihm schon nichts Falsches sagen wird. Er nimmt sich einen Zettel und schreibt mit einem Stift eigenhändig darauf „Mein Sohn soll nichts bekommen!“ und setzt anschließend seine Unterschrift darunter. Nach dem Tod des E kommt es zum Rechtsstreit zwischen S und F. Es soll gerichtlich überprüft werden, ob E seine Verfügung wirksam widerrufen hat.

Lösung: In Gerichtsverfahren müssen die Gerichte im Nachhinein überprüfen, ob E testierunfähig war. Dafür können, wie dargelegt, die jeweiligen Begleitumstände einen Hinweis darauf geben, ob jemand zum Zeitpunkt des Testierens testierfähig war. Entscheidendes Kriterium für die Testierfähigkeit ist die freie Willensbildung. Diese darf also nicht von Dritten bestimmt werden. Hier hat F den E dazu bestimmt, seinen Widerruf zu erklären. Auch wenn E realisiert haben mag, dass das so stimmen möge, wusste er nicht, was er damit bewirkt. Aufgrund seiner Demenz konnte er selbst diesen einfachen Sachverhalt nicht erfassen, sodass der Widerruf der Verfügung von E unwirksam ist. Im Gerichtsverfahren würden die Umstände um das Testieren, namentlich wohl seine Wahrnehmungsstörungen darauf hindeuten, dass E bei Erklärung seines Widerrufs nicht testierfähig war. E hat seine Verfügung nicht wirksam widerrufen. S ist also Alleinerbe.

Im vorliegenden Beispiel scheitert die Testierfähigkeit des E also daran, dass er nicht mehr in der Lage war, ohne Einflüsse von Dritten seinen Willen kundtun zu können. Er mag sich vielleicht noch den Willen bilden können, die Erklärung aufzusetzen und zu unterschreiben, doch genügt es den Anforderungen an die Testierfähigkeit nicht, da er gem. § 2229 IV BGB nicht mehr in der Lage war, die Bedeutung seiner Erklärung zu erkennen. Das gilt selbst dann, wenn man eine partielle bzw. relative Testierunfähigkeit anerkennen würde, da E die Auswirkung seiner Erklärung in Gänze nicht mehr überblicken konnte.

2.1.3.1.2.2 Änderungstestament

Auf den ersten Blick scheint die Testierfähigkeit keine Voraussetzung für den Widerruf nach § 2258 I BGB zu sein: Schließlich werden etwaige Widersprüche zwischen dem früheren und dem späteren Testament von Gesetzes wegen aufgelöst, ohne dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung des Testators notwendig wäre. Insbesondere braucht es keinen Widerrufswillen. Doch spielt die Testierfähigkeit auch bei § 2258 I BGB eine entscheidende Rolle, da der Testator zuvor ein späteres Testament errichten muss. Die Errichtung dieses Testament bestimmt sich

dann wiederum nach den allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen.⁵³¹ Zur Verdeutlichung der Problematik soll der folgende Beispielfall dienen:

Beispiel: Der A hatte seinen Sohn S und seine Tochter T im Jahr 1994 zu den alleinigen Erben eingesetzt und im Testament verfügt, dass S alles Barvermögen, sowie seine Lieblingsuhr erben solle, seine Tochter T hingegen eine wertvolle Briefmarkensammlung, eine Perlenkette und die Ferienwohnung am Prinzenpark in Braunschweig. A wird mehr und mehr vergesslich und schlussendlich testierunfähig. Gleichwohl entschließt er sich eines Tages aus seiner neu gewonnenen Liebschaft zur Hausbälterin H heraus, diese zur Erbin einzusetzen. Dabei geht er irrig davon aus, erstmalig ein Testament aufzusetzen. Letztwillig verfügt er im Jahr 1996, dass die H nun das gesamte Barvermögen, seine Lieblingsuhr, die wertvolle Briefmarkensammlung und die Ferienwohnung im Braunschweiger Prinzenpark erben solle. Wer erbt was?

Lösung: Für die Wirksamkeit des zweiten Testaments ist erforderlich, dass der Erblasser testierfähig war. In Bezug auf § 2258 I BGB und der feststehenden Testierunfähigkeit des A stellt sich jedoch die Frage, an welcher Stelle sich diese auf welche Weise auswirkt. Lässt man die Testierunfähigkeit außer Betracht, tritt die unter 2.1.3.1.1.2 geschilderte Lösung ein. Dies gründet sich darauf, dass das zweite Testament wirksam errichtet wurde, kein Widerrufswille erkennbar war und die Testamente unter Berücksichtigung des Erblasserwillens entsprechend ausgelegt werden müssten. Da es für die Anwendung von § 2258 I BGB keinen erkennbaren Widerrufswillen geben darf, spielt die Testierunfähigkeit des A an dieser Stelle keine Rolle, sodass sie sich erst bei der Errichtung des Testaments ausdrücken kann. Die Formulierung von A ist für sich betrachtet eine Willenserklärung: Er hat willentlich das Testament aufgesetzt (Handlungswille), er wusste, dass seine Erklärung einen rechtlich relevanten Inhalt hat (Erklärungsbewusstsein) und er hatte sogar den Willen, dass mit dem Aufsetzen seines Schriftstückes H die benannten Dinge erbt, also eine bestimmte Rechtsfolge eintritt (Geschäftswillen). Diese Willenserklärung hat A auch abgegeben, da er sie willentlich in den Rechtsverkehr gebracht hat. Die Wirksamkeit der Testamentserrichtung von A scheidet einzig daran, dass er aufgrund seiner Testierunfähigkeit nicht erkennen konnte, welche Bedeutung das Aufsetzen eines Testaments hat. So sieht es § 2229 IV BGB vor.

Das vorangegangene Beispiel verdeutlicht, dass sich die Testierunfähigkeit auf verschiedenen Ebenen auswirkt. Bevor dies jedoch mit den Rechten eines Betreuers in Verbindung gebracht wird, soll zuvor noch dargestellt werden, wie sich die Testierunfähigkeit bei den zwei übrigen Widerrufsarten auswirkt.

2.1.3.1.2.3 Vernichtung oder Veränderung

Beim Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung gestaltet sich die Sach- und Rechtslage ähnlich, wie das nachfolgende Beispiel verdeutlicht:

⁵³¹ Allgemein zur Prüfung von Testamenten und Erbverträgen: Horn, NJW 2017, 2392.

Beispiel: Der testierunfähige Erblasser und verheiratete E hat vor einigen Jahren ein Testament errichtet, in welchem er seinen Sohn S zum Alleinerben eingesetzt hat. Trotz seiner Testierunfähigkeit kann E realisieren, dass S sich wie die sprichwörtliche „Axt im Walde“ verhält und entschließt sich daher, seine Frau zu bitten, das Testament zu zerreißen, die dies genauso ausführt. Hat E wirksam widerrufen?

Lösung: Auch für den Widerruf nach § 2255 I BGB ist die Testierfähigkeit des Erblassers eine unabdingbare Voraussetzung. Doch stellt sich im vorliegenden Beispielfall die Frage, ob E unabhängig von seiner Testierunfähigkeit nicht schon allein dadurch nicht wirksam widerrufen hat, dass E dies nicht selbst vorgenommen hat. An sich erfordert § 2255 I BGB wegen seiner Ausgestaltung als letztwillige Verfügung, dass der Widerruf persönlich durch den Erblasser vernichtet wird. Doch unterliegt dies gewissen Einschränkungen: So darf sich der Erblasser durchaus eines Dritten zur Vernichtung oder Veränderung bedienen, wenn dieser das Testament auf Grundlage des vom Erblasser selbst gefassten Widerrufswillens vernichtet und ihm dabei kein Entscheidungsspielraum verbleibt.⁵³² Auch muss die Vernichtung zu Lebzeiten des Erblassers ausgeführt werden.⁵³³ Problematisch gestaltet sich der Umstand, ob die Vernichtungsbehandlung in Anwesenheit des Erblassers geschehen muss, um die Werkzeugqualität zu wahren bzw. die „Beherrschung der Testamentsvernichtung“⁵³⁴ zu erhalten oder ob dies auch in Abwesenheit des Erblassers geschehen kann⁵³⁵. Jedenfalls liegt in der reinen Auftragserteilung noch kein Widerruf, da es noch von der Entscheidung des Dritten abhängt, ob tatsächlich ein Widerruf erfolgt.⁵³⁶ Demzufolge kann bzw. muss sich die Testierunfähigkeit des E hier nicht auswirken, da der Auftrag keinen Widerruf enthält und damit die Testierfähigkeit keine Rolle spielen darf. Das heißt, dass E den Auftrag trotz Testierunfähigkeit wirksam erteilen könnte, da es durchaus möglich ist, geschäfts- und zugleich testierunfähig zu sein. Mithin begründet das Zerreißen durch die Frau von E rein objektiv keine Unwirksamkeit des Widerrufs. Auch auf subjektiver Seite vermag E sogar in der Lage gewesen sein, eine wirksame Willenserklärung über das Zerreißen abzugeben zu haben. Aufgrund seiner ihm attestierten Testierunfähigkeit konnte er jedoch nicht erkennen, welche Bedeutung dieser Widerruf hat.

2.1.3.1.2.4 Rücknahme

Bei dem Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung gem. § 2256 I BGB kann die Testierfähigkeit sogar vollständig ohne Bedeutung sein, wie das nachfolgende Beispiel aufzeigt:

⁵³² OLG Hamm, Beschl. v. 11.01.2001 – 15 W 224/01, Rn. 31, juris; OLG München, Beschl. v. 11.04.2011 – 31 Wx 33/11, Rn. 13, juris.

⁵³³ Baumann in Staudinger (2018), § 2255 Rn. 22 m.w.N.

⁵³⁴ So sieht es Baumann in Staudinger (2018), § 2255 Rn. 23.

⁵³⁵ So sehen es bspw. das BayObLG oder das OLG Hamm: vgl. BayObLG, Beschl. v. 10.02.1992 – BReg 1 Z 57/91, Rn. 11 f., juris; OLG Hamm, Beschl. v. 11.01.2001 – 15 W 224/01, Rn. 31, juris.

⁵³⁶ Baumann in Staudinger (2018), § 2255 Rn. 22.

Beispiel: Der wohlhabende und verheiratete S testiert im Jahr 1995, dass sein Sohn Tobias den wertvollen Alfa Romeo, eine Cohiba-Zigarre und einen Single Malt Laphroig erben solle. Er hatte sein Testament zu Hause angefertigt und im gleichen Jahr beim Amtsgericht verwahren lassen und einen Hinterlegungsschein erhalten. Nur ein Jahr später holt der S sein Testament aus Misstrauen ggü. den Bediensteten des Amtsgerichtes zurück. Dieses Misstrauen liegt jedoch in paranoiden Wahnvorstellungen des S begründet, weshalb noch bevor er das Testament zurückholen konnte, bereits Testierunfähigkeit eingetreten ist. S bewahrt das Testament in seinem Büro auf, bis er schließlich stirbt. Tritt die testamentarische oder gesetzliche Erbfolge ein?

Lösung: Für einen wirksamen Widerruf gem. § 2256 I BGB muss der Erblasser zunächst nicht testierfähig sein. Vielmehr muss es sich um ein öffentliches Testament handeln, da die Rückgabe eines privatschriftlichen Testaments gem. § 2256 III BGB ohne Auswirkung auf die Wirksamkeit ist. Das bedeutet, dass S trotz seiner Testierunfähigkeit in der Lage ist, das Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückzuholen, da dies keine Auswirkung auf dessen Wirksamkeit hat.⁵³⁷ Gleichwohl kann die Rückgabe nur an einen geschäftsfähigen Erblasser erfolgen.⁵³⁸ Mithin hat S sein Testament nicht wirksam widerrufen, sodass hinsichtlich des Alfa Romeos, der Cohiba-Zigarre und des Single Malt Laphroig die testamentarische Erbfolge eintritt.

2.1.3.1.3 Betreuer und Bevollmächtigter

Nachdem dargestellt wurde, dass ein Testierunfähiger *de lege lata* kein Widerrufsrecht hat, vermag dies möglicherweise ein Betreuer für ihn wahrzunehmen. Zwar begründet das reine Vorhandensein eines Betreuers nicht eine Testierunfähigkeit des Betreuten, aber doch, dass der Betreute in gewissen Lebensbereichen Hilfe benötigt, obgleich die Bestellung eines Betreuers einen Anhaltspunkt für die Testierunfähigkeit liefern kann.⁵³⁹ *De lege lata* wäre der Betreuer nicht in der Lage, Verfügungen von Todes wegen vorzunehmen, da diese Höchstpersönlichkeit erfordern. Gleichwohl erscheint es fraglich, dass sich ein inzwischen Testierunfähiger nicht mehr von seinem im Zustand der Testierfähigkeit errichteten Testament zu lösen vermag, und zwar insbesondere dann, wenn ein Betreuer möglicherweise erkennen könnte, dass sich der Testierunfähige von seinem letzten Willen lösen möchte. Problematisch mag daran aber weniger das Kriterium der Höchstpersönlichkeit sein, sondern die gesetzgeberische Konstruktion der Lossagungsrechte von letztwilligen Verfügungen: Der Testator kann sich selbst nur durch Widerruf von diesen lösen, nicht jedoch durch Anfechtung. Begründet wird dieser Verweis insbesondere damit, dass er sich jederzeit und frei mit dem stärkeren

⁵³⁷ Der Erblasser könnte rein rechtlich sogar trotz Testierunfähigkeit ein öffentliches Testament zurückholen, wenn er im Zeitpunkt der Entgegennahme testierfähig ist (*Bauermeister* in jurisPK-BGB, § 2256 Rn. 6).

⁵³⁸ Vgl. *Baumann* in Staudinger (2018), § 2256 Rn. 20.

⁵³⁹ *Hagena* in MüKo-BGB, § 2229 Rn. 10 f.

Recht⁵⁴⁰ des Widerrufs lösen könne.⁵⁴¹ Diesbezüglich führt *Lange* jedoch überzeugend aus, dass diese Begründung wenig stichhaltig ist: Während mit dem Widerruf die letztwillige Verfügung als solche beseitigt werden soll, und zwar ungeachtet etwaiger Willensmängel, erfolgt mit der Anfechtung die Beseitigung eines fehlerhaft gebildeten Willens.⁵⁴² Dementsprechend stellt sich der Widerruf als Akt des Testierens dar, die Anfechtung hingegen nicht.⁵⁴³ Überzeugender vermag in diesem Zusammenhang die Begründung von *Otte* sein, dass durch die Möglichkeit der Anfechtung eine rechtliche Bindung aufgelöst werden solle, die es bei einer letztwilligen Verfügung nicht gäbe.⁵⁴⁴ Doch widerlegt *Lange* diesen Gedanken, indem er darlegt, dass die Bindungslosigkeit im Erbrecht auf der aus § 2064 BGB garantierten Testierfreiheit beruhe, die ihre Grenze im GG bzw. den allgemeinen Sittengesetzen habe, womit die Testierfreiheit dogmatisch nicht in die ersten vier Bücher des BGB eingeordnet werden könne. Ein dortig verortetes Freiheitsrecht dieser Qualität würde den dort gewährten Verkehrsschutz ad absurdum führen.⁵⁴⁵ Die Möglichkeit der Anfechtung im Erbrecht bestehe zu dem Zweck, fehlerhaft gebildete Willenserklärungen zu beseitigen, da dort keine rechtliche Bindung besteht bzw. bestehen kann, die es aufzulösen gäbe.⁵⁴⁶

Doch unabhängig dessen steht fest, dass dem Erblasser im Zustand der Testierunfähigkeit sämtliche Möglichkeiten der Lossagung von seiner letztwilligen Verfügung genommen sind.⁵⁴⁷ In letzter Konsequenz würde der Verlust der Testierfähigkeit zu einem vollständigen Verlust der Testierfreiheit führen. Gerade in Zeiten, wo immer mehr Menschen unter Betreuung stehen⁵⁴⁸, scheint es bedenklich, dass Testierunfähige an ihren im Zustand der Testierfähigkeit zuletzt gebildeten Willen gebunden sind. Die Freiheit, sich hiervon wieder lösen zu können, stand zumindest entmündigten Testatoren gem. § 2253 II BGB a.F. bis zum Jahr 1991 zu, allerdings mit der Einschränkung des § 2229 IV BGB, der auch in jener Zeit Testierfähigkeit verlangte. Somit hatte die Entmündigung keinen Einfluss auf

⁵⁴⁰ *Harke*, JZ 2004, 180.

⁵⁴¹ *Löhnig*, JA 2016, 801.

⁵⁴² *Lange*, ZEV 2008, 313 (314).

⁵⁴³ *Lange*, ZEV 2008, 313 (314).

⁵⁴⁴ *Otte* in Staudinger (2013), § 2080 Rn. 1.

⁵⁴⁵ *Lange*, ZEV 2008, 313 (314).

⁵⁴⁶ *Lange*, ZEV 2008, 313 (314). *Lange* kommt darauf basierend zu dem Ergebnis, dass auch dem testierfähigen Erblasser ein Anfechtungsrecht nach § 2281 I BGB analog zustehen soll *Lange*, ZEV 2008, 313 (318).

⁵⁴⁷ So könnte der Erblasser ein Testament, das nur wegen seiner Testierunfähigkeit unwirksam ist, gem. § 141 I BGB bestätigen, wenn er seine Testierfähigkeit wiedererlangt hat, obgleich diese Bestätigung wegen seines Charakters als neuerliche Vornahme der Testamentsform bedarf (*Hagena* in MüKo-BGB, § 2229 Rn. 40 m.w.N.). IM ÜBRIGEN könnte die Erben ein nichtiges Testament anerkennen, was zwar nicht den Formfehler als solchen heilen, aber ggf. eine schuldrechtliche Verpflichtung begründet werden würde, wodurch die Rechtslage so wäre, wie wenn das Testament wirksam wäre (*Baummann* in Staudinger (2018), § 2247 Rn. 142).

⁵⁴⁸ Die Zahl der Betreuungsfälle ist seit Einführung des Betreuungsgesetzes stark angestiegen, sodass mit einer weiteren Steigerung in Zukunft zu rechnen sein dürfte: *Neubausen*, RNotZ 2003, 158.

die Testierfähigkeit, wie es heute die Betreuung ebenso wenig hat. Allerdings hatte diese explizite Feststellung damals noch Gesetzesqualität.⁵⁴⁹

Ein zukunftsweisender Ansatz könnte darin liegen, dem Betreuer den Widerruf zu ermöglichen. Ansatzpunkt dafür könnte eine Analogie zu § 2282 II BGB sein. Sie ist aber aus verschiedenen Gründen abzulehnen und zeugt deutlich von unsauberer Differenzierung der Lossagungsrechte: So spricht § 2282 II BGB nicht von Widerruf, sondern nur von Anfechtung. Darüber hinaus schließt § 2064 BGB die Möglichkeit der Vertretung bei der Widerrufserklärung aus.⁵⁵⁰

Soweit man hierin den Nährboden einer analogen Anwendung vermuten möchte, so erscheint es mit Blick auf die notwendige Planwidrigkeit der Regelungslücke dennoch bedenklich, weil eine doppelt analoge bzw. reziproke Anwendung notwendig wäre, um einerseits den Wirkungskreis vom Erbvertrag auf das Testament zu übertragen, andererseits um die Erweiterung von der Anfechtung auf den Widerruf zu erzielen. Insbesondere die notwendige Differenzierung der Lossagungsrechte scheint dem im Wege zu stehen: Erstere benötigt einen nachvollziehbaren, also einen der in §§ 2078 ff. BGB enumerativ aufgezählten Gründe, während letzterer ein Akt freier Willensentscheidung ist.⁵⁵¹

De lege lata bleibt festzuhalten, dass der Betreuer nicht für den Testierunfähigen widerrufen kann. Der Widerruf bleibt ein Akt des Testierens, wodurch eine etwaige Vertretung einen Verstoß gegen § 2064 BGB darstellen würde.

2.1.3.2 Die Anfechtung

Vielversprechender erscheint es hingegen das Lossagungsrecht der Anfechtung als Vertreterrecht zu beleuchten. Zwischen Anfechtung und Widerruf besteht auch i.R.d. Vertreterrechte ein struktureller Unterschied, wie die einführenden Worte in 2.1.3.1.3. aufzeigen. Die Möglichkeit der Anfechtung von letztwilligen Verfügungen ist dabei grundsätzlich möglich. Anfechtungsberechtigt unter den Voraussetzungen der §§ 2078 ff. BGB ist dabei gem. § 2080 I BGB jeder, „welchem die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde“.⁵⁵²

Das Recht zur Anfechtung wird dem Testator mit der Begründung versagt, dass dieser wegen seines Rechts auf jederzeitigen und freien Widerruf kein weiteres Lossagungsrecht benötigen würde.⁵⁵³ Doch dabei wird außer Acht gelassen, dass der Erblasser im Zustand der Testierunfähigkeit nicht mehr widerrufen kann.⁵⁵⁴ Der ohnehin nicht unstrittige Verweis auf das stärkere Recht führt dann gänzlich ins Leere. So darf man sich die Frage stellen, ob zwei Rechtsinstitute mit

⁵⁴⁹ Dazu *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1714, Fn. 10).

⁵⁵⁰ *Lange*, ZEV 2008, 313 (314 f.).

⁵⁵¹ *Litzenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2271 Rn. 8.

⁵⁵² Vgl. hierzu *Leipold* in MüKo-BGB, § 2080 Rn. 4 ff.

⁵⁵³ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2080 Rn. 2.

⁵⁵⁴ *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1714).

unterschiedlichen Voraussetzungen überhaupt miteinander derart verglichen werden dürfen, dass es das eine nicht bräuchte, weil ein anderes Recht existiere.

2.1.3.2.1 Testierfähiger Erblasser

Man könnte annehmen, dass es für den testierfähigen Erblasser keinen Unterschied macht, ob er widerruft oder anficht. Denn in beiden Fällen wäre die letztwillige Verfügung beseitigt. Im Übrigen dürfte die Anfechtung das unattraktivere Lossagungsrecht darstellen, da sie mit höheren Voraussetzungen versehen ist, wie sich nicht nur aus den §§ 2078 ff. BGB, sondern auch aus §§ 116 ff. BGB ergibt. Problematisch erscheint überdies, dass das Gesetz den Raum für eine Anfechtung erst dann eröffnet, wenn die Widerrufsmöglichkeit erloschen, also der Erblasser tot ist.⁵⁵⁵ Darüber hinaus schränkt § 2080 BGB den Kreis der Anfechtungsberechtigten ein, weil ein Dritter und nicht der Urheber der Willenserklärung selbst anzufechten berechtigt ist. Die Anfechtung verfolgt darüber hinaus den Zweck, die Rechtspositionen derjenigen zu schützen, die durch die Verfügung betroffen sind, wodurch die unterschiedliche Ausrichtung beider Lossagungsrechte noch verstärkt wird.⁵⁵⁶ Die Hinterbliebenen sollen also davor bewahrt werden, dass Verfügungen des Erblassers, die aufgrund eines fehlerhaft gebildeten Willens getroffen wurden, rechtliche Wirkung entfalten.⁵⁵⁷ Dementsprechend kann der Grundgedanke des Anfechtungsrechts, die Beseitigung einer rechtlichen Bindung, bei einseitigen Verfügungen nicht greifen, weil diese nur beim Abschluss des Erbvertrags und nach Ablauf der Ausschlagungsfrist beim gemeinschaftlichen Testament besteht.

Obwohl es keine Stimmen geben mag, die eine analoge Anwendung des § 2281 I BGB für ein Ehegattentestament bejahen und damit dem testierfähigen Lösungswilligen parallel zum Anfechtungsrecht ein Widerrufsrecht zugestehen⁵⁵⁸, wird dem Betreuer regelmäßig über § 2282 II BGB analog ein Anfechtungsrecht für den Testierunfähigen zugesprochen.⁵⁵⁹

Hält man eine analoge Anwendung in den beschriebenen Bereichen für möglich, drängt sich die Frage einer weiteren Übertragbarkeit dieses Gedankens mit Blick auf das Einzeltestament auf. Grundvoraussetzungen für die analoge Anwendung einer Vorschrift sind freilich die Feststellung einer Regelungslücke, deren Planwidrigkeit und die Vergleichbarkeit der Interessenlage. Das Bestehen einer Regelungslücke drängt sich aus den obigen Ausführungen auf, weil kein gesetzliches Anfechtungsrecht des Erblassers für ein Einzeltestament vorgesehen ist. Auch *Lange* erkennt die Regelungslücke und konstatiert, dass der immer zuvor-

⁵⁵⁵ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 6; der Erbvertrag, den der Erblasser gem. § 2281 BGB anfechten kann, bleibt an dieser Stelle unberücksichtigt.

⁵⁵⁶ *Leipold*, MüKo-BGB, § 2080 Rn. 1.

⁵⁵⁷ *Otte* in *Staudinger* (2013), § 2080 Rn. 1.

⁵⁵⁸ Gegen eine Analogie spricht für viele *Lange*, ZEV 2008, 313 (315), weil es wegen des stärkeren und umfassenden Rechts auf Widerruf kein Anfechtungsrecht brauche, wenn beide Ehepartner testierfähig sind.

⁵⁵⁹ Kapitel 2.1.4.1.3.1.

derst genannte Grund für die Ablehnung der Analogie und ein Anfechtungsrecht des Erblassers auf dem kaum zu rechtfertigenden Verweis zum freien Widerruf basiere.⁵⁶⁰ Doch vermag der Verweis schon unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen nicht durchweg zu überzeugen: Die Anfechtung und der Widerruf sind Rechtsinstitute, die für sich jeweils verschiedene Zwecke verfolgen.

Darüber hinaus ist die Argumentation der herrschenden Meinung auch aus gesetzessystematischer Sicht wenig überzeugend: Die Widerrufsvorschriften der §§ 2253 ff. BGB stehen unter dem Titel „Errichtung und Aufhebung eines Testaments“ und befassen sich daher mit der Ausübung der Testierfreiheit und nicht mit der Anfechtbarkeit. Ein Verweis auf ein strukturell gänzlich anders ausgestaltetes Lossagungsrecht mag daher erst recht wenig sinnvoll erscheinen.⁵⁶¹ Es kann jedoch bezweifelt werden, ob bereits damit das Bestehen einer Regelungslücke angenommen werden kann. *Lange* zieht deswegen eine weitere Parallele mit dem Erbvertrag, weil diesem das Lossagungsrecht der Anfechtung gem. § 2281 BGB innewohnt.⁵⁶² Doch Voraussetzung für eine Regelungslücke ist, dass der Gesetzgeber etwas tatsächlich und nicht nur scheinbar nicht geregelt hat. In § 2080 BGB hat er den Kreis der Anfechtungsberechtigten aber sehr deutlich umschrieben, was mehr von einem eindeutigen Willen des Gesetzgebers zeugt und die Regelungslücke ergo ausschließt.⁵⁶³ Würde man in eine wie auch immer motivierte, jedenfalls nicht vorhandene Regelung bereits eine Lücke interpretieren wollen, würde der Inhalt des § 2080 BGB spätestens die Planwidrigkeit widerlegen können. Auch mag die Behauptung von *Lange*, dass kein Argument dafür ersichtlich sei, die Beseitigung fehlerhafter Willenserklärungen mittels Anfechtung bei Erbverträgen und analog beim gemeinschaftlichen Testament zuzulassen, nicht jedoch beim Einzeltestament, nicht einwandfrei sein: Die Anfechtung beim Erbvertrag ist nötig, da nur über dieses Lossagungsrecht die ihm innewohnende Bindung beseitigt werden kann. Entsprechendes gilt freilich beim gemeinschaftlichen Testament dann, wenn Bindungswirkung eintritt und es eines weiteren Lossagungsrechts bedarf.⁵⁶⁴

Weil das Institut der Anfechtung dem Zweck der Beseitigung einer rechtlichen Bindung dient, gibt es – solange der Erblasser testierfähig ist – beim Einzeltestament keine solch geartete rechtliche Bindung, die durch die Anfechtung beseitigt werden müsste.⁵⁶⁵ Notwendig erscheint das Anfechtungsrecht für den Erblasser

⁵⁶⁰ *Lange*, ZEV 2008, 313 (318); für diese Meinung stellv. für viele: *Leipold* in MüKo-BGB, § 2080 Rn. 1.

⁵⁶¹ *Lange*, ZEV 2008, 313 (318).

⁵⁶² *Lange*, ZEV 2008, 313 (318).

⁵⁶³ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2080 Rn. 2.

⁵⁶⁴ Zum Eintritt und zur Qualität der Bindungswirkung siehe Kapitel 2.1.4.1.1.2.2.

⁵⁶⁵ Gleiches mag für einseitige Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament gelten, weil nur die wechselbezüglichen Verfügungen Bindungswirkung auslösen und aufgrund der wenn auch formell erhöhten Widerruflichkeit einseitiger Verfügungen diese keines weiteren Lossagungsrechts bedürfen. Siehe hierzu Kapitel 2.1.4.1.1.1.

selbst beim Einzeltestament daher erst dann, wenn er testierunfähig geworden ist, da er in diesem Moment eine rechtliche Bindung auslöst, die er *de lege lata* nicht mehr selbst zu lösen vermag.

2.1.3.2.2 Testierunfähiger Erblasser

Die Annahme, dass der Erblasser beim Einzeltestament nicht anfechtungsberechtigt sei, weil er jederzeit das Recht auf den Widerruf hat, trifft nur dann zu, wenn der Erblasser noch testierfähig ist. Sobald er das Stadium der Testierunfähigkeit erreicht hat, kann er nicht mehr widerrufen. Daraus ergibt sich ein auch praktisches Bedürfnis nach einem weiteren Lossagungsrecht: Wenn der Erblasser sich im Stadium der Testierunfähigkeit befindet, ließe sich die Möglichkeit erwägen, dass er vor dem Eintritt ungewünschter Rechtsfolgen geschützt werden kann.⁵⁶⁶

Die Rechte des Erblassers im Stadium der Testierunfähigkeit hinsichtlich seines Anfechtungsrechts vermögen dabei ähnlich eingeschränkt zu sein wie jene bzgl. seiner Widerrufsmöglichkeiten. Zumal an dieser Stelle noch berücksichtigt werden muss, dass die Anfechtung sogar noch weiteren Voraussetzungen unterliegt, die ein Testierunfähiger, der schon die geringen Anforderungen an den Widerruf nicht erfüllt, kaum zu erfüllen vermag. Hierbei kann auch der Gedanke, den Erblasser in diesem Stadium vor sich selbst zu schützen, nicht unberücksichtigt bleiben. Anknüpfend an die obigen Ausführungen wäre eine Differenzierung verschiedener Stadien der Testierunfähigkeit zu erwägen. Doch insbesondere wegen der erhöhten Anforderungen der Anfechtung wäre eine praktische Umsetzung wohl kaum realisierbar. Deswegen ist, parallel zur Vertretung des Testierfähigen bei der Anfechtung, der Weg über den Betreuer bzw. den Bevollmächtigten zu beschreiten.

2.1.3.2.3 Betreuer und Bevollmächtigter

Der Grundgedanke, dem Vertreter überhaupt ein Anfechtungsrecht für das Einzeltestament zuzugestehen, fußt im Wesentlichen auf dem heutigen § 2282 II BGB, nach welchem für einen geschäftsunfähigen Erblasser dessen Betreuer den Erbvertrag mit Genehmigung des Betreuungsgerichts anfechten kann.⁵⁶⁷ Zum Verständnis der Intention des Gesetzgebers lohnt ein Blick auf den Schaffungsprozess der Norm: So schloss die 1. BGB-Kommission aus der Höchstpersönlichkeit des Vertragsschlusses gem. § 2274 BGB, dass die Anfechtung des Erbvertrags praktisch ein Konträrakt zu dessen Errichtung, also eine letztwillige Verfügung, sei und damit sowohl Stellvertretung ausgeschlossen als auch Testierfähigkeit notwendig seien.⁵⁶⁸ Die 2. BGB-Kommission folgte diesen Überlegungen allerdings nur teilweise, indem sie die höchstpersönliche Erklärung der Anfech-

⁵⁶⁶ Harke, JZ 2004, 180 (181).

⁵⁶⁷ Harke, JZ 2004, 180 (182).

⁵⁶⁸ Harke, JZ 2004, 180 (182).

tung an sich unbeanstandet ließ, allerdings die Möglichkeit schuf, dass der gesetzliche Vertreter des testierunfähigen Erblassers den Erbvertrag anfechten kann, und zwar mit dem heutigen § 2282 II BGB.⁵⁶⁹ Dabei hatte die 2. BGB-Kommission den Schutz Hinterbliebener und zu Unrecht Übergangener im Sinn, da diese ggf. einer Fristbindung unterlägen: Erlangte der Erblasser Kenntnis von einem Anfechtungsgrund, so würde gem. § 2283 I, II 1 BGB die Anfechtungsfrist von einem Jahr zu laufen beginnen, denn „Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt“.⁵⁷⁰ Nähme der Vertreter trotz Kenntnis des Grundes keine Anfechtung vor, erlischt durch Fristablauf nicht nur das Anfechtungsrecht des Erblassers, sondern auch das Dritter gem. § 2285 BGB, da diese das Anfechtungsrecht auch nach dem Tod des Erblassers nicht mehr wahrnehmen können.⁵⁷¹

Ungeachtet ihres eigentlichen Ansinnens hatte die 2. BGB-Kommission damit dem Ausschluss der Eigenanfechtung die begriffliche Basis entzogen: Aus dem Umstand, dass der gesetzliche Vertreter den Erbvertrag anstelle des Erblassers anfechten kann, wird deutlich, dass die Anfechtung von anderer Natur als der Widerruf sein muss, da das Kriterium der Höchstpersönlichkeit hier kein zwingendes Erfordernis darstellt.⁵⁷² Mithin ist die Anfechtung keine Verfügung von Todes wegen. Konsequenterweise wäre daher zu bedenken, dass es *de lege ferenda* auch dem gesetzlichen Vertreter des testierunfähigen Erblassers möglich sein sollte, dessen Testament anzufechten, um eine ggf. ewige Bindung an etwas Ungewolltes zu vermeiden.⁵⁷³

Darüber hinaus stellt sich die Frage, nach welchen Voraussetzungen und aus welchen Gründen die Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen könnte. Hierzu lassen sich die Vorschriften über die Anfechtung des Erbvertrags

⁵⁶⁹ Harke, JZ 2004, 180 (182).

⁵⁷⁰ Das Anfechtungsrecht § 2281 I BGB kann der Erblasser nicht wahrnehmen, weshalb dem Vertreter gem. § 2282 II 2 BGB ein eigenes Anfechtungsrecht zugesprochen wird. Hier weisen die Gesetzesmaterialien aus, „es liege meist im Interesse aller Beteiligten, dass die Anfechtung nicht mehr nach allzu langer Zeit erfolge. Wenn nun im Falle der Geschäftsunfähigkeit unter Umständen ein längerer Zeitraum vergehe bis der Anfechtungsberechtigte sein Anfechtungsrecht selbständig auszuüben in der Lage sei, so liege es im Interesse einer schleunigen Erledigung der Anfechtung, dass dem gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Anfechtungsrecht gegeben werde.“ (Prot V 386). Als Anfechtungsberechtigter, dem mit *Edenhofer* in Palandt (2008), § 2282 Rn. 1 zumindest die Vermögensverwaltung zustehen muss, ist der Vertreter an die Frist aus § 2283 I BGB analog gebunden (vgl. *Helms*, DNotZ 2003, 104 (111)). Fristauslösender Umstand allerdings ist allein Kenntnis des anfechtungsberechtigten Erblassers um den Anfechtungsgrund (*Veit*, NJW 1993, 1553 (1557)).

⁵⁷¹ Harke, JZ 2004, 180 (182). Eine Ausnahme bildet der Umstand, dass der Erblasser seine Geschäftsfähigkeit wiedererlangt und der Vertreter nicht fristgerecht angefochten hat. Dann stünde ihm gem. 2283 III BGB i.V.m. § 210 BGB eine zusätzliche Anfechtungsfrist von sechs Monate zu.

⁵⁷² Harke, JZ 2004, 180 (182).

⁵⁷³ Harke, JZ 2004, 180 (182).

gem. §§ 2281 ff. BGB i.R.e. Analogie heranziehen.⁵⁷⁴ Der gesetzliche Vertreter könnte demnach aus Gründen der §§ 2078, 2079 BGB das Testament des testierunfähigen Erblassers gem. § 2281 I BGB analog anfechten.⁵⁷⁵ Seine Erklärung würde gem. § 2282 II BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedürfen.⁵⁷⁶ Gem. § 2282 III BGB analog müsste auch eine notarielle Beurkundung der Erklärung verlangt werden. Der *telos* der erbvertraglichen Vorschrift liegt in der Vermeidung, formbedürftige Erklärungen formlos zu beseitigen.⁵⁷⁷ Dieses wechselseitige Verhältnis von Heimlichkeit und Öffentlichkeit bei Errichtung und Lossagung mündet darin, dass die Anfechtungserklärung eines öffentlichen Testaments einer notariellen Beurkundung bedarf, die eines handschriftlichen Testaments i.S.v. § 2247 BGB lediglich dem Schriftformerfordernis des § 126 I BGB entsprechen braucht.⁵⁷⁸

Darüber hinaus erfüllt der Lösungswillige schon dann alle für die Lösung notwendigen Kriterien, wenn er nur seinen Lösungswillen bekundet, unabhängig des möglicherweise gewollten Lossagungsrechts. Schließlich gilt in derartigen Fällen neben dem Erfordernis der Schriftform das der Eigenhändigkeit, wodurch der testierfähige Erblasser in dem Moment, in dem er seine schriftliche Erklärung eigenhändig verfasst hat, zwangsläufig die Kriterien des § 2254 BGB erfüllt und damit die Frage danach, ob möglicherweise die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen vorliegen, hinfällig erscheinen mag, weil eine praktische Überprüfung des einschlägigen Lossagungsrechts dann jedenfalls ausbliebe.⁵⁷⁹

Schwieriger erscheint unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen die Frage nach dem Anfechtungsgegner. Der beim Erbvertrag geltende § 143 II BGB kann hier schon vom Wortlaut nicht greifen⁵⁸⁰, da dieser einen Vertrag erfordert. *Harke* schlägt daher § 143 IV 1 BGB vor.⁵⁸¹ Da dieser für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen gilt, wäre also derjenige Anfechtungsgegner, wer „auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat“.⁵⁸² Doch liegt für die Anfechtung von Testamenten die möglicherweise spezieller gefasste Vorschrift des § 2081 BGB nah, die zugleich die Anwendung von § 143 IV 1 BGB im Wege *lex specialis* zumindest bei der zugrunde liegenden Systematik der Anfechtung durch Dritte ausschließt und eine Anfechtungserklärung ggü. dem

⁵⁷⁴ Zu den Ausführungen einer analogen Anwendung erbvertragsrechtlicher Vorschriften im testamentarischen Bereich Kapitel 2.1.4.2.3.

⁵⁷⁵ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁷⁶ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁷⁷ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2282 Rn. 4.

⁵⁷⁸ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁷⁹ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁸⁰ Vgl. *Leipold* in MüKo-BGB, § 2081 Rn. 5.

⁵⁸¹ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁸² *Illmer* in jurisPK-BGB, § 143 Rn. 17.

Nachlassgericht fordert.⁵⁸³ Durch die öffentliche Erklärung soll gewährleistet werden, dass die Anfechtung nachweisbar ist und die Anfechtungsberechtigten keine größeren Mühen benötigen, den richtigen Anfechtungsgegner auszuwählen.⁵⁸⁴

Ebenfalls herausfordernd erscheint die Vorschrift des § 2285 BGB, welche ein Anfechtungsrecht für die Hinterbliebenen ausschließt, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers erloschen ist. Doch kann dem entgegengehalten werden, dass der Erblasser, sollte er wieder testierfähig werden, das Testament jederzeit widerrufen kann, weshalb es hier nicht zu einem Ausschluss der Wahrnehmung seiner eigenen Lossagungsrechte kommen mag.⁵⁸⁵ Er könnte sogar mit Wiedererlangung seiner Testierfähigkeit binnen sechs Monaten anfechten und deshalb nicht mal des schwächeren Rechts beraubt werden, ließe man auch eine Analogie von § 2283 II BGB zu, um die Fristhemmung aus § 210 BGB anzuwenden.

Die testamentarische Verfügung kann grundsätzlich jederzeit widerrufen werden und entfaltet keine Bindungswirkung, weshalb es auch kein schutzwürdiges Vertrauen von Dritten gibt.⁵⁸⁶ Deshalb könnte es i.R.e. Möglichkeit der Vertreteranfechtung – wie es der Allgemeine Teil nur anders kennt – bei einer Anfechtung eines Einzeltestaments nicht zum Ersatz des Vertrauensschadens gem. § 122 BGB kommen. Obgleich dies beim Erbvertrag für den Erblasser umstritten sein mag⁵⁸⁷, gilt § 122 BGB nicht für anfechtungsberechtigte Hinterbliebene, da § 2078 III BGB dessen Anwendung ausschließt.

Schwieriger mag in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Umgang mit der Vorschrift des § 2284 BGB, nach welcher der Erblasser seinen anfechtbaren Erbvertrag bestätigen kann, und dessen Übertragbarkeit auf das Einzeltestament. Die erste sich aufdrängende Frage kann die nach der Bestätigungsmöglichkeit des Erblassers sein.⁵⁸⁸ Aber ihre Erörterung vermag für das Bestätigungsrecht des Betreuers kaum hilfreiche Antworten liefern, weil die hier in Abrede stehende Höchstpersönlichkeit beim Erblasser stets erfüllt würde. Schon beim Erbvertrag

⁵⁸³ *Roth* in Staudinger (2015), § 143 Rn. 31 beschreibt dies für die Drittanfechtung von Testamenten. Hieraus könnte sich schlussfolgern lassen, dass – wenn es um die Selbstanfechtung eines Testaments ginge – ebenso § 2081 BGB zur Anwendung käme, der das Nachlassgericht als den richtigen Anfechtungsgegner ausweist. *Harke*, JZ 2004, 180 (183) hingegen setzt sich konkret mit dem Anfechtungsgegner bei der Selbstanfechtung Testierunfähiger im Einzeltestament auseinander und kommt wegen seines Wortlautes zu dem Ergebnis, dass § 2081 BGB nur für Hinterbliebene gelte und er daher nicht anwendbar sei und es bei § 143 IV 1 BGB verbleibe, weil § 143 II BGB wie beim Erbvertrag nicht anwendbar sei und daher nicht derjenige, „welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat“, sondern derjenige, der „auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat“ anfechtungsberechtigt sei.

⁵⁸⁴ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2081 Rn. 1, der dort außerdem klarstellt, dass § 2081 I BGB die Einhaltung der Anfechtungsfrist erleichtert und sich die Absender nicht mit dem Problem einer möglichen Geschäftsunfähigkeit des Adressaten befassen müssen.

⁵⁸⁵ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁸⁶ *Harke*, JZ 2004, 180 (183).

⁵⁸⁷ Kapitel 2.1.5.2.

⁵⁸⁸ Zur Darstellung des Meinungsstreits siehe *Otte* in Staudinger (2013), § 2080 Rn. 28 oder *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 63.

wird der Ausschluss der Höchstpersönlichkeit mit dem Verweis auf den klaren Wortlaut des § 2284 BGB abgelehnt und zudem daraus gefolgert, dass eine Bestätigung bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch dessen Vertreter ausgeschlossen ist.⁵⁸⁹ Im Ergebnis würde die Bestätigung des anfechtbaren Erbvertrags also dem Gebot Höchstpersönlichkeit unterliegen. Kritisch könnte in diesem Zusammenhang jedoch sein, dass eventuell die Hinterbliebenen als Dritte ein Anfechtungs- bzw. Bestätigungsrecht innehätten. Mit *Litzenburger* würde man ein entsprechendes Bestätigungsrecht mit Verweis auf die Höchstpersönlichkeit schlicht verneinen.⁵⁹⁰ Ein anderer Ansatz läge darin, dies über einen Verzicht des Anfechtungsrechts zu lösen, sei es durch einseitige Erklärung⁵⁹¹ oder tatsächlich durch vertraglichen Verzicht⁵⁹². Demgegenüber könnte jedoch das Argument, dass gerade weil die Anfechtungsberechtigten nach dem Tod des Erblassers anfechten können, sie erst recht die Möglichkeit haben sollten, die anfechtbaren Verfügungen zu bestätigen⁵⁹³, überzeugen. Dabei mag freilich zu berücksichtigen bleiben, dass die Bestätigung praktisch ein gleich geartetes Recht wie der Verzicht auf ein eigenes Anfechtungsrecht ist, sodass bei mehreren Anfechtungsberechtigten der Verzicht bzw. die Bestätigung des einen keine Rechtswirkung für die jeweils anderen entfaltet.⁵⁹⁴

Berücksichtigt man dabei zudem, dass das Anfechtungsrecht der Dritten nicht übertragen wird, sondern vielmehr bei Ihnen neu entsteht, wenn der Erblasser verstorben ist⁵⁹⁵, wird damit die Wahrung des Höchstpersönlichkeitsgebots der Bestätigung deutlich. In letzter Konsequenz müsste also zur Wahrung des Höchstpersönlichkeitsgebots das Anfechtungs- bzw. Bestätigungsrecht beim gesetzlichen Vertreter neu entstehen, was jedoch rechtlich und objektiv unmöglich ist: Damit andere als der Erblasser anfechten können, braucht es den Tod des Erblassers. Just in diesem Moment verliert der Betreuer jedoch seine Vertretungsmacht⁵⁹⁶, weil er gem. § 2282 II BGB lediglich „für einen geschäftsunfähigen Erblasser“ anfechtet und dies weder für einen Toten noch für sich selbst kann. Somit kann ein mögliches Bestätigungsrecht von Dritten nicht als mögliches Argument dafür herangezogen werden, dass der gesetzliche Vertreter den anfechtbaren Erbvertrag bestätigen kann. Es verbleibt also dabei, dass der gesetzliche Vertreter

⁵⁸⁹ Vgl. *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2284 Rn. 8 f.

⁵⁹⁰ *Litzenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2284 Rn. 3.

⁵⁹¹ So wie *Otte* in Staudinger (2013), § 2080 Rn. 28 f. m.w.N.; *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2284 Rn. 2 schließt sich dem an.

⁵⁹² So etwa *Wolf* in Soergel, § 2284 Rn. 4.

⁵⁹³ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2284 Rn. 2.

⁵⁹⁴ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2284 Rn. 2; *Musielak* in MüKo-BGB, § 2284 Rn. 2.

⁵⁹⁵ *B. Hamdan/M. Hamdan* in jurisPK-BGB, § 2285 Rn. 1; *Schmidt* in Erman, § 2285 Rn. 1.

⁵⁹⁶ Gem. § 1908b BGB ist die Betreuung dann aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung erlischt die Vollmacht mit der Beendigung des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses spätestens mit dem Tod des Vollmachtgebers gem. § 168 S. 1 BGB. Eine Möglichkeit über den Tod hinaus Vollmachten zu erteilen, bieten trans- und postmortale Vollmachten, die *Glenk*, NJW 2017, 452 aufgreift und näher vertieft.

kein Bestätigungsrecht hat. Das mag erst recht für den gewillkürten Vertreter gelten.

Gleichwohl ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob auch ein gewillkürter Vertreter die anfechtbare Verfügung des inzwischen testierunfähigen Erblassers anfechten kann. Schließlich hat die rechtsgeschäftliche Vollmacht Vorrang vor der Betreuung gem. § 1896 II 2 BGB. *Jestaedt* setzt sich mit dieser Problematik auseinander⁵⁹⁷ und kommt zu dem Ergebnis, dass bei konsequenter Anwendung dieser Subsidiarität immer dann, wenn das Gesetz gesetzliche Vertretung fordert, auch ein wirksam bestellter Bevollmächtigter das jeweilige Recht wahrnehmen könne.⁵⁹⁸

Allerdings muss berücksichtigt werden, dass trotz der Subsidiarität der Betreuung die Vorschrift des § 1896 II 2 BGB auch erfordert, dass der gewillkürte Vertreter und der Betreuer gleich geeignet sind. Dabei dürfte dies gerade dann nicht der Fall sein, wenn der Gesetzgeber die Vertretung durch Bevollmächtigte ausdrücklich ausgeschlossen hat⁵⁹⁹ oder trotz Kenntnis der Subsidiarität nur dem gesetzlichen Vertreter die Wahrnehmung des jeweiligen Rechts ermöglicht.⁶⁰⁰ Ergänzt man dies um die Gedanken von *Lange*, dass der gesetzliche und der gewillkürte Vertreter dogmatisch nicht miteinander vergleichbar sind, weil er eine hoheitliche Stellung besitzt, während letzterer seine Vertretungsmacht aus einem Rechtsgeschäft herleitet und nur in Ausnahmefällen staatlich kontrolliert wird⁶⁰¹, spricht im Ergebnis deutlich mehr dafür, dass trotz analoger Anwendung von § 2282 II BGB kein Anfechtungsrecht für den gewillkürten Vertreter besteht.⁶⁰²

Zusammenfassend für das Einzeltestament gibt folgende Abbildung 10 einen Überblick über die Lossagungsrechte und deren ausübende Personen.

	Widerruf	Anfechtung
Testierfähiger Erblasser	(+), §§ 2254 ff. BGB	h.M.: (⊖), Anfechtungsrecht ist überflüssig, weil Recht auf formfreien Widerruf besteht (P) Verweis kritisch, weil Anfechtung und Widerruf zwei verschiedene Rechtsinstitute sind, daher: m.M.: (+), § 2281 BGB analog
Testierunfähiger Erblasser	(⊖), weil Widerruf als Verfügung von Todes wegen Testierfähigkeit voraussetzt	(⊖), weil keine wirksame Willenserklärung abgegeben werden kann

⁵⁹⁷ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 149 ff.

⁵⁹⁸ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 151.

⁵⁹⁹ Wie bspw. bei § 1596 IV oder § 1600a I BGB.

⁶⁰⁰ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 151 f.; der dort Bzgl. § 2282 II BGB feststellt, dass dies Ausnahmevorschrift ist, die entwertet werden würde, wenn auch ein gewillkürter Vertreter anfechten könnte.

⁶⁰¹ *Lange*, ZEV 2008, 313 (319).

⁶⁰² Für das gemeinschaftliche Testament Kapitel 2.1.4.2.3.1 und für den Erbvertrag Kapitel 2.1.5.2.3.1.

Betreuer oder Bevollmächtigter	☹, weil Widerruf als Verfügung von Todes wegen dem Gebot der Höchstpersönlichkeit unterliegt	h.M.: ☹, da schon beim Erblasser selbst kein Anfechtungsrecht besteht Ⓟ planwidrige Regelungslücke m.M.: ☹, Anfechtung vom Gebot der Höchstpersönlichkeit befreit und analoge Anwendung der Vorschriften zum Erbvertrag, §§ 2281, 2282 II BGB, da vergleichbare Interessenlage mit Blick auf Bindungswirkung; h.M. hierzu ☹, mangels planwidriger Regelungslücke
---------------------------------------	--	--

Abbildung 10: Die Lossagungsrechte beim Einzeltestament.

Legende: ☹ = bejahend; vorhanden. ☹ = verneinend; fehlt. Ⓟ = Problem.

2.1.4 Das gemeinschaftliche Testament

Während das Einzeltestament den Bezug des Testators zu seinem Testament und ggf. eines Vertreters zu ihm oder seinem Testament beleuchtet, kann das gemeinschaftliche Testament mehr Potential verinnerlichen, weil es konstellatorisch zwei Testatoren zulässt. Hierbei ist zunächst die Zielgruppe der Testamentsart in den Fokus zu ziehen.

Es lässt sich annehmen, dass etwa zwei Drittel der Weltbevölkerung in einer Paarbeziehung leben.⁶⁰³ Geht man ferner davon aus, dass etwa 86% dieser Paare verheiratet sind und ein Siebtel in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft lebt,⁶⁰⁴ wirkt die bundesdeutsche Trau- und Scheidungsquote etwas weltfremd: Zurzeit leben in der Bundesrepublik Deutschland 35,2 Mio. verheiratete Menschen, von denen sich im Jahr 2016 allein 820.000 das Ja-Wort gegeben haben.⁶⁰⁵ Im Verhältnis dazu stehen 14.801 gleichgeschlechtliche Menschen im Vorjahr, die den Bund der Lebenspartnerschaft begründet haben. Die gleichgeschlechtlichen und die nichtehelichen addieren die 35,2 Mio. Verheirateten um je 0,2 Mio. und 5,8 Mio. Menschen, die sich für eine Partnerschaft entschieden haben. Somit leben in Deutschland 41,2 Mio. Menschen in einer Partnerschaft, was mit Blick auf die bundesdeutsche Bevölkerung von 82,2 Mio.⁶⁰⁶ nur etwas mehr als die Hälfte bedeutet. Erstaunlicherweise bilden die Verheirateten von allen deutschen Paarbeziehungen ebenso sechs Siebtel ab wie im weltweiten Vergleich, wenngleich der Anteil an der Gesamtbevölkerung um etwa 16% geringer ist.

⁶⁰³ *Kanzleiter* in FS Bengel/Reimann, S. 191 (195, Fn. 19).

⁶⁰⁴ *Kanzleiter* in FS Bengel/Reimann, S. 191 (195, Fn. 19).

⁶⁰⁵ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 408 vom 15.11.2017, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2017/11/PD17_408_126.html, abgerufen am 31.05.2018.

⁶⁰⁶ Statistisches Bundesamt, Paare mit und ohne Kinder, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_1_Paare.html, abgerufen am 31.05.2018.

Bei etwa 7,8 Mio. der Ehen, also bei etwas weniger als der Hälfte aller deutschen, ehelichen Verbindungen, sind Kinder festzustellen.⁶⁰⁷ Aus heutiger Perspektive lässt sich diese Zahl nicht als große demographische Diskontinuität einordnen, beginnt man deren Zählung zumindest in der Mitte des letzten Jh.s: Während noch in den Geburtsjahrgängen 1933 bis 1938 etwa 11% der Frauen kinderlos waren, stieg diese Zahl in den Geburtsjahrgängen 1964 bis 1968 auf ca. 21% an. Frauen, die 1981 geboren wurden, sind derzeit zu etwa 30% kinderlos.⁶⁰⁸ Ein ebenso auf den ersten Blick familienarmes Bild zeichnet die deutsche Scheidungsquote, die im Jahr 2015 bei 40,82% lag. Dass sich u. a. durch Kinderlosigkeit und Scheidungen aber sowohl neue Herausforderungen als auch Chancen ergeben, stellt insbesondere *Kanzleiter* fest, der Patchwork-Familien auch im rechtlichen Regelungsbedarf vordergründig einordnet.⁶⁰⁹ Unbestritten bleiben Ehen mit gemeinsamen Kindern „der Regelfall, jedenfalls ein sehr häufiger Fall“⁶¹⁰. In einer realistischen Gesellschaftsbetrachtung, die sich in diesem Kontext ganz vornehmlich dem Kindeswohl widmet, können alternative Familienmodelle nicht ausgeblendet werden.

Insbesondere in den mit Kindern gesegneten 17,6 Mio. Ehen greifen Eltern zur Gestaltung ihres Nachlasses regelmäßig zum gemeinschaftlichen Testament i.F.d. sog. „Berliner Testaments“. Weil sich der jeweils überlebende Ehegatte sonst der Gefahr aussetzt, die Hälfte in der Zugewinngemeinschaft⁶¹¹ oder gar ein Viertel bei vereinbarter Gütertrennung des Nachlasses zu erben, wird im Berliner Testament eine Vorerbschaft des überlebenden Ehegatten und eine Nacherbschaft Dritter, meist der Kinder, vereinbart. So wird z. B. die Zersplitterung von Grundeigentum vermieden. Es wird geschätzt, dass es zwischen den Jahren 2015 bis 2024 etwa 5,8 Mio. Erbfälle geben wird.⁶¹² Stellt man dem entgegen, dass etwa ein Drittel aller Erbfälle ehelicher und generationenfest bleiben⁶¹³, also nicht auf nachgeordnete Generationen vererbt wird, bilden sich für den Zeitraum 1,93 Mio. Erbfälle mit einem Berliner Testament ab. Während einige von diesen Ehepart-

⁶⁰⁷ Statistisches Bundesamt, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_1_Paare.html, abgerufen am 31.05.2018.

⁶⁰⁸ Siehe Anhang B.

⁶⁰⁹ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (226) m.w.N.

⁶¹⁰ *Kanzleiter* ZEV 2014, 225.

⁶¹¹ Wenngleich die Zugewinngemeinschaft gem. § 1369 I BGB heute als gesetzlicher Regelfall des Güterstands akzeptiert wird, galt einst die Gütergemeinschaft als der „vollkommenste Ausdruck der idealen Ehe“ (*Bosch*, FamRZ 1954, 149 (154)). Dieser Wandel ist aus heutiger Sicht vorrangig mit dem Vermögensschutz der Ehefrau zu begründen (*Ruby*, ZEV 2017, 72).

⁶¹² DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 6, abgerufen am 28.11.2017

⁶¹³ Vgl. DIA (2015), Erben in Deutschland 2015 – 24: Volumen, Verteilung und Verwendung, https://www.empirica-institut.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Referenzen/PDFs/DIA_Studie_Erben_in_Deutschland_HighRes.pdf, S. 5, abgerufen am 28.11.2017: Nur 2/3 aller Erbschaften sind generationenübergreifend.

nern ihr Berliner Testament erst noch schreiben werden, gaben in einer von der Deutschen Bank veranlassten Umfrage⁶¹⁴ 55% aller Erblasser mit einem geschriebenen Testament an, dass der entsprechende Ehegatte zunächst alles erbe, sie also ein Berliner Testament verfasst hätten. Verglichen mit einem Anteil von etwa 43% Ehwahrscheinlichkeit pro Bundesbürger erscheint der Anteil des Berliner Testaments sehr hoch. Die historische Bezeichnung des Berliner Testaments mag durchaus umstritten sein.⁶¹⁵ Es ist aber „so populär wie vor 100 Jahren. Das Einzige, was sich geändert hat, sind die Vornamen der Kinder.“⁶¹⁶

Vom Einzeltestament unterscheidet sich das gemeinschaftliche strukturell dadurch, dass eine weitere Person in die erbrechtliche Konstellation integriert wird, bei der es sich immer um einen zweiten Erblasser handelt. Auch mit Einzeltestamenten können sich die Ehegatten als Alleinerben einsetzen, allerdings besteht dabei keine Möglichkeit, Kinder als Schlusserben einzusetzen.⁶¹⁷ Gleichwohl würden sich beide ihre Testierfreiheit gänzlich erhalten und könnten ihre Verfügungen formfrei widerrufen.⁶¹⁸ Weiterhin verfügt das gemeinschaftliche Testament über vier wesentliche Unterschiede: Mit Blick auf die Form genügt einzig die Unterschrift des zweiten Ehegatten nach § 2267 S. 1 BGB, wobei Angaben zu Ort und Zeit gem. § 2267 S. 2 BGB hilfreich sind. Beim gemeinschaftlichen Nottestament genügt es, wenn die Not bei nur einem der beiden Ehegatten vorliegt, § 2267 BGB.⁶¹⁹ Neben diesen formalen Erleichterungen kann die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung gem. § 2272 BGB nur durch beide Ehegatten gemeinsam vollzogen werden. Zur Einführung in die Thematik stellt sich folgendes Beispiel:

Beispiel: P und K sind seit dem Studium ein Paar und leben seit fast zwei Jahren in ihrer gemeinsamen Wohnung. Nach erfolgreichem Studium wollen beide füreinander vorsorgen und entschließen sich zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Können P und K derart testieren?

⁶¹⁴ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 5, abgerufen am 27.11.2017.

⁶¹⁵ Umstritten mag die Bezeichnung insbesondere deshalb sein, weil die Namensgebung nicht auf den Gesetzgeber zurückgeht. Vielmehr waren es Lektoren des Beck-Verlags, die mangels amtlicher Überschrift in § 2269 BGB in Klammern die Lektoratsüberschrift „Berliner Testament“ hinzufügten. Erst mit der Schuldrechtsreform erhielt § 2269 BGB am 01.02.2002 die amtliche Überschrift „Gegenseitige Erbeinsetzung“. (Ruby, Gerhard (11.05.2014), Warum heißt das „Berliner Testament“ eigentlich so?, <https://ratgeber.ruby-erbrecht.de/warum-heisst-das-berliner-testament-eigentlich-so/>, abgerufen am 31.05.2018.

⁶¹⁶ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225.

⁶¹⁷ *Ransch*, FPR 2006, 141 (142).

⁶¹⁸ *Ransch*, FPR 2006, 141 (143).

⁶¹⁹ Dabei geht es darum, dass die Situation der §§ 2249-2251 bei beiden Ehegatten oder Lebenspartnern gleichzeitig besteht (*Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2266 Rn. 2). Nach h.M. müssen sich beide Ehegatten dabei nicht derselben Testamentsform bedienen (*Litzemberger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2266 Rn. 2 m.w.N.; a.A. *Musielak* in MüKo-BGB, § 2266 Rn. 2).

Lösung: Nein. Das gemeinschaftliche Testament steht ausschließlich Ehegatten (§ 2265 BGB) und eingetragenen Lebenspartnerschaften⁶²⁰ (§ 10 IV LPartG) zu.

Das vorangegangene Beispiel verleiht dem gemeinschaftlichen Testament eine gewisse Exklusivität, obwohl das Gesetz es schon dem Begriff nach gar nicht kennt.⁶²¹ Und seine Vorzüge werden nichtehelichen Lebensgemeinschaften offenbar nicht zuteil, obwohl diese im Rahmen von sozialrechtlichen Bindungen bei einer sog. Bedarfsgemeinschaft gem. § 7 III SGB II füreinander aufzukommen haben bzw. ihre Ansprüche um Kapital des anderen gekürzt werden. Und für *Phillip* und *Karen* besteht nach § 7 IIIa SGB II hierfür eine Vermutung, da sie länger als ein Jahr zusammenleben.⁶²² Die tatsächlichen Vorzüge werden beim gemeinschaftlichen Testament erst offenkundig, wenn die jeweiligen verheirateten bzw. verpartnerten Erblasser leibliche oder adoptierte Kinder haben, wie folgendes Beispiel zeigt:

Beispiel: P und K sind verheiratet und glückliche Eltern von F und A. P macht sich eines Tages Gedanken über seinen Nachlass und stellt fest, dass er über nicht genügend Vermögen verfügt, sowohl K als auch F und A nach seinem Tode hinreichend abzusichern. Er berichtet K von seinen Überlegungen, die daraufhin Gleiches für sich feststellt, dass ihr Vermögen im Todesfall auch nicht ausreicht, P und die beiden Kinder genügend abzusichern. Welche Möglichkeiten haben P und K, sich zunächst gegenseitig abzusichern, bevor F und A Erben werden?

Lösung: P und K müssten sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und F und A als Schluss- bzw. Ersatzerben. Dadurch wird gewährleistet, dass nach dem Tod des ersten

⁶²⁰ Der Bundestag beschloss am 16.01.2001 das „Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften“. In diesem war unter Art. 1 auch das LPartG enthalten, sodass seit dem 01.08.2001 eine Anwendungserweiterung des gemeinschaftlichen Testaments auf gleichgeschlechtliche Lebenspartner gilt (BGBl. 2001 I, S. 266). Am 01.10.2017 trat dann das „Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ in Kraft, weil es am 28.07.2017 verkündet und es gem. Art. 3 I „am ersten Tag des dritten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft“ treten sollte (BGBl. 2017 I, S. 2787 f.): Das BGB umfasst seitdem die gleichgeschlechtliche Ehe wie der durch Art. 1 Nr. 2 geänderte § 1353 I 1 BGB feststellt: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“ Gleichwohl werden die deutschen Lebenspartnerschaften in naher Zukunft gänzlich nicht mehr existieren, denn „Lebenspartnerschaften können ab Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht mehr begründet werden.“, wie Art. 3 III feststellt. Die Lebenspartner können aber gem. dem mit Art. 2 I Nr. 1 neu eingeführten § 20 a LPartG sofern gewünscht ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe umwandeln, ihnen bleiben aber seit dem Begründungstag der Partnerschaft Rechten und Pflichten auferlegt.

⁶²¹ *Weidlich* in Palandt, Einf v § 2265 Rn. 1.

⁶²² Die Bedarfsgemeinschaft gem. § 7 III SGB II ist ebenso Ausdruck des sozialhilferechtlichen Nachrangprinzips nach § 2 I SGB XII bzw. § 2 SGB II wie die unter Kapitel 2.1.1.5 geschilderten Problemkreise um das Behindertentestament, nur dass es sich hierbei statt um ein Erbschaftsvermögen hier um das Vermögen des Partners handelt. Insbesondere im gemeinschaftlichen Testament verstärkt sich das Spannungsfeld zwischen Testierfreiheit und sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip (*Litzenburger*, RNotZ. 2005, 162).

Ehegatten der jeweils überlebende abgesichert wäre und beide Kinder erst nach dem Tod des zweiten Ehegatten Erben werden⁶²³. P und K müssten also ein gemeinschaftliches Testament errichten, das in der o.g. Vor- und Schlusserbfolge ein sog. Berliner Testament darstellt.

Freilich gelten für das Anfertigen des gemeinschaftlichen Testaments die gleichen Voraussetzungen wie bei dem einseitigen Testament mit Blick auf den notwendigen Testierwillen, die Testierfähigkeit und die höchstpersönliche Errichtung. Für den Testierwillen genügt aber mit Blick auf § 2267 S. 1 BGB die Unterschrift des anderen Erblassers. Um sicherzustellen, dass es wegen der Formerleichterung des § 2267 BGB, der das Schreiben des einen und das Unterschreiben des anderen genügen lässt, nicht zu Missverständnissen kommt, sollte der Unterschreibende neben Ort und Datum gem. § 2247 II BGB zumindest mit einer beispielhaften Formulierung wie „Dies ist auch mein letzter Wille“⁶²⁴ kenntlich machen, dass er voll und ganz hinter dem verfassten Inhalt steht. Unbestritten bleiben das öffentliche Testieren gem. § 2232 BGB und das Hinterlegen der Verfügungen nach § 2248 BGB i.V.m. § 346 FamFG als erhöhter Garant für die Konservierung des wahrhaft Gewollten. Das gemeinschaftliche Testament wird ferner um den Willen der Gemeinschaftlichkeit ergänzt, dessen Charakter das folgende Beispiel verdeutlichen mag.

Beispiel: T und S entscheiden sich nach ihrer standesamtlichen Trauung zu einem Testament, in welchem sie sich gegenseitig bedenken wollen. Um Notarkosten zu sparen schreiben beide ihren letzten Willen jeweils mit einem Stift auf ein Stück Papier. Jeder unterschreibt mit Datum und Namen seine Erklärung, die in einem Satz Bezug darauf nimmt, dass das eigene Testament nur in Zusammenhang mit dem des anderen zu sehen ist und zu gelten habe. Liegt ein gemeinschaftliches Testament vor?

Lösung: Nach der früher vertretenen objektiven Theorie⁶²⁵ geht der Charakter des Testaments aus der Urkunde selbst hervor, weshalb es sich um zwei Einzeltestamente und kein gemeinschaftliches Testament handelt. Die subjektive Theorie⁶²⁶ stellt hingegen auf den Willen der Erblasser ab, gemeinschaftlich Testieren zu wollen, sodass ein gemeinschaftliches Testament zwischen T und S vorläge. Um den wahren und erkennbaren Willen der Erblasser nicht zugunsten bloßer Formalismen außer Acht zu lassen, erscheint die subjektive Theorie vorzugswürdiger. Umstritten ist allerdings, wie der Wille der Gemeinschaftlichkeit nachgewiesen wird. Hierzu verlangt die streng subjektive An-

⁶²³ Von der Erbfolge nach dem Tod des zweiten Ehegatten ausgenommen werden könnten Abkömmlinge immer dann, wenn sie bereits beim ersten Erbfall auf Herausgabe des Pflichtteils klagen und im gemeinschaftlichen Testament eine entsprechende Klausel vorhanden ist (Rochus in Schulze/Grziwotz/Lauda, § 2269 Rn. 17, Ziff. 5, Rn. 24).

⁶²⁴ Horn, NJW 2013, 2166 (2169).

⁶²⁵ RGZ 72, 202.

⁶²⁶ Vgl. BayObLG FamRZ 1991, 1485 (1486); FamRZ 1993, 240, (241).

*sicht*⁶²⁷ irgendein Anzeichen der Gemeinschaftlichkeit, das sich auch außerhalb der Urkunde zeigen kann. Die objektiv-subjektive Theorie⁶²⁸ verlangt, dass die Gemeinschaftlichkeit bereits aus der Urkunde ersichtlich ist, wengleich sich der Beweis der Gemeinschaftlichkeit auch jeglichen Umständen ergeben dürfe.⁶²⁹ Die rein subjektive Theorie vermag im Ergebnis Aspekte der Rechtssicherheit zu verkennen, sodass die objektiv-subjektive Theorie vorzugswürdig ist.⁶³⁰ Nach beiden Ansichten aber läge zwischen T und S ein gemeinschaftliches Testament vor, da sie in ihren Schriftstücken Bezug aufeinander nehmen.

Aus dem Beispiel wird auch ersichtlich, dass der Wille der Gemeinschaftlichkeit kein rechtsgeschäftlicher Wille sein kann, sondern ein tatsächlicher ist, denn jeder Ehegatte oder Lebenspartner verwirklicht schon durch die Niederschrift des Testaments bzw. seine Gegenzeichnung seinen eigenen rechtsgeschäftlichen Willen. Die Kenntnis des anderen Testaments und seines Inhaltes sind in tatsächlicher Hinsicht nur dafür relevant, das eigene dem des anderen anpassen zu können.⁶³¹ Hätte einer der beiden Erblasser in seiner Verfügung Worte wie „Ich verfüge“ oder „mein gesamtes Vermögen“ verwendet und wäre mit etwas zeitlichem Abstand und ohne Absprache untereinander eine zweite Verfügung des anderen Ehegatten erfolgt, so wäre darin letztlich kein gemeinschaftliches Testament mehr zu sehen.⁶³²

Unabhängig ist, ob das gemeinschaftliche Testament privatschriftlich oder öffentlich verfasst wird. Für die eigenhändige, privatschriftliche Errichtung ist allerdings notwendig, dass beide Ehegatten oder Lebenspartner zum Errichtungszeitpunkt bereits volljährig sind.⁶³³ Auch sind die Erblasser frei, ob sie in zwei Testamenten oder einer Urkunde testieren wollen. Wird getrennt testiert, muss jeder seine Erklärungen eigenhändig schreiben und diese unterschreiben. Ferner muss sich wie im vorangegangenen Beispiel beschrieben zumindest andeutungsweise ein Wille des gemeinschaftlichen Testierens darstellen, so z.B. durch Wortwahlen wie „wir“, „gemeinsam“ oder „unser Vermögen“.⁶³⁴ Dieser Wille lässt sich auch als tatsächlich-gemeinschaftlicher Testierwille bezeichnen.⁶³⁵ Die gemeinsame Urkunde als Testamentsform zu wählen birgt den Vorteil einer Formerleichterung, sodass eine Unterschrift des einen unter die Verfügungen des anderen ausreichen mag.⁶³⁶

⁶²⁷ OGHBrZ Köln NJW 1949, 304.

⁶²⁸ BGHZ 9, 113; OLGZ 68, 321; OLGZ 69, 84.

⁶²⁹ OLGZ 79, 266.

⁶³⁰ Edenhofer in Palandt (2008), Einf. v § 2265 Rn 2 a) a.E.

⁶³¹ Vgl. KG NJW 72, 2133; *Kanzleiter*, DNotZ 73, 133.

⁶³² Vgl. BGHZ 9, 117; BayObLG FamRZ 1991, 1485 (1486); OLGZ 1968, 321 (322).

⁶³³ § 2247 BGB.

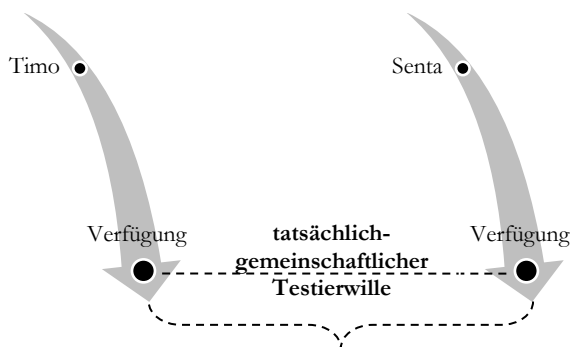
⁶³⁴ Edenhofer in Palandt (2008), Einf. v § 2265 Rn. 9.

⁶³⁵ Andere bezeichnen es als das „Innere Beziehungsverhältnis“, so unter einigen Edenhofer in Palandt (2008), Einf. v § 2265 Rn 11.

⁶³⁶ § 2267 BGB.

Freilich können beide gem. §§ 2231 Nr. 1, 2232 BGB auch öffentlich zur Niederschrift eines Notars testieren, wobei erneut in einem oder zwei Dokumenten ein gemeinschaftliches Testament möglich ist.⁶³⁷ So können beide Ehegatten oder Lebenspartner eine offene oder verschlossene Schrift gemeinsam einreichen, § 2232 S. 2 BGB, oder nur einer der beiden und der andere erklärt etwas hinzu, oder beide erklären etwas. Wie *Röthel* es bereits für das Einzeltestament fordert⁶³⁸, wird auch beim gemeinschaftlichen Testament öffentliches Testieren empfohlen, um einerseits durch die Anwesenheit eines Notars und dessen Ermittlung des Erblasserwillens gem. § 17 I BeurKG laienhafte Fehlvorstellungen und Formulierungen zu vermeiden. Andererseits macht es die Erteilung eines Erbscheins zur Eigentumsübertragung von Immobilien aus der Erbmasse aufgrund seines öffentlich glaubhaften Charakters gem. § 35 I 2 GBO überflüssig.⁶³⁹ Solange der tatsächlich-gemeinschaftliche Testierwille zu erkennen ist und der eine von der Verfügung des jeweils anderen Kenntnis hat um sich darauf einzustellen, sind vielfältige Kombinationen der öffentlichen Testierformen möglich.⁶⁴⁰

Festzuhalten bleibt, dass das gemeinschaftliche Testament insbesondere vom Wesen der Gemeinschaftlichkeit charakterisiert wird und dessen Errichtung vom Entschluss zweier Ehegatten oder Lebenspartner abhängt.⁶⁴¹ Zu seiner rechtlichen Qualifikation bedarf es der Klarstellung, dass unabhängig davon, ob in einer einzigen Urkunde oder in getrennten Schriftstücken testiert wird, immer der jeweilige Ehegatte oder Lebenspartner über sein Vermögen für den Fall seines Ablebens rechtliche Regelungen trifft. Dogmatisch handelt es sich daher um zwei einseitige Verfügungen von Todes wegen, die in Gestalt zweier einfacher Testamente erst durch den umgesetzten tatsächlich-gemeinschaftlichen Testierwillen zum gemeinschaftlichen Testament aufsteigen. Folgende Abbildung 11 möge den dogmatischen Hintergrund des vorhergenannten Beispiels verdeutlichen:



⁶³⁷ *Edenbofer* in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn. 5.

⁶³⁸ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. A 64.

⁶³⁹ BGH NJW 2005, 2779 = FamRZ 2005, 1548.

⁶⁴⁰ §§ 2232 BGB i.V.m. §§ 9 I Nr.2, 13 I, 30 BeurkG.

⁶⁴¹ *Edenbofer* in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn. 2 a).

Gemeinschaftliches Testament

Abbildung 11: Verfügungskonstruktion für das gemeinschaftliche Testament.

Weil beide Ehegatten verfügen können wie in einzelnen Testamenten, ist die Feststellung des tatsächlich-gemeinschaftlichen Testierwillens unerlässlich. Liegt er nicht vor, so handelt es sich lediglich um gegenseitiges Testieren ohne erbrechtliche Bindung beider Partner. Ein gemeinschaftliches Testament ist darüber hinaus stets daraufhin zu untersuchen, ob jeder Ehegatte unterschiedliche Personen, eben nicht den anderen Ehegatten oder Lebenspartner, bedenkt. Dann läge lediglich gleichzeitiges Testieren vor.⁶⁴²

Besteht zwischen zwei Ehe- oder Lebenspartnern ein gemeinschaftliches Testament, so dürfen seitens der Testatoren wegen der Wechselbezüglichkeit grundsätzlich keine einseitig abweichenden Verfügungen getroffen werden, § 2271 I 2 BGB. Sollten dennoch spätere Verfügungen verfasst werden, sind diese nicht gänzlich unwirksam, sondern nur insoweit, wie sie Rechte des anderen Ehe- oder Lebenspartners oder eines bedachten Dritten beeinflussen.⁶⁴³ Verfügungen können ebenso unwirksam sein, wenn ein Ehe- oder Lebenspartner zugunsten des anderen testiert hat und die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt wird.⁶⁴⁴ Scheitert die Ehe oder die Lebenspartnerschaft, so gilt das gemeinschaftliche Testament gem. § 2268 I BGB als unwirksam, wenn nicht davon auszugehen ist, dass einzelne Verfügungen auch trotz Scheiterns getroffen worden wären und damit nach § 2268 II BGB aufrechterhalten werden müssten.

Zunächst bedarf es aber der Feststellung, welche Art der Verfügung getroffen wurde. Zum einen sind in einem gemeinschaftlichen Testament sog. einseitige Verfügungen möglich. Sie sind obligatorischer Ausdruck dessen, was – ohne einen tatsächlich-gemeinschaftlichen Testierwillen – auch i.R.e. Einzeltestamentes hätte geregelt werden können. Es fehlt ihnen die innere Bezugnahme. Darüber hinaus können sog. wechselbezügliche Verfügungen Teil eines gemeinschaftlichen Testaments werden. Von ihnen wird gem. § 2270 I BGB immer dann Gebrauch gemacht, wenn „die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen“ worden wäre. Sie sind zwar nicht in zwingendem Maße wesensbestimmend für das gemeinschaftliche Testament⁶⁴⁵, weil in diesem ebenso einseitige Verfügungen getroffen werden können.⁶⁴⁶ Vielmehr eröffnet das gemeinschaftliche Testament die Möglichkeit zu Verfügungen, die miteinander stehen und fallen⁶⁴⁷, deren Bestand, Wirkung und Existenz mit denen einer anderen Verfügung

⁶⁴² Vgl. *Edenhofer* in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn. 11.

⁶⁴³ *Zimmer*, ZEV 2015, 450.

⁶⁴⁴ *Rausch*, FPR 2006, 141 (142).

⁶⁴⁵ *Edenhofer* in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn. 11.

⁶⁴⁶ *Weidlich* in Palandt, § 2270 Rn. 1.

⁶⁴⁷ *Strohhal*, Deutsches Erbrecht I, § 43.

verschmolzen werden⁶⁴⁸ und die jeweils mit Rücksicht auf diese andere getroffen werden⁶⁴⁹. Zwischen ihnen besteht kein originärer Kausalzusammenhang⁶⁵⁰, sondern ein „Zusammenhang im Motiv“⁶⁵¹, wie aus historischer Gesetzgebersicht zur Begründung wechselbezüglicher Verfügungen anklingt. Bei der Erörterung möge folgendes Beispiel Abhilfe schaffen:

Beispiel: Die mittlerweile verheirateten aber kinderlosen E und L halten ihren letzten Willen auf einem Papier fest und setzen sich gegenseitig zu Erben des anderen ein, sobald einer von Ihnen verstirbt. Sobald auch der zweite von Ihnen versterben sollte, möge T als bester Freund der beiden alles erben. Ist T wechselbezüglich von E und L bedacht, wenn nicht sicher ist, dass der eine die Verfügung ohne den anderen getroffen hätte?

Lösung: Sowohl E als auch L verfügen über ihr Vermögen für den Fall des Vorversterbens und Nachversterbens ggü. dem jeweils anderen. Da auf den objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB abgestellt nicht sicher feststeht, ob beide ihre Verfügungen auch ohne den anderen getroffen hätten, ist die Wechselbezüglichkeit nicht feststellbar, sodass gem. § 2270 II mit Blick auf den Erklärungsinhalt und sämtliche Nebenumstände⁶⁵² ausgelegt werden kann.⁶⁵³ E und L bedenken sich gegenseitig nur deswegen zur (Vor-)Erbchaft, weil T von ihnen als (Schluss-)Erb⁶⁵⁴ eingesetzt ist. Damit wurde er gem. § 2270 II Alt. 1 wechselbezüglich von E und L bedacht. Bei Zweifeln greift eine gesetzliche Fiktion der Wechselbezüglichkeit nach § 2270 II Alt. 2 BGB, wenn T mit dem erstversterbenden Partner nach § 2270 II Hs. 2 a.E. „verwandt ist oder ihm sonst nahe steht“, wobei an das Merkmal des Nabestehens hohe Anforderungen geknüpft werden, damit die gesetzliche Ausnahme nicht zum Regelfall wird, welcher der Verwandtschaft gem. § 1589 vorbehalten sein soll.⁶⁵⁵ Eine persönliche und innere Bindung sollte der nah zum erstversterbenden Ehegatten Stehende aufweisen, die mindestens dem üblichen Verwandtschaftsverhältnis entspricht, was bei guten Freunden anzunehmen ist⁶⁵⁶, wengleich ein gutes Miteinander nicht ausreichend sein dürfte.⁶⁵⁷ Ein Näheverhältnis nach § 2270 II Hs. 2 BGB kann sich z. B. aus regem Briefkontakt

⁶⁴⁸ Edenhofer in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn. 11.

⁶⁴⁹ Kipp/Coing, ErbR § 35 I 2.

⁶⁵⁰ Vgl. Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 12 m.w.N. zum Meinungsstreit.

⁶⁵¹ Röhbel in AcP 210 (2010), S. A 69 m.w.N.

⁶⁵² Zimmer, ZEV 2015, 450 (451).

⁶⁵³ Zimmer, NJW 2009, 2364. In einem neueren Beitrag verweist Zimmer, ZEV 2015, 450 (451) auf vermeintliche Probleme der korrekten Normanwendung des § 2270 II BGB in der Praxis, weil beispielhaft für die obergerichtliche Rechtsprechung das KG (KG, Beschl. v. 19.12.2004 – 6 155/14, juris = ZErB 2015, 87 = ZEV 2015, 125) und das OLG Saarbrücken (OLG Saarbrücken, Beschl. v. 16.09.2014 – 5 W 47/14, juris = BeckRS 2015, 09162) „mitunter Selbstverständlichkeiten noch einmal als Leitsatz“ formulieren.

⁶⁵⁴ Eine Einsetzung als Vermächtnisnehmer oder Auflagenbegünstigter wäre ebenso möglich, § 2270 III.

⁶⁵⁵ Vgl. Hamm NJWE-FER 01, 157; BayObLG FamRZ 91, 1232.

⁶⁵⁶ Vgl. KG OLGZ 93, 398.

⁶⁵⁷ Vgl. BayObLG BeckRS 2011, 1927.

oder wiederholten Besuchen ergeben, wobei die Nähe zum Verstorbenen selbst maßgebendes Kriterium bleibt.⁶⁵⁸ Als bester Freund der beiden ist T demnach wechselbezüglich bedachter Schlusserbe.

Grundsätzlich existieren drei Gestaltungstypen des gemeinschaftlichen Testaments, die je unterschiedliche Rechtsfolgen für die Bedachten auslösen: Zunächst ist es wie im Beispielfall möglich, den überlebenden Ehegatten zum Vollerben des Vermögens und schließlich die gemeinsamen Kinder oder wie hier einen auch im Zweifelsfall vermuteten Nahestehenden zum Schlusserben zu bestimmen, sog. Einheitslösung bzw. bayerischer Ansatz. Es wäre aber ebenso denkbar, den überlebenden Ehegatten nur als Vorerben einzusetzen, sodass die gemeinsamen Kinder oder Dritte als Schlusserben auftreten, sog. Trennungslösung bzw. preußischer Ansatz.⁶⁵⁹ Wesentlicher Unterschied beider Lösungen ist die Verschmelzung des eigenen mit dem vererbten Vermögen, welche in der Trennungslösung als Eigenvermögen und Vorerbenvermögen nebeneinander bestehen bleiben.⁶⁶⁰ Eine dritte Möglichkeit besteht darin, dem überlebenden Ehegatten lediglich ein Nießbrauchsrecht am Nachlass oder einzelnen Gegenständen aus dem Nachlass im Rahmen eines Vermächtnisses eingeräumt wird, sog. Nießbrauchslösung. Für alle Varianten wird mittlerweile der Oberbegriff „Berliner Testament“ verwendet.⁶⁶¹

Ist nach erfolgter Auslegung noch immer nicht sicher, ob sich Ehegatten einheitlich oder getrennt lösen wollen, ist gem. § 2269 I BGB im „Zweifel anzunehmen, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist“, die Einheitslösung demzufolge Vorrang hat. Ein Berliner Testament mit einer Einheitslösung könnte musterhaft⁶⁶² wie folgt niedergeschrieben werden:

„Wir, die Eheleute _____, geb. am _____ in _____, und _____, geborene _____, geb. am _____ in _____, wohnhaft in _____, setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vollerben unseres gesamten Vermögens ein. Zu Schlusserben des Längstlebenden von uns bestimmen wir unsere gemeinschaftlichen Kinder _____, geb. am _____ in _____, wohnhaft in _____, und _____, geb. am _____ in _____, wohnhaft in _____, zu jeweils gleichen Teilen. Zu Ersatzerben bestimmen wir die Abkömmlinge unserer ehegemeinschaftlichen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolgeordnung, wiederum ersatzweise soll Anwachsung – zunächst innerhalb eines Stammes – eintreten.“

Nehmen Ehe- oder Lebenspartner bei der Anfertigung eines Berliner Testaments aber keine rechtliche Beratung in Anspruch, testieren also privatschriftlich und

⁶⁵⁸ Zimmer, ZEV 2015, 450 (451).

⁶⁵⁹ Vgl. Tanck in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 19, Rn. 4.

⁶⁶⁰ Vgl. Tanck in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 19, Rn. 27.

⁶⁶¹ Vgl. Weidlich in Palandt, § 2269 Rn. 1 ff.; vgl. Tanck in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 19, Rn. 4.

⁶⁶² Nachgebildet aus Tanck in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 19, Rn. 10.

nicht öffentlich⁶⁶³, können sich Zweifel darüber ergeben, ob ihr tatsächlich-gemeinschaftlicher Testierwille auch einen entsprechenden Bindungswillen aufweist. Verstärkt werden Missverständnisse dann, wenn einer der beiden Partner nach dem Tod des anderen nochmals testiert und seine Verfügung die für das Berliner Testament charakteristische Schlusserbeneinsetzung der Kinder verändert. Hierzu hat *Mayer*⁶⁶⁴ exemplarisch aus der Berufspraxis eines Notars Indizien herausgearbeitet, die jeweils für oder gegen die Annahme eines Bindungswillens und der Einsetzung der Kinder als Schlusserben sprechen: Hierzu zählen die Vermögensverhältnisse der Ehe- oder Lebenspartner, deren Alter, lebzeitige Zuwendungen an deren Kinder, die eigenen Erfahrungswerte mit Erbschaften, die Stabilität der persönlich-familiären Beziehungen, sowie das Geschlecht des Erstversterbenden.

Für einen Bindungswillen beider Erblasser spricht, wenn ein Ehe- oder Lebenspartner reich geerbt hat oder zu Lebzeiten beschenkt wurde. Hierin ist die „unausgesprochene Verpflichtung“⁶⁶⁵ zur Weitergabe an die eigenen Kinder zu sehen, damit nicht ein neuer Ehe- oder Lebenspartner oder dessen Kinder davon profitieren. Mit Blick auf die Vermögensverteilung scheint eine Einsetzung der Kinder als Schlusserben wahrscheinlicher, wenn der Erstversterbende der Vermögendere der beiden war. Das betrifft ebenso den Fall, wenn die Erblasser ein höheres Alter erreicht haben, ihre innere Bindung größer erscheint und die Wahrscheinlichkeit zunimmt, dass die Kinder sich um ihre Pflege bemühen. Haben beide Erblasser die Schlusserben mit ungleichen Quoten für das Erbe eingesetzt, kann das ein Indiz dafür sein, dass diese größere Schenkungen zu Lebzeiten umfassen und deswegen eine Bindung an die Schlusserbeneinsetzung bestehen soll. Die Bindung an die Quotierung hingegen hängt maßgeblich von der Stabilität der persönlichen Beziehungen der Erblasser zu den Schlusserben ab. Sowohl nachteilige Erfahrungen als auch das Geschlecht können letztlich Indizien liefern. Es ist nicht fernliegend, dass ein Erblasser, der einst von einer nicht bindenden Verfügung in seinen Erberwartungen enttäuscht wurde, für sich selbst eine bindende Verfügung wählt. Diesem Paradoxon folgend scheint eine Bindung näherliegender, wenn der erststerbende Erblasser weiblichen Geschlechts war.

Gegen einen Bindungswillen kann indiziell wirken, wenn sich das Verhältnis zu den Kindern noch ändern könne und der überlebende Partner abgesichert werden soll, weil sie schon länger verheiratet sind und ihr Vermögen gemeinschaftlich erwirtschaftet haben. Dies mag auch für den Erhalt von Grundeigentum

⁶⁶³ Eine Anfrage vom 10.08.2017 mit Antwort vom 14.08.2017 beim Bundesamt für Statistik zum Anteil der öffentlichen Testiervorgänge ggü. privatschriftlichen Anfertigungen ergab eine Weiterleitung an das Bundesamt für Justiz. Eine dortige Anfrage vom 30.10.2017 mit Antwort vom 17.11.2017 blieb ergebnislos, denn zu den Verfahren in Testamentssachen vor den Amtsgerichten „(...) erfolgt keine Unterscheidung, ob sie öffentlich bei einem Notar verfasst, öffentlich hinterlegt oder nur privatschriftlich geschrieben und verwahrt werden.“

⁶⁶⁴ *Mayer*, ZEV 2016, 420.

⁶⁶⁵ *Mayer*, ZEV 2016, 420 (421).

insbesondere bei jungen Eltern gelten, deren Immobilie i.d.R. kreditfinanziert ist, weil die Kinder noch jung und ihre Zukunft noch ungewiss ist. Stammt das Vermögen vermehrt vom überlebenden Partner, spricht es nicht unbedingt für die Schlusserbeneinsetzung der Kinder, weil der weniger vermögende, vorverstorbene Partner ein berechtigtes Interesse seiner Bindung an die Schlusserben habe, nicht aber an die Bindung des überlebenden Partner an die Kinder, da es sich vornehmlich um dessen Vermögen handelt.⁶⁶⁶ Wohnen die Kinder der Erblasser weiter entfernt, ist es weniger wahrscheinlich, dass sie sich um die Pflege und Altersversorgung der Eltern bemühen, was deren Aufwendungen gleichsam auch mit Blick auf Alterskrankheiten erhöht, sodass das Interesse an der Verfügungsfreiheit dies der Bindung übersteigen mag. Im Gegensatz zu den nachteiligen Erfahrungen mit Verfügungsarten kann sich das Paradoxon auch derart auswirken, dass schlechte Ereignisse i.V.m. verstärkter Bindungsart den Erblasser dazu anhalten, weniger Bindung für sein eigenes Testament zu forcieren. Ebenso spiegelbildlich zur o.g. Quotierung kann eine lebzeitige Schenkung an die Kinder, sofern sie von beiden Partnern geleistet wird, als vorweggenommene Erbfolge die Bindung ebenso in Zweifel ziehen. Dass der überlebende Partner die Quoten nachträglich ändern darf, hängt wiederum von der Stabilität der Beziehungen ab und wird „nach entsprechendem Hinweis“⁶⁶⁷ von Ehegatten gewählt, um den wirtschaftlichen Situationen der bedachten Kinder gerecht zu werden. Letztlich mag es auch ein auf Berufserfahrung gestütztes Indiz gegen eine Bindungswirkung sein, wenn der überlebende Ehe- oder Lebenspartner weiblichen Geschlechts ist, weil ihnen ein erhöhtes, originär im Geschlecht verwurzeltes Maß an Fürsorge ggü. den eigenen Kindern anheim gestellt wird.

Die aufgezählten Indizien beruhen auf langjähriger, praktischer Berufserfahrung. Gleichwohl mag ihre Kombination an rechtliche Grenzen stoßen, geht man davon aus, dass eine Bindungswirkung eher angenommen werden sollte, wenn vermögende Frauen die erstversterbenden Partner sind oder eine Bindungswirkung eher unwahrscheinlich ist, wären dies weniger vermögende Männer. Auf das

⁶⁶⁶ Zu den Auslegungsmethoden eines gemeinschaftlichen Testaments führte das OLG Bamberg in seinem Beschl. v. 06.11.2015 (Az.: 4 W 105/15, Rn. 20, juris) aus: „Bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments kommt die weitere Vorgabe hinzu, dass ein nach dem Willen des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis mit der Einstellung des anderen Teils abzugleichen ist: Lässt sich nämlich – entgegen der Lebenserfahrung – eine Übereinstimmung der beiderseitigen Vorstellungen und Absichten nicht feststellen oder lag eine solche nicht vor, dann muss auf den Willen gerade desjenigen Erblassers abgestellt werden, um dessen testamentarische Verfügung es geht. Hierbei hat entsprechend § 157 BGB eine Beurteilung aus der objektiven Sicht (Empfängerhorizont) des anderen Ehegatten stattzufinden: Dieser muss die Möglichkeit haben, sich bei seinen Verfügungen auf diejenigen des anderen Teils einzustellen und umgekehrt. (BGH NJW 1993, 256, Rn. 12)“

⁶⁶⁷ Mayer, ZEV 2016, 420 (422), der insbesondere auf den Vorteil der Befreiung des bedachten Kindes ggü. Ansprüchen der anderen Kinder aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 2287 BGB hinweist.

Modell der Lebenspartnerschaft und der gleichgeschlechtlichen Ehe mögen diese Indizien zumindest nur sehr eingeschränkt Anwendung finden.

Mit Blick auf veränderte gesellschaftliche Strukturen sehen sich auch gemeinschaftliche Erblasser oftmals der Herausforderung ausgesetzt, ihre erbrechtliche Gestaltungspraxis anzupassen und idealerweise zu verbessern. Hierzu erläuterte *Horn*⁶⁶⁸ exemplarisch Möglichkeiten der Optimierung beim Berliner Testament, auf denen *Kanzleiter*⁶⁶⁹ aufbaute und dabei die drei nachteiligen Problemkreise um die Erbschaftsteuer, die Bindungswirkung und die Pflichtteilsansprüche als Grundlage heranzog.

Bestehen innerhalb familiärer Strukturen Bedürfnisse der Eltern, eines oder mehrere ihrer Kinder weitestgehend vom Nachlass auszugrenzen, bietet sich eine Reduzierung des Pflichtteils an. Dies kann gelingen, wenn sich beide Ehe- oder Lebenspartner i.R.d. Berliner Testaments für eine Trennungslösung entscheiden. Entgegen der vermuteten Einheitslösung gem. § 2269 BGB wird hierbei das Vermögen des Überlebenden nicht um die Erbmasse des Versterbenden erhöht.⁶⁷⁰

Die im ersten Erbfall enterbten Kinder haben dann, sofern sie ihren Pflichtteil nicht geltend gemacht haben und der zweite Erblasser verstirbt, grds. ein Recht auf die Erbschaft.⁶⁷¹ Wären sie testamentarisch auf den Pflichtteil beschränkt, so würde dies freilich auch auf den zweiten Erbfall zutreffen. Dann würde sich der Pflichtteil sowohl an der Erbmasse des Erstversterbenden als auch an der Erbmasse des Zweitversterbenden bemessen. Dabei steht fest, dass von den jeweiligen Vermögensmassen nur jeweils einmal partizipiert wird. Hier ist der wesentliche Unterschied ggü. der Einheitslösung zu erkennen, die – unabhängig ob es sich um eine Erbschaft oder einen Pflichtteil handelt – zur Bemessung des zweiten Pflichtteils auch die übrig geblieben Vermögensgüter des Erstverstorbenen berücksichtigt.⁶⁷²

Machen die Kinder ihren Pflichtteil bereits nach dem Tod des ersten Partners mit Blick auf dessen Erbmasse geltend, ist dies nur durch einen Verzicht auf ihre Nacherbenstellung gem. § 2306 BGB möglich. Sie können nach dem Ableben des zweiten Erblassers dann nur einen weiteren Pflichtteil geltend machen, dessen Bemessungsgrundlage das Eigenvermögen des Überlebenden darstellt.⁶⁷³ Das Gesetz streitet insofern bei der Trennungslösung für ein Zurückhalten der berufenen Nacherben.

Diesen Schutz genießen die Ehe- und Lebenspartner bei der Einheitslösung nicht. Vielmehr kann ein als Schlusserbe eingesetztes Kind nach dem Tod des ersten Elternteils seinen Pflichtteil geltend machen ohne gesetzliche Repressalien

⁶⁶⁸ *Horn*, NJW 2013, 2166.

⁶⁶⁹ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (226).

⁶⁷⁰ *Horn*, NJW 2013, 2166.

⁶⁷¹ Vgl. *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁷² *Horn*, NJW 2013, 2166.

⁶⁷³ Vgl. *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

zu fürchten. Es kann dann, sofern testamentarisch nichts anderes vereinbart ist, vom Gesamtvermögen des Überlebenden, das sich aus Erbmasse und Eigenvermögen abzüglich des bereits geflossenen Pflichtteils zusammensetzt, originär in voller Höhe erben.⁶⁷⁴ Darüber hinaus stellt sich das den Pflichtteil fordernde Kind ggü. den sich wohlverhaltenden Kindern finanziell besser, da die für den zweiten Erbfall verbleibende Erbmasse jedenfalls um den herausgegebenen Pflichtteil gemindert ist. Daher wird bei der Einheitslösung in Ansehung derartiger Familienverhältnisse empfohlen, eine sog. Pflichtteilsstrafklausel zu testieren: „Derjenige Abkömmling, der im ersten Erbfall gegen den Willen des länger lebenden Ehegatten seinen Pflichtteilsanspruch verlangt, ist einschließlich seines Stammes, also seiner Abkömmlinge, auch im zweiten Erbfall enterbt. Es tritt Anwachsung bei den sich wohlverhaltenden Abkömmlingen ein.“⁶⁷⁵

Mit Blick auf die Erbmasse des Erstversterbenden geht das Gesetz grds. davon aus, dass der überlebende Ehegatte in seiner Vorerbenstellung beschränkt ist und nur wie ein Nießbrauchsberechtigter agieren darf.⁶⁷⁶ Seine Einschränkung beruht insbesondere auf Verfügungen über Gegenständen, die i.R.d. §§ 2113-2115 BGB eine nachträgliche Unwirksamkeit begründen, wenn dadurch Erben benachteiligt oder ihre Rechte vereitelt werden, sowie auf Verfügungen über Geld, das nicht gem. §§ 2100, 2130 BGB für eine ordnungsgemäße Nachlassverwaltung aufgewendet wurde und in diesem Fall Ersatzforderungen des Vorerben auslöst.⁶⁷⁷ Um zu ermöglichen, dass der überlebende Ehe- oder Lebenspartner hinsichtlich seiner Verfügungen über die Erbmasse des erstverstorbenen Partners frei verfügen kann, besteht die Möglichkeit einer Befreiung von den gesetzlichen Beschränkungen gem. § 2136 BGB. Das erzielte Ergebnis ist der Einheitslösung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sehr ähnlich.

Ein weiteres Problemfeld eröffnen minderjährige Erben. Diese haben bis zur Vollendung ihres 21. Lebensjahrs einen gem. § 207 I Nr. 2 BGB mit Blick auf die Verjährung gehemmten Pflichtteilsanspruch nach §§ 2303, 2325 BGB ggü. dem verstorbenen Elternteil. Der überlebende Elternteil aber nimmt nicht nur seine eigenen Erbinteressen wahr, sondern ist zugleich gesetzlicher Vertreter seiner Kinder gem. §§ 1680, 1629 BGB. Hier ist trotz der Hemmnis des Anspruchs mit *Damrau* eine Interessenkollision gem. § 1796 BGB zu sehen, was durch die fami-

⁶⁷⁴ Vgl. *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁷⁵ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁷⁶ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁷⁷ Während § 2100 BGB die Verwaltungszuständigkeit des Vorerben begründet „Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, dass dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe).“, regelt § 2130 BGB die ordnungsgemäße Nachlassverwaltung, die § 2131 BGB auf den Sorgfaltsmaßstab der eigenen Angelegenheiten anhebt. Vgl. hierzu auch *Schmidt* in *Erman*, § 2130 Rn. 2: „Verwaltet der Vorerbe den Nachlass nicht ordnungsgemäß und kann er die Erbschaft bei Eintritt der Nacherbfolge nicht in dem geschuldeten Umfang herausgeben, tritt an die restliche Stelle ein Anspruch auf Schadensersatz. Auf eine einzelne Verwaltungshandlung lässt sich ein solcher Anspruch aber nicht begründen; es kommt vielmehr auf das Gesamtergebnis der Nachlassverwaltung an (BGH MDR 1973, 749)“.

liengerichtliche Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB zu lösen ist.⁶⁷⁸ Hierfür können die Eltern Vorschläge testieren, wen sie als Ergänzungspfleger einsetzen möchten: „Vorsorglich benennen wir ..., ersatzweise ..., als Ergänzungspfleger, falls und solange unsere Kinder minderjährig sind.“⁶⁷⁹ Bleiben die Kinder auch beim Tod des zweiten Ehegatten minderjährig, sollte ein Vormund gem. § 1776 BGB bestimmt werden, um die Erbeninteressen wahrzunehmen.⁶⁸⁰

Im Hinblick auf die unter 2.1.1.5 geschilderten Grenzen der Testierfreiheit wohnt dem gemeinschaftlichen Testament ein weiterer Interessenkonflikt inne, wenn ein Ehe- oder Lebenspartner sich nach dem Ableben seines Partners zu einer erneuten Heirat entschließt, was beide zuvor für den jeweils anderen ausschließen wollten und testamentarisch festgehalten haben. Das Motiv von erblasenden Eltern mag vornehmlich darin begründet sein, die eigenen Kinder und keine weiteren, adoptierten oder in weiterer Ehe gezeugten Kinder, an der Erbmasse partizipieren zu lassen.⁶⁸¹ Dabei wird, ähnlich der Problematik um den Hohenzollern-Beschluss, die Nichtwiederheirat zur zwingenden Bedingung des überlebenden Ehegatten Vollerbe zu werden. Die dogmatische Schwierigkeit kann fernab der Sittenwidrigkeitsklausel und des entstehenden Drucks aber noch von einem weiteren Standpunkt aus beleuchtet werden, weil sich der Bedingungsausfall erst mit dem Tod des Überlebenden feststellen lässt, dass er sich auch seinerseits an das Gebot des „bis dass der Tod“⁶⁸² gehalten hat. Sollte eine sog. Wiederverheiratsklausel testiert worden sein, so wird auch i.R.d. Einheitslösung der überlebende Ehegatte nicht als Vollerbe, sondern als bedingter Vorerbe⁶⁸³ angesehen, während eine solche Klausel i.R.d. Trennungslösung bei erneuter Heirat für den sofortigen Erbfall der Kinder sorgt.⁶⁸⁴ Die Konstruktion unterstellt dem Überlebenden von der Testamentseröffnung an eine gewisse Vermutung, er selbst verkörpere die Gefahr einer baldigen Wiederheirat.⁶⁸⁵ Das über ihm schwebende

⁶⁷⁸ *Damrau*, Der Minderjährige im Erbrecht, § 9, Rn. 78.

⁶⁷⁹ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167). Zu den Möglichkeiten der Vormundschaftsbenennung, insbesondere dem elterlichen Benennungsrecht sowie deren Beschränkungen vgl. *Ott*, NZFam 2016, 930.

⁶⁸⁰ Hierzu führte *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167) aus, dass mit entsprechender Formulierung „Von der Pflicht, dem Familiengericht ein Vermögensverzeichnis für unsere minderjährigen Kinder vorzulegen, befreien wir.“ von der pflichtigen Erstellung eines Vermögensverzeichnisses befreit werden kann. Trotz oder wegen fehlender Nennung der in diesem Fall ausübenden Personen bezeichnete *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (227) die Nennung des § 1640 BGB als „unklar“. Wie auch *B. Hamdan* in jurisPK-BGB, § 1640 Rn. 4 feststellt, gilt für einen Vormund (§ 1773 BGB) oder einen Pfleger (§ 1909 BGB), dem die Vermögenssorge zusteht, nicht § 1640 BGB, sondern es gelten die §§ 1802, 1915 BGB, sodass der Vormund nicht befreit werden kann.

⁶⁸¹ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁸² Dieses kirchliche Trauversprechen gründet auf Mt 19,6 LU: „Was Gott verbunden hat, das darf der Mensch nicht trennen.“

⁶⁸³ *Weidlich* in Palandt, § 2269 Rn. 18; *Meier-Kraut*, NJW 1992, 143 (143 ff.).

⁶⁸⁴ Vgl. *Seheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185 (185 ff.).

⁶⁸⁵ So die wohl h.M., siehe dazu unter vielen nur *Horn* in *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung, § 22, Rn. 19, die den überlebenden Ehegatten beschränkt, um den Schutz der Nacherben sicherzustellen, ganz unabhängig davon, ob er die Bedingung irgendwann erfüllt oder ihren Ausfall mit seinem Tod

„Damoklesschwert“⁶⁸⁶ des Bedingungseintritts kann nicht jedem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sinnvoll erscheinen, mag die Wiederverheiraturungsklausel doch weniger Ausdruck von Misstrauen sein, als dem Schutzgedanken der Familie insgesamt. Dafür spricht auch die Zweifelsregelung der Einheitslösung gem. § 2269 BGB, die den in die Erbschaftskonstellation integrierten Kindern gerade keine negative, zu Pflichtteilen fordernde Eigenschaft beimisst. Trat die Bedingung der Wiederheirat beim zum bedingten Vorerben degradierten Witwer zu Lebzeiten nicht ein, wird er Vollerbe von Todes wegen. Denn erst mit seinem Tod kann er den Bedingungseintritt endgültig ausschließen und dafür sorgen, dass er lebzeitig nie zum beidseitig bedachten Vollerben wurde. Dieser durchaus umstrittenen Konstellation begegnen das OLG Celle⁶⁸⁷ und *Musielak*⁶⁸⁸ mit dem Ansinnen, den Willen beider Erblasser und ihren Verfügungen mehr Geltungskraft einzuräumen als der dogmatischen Konstellation. Danach ist der verwitwete Ehe- oder Lebenspartner zu Lebzeiten Vollerbe und wird dann bedingter Vorerbe, wenn er stirbt.⁶⁸⁹ Aufgrund dieser dogmatischen Schwächen und wegen der unter 2.1.1.5 geschilderten Gefahr der Sittenwidrigkeit wegen der Drucksituation bei Wiederverheiraturungsklauseln bietet sich eine Lösung über Vermächtnisse an, die wie folgt testiert werden könnte: „Für den Fall der Wiederverheiraturung des länger lebenden Ehegatten setzt der erstversterbende Ehegatte den gemeinsamen Kindern jeweils ein Geldvermächtnis aus, und zwar in Höhe ihrer gesetzlichen Erbquote. Maßgeblich ist der Nachlasswert zum Zeitpunkt des ersten Erbfalls; es gelten die Regeln aus dem Pflichtteilsrecht. Die Vermächtnisse fallen mit Wiederverheiraturung an, sind drei Monate danach fällig, bis dahin unverzinslich und auf dasjenige beschränkt, was vom Nachlass übrig ist.“⁶⁹⁰ Vermächtnisse sollten auch genutzt werden, um den Steuerfreibetrag des jeweiligen Kindes beim ersten Erbfall aufrecht zu erhalten. Grundsätzlich stehen jedem Kind 400.000 Euro Steuerfreibetrag pro Erbfall der Eltern gem. § 16 I Nr. 2 ErbStG zu. Ihre Fälligkeit muss sich jedoch auf den ersten Erbfall beziehen, da die Steuerlast sonst gem. § 6 ErbStG den überlebenden Partner trifft.⁶⁹¹ Mit der Formulierung „Wir setzen im

begründet. Ihrer Ansicht nach ist er auflösend bedingter Vollerbe (Bedingung: Tod), er wird also ohne Wiederheirat Vollerbe von Todes wegen, und aufschiebend bedingter Vorerbe (Bedingung: Wiederheirat), er bleibt also bis zu seiner erneuten Heirat Vorerbe. Dass die Erfüllung keiner der beiden Varianten ein möglicherweise vertretbares Interesse für den überlebenden Partner darstellt, spielt eine offenbar nur untergeordnete Rolle.

⁶⁸⁶ So beschrieb schon *Rausch*, FPR 2006, 141 (142) die persönliche Situation des Überlebenden, der durch die Einflussnahme auf seine Eheschließungsfreiheit um den Verlust seiner Vollerbenstellung bangen muss.

⁶⁸⁷ OLG Celle ZEV 2013, 40 (41).

⁶⁸⁸ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2269 Rn. 54 ff.

⁶⁸⁹ Die Kombination dreht das Aufschieben und das Auflösen der Bedingungen um, indem es von einer aufschiebend bedingten Vollerbschaft (Bedingung: Wiederheirat), der Überlebende ist Vollerbe bis zu seiner erneuten Heirat, und einer auflösend bedingten Vorerbschaft (Bedingung: Tod), von Todes wegen wird der Überlebende Vorerbe, ausgeht.

⁶⁹⁰ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2167).

⁶⁹¹ *Moench*, ZEV 2013, 21 (22).

ersten Erbfall unseren Kindern ... und ... jeweils ein Barvermächtnis von 400.000 Euro aus, dass drei Monate nach dem Erbfall fällig ist.“⁶⁹² würden diese Interessen gewahrt bleiben.

Ein vor allem aus historischer Sicht umstrittenes Themenfeld bildet die Zuweisung von Vermögensgegenständen ab, insbesondere wenn es sich dabei um Grundeigentum handelt. Hierzu soll folgendes Beispiel eine Hilfestellung geben:

Beispiel: Der verwitwete H lebt gemeinsam mit seinem Sohn K, dessen Frau S und ihren beiden Söhnen auf einem Bauernhof. Seine Tochter R hat sich in der Vergangenheit in familienfeindlichster Weise als Erbin disqualifiziert. H möchte darüber hinaus seinem Sohn Erbschaftssteuer ersparen und den Bauernhof zur Bewirtschaftung in eine Hand geben, um seinen Fortbestand zu gewährleisten. Der Wert des Hofes samt Ländereien beläuft sich auf 350.000 DM. Auf anwaltlichen Rat hin schließt der 54-jährige H daher im Juni des Jahres 1994 in Elze bei Hildesheim einen notariellen Schenkungsvertrag mit seinem Sohn K über den Bauernhof, bei dem ihm zugleich ein lebenslanges Wohnrecht als Nießbrauch eingeräumt wird. Am 04. Februar 2000 verstirbt H. Nach der Testamentseröffnung fordert R ihren Pflichtteil nicht nur am übrigen Vermögen, sondern auch mit Blick auf den vollen Wert des Bauernhofs ein. Zu Recht?

Lösung: Wenn sich der Pflichtteil auch auf den Bauernhof beziehen soll, müsste dieser Bestandteil der Erbmasse sein. Der Wert des Grundstücks wird gem. 2325 III 1 BGB bis zum Tode des Erblassers in jedem Jahr um ein Zehntel reduziert.⁶⁹³ Das letzte volle Jahr wäre hier der Juni 1999 exakt fünf Jahre nach der Schenkung, sodass sich der anzurechnende Wert nur noch auf 175.000 Euro beläuft. Problematisch an diesem Fall ist, dass der § 2325 III 1 BGB erst am 01.01.2010 in der jetzigen Form in Kraft trat. Der § 2325 III a.F. sah vor, dass Schenkungen innerhalb von zehn Jahren vor dem Erbfall immer in ihrem vollen Wert zur Berechnung des Pflichtteils i.R.e. Pflichtteilergänzungsanspruchs angerechnet wurden.⁶⁹⁴ Folglich unterfällt der komplette Wert des Grundstücks der Erbmasse und mithin der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs.

Allerdings müsste im Angesicht von 400.000 Euro Steuerfreibetrag pro Kind und Erbfall gefragt werden, ob die anwaltliche bzw. notarielle Beratung den Interessen von H und

⁶⁹² Horn, NJW 2013, 2166 (2168).

⁶⁹³ Hierbei ist die Bezugsmasse für das Zehntel in jedem Jahr nicht die Folgesumme des bereits um ein Zehntel reduzierten Wertes, sondern immer der Wert des ursprünglichen Geschenks, um nach exakt zehn Jahren ab der Schenkung eine gänzliche Vermeidung der Anrechnung zu erzielen.

⁶⁹⁴ Der § 2325 III BGB in der Fassung vom 01.01.1964, der bis auf eine Anpassung wegen der Rechtschreibreform 2001 („Nachlass“ statt „Nachlaß“) in seinem Wortlaut bis zum 31.12.2009 bestand hatte, lautete wie folgt: „Die Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstands verstrichen sind; ist die Schenkung an den Ehegatten des Erblassers erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor Auflösung der Ehe.“ Danach galt § 2325 III BGB in der Fassung vom 24.09.2009: „Die Schenkung wird innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall in vollem Umfang, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger berücksichtigt. Sind zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen, bleibt die Schenkung unberücksichtigt. Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.“ (BGBl. I 2009, 3143)

K vollumfänglich gerecht wurde. Statt einer Schenkung und der Gefahr des vorzeitigen Ablebens des Erblassers wäre ein Vorausvermächtnis gem. § 2150 BGB möglich gewesen. Im Gegensatz zu Teilungsanordnungen nach § 2048 BGB, die der Erbmasse und daher stets der Erbschaftssteuer unterfallen, gilt dies für Vermächtnisse nur oberhalb des Freibetrags der Erbschaftssteuer. Offensichtlich ist, dass der Wert des Grundstücks von 350.000 DM unterhalb der Freibetragsgrenze von 400.000 Euro gelegen hätte. Aber auch diese Grenze erfuhr seit dem Erbfall beträchtliche Änderungen.⁶⁹⁵ Im Jahr 1994 lag sie lediglich bei 90.000 DM⁶⁹⁶ und ist daher in 23 Jahren um fast das neunfache gestiegen. Ob die Inflation, der Verlust der Kaufkraft, der Euro-Wechselkurs und die Interessen von Erblassern und Erben diesen Anstieg rechtfertigen, mag zweifelhaft sein. Anband der 1994 vorgestellten Situation jedenfalls war es dem von H aufgesuchten Notar nur möglich, zwischen zwei Risiken abzuwägen: Entweder hätte H dem K den Hof als Voraus vermacht, der dann auf die verbleibenden 240.000 DM Erbschaftssteuer hätte entrichten müssen, oder er hätte eine Schenkung vollzogen mit dem Risiko, diese zehn Jahre zu überleben. Mit Blick auf das Alter des H schien die Schenkung die beste Option.

Das Beispiel verdeutlicht, dass die erbrechtliche Selbstbestimmungsfreiheit und der Erbenschutz auch mit Blick auf die monetäre Partizipation des Staates innerhalb weniger Jahre gehörigen Änderungen unterliegen können. Aus heutiger Sicht wäre in gleicher Konstellation zu einer Schenkung nicht zu raten, weil in jedem Jahr ein Zehntel abgezogen werden würde. Das Vorausvermächtnis gem. § 2150 BGB hingegen würde, solange es innerhalb der Freibetragsgrenze nicht verbleibt, nicht von der Erbschaftssteuer erfasst werden.

Empfehlenswert können auch sog. Änderungsklauseln sein, wenn dem überlebenden Ehe- oder Lebenspartner trotz wechselbezoglicher Verfügungen die Freiheit erhalten bleiben soll, auf veränderte Umstände reagieren zu können. Während abweichende Verfügungen zur Beeinträchtigung der Schlusserben grds. zur Unwirksamkeit führen, können die Ehegatten ebenso frei testieren, dass es dem länger lebenden Ehegatten gestattet sein soll, die Erbquoten unter den Kindern bis zur Enterbung zu verändern, dass dieser Vermächtnisse aussetzen darf oder Gegenstände verschenken darf.⁶⁹⁷ Zur Sicherheit vor ungewollten Auslegungsergebnissen empfiehlt es sich ferner, deutlich zu machen, welche Verfügungen einer

⁶⁹⁵ § 16 I Nr. 2 ErbStG in der Fassung vom 24.12.2008 erlaubte ab dem 01.01.2009 erstmals eine Freibetragsgrenze von 400.000 Euro pro Kind und Erbfall. Exemplarisch für den enormen Anstieg der Freibetragsgrenzen mag schon die vorherige Fassung vom 19.12.2000 sein, die vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2008 eine Freibetragsgrenze von 205.000 Euro vorsah. (BGBl. I 2000, 1802; geändert durch das Erbschaftssteuerreformgesetz vom 24.12.2008, BGBl. I, 3108)

⁶⁹⁶ So sah es § 16 I Nr. 2 ErbStG in der Fassung vom 19.02.1991 vor: „Steuerfrei bleibt in den Fällen des § 2 Abs 1 Nr 1 der Erwerb der übrigen Personen der Steuerklasse 1 in Höhe von 90.000 Deutsche Mark;“. Die Steuerklasse für Abkömmlinge definierte § 15 I 1 Nr. 2 ErbStG in der Fassung vom 19.02.1991, der dort „Kinder und Stiefkinder“ aufgriff.

⁶⁹⁷ Horn, NJW 2013, 2166 (2168), der zugleich auf die Sperrung des geerbten Vermögens bei der Trennungslösung nach § 2113 II BGB hinweist.

Wechselbezüglichkeit nur im ersten oder auch im zweiten Erbfall unterliegen mögen.⁶⁹⁸

Wird von den Erblassern ein Pflichtteilsberechtigter übergegangen, kann der länger lebende Partner sogar die wechselbezüglichen Verfügungen anfechten. Allerdings ist dies i.R.d. Berliner Testaments gem. § 2079 BGB nur möglich, wenn der Pflichtteilsberechtigte dem verstorbenen Ehegatten unbekannt war, dieser erst nach der Errichtung geboren wird oder nach der Errichtung pflichtteilsberechtigt geworden ist. Der Errichtungszeitpunkt des gemeinschaftlichen Testaments wird für die Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügungen auf den Tod des erstversterbenden Partners verlagert, da beiden bis dahin die Möglichkeit des Widerrufs eingeräumt wird, § 2271 II 1 BGB. Danach kann der länger lebende Ehe- oder Lebenspartner erneut heiraten und bzw. oder ein weiteres Kind adoptieren. Der neue Ehe- oder Lebenspartner würde wie ein weiteres Kind im zweiten Erbfall zum Kreise der Erb- und Pflichtteilsberechtigten zählen, gleichsam aber auf diesen beschränkt bleiben. Dagegen streitet der *telos* des § 2079 BGB, der den Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit erhalten will, Erben zu werden. Der überlebende Erblasser kann dann seinen Anfechtungsgrund aus § 2079 S. 1 BGB gem. § 2281 I BGB analog geltend machen und die wechselbezüglichen Verfügungen gem. § 2270 I BGB rückwirkend vernichten. Der neue Ehe- oder Lebenspartner hat gem. § 2080 I, III BGB ebenso ein Anfechtungsrecht, das mit dem Anfechtungsgrund aus § 2079 S. 1 BGB korrespondiert, weil ihm das Aufheben der Bindungswirkung und der gleichbedeutenden Befreiung von seiner Pflichtteilsbeschränkung „unmittelbar zustatten kommen würde“.⁶⁹⁹ Eine mit dem neuen Partner vergleichbare Stellung als übergangener Pflichtteilsberechtigter gem. §§ 2079 S. 1, 2080 III BGB, dem die Aufhebung der Bindungswirkung gem. § 2080 I BGB unmittelbar zustatten käme, könnten ebenso Kinder einnehmen, die in die neue Ehe integriert werden. Ihr Eintritt in die neue Ehe wäre darüber hinaus ein weiterer Anfechtungsgrund gem. § 2079 S. 1 BGB für den überlebenden Erblasser. Wie es *Horn* formuliert, kann sich der überlebende Ehe- oder Lebenspartner damit „gezielt durch Wiederheirat oder Adoption“⁷⁰⁰ einen bereits übergangenen Pflichtteilsberechtigten erst noch verschaffen. Unabhängig davon, ob es sich um einen neuen Ehegatten oder ein weiteres Kind handelt, das in die erbrechtliche Konstellation integriert wird, stärkt der *telos* des § 2079 BGB den Pflichtteilsberechtigten in seiner Rechtsstellung, nicht als Erbe im Vorhinein gänzlich ausgeschlossen zu werden. Soll der große Kreis der Anfechtungsberechtigten vom überlebendem Ehe- oder Lebenspartner, dem neuen Partner und dessen bzw. deren gemeinsamen Kinder eingeschränkt werden, bieten sich *de lege lata* grds. zwei Optionen: Entweder wird eine Wiederverheiratungsklausel testiert, bei der dann zu hoffen bleibt, dass der Druck so zweiseitig und ausgleichend von beiden Erblassern aus-

⁶⁹⁸ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2168).

⁶⁹⁹ OLG Hamm, Beschl. v. 28.10.2014 – I-15 W 14/14, Rn. 25, juris.

⁷⁰⁰ *Horn*, NJW 2013, 2166 (2168).

geht, dass sie nicht dem Sittenwidrigkeitsmaßstab der Hohenzollern-Beschlüsse gleichkommt und Wirksamkeit entfaltet.⁷⁰¹ Oder beide Testatoren schließen für sich nur eine Anfechtung aus, indem sie testieren: „Das Recht zur Anfechtung wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten nach § 2079 BGB wird ausgeschlossen.“⁷⁰² Ob das Geschilderte noch Ausdruck der Gemeinschaftlichkeit über den Tod hinaus bedeuten mag oder die im Testament verfassten, (un)berechtigten Zweifel des Gegenüber das Gemeinsame schon *ad absurdum* führen, erscheint durchaus diskussionswürdig. Andererseits wird vom Schlechtesten ausgegangen, was der überlebende Partner verkörpern kann, insbesondere wenn die neue Ehe dem wahren Zweck der Lösung von bindenden Verfügungen der vorherigen Ehe dienen soll. Das Gesetz lässt die Möglichkeit der Anfechtung jedenfalls i.R.e. Analogie zum Erbvertrag zu, weil es grds. vom sich wohlverhaltenden Ehe- und Lebenspartner ausgeht. Es ist nicht zuletzt Ausdruck von Freiheit und Selbstbestimmung einerseits und dem postmortalen Willen andererseits dasjenige zuzulassen, was durch Testament nicht verwehrt sein soll, wenn es keine Sittenmaßstäbe durchbricht. In Anbetracht des demographischen Wandels und steigender Lebenserwartungen ist es nicht unwahrscheinlich, dass es in einigen Jahren noch seltener geworden ist, das gesamte Leben mit einem Partner zu verbringen. Gleiches mag für ein verändertes gesellschaftliches Familienbild gelten.

Unzweifelhaft bergen Patchworkfamilien große Herausforderungen, nicht zuletzt, weil ihre stetige Zunahme in Zukunft zu erwarten ist.⁷⁰³ Hinterlässt ein Erblasser Abkömmlinge, so schließen diese gem. §§ 1924, 1930 BGB alle übrigen Verwandten von der Erbfolge aus und erben ihrerseits gem. § 1924 IV BGB zu gleichen Teilen. Unabhängig ist dabei, ob diese aus einer vorherigen oder neuen Ehe leiblich hervorgingen oder adoptiert wurden.⁷⁰⁴ Einen Sonderfall hingegen bilden angeheiratete, bereits existierende und in die Ehe integrierte Kinder, die als Stiefkinder nicht erbberechtigt sind.⁷⁰⁵ Soll ein Stiefkind vom Erbe desjenigen partizipieren, der kein originäres Verwandtschaftsverhältnis zu ihm hat, besteht entweder die Möglichkeit einer Stiefkindadoption gem. § 1754 I BGB, sodass „das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten“ erlangt, oder die Option, es mit einer Verfügung zu bedenken. Der neue Ehegatte erwirbt mit der Wiederheirat seine gesetzliche Erbquote gem. § 1931 BGB, die zumindest im Regelfall der güterrechtlich vereinbarten Zugewinnngemeinschaft um ein weiteres Viertel gem. §§ 1931 III, 1371 BGB erhöht wird. Nicht selten entstehen dadurch zwischen den Abkömmlingen, insbesondere den leiblichen aus vor-

⁷⁰¹ Wie *Rausch*, FPR 2006, 141 (142) beschreibt, bleibt allerdings noch abzuwarten, nach welchen Kriterien die Wiederverheirathungsklausel zu beurteilen ist.

⁷⁰² *Horn*, NJW 2013, 2166 (2168).

⁷⁰³ *S. Kappler/T. Kappler*, ZEV 2015, 437 (444).

⁷⁰⁴ *S. Kappler/T. Kappler*, ZEV 2015, 437 (438).

⁷⁰⁵ Zumindest bei vorhandenen Abkömmlingen kann die Wiederheirat des überlebenden Ehepartners einen Motivirrtum darstellen, weshalb Dritten ein Anfechtungsrecht zukommt (*Lehrmann* in jurisPK-BGB, § 2078 Rn. 174).

heriger Ehe, und dem aktuellen Ehegatten, Streitpotentiale in der Erbengemeinschaft.⁷⁰⁶ Darüber hinaus können die o.g. Pflichtteilsstrafklauseln bei Patchworkfamilien zu erheblichen Problemen führen, wie einer Entscheidung des OLG Celle⁷⁰⁷ zu entnehmen ist, als Ehegatten ihre gemeinsamen Kinder für den zweiten Erbfall enterbten, wenn sie nach dem ersten Erbfall ihren Pflichtteil geltend machen würden. Da die Eheleute aber keine gemeinsamen Kinder hatten, sondern nur solche aus vorheriger Ehe, bemaß sich der Pflichtteil des jeweiligen Kindes nur für den jeweiligen Elternteil. Das OLG Celle hatte daraufhin den Kindern einen fiktiven Pflichtteilsanspruch für den zweiten Erbfall zugestanden, weil sie gerade keine gemeinsamen waren, sodass sie insgesamt zwei Pflichtteile geltend machen konnten. Praktischer als Wiederverheiratungsklauseln verhalten sich auch in Patchworkfamilien klassische Änderungsvorbehalte oder sog. „Jastrow’sche Klauseln“⁷⁰⁸, die nur auf gemeinschaftliche Kinder⁷⁰⁹ anwendbar sind mit dem Ziel, die Pflichtteilsansprüche derjenigen Kinder zu mindern, bei denen es gewünscht ist. Dazu wird den wohlwollenden Kindern ein Vermächtnis ausgesetzt, das mit dem ersten Erbfall anfällt, aber erst mit dem zweiten Erbfall fällig wird.⁷¹⁰

Problematisch kann es allenfalls noch werden, sollte ein Erblasser seinen letzten „gewöhnlichen Aufenthalt“⁷¹¹ im Ausland der EU verbracht haben und nach dem 17.08.2015⁷¹² verstorben sein. Dann ist das Erbrecht des jeweiligen Mitgliedsstaates anzuwenden. Dem kann die erblassende Person aber dadurch entgegenwirken, wenn sie ihr Wahlrecht für das Land ausübt, dem sie „im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört“⁷¹³. Es bestand jedoch Uneinigkeit darüber, ob die EU-ErbVO auch für das gemeinschaftliche Testament Anwendung finden sollte.⁷¹⁴ Hierzu schilderte *Leipold*⁷¹⁵ das hier verkürzt dargestellte Beispiel eines Mannes mit deutscher Staatsangehörigkeit und einer Frau mit französischer Staatsangehörigkeit, die mit Wohnsitz in Paris ein Berliner Testa-

⁷⁰⁶ Bei Lebenspartnern verhält sich die Adoption sukzessiv, d.h. dass zunächst einer der beiden adoptieren muss, bevor es der zweite kann, wie es auf Grundlage des Bundesverfassungsgerichtsurteils BVerfG Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, juris am 20.06.2014 vom Bundestag mit dem Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner beschlossen wurde (BGBl. I, 786.) Da der Adoptierte die Stellung als Kind erlangt, verhalten sich auch die entsprechenden Erb- und Pflichtteile synchron zu von nicht gleichgeschlechtlichen Ehen adoptierten Kindern (*Mieler* in Schulze/Grziwotz/Lauda, § 1741, Rn. 30).

⁷⁰⁷ OLG Celle, Beschl. v. 12.11.2009 – 6 W 142/09, juris = BeckRS 2009, 88798.

⁷⁰⁸ *Jastrow*, DNotV 1904, 424.

⁷⁰⁹ *Mayer*, ZEV 1995, 136 (138); *Breidenstein*, ZFE 2010, 263 (267).

⁷¹⁰ *Breidenstein*, ZFE 2010, 263 (265).

⁷¹¹ Art. 21 I Verordnung (EU) Nr. 650/2012.

⁷¹² So sieht es Art. 83 I Verordnung (EU) Nr. 650/2012 vor.

⁷¹³ Art. 22 I Verordnung (EU) Nr. 650/2012. Nachdem § 2270 III BGB und § 2278 II BGB wegen der Verordnung geändert und um die Rechtswahl ergänzt wurden, standen Überlegungen im Raum, wie es *Damm*, BWNNotZ 2015, 135 schildert, auch weitere Kriterien wie z. B. die Testamentsvollstreckung, mit in die vertragsgemäßen bzw. wechselbezüglichen Verfügungen aufzunehmen.

⁷¹⁴ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (227).

⁷¹⁵ *Leipold*, ZEV 2014, 139.

ment errichten. Deutsches Erbrecht ist gem. Art. 21 I EU-ErbVO nicht anwendbar, wenn beide ihren letzten „gewöhnlichen Aufenthalt“ in Frankreich verbracht haben.⁷¹⁶ Ein gleiches Ergebnis erzielt Art. 24 I EU-ErbVO, der die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Testamenten regelt und auf den Errichtungsort abstellt. Aufgrund der Anfertigung des gemeinschaftlichen Testaments in Frankreich käme daher ebenso französisches Recht zur Anwendung, dessen Testamentsrecht aber ein gemeinschaftliches Testament verbietet.⁷¹⁷ Zwar stünde dem Mann eine Wahl des deutschen Erbrechts offen, seiner Ehefrau dennoch nicht, weil Art. 22 I EU-ErbVO die entsprechende Staatsangehörigkeit zum Todeszeitpunkt voraussetzt. Ihr verbliebe weiterhin nur französisches Recht, was aufgrund des Verbots eines gemeinschaftlichen Testaments auch zur Unwirksamkeit aller wechselbezüglichen Verfügungen mit ihrem Mann führen würde. Einzig über Art. 25 EU-ErbVO könnte sich ein so ungenügendes Ergebnis korrigieren lassen. Der Grundsatz des Art. 25 II 1 EU-ErbVO, nach dem ein Erbvertrag zulässig ist, wenn (...), findet in Art. 25 III EU-ErbVO seine Ausnahme dafür, dass die Ehegatten dasjenige Recht wählen können, das „die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist“ nach Art. 22 EU-ErbVO hätte wählen dürfen. Demnach könnten beide aufgrund einer Rechtswahl wegen der deutschen Staatsangehörigkeit des Mannes nach deutschem Recht beerbt werden. Freilich müsste sich das deutsche, gemeinschaftliche Testament dann aber unter den Begriff des Erbvertrages gem. Art. 25 EU-ErbVO fassen lassen. Grundlegend bestimmt Art. 3 I lit. b EU-ErbVO die Begrifflichkeit des Erbvertrages und Art. 3 I lit. c EU-ErbVO die des gemeinschaftlichen Testaments, sodass sich eine Vereinbarkeit in der Auslegung des Wortlautes nicht ergeben mag.⁷¹⁸ Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass Art. 3 I lit. b EU-ErbVO von einer „Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente“ spricht. Durch seine Gliederung in zwei Vereinbarungstypen mag sich hierbei aufdrängen und vertretbar sein, dass darunter auch ein gemeinschaftliches Testament zu fassen ist, wenn eine entsprechende Bindungswirkung durch wechselbezügliche Verfügungen erzielt worden ist.⁷¹⁹ Letztlich bleibt die Einordnung des deutschen, gemeinschaftlichen Testaments in die EU-ErbVO nicht eindeutig. Auch mag mit einer Nachbesserung kaum zu rechnen sein, sodass die Präzision vermutlich dem EuGH überlassen bleibt.⁷²⁰ Es erscheint daher für die länderübergreifende Nachlassplanung innerhalb der EU

⁷¹⁶ Auch die hier nur der Vollständigkeit halber erwähnte Ausnahme des Art. 21 II EU-ErbVO, bei der die „Gesamtheit der Umstände“ ergeben kann, dass der Erblasser eine „offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen als dem Staat hatte, dessen Recht nach Abs. 1 anzuwenden wäre“, weshalb folglich dessen Recht anzuwenden wäre, greift ersichtlich nicht zugunsten Deutschen Testamentsrechts ein.

⁷¹⁷ Vgl. *Döbereiner* in Süß, Erbrecht in Europa, S. 611 (654).

⁷¹⁸ *Nordmeier*, ZEV 2013, 117 (120); *Schaal*, BWNotZ 2013, 29 (30); *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393 (2396).

⁷¹⁹ *Leipold*, ZEV 2014, 139 (144); *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (227); *Lechner*, NJW 2013, 26; *Herzog*, ErbR 2013, 2 (9); *Dutta*, FamRZ 2013, 4 (9 f.).

⁷²⁰ *Leipold*, ZEV 2014, 139 (144).

ratsam zu bleiben, bis zur weiteren Konkretisierung der Verordnung auf einen Erbvertrag anstelle eines gemeinschaftlichen Testaments zu bauen, um nachhaltige Beeinträchtigungen der Testierfreiheit oder Störungen des Familienfriedens vorzubeugen.⁷²¹

2.1.4.1 Der Widerruf

Eine Möglichkeit, das gemeinschaftliche Testament wieder aus der Welt zu schaffen, besteht für jeden der beiden Partner in der Form des Widerrufs. Zu unterscheiden ist hierbei allerdings zwischen den Arten der zu widerrufenden Verfügungen und dem biologischen Zustand des anderen Partners. Wie beim Einzeltestament stellt auch der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments eine Verfügung von Todes wegen dar, sodass ihre Voraussetzungen *de lege lata* konstitutiv sind.⁷²²

2.1.4.1.1 Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner

Um alle Möglichkeiten zu offenbaren, wann und in welcher Weise bei testierunfähigen Erblassern ein Widerruf bei Testierunfähigkeit zu scheitern vermag, ist es angezeigt, die Grundfälle, also die Optionen bei bestehender Testierfähigkeit, darzustellen und anhand ihrer Struktur das Scheitern des Widerrufs in allen einzelnen Merkmalen zu erfassen.

2.1.4.1.1.1 Einseitige Verfügungen

Hält ein lebender und testierfähiger Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testament eine einseitige Verfügung fest, ist diese nach § 2253 BGB grundlos und jederzeit frei widerruflich, und zwar durch Widerrufstestament, Vernichtung oder Veränderung, Rücknahme von öffentlich errichteten Testamenten aus der amtlichen Verwahrung oder durch ein späteres Testament. Dies gilt unabhängig davon, ob beide Ehegatten noch leben oder einer bereits vorverstorben ist, weil die Art der Verfügung den Überlebenden hierbei nicht binden kann.⁷²³ Im Fokus der Untersuchung stehen daher maßgeblich Verfügungen, deren Lossagungen an Grenzen stoßen, wenn Bindungswirkungen einsetzen.

2.1.4.1.1.2 Wechselbezügliche Verfügungen

⁷²¹ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225 (227).

⁷²² Vgl. *Kanzleiter*, ZEV 2015, 450 (454), der hier bereits den Fokus auf die höchstpersönliche Vornahme und die folglich unmögliche Stellvertretung gem. § 2229 IV BGB legt, was insbesondere bei Alterskrankheiten zu weiteren Problembereichen führen kann.

⁷²³ *Siegmann/Scheuing* in Scherer, Münchener Anwaltshandbuch ErbR, § 9, Rn. 38. Der Gedanke der Heimlichkeit und Sensibilität des Testierens bleibt hierbei also vollumfänglich erhalten, weil dem anderen Partner aufgrund der fehlenden Bindungswirkung kein über die eigene Verfügung hinausgehender Schutz gewährt werden braucht.

Wesentlich für das gemeinschaftliche Testament ist die gegenseitige Bindung der jeweiligen Verfügungen, dass gem. § 2270 I BGB „die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde“ und folglich „die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der anderen zur Folge“ hat. Handelt es sich um eine solche wechselbezügliche Verfügung, ist stets entscheidend, ob beide Ehegatten noch leben oder einer der beiden bereits vorverstorben ist.

2.1.4.1.1.3 Unter Lebenden

Zu Lebzeiten beider Ehe- oder Lebenspartner hat sich der gemeinsame Nachlassplan noch nicht realisiert. Die der Nachlassplanung innewohnenden Verfügungen sind aber Ausprägungen der Selbstbestimmungsfreiheit zweier Erblasser, weshalb es keinem Interessenausgleich zweckdienlich wäre, einen heimlichen Widerruf wie beim Einzeltestament oder bei einseitigen Verfügungen zu gestatten. Allerdings ist zu differenzieren, ob der Widerruf selbst einseitiger oder gegenseitiger Natur ist. Im Idealfall sind sich beide Partner einig ihre gegenseitigen Verfügungen aus der Welt schaffen zu wollen. Sie können dann durch gemeinschaftliches privatschriftliches Erklären⁷²⁴ oder gemeinschaftliches Handeln⁷²⁵ ihre Verfügungen widerrufen.⁷²⁶ Die unmittelbare Beteiligung beider an der neuen Planung und die Einigkeit im Willen bergen kein Risiko, über- oder hintergangen zu werden, sodass es auch keines erweiterten Schutzniveaus mit Blick auf eine Empfangsbedürftigkeit der Widerrufserklärung beim anderen Partner bedarf.⁷²⁷

Die Situation verändert sich elementar, wenn nur bei einem der Ehe- oder Lebenspartner ein Widerrufswunsch besteht.⁷²⁸ Dann gebührt dem anderen, wider-

⁷²⁴ Hierbei stehen ihnen wie beim Einzeltestament oder einseitigen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament der ausdrückliche Widerruf gem. § 2254 BGB oder der durch neues Testieren konkludent erklärte Widerruf gem. § 2258 BGB zur Verfügung. Beide können privatschriftlich oder öffentlich vor einem Notar erfolgen.

⁷²⁵ Die Ehe- oder Lebenspartner können ihr gemeinschaftliches Testament gem. § 2255 BGB zerreißen, verbrennen oder anderweitig vernichten, wobei ausreichend ist, dass die Handlung von einem der beiden vorgenommen wird und der andere dieser zustimmt, obwohl eine nachträgliche Genehmigung ausgeschlossen ist. Die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung beim Nachlassgericht gem. § 2256 BGB muss allerdings durch beide Partner vorgenommen werden, wie § 2272 BGB klarstellt.

⁷²⁶ *Reymann* in jurisPK-BGB, § 2271 Rn. 7 f. m.w.N.

⁷²⁷ Dem gemeinsamen Erklären oder Handeln in Widerrufsabsicht liegt regelmäßig ein auf den Widerruf oder zumindest das neue Testieren gerichtetes Kommunizieren beider Partner zugrunde. Insbesondere wenn die Widerrufshandlung, z. B. durch Zerstören, von nur einem der beiden vorgenommen wird und die Zustimmung des anderen zuvor einzuholen ist, verbleibt die Zustimmungserklärung empfangsbedürftig. Die rechtlich wirkende Widerrufserklärung des zustimmenden Partners vollzieht sich aber erst mit dem Zerreißen des handelnden Partners. Geschützt wird dadurch der aktiv Handelnde, dass er nicht gegen den Willen des anderen das Testament zerstört. Insbesondere zum Kriterium des einvernehmlichen Handelns vgl. *Baumann* in Staudinger (2018), § 2255 Rn. 40 und *Weidlich* in Palandt, § 2271 Rn. 2.

⁷²⁸ Vgl. *Edenhofer* in Palandt (2008), Einf v § 2265 Rn 11.

rufsunwilligen Partner Schutz, der sich über das Instrument der Empfangsbedürftigkeit gem. §§ 2271 I, 2296 II BGB bzw. § 10 IV LPartG i.R.d. öffentlichen Widerrufs generieren lässt.⁷²⁹ Um zu erläutern, inwieweit Einverständnisse und gemeinsame Vorhaben von Ehe- oder Lebenspartnern schon mit formellen Voraussetzungen kollidieren können, möge folgendes Beispiel eine Hilfestellung sein:

Beispiel: J und A haben kürzlich geheiratet und sich selbst gegenseitig zu Erben des anderen eingesetzt. Ihr Testament haben sie zu Hause auf einem Papier verfasst und es anschließend im Wohnzimmerschrank verstaut. Dem Testament lag folgendes Muster⁷³⁰ zugrunde:

„Wir, die Eheleute _____, geb. am _____ in _____, und _____, geborene _____, geb. am _____ in _____, wohnhaft in _____, setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vollerben unseres gesamten Vermögens ein.“

Da A beruflich nach der Geburt des gemeinsamen Sohnes F stark eingespannt ist, bemüht sich J um die Formalia zuhause. In einem Telefonat besprechen die beiden, sich selbst als gegenseitige Vorerben und künftig den F als Nacherben einzusetzen. J setzt eine entsprechende schriftliche Erklärung auf und legt sie mit einem neueren Datum versehen zum vorherigen Testament. Ein solches Berliner Testament mit einer Trennungslösung könnte nach folgendem Abbild⁷³¹ formuliert werden:

„Wir, die Eheleute _____, geb. am _____ in _____, und _____, geborene _____, geb. am _____ in _____, wohnhaft in _____, setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vollerben unseres gesamten Vermögens ein. Der überlebende Ehegatte ist jedoch nur Vorerbe. Er ist von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, soweit dies möglich und rechtlich zulässig ist. Ein Ersatzvorerbe wird nicht bestimmt, es gilt die Vorschrift des § 2102 I BGB. Zu Nacherben hinsichtlich des zum Zeitpunkt des zweiten Erbfalls übrigen Nachlasses bestimmen wir unser ehgemeinschaftliches Kind _____, geb. am _____, wohnhaft in _____.“

Ein paar Jahre später verstirbt J an den Folgen einer Schussverletzung. F – mittlerweile zuhause aufgrund eines Streits ausgezogen – verlangt von A ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände, da er sich für den Nacherben hält. Zu Recht?

Ergebnis: Ein Anspruch auf ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände könnte dem F aus § 2121 I 1 BGB zustehen, wenn er Nacherbe und A Vorerbin von J geworden ist. Die zunächst kinderlos verheirateten J und A testierten in einem gemeinschaftlichen Testament, sie sollen Erben des jeweils anderen sein. Dieses Testament könnte durch ein

⁷²⁹ *Kanzleier*, ZEV 2015, 450 (454); Vgl. *Weidlich* in Palandt, § 2271 Rn 3. Die Formerschwernis kann sich auch dann ergeben, wenn der Widerrufende nicht zwingend damit rechnet: Testieren beide Ehe- oder Lebenspartner in getrennten Urkunden, lässt sich aber daraus ein tatsächlich-gemeinschaftlicher Testierwille ermitteln, so zieht dies als gemeinschaftliches Testament auch eine entsprechende Form des Widerrufs nach sich (OLG Braunschweig ZEV 2007, 178 f.).

⁷³⁰ Verkürzt nachgebildet aus *Tanck* in *Tanck/Krug*, *Anwaltformulare Testamente* § 19, Rn. 10.

⁷³¹ Verkürzt nachgebildet aus *Tanck* in *Tanck/Krug*, *Anwaltformulare Testamente* § 19, Rn. 32.

neues, welches dem alten widerspricht, widerrufen worden sein, § 2258 I BGB. Das neuere Testament sieht die Einsetzung des F als Nacherben vor. Allerdings müsste das gemeinschaftliche erste Testament auch gemeinschaftlich widerrufen worden sein, da bei wechselseitigen Verfügungen ein einseitiger Widerruf nicht möglich ist, § 2271 I 2 BGB, selbst wenn der andere Ehegatte zustimmt⁷³², dies aber formlos⁷³³ tut. Hier mangelt es an der eigenhändigen Unterzeichnung der A. Aber auch diese hätte das zweite Testament nicht wirksam werden lassen können, da eine notarielle Beurkundung fehlte. Mithin liegt ein Formverstoß vor, der das vorherige Testament in seiner Wirksamkeit bestehen lässt, sodass A Alleinerbin geworden ist. Der F hat keinen Anspruch auf ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände.

Das Beispiel verdeutlicht erneut die auftretenden Differenzen im Berliner Testament zwischen der Trennungslösung und der Einheitslösung und den sich daraus ergebenden Rechtspositionen der Erben. Ebenso problematisch und wie *Zimmer* beschreibt bisher „nicht geklärt“ sind die Konstellationen, in denen nicht das gemeinschaftliche Testament, sondern durch ein gemeinschaftliches Testament eine frühere testamentarische Verfügung zumindest konkludent widerrufen wird, weil hierfür aufgrund des testamentarischen Ursprungs entweder § 2258 BGB Anwendung finden möge oder aber aufgrund der herangezogenen Vorschriften des Erbvertrags und seiner bindungswirkenden Ähnlichkeit § 2289 I 1 BGB gelten möge.⁷³⁴ Bis zum Zeitpunkt des Ablebens des ersten Ehe- oder Lebenspartners bindet das gemeinschaftliche Testament bei wechselseitigen Verfügungen mit nur einer formellen Auflage, sodass bis dahin von formeller Bindungswirkung gesprochen werden kann.

2.1.4.1.1.4 Vorverstorbenen Ehe- oder Lebenspartner

Wie aber wirkt das gemeinschaftliche Testament mit den in ihm enthaltenen Verfügungen fort, wenn ein Partner verstirbt? Was geschieht mit dem Widerrufsrecht des Überlebenden? Wann wandelt sich die formelle in eine materielle Bindungswirkung?

Den wechselseitigen Verfügungen wohnt der Charakter der Gemeinschaftlichkeit, des tatsächlich-gemeinschaftlichen Testierwillens, inne. Durch diese besondere Verknüpfung erlauben sie sich, nach dem Tod eines Ehe- oder Lebenspartners in ebenso besonderer Form fortzuwirken. Sie unterliegen ab diesem Zeitpunkt allesamt einer grundsätzlichen Bindungswirkung, die das gemeinschaftliche Testament in den wechselseitigen Segmenten in gewisser Weise erstarren lässt und für den überlebenden Erblasser mit einer ebenso grundsätzlichen Aufgabe seiner Testierfreiheit verbunden ist. Er ist seinerseits deswegen gebunden, weil er zuvor die Vorteile des gemeinschaftlichen Testaments in Anspruch nahm,

⁷³² RG DR 45, 76; OLG Schleswig SchlHA 57, 181.

⁷³³ KG JW 37, 477.

⁷³⁴ *Zimmer*, ZEV 2015, 450 (453).

während der Verstorbene über den Tod hinaus auf die Einhaltung seiner Verfügung und die gemeinsame Nachlassplanung vertrauen können soll.⁷³⁵ Obgleich es in praktischer Hinsicht wie eingangs erläutert oftmals problematisch sein kann, eine schon aus der Wechselbezüglichkeit resultierende Bindungswirkung festzustellen, stützt sich der dogmatische Ausschluss des Widerrufs hingegen ganz unmissverständlich auf § 2271 II 1 BGB, denn „Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten“.⁷³⁶ Von diesem *Credo* werden allerdings Ausnahmen zugelassen, die es dem Überlebenden ermöglichen sollen, seine Testierfreiheit wiederzuerlangen.

Wie bei den unter 2.1.4. erläuterten Änderungsklauseln ist es den Erblassern ebenso frei, Widerrufsvorbehalte testamentarisch einzuräumen. Der überlebende Partner kann folglich gem. § 2297 S. 1 BGB analog durch ein späteres Testament widerrufen. Wenngleich solche Vorbehalte die Bindung nicht zwingend ausschließen⁷³⁷, lässt ihre Intensität spiegelbildlich eine vorhandene Bindung zugleich schwächer werden⁷³⁸.

Ferner hat der überlebende Ehe- oder Lebenspartner die Möglichkeit, in negativer oder positiver Hinsicht auf gemeinsame Kinder zu wirken. Die Bindungswirkung kann dann durchbrochen werden, wenn ein Bedachter sich derart verhält, dass es den Erblasser zum Rücktritt vom Erbvertrag gem. § 2294 BGB berechtigten würde, also bei solchen Verhaltensweisen, die ihn gleichsam zum Entzug des Pflichtteils gem. § 2333 BGB berechtigten würden.⁷³⁹ Diese müssen zum Errichtungszeitpunkt allerdings unbekannt gewesen sein. Es genügt, wenn sich die Verhaltensweisen gegen den Vorverstorbenen gerichtet haben.⁷⁴⁰ Obgleich im Volksmund oftmals von „Enterben“ gesprochen wird und damit gedanklich erwartet wird, dem „Enterbten“ gänzlich nichts zukommen lassen zu müssen, handelt es sich in rechtlich korrekter Hinsicht nur um die Begrenzung auf den Pflichtteil z.B. wegen groben Undanks, weil selten so starke, auch den Pflichtteil berührende, Disqualifikationen von potentiellen Erben verwirklicht werden. Um die Bindungswirkung zu durchbrechen müssen allerdings so schwere Verfehlungen

⁷³⁵ Vgl. *Edenhofer* in Palandt (2008), § 2271 Rn 9. Schon nach dem ersten Erbfall können sich z. B. erhebliche steuerrechtliche Vorteile ergeben, wenn die gegenseitige Einsetzung durch Modifikationen von Vermächtnissen ggü. Nachkommen die Steuerfreibeträge jener wiederaufleben lassen. Auf diese Weise werden die zumindest zumeist genannten Nachteile des Berliner Testaments, die fehlenden Steuerfreibeträge und die hohe Steuerprogression, ausgeräumt.

⁷³⁶ Hierhinter verbirgt sich die dogmatische Präzision, dass das Momentum der Unwirksamkeit nur einsetzt, wenn der Tod des Widerrufsempfängers vor Zugang der Erklärung vom Widerrufswilligen festzustellen ist. Stirbt der Widerrufende nach Abgabe, aber vor Zugang seiner Erklärung beim Widerrufsempfänger, so hindert es die Wirksamkeit gem. § 130 II BGB grds. nicht. Der Widerrufende muss aber nach der Abgabe alles für einen zeitnahen Zugang getan haben (BGH Beschl. v. 13.07.1959 – V ZB 4/59, juris = NJW 1959, 1730).

⁷³⁷ *Lange*, ErbR, § 24 VI 5 b.

⁷³⁸ *Lange*, ErbR, § 24 VI 5 b.

⁷³⁹ *Müller*, ZEV 2011, 240 (242).

⁷⁴⁰ *Müller*, ZEV 2011, 240 (242).

vorliegen, die tatsächlich zum Entzug des Pflichtteils berechtigen. In positiver Hinsicht kann der Überlebende gemeinsame Kinder i.R.d. Schuldnerschutzes vor Zugriffen von Gläubigern dadurch bewahren, dass er die Erbenrechte der Kinder wegen Überschuldung gem. §§ 2271 III i.V.m. §§ 2289 II, 2338 BGB ebenfalls auf den Pflichtteil begrenzt. Sowohl der Pflichtteilsentzug in negativer Motivation als auch die Beschränkung in guter Absicht dienen nicht nur der Durchbrechung formeller Bindung, sondern sind auch geeignet, nach dem Tod des ersten Partners und sogar nach dem Ablaufen der Ausschlagungsfrist, die dann eingetretene materielle Bindung zu kappen. Beide Varianten setzen allerdings sowohl die Existenz gemeinsamer Abkömmlinge voraus, als auch deren Verhaltens- oder Lebensweisen als grundlegende Voraussetzung für ein Durchbrechen der Bindungswirkung.

Darüber hinaus ist ein gemeinschaftliches Testament gem. § 2268 BGB „seinem ganzen Inhalt nach unwirksam“ und lässt die Testierfreiheit wieder vollends aufleben, wenn die Ehe oder Partnerschaft gem. § 2077 BGB „vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist“.⁷⁴¹

Für einen Widerruf der formell bindend gewordenen Verfügungen verbliebe dem überlebenden Partner als *ultima ratio* einzig die Möglichkeit, die Erbschaft binnen sechs Wochen nach dem Erbfall gem. § 2271 II 1 Hs. 1 BGB auszuschlagen, damit sich der Nichtigkeitszusammenhang des § 2270 I BGB auf alle wechselbezüglichen Verfügungen erstreckt. Die Enttäuschung des Vorverstorbenen oder zumindest die unzulängliche Einhaltung des gemeinsamen Nachlassplanes mag sich nur dadurch rechtfertigen, dass der überlebende Partner aufgrund der Ausschlagung keine Vorteile mehr aus dem gemeinschaftlichen Testament hat.⁷⁴² Es darf aber durchaus bezweifelt werden, ob ein Verzicht auf die testamentarische Erbfolge stets als Nachteil zu begreifen ist, wenn der Überlebende doch zugleich nach § 1948 BGB gesetzlicher Erbe wird. Zum Verständnis soll folgendes Beispiel beitragen:

Beispiel: S und M sind verheiratet, leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und haben zwei leibliche Kinder. Sie entschließen sich zu einem Berliner Testament, in welchem wechselbezüglich der jeweils überlebende Ehegatte Alleinerbe sein soll und die Kinder Schlusserben nach Ableben des zweiten Ehegatten. Nach dem Tod des M beträgt die Erbschaft fünf Mio. Euro. S lernte in der Zwischenzeit B kennen, den sie beabsichtigt zu heiraten und mit ihm gemeinschaftlich zu testieren. Ist es möglich, dass S ihre Testierfreiheit wiedererlangt und zugleich Erbin wird?

Lösung: S kann gem. § 2271 II 1 Hs. 1 BGB ihre wechselbezüglichen Verfügungen mit M widerrufen, wenn sie das testamentarische Erbe ausschlägt. Sie kann daraufhin

⁷⁴¹ Diesem Grundsatz steht die Ausnahme für Verfügungen anheim, wenn gem. § 2268 II BGB „anzunehmen ist, dass sie auch für diesen Fall getroffen sein würden“. Dann gelten sie auch nach Beendigung der Ehe oder Partnerschaft wechselseitig fort und begrenzen weiterhin gleichsam die Testierfreiheit des überlebenden Partners.

⁷⁴² Wolf in Soergel, § 2271 Rn. 19.

gem. § 1948 I BGB „die Erbschaft als gesetzliche Erbin annehmen“, von der S als Ehegattin gem. §§ 1922, 1931 I Hs. 1 BGB zu einem Viertel und gem. § 1371 I Hs. 1 BGB über den pauschalen Zugewinnausgleich um ein weiteres Viertel partizipiert, sodass ihr gesamter Anteil an der Erbschaft die Hälfte, also 2,5 Mio. Euro, beträgt. Die Kinder erben gem. §§ 1924 I, IV BGB zu gleichen Teilen je 1,25 Mio. Euro. S ist gesetzliche Erbin und erhält darüber hinaus ihre volle Testierfreiheit zurück.

Dieses Ergebnis mag auf den ersten Blick die Interessenlage des widerrufswilligen, überlebenden Partners stärker schützen als den gemeinsamen Nachlassplan mit dem Vorverstorbenen. Dies fußt maßgeblich zum einen darauf, dass § 1948 I BGB dem Erben die Entscheidung überlässt, dass er „die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen“ kann, und zum anderen, dass „das ihm Zugewendete“ nach § 2271 II 1 Hs. 2 BGB in seinem Wortlaut den Inhalt der Verfügung meinen soll.⁷⁴³ Dem hält *Otte* entgegen, dass unter dem Zugewendeten zu verstehen sei, „was der vorverstorbene Ehegatte dem Überlebenden durch seine Verfügung nicht nur zugewandt, sondern auch nicht durch Enterbung vorenthalten hat.“⁷⁴⁴ Er gründet dies u. a. darauf, dass der Überlebende nicht davon profitieren könne, dass er dem Vorversterbenden keine Reaktionsmöglichkeit auf sein Widerrufsinteresse einräume, ggf. sogar bis zu seiner unmöglich gewordenen Enterbung abwarten würde, um sich ein risikoloses Widerrufen zu ermöglichen.⁷⁴⁵ Dem hält *Jestaedt* wiederum entgegen, dass dies zum einen der Wortlaut des § 2271 II 1 Hs. 2 BGB nicht zulasse, wenn er das „Zugewendete“ beschreibt, und zum anderen die Sperrwirkung des § 2270 III BGB greife, weil eine Nichtenterbung für den gesetzlichen Erbteil als „andere Verfügung“ nicht von der Bindungswirkung erfasst sei.⁷⁴⁶

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dem überlebenden Ehegatten die Einrede *venire contra factum proprium* entgegenzuhalten, weil er sich dadurch widersprüchlich verhalten könne, das testamentarische Erbe auszuschlagen und das gesetzliche Erbe anzunehmen.⁷⁴⁷ Dem könnte man entgegenhalten, dass dieses Verhalten gerade durch den Wortlaut des § 1948 I BGB erlaubt wird. Der Wortlaut des § 1948 I BGB erfasst sowohl das Ausschlagen des testamentarischen Erbes als auch das Antreten der gesetzlichen Erbschaft. Zu hinterfragen wäre, ob widersprüchliches und rechtsmissbräuchliches, also einredewürdiges Verhalten i.R.v. Erlaubnissätzen gänzlich ausgeschlossen ist. Festhalten lässt sich hierzu, dass

⁷⁴³ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 28.

⁷⁴⁴ *Otte* in Staudinger (2017), § 1948 Rn. 12. Diese Ansicht vertrat *Otte* bereits auch früher (z. B. *Otte/Marotzke* in Staudinger (1989) § 1948 Rn. 7 ff.). Daraus lässt sich gerade keine „überholte Ansicht“ schlussfolgern, wie es *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 28. (Fn. 77) annimmt.

⁷⁴⁵ *Otte* in Staudinger (2017), § 1948 Rn. 12.

⁷⁴⁶ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 28.

⁷⁴⁷ „Die Unzulässigkeit einer Rechtsausübung folgt schließlich daraus, dass sich der Gläubiger in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt“ (*Olzen/Looschelders* in Staudinger (2015), § 242 Rn. 284.)

der Rechtsmissbrauch nicht aus einem nicht-positiv-gesetzlich ausgestalteten Verhalten resultiert, sondern daraus, sich widersprüchlich mit Blick auf den selbst gesetzten Vertrauenstatbestand zu verhalten.⁷⁴⁸ Dieses Vertrauen müsste dann auf der Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft beruhen und signalisieren, dass eine Annahme der gesetzlichen Erbschaft nicht beabsichtigt ist. Ließe man die Einrede gegen die gesetzliche Erbfolge zu, drängt sich die Frage auf, mit welchem Anteil der ausschlagende Ehe- oder Lebenspartner noch erben würde. Der gesetzliche Erbteil des Ehegatten von einem Viertel gem. § 1931 I 1 BGB würde als ausgeschlagen gelten und sich entsprechend auf ein Achtel gem. § 2303 I, II BGB halbieren. Dieser wird addiert um den konkret berechneten Zugewinnausgleich gem. § 1373 ff. BGB von einem Viertel auch trotz Ausschlagung gem. § 1371 III BGB, herangezogen werden kann. Trotz des als ausgeschlagen geltenden gesetzlichen Erbteils würde der überlebende Ehe- oder Lebenspartner fernab von testamentarischer oder gesetzlicher Erbfolge wie ein Pflichtteilsberechtigter ein Achtel Erbmasse und den konkret berechneten Zugewinnausgleich erhalten.⁷⁴⁹

Ebenfalls möglich erscheint die Einschränkung des § 1948 I BGB über die jeweiligen Höhen des gesetzlichen und testamentarischen Erbteils. Der gesetzliche Erbteil könnte bei einer Ausschlagung aufgrund einer konkludenten Enterbung gesperrt sein⁷⁵⁰, weil dem Willen des Erblassers entgegenstehen könnte, dass der überlebende Ehegatte die gemeinsame Nachlassplanung aufgibt und gesetzlich erbt, wenn testamentarischer und gesetzlicher Erbteil etwa gleich groß sind⁷⁵¹. Mangels gesetzlicher Auslegungsregel und wohl selten bestehenden Anhaltspunkten vermag ein konkludentes Enterben eher weniger zu überzeugen.⁷⁵² Würde der gesetzliche Erbteil in seinem Wert allerdings niedriger liegen als der testamentarische, soll das bereits dafür ausreichen, dass der Überlebende an der testamentarischen Erbfolge festhält.⁷⁵³ Wenngleich es dadurch gerechtfertigt sei, dass er seine Testierfreiheit wiedererlangt, mag doch bezweifelt werden, wie es sich verhält,

⁷⁴⁸ „Eine unzulässige Rechtsausübung kommt danach zunächst in Betracht, wenn durch ein Verhalten des Rechtsinhabers ein schutzwürdiges Vertrauen auf eine bestimmte Sache oder Rechtslage bei der Gegenpartei hervorgerufen wurde“ (*Olgen/Looschelders* in Staudinger (2015), § 242 Rn. 290.) Als Gegenpartei könnte dabei die Gesamtheit aller übrigen Erben anzusehen sein. Dem den Erbfall auslösenden Erblasser ggü. ist die Treuwidrigkeit schließlich nicht mehr vermittelbar.

⁷⁴⁹ Der wegen der Einrede beschränkte Erbe erbt letztlich wie ein nur pflichtteilsberechtigter Ehe- oder Lebenspartner: Wenn der Ehegatte gesetzlicher Erbe ist, steht ihm gem. § 1931 I 1 BGB ein Viertel als gesetzlicher Erbteil zu. Dieser erhöht sich gem. §§ 1931 III, 1371 I mit Blick auf den Zugewinnzugewinnausgleich um ein weiteres Viertel (sog. großer Pflichtteil bzw. erbrechtliche Lösung). Allerdings könnte der überlebende Ehegatte auch die Erbschaft ausschlagen. Dann erhielte er gem. § 2303 I, II BGB die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils, also ein Achtel (sog. kleiner Pflichtteil bzw. güterrechtliche Lösung), addiert um den konkret berechneten Zugewinnausgleich gem. §§ 1373 ff. BGB.

⁷⁵⁰ Vgl. Pfeiffer, FamRZ 1993, 1266 (1279).

⁷⁵¹ Musielak, ZErb 2008, 189 (192 f.).

⁷⁵² Vgl. Pfeiffer, FamRZ 1993, 1266 (1279).

⁷⁵³ Musielak, ZErb 2008, 189 (192).

wenn der gesetzliche Erbteil nur marginal unter dem testamentarischen läge.⁷⁵⁴ Ohnehin dürfte danach gefragt werden, an welchem monetären Wert sich die Freiheit zu testieren überhaupt bemessen könnte oder vereinfacht ausgedrückt: Was kostet Testierfreiheit?

Dieser rhetorischen Fragestellung anschließend wäre zu bedenken, dass sich die Ausschlagungsproblematik nur stellen mag, wenn Schlusserben im gemeinschaftlichen Testament vorhanden sind, denn i.R.d. Trennungslösung wäre der überlebende Ehe- oder Lebenspartner nach dem Tod des ersten nicht mehr gebunden, da die Realisierung der gemeinsamen Nachlassplanung bereits mit dem ersten Erbfall eingetreten wäre. Und selbst nach erfolgter Ausschlagung wäre die gesetzliche Erbfolge noch immer nicht anwendbar, weil durch die Schlusserbenseinsetzung z.B. gemeinsamer Kinder potenziell nachrückende Ersatzerben vorhanden sind, die an die Stelle des Ausschlagenden treten.⁷⁵⁵ Da die Ausschlagung für das gemeinschaftliche Testament *de lege lata* nur begrenzte Wirkung aufweist, mag die Bindungswirkung vor und nach dem ersten Erbfall durchaus vergleichbar sein.⁷⁵⁶ Für das o.g. Beispiel können die Ausführungen Folgendes bedeuten:

Lösungsalternative: S möchte ihre Testierfreiheit wiedererlangen und gesetzlich erben. Sie kann gem. § 2271 II 1 Hs. 2 BGB ihre wechselbezüglichen Verfügungen mit M widerrufen, wenn sie das testamentarische Erbe ausschlägt. Weil nicht eindeutig aus dem Berliner Testament hervorgeht, ob die beiden als Schlusserben eingesetzten Kinder auch Ersatzerben gem. §§ 2102 I, 2096 BGB im Falle des Ablebens eines der Elternteile sein sollen, gelten sie im Zweifel als solche.⁷⁵⁷ Beide verdrängen sodann S als testamentarische Erbin und halten die testamentarische Erbfolge aufrecht. S kann die Erbschaft nicht mehr als gesetzliche Erbin annehmen. Trotz Ausschlagung erhält sie aber gem. § 2303 I, II BGB die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, also ein Achtel, addiert um den anband von Anfangs- und Endvermögen konkret berechneten Zugewinnausgleich gem. §§ 1373

⁷⁵⁴ Kritik übt an der Vermutung auch *Pfeiffer*, FamRZ 1993, 1266 (1278).

⁷⁵⁵ Problematisch kann es hingegen werden, wenn ein Schlusserbe, z. B. ein Kind der Ehe- oder Lebenspartner, nach dem ersten und vor dem zweiten Elternteil verstirbt. Dann könnte nach entsprechender Auslegung des § 2069 ein Abkömmling des verstorbenen Schlusserben, also z. B. ein Enkel des überlebenden Partners, als Ersatzerbe angesehen werden. Der BGH⁷⁵⁵ verneint hierbei jedoch eine Kombination aus Bindungswirkung gem. § 2070 II BGB und Ersatzerbenstellung nach § 2069, weil für die bindende Wirkung der Errichtungszeitpunkt der Verfügung maßgeblich sei und für Ersatzerbenstellung der Zeitpunkt des Schlusserbfalls. Anders kann der Fall liegen, wenn die Zweifelsregel des § 2270 II BGB nicht benötigt wird, der verstorbene Erblasser also bereits Anhaltspunkte für eine willentliche Ersatzerbeneinsetzung geliefert hat.

⁷⁵⁶ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 31: Er sieht § 2270 I BGB als den Ursprung der Bindungswirkung an, setzt diese für vor und nach dem ersten Erbfall gleich und folgert dies aus der gesetzlichen Wertung für den Ausgleich zwischen Bindungs- und Lösungsinteresse, weil das Lösungsinteresse überwiege, wenn der Lösungswillige aus der gemeinsamen Verfügung keine Vorteile ziehen kann. *Wolf* in *Soergel*, § 2271 Rn. 19 hingegen leitet die Bindungswirkung aus dem Ausschlagungserfordernis her.

⁷⁵⁷ Vgl. *Kipp/Coing*, ErBR, § 79 III 3 d.

ff. BGB. S erhält 0,625 Mio. Euro, ihren konkret berechneten Zugewinnausgleich und ihre volle Testierfreiheit zurück. Die beiden Kinder erhalten durch ihre dem Berliner Testament innewohnende Schlusserbenstellung gem. § 2102 I BGB als Ersatzerben je 2,1875 Mio. Euro, hälftig reduziert um den konkret berechneten Zugewinnausgleich der S.

Das Beispiel verdeutlicht den geminderten, originären Erbanteil des Ausschlagenden, der aber um die zufällige, da konkret berechnete, Komponente des Zugewinnausgleichs erhöht wird. Es stellt aber auch heraus, welche familienrechtliche Tragweite die Anerkennung der Schlusserben als Ersatzerben für gemeinschaftliche Nachlasspläne haben kann. Unabhängig aller Erbanteile i.R.d. divergenten Lösungswege erhält der Ausschlagende seine volle Testierfreiheit zurück. Deswegen darf danach gefragt werden, ob dem Lösungsinteresse des Überlebenden ggü. dem die ursprüngliche Testierfreiheit ersetzenden Bindungsinteresse des Vorverstorbenen unverhältnismäßig mehr Schutz eingeräumt wird, wenn doch die immanente Konstante des § 2271 II 1 Hs. 1 BGB „Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tod des anderen Ehegatten“ durchbrochen werden kann.⁷⁵⁸ Zu Recht stellt *Jestaedt* fest, dass für die Annahme dieser These eine Bindungswirkung trotz der Ausschlagung existieren müsse.⁷⁵⁹ Denkbar wäre, die Aufhebung nach Ausschlagung gem. § 2271 II 1 Hs. 2 BGB nicht als Widerruf gem. § 2270 I BGB anzusehen mit der Folge, dass die Verfügungen des Vorverstorbenen unantastbar blieben.⁷⁶⁰ Hierfür könnte das Vertrauen auf den gemeinsamen Nachlassplan und die fehlende Reaktionsmöglichkeit des verstorbenen Partners sprechen. Dem kann entgegengehalten werden, dass dann aber Aufhebung des Einen und Bindung des Anderen kombiniert würden, die Wechselbezüglichkeit mithin durchbrochen wäre, was dem Vertrauensschutz des Vorverstorbenen erst recht zuwiderlaufen mag.⁷⁶¹ Auch mag im Kriterium der sechswöchigen Ausschlagungsfrist gem. § 1944 I BGB keine Bindungswirkung gesehen werden, weil bei einem ihr unterstellten Gestaltungscharakter die Bindung erst nach Ablauf der Frist materiell würde, der Tod des erstversterbenden Partners also für die Bindung und den Widerruf bedeutungslos wäre, da er binnen sechs Wochen wie vor dem Tod möglich wäre.⁷⁶² So könnte man annehmen, die Bindungswirkung vor dem ersten Erbfall könne mit der Bindungswirkung nach dem ersten Erbfall gleichgesetzt werden, weil die Ausschlagungsfrist nur praktischen Problemen vorbeugen will.⁷⁶³ Andererseits bildet nur der Tod eines Ehepartners den hierfür fristauslösenden Um-

⁷⁵⁸ Vgl. *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 24.

⁷⁵⁹ So sieht es z. B. *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 24.

⁷⁶⁰ OLG Celle ZEV 2009, 138.

⁷⁶¹ Vgl. OLG Celle ZEV 2009, 138 (139 f.).

⁷⁶² Vgl. *Leipold* in MüKo-BGB, § 1944 Rn. 1. Materielle Bindungswirkung würde gar ewig ausbleiben, hätten sich die Partner mit Vermächtnissen wechselbezüglich bedacht, weil § 2180 III BGB einen abschließenden *numerus clausus* von beim Vermächtnis anwendbaren Vorschriften der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft aufzählt (vgl. BGH NJW 2011, 1353).

⁷⁶³ So schlussfolgert es *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 31.

stand ab, sodass er zumindest Ausgangspunkt des bis dahin mit der Ausschlagung bedingten Widerrufs bliebe. Unabhängig davon verbliebe als unberührter Mittelpunkt der Bindungswirkung letztlich nur § 2270 I BGB.⁷⁶⁴

2.1.4.1.2 Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner

In über 50% aller Fälle von Testierunfähigkeit wird festgestellt, dass sie Folge einer demenziellen Erkrankung ist.⁷⁶⁵ Die vorwiegend von ihr im höheren Alter betroffenen Testatoren sehen sich regelmäßig der Problematik ausgesetzt, nicht mehr aktiv am Rechtsverkehr teilnehmen, jedenfalls nicht mehr aktiv ihre Testierfreiheit ausüben zu können. Hier ist mit Blick auf die Stellvertretung und dem Gebot der Höchstpersönlichkeit gem. § 2229 BGB ein wachsendes Problemfeld eröffnet.⁷⁶⁶ Dem Vorgenannten ist zu entnehmen, dass das für den Widerruf entscheidende Differenzierungskriterium nicht nur der Tod des einen Partners sei, welches dem Widerruf die Barriere der Bindungswirkung gegenüberstellt, weil er zuvorderst fristauslösender Umstand für die Ausschlagung ist und sich die Qualität der Bindungswirkung aus § 2270 I BGB herleiten lässt. Trotzdem ist nur der Tod fristauslösender Umstand für die Bindung des länger lebenden Partners. Der Vertrauensschutz und die fehlende Reaktionsmöglichkeit des Vorverstorbenen bieten hierfür den größten argumentativen Nährboden, dem Bindungsinteresse Vorrang einzuräumen. Doch mögen diese Gründe nicht ebenso auf denjenigen zutreffen, dem die Teilnahme am Rechtsverkehr und die Ausübung seiner Testierfreiheit untersagt ist, weil er dazu nicht mehr in der Lage ist? Zu Recht kann die Überlegung angestellt werden, die Geschäft- und Testierunfähigkeit als „Sterben der Persönlichkeit“⁷⁶⁷ anzusehen und sie dadurch dem Tod gedanklich anzunähern⁷⁶⁸.

2.1.4.1.2.1 Abgabe

Ist einer der beiden Ehe- oder Lebenspartner nicht mehr in der Lage, ein Testament zu verfassen und ist dies gerichtlich festgestellt, so ist er *de lege lata* ebenso nicht mehr in der Lage, Verfügungen zu widerrufen, da er keinen Widerruf als

⁷⁶⁴ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 31; a.A. *Wolf* in *Soergel*, § 2271 Rn. 19, der die Parallele der Widerrufsstruktur vor und nach dem Erbfall nicht aus dem Nichtigkeitszusammenhang nach § 2270 I BGB, sondern aus dem Ausschlagungserfordernis herleitet.

⁷⁶⁵ *Cording*, ZEV 2010, 115 (116). Hierbei sind die vaskuläre Demenz und die Alzheimer Demenz die am Häufigsten auftretenden Demenzarten. Wie *Lange*, ZEV 2008, 313 (Fn. 1 m.w.N.) schildert, beträgt die Zahl der Neuerkrankungen an Demenz jährlich etwa 200.000. Aufgrund des demographischen Wandels ist von einer Zunahme der Anzahl auszugehen.

⁷⁶⁶ *Zimmer*, ZEV 2015, 450 (454).

⁷⁶⁷ AG München ZEV 2011, 81 (82).

⁷⁶⁸ *Grunsky*, ErbR 2013, 98 (101).

Willenserklärung wirksam abgeben kann.⁷⁶⁹ Die Testierunfähigkeit schließt einen Widerruf durch den Ehe- oder Lebenspartner *in persona* gänzlich aus.

2.1.4.1.2.2 Empfangnahme

Das bisher Geschilderte entzieht dem testierunfähigen Erblasser das Recht zu widerrufen gänzlich. Es verhält sich *de lege lata* aber grundlegend anders, wenn der Testierunfähige die Widerrufserklärung des testierfähigen Ehe- oder Lebenspartners annehmen möge. Während es dogmatisch auf den wirksamen Zugang der Erklärung ankommt, erscheint rechtlich ebenso bedenklich, dass einerseits eine Reaktionsmöglichkeit des Testierunfähigen nicht erfolgen kann und er andererseits eine aufoktroierte Nachlassplanung als seine selbst gewählte bezeichnen darf, weil seine wechselbezüglichen Verfügungen ebenfalls widerrufen sind.⁷⁷⁰ Der wirksame Zugang der Widerrufserklärung setzt Testierfähigkeit voraus. Besteht Testierunfähigkeit auf Seiten des Empfängers, verlagert sich der Zugang auf den Vertreter, sodass der Vertretene die Erklärung nur noch empfangen braucht. Aufgrund der Ausgestaltung des Empfangs als Realakt ist er auch von einem Testierunfähigen wahrzunehmen.⁷⁷¹

2.1.4.1.3 Betreuer oder Bevollmächtigter

Der Widerruf richtet sich gem. § 2271 I 1 BGB nach der für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Vorschrift, weshalb mit Blick auf einen originären Vertragstypus zunächst an eine klassische Stellvertretung gem. § 164 I BGB gedacht werden könnte. Die in Betracht kommende Vorschrift des § 2296 I BGB schließt jedoch die Stellvertretung für den Rücktritt explizit aus, da er „nicht durch einen Vertreter“ erfolgen kann und bekräftigt daher das Gebot der Höchstpersönlichkeit gem. § 2064 BGB, sowie die Rückausnahme des Verweises.

2.1.4.1.3.1 Abgabe

Durch die Anwendbarkeit von Vorschriften über den Erbvertrag für das gemeinschaftliche Testament hält *Schlüter* eine analoge Anwendung des § 2282 II BGB für möglich, dass es zumindest dem Betreuer gestattet sei für den Testierunfähigen zu widerrufen.⁷⁷² Bei der Errichtung wird aber auf die Stellvertretung verzichtet. Dem wird insbesondere entgegengehalten, dass es gegen den ausdrücklichen Wortlaut des § 2064 BGB verstößt, eine Stellvertretung für ein Testament zu er-

⁷⁶⁹ Dogmatisch verbirgt sich dahinter mit *Klumpff* in Staudinger (2017), § 104, Rn. 2. Die „Inkompetenz des Geschäftsunfähigen zur rechtsverbindlichen Äußerung ihres Willens“. Denn der Empfang des anderen Partners würde wegen des Nichtigkeitszusammenhangs gem. § 2270 I BGB die eigenen Verfügungen des Widerrufenden nichtig werden lassen.

⁷⁷⁰ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 91 f.

⁷⁷¹ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 125 (Fn. 6).

⁷⁷² *Schlüter*, ErbR, Rn. 364.

lauben.⁷⁷³ Darüber hinaus wird dabei dogmatisch verkannt, dass positive und negative Verfügungen ebenbürtig sind, wie es z.B. i.R.d. Anfechtungserklärung gem. § 2081 I BGB deutlich wird, dass „einer letztwilligen Verfügung“ gleichsteht, dass „eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird“. Für *Schlüter* könnte aber sprechen, dass die Motivationsgrundlage des Widerrufenden negativ behaftet sein kann und er sich keine Gedanken um eine dann geltende Erbfolge macht. Dies vermag der Widerruf aber nicht zu leisten, soweit er als Verfügung von Todes wegen ausgestaltet ist, weil er immer etwas Neues, Widersprechendes und erbrechtlich Bindendes freisetzt, selbst wenn es nur ist, dass das zuvor Verfugte nicht mehr gelten mag, weil auch das als positiv verfügt begriffen werden kann. Es scheint daher weniger die Gleichsetzung von positiver und negativer Verfügung oder von Errichtung und Widerruf als Verfügung zu sein, als vielmehr die nur vermeintlich positive Regelung, dass nach dem Widerruf in jedem Falle etwas anderes erbrechtlicher Natur gilt, das nicht zwingend beabsichtigt, doch aber zumindest billigend in Kauf genommen wird. Dieses Risiko bzw. diese Bindung erscheint für den Testator dann auch hinnehmbar, weil er jemals testiert hatte und sich bereits einmal Gedanken um seine Nachlassplanung gemacht hat. Deswegen erscheint es nicht zweckgerecht eine Analogie des § 2282 II BGB zuzulassen. Weder einem Vorsorgebevollmächtigten noch einem Betreuer steht es zu, für den Testator zu widerrufen.⁷⁷⁴

2.1.4.1.3.2 Zugang

Die Wirksamkeit der Widerrufserklärung fußt mit Blick auf den Zugang maßgeblich darauf, dass der notariell beurkundete⁷⁷⁵ Inhalt im Original⁷⁷⁶ dem gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen zugeht⁷⁷⁷. Dogmatisch liegt den Wirksamkeitsanforderungen insbesondere § 131 I BGB zugrunde, der keine tatsächliche

⁷⁷³ Vgl. *Lange*, ZEV 2008, 313 (315).

⁷⁷⁴ *Lange*, ZEV 2008, 313 (315). Eine Stellvertretung durch Vorsorgebevollmächtigte und Betreuer ist i.R.d. Ausschlagung gem. § 1945 III BGB möglich. Allerdings bezieht sich Vertretung nur auf die Ausschlagungshandlung, nicht auf die Widerrufshandlung. Um den *telos* des § 2270 I BGB zu erfüllen, bedürfte es einer Stellvertretung beim Widerruf selbst, sodass sich hierdurch kein Lösen von wechselbezüglichen Verfügungen erzielen lässt.

⁷⁷⁵ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2296 Rn. 4.

⁷⁷⁶ Als ausreichend werden sowohl Urschrift als auch gem. § 47 BeurkG die Ausfertigung erachtet, jedenfalls aber keine Abschrift, da es sich um die Erklärung selbst handeln muss (BGH NJW 1981, 2299 (2300)), die dem Widerrufsgegner zu übermitteln ist (BGH, Beschl. v. 7.6.1995 – VIII ZR 125/94, juris = NJW 1995, 2217). *Zimmer*, ZEV 2015, 450 (454) weist eindringlich darauf hin, dass die „als reinen Formalismus zu bezeichnende Rechtsprechung“ zu unbefriedigenden Ergebnissen und Haftpflichtfällen führt und sich daher die Übermittlung durch einen Gerichtsvollzieher samt dokumentiertem Zugang auf der Zustellurkunde anbietet (dazu auch OLG Zweibrücken Beschl. v. 18.4.2005 – 3 W 15/05, juris = ZEV 2005, 483.)

⁷⁷⁷ *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (161); *Helms*, DNotZ 2003, 104 (106). Um Beweisschwierigkeiten zu minimieren, empfehlen u. a. *Helms*, DNotZ 2003, 104 (106) und *Schneider*, ZEV 1996, 220 die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher gem. § 132 BGB i.V.m. §§ 191 ff. ZPO.

Kenntnisnahme fordert, sondern die reine Möglichkeit hierzu genügen lässt.⁷⁷⁸ Wenngleich die Erklärung ggü. dem Geschäftsunfähigen⁷⁷⁹ abzugeben ist, muss sich der Zugang auf Seiten des Vertreters realisieren, damit der Widerruf wirksam wird.⁷⁸⁰ Aufgrund des Dreipersonenverhältnisses vom Widerrufenden, Geschäftsunfähigen und dessen Betreuer stellt sich regelmäßig die Frage der Risikoverteilung für das Scheitern des Erklärungszugangs. Im Lichte des § 131 I BGB, der den Geschäftsunfähigen schützt, dessen Interessen der Vertreter wiederum wahrnimmt, erscheint es interessengerechter, dem Widerrufenden das Risiko zuzumuten, dass seine Erklärung beim Vertreter zugeht.⁷⁸¹ Damit läge der Umsetzung des Widerrufs ggü. dem Geschäftsunfähigen freilich ein nachvollziehbares, dogmatisches Fundament zugrunde. Man mag sich aber fragen dürfen, ob die Konzeption insgesamt, einen Widerruf ggü. einem nicht mehr reaktionsfähigen Erblasser zuzulassen, in moralischer Hinsicht noch überzeugt. Dies ließe sich bejahen, wenn unter dem hiesigen Dogma keine elementaren Interessen des Vertretenen ausgeklammert würden, was zumindest anzunehmen wäre, wenn die Bestellung eines

⁷⁷⁸ Vgl. *Reichhold* in jurisPK-BGB, § 131 Rn. 7. Umstritten ist aber, ob der Widerruf durch direktes Mitteilen oder schon zufällige Kenntnis den Zugang beim Betreuer bewirkt. Während *Reichhold* in jurisPK-BGB, § 131 Rn. 7 es genügen lässt, dass der Betreuer Kenntnis vom Widerruf erlangt, obwohl dieser nicht an ihn gerichtet war (zufällige Kenntnisnahme), lässt die wohl h.M. die zufällige Kenntnisnahme nicht genügen, weil die Zugangsbegriffe bei § 130 BGB und § 131 I BGB identisch seien und die dafür notwendige jeweilige Willenserklärung von der Absicht getragen sein müsse, sie dem Vertreter ggü. abzugeben (zielgerichtetes Mitteilen), vgl. BAG NJW 2011, 872 (873), dessen Urteil *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 93 (Fn. 84) durch die erstmalige Argumentation den „Anspruch einer Leitentscheidung“ beimit. Eine Willenserklärung, die nicht an den Betreuer gerichtet ist, könnte diesem so selbst bei positiver Kenntnis nicht wirksam zugehen. Gegen die unerlässliche Zielgerichtetheit spricht aber der Wortlaut des § 131 I BGB, dass die „Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben“ wird. Lediglich Hs. 2 nimmt darauf Bezug, dass sie dem Vertreter „zugeht“. Ließe man darüber hinaus die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügen, wäre ganz gleich, ob dies tatsächlich oder zufällig geschieht, da in einem Moment, in dem der Kenntnisnahme, jedenfalls die Möglichkeit hierzu bestand. Man könnte mit *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (162) wortlautstreu sogar davon ausgehen, dass die Willenserklärung mit Blick auf § 131 I BGB stets an den Geschäftsunfähigen abzugeben sei. Für eine weitere Vertiefung der Problematik *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 92 ff.

⁷⁷⁹ In der hiesigen Darstellung wird konsequenterweise auf die kombinierte Nennung des Geschäfts- und Testierunfähigen verzichtet, weil einerseits nur die Geschäftsunfähigkeit auf Seiten des Wider-
ruffgegners gemeint sein kann, wenn es um die passive Teilnahme am Rechtsverkehr durch den reinen, annahmelosen, realaktischen Empfang einer Willenserklärung geht, andererseits § 131 I BGB ausdrücklich von Geschäftsunfähigen spricht, obwohl dem Gesetz Testierunfähigkeit nicht unbekannt ist, wie § 2229 IV BGB darlegt. Freilich könnten testierunfähige Erblasser existieren, deren Fähigkeiten für den vertreterlosen Empfang einer Widerrufserklärung genügen.

⁷⁸⁰ Diese Maßgabe ist für den Vertreter auch nicht abdingbar, z. B. durch eine Einwilligung, der Zugang beim Testierunfähigen genüge, vgl. *Zimmer*, ZEV 2007, 159; *Vollmer*, ZErB 2007, 235; *Keim*, ErbR 2014, 118. Gegen die Möglichkeit eines Widerrufs *Grunsky*, ErbR 2013, 97.

⁷⁸¹ Vgl. *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 96. Um den Anforderungen des benannten BAG-Urteils zu genügen, müsste der Widerruf ggü. dem Vertreter abgegeben werden. Ausnahmsweise braucht es gar keines Zugangs beim Geschäftsunfähigen, wenn der Widerruf seine Besserstellung bedeutet (vgl. BGH NJW 1959, 1730).

Betreuers auch mit Blick auf die Lossagung vom gemeinschaftlichen Testament in seinem Interesse wäre. Teilweise wird unterstellt, dass der Geschäftsunfähige zustimmen würde, wäre er geschäftsfähig.⁷⁸² Hieraus ergäbe sich eine Bestellung in seinem eigenen Interesse, obwohl seine Erbfolge spiegelbildlich einzig vom Willen des Widerrufenden abhängig ist. Objektiv und von Seiten des Rechtsverkehrs her argumentierend hält es *Helms*⁷⁸³ für unzumutbar, wenn Gestaltungsrechte wie der Widerruf von der Geschäftsfähigkeit des anderen Teils abhingen. Dann bestünde wiederum eine Erbfolge nach dem Geschäftsunfähigen, die er sich weder erwählt hätte noch ggf. wollen würde, die er aber keinesfalls mehr abändern könnte, da er in aller Regel auch testierunfähig wäre. Hierin kann eine markante Ausprägung der Fremdbestimmung zu sehen sein, die aber nur aufgrund ihres Moments wie eine solche wirken mag, hat doch der mittlerweile Geschäftsunfähige sich einst genau für diesen Weg entschieden.

Eine materielle Bindung „bei Lebzeiten“ der Erblasser stünde dem Gesetzeswortlaut des § 2271 I 1 BGB jedenfalls entgegen, weil sie gem. § 2271 II 1 Hs. 1 BGB erst „mit dem Tode“ des anderen Ehe- oder Lebenspartners einsetzt und weil gerade der Widerruf bei Lebzeiten erfolgen muss. Gleiches mag für eine historische Annäherung gelten, ist der Tod doch seit jeher beständig und endgültig. Zur Verdeutlichung der Konstruktion von Widerruf und Anfechtung mit Blick auf die Testierunfähigkeit und den Tod *de lege lata* soll folgende Abbildung 12 eine Hilfe sein:

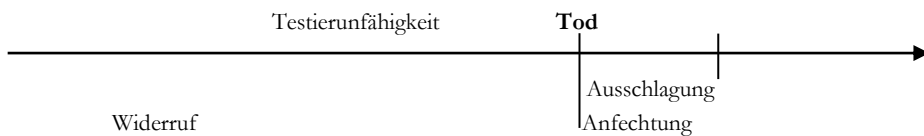


Abbildung 12: Widerruf erlischt „mit dem Tode“ *de lege lata*.

Fraglich wäre aber, ob es zum Schaffungszeitpunkt der Norm bereits Erwägungen gab, der Tod habe zumindest i.R.v. rechtlichen Entscheidungen in der Testier- bzw. Geschäftsunfähigkeit eine möglicherweise vergleichbare Parallele.⁷⁸⁴

Diese Erwägungen könnten durch den *telos* des § 2271 II 1 Hs. 1 BGB gestützt werden. Der Zweck der Vorschrift gebietet es, den Vorverstorbenen zu schützen und den Überlebenden an die gemeinsame Nachlassplanung zu binden, weil dem

⁷⁸² AG München ZEV 2011, 81.

⁷⁸³ *Helms*, DNotZ 2003, 104 (107). Dies scheint auch *Müller* in Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung in der Praxis, Rn. 190 so zu unterstützen, indem sie die Möglichkeit anderer Gestaltungsrechte bei fehlender Geschäftsfähigkeit als Vergleich heranzieht.

⁷⁸⁴ Das Gesetz differenziert zumindest an diversen Stellen nicht zwischen Testier- bzw. Geschäftsunfähigkeit und dem Tod, wenn es um die Abgabe von Erklärungen ggü. Abwesenden gem. § 130 II BGB oder Anwesenden gem. § 153 BGB geht, dass es das Zustandekommen des Vertrags nicht hindert, wenn der Antragende „stirbt oder geschäftsunfähig wird“.

Vorverstorbenen jede Reaktionsmöglichkeit auf das Lösungsbegehren fehlt. Er könnte also ebenso den Testierunfähigen schützen wollen, weil doch auch ihm jedwede Reaktionsmöglichkeit fehlt.

Für eine teleologische Extension des § 2271 II 1 Hs. 1 BGB auf den Testierunfähigen würde sich der Vergleich beider Interessenlagen anbieten. Was also vermag der Testierunfähige mit Blick auf die Vorschrift noch zu können, was dem Toten nicht gelingt? Was gibt es am Tod auszulegen? Begrifflich existiert bereits ein gedanklich unumstößlicher Unterschied, denn „Was tot ist, kann niemals sterben.“⁷⁸⁵ Aus diesem Moralethos heraus lässt sich die bedeutsamste Essenz der Endlichkeit ableiten, nämlich das Leben selbst. Trotz dieser Einzigartigkeit verbleibt dem Testierunfähigen nur noch eine letzte Option: Die Lossagungsrechte seiner letztwilligen Verfügungen sind *de lege lata* mit Blick auf seine Teilnahme am Rechtsverkehr so stark reduziert, dass er nur noch zur Entgegennahme von Erklärungen anderer, befähigt ist, bei der er durch einen Dritten vertreten wird.⁷⁸⁶ Die Bezeichnung einer Reaktion erscheint beinahe euphemistisch. Andererseits wird hierin gar ein Schutz des Testierunfähigen gesehen, weil seine Verfügungen solange Bestand haben bis sein Ehepartner die Verfügungen, optimaler Weise mit Rücksicht auf gemeinsame Nachlasspläne, widerruft.

So könnte der *telos* dazu veranlassen, Testier- und Geschäftsunfähigkeit dem Tod anzunähern, weil die innerhalb der Norm beschriebenen Handlungen für beide gleichermaßen unmöglich zu vollziehen sind. Ob eine dafür notwendige Regelungslücke besteht, lässt sich kaum bestreiten, denn für Testier- bzw. Geschäftsunfähige trifft § 2271 II 1 Hs. 1 BGB keine Regelung mit Blick auf die Bindungswirkung. Würde sich der Zeitpunkt des Erlöschens des Widerrufs nach vorn verlagern, könnte im Zeitraum zwischen Testierunfähigkeit und Tod ein Vakuum der Lossagungsrechte bestehen, was die folgende Abbildung 13 verdeutlicht:



Abbildung 13: Widerruf erlischt mit Testierunfähigkeit, Anfechtung besteht mit Tod.

Ein solches Vakuum zwischen zwei Lossagungsrechten ist dem Erbrecht nicht bekannt. Er erscheint auch im Hinblick auf das Wechselverhältnis von Widerruf und Anfechtung nicht sinnvoll, weil es des zweiten Lossagungsrechts der Anfechtung

⁷⁸⁵ Ruf der Eisenmänner, im Original: "What Is Dead May Never Die." (Wikia Deutschland, Der Ertrunkene Gott, http://de.gameofthrones.wikia.com/wiki/Der_Ertrunkene_Gott, abgerufen am 01.06.2018).

⁷⁸⁶ Würde der andere Partner die Verfügungen nicht widerrufen, wäre er ewig an seine Verfügungen gebunden.

tung i.d.R. dann bedarf, wenn das stärkere Recht des Widerrufs erlischt. Daher mag der in folgender Abbildung 14 verdeutlichte Zeitpunkt der Testierunfähigkeit zugleich das Recht der Selbstanfechtung⁷⁸⁷ eröffnen, während die Frist der Ausschlagung parallel verläuft.

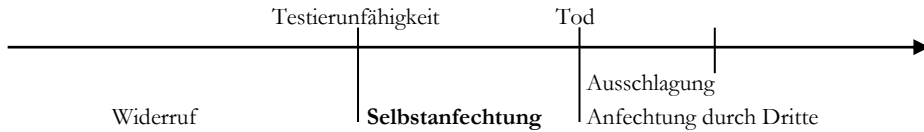


Abbildung 14: Mit Testierunfähigkeit erlischt Widerruf und entsteht Selbstanfechtung.

Andererseits lässt sich aufgrund der Nennung des Todes als maßgebenden Zeitpunkt argumentieren, dass deshalb gerade keine Regelungslücke besteht, weil ein die Bindungswirkung auslösender Zeitpunkt durchaus erkannt worden ist. Auch mag ein Diskurs über die Planwidrigkeit wenig zielführende Ergebnisse versprechen, weil sich ebenso gleichermaßen argumentieren ließe, eine vermeintlich bestehende Regelungslücke neben dem Tod als Bindungszeitpunkt sei planwidrig, weil der Gesetzgeber sich der Ähnlichkeit beider gelagerten Fälle nicht bewusst war, oder sie aufgrund mangelnder Kenntnis unter Betrachtung der Entwicklung von Alterskrankheiten nicht in die Normschaffung integriert worden sei. Wenn gleich mehr gegen die Planwidrigkeit spricht, weil Alterskrankheiten quantitativ zunehmen, sich aber strukturell seit Jahrhunderten nicht wesentlich unterscheiden⁷⁸⁸, lohnt mehr ein Vergleich der Interessenlagen des Toten und des Testierunfähigen mit Blick auf das normenrechtliche Gefüge.

Die Rechtsprechung problematisierte in jüngster Vergangenheit z.B., ob der für den Bereich der Vermögenssorge bestellte Betreuer für einen Widerruf überhaupt empfangszuständig sei.⁷⁸⁹ Darüber hinaus erscheint höchst strittig, ob ein Widerruf nur ggü. dem rechtlichen Betreuer oder auch ggü. dem privatschriftlich Bevollmächtigten erfolgen kann.⁷⁹⁰ Ebenso anführen lässt sich die einen Widerruf auch ggü. Betreuern zulassende Überlegung, dass der bloße Empfang einer Wider-

⁷⁸⁷ Dritte können jedoch weiterhin erst nach dem Erbfall anfechten, weil das Anfechtungsrecht bei ihnen erst mit dem Tod des Erblassers entsteht. Die Selbstanfechtung kann denknotwendigerweise nicht mit dem eigenen Tod des Erblassers verknüpft sein und muss dann entstehen, wenn das Widerrufsrecht erlischt, weil der testierunfähige Erblasser spiegelbildlich durch seinen Betreuer zur Anfechtung berechtigt ist und der testierfähige Partner schlechter gestellt würde, stünde ihm kein Anfechtungsrecht zu.

⁷⁸⁸ Das zeigt sich daran, dass heute im Gegensatz zu früher aufgrund der Fortschritte der Medizin Heilungsmöglichkeiten für bestimmte Krankheiten bzw. deren Symptome bestehen: *Young/Margerison*, Die Welt in der wir leben werden II, S. 169 ff.; ein gutes Beispiel hierfür ist auch die Alzheimer-Krankheit, die in der Vergangenheit fälschlicherweise als „Verkalkung“ eingeordnet wurde (*Faust*, Seelische Störungen, S. 58).

⁷⁸⁹ LG Hamburg DNotI-Report 2000, 86.

⁷⁹⁰ LG Leipzig FamRZ 2010, 403.

rufserklärung *de lege lata* nicht höchstpersönlicher Natur ist, da er keine letztwillige Verfügung darstellt.⁷⁹¹ Während die Möglichkeit des Widerrufs teilweise darauf gestützt wird, dass dem gemeinschaftlichen Testament sonst noch mehr Bindungswirkung zukäme als dem Erbvertrag⁷⁹², finden sich auch einige Argumentationen für den Wortlaut, der ausdrücklich den Tod, nicht aber die Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit kennt⁷⁹³.

Auch die Literatur, vornehmlich *Vollmer*⁷⁹⁴, *Zimmer*⁷⁹⁵ und *Keim*⁷⁹⁶, stimmt überwiegend mit der Zulassung eines Widerrufs ggü. Testierunfähigen i.R.e. gemeinschaftlichen Testaments überein, da keine Gründe ersichtlich seien, den Tod und die Testierunfähigkeit anzugleichen. Dem Argument der nicht notwendigen Höchstpersönlichkeit bei der Entgegennahme des Widerrufs seitens des OLG Hamm schließt sich auch *Keim* an, da die Erbfolge dabei nicht aktiv und abweichend vom Gesetz gestaltet werde.⁷⁹⁷ Hier mag allerdings entgegnet werden, dass auch ein Wiederaufleben einer vorher getroffenen Verfügung durch die Annahme des Widerrufs in Betracht käme, sodass dann gerade keine vom Gesetz abweichende Erbfolge eintritt. *Zimmer* argumentiert darüber hinaus, dass die Gegenrechte der Erben aus §§ 2287, 2288 BGB wegen Beeinträchtigungen ihrer eigenen Rechte erst nach dem Tod des Erblassers geltend gemacht werden können, sodass sie zu Lebzeiten ins Leere gingen und der überlebende, lösungswillige Ehegatte auch durch Rechtsgeschäfte die dann schon durch die Testierunfähigkeit des anderen Teils eintretende Bindungswirkung zerstören kann.⁷⁹⁸ Während *Jestaedt* dieses Argument im Lichte eines Vergleichs mit dem Erbvertrag und wegen einer Korrekturmöglichkeit *post mortem* als nicht überzeugend erachtet⁷⁹⁹, könnten die hiesigen Überlegungen dazu veranlassen, auch den Erbvertrag und insbesondere die §§ 2287, 2288 BGB an die veränderte Denkweise, dass schon die Testierunfähigkeit eine Bindungswirkung auslöse, *de lege ferenda* anzupassen.

Als Vertreter der Bindungswirkung schon ab dem Zeitpunkt der Testierunfähigkeit eines Ehegatten scheinen vorrangig *Damrau* und *Bittler*⁸⁰⁰, sowie *Klessinger*⁸⁰¹

⁷⁹¹ OLG Hamm ZERb 2014, 81 (83).

⁷⁹² AG München ZEV 2011, 81.

⁷⁹³ Hierzu u.a. das OLG Nürnberg ZEV 2013, 450 und das OLG Hamm ZERb 2014, 81. Die hierzu auch von *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 104 dargestellte Übersicht zur Rechtsprechung nimmt fälschlicherweise Bezug zum Hs. 2 des § 2271 II 1 BGB, obwohl es sich beim Wortlaubezug zum „Tod“ um Hs. 1 handelt.

⁷⁹⁴ *Vollmer*, ZERb 2007, 235 (236).

⁷⁹⁵ *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (160).

⁷⁹⁶ *Keim*, ZEV 2010, 358 f.

⁷⁹⁷ *Keim*, ZEV 2010, 358 f.

⁷⁹⁸ *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1715).

⁷⁹⁹ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 105 mit dem Hinweis auf *Kanzleiter* in *Staudinger* (2014), § 2287 Rn. 1, 2288 Rn. 2 f. bzgl. des Vergleichs mit dem Erbvertrag und *Musielak* in *MüKo-BGB*, § 2271 Rn. 4 und *von Dickbutth-Harrach*, FamRZ. 2005, 322 bzgl. der postmortalen Korrekturmöglichkeit.

⁸⁰⁰ *Damrau/Bittler*, ZERb 2004, 77 (80).

und insbesondere *Grunsky*⁸⁰² zu sein. Sie gleichen die Testierunfähigkeit dem Tod in zumindest dieser rechtlichen Frage an, weil dem Testierunfähigen jedwede Reaktionsmöglichkeit auf veränderte Nachlasspläne fehlt und er dem Willen des anderen Ehegatten gänzlich ausgesetzt ist. Den Gedanken der Analogie zu § 2271 II 1 BGB begründet *Grunsky* schon mit der Gesetzssystematik, weil der Tod eine unumstößliche Bindung auslöse. Ein Vergleich der Interessenlagen verdeutlicht, dass sich sowohl die fehlende Reaktionsmöglichkeit als auch die Abhängigkeit vom Willen des anderen bereits zum Zeitpunkt der Testierunfähigkeit realisieren. Der *telos* der Vorschrift, aufgrund dieser Gegebenheiten einen Vertrauensschutz auf den Bestand der gemeinsamen Nachlassplanung zu manifestieren, der gleichsam den Widerruf ausschließt, ermögliche keine hinreichende Differenzierung zwischen Tod und Testierunfähigkeit.⁸⁰³ Aus historischer Sicht würden dies auch die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens untermauern, wenn sich keine Anhaltspunkte für das Bedenken der Testierunfähigkeit auffinden lassen, die eine Planwidrigkeit der Regelungslücke begründen könnten. Weiter geht hingegen *Keim*, der bereits das Fehlen einer Regelungslücke feststellt.⁸⁰⁴

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sowohl das Bindungsinteresse als auch das Lösungsinteresse Ausdruck der Testierfreiheit sind, sodass sie selbst Gegenstand einer internen Untersuchung ist. Welcher Tendenz sie den Vorrang gewähren mag, kann nicht nur *de lege lata* beantwortet werden, um unser Erbrecht zukunftsfähig zu gestalten, sondern bedarf auch einer Vorstellung *de lege ferenda*. Hierzu folgert *Jestaedt*, dass Vergleiche und Herleitungen aus dem Erbverzicht oder den Aufhebungen von Erbverträgen aufgrund ihrer zweiseitigen Rechtsgeschäftsnatur keine zuverlässigen Aussagen über die Ausgestaltung letztwilliger Verfügungen mit Blick auf Genehmigungsvorbehalte oder den Ausschluss des Widerrufs treffen können.⁸⁰⁵ Entscheidender mag in diesem Zusammenhang ein Blick auf die Rechtsfolge des Widerrufs sein. Die Unwirksamkeit der getroffenen Verfügungen ist zwar die wohl offensichtlichsste, wird doch aber durch sie immer eine weitere Erbfolge in Gang gesetzt, sei es die gesetzliche oder zuvor verfügte.⁸⁰⁶ Insoweit wirkt das Absehen vom Kriterium der Höchstpersönlichkeit bei gleichzeitiger, neuer Quasiverfügung inkonsistent. Eine Gleichbehandlung mit einer originären Verfügung würde sich aber unweigerlich dem Vorwurf aussetzen, der

⁸⁰¹ *Klessinger* in Damrau, Praxiskommentar Erbrecht, § 2271 Rn. 10 ff.

⁸⁰² *Grunsky*, ErbR 2013, 98.

⁸⁰³ *Grunsky*, ErbR 2013, 98.

⁸⁰⁴ *Keim*, ErbR 2014, 118

⁸⁰⁵ Mit Hinweis auf *Hendel*, FamRZ 1982, 1058 (1060) stellt *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 109, klar, dass i.R.e. Verzichts oder einer Aufhebung sowohl Betreuer als auch Betreuer am Rechtsverkehr teilnehmen und sich diesem nicht entziehen können, weist zugleich aber auf die strukturellen Unterschiede zum Widerruf hin, der in seiner einseitigen Ausprägung nur eine Empfangnahme ohne das Setzen eigener rechtlicher Konsequenzen bedeutet, da diese bereits aus dem abgegebenen Widerruf resultieren.

⁸⁰⁶ *Klessinger* in Damrau, Praxiskommentar, Erbrecht (2. Aufl.), § 2271 Rn. 12.

Empfangnahme den Charakter einer Willenserklärung aufzuoktroieren und die widerrufen Wirkung nicht bereits in dessen Abgabe zu sehen. Auch hierbei eine höchstpersönliche Vornahme zu fordern, würde die Gleichstellung von Tod und Testierunfähigkeit bedeuten. Diese wird nicht zuletzt aus Pietätsgründen und moralischen Aspekten bestritten.⁸⁰⁷ Allerdings bezieht sich die Gleichstellung nicht auf den Status des Menschseins, sondern lediglich auf die rechtliche Vergleichbarkeit eines Schutzgedankens, der gerade ihm zuteil werden soll.⁸⁰⁸ Diese Differenzierung macht das AG München noch deutlicher, indem es das „Sterben der Persönlichkeit“⁸⁰⁹ i.R.d. Testierunfähigkeit formuliert⁸¹⁰ und so den *telos* des § 2271 II 1 BGB, dass der Erblasser vertrauensvoll auf den Bestand zu einem Zeitpunkt seiner Testierfreiheit für einen Zeitraum verfügt, in welchem er nicht mehr testierfähig sein wird, exakt beschreibt.

Umstritten bleibt auch, ob nur derjenige den Widerruf annehmender Vertreter sein kann, der gesetzlich bestellt worden ist, oder auch ein vom Vertretenen hierzu im Vorfeld privatschriftlich Bevollmächtigter in entsprechender Weise fungieren darf. Ausgangspunkt dieser Überlegung könnte § 131 I BGB sein, der einerseits anordnet, dass der Widerruf „gegenüber dem Geschäftsunfähigen abzugeben“ ist, andererseits aber die Widerrufserklärung „nicht wirksam“ werden lässt, „bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht“. Erneut ist zu differenzieren, dass sich bei der Empfangnahme um ein nur realaktisches Verhalten handelt, während der Zugang ein rechtlich erhebliches Verhalten konstituiert. Während die Norm ausdrücklich einen Zugang beim „gesetzlichen Vertreter“ fordert, spräche § 1896 II 2 BGB hiergegen, der eine gesetzliche Vertretung für „nicht erforderlich“ hält, wenn die „Angelegenheiten“, „bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird“ auch „durch einen Bevollmächtigten“, sofern rechtlicher Handlungsbedarf besteht, oder „durch andere Hilfen“, sofern faktischer Handlungsbedarf besteht, „ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können“. Dieser Vorrang der Bevollmächtigung spräche für die Gleichstellung von gesetzlichem Vertreter (Betreuer) und rechtsgeschäftlichem Vertreter (Bevollmächtigtem).⁸¹¹ Andererseits vertritt *Keim* die Auffassung, das Nachrangprinzip von gesetzlicher ggü. privater Vertretung sei dort nicht angezeigt, wo der Gesetzeswortlaut ausdrücklich eine

⁸⁰⁷ G. Müller in Müller/Renner, Rn. 187.

⁸⁰⁸ Grunsky, ErbR 2013, 98 (101) geht in der Sache noch weiter und stellt Bedenken gegen Pietäts- und Anstandsgefühle klar hinten an, wenn die Voraussetzungen einer Analogie vorlägen.

⁸⁰⁹ AG München ZEV 2011, 81 (82).

⁸¹⁰ AG München ZEV 2011, 81.

⁸¹¹ Ebenso möglich wäre von „Subsidiarität der Betreuung“ zu sprechen: „Die Subsidiarität der Betreuung ergibt sich daraus, dass eine Vorsorgevollmacht dem jeweils Bevollmächtigten die Stellung eines gesetzlichen Vertreters verschafft. Wenn der Bevollmächtigte auch formell nicht gesetzlicher Vertreter des Geschäftsunfähigen ist, so ist seine Stellung jedoch dem eines gesetzlichen Vertreters stark angenähert.“ (LG Leipzig, Beschl. v. 01.10.2009 – 4 T 549/08, Rn. 47, juris. = FamRZ 2010, 403).

gesetzliche Vertretung vorsehe.⁸¹² Noch weiter geht *Lange*, der private Vertretungen i.R.v. Lossagungen erbrechtlicher Verfügungen gänzlich ausschließt und ausschließlich gesetzliche Vertretung fordert.⁸¹³ Auch *Zimmer* sieht eine Gleichstellung beider Vertretungsformen im Lichte der § 51 III ZPO und § 1896 II 2 BGB nur durch prozessual begründet, schließt eine materiellrechtliche Wirkung jedoch aus.⁸¹⁴

Möglicherweise ist § 131 I BGB aber nicht nur im betreuungsrechtlichen Kontext mit § 1896 II 2 BGB zu vergleichen, sondern insbesondere mit § 164 III BGB, weil erneut die Differenzierung von Empfang, wem ggü. ist der Widerruf abzugeben, und Zugang, in welcher Person realisiert sich die Wirksamkeit des Widerrufs, entscheidend sein könnte. Es soll folglich danach gefragt werden, ob nur Willenserklärungen in den Anwendungsbereich von § 131 I BGB fallen, die dem Testierunfähigen ggü. abgegeben werden und dem Vertreter zugehen, oder ob auch solche tatbestandlich inbegriffen sind, die direkt ggü. dem Vertreter abgegeben werden, und auf diese Weise gleichsam zugehen.⁸¹⁵ Im Fokus der Betrachtung steht demzufolge die Empfangnahme der Widerrufserklärung auf Seiten des Vertretenen.

In der Literatur wird im Lichte seines Wortlauts teilweise vertreten, dass § 131 I BGB nur diejenigen Willenserklärungen erfasse, die auf direkte Weise an den Testierunfähigen gerichtet werden.⁸¹⁶ Sollte der Widerruf dann ggü. dem Bevollmächtigten erfolgen, bildet § 164 III BGB die Grundlage seiner Wirksamkeit, weil es sich nicht um eine gesetzliche, sondern eine rechtsgeschäftliche Vertretung handele, die vom Wortlaut des § 131 I BGB explizit nicht erfasst ist und vom allgemein vertretungsrechtlich wirkenden § 164 III BGB zugelassen ist.

In der Zugangsproblematik des Widerrufs können sich zusammenfassend drei kritische Konstellationen ergeben:

Die erste Konstellation betrifft den Fall, dass der Widerruf sowohl an den Testierunfähigen als auch an den gesetzlichen Vertreter gerichtet ist. Hier ist grds. der Wortlaut des § 131 I BGB erfüllt, sodass der Widerruf wirksam ist. Allerdings wäre hier, wie eingangs erläutert, entscheidend, ob man eine zufällige Kenntnisnahme des Betreuers ausreichen ließe oder eine zielgerichtete Mitteilung an ihn fordert.⁸¹⁷

⁸¹² *Keim*, ZEV 2010, 358 (359), der §§ 2282 II, 2347 II 2 BGB aufzählt.

⁸¹³ *Lange*, ZEV 2008, 313 (319), der dies insbesondere aus der differenzierten Natur der Vertretungsmächte schlussfolgert, weil es sich beim einen um eine hoheitliche, bei dem anderen um eine gewillkürte Vertretung handelt.

⁸¹⁴ *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (162).

⁸¹⁵ Diese Differenzierung um die zufällige oder zielgerichtete Kenntnisnahme, die zu Beginn dieses Kapitels im Fokus stand, wird hier erneut entscheidend bei der Frage, ob ein Bevollmächtigter wirksam Widerrufe für den Vertretenen annehmen kann.

⁸¹⁶ *Reymann* in jurisPK-BGB, § 2271 Rn. 27 ff.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2010, 296613; *Hausmann*, Notar 2014, 58 (62).

⁸¹⁷ Vgl. dazu *Singer/Benedict* in Staudinger (2017), § 131 Rn. 3 m.w.N.

Die zweite Konstellation stellt sich, wenn der Widerruf an den Testierunfähigen und nicht an den rechtlichen Betreuer, sondern an einen Bevollmächtigten ergeht. Ein Problemkreis eröffnet sich, weil der Wortlaut des § 131 I BGB, die Willenserklärung soll dem „gesetzlichen Vertreter“ zugehen, in offensichtlicher Weise nicht erfüllt ist. Dies könnte den Schluss zulassen, von § 131 I BGB abzuweichen und § 164 III BGB anzuwenden, der den rechtsgeschäftlichen Vertreter hingegen nicht ausklammert.⁸¹⁸ Dem wiederum steht der Gedanke entgegen, dass § 131 I BGB ggü. § 164 III BGB doch gerade die Fälle erfassen soll, wenn einem Testierunfähigen die Erklärung ggü. abgegeben und zugleich oder später dem Betreuer zugeht.⁸¹⁹ Dazu ist allerdings vorauszusetzen, dass der Zugang beim gesetzlichen Vertreter mehr als Anwendungsvoraussetzung zu begreifen wäre denn als Wirksamkeitsvoraussetzung des Widerrufs. Denn es mag durchaus wenig konsequent erscheinen, für die Abgabe § 131 I BGB als erfüllt anzusehen, dann aber § 164 III BGB als Anwendungsalternative hinzuzuziehen und den Zugang der Widerrufserklärung unerörtert zu belassen, weil es sich ausnahmsweise nicht um den höher qualifizierten Vertreter gem. § 131 I BGB handelt. Dennoch erscheint § 164 III BGB naheliegend, weil er – bislang gänzlich unstrittig aufgrund seiner geforderten „abzugebenden“ Erklärung – die Form einer Abgabe und mithin die hier vorliegende Zielgerichtetheit der Erklärung an einen entweder gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter für sich beansprucht.⁸²⁰ Zu einem Lösungsansatz könnte führen, den wengleich sehr expliziten Wortlaut des § 131 I BGB dahingehend in seinem Sinn und Zweck auszulegen, auch rechtsgeschäftliche Vertreter zu umfassen. Die beschriebene Konstellation ließe sich dann mit § 131 I BGB lösen. Ein anderer Lösungsweg bestünde darin, die Abgabe an den Testierunfähigen gem. § 131 I BGB nicht als stete Bedingung, sondern als beschriebene Situation des Tatbestandes zu begreifen: Dann wäre bei zielgerichteter Mitteilung an den Vertreter, ganz gleich welcher Rechtsnatur, i.R.v. § 164 III BGB von einem wirksamen Widerruf auszugehen. Ein zweiter Problemkreis dieser Konstellation mag sich dann eröffnen, wenn der Bevollmächtigte zufällig Kenntnis von der Erklärung, die ggü. dem Testierunfähigen abgegeben wurde, erlangt. Fraglich erscheint, ob die o.g. Grundsätze zur zielgerichteten Mitteilung oder zufälligen Kenntnisnahme des rechtlichen Betreuers sich auf den Bevollmächtigten übertragen ließen. Konsequenter Weise würde mit dem Erfordernis der Zielgerichtetheit auch hier der Widerruf nicht wirksam werden können. Die Auffassung, dass eine zufällige Kenntnis genüge, könnte einerseits keinen Weg über § 164 III BGB beschreiten, der unstrittig Zielgerichtetheit erfordert, und andererseits nicht, weil er weiter gefasst ist und deshalb dem Anwendungsbereich des § 131 I BGB

⁸¹⁸ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, da § 131 I BGB von „gesetzlichem Vertreter“ und § 164 BGB von „Vertreter“ spricht.

⁸¹⁹ *Singer/Benedict* in Staudinger (2017), § 131 Rn. 3.

⁸²⁰ *Singer/Benedict* in Staudinger (2017), § 131 Rn. 3.

nachstünde. Auch hier wäre entweder der Widerruf unwirksam oder der Weg über eine teleologische Extension des § 131 I BGB zu beschreiten.⁸²¹

In der dritten Konstellation ergeht der Widerruf nur an den gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter. Leitet man aus § 131 I BGB eine konstitutive Bedingung her, dass ggü. dem Testierunfähigen immer und in jeder Konstellation die Erklärung abzugeben sei, wäre der Widerruf unwirksam.⁸²² Würde man die Abgabe gem. § 131 I BGB allerdings nicht lediglich als Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern als Anwendungsvoraussetzung begreifen, dann wäre § 131 I BGB vom Wortlaut gesperrt für beide Arten der Vertreter § 164 III BGB anwendbar. Dies stünde nur dann in Abrede, wenn in § 164 III BGB eine rein rechtsgeschäftliche Vertretung gelesen würde, was aber zu einer Schlechterstellung der höherwertigen, gesetzlichen Vertretungsmacht führte.⁸²³ Ein anderer Ausweg bestünde darin, das Kriterium der Zielgerichtetheit in den Fokus zu ziehen und wegen seiner unstrittigen Forderung nach zielgerichteter Mitteilung direkt § 164 III BGB anzuwenden. Hierfür streitet auch folgender Gedanke: Negiert man Satz bis zum Komma aus § 131 I BGB, so könnte sich daraus eine Art Erstrechtsschluss, zumindest ein Verstärken der Zugangsanforderungen ggü. dem Vertreter, ableiten, weil aus dem originären Dreipersonenverhältnis nur noch zwei übrig blieben, deren Kommunikationsdichte sich gedanklich erhöhen müsste. Weil sich die Auslegung dann auf zwei verschiedene Richtungen erstreckt, wäre eine doppelt analoge bzw. eine reziproke Anwendung denkbar. Ebenso denkbar wäre es, genau für diesen Fall § 164 III BGB zuzulassen, der weder vom Vertretenen spricht noch den gesetzlichen Vertreter im Wortlaut ausschließt.

Letztlich umkreisen die Streitigkeiten insbesondere eine normvergleichende Wertung auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite, insbesondere ob im Fokus der Norm eine Zielgerichtetheit oder nur eine Zufälligkeit beim Vertreterzugang steht oder es vielmehr auf die bewusste oder unbewusste Nennung des Vertretenen ankommt oder nicht.

Um zu erörtern, ob und inwieweit eine Gleichstellung von gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem Vertreter erfolgen kann, scheint es notwendig, sich beide Konzeptionen zu vergegenwärtigen.⁸²⁴

Die gesetzliche Vertretung beruht auf dem Prinzip der Daseinsvorsorge. Jedem Menschen soll die Teilnahme am Rechtsverkehr weitestgehend ermöglicht

⁸²¹ Zu bedenken wäre hierbei allerdings, dass bei derartigen Vertreterkonstellationen zunächst immer nach der Art des Zugangs gefragt werden sollte. Bei Zielgerichtetheit ist stets § 164 III BGB anzuwenden, weshalb bei § 131 I BGB die zufällige Kenntnisaufnahme ausreicht, die dann ihrerseits aber *de lege lata* durch den gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hätte.

⁸²² Zimmer, ZEV 2007, 159 (161). Seine Begründung fußt im Wesentlichen darauf, dass die beim gemeinschaftlichen Testament erforderliche Ausfertigung der Widerrufserklärung auch dem testierunfähigen Ehegatten zugestellt werden muss.

⁸²³ Siehe hierzu schon Kapitel 2.1.3.2.3.

⁸²⁴ Vgl. für eine noch tiefergehende Betrachtung beider Vertretungsformen Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 123 ff.

werden.⁸²⁵ Weil unbestritten alle Menschen Träger von Rechten und Rechtspflichten sind, sie aber nicht frei von krankheits- oder altersbedingten Unfähigkeiten bleiben, kann es vorkommen, dass Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit auseinanderfallen. Immer dann ist eine Vertretung angezeigt, um seine ihm abhanden gekommene Handlungsfähigkeit auszugleichen.⁸²⁶ Das Gesetz bedient sich dabei einer Kompetenzzuweisung, in der es ausdrücklich eine gesetzliche Vertretung anordnet.⁸²⁷ Hierhinter verbirgt sich der immanente Schutzgedanke, dass der Vertretene bestimmte Rechtsgeschäfte nur höchstpersönlich vornehmen kann und sich diese aufgrund der ihrer besonderen Vornahme innewohnenden Qualität einer gerichtlichen Kontrolle mit Blick auf die Vertretung nicht entziehen sollen.⁸²⁸ Dafür wird gem. § 1902 BGB ein Betreuer bestellt, dessen Handeln gem. § 1902 II 1 BGB dem objektiven Wohl des Betreuten verpflichtet ist und der aufgrund seiner besonderen Stellung die Rechte des Vertretenen notwendigerweise einschränkt, weil seine Bestellung aus der bereits festgestellten Unfähigkeit des Vertretenen herrührt. Während die Auswahl des Betreuers vom Einzelfall abhängt, werden die Bereiche seiner Aufgaben durch ein Betreuungsgericht bestimmt. Umstritten ist, welche Bereiche sich auf die Lossagung von Testamenten erstrecken dürfen, insbesondere ob ein für den Bereich der Vermögenssorge berufener Betreuer eine in der hiesigen Konstellation entsprechende Widerrufserklärung für den Betreuten annehmen könnte. Während in der Rechtsprechung hierzu weitestgehend Einigkeit darüber besteht, die Vermögenssorge aufgrund des über Vermögen verfügenden Charakters von Testamenten und deren Lossagungen als ausreichend anzusehen⁸²⁹, stellt die Literatur einerseits anheim, dass doch eine gewisse Nähe zur Personensorge damit verbunden sei⁸³⁰, andererseits wird gefordert, dass der Betreuer explizit für den Aufgabenbereich des Widerrufs bestellt sein müsse⁸³¹.

⁸²⁵ Das Subsidiaritätsprinzip der rechtsgeschäftlichen Vertretung resultiert aus § 1896 II BGB mit der Maßgabe, dass die Daseinsvorsorge auch durch Bevollmächtigte ausgefüllt werden kann.

⁸²⁶ Die nicht existente oder verloren gegangene Geschäfts- (§ 104 Nr. 1 BGB) oder Testierunfähigkeit (§ 2229 I BGB) Erwachsener wird regelmäßig durch Betreuer und Vorsorgebevollmächtigte ausgeübt, während Minderjährige durch Eltern, Vormünder und bzw. oder Ergänzungspfleger vertreten werden und sie naturgemäß aufgrund der in einer Vielzahl einschlägigen Alterskrankheiten weniger mit den Problemen von Geschäfts- und Testierunfähigkeit konfrontiert werden (*Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 127 und S. 127 (Fn. 13)).

⁸²⁷ *Zimmermann*, BWNotZ 1998, 101 (102 f.) nennt hierfür exemplarisch §§ 1411 II, 1596, 2347 II 2 BGB und auch § 1600a BGB, der eine rechtsgeschäftliche explizit ausschließt.

⁸²⁸ Vgl. *Bienwald* in *Staudinger* (2017), Vorbemerkung § 1896 Rn. 1.

⁸²⁹ Siehe hierzu nur unter vielen den Leitsatz OLG Nürnberg, Beschl. v. 06.06.2013 – 15 W 764/13, juris: „Es genügt der Zugang der notariell beurkundeten Widerrufserklärung an einen für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellten Ersatzbetreuer, auch wenn dieser ein Abkömmling des Erblassers ist.“

⁸³⁰ *Zimmer*, ZEV 2007, 159 (161).

⁸³¹ Dass die lebzeitige und die erbrechtliche Vermögenssorge zu trennen seien und daher die Vermögenssorge als Tätigkeitsbereich des Vertreters nicht ausreichend ist, vertreten insbesondere *Damrau/Bittler*, Z.Erb 2004, 77 (78). Hierin lässt sich eine gewisse Parallele zur Trennung der lebzeitigen

Macht der potentielle Erblasser hingegen Zeit seines Lebens Gebrauch von seinem Selbstbestimmungsrecht, einer anderen Person Vollmacht für die Zeit seiner Handlungsunfähigkeit zu erteilen, handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, die originär aus dem freien Willen des Vollmachtgebers erwächst.⁸³² Dabei geht es nicht um das objektiv festzustellende Wohl des Vertretenen, sondern lediglich um seinen subjektiven Willen, ganz gleich ob dieser im Diskurs mit seinem Wohl steht oder nicht.⁸³³ Deswegen und auch aufgrund vermeidenswerter Auseinandersetzungen um den hinreichend bestimmten Aufgabenkreis des Bevollmächtigten mag eine umfassende Vollmacht, sog. Generalvollmacht, als ein probates Mittel verstanden sein. Gleichsam gründen hierin freilich auch Gefahren des nicht sachgemäßen Ausübens oder gar des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Eine Diskussion darüber, ob dies auch als hinnehmbares Risiko der Selbstbestimmungsfreiheit und folglich der Privatautonomie zu qualifizieren ist, mag *de lege lata* dann nicht entscheidend sein, wenn es sich um höchstpersönliche Rechtsgeschäfte handelt.

Hierin verbirgt sich die Rückausnahme des Vorrangs der Vorsorgevollmacht, weil die Systematik des Gesetzes den Grundsatz aus § 1896 II BGB dann durchbricht, wenn der Schutz des Vertretenen seine persönliche Freiheit überragt. Andernfalls und im klassischen Bedarf der Daseinsfürsorge bedarf es des erhöhten Schutzniveaus nicht.⁸³⁴ Man mag davon ausgehen können, dass die Systematik für Fälle konzipiert ist, in denen von der passiven Selbstbestimmungsfreiheit Gebrauch gemacht wird, also keine Vollmacht erteilt wurde, und sichergestellt werden soll, dass höchstpersönliche Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können. Die Überlegung kann sich aber ebenso auf die originäre Daseinsfürsorge, auf Geschäfte des täglichen Lebens, übertragen lassen. Vielmehr überzeugend mag die Qualität des vorzunehmenden Geschäfts im Vordergrund stehen, sodass einerseits höchstpersönliche Rechtsgeschäfte auch im Zustand der Handlungsunfähigkeit vornehmbar sind und sie andererseits zugleich gerichtlicher Kontrolle unterliegen. Der Schutzgedanke scheint auf den ersten Blick nachvollziehbar. Es darf aber danach gefragt werden, warum nicht eine gerichtliche Kontrolle für Bevollmächtigte bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften angeordnet werden kann oder ob sich diese zumindest so darstellen ließe, dass das jeweils zuständige Betreuungsgericht den subjektiven Willen des Vertretenen auf eine annähernd gleiche Stufe mit seinem objektiven Wohl stellen kann. Dann nämlich wäre zumindest eine erhöhte Wahrscheinlichkeit gegeben, dass beide Formen der Vertretung trotz ihrer unter-

und der „Privatautonomie von Todes wegen“ (Kroppenberg, Privatautonomie, S. 352 ff.) erkennen; siehe hierzu schon Kapitel 2.1.1.4.

⁸³² Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 145 spricht indes von einem an „Flexibilität nicht zu überbietendes Mittel der Selbstbestimmung“, nicht zuletzt, weil z.B. keine Schwebezeiten i.R.d. Betreuerbestellungsverfahrens drohen.

⁸³³ Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 139.

⁸³⁴ Vgl. Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 162.

schiedlichen Qualitäten zu einem praktikablen Ausgleich mit Blick auf das Interesse des Vertretenen zusammenfinden.

Zusammenfassend für Abgabe und die Empfangnahme bzw. den Zugang der Widerrufserklärung auf Seiten der jeweils handelnden Personen kann folgende Abbildung 15 einen Überblick geben:

	Abgabe	Empfangnahme bzw. Zugang
Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner	<i>Für einseitige Verfügungen (+),</i> §§ 2254 ff. BGB	<i>Für einseitige Verfügungen (+),</i> aber kein Erfordernis, da Widerruf formlos möglich
	<i>Für wechselbezügliche Verfügungen Unter Lebenden?</i> (+), §§ 2270 ff. BGB, wegen formeller Bindungswirkung besteht Auflage zur notariellen Beurkundung (P) ggü. Testierunfähigem? h.M.: (+), Widerruf erlischt erst mit Tod, § 2271 II 1 Hs. 1 BGB m.M.: (-), Testierunfähigkeit ist Sterben der Persönlichkeit; Bindungswirkung bereits vorhanden; Schutz seines Nachlassplanes <i>Nach dem Tod eines Partners?</i> (-), Wortlaut § 2271 II 1 Hs. 1 BGB bzw. Erstrechtschluss	<i>Für wechselbezügliche Verfügungen (+),</i> Auflage: Urschrift oder Ausfertigung der notariell beurkundeten Widerrufserklärung muss zugestellt werden, § 2271 I i.V.m. § 2296 BGB
Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner	<i>Einseitige und wechselbezügliche Verfügungen (-),</i> weil Widerruf als Verfügung von Todes wegen Testierfähigkeit voraussetzt	(+), § 130 I BGB, aber Zugang beim Vertreter erforderlich, § 131 I BGB, wenn nicht direkt ggü. Vertreter erklärt, § 164 III BGB (str.)
Betreuer oder Bevollmächtigter	(-), weil Widerruf als Verfügung von Todes wegen dem Gebot der Höchstpersönlichkeit unterliegt	<i>Betreuer (+),</i> § 131 I BGB (P) Auch ggü. <i>Bevollmächtigtem</i> möglich? h.M.: (-), Wortlaut § 131 I BGB m.M.: (+), Vertreter ist nur Empfangsvertreter, Subsidiarität der Betreuung ggü. Bevollmächtigung, Empfangnahme hat weniger Rechtswirkungen als Abgabe, weil sie ein bloßer Realakt ist

Abbildung 15: Der Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament.

Legende: (+) = bejahend; vorhanden. (-) = verneinend; fehlt. (P) = Problem.

2.1.4.2 Die Anfechtung

Eine vierte Möglichkeit, die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments zu durchbrechen, bildet die Anfechtung gem. §§ 2078 ff. BGB. Berechtigt hierzu sind wie beim Einzeltestament i.R.d. § 2080 BGB insbesondere nach § 2080 I

BGB diejenigen, denen die „Aufhebung unmittelbar zustatten kommen würde“, damit die Hinterbliebenen nicht mit den negativen Folgen fälschlicher Erklärungen des Erblassers belastet sind.⁸³⁵ Der wesentliche Unterschied der Anfechtung ggü. dem Widerruf besteht in ihrer erweiterten Kausalität, dass sie auch nach dem Tod des Erblassers noch möglich ist und nicht zwingend durch ihn selbst vorgenommen werden muss. Die Anfechtung ist also im Gegensatz zum Widerruf keine letztwillige Verfügung und darüber hinaus vom Gebot der Höchstpersönlichkeit befreit. Hieraus können sich nicht unumstrittene Folgen für die Vertretung des Erblassers ergeben, wenn er von seinem hier vordergründig behandelten Recht der Selbstanfechtung Gebrauch machen möchte, um einer vorherigen letztwilligen Verfügung Wirkung zu verleihen, die gesetzliche Erbfolge zu nutzen oder gar eine neue letztwillige Verfügung zu testieren.

2.1.4.2.1 Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner

Sofern ein testierfähiger Erblasser seine wechselbezüglichen Verfügungen i.R.e. gemeinschaftlichen Testaments aus der Welt schaffen möchte, steht ihm zu Lebzeiten beider ein Widerrufsrecht zu.⁸³⁶ Da dieses nur unter der formellen Auflage der Beurkundung steht, soll *de lege lata* erst die materiell wirkende Bindungswirkung nach dem Tod des ersten Ehegatten, die nur durch eine Ausschlagung i.R.d. Frist durchbrochen werden könnte, das Bedürfnis nach dem zweiten Lossagungsrecht der Anfechtung begründen.⁸³⁷ Dabei ist unstrittig, wenn der überlebende Erblasser die einseitigen und insbesondere wechselbezüglichen Verfügungen des vorverstorbenen i.R.v. § 2078 BGB anfecht.⁸³⁸ Die eine Anfechtung begründenden Umstände müssen sich dann in der Person des verstorbenen Ehegatten wiederfinden. Umstritten hingegen ist, ob der Erblasser selbst zur Anfechtung seiner eigenen wechselbezüglichen Verfügungen – die einseitigen kann er nach wie vor frei widerrufen – berechtigt ist. Die Selbstanfechtung des überlebenden Erblassers bedarf zunächst zweier grundlegender Voraussetzungen, geht man von einer grenzenlosen Subsidiarität des Widerrufs aus: Zum Einen muss der Ehepartner bereits verstorben sein. Zum Zweiten bedarf die Anfechtung eines Grundes.

Als mögliche Anfechtungsgründe kommen ein Inhalts- und Erklärungsirrtum gem. § 2078 I BGB, Motivirrtümer gem. § 2078 II Alt. 1 BGB wegen der irrigen „Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands“ oder gem. § 2079 BGB wegen der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, sowie gem. § 2078 II Alt. 2 BGB wegen widerrechtlicher Drohung in Betracht.⁸³⁹

⁸³⁵ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 1.

⁸³⁶ Siehe hierzu die Ausführungen unter 2.1.4.1.

⁸³⁷ Vgl. *Lange*, ErbR, § 36 I.

⁸³⁸ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2271 Rn. 41.

⁸³⁹ § 2078 I BGB bildet insoweit eine *lex specialis* zu § 119 BGB des allgemeinen Teils. Darüber hinaus sind die Motivirrtümer aus § 2078 II 1. Alt und § 2079 BGB ausnahmsweise und für den allgemeinen Teil untypisch beachtliche Irrtümer, weil das Testament keine anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr bindet, weshalb auch niemand außer dem Testator selbst schützenswert erscheint.

Für die Begutachtung des wahren Erblasserwillens sind seine Motive bei der Testamentsanfertigung maßgebend. Die Motive des Erblassers können sich dabei in räumlicher und zeitlicher Dimension grds. auf alles Vorstellbare beziehen, wobei seine eigene Denk- und Anschauungsweise den Mittelpunkt für die Kausalität von Irrtum und Verfügung abbildet.⁸⁴⁰

Die Anwendbarkeit der erbvertraglichen Normen i.R.d. gemeinschaftlichen Testaments wird dabei über eine Analogie von § 2281 BGB aufgrund ihrer strukturellen Ähnlichkeit erzielt.⁸⁴¹ Die sodann im gemeinschaftlichen Testament anwendbaren §§ 2078, 2079 BGB lassen auf Rechtsfolgenseite die wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Partners gem. § 2270 I BGB nichtig sein.⁸⁴² In Voraussetzung seiner Analogie wird mit § 2282 III BGB statuiert, dass die Selbstanfechtungserklärung notariell beurkundet werden muss. Während derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung beruft, hierfür die Beweislast trägt⁸⁴³, soll das Recht der Selbstanfechtung lebenslang bestehen.⁸⁴⁴

Die analoge Anwendung der erbvertraglichen Normen darf jedoch hinterfragt werden, insbesondere ob die Strukturen von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament miteinander vergleichbar sind. Da das Anfechtungsrecht aus § 2281 BGB grundlegend für den Erbvertrag ausgestaltet ist, sollte erörtert werden, ob das bereits o.g. Bedürfnis nach einem zweiten Lossagungsrecht schon daraus resultieren kann, dass ein Widerruf mit Eintritt der Bindungswirkung nicht mehr statthaft wäre oder ob folglich ein gänzlicher Verzicht auf Lossagungsrechte angezeigt wäre. Während beim Erbvertrag bereits der Abschluss selbst eine materielle Bindung beider Vertragspartner erzeugt, mag das gemeinschaftliche Testament dieses erst mit dem Tod eines Ehepartners – zumindest in zeitlicher Hinsicht noch bedingt durch das Ablaufende der Ausschlagungsfrist gem. § 1944 I BGB – für sich zu beanspruchen. Vergleicht man die Interessenlagen beider Erblasser, so

Darüber hinaus soll der Schutz seiner Motive in einer Abwägung beidseitiger Interessen mit dem Rechtsverkehr den wahren Erblasserwillen ermitteln und ihm i. R. s. Testierfreiheit Geltung verschaffen. (vgl. *Weidlich* in Palandt, § 2078 Rn. 4, § 2079 Rn. 1.)

⁸⁴⁰ *Veit*, NJW 1993, 1553 (1555). Ursprünglich wurden nur solche Vorstellungen als den Irrtum begründend erachtet, die der Erblasser aktiv in sein Vorstellungsbild integriert hatte. Die Rechtsprechung (u.a. RGZ 86, 206, 208 ff.) addierte allmählich auch solche Vorstellungen, die dem Erblasser zurzeit des Testierens selbstverständlich präsent und jederzeit für ihn verfügbar waren. Noch weiter gehen Teile der Literatur, die es bereits als ausreichend ansehen, wenn der Erblasser einen Umstand gar nicht kennt, ihn dieser aber bei hypothetischer Kenntnis dazu bewogen hätte, anders zu verfügen (*Otte* in Staudinger (2013), § 2078 Rn. 24; *Kipp/Coing*, ErbR, § 24 II 2b). Demnach können anfechtbare Irrtümer aus jeder Änderung von Umständen resultieren. Andere Stimmen in der Literatur fordern eine Wertentscheidung i.R.d. Irrtumsfeststellung, weil es vornehmlich die Interessenlage des Anfechtenden sei, die eine Anfechtung begründet (*Veit*, NJW 1993, 1553 (1556)).

⁸⁴¹ *Lange*, ZEV 2008, 313.

⁸⁴² *Musielak* in MüKo-BGB, § 2271 Rn. 43. Nichtigkeit tritt allerdings nur für diejenigen Verfügungen ein, die wechselseitig sind. Mit Blick auf § 2085 BGB findet grds. keine Erweiterung der Unwirksamkeit auf einseitige Verfügungen statt.

⁸⁴³ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2271 Rn. 83.

⁸⁴⁴ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2271 Rn. 80.

stünde es dem Erbvertragspartner auch nach Eintritt der Bindung zu, sich über das Institut der Anfechtung zu lösen. Der Testator des gemeinschaftlichen Testaments hingegen wäre grds. an die wechselbezüglichen Verfügungen gebunden. Zur Verdeutlichung der Parallelität wäre es auch unschädlich, wenn ein Erbvertragspartner bereits vorverstorben wäre, weil auch dann eine Anfechtung möglich ist, wie § 2281 II BGB konstatiert. Im Ergebnis hätte also das im Grundsatz frei und nur unter formeller Auflage widerrufliche Testament zweier Ehepartner eine höhere Bindungswirkung als der Erbvertrag. Das erscheint im Kontext der Testaments- und Vertragsausgestaltung des BGB schwerlich vermittelbar und könnte Raum für eine Analogie schaffen.⁸⁴⁵ Gegen eine Analogie spräche, dass – auch in Ansehung der zuvor geschilderten Voraussetzungen für die Feststellung seiner Motive – dem Erblasser dann ein sehr extensives Recht zur Durchbrechung der Bindungswirkung zustünde. Hiergegen bliebe jedoch bestehen, dass die Beweislast eines etwaigen Irrtums der Anfechtende auf sich vereint, sodass eine analog zugelassene Selbstanfechtung nicht im Missverhältnis der widerstreitenden Interessen steht.

Letztlich bleibt das Verhältnis von Widerruf und zugelassener Selbstanfechtung einzuordnen. Teilweise wird behauptet, die Selbstanfechtung ersetze den Widerruf⁸⁴⁶, obwohl eine Gleichstellung dieser beiden Gestaltungsrechte mit *Jestaedt* dem „Grundverständnis des Anfechtungsinstituts“⁸⁴⁷ widerspricht.

2.1.4.2.2 Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner

Erleidet einer der beiden Ehepartner den Verlust seiner Testierfähigkeit, eröffnet sich ein die Systematik von Widerruf und Anfechtung tangierendes Problem. Denn weder ist ein Ehepartner verstorben, sodass sich nach abgelaufener Ausschlagungsfrist aus § 2281 BGB analog ein Anfechtungsrecht ergeben könnte, noch leben beide und sind derart handlungsfähig, Zeit ihres Lebens einen Widerruf gem. § 2254 BGB ausüben zu können. Vielmehr scheinen zugleich beide Lossagungsrechte für den Testierunfähigen unerreichbar.

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu *Lange*, ZEV 2008, 313 (316), der einerseits nicht die vergleichbare Interessenlage als Grundlage für eine Analogie heranzieht, als vielmehr den Tod des erstversterbenden Ehepartners, der durch seinen Eintritt das gemeinschaftliche Testament an die Strenge der Voraussetzungen des Erbvertrages anknüpfen lässt. Zu den Analogievoraussetzungen und deren ausführlichen Erläuterungen *Lange*, ZEV 2008, 313 (317 f.)

⁸⁴⁶ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2271 Rn. 80.

⁸⁴⁷ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 37, 85, weil sich das Anfechtungsrecht erst aus dem ersten Erbfall ableitet.

2.1.4.2.2.1 Abgabe

Während der Widerruf als Verfügung von Todes wegen bereits mit der Testierunfähigkeit eines Ehepartners nicht mehr wirksam abgegeben werden kann, ist die Anfechtung nicht von der Testierfähigkeit abhängig, sodass der Testierunfähige, aber beschränkt Geschäftsfähige, unter einer zugelassenen Analogie von § 2282 BGB seine wechselbezüglichen Verfügungen selbst anfechten kann.⁸⁴⁸ Fallen hingegen, wie es öfter der Fall sein mag, Testier- und Geschäftsunfähigkeit zusammen, so stehen dem lösungswilligen Ehepartner keine Mittel zur Verfügung, in seiner Person anzufechten.

2.1.4.2.2.2 Empfangnahme

Ist der lösungswillige Erblasser hingegen testierfähig, sein noch lebender Partner hingegen nicht, stellt sich die Frage, ob und ggf. auf welche Weise diesem ggü. die Anfechtung erklärt werden kann. Folgt man der Ansicht, dass die Anfechtung dem lebzeitigen Widerruf nachgeht, sogar durch ihn ausgeschlossen ist, und die Testierunfähigkeit trotz ihres ihr innewohnenden „Sterbens der Persönlichkeit“⁸⁴⁹ die Widerrufsmöglichkeit ggü. dem Testierunfähigen bzw. seinem Vertreter aufrecht erhält, weil auch der Testierfähige handlungsfähig bleibt, dann lassen sich die unter 2.1.3.2.1 zum Einzeltestament geschilderten Erwägungen übertragen und es scheidet eine Anfechtung ggü. einem testierunfähigen Ehepartner gänzlich aus.⁸⁵⁰

2.1.4.2.3 Betreuer oder Bevollmächtigter

Während die oben beschriebene Analogie der erbvertraglichen Vorschriften auf das gemeinschaftliche Testament überwiegend unbestritten dann Anwendung findet, wenn einer der Ehepartner vorverstorben ist und der überlebende sein Selbstanfechtungsrecht geltend machen möchte⁸⁵¹, bedarf eine Übertragung dieser Gedanken auf die Wahrnehmung von Rechten durch einen Vertreter eine erneute Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Analogie⁸⁵².

Zunächst ist festzustellen, dass § 2281 BGB im Wortlaut das gemeinschaftliche Testament nicht benennt, sodass die hier zu erörternde Konstellation nicht unter die Norm begriffen werden kann und eine Gesetzeslücke besteht. Darüber hinaus kennt das Gesetz i.R.d. §§ 2265 ff. BGB für das gemeinschaftliche Testament weder Möglichkeiten zur Anfechtung noch zur Stellvertretung. Als Grund hierfür erwägt *Lange*, dass sich erst die 2. BGB-Kommission mit der Integration

⁸⁴⁸ *Lange*, ZEV 2008, 313 (316).

⁸⁴⁹ AG München ZEV 2011, 81 (82).

⁸⁵⁰ So im Ergebnis auch *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2271 Rn. 65 und *Weidlich* in Palandt, § 2271 Rn. 6.

⁸⁵¹ Nach *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 79 ff. sprechen hiergegen weder Aspekte des Höchstpersönlichkeitsgebots, da es sich die Vertretung i.R.d. § 2282 II BGB als legitimierte Handlung darstellt, noch die systematischen Verhältnisse zwischen Widerruf und Anfechtung.

⁸⁵² Die Aufarbeitung der Analogievoraussetzungen stützt sich auf eine sehr transparente Darstellung der Problemkreise bei *Lange*, ZEV 2008, 313 (317).

des gemeinschaftlichen Testaments beschäftigt hatte.⁸⁵³ Der Feststellung einer Gesetzeslücke könnte aber entgegenstehen, dass ein Widerruf möglich ist. Dabei ist wiederum zu bedenken, dass dieses Argument nur dann greifen mag, wenn der anfechtende Erblasser testierfähig ist oder er nach dem Tod der erstversterbenden ausschlägt.⁸⁵⁴ Noch mehr ins Gewicht soll aber fallen, dass der Erblasser dann zum Testator generiert, weil der Widerruf zu Lebzeiten oder nach Ausschlagung stets als letztwillige Verfügung ausgestaltet ist.

Die Anfechtung hingegen vermag erbrechtsgestaltend als *ultima ratio* eine vorherige letztwillige Verfügung aufleben lassen oder die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen, weil sie keinen Akt des Testierens darstellt und ihrer *ratio* folgend lediglich auf die Beseitigung von durch Drohung oder Irrtum kausal entstandenen Vertragsinhalten ausgerichtet ist.⁸⁵⁵ Insoweit lässt sich annehmen, dass eine Gesetzeslücke besteht.⁸⁵⁶

Auf der anderen Seite verlangt die Analogie nach einer vergleichbaren Interessenlage. Ganz offensichtlich vergleichbar sind sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch der Erbvertrag als letztwillige Verfügungen ausgestaltet. Da beide erhöhte Anforderungen an den Erblasserwillen mit Blick auf seine Fehlerfreiheit stellen, wäre es zugleich angezeigt, dass beide Möglichkeiten der Lossagung anbieten. Für den Erbvertrag halten die §§ 2281, 2282 BGB Möglichkeiten der Anfechtung und der Vertretung vor. Das gemeinschaftliche Testament verfügt zwar über das Widerrufsrecht. Es hält aber keine äquivalenten Rechte zu den §§ 2281, 2282 für die Erblasser vor, die einerseits situativ vergleichbar sind und zugleich die Qualität beider Lossagungsrechte aufgreifen. Denn durch Vertragsqualität des Erbvertrags wäre anzunehmen, dass er im Verhältnis zum gemeinschaftlichen Testament über weniger intensiv ausgestaltete Lossagungsrechte verfügt. In tatsächlicher Hinsicht verhält es sich aber gegenteilig, sodass vom Erbvertrag auf das gemeinschaftliche Testament blickend sowohl mit einem Erstrechtschluss, als auch mit einem *argumentum a maiore ad minus* gearbeitet werden kann, um die Analogie zu begründen.⁸⁵⁷ Auch ist anzuführen, dass die Normen des gemeinschaftlichen Testaments teilweise – wie es § 2271 I BGB ausdrücklich vorsieht – auf den Erbvertrag verweisen.

⁸⁵³ Lange, ZEV 2008, 313 (317) m.w.N., wobei allerdings die Frage der Planwidrigkeit dadurch nicht hinlänglich geklärt sein mag.

⁸⁵⁴ Die Testierunfähigkeit und der Tod sind mit Lange, ZEV 2008, 313 (316) nicht gleichzusetzen. Gleichwohl mögen sich aber die strukturellen Parallelen aus 2.1.4.1.2.4. des „Sterbens der Persönlichkeit“ auch hierher übertragen lassen.

⁸⁵⁵ Außerhalb dessen bestehen auch keine weiteren Lossagungsmöglichkeiten, wie Lange, ZEV 2008, 313 (317) feststellt, wenn nicht etwa der Rücktritt im Erbvertrag vorbehalten wäre.

⁸⁵⁶ Dies bestreitet Iversen, ZEV 2004, 55. Lange, ZEV 2008, 313 (317, Fn. 51) attestiert ihm insoweit eine fehlende Trennschärfe zwischen den Lossagungsrechten Widerruf und Anfechtung.

⁸⁵⁷ Lange, ZEV 2008, 313 (317) betitelt das gemeinschaftliche Testament nachvollziehbarer Weise als „kleine Schwester“ des Erbvertrags. Kritisch hierzu Nach Jestaedt, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 87, der zwischen kausal herbeigeführter Bindung im Irrtumsfall und vom Irrtum unabhängiger eingetretener Bindung aufgrund der Testierunfähigkeit differenziert wissen will.

Die Anfechtung setzt keinen neuen – zumindest im absoluten Fokus stehenden – Erblasserwillen frei, sondern ist auf Beseitigung von ungewollten Willensäußerungen gerichtet. Dieser Schutzgedanke dürfe sich Testierunfähigen auch i.S.d. Einheit von letztwilligen Verfügungen und deren Lossagungen nicht verschließen.

Gegen die Zulässigkeit einer Analogie wird zumeist und wie *Jestaedt* konstatiert, darüber hinaus nichts Weiteres⁸⁵⁸, vorgetragen, als dass vor dem ersten Erbfall ein Widerruf zulässig sei.⁸⁵⁹ Insbesondere *Helms*⁸⁶⁰, *Zimmer*⁸⁶¹ und *Lange*⁸⁶² sehen – in teilweise differenzierten Ansätzen – ein Bedürfnis nach einer Analogie auch für den Fall, dass der lösungswillige Erblasser testierunfähig ist, damit sein gesetzlicher Vertreter für ihn anfechten kann. Eine Schlechterstellung des testierunfähigen Erblassers beim gemeinschaftlichen Testament ggü. dem Erbvertrag erscheint nicht hinnehmbar. Moralethisch besonders bedenklich erscheint der Gedanke, dass der testierunfähige und lösungswillige Erblasser das Sterben seines Ehepartners abwarten müsste, um anfechten zu können.⁸⁶³

2.1.4.2.3.1 Abgabe

Ihm würde dann ein Vertreter helfen können, seine Verfügungen gem. § 2282 II Hs. 1 BGB analog anzufechten.⁸⁶⁴ Dazu notwendig ist, dass diese auf einem Irr-

⁸⁵⁸ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 86, der auf S. 88 f. erörtert, dass die unterschiedliche Behandlung der Erblasser in beiden Lossagungsrechten gerechtfertigt sei und die Begründung für die Analogie einem *cum hoc ergo propter hoc* Fehlschluss unterliege, weil es gerade keinen kausalen Zusammenhang von Anfechtbarkeit und Testierunfähigkeit gebe.

⁸⁵⁹ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2271 Rn. 34 f.; *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2271 Rn. 65 (69 f.).

⁸⁶⁰ *Helms*, DNotZ 2003, 104 (109 f.).

⁸⁶¹ *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1714).

⁸⁶² *Lange*, ZEV 2008, 313.

⁸⁶³ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 86.

⁸⁶⁴ Vertreten wird, § 2282 II 1 Hs. 1 BGB analog auf das gemeinschaftliche Testament anzuwenden (*Harke*, JZ 2004, 180 (183); *Zimmer*, NJW 2007, 1713 (1714); *Lange*, ZEV 2008, 313 (318 f.); *Weidlich* in Palandt, § 2271 Rn. 27; Gegen eine Analogie OLG Bamberg BeckRS 2015, 13311 Rn. 31 f.; *Litzemberger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2078 Rn. 2). Allerdings könnte überlegt werden, ob nur wechselbezügliche oder auch einseitige Verfügungen von der Anfechtung umfasst werden können. Die Analogie vom Erbvertrag auf das gemeinschaftliche Testament resultiert bei den Befürwortern zumeist auf der Vergleichbarkeit der Bindungswirkung. Diese fußt ihrerseits im gemeinschaftlichen Testament nur auf den wechselbezüglichen Verfügungen, sodass diese jedenfalls auch i.R.d. Anfechtung erfasst werden sollten. Einseitige Verfügungen hingegen lösen keine vergleichbare Wirkung aus. Sie könnten ebenso gut in einem Einzeltestament verfügt worden sein. Es mag hingegen nicht konsequent erscheinen i.R.e. Testaments nur einen Teil der Verfügungen für anfechtbar zu erachten. Insbesondere *Musielak* in MüKo-BGB, § 2271 Rn. 35 will daher auch einseitige Verfügungen von der Anfechtung erfasst wissen. Andererseits würde die Anfechtbarkeit von einseitigen Verfügungen dann dazu führen, dass der in einem gemeinschaftlichen Testament einseitig Verfügende nach Eintritt der Testierunfähigkeit mit Blick auf seine Lossagungsrechte besser gestellt würde, als hätte er in einem Einzeltestament verfügt, weil der Verweis auf den Widerruf wegen der Testierunfähigkeit ins Leere ginge. Das wäre er aber nur dann, wenn man ein Selbstanfechtungsrecht des Erblassers, das der Vertreter für ihn wahrnimmt, auch beim Einzeltestament ablehnt.

tum nach §§ 2078, 2079 BGB analog beruhen, der den Testierfähigen kausal zur Verfügung veranlasst hat.⁸⁶⁵

Zu bedenken wäre auch, ob anstelle des gesetzlichen Vertreters ein Vorsorgebevollmächtigter für den Erblasser anfechten könnte. Erneut kollidieren der Wortlaut des § 2282 II 1 BGB, dass nur der „Betreuer“, also der gesetzliche Vertreter den testierunfähigen Erblasser vertreten kann und der Vorrang der rechtsgeschäftlichen Vertretung aus § 1896 II 2 BGB. Allerdings bindet § 2282 II BGB den Erblasser ausdrücklich an das Gebot der Höchstpersönlichkeit, was i.R.d. Anfechtung explizit für den Erbvertrag vorgesehen ist. Eine analoge Anwendung auch dieser spezialgesetzlichen Vorschriften bzgl. der Vertretung ist mit Blick auf eine Generealalogie nur konsequent. Die Anfechtung durch einen Bevollmächtigten erscheint i.R.v. § 2282 II BGB nicht angezeigt.

2.1.4.2.3.2 Zugang

Aufgrund seiner verbleibenden Handlungsfähigkeit und seiner gleichsam Geschäftsunfähigkeit ließen sich konsequenterweise ebenso die Überlegungen aus 2.1.4.2.2.2 heranziehen, dass der Verweis auf den subsidiären Widerruf zugunsten des Durchbrechens der Bindungswirkung aufgegeben wird.⁸⁶⁶ Allerdings steht auch dabei der Schutz des Geschäftsunfähigen im Fokus, um sich selbst wieder von seinen Verfügungen lösen zu können, was er aufgrund seiner abhanden gekommenen Fähigkeit nicht mehr anders als durch Vertretung vermag. Gibt hingegen ein Geschäftsfähiger die Anfechtungserklärung ab, muss die Subsidiarität des Widerrufs bei einem als zulässig unterstellten Verweis konsequenterweise in beiden Testamentsarten gelten, also sowohl beim Einzeltestament als auch beim gemeinschaftlichen Testament. Letztlich kann sich ein Testierunfähiger, dessen Vertretung in der Annahme sich grds. nach §§ 131 I, 164 III BGB bestimmt, dann nicht in der Annahme der Anfechtungserklärung vertreten lassen, wenn gar keine wirksame Anfechtungserklärung abgegeben worden ist.⁸⁶⁷

Zusammenfassend für Abgabe und die Empfangnahme bzw. den Zugang der Anfechtungserklärung auf Seiten der jeweils handelnden Personen kann folgende Abbildung 16 einen Überblick geben:

⁸⁶⁵ Vgl. für den Erblasser *Musielak* in MüKo-BGB, § 2281 Rn. 7; für den Vertreter gelten gem. § 2282 BGB dieselben Regeln.

⁸⁶⁶ Zu beachten ist allerdings, dass beim Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments die formelle Hürde der notariellen Beurkundung gem. § 2271 I i.V.m. 2296 BGB besteht.

⁸⁶⁷ Dies schlussfolgert sich bereits aus den Erläuterungen des Kapitels 2.1.4.2.2. Eine erklärte Anfechtung des testierfähigen Ehepartners würde in der Praxis schon aufgrund der öffentlichen, formellen Hürden vor einem Notar erfolgen, sodass die Umdeutung in einen Widerruf flexibel erfolgen kann.

	Abgabe	Empfangnahme bzw. Zugang
Testierfähiger Ehe- oder Lebenspartner	<i>Für einseitige Verfügungen</i> h.M.: ☒, da formloser Widerruf gem. §§ 2253 ff. BGB möglich ☐ Verweis kritisch, weil Anfechtung und Widerruf zwei verschiedene Rechtsinstitute sind, daher: m.M.: (+), § 2281 BGB analog	<i>Für einseitige Verfügungen</i> h.M.: ☒, da keine Anfechtung erfolgen kann m.M.: (+), Auflage: notarielle Beurkundung, § 2282 III BGB
	<i>Für wechselbezügliche Verfügungen Unter Lebenden?</i> h.M.: ☒, weil nur formelle Bindungswirkung besteht und notariell beurkundeter Widerruf möglich bleibt m.M.: (+), § 2281 BGB analog ☐ ggü. Testierunfähigem? h.M.: ☒, weil nur formelle Bindungswirkung besteht und notariell beurkundeter Widerruf möglich bleibt m.M.: (+), Anfechtung notwendig, da Widerruf erloschen mit Einsetzen der Testierunfähigkeit, § 2271 II 1 Hs. 1 BGB analog bzw. <i>de lege ferenda Nach Tod eines Partners?</i> (+), da Widerruf erloschen, § 2271 II 1 Hs. 1 BGB	<i>Für wechselbezügliche Verfügungen</i> (+), Auflage: Urschrift oder Ausfertigung der notariell beurkundeten Anfechtungserklärung muss zugestellt werden, § 2282 II i.V.m. § 2271 I i.V.m. § 2296 BGB
Testierunfähiger Ehe- oder Lebenspartner	<i>Einseitige und wechselbezügliche Verfügungen</i> ☒, weil keine wirksame Willenserklärung abgeben werden kann	(+), § 130 I BGB, zudem Zugang beim Vertreter erforderlich, § 131 I BGB, wenn nicht direkt ggü. Vertreter erklärt wird, § 164 III BGB (str.)
Betreuer oder Bevollmächtigter	<i>Einseitige und wechselbezügliche Verfügungen Unter Lebenden?</i> h.M.: ☒, weil Anfechtung erst nach Tod des Ehe- oder Lebenspartners möglich ist wegen Bindungswirkung m.M.: (+), gem. § 2282 II BGB analog, weil Zuwarten bis zum Tod des anderen nicht zumutbar [e.A. hierbei: nur der gesetzliche Vertreter, Gesetzssystematik & Rechtssicherheit; a.A. hierbei: auch Bevollmächtigter, da Betreuung subsidiär]	<i>Betreuer</i> (+), § 131 I BGB bzw. § 164 III BGB (str.) ☐ Auch ggü. <i>Bevollmächtigtem</i> möglich? h.M.: ☒, Wortlaut von § 131 I BGB a.A.: (+), Vertreter ist nur Empfangsvertreter, Subsidiarität der Betreuung ggü. Bevollmächtigung, Empfangnahme hat weniger Rechtswirkungen als Abgabe, weil sie ein bloßer Realakt ist

Abbildung 16: Die Anfechtung beim gemeinschaftlichen Testament.

Legende: (+) = bejahend; vorhanden. ☒ = verneinend; fehlt. ☐ = Problem.

2.1.5 Der Erbvertrag

In vielen Fällen vermag der Wunsch danach bestehen, dass sich der Testierende mit einer anderen Person gemeinsam an erbrechtliche Verfügungen bindet.⁸⁶⁸ Mit einem Erbvertrag kann gewährleistet werden, dass beide Vertragspartner korrespondierende Verfügungen aus gegenseitiger Rücksichtnahme und zur Verfolgung gemeinsamer Interessen tätigen.⁸⁶⁹ Es ist davon auszugehen, dass der Anteil von Erbverträgen i.R.v. Verfügungen von Todes wegen im Jahr 2012 etwa 2% und im Jahr 2015 etwa 3% ausgemacht haben.⁸⁷⁰

Konzeptionell stellt er dabei sowohl eine Verfügung von Todes wegen dar, als dass er ebenso ein „wirklicher Vertrag“⁸⁷¹ ist, wodurch ihm eine gewisse Doppelnatur innewohnt.⁸⁷² Die Bindungswirkung beider Vertragspartner entsteht dabei mit Abschluss des Vertrages,⁸⁷³ also unter Lebenden, sodass im Gegensatz zum gemeinschaftlichen Testament eine deutlich stärkere Bindungswirkung erzielt wird.⁸⁷⁴ Daraus resultiert ein „Schwebezustand“⁸⁷⁵ für den Zeitraum nach Abschluss des Vertrages und vor dem Tod des ersten Erblassers, weil der Erbvertrag zwar als erbrechtliches Verfügungsgeschäft⁸⁷⁶ ausgestaltet ist, aber im Gegensatz zu anderen eben keine unmittelbar nach Vertragsschluss wirkende Rechtsänderung herbeiführt. Eine einseitige Veränderung der vertragsgemäßen Verfügung ist für die Erblasser nicht möglich⁸⁷⁷, sodass es der Mitwirkung des jeweils anderen

⁸⁶⁸ Bei der Aufnahme in das BGB sah der Gesetzgeber dieses Bedürfnis bspw. bei den sog. „Einkindschaftungen“ (hierbei werden die Kinder aus erster Ehe mit den zu erwartenden Kindern aus zweiter Ehe gleichgestellt), bei der Vermögensvorsorge für den Ehepartner oder bei der Erhaltung eines Familienunternehmens (vgl. *Kanzleiter* in Staudinger (2014), Einleitung zu §§ 2274 ff, Rn. 1, der dort noch weitere Motive des historischen Gesetzgebers aufzählt)

⁸⁶⁹ *Leipold* in MüKo-BGB, § 1941 Rn. 1.

⁸⁷⁰ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 13, abgerufen am 27.11.2017. Der relative Anteil resultierte aus der Frage, ob sich die Teilnehmer zumindest Gedanken über das Thema Erben und Vererben gemacht hätten und anschließend antworteten, dass sie bereits einen Erbvertrag geschlossen hätten oder dies noch vorhätten. Die Studie Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V. aus dem Jahr 2006 geht sogar von 5% aus (*Bretzinger*, Richtig vererben, S. 5).

⁸⁷¹ BGH NJW 1958, 498 m.w.N.

⁸⁷² *Müller-Christmann* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 1941 Rn. 3.

⁸⁷³ *Musielak* in MüKo-BGB, Vorbemerkungen zu §§ 2274 ff. Rn. 1.

⁸⁷⁴ S. *Kappler/T. Kappler* in Erman, Vorbemerkung vor § 2274 Rn. 1.

⁸⁷⁵ *Gerken*, BWNNotZ 1992, 93.

⁸⁷⁶ „Die Art der Bindung läßt sich erst aufgrund der Besonderheiten des Erbvertrages erfassen. Durch den Erbvertrag wird der Erblasser nicht verpflichtet in einer bestimmten Weise von Todes wegen zu verfügen. Ein solcher Vertrag wäre nach § 2302 nichtig. Vielmehr verfügt der Erblasser direkt. Der Erbvertrag ist also erbrechtliches Verfügungsgeschäft. Dingliche Verfügungsgeschäfte bedürfen üblicherweise keiner Bindung, weil sie die gewünschte Rechtsänderung direkt herbeiführen und nicht nur Ansprüche auf Herbeiführung der Rechtsänderung gewähren. Beim Erbvertrag liegt der Fall jedoch anders, er führt als Vertrag *sui generis* gerade keine unmittelbare Rechtsänderung herbei.“ (zit. nach *Gerken*, BWNNotZ 1992, 93 m.w.N.).

⁸⁷⁷ *Basty*, MittBayNot 2000, 73 (74).

Vertragspartners bedarf.⁸⁷⁸ Trotz oder gerade wegen seiner erhöhten Bindung bietet der Erbvertrag auch einige Vorteile, die *Basty* exemplarisch benennt.⁸⁷⁹ Sollen bspw. lebzeitige Verpflichtungen wie eine Pflegschaft mit einer letztwilligen Verfügung kombiniert werden, so hält nur der Erbvertrag als Verfügung von Todes wegen diese Kombinationsmöglichkeit vor. Darüber hinaus kann der Erbvertrag auch zwischen Eltern und Kindern geschlossen und mit anderen Vertragstypen kombiniert werden, z.B. als Ehe- und Erbvertrag und als Partnerschaftsvertrag zwischen nichtehelichen Partnern.⁸⁸⁰ Im Gegensatz zum gemeinschaftlichen Testament ist der Erbvertrag also nicht exklusiv auf Ehe- oder Lebenspartner beschränkt. Darüber hinaus genießt er eine echte lebzeitige Bindungswirkung mit dem Zeitpunkt der Beurkundung und keine formelle Bindungswirkung, die erst mit dem Tod bzw. nach dem Fristablauf der Ausschlagung zur materiellen generiert. Er kann aber durch Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts in seiner Bindungswirkung reduziert werden, dass er einem gemeinschaftlichen Testament gleichkommt.⁸⁸¹

Auch zuwiderlaufende Verfügungen der Erblasser sind für den geschlossenen Erbvertrag mit Blick auf § 2289 I BGB unwirksam, unabhängig davon, ob sie nach Vertragsschluss getätigt werden oder bereits zuvor getätigt wurden. Beschränkt ist der Erbvertrag hingegen in seinem Inhalt gem. § 2278 BGB auf „Erb-einsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erb-rechts“. Nur die beschriebenen Ziele sind demnach als vertragsgemäß zu begreifen. Außerhalb dessen liegende Verfügungen sind folglich als einseitig anzusehen.

Naturgemäß gehen mit höherer Bindungswirkung größere Einschränkungen der Testierfreiheit einher. Der Erbvertragspartner bleibt aber gem. § 2286 BGB auch trotz gegenteiligem Vertragsinhalt frei darin, „familienrechtliche Akte wie Eheschließungen und Adoptionen, die Einfluss auf die späteren Rechte des Vertragserben haben können“⁸⁸², vorzunehmen. Der Erbvertrag ist gem. § 2274 BGB mit mindestens einer anderen Person bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einem Notar gem. § 2276 BGB zu schließen.

Mit den Unterschieden zwischen dem Erbvertrag und dem gemeinschaftlichen Testament hat sich *Röthel* eingehend befasst.⁸⁸³ Dabei stellt sie nicht nur fest, dass beide Verfügungsformen zu Lebzeiten Bindungswirkung entfalten⁸⁸⁴, was in vielen europäischen Staaten anders gelöst wurde, sondern wirft auch die Frage auf, ob mit dem vermehrten Abschluss von Erbverträgen zwischen Ehepartnern nicht die Ehe in Mitleidenschaft gezogen würde. Man mag hinzudenken können, dass der

⁸⁷⁸ *Gerken*, BWNotZ 1992, 93.

⁸⁷⁹ *Basty*, MittBayNot 2000, 73

⁸⁸⁰ *Krug* in Tanck/Krug, Anwaltformulare Testamente, § 24, Rn. 44.

⁸⁸¹ *Basty*, MittBayNot 2000, 73 (73 f.).

⁸⁸² *Musielak*, ZEV 2007, 245.

⁸⁸³ *Röthel*, AcP 210 (2010), S. A 67 ff. m.w.N.

⁸⁸⁴ Wobei im gemeinschaftlichen Testament zwischen formeller Bindungswirkung und materieller Bindungswirkung zu unterscheiden ist, siehe hierzu Kapitel 2.1.4.1.1.2.1.

Vertrag selbst innerhalb der Ehe ein zumindest volkmündlich eher negativ besetzter Begriff sein mag, sind doch insbesondere Eheverträge oftmals eine vertragsmäßige Bindung, die Zuwiderhandlungen gegen das Selbstverständnis und das bereits getätigte Versprechen der Ehe mit Repressalien belegt. *Röthel* führt weiter aus, dass aber Dritte keinen Vorzug ggü. Ehegatten genießen bräuchten und deswegen beiden Zielgruppen das Instrument des Erbvertrags offen stünde. Darüber hinaus gehörten Verträge i.R.e. Ehe mittlerweile zur gängigen Praxis. Letztlich schreibt sie dem Erbvertrag ggü. dem gemeinschaftlichen Testament große Vorzüge zu, weil er deutlich weniger Rechtsunsicherheiten für den Verwender mit sich bringe und sich eine angestrebte Bindung mit dem Erbvertrag transparent erzielen ließe.

Zu differenzieren ist beim Erbvertrag stets und wie im gemeinschaftlichen Testament nicht anders zwischen einseitigen Verfügungen und solchen, die Bindungswirkung entfalten. Für einseitige Verfügungen, die gem. § 2299 I BGB auch in einen Erbvertrag aufgenommen werden können, steht konsequenterweise das freie und formlose Widerrufsrecht bereit, denn gem. § 2299 II 2 BGB gilt auch mit Blick auf ihr Lossagungsrecht „das Gleiche, wie wenn sie durch Testament getroffen worden wäre“.⁸⁸⁵

Ob eine Verfügung nur einseitigen Charakter aufweist oder sie als vertragsgemäß einzuordnen ist, bestimmt sich anhand des objektiven Empfängerhorizonts gem. §§ 133, 157 BGB. Voraussetzung für einen wirksamen Erbvertrag ist allerdings, dass zumindest eine vertragsgemäße Verfügung zu seinem Inhalt zählt, um die für ihn charakteristische Bindungswirkung zu generieren.⁸⁸⁶ Mangels erbvertraglicher Verfügung lägen lediglich Testamente vor.⁸⁸⁷

Neben seiner Formbedürftigkeit⁸⁸⁸ und seiner vielfältigen Gestaltungsarten⁸⁸⁹ gehört auch der Erbvertrag zu den Verfügungen von Todes wegen, weshalb sich konsequenterweise das Kriterium der höchstpersönlichen Vornahme⁸⁹⁰ bei ihm fortsetzt. § 2282 III BGB stellt klar, dass die Anfechtungserklärung notariell beur-

⁸⁸⁵ *Musielak* in MüKo-BGB, Vorbemerkungen zu §§ 2274 ff., Rn. 4.

⁸⁸⁶ OLG München FGPrax 2015, 88.

⁸⁸⁷ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), Einleitung zu §§ 2274 Rn. 9. Dies können dann ein oder zwei einseitige bzw. ein gemeinschaftliches Testament sein, für welche die unter Kapiteln 2.1.3 und 2.1.4 geschilderten Grundsätze gelten.

⁸⁸⁸ Vgl. dazu *B. Hamdan/M. Hamdan* in jurisPK-BGB, § 2274 Rn. 9.

⁸⁸⁹ Vgl. dazu *Litzenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2274 Rn. 2 ff. So kann der Erbvertrag einseitig oder zweiseitig ausgestaltet sein, je nachdem, ob z.B. eine Einsetzung als Erbe oder Vermächtnisnehmer auf Gegenseitigkeit beruht oder nicht. Darüber hinaus können mehr als zwei Personen in die Vertragskonstellation integriert werden.

⁸⁹⁰ Vgl. dazu *Musielak* in MüKo-BGB, § 2274 Rn. 2 ff.

kundet werden muss.⁸⁹¹ Zugehen muss die Erklärung dabei aber entweder in Urschrift oder in Form einer Ausfertigung.⁸⁹²

Wie aber vermag sich ein Erbvertragspartner wieder von seinen Verfügungen lösen zu können und seine Testierfreiheit gänzlich wiedererlangen?

Gem. § 2293 BGB kann der Vertragspartner vom Erbvertrag zurücktreten, sofern er sich diese Möglichkeit vertraglich vorbehalten hat. Hat der Erblasser dies nicht, so stünden ihm noch Rücktrittsrechte wegen persönlicher Enttäuschung aus §§ 2294, 2295 BGB offen. Während der Rücktritt keine Zusammenarbeit mit dem anderen Vertragspartner erfordert, bedarf die Aufhebung des Erbvertrags gem. §§ 2290 ff. BGB die Mitwirkung des jeweils anderen.⁸⁹³ Darüber hinaus gewähren die §§ 2281 ff. BGB dem Erblasser ein Anfechtungsrecht für die im Erbvertrag enthaltenen, vertragsgemäßen Verfügungen.

Weil ein Rücktrittsvorbehalt, ein Ausnahmetatbestand für einen Rücktritt und die Mitwirkung des anderen Vertragspartners für die Lossagung vom Erbvertrag regelmäßig von tatsächlichen und konkreten, einzelfallbezogenen Situationen abhängen, mögen der Widerruf und die Anfechtung i.R.d. Lossagungsrechte mehr dogmatischen Spielraum eröffnen.

2.1.5.1 *Der Widerruf*

Die Widerruflichkeit von Verträgen ist dem Zivilrecht grds. bekannt. Sie resultiert aus dem Bedürfnis, schwächere Vertragspartner ggü. stärkeren zu schützen. Eine historische Perspektive verrät, dass die Implementierung von Widerrufsrechten z.B. im Fernabsatzvertrag gem. § 312g I BGB und beim Verbraucherdarlehen regelmäßig gem. § 491 ff. BGB auf den Subordinationsverhältnissen zwischen Verbraucher und Unternehmer beruhen.⁸⁹⁴ Auch außerhalb des Widerrufs ist die Stärkung schwächerer Vertragspartner anderen Rechtsgebieten nicht fremd, wie es

⁸⁹¹ *Kanzleier* in Staudinger (2014), § 2282 Rn. 6. Die Beurkundung bezieht sich auf die Erklärung als solche, nicht auf ihren Zugang.

⁸⁹² *Weidlich* in Palandt, § 2282 Rn. 1. Mangels ausdrücklicher Regelung, ob eine beglaubigte Kopie für eine wirksame Anfechtungserklärung ausreichen würde, vergleicht das BayObLG in BayObLGZ 1963, 260 (264) die Grundsätze über die notarielle Beurkundung aus dem Rücktritt vom Erbvertrag gem. § 2296 II BGB, aus dem Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments gem. § 2271 I 1 BGB, der auf die Anwendung des § 2296 BGB verweist, und aus der Anfechtung des Erbvertrags gem. § 2282 III BGB: „Diese Grundsätze sind zwar zu §§ 2296, 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB (...) entwickelt worden, müssen aber angesichts der Übereinstimmung von § 2296 Abs. 2 und § 2282 Abs. 3 BGB und vor allem wegen der Gleichheit des Rechtsgrundes beider Vorschriften (...) auch für die in § 2282 Abs. 3 BGB behandelte Erbvertragsanfechtung gelten.“ Eine beglaubigte Kopie genügt den Anforderungen der wirksamen Anfechtungserklärung im Ergebnis nicht.

⁸⁹³ Ausführlich zum Rücktritt und zum Änderungsvorbehalt vgl. *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 40 ff.

⁸⁹⁴ *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff, S. 279 f. (Fn. 871).

die Entwicklung von Mieterrechten belegen mag.⁸⁹⁵ Ein solches Subordinationsverhältnis besteht allerdings im Erbvertrag nicht. Seine Ausgestaltung sieht vor, dass sich beide Vertragspartner auf Augenhöhe begegnen und bewusst für eine Bindungswirkung entscheiden.⁸⁹⁶ Deswegen sieht das Erbvertragsrecht für vertragsgemäße, wechselbezügliche Verfügungen auch keinen Widerruf vor.⁸⁹⁷

Mit Blick auf § 2300 II BGB können Erbverträge, die nur Verfügungen von Todes wegen enthalten, wieder aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommen werden. Die Verfügungsinhalte dürfen ihre Wirkung also erst *post mortem* entfalten und nicht bereits zu Lebzeiten die Vertragspartner verpflichten.⁸⁹⁸ Mit der Schaffung des § 2300 BGB war es für die Vertragspartner möglich, wie bei Testamenten eine Rücknahme zu vollziehen, ohne dass die möglichen Erben über den Inhalt des zurückgenommenen Erbvertrags Kenntnis erlangen.⁸⁹⁹

Sobald die Rückgabe an alle Vertragsschließenden erfolgt ist, gelten gem. § 2300 II 3 BGB i.V.m. § 2256 I BGB vertragsgemäße Verfügungen als aufgehoben, die einseitigen als widerrufen.⁹⁰⁰ Eine Widerruflichkeit wechselbezüglicher Verfügungen ging damit folglich nicht einher, sodass diese *de lege lata* ausgeschlossen ist.

2.1.5.2 Die Anfechtung

Eine Möglichkeit, die Testierfreiheit trotz bindender Verfügungen vollständig zurückzuerlangen, hat der Erblasser unter Wahrung formeller Voraussetzungen⁹⁰¹ mit dem Anfechtungsrecht aus § 2281 BGB.⁹⁰² Dieses Selbstanfechtungsrecht ist dabei auf vertragsgemäße Verfügungen i.S.d. § 2278 II BGB beschränkt, da er die einseitigen Verfügungen grundsätzlich frei widerrufen kann.⁹⁰³ Aufgrund der sofortigen Bindungswirkung nimmt der jeweilige Vertragspartner erhebliche Einschränkungen seiner Testierfreiheit vor⁹⁰⁴, die aber mit einer weitreichenden Aus-

⁸⁹⁵ Das zeigt sich bspw. daran, dass der Bundestag es als nicht haltbar angesehen hat, dass Vermieter die Maklergebühren auf die Mieter umlegen konnten (BT-Drucks. 447/14, S. 1), was dann mit dem MietNovG vom 21.04.2015 ausgeschlossen wurde (BGBl. I, 610).

⁸⁹⁶ Die Testiermacht des Erblassers wird nicht begrenzt, aber dahingehend gestaltet, dass mindestens zwei Erblasser ihre Verfügungen einander offenlegen.

⁸⁹⁷ *Lange*, ZEV 2008, 313 (317, Fn. 52).

⁸⁹⁸ Häufig werden dabei zu Lebzeiten bereits verpflichtende und mit dem Erbvertrag aus praktischen Erwägungen gern kombinierte Vertragsarten wie z.B. der Ehevertrag, der Erbverzichtsvertrag und der Verfügungsunterlassungsvertrag geschlossen. Zur Kombinatorik des Erbvertrags *Krug* in Tanck/Krug, *Anwaltformulare Testamente*, § 24, Rn. 44.

⁸⁹⁹ BT-Drucks. 14/9266, S. 49; zu den genauen Voraussetzungen siehe *Keim*, ZEV 2003, 55 ff.

⁹⁰⁰ *S. Kappler/T. Kappler* in Erman, § 2300 Rn. 3. Die Rücknahme stellt hier keinen Widerruf dar, sondern wirkt wie in Kapitel 2.1.3.1.1.4 beschrieben nur als solche. Schließlich besteht wegen der Vertragsbindung keine Widerrufsmöglichkeit (*Schellhammer*, ErbR, Rn. 462).

⁹⁰¹ Gem. § 2281 III BGB muss die Anfechtungserklärung notariell beurkundet werden, gem. §§ 143 I, II BGB ggü. dem Vertragspartner und unter Wahrung der Jahresfrist gem. § 2283 BGB erfolgen.

⁹⁰² BGH NJW 1970, 279 (280).

⁹⁰³ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2281 Rn. 2.

⁹⁰⁴ *Litzenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2281 Rn. 1 m.w.N.

gestaltung von Lossagungsrechten ausgeglichen werden soll, weil z.B. Motivirrtümer als Anfechtungsgründe wie im gemeinschaftlichen Testament unbeachtlich sind⁹⁰⁵.

Umstritten ist, ob die Selbstanfechtung einen Ersatz des Vertrauensschadens gem. § 122 BGB für den Erklärenden begründet. Dies wird teilweise abgelehnt mit dem Argument, der pauschale Verweis von § 2281 BGB auf § 2078 BGB enthalte eben auch einen Verweis auf § 2078 III BGB, welcher die Anwendung von § 122 BGB bereits im Wortlaut ausschließe.⁹⁰⁶ Darüber hinaus wird angeführt, dass es am schützenswerten Vertrauen des jeweils anderen Vertragspartners fehle⁹⁰⁷, weil er kein Anwartschaftsrecht, „sondern lediglich eine tatsächliche Aussicht“⁹⁰⁸ innehätte. Dagegen wendet *Kanzleiter* ein, dass § 2078 III BGB nur die Fälle der Drittanfechtung erfasse und daher ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses bestehen würde.⁹⁰⁹

2.1.5.2.1 Geschäftsfähiger Erblasser

Wenn insbesondere ein Erbvertrag von potentiellen Erblassern gewählt wird, um eine möglichst starke Bindung beider Vertragspartner zu erzielen,⁹¹⁰ wirkt es zunächst nicht zwingend überzeugend, dass dem Gestaltungsrecht der Anfechtung mit Blick auf ihre Anfechtungsgründe der §§ 2078 ff. BGB⁹¹¹ ein so weiter Spielraum zugestanden wird, dass seitens der Vertragspartner gem. § 2078 II 1 BGB angefochten werden kann. Daher muss danach gefragt werden, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung erfolgen kann und welche Reichweite sie erzielt.

Ein angestrebter Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Bindungswirkung könnte zunächst dazu veranlassen, es für die Begründung eines Motivirrtums auf konkrete Vorstellungen des Erblassers ankommen zu lassen.⁹¹² Fraglich erscheint ähnlich wie bei der Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments⁹¹³ aber, ob diese konkreten Vorstellungen sich nur auf positive Vorstellungen des Erblassers beziehen oder es für einen Motivirrtum auch dann ausreichend ist, dass sich der Irrtum auf etwas bezieht, was der Erblasser nicht direkt in seine Überlegungen integriert hat.

⁹⁰⁵ Dass Motivirrtümer außerhalb § 119 II BGB grds. unbeachtlich und nur im Erbrecht, also auch im Erbvertrag, ausnahmsweise beachtlich sind, siehe *Ellenberger* in Palandt, § 119 Rn. 29.

⁹⁰⁶ OLG München NJW 1997, 2331 = Urt. v. 05.06.1997 – 19 U 5421/96, juris; *Musielak* in MüKo-BGB, § 2281 Rn. 21; Veit, NJW 1993, 1553 (1556).

⁹⁰⁷ OLG München, Urt. v. 05.06.1997 – 19 U 5421/96, Rn. 103, juris; § 2281; *Veit*, NJW 1993, 1553 (1556).

⁹⁰⁸ BGH NJW 1954, 633; bzgl. des Nichterwerbs einer Anwartschaft siehe *Musielak* in MüKo-BGB, § 2286 Rn. 3 m.w.N.

⁹⁰⁹ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2281 Rn. 37 m.w.N.

⁹¹⁰ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 9.

⁹¹¹ Siehe zu den einzelnen Anfechtungsgründen: *Veit*, NJW 1993, 1553 (1555 f.).

⁹¹² BGH, Urt. v. 16.03.1993 – IVa ZR 216/81, Rn. 18 f., juris.

⁹¹³ Kapitel 2.1.4.2.

So kommt *Krebber* zu dem Ergebnis, dass nur positive Vorstellungen für einen Motivirrtum herangezogen werden dürfen.⁹¹⁴ Andernfalls wären die Rücktrittsrechte aus § 2294 BGB und § 2295 BGB überflüssig.⁹¹⁵ Auch der Gesetzeswortlaut streitet dafür.⁹¹⁶

Es mag freilich Irrtümer geben, die einer Enttäuschung des Vertragspartners über das Verhalten eines Bedachten oder die Wahrnehmung einer Gegenverpflichtung gleichkommen. In der Konsequenz wären dann allerdings auch nur diese beiden Rücktrittsrechte zulässig. Andere unbewusste Fehlvorstellungen würden aufgrund des *numerus clausus* der gesetzlichen Rücktrittsrechte dann nicht mehr vorgehalten werden.

Deshalb vertritt der BGH⁹¹⁷ mittlerweile inzwischen eine vermittelnde Ansicht: „Die Rechtsprechung meint Umstände, die in der Vorstellungswelt dessen, der seinen Willen bildet und äußert, ohne nähere Überlegung so selbstverständlich sind, daß er sie zwar nicht konkret im Bewußtsein hat, aber doch jederzeit abrufen und in sein Bewußtsein holen kann.“⁹¹⁸ Er bezieht sich dabei also insbesondere auf selbstverständliche Vorstellungen, die der Erblasser trotz seiner unbewussten, nicht konkreten Vorstellung darüber gehabt hat, weil er jederzeit auf sie zurückgreifen kann.

Leipold weist diesbezüglich auf eine mögliche Inkonsistenz hin, dass „wirkliche, aber unbewusste Vorstellungen ein Widerspruch in sich“ sind und ergänzt darüber hinaus, dass auch der Begriff des Mitbewusstseins nicht weiterführe.⁹¹⁹ Schlussendlich sei entscheidend, dass sich der Irrtum über die Umstände, ganz gleich ob diese vergangen, gegenwärtig oder zukünftig sind, in der Verfügung ursächlich ausgewirkt hat.⁹²⁰

Darüber hinaus vertritt *Litzenburger*, dass es unabhängig der Einordnung konkreter oder abstrakter, bewusster oder unbewusster Vorstellungen weniger auf den Irrtum selbst, also vielmehr auf die Kausalität ankäme.⁹²¹ Es wäre also stets der Frage nachzugehen, ob der Vertragspartner anders testiert hätte, wenn er den Irrtum gekannt hätte, sich also der Kausalverlauf verändert hätte.

Letztlich wäre mit *Jestaedt* noch zu erwägen, dass selbst eine größere Vielzahl an Anfechtungsgründen nicht zwangsläufig die Gefahr des Missbrauchs erhöht, insbesondere weil sie im Verhältnis zu den höheren Anforderungen der Anfecht-

⁹¹⁴ *Krebber*, DNotZ. 2003, 20.

⁹¹⁵ *Krebber*, DNotZ. 2003, 20 (30 ff.).

⁹¹⁶ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 29.

⁹¹⁷ Die Ansicht des BGH hat sich mehrfach geändert, vgl. BGH NJW-RR 1987, 1412; ausführliche Darstellung dazu bei *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 30 ff.

⁹¹⁸ BGH NJW-RR 1978, 1412 (1413); der anschließende Satz verdeutlicht die Meinung des BGH noch etwas mehr: „Demgegenüber bezeichnet die Psychologie als ‚unbewußt‘ das, was für das Bewußtsein nicht erfassbar ist.“

⁹¹⁹ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 35.

⁹²⁰ *Leipold* in MüKo-BGB, § 2078 Rn. 36.

⁹²¹ *Litzenburger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2078 Rn. 8.

tung als potentiell Lossagungsrecht steht.⁹²² Es sei auch nicht vertretbar, dass Dritte den Motivirrtum des Erblassers nach seinem Tod geltend machen können, er selbst jedoch nicht.⁹²³

Für die Frage nach der Reichweite der Anfechtung mag maßgebend sein, ob und inwieweit der Erbvertrag selbst Vertrauen für seinen Bestand schafft. Die Anfechtung kann sich gem. § 2078 I, II BGB nur auf diejenigen Verfügungen beziehen, für die ein Anfechtungsgrund besteht.⁹²⁴ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die kausal auf einem Irrtum beruhende, anfechtbare Verfügung von anderen im Erbvertrag enthaltenen Verfügungen teilbar ist.⁹²⁵

Stehen sich zwei Erbvertragspartner ggü., von denen nur einer als Erblasser verfügt, der andere hingegen als Erbe unterzeichnet, liegt ein Erbvertrag mit einseitigem Verfügungscharakter vor, ist eine Anfechtung nur i.R.d. § 2085 BGB möglich⁹²⁶, der grds. das Aufrechterhalten von Verfügungen zum Ziel hat und die übrigen nur dann unwirksam werden lässt, „wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde.“ Stehen sich hingegen zwei als Erblasser verfügende Vertragspartner ggü., handelt es sich um einen Erbvertrag mit zweiseitigem Verfügungscharakter, bei welchem eine Anfechtung aufgrund der inneren Konnexität der jeweils wechselbezüglichen Verfügungen mit der Nichtigkeit der einen zugleich die Nichtigkeit der anderen und mithin des gesamten Vertrags zur Folge hat⁹²⁷, allerdings nur in Bezug auf die vertragsgemäßen Verfügungen, da nur sie originärer Bestandteil des Vertrags im Gesetzeswortlaut sein können⁹²⁸.

2.1.5.2.2 Geschäftsunfähiger Erblasser

Obleich der Erbvertrag eine Verfügung von Todes wegen darstellt, ist er zugleich auch ein echter Vertrag, weshalb auf die Geschäfts- und nicht auf die Testierfähigkeit abzustellen ist.⁹²⁹ Wenngleich die Testierfähigkeit als Unterform der Geschäftsfähigkeit strengeren Voraussetzungen unterliegt⁹³⁰, mögen die Übergänge so fließend und die Differenzen so geringfügig sein, dass eine exakte Trennung praktisch selten möglich ist.⁹³¹

⁹²² *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 47 mit Hinweis auf OLG München ZEV 2007, 530, auf BayObLGZ 2003, 210, sowie BayObLG Zerb 2001, 104.

⁹²³ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 47.

⁹²⁴ BayObLG NJW 1971, 1565 (1566).

⁹²⁵ *Litzemberger* in BeckOK BGB (01.10.2022), § 2281 Rn. 17.

⁹²⁶ *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 244.

⁹²⁷ *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 244.

⁹²⁸ *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2289 Rn. 10 m.w.N.; die Unwirksamkeit einseitiger Verfügungen mit Blick auf die teilweise Unwirksamkeit der Erbvertrages richtet sich weiterhin nur nach § 2085 BGB.

⁹²⁹ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2275 Rn. 1.

⁹³⁰ So verbleibt die theoretische Möglichkeit, dass Geschäftsfähige testierunfähig sein können.

⁹³¹ Vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 1289.

2.1.5.2.2.1 Abgabe

Es stellt sich mithin die Frage, welche Lossagungsrechte ein geschäftsunfähiger Erbvertragspartner haben kann oder ob er sie durch einen anderen wahrnehmen lassen könnte. Hierzu liefert § 2282 II BGB Anhaltspunkte, weil er dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit eröffnet, den Erbvertrag des geschäftsunfähigen Erblassers anzufechten.⁹³² Wie beim gemeinschaftlichen Testament ist die Anfechtung auch beim Erbvertrag folglich vom Gebot der Höchstpersönlichkeit befreit.⁹³³

In jüngster Zeit haben sich Veränderungen insbesondere für beschränkt geschäftsfähige Erblasser ergeben. Früher konnten Minderjährige noch mit Vollendung des 16. Lebensjahrs den Bund der Ehe eingehen.⁹³⁴ Mit der Heirat ging die Möglichkeit einher, einen Erbvertrag zu schließen und diesen in eigener Person anzufechten.⁹³⁵ Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.07.2017⁹³⁶ war es Minderjährigen nicht mehr möglich zu heiraten, sodass gleichsam die Verfügungsform des Erbvertrags, wenn sie als Erblasser verfügen wollen, mit Blick auf § 2275 BGB gesperrt wurde, denn „Einen Erbvertrag kann als Erblasser nur schließen, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist“. Die Ausnahmeregelung für beschränkt geschäftsfähige Ehegatten aus § 2275 II 1 BGB a.F. wurde i.R.d. Gesetzesimplementierung gestrichen. Weiterhin möglich ist es aber beschränkt Geschäftsfähigen als Erben einen Erbvertrag zu unterzeichnen, weil nicht beide letztwillig verfügen müssen.⁹³⁷ Hier gelten i.Ü. die allgemeinen Vorschriften über Verträge.⁹³⁸

Ebenso war für minderjährige Erblasser eine Regelung über die Anfechtung hinfällig geworden.⁹³⁹ Im Ergebnis wurde also eine starre Altersgrenze für eine Verfügung und deren Lossagung um zwei Jahre angehoben. Auf Geschäftsunfähige, die unter Betreuung stehen, hat sich bei der Anwendung des § 2282 II BGB hingegen nichts geändert.⁹⁴⁰

⁹³² *Weidlich* in Palandt, § 2282 Rn. 2. Die Genehmigung des Betreuungsgerichts ist gem. § 2282 II Hs. 2 BGB Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung.

⁹³³ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 47.

⁹³⁴ § 1303 II BGB a.F.: „Das Familiengericht kann auf Antrag von dieser Vorschrift Befreiung erteilen, wenn der Antragsteller das 16. Lebensjahr vollendet hat, und sein künftiger Ehegatte volljährig ist.“

⁹³⁵ § 2275 II BGB a.F.: „Ein Ehegatte kann als Erblasser mit seinem Ehegatten einen Erbvertrag schließen, auch wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.“

⁹³⁶ BGBl. I, 2429.

⁹³⁷ Zum Erbvertrag, der nur einseitige Verfügungen enthält *Horn*, NJW 2007, 2392.

⁹³⁸ *Röhl* in BeckOGK-BGB (01.03.2018), § 2275 Rn. 17.

⁹³⁹ *Röhl* in BeckOGK-BGB (01.03.2018), § 2282 Rn. 4.

⁹⁴⁰ *Röhl* in BeckOGK-BGB (01.03.2018), § 2282 Rn. 4.

2.1.5.2.2 Empfangnahme

Da dem geschäftsunfähigen Vertragspartner nur noch seine Handlungsfähigkeit verbleibt, könnte aus dem Testamentsrecht erwogen werden, dass nur ihm ggü. keine wirksame Anfechtung erklärt werden kann. Aufgrund der Ausgestaltung als Vertrag gilt beim Erbvertrag aber die Maßgabe, dass gem. § 143 II BGB der Vertragspartner der Anfechtungsgegner ist, weshalb die Anfechtungserklärung stets ihm ggü. abzugeben ist.⁹⁴¹ Während die Lossagung ggü. einem vorverstorbenen Vertragspartner von der konkreten Konstellation der Verfügungen abhängt⁹⁴², kann der Lösungswillige unter Lebenden grds. nur die vertragsgemäßen, wechselbezüglichen und mit Bindung versehenen Verfügungen anfechten, weil er für die einseitigen, testamentarischen Verfügungen gem. § 2299 BGB ein Widerrufsrecht hat.⁹⁴³ Obwohl also die Erwägungen aus dem Testamentsrecht mit Blick auf die Verfügungsarten und die Bindungswirkung zum Tragen kommen⁹⁴⁴, behält der Geschäftsunfähige zumindest i.R.d. § 143 II BGB das Recht, dass ihm ggü. die Anfechtung erklärt werden muss.

2.1.5.2.3 Betreuer oder Bevollmächtigter

Ferner ist zu erwägen, ob die Rechte des Vertreters beim Erbvertrag schwächer ausgeprägt sind, weil der Geschäftsunfähige spiegelbildlich durch die ihm ggü. zwingende Abgabe der Erklärung gem. § 143 II BGB in seinen Rechten eine Stärkung erfährt, weil gleichsam § 164 III BGB nicht anwendbar erscheint und der Geschäftsunfähige daher stets in jede Anfechtungssituation zu integrieren wäre.

2.1.5.2.3.1 Abgabe

Gem. § 2282 II BGB kann ein gesetzlicher Vertreter für den geschäftsunfähigen Erblasser bei Genehmigung des Nachlassgerichts seinen Erbvertrag anfechten. Doch wie bei der Testamentsanfechtung mag sich auch hier die Frage stellen, ob dies nur für gesetzliche oder auch für gewillkürte Vertreter gilt. Der Wortlaut der Vorschrift mag erneut nur für den gesetzlichen Vertreter streiten. Die Erwägung einer extensiven Auslegung oder einer analogen Anwendung für einen Bevollmächtigten mag sich den gleichen Argumenten ausgesetzt sehen, wie bei der Lossagung vom Testament.⁹⁴⁵ Mit *Lange* bleibt es insbesondere bei der Differenzierung der beiden Vertreter hinsichtlich ihrer dogmatischen Stellung, dass die Vertretungsmacht des gewillkürten Stellvertreters auf Rechtsgeschäft beruht, während die des gesetzlichen Vertreters im Gesetz zu finden ist.⁹⁴⁶ Darüber hinaus unter-

⁹⁴¹ *Musielak* in MüKo-BGB, § 2281 Rn. 22.

⁹⁴² Vgl. dazu *Kanzleiter* in Staudinger (2014), § 2281 Rn. 26 ff.

⁹⁴³ *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 244; für die Widerrufsarten gilt das in Kapitel 2.1.3.1.1 Geschilderte.

⁹⁴⁴ *Brox/Walker*, ErbR, Rn. 244.

⁹⁴⁵ Siehe hierzu Kapitel 2.1.3.2.3 für das Einzeltestament und Kapitel 2.1.4.2.3 für das gemeinschaftliche Testament.

⁹⁴⁶ *Lange*, ZEV 2008, 313 (319).

liegt der gesetzliche Vertreter gerichtlicher Kontrolle, um den Geschäftsunfähigen in besonderer Weise zu schützen. Dies trifft auf den Bevollmächtigten nur im Ausnahmefall zu.⁹⁴⁷ Im Ergebnis bleibt fernab des Wortlauts von § 2282 II BGB kein Raum für eine andere Vertretung als durch den Betreuer.

2.1.5.2.3.2 Zugang

Die wirksame Anfechtung aber kann nicht allein aus der Abgabe der Erklärung ggü. dem Geschäftsunfähigen gem. § 143 II BGB resultieren. Obgleich die Empfangnahme als bloßer Realakt nicht auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist, so reicht ein beim Geschäftsunfähigen verbleibender Handlungswille nicht aus, um eine Kenntnisnahme zu generieren.⁹⁴⁸ Daher bedingt *de lege lata* die wirksame Anfechtung einen Zugang gem. § 131 I BGB beim gesetzlichen Vertreter.⁹⁴⁹ Das Verhältnis von Abgabe und Zugang mag beim Erbvertrag zwingend sein, weil eine Abgabe ggü. dem Vertreter gem. § 164 III BGB wegen des eindeutigen Wortlauts von § 143 II BGB nicht möglich erscheint. Wie beim Testament wäre zu erwägen, ob der Zugang auch ggü. einem Bevollmächtigten erfolgen könnte. Dagegen scheint das wohl stärkste Argument, dass der Betreuer im Gegensatz zum Bevollmächtigten gesetzlich verpflichtet ist, zugunsten des Vertretenen zu handeln.⁹⁵⁰ Allerdings mag die Privilegierung des gesetzlichen Vertreters dem Vorrang der Bevollmächtigung⁹⁵¹ weichen, um die Annahme einer Lossagungserklärung zu vollziehen.⁹⁵² Wie *Jestaedt* darüber hinaus darlegt, stellt sich die Entgegennahme von Willenserklärungen in ihrer rechtlichen Wirkung schwächer dar, als die Erklärung der Willenserklärung, weil der Empfang lediglich einen Realakt darstellt.⁹⁵³ Ließe man eine Diskussion in der Abgabe der Erklärung durch einen gewillkürten Vertreter zu, so müsste diese erst recht bei der Empfangnahme geführt und ggf. zugelassen werden.⁹⁵⁴

Zusammenfassend für den Widerruf und insbesondere die Abgabe und die Empfangnahme bzw. den Zugang der Anfechtungserklärung auf Seiten der jeweils handelnden Personen kann folgende Abbildung 17 einen Überblick geben:

⁹⁴⁷ *Lange*, ZEV 2008, 313 (319).

⁹⁴⁸ Der Wirksamkeit steht § 131 I BGB entgegen. Dieser überträgt die Regeln, die für Abgabe einer Willenserklärung gelten, auf den Zugang der Erklärung (*Ellenberger* in Palandt, § 131 Rn. 1), sodass die Willenserklärungen bei Geschäftsunfähigen keine rechtliche Wirkung entfalten können.

⁹⁴⁹ Für die Frage, ob tatsächliche Kenntnisnahme oder Zufälligkeit ausreichen, siehe Kapitel 2.1.4.1.3.2.

⁹⁵⁰ *Seiler/Horn* in NK-BGB, § 2296 Rn. 8c.

⁹⁵¹ Zur Subsidiarität der Betreuung aus § 1896 insbesondere LG Leipzig, Beschl. v. 01.10.2009 – 4 T 549/08, Rn. 47, juris.

⁹⁵² *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 125.

⁹⁵³ *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 125, (Fn. 5).

⁹⁵⁴ So im Ergebnis auch *Jestaedt*, Auswirkungen der Geschäftsunfähigkeit, S. 125.

	Abgabe	Empfangnahme bzw. Zugang
Geschäftsfähiger Erblasser	Testamentarische Verfügungen (+), § 2299 i.V.m § 2253 ff. BGB (bis hierhin formfreier Widerruf)	Testamentarische Verfügungen (+), aber kein Erfordernis, da Widerruf formlos möglich (bis hierhin formfreier Widerruf)
	Vertragsgemäße Verfügungen (+), § 2281 BGB	Vertragsgemäße Verfügungen (+), Auflage: Zugang der Urschrift oder Ausfertigung der notariell beurkundeten Anfechtungserklärung
Geschäftsunfähiger Erblasser	(-), Wortlaut des Gesetzes, dass nur „Vertreter“ anfechten kann, § 2282 II BGB	(+), § 130 I BGB, aber Zugang beim Vertreter erforderlich, § 131 I BGB
Betreuer oder Bevollmächtigter	Betreuer (+), Wortlaut des Gesetzes, dass „Vertreter“ anfechten kann, § 2282 II BGB Bevollmächtigter (P) h.M.: (-), Wortlaut „Betreuer“, Gesetzssystematik & Rechtssicherheit; m.M.: (+), da Betreuung subsidiär Auflage für jede Vertretungsform: Genehmigung des Betreuungsgerichts, § 2282 II Hs. 2 BGB	Betreuer (+), § 131 I BGB Bevollmächtigter (P) Auch ggü. Bevollmächtigtem möglich? h.M.: (-), Wortlaut von § 131 I BGB a.A.: (+), Vertreter ist nur Empfangsvertreter, Subsidiarität der Betreuung ggü. Bevollmächtigung, Empfangnahme hat weniger Rechtswirkungen als Abgabe, weil sie ein bloßer Realakt ist

Abbildung 17: Die Lossagungsrechte beim Erbvertrag.

Legende: (+) = bejahend; vorhanden. (-) = verneinend; fehlt. (P) = Problem.

2.2 Zusammenfassung

Für das Einzeltestament ist festzuhalten, dass dem testierfähigen Erblasser *de lege lata* ein Widerrufsrecht, aber nach h.M. kein Anfechtungsrecht zusteht. Hierbei vertritt sie einen Verweis auf das Widerrufsrecht als das stärkere Recht von beiden. Wegen des ebenso vertretenen Höchstpersönlichkeitsgebots beim Widerruf als Verfügung von Todes wegen mag dieser Verweis aber dann nicht mehr standhalten, wenn der Erblasser testierunfähig geworden ist. Ihm ist dann sowohl der Widerruf versagt, als auch die Anfechtung. Eine dann entstehende, ewige Bindung an seine letztwillige Verfügung ist erst recht nicht hinzunehmen, wenn das Anfechtungsrecht vom Gebot der Höchstpersönlichkeit befreit ist. Weil der Testierunfähige Schutz verdient, wird insbesondere von Seiten der Literatur zu Recht eingewandt, dass es *de lege ferenda* seinem Vertreter möglich sein muss, für ihn die ungewollten Verfügungen wieder aus der Welt zu schaffen und eine wirksame Anfechtung ggü. dem Nachlassgericht zu erklären. Um einen Interessenausgleich zwischen erhöhter Flexibilität und gleichsamer Kontrolle vor Missbrauch ggü. dem Testierunfähigen in einen sinnvollen Zusammenhang zu bringen, sollte dann

jedoch kein Raum für einen gewillkürten Vertreter bleiben und ein gesetzlicher Vertreter zwingend sein. Aus dem Anfechtungsrecht des Vertreters kann aber kein Anfechtungsrecht des testierfähigen Erblassers rückgeschlossen werden, weil es erst aus dem Einsetzen der Testierunfähigkeit erwachsen kann, weil dann kein höchstpersönlicher Widerruf mehr möglich ist.

Anders hingegen verhält sich der Widerruf des testierfähigen Erblassers von Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament. Er kann nach allgemeiner Auffassung einseitige Verfügungen formlos widerrufen wie beim Einzeltestament. Unter lebenden und gesunden Erblassern ist ebenso unstrittig, dass unter der formellen Auflage der notariellen Beurkundung widerrufen werden kann, damit der durch die Verfügung gebundene Ehe- oder Lebenspartner über den Widerruf Kenntnis erlangt. Soll aber ggü. einem Testierunfähigen widerrufen werden, vertritt die h.M. nach § 2271 II 1 Hs. 1 BGB wortlautstreu, dass erst „mit dem Tode des anderen Ehegatten“ widerrufen werden kann. Dabei verkennt sie, wie es die Literatur vorträgt, eine vergleichbare Parallele zwischen der Testierunfähigkeit und dem Tod insoweit, als dass der testierunfähige Erblasser keine Reaktionsmöglichkeit mehr auf veränderte Nachlassumstände hat. Durch das Sterben der Persönlichkeit ist seine Teilnahme am Erbrechtsverkehr derart eingeschränkt, dass es bedenkenswert erscheint, seine Situation zu stärken, indem ein Widerruf ihm ggü. unmöglich ist. Dann wäre das Schutzniveau der Testierunfähigkeit nur noch mit dem Schutz des Anfechtungsberechtigten konfrontiert, der aufgrund eines Anfechtungsgrundes die Verfügung aus der Welt schaffen kann. Dann wäre gem. § 2271 II 1 Hs. 1 BGB *de lege ferenda* schon „mit dem Eintritt der Testierfähigkeit des anderen Ehegatten“ der Widerruf erloschen. Strittig mag in diesem Zusammenhang aber ebenso die Frage sein, ab welchem Zeitpunkt die Anfechtung möglich ist. Es scheint nicht überzeugend, die Anfechtung Dritter bereits vor Eröffnung des Testaments zuzulassen. Mit der vertretenen Ansicht, dass der Widerruf mit Einsetzen der Testierunfähigkeit des anderen Ehegatten erlischt, entstünde also ein Vakuum der Lossagungsrechte zwischen Eintreten der Testierunfähigkeit und dem Tod, das zugleich Bindungswirkung enthält, welche nach dem Tod durch Anfechtung bzw. Ausschlagung überwunden werden kann. Nach dem Tod eines Ehe- oder Lebenspartners besteht kein Widerrufsrecht mehr, das mit der h.M. erneut auf den Wortlaut gestützt wird, während die Literatur hierfür einen Erstrechtschluss heranzieht. Aufgrund der mangelnden Fähigkeit zur wirksamen Abgabe einer Erklärung ist dem Testierunfähigen der Widerruf versagt, seinem Vertreter hingegen deswegen, weil er Höchstpersönlichkeit verlangt. Problematisch hingegen verhält sich beim Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments die Empfangnahme bzw. der Zugang der Erklärung. Während dem testierunfähigen Erblasser nur dann eine Widerrufserklärung seitens seines Ehe- oder Lebenspartners zugeht, wenn dieser eine wechselbezügliche Verfügung widerruft, die er notariell beurkunden lassen muss, ist dem Testierunfähigen ggü. nicht allein zu widerrufen. Es muss ihm zwar ggü. der Widerruf erklärt werden. Wirksamkeit entfaltet er aber erst, wenn er dem

Vertreter zugeht. Strittig ist hierbei, ob dieser ein gesetzlicher Vertreter sein muss oder auch ein Zugang beim gewillkürten Vertreter bewirkt werden kann. Während sich die h.M. hierbei auf den Wortlaut des § 131 I BGB stützt und einen Bevollmächtigten ausschließen will, stellt die Literatur und zuletzt auch die Rechtsprechung überzeugend dar, dass die Betreuung ggü. der Bevollmächtigung subsidiär ist und es sich nur um einen Empfangsvertreter handelt, dessen Empfangnahme der Erklärung keine rechtsgestaltenden Folgen für den Vertretenen nach sich zieht, weil sie als bloßer Realakt ausgestaltet ist. Über den Wortlaut hinaus erscheint es naheliegend, dass dem Willen des Vertretenen, einen Bevollmächtigten als Empfangsvertreter zu bestellen, Einhaltung geboten wird.

Die Anfechtung des testierfähigen Ehe- oder Lebenspartners erweist sich beim gemeinschaftlichen Testament ggü. dem Einzeltestament als etwas diffiziler. Einseitige Verfügungen sind erneut mit dem umstrittenen Verweis der h.M. auf das Widerrufsrecht nicht anfechtbar. Auch bei wechselbezüglichen Verfügungen soll der Verweis standhalten, solange beide Erblasser leben. Nach dem Tod eines Ehe- oder Lebenspartners ist nach einhelliger Auffassung der Widerruf erloschen. Strittig bleibt erneut, wie sich die Anfechtung ggü. einem Testierunfähigen verhält. Mit der h.M. wäre eine Anfechtung ausgeschlossen, weil nur der Widerruf zu Lebzeiten möglich sein soll. Folgt man der Literatur, den Widerruf ab Testierunfähigkeit des anderen Partners nicht mehr zuzulassen, wäre der Raum für eine Anfechtung grds. eröffnet. Auch hier ist aber zu differenzieren, ob eine Anfechtung zumindest in Gestalt der Selbstanfechtung zugelassen werden oder ein Vakuum der Lossagungsrechte bestehen soll. Es spricht mehr dafür, dass die Selbstanfechtung direkt zuzulassen und die Dritten auf den Zeitraum nach der Testamentseröffnung zu vertrösten. Die h.M. wendet zwar ein, dass nur der Tod die die Anfechtung begründende Bindungswirkung auslöse. Die Literatur hält dem aber zu Recht entgegen, dass der Testierunfähige dann den Tod seines Partners abwarten müsse, um das gemeinschaftliche Testament anzufechten. Um dieser Unmoralität entgegenzuwirken, soll es daher dem Testierunfähigen gem. § 2282 II BGB analog möglich sein, durch seinen Vertreter anzufechten. In dieser Konstellation mag allerdings mehr dafür sprechen, nur einen gesetzlichen Vertreter zuzulassen, weil mit der Anfechtung deutlich weitreichendere Folgen verbunden sind als mit der Empfangnahme von Lossagungserklärungen. Bei der Empfangnahme des Testierunfähigen bzw. dem Zugang beim Vertreter ist strittig, wie mit der Anfechtungserklärung umzugehen ist. Denn entweder liest man aus § 131 I BGB eine Tatbestandsvoraussetzung, sodass die Erklärung immer dem Testierunfähigen ggü. erklärt werden muss. Das hätte wiederum zur Folge, dass die Anfechtung *de lege lata* dem gesetzlichen Vertreter zugehen muss. Die darunter liegende Problematik bildet das Kriterium der Kenntnisnahme. Hierbei ist strittig, ob zielgerichtetes Mitteilen erforderlich ist oder zufällige Kenntnisnahme ausreicht. Für die Zielgerichtetheit wird seitens der wohl h.M. angeführt, dass § 130 I BGB und § 131 I BGB ein einheitlicher Zugangsbegriff zugrundeliegt, der von Absicht geprägt ist.

Die zufällige Kenntnisnahme hingegen resultiere bei Teilen der Literatur aus dem Verweis auf § 164 III BGB, der explizit schon die Fälle zielgerichteter Mitteilung erfasse, weshalb dies auf § 131 I BGB nicht zutreffe. Würde zudem in § 131 I BGB kein Erfordernis für die Abgabe ggü. dem Testierunfähigen gelesen, sondern nur eine Art Anwendungsvoraussetzung seiner Norm, dann eröffnet § 164 III BGB unter der Prämisse der Zielgerichtetheit die Möglichkeit, dass die Anfechtung an den gewillkürten Vertreter gerichtet werden kann, ohne dass der Testierunfähige in die Anfechtungssituation integriert wäre.

Wie das gemeinschaftliche Testament die wechselbezüglichen Verfügungen benötigt, setzt der Erbvertrag mindestens eine vertragsgemäße Verfügung voraus. Deshalb können in ihm festgehaltene, testamentarische Verfügungen jederzeit und formlos widerrufen werden. Für die vertragsgemäßen Verfügungen besteht deshalb ein Anfechtungsrecht gem. § 2281 BGB, dessen Erklärung dem Vertragspartner in notariell beurkundeter Form zugehen muss. In der Widerrufserklärung kann sich der Geschäftsunfähige gem. § 2282 II BGB vertreten lassen. Die h.M. beschränkt die Vertretung auf den Betreuer, weil neben dem Wortlaut des § 2282 II BGB die Gesetzessystematik anheimstelle, dass in bewusster Weise vom gesetzlichen Vertreter im Sinne der Rechtssicherheit Gebrauch gemacht würde. Hiergegen wird wenig überzeugend nur die Subsidiarität der Betreuung vorgebracht werden. Wie beim gemeinschaftlichen Testament ist zwischen Empfangnahme und Abgabe zu differenzieren. Die weitreichendere Abgabe der Erklärung sollte dem gesetzlichen Vertreter vorbehalten bleiben. Vertritt er demnach den Geschäftsunfähigen beim Zugang, ist denkbar, dass auch außerhalb des Wortlauts von § 131 I BGB ein gewillkürter Empfangsvertreter für den bloßen Realakt in Frage kommt.

Während sich die Forschungsfrage (1) insbesondere aus den zu Beginn des Kapitels 2.1 geschilderten Bestandteilen heraus beantworten lässt, wurde mit Blick auf Forschungsfrage (2) festgestellt, dass aus dogmatischer Sicht ein Reformbedarf i.R.d. Rechte des Testierens und Lossagens von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit, besteht. Dieser lässt sich anhand der folgenden drei Thesen zusammenfassen:

- 1) *Der gesetzliche Betreuer soll für einen testierunfähigen Erblasser das Testament anfechten können.*
- 2) *Der Widerruf ggü. testierunfähigen Ehe- oder Lebenspartner ist ausgeschlossen.*
- 3) *Der Zugang der Widerrufs- oder Anfechtungserklärung ggü. Testierunfähigen vom gemeinschaftlichen Testament genügt beim Bevollmächtigten in zufälliger Kenntnis. Gleiches gilt für den Zugang der Anfechtungserklärung vom Erbvertrag.*

Darüber hinaus zeigte die Erörterung der Forschungsfrage (3) auf, dass die Grenzen der Testierfreiheit weder inkonsistent sind, noch einen möglichen Reformbedarf auslösen. Das Festhalten am bisherigen Schutzniveau soll durch folgende Forderung unterstützt werden:

- 4) *Der Testator soll dem Pflegepersonal oder der Einrichtung, in der er wohnt, kein Geld vererben dürfen.*

3 Das Verhältnis zwischen Recht und Empirie

„(...) das letzte Ziel der Menschen [ist] das Glück“⁹⁵⁵

Nur anhand dieser Prämisse ein individuelles Leben auszurichten oder ein übergeordnetes gesamtgesellschaftliches Ziel zu formulieren, ließe schnell den Vorwurf des Hedonistischen zu. Gleichwohl bedarf menschliches Handeln immer einer intrinsischen Motivation. Wenn diese als gesellschaftliche Grundlage im Streben nach persönlicher Glückseligkeit verborgen liegt, könnte eine logische Schlussfolgerung darin liegen, auch das übergeordnete Recht anhand der Maßgabe des Glücks auszurichten. Notwendig erscheint dabei aber, das Glück selbst greifbar oder zumindest messbar zu machen, um es als Faktor in einen Willensbildungsprozess integrieren zu können. Als Instrument der Messbarkeit könnte sich hierbei die Empirie anbieten. Wenn also danach gefragt wird, ob das Recht die Empirie benötigt, müssen zunächst die hinter dem Begriff des Rechts liegenden Strukturen herausgearbeitet werden, um einen inneren, kohärenten Zusammenhang mit der Empirie aufzudecken und ein evidentes Bedürfnis nach ihr festzustellen. Diese Gedanken mögen im Folgenden bei der Erörterung der Forschungsfrage (4) unterstützend wirken.

⁹⁵⁵ von Aquin, Über das Glück, S. 37; Thomas von Aquin (1225–1274), italienischer Theologe und Philosoph.

3.1 Annäherung an den Begriff des Rechts

Die Frage nach Selbstbestimmung im Allgemeinen oder selbstbestimmten, menschlichen Handlungen im Konkreten unterlag in der Vergangenheit vielerlei Strukturversuchen und Interpretationen. Sowohl die anthropologische, ethisch-soziale Weiterentwicklung der Menschheit, als auch die epochalen Gegebenheiten bestimmter Zeiträume bilden beispielhafte Einflussfaktoren für die Definition der Selbstbestimmtheit.⁹⁵⁶ Aber selbst wenn der Mensch zu einer bestimmten Epoche fähig ist, einen selbstbestimmten Willen zu bilden, so hat dieser Prozess nicht zwingend auch eine gesellschaftliche Relevanz. Politische und gesellschaftliche Veränderungen, Unterdrückungen und das Absprechen von Rechten haben verschiedentlich eine Divergenz zwischen gebildeter und gelebter Selbstbestimmtheit offenbart.⁹⁵⁷ Damit die Selbstbestimmung des Menschen⁹⁵⁸ rechtliche Wirksamkeit in der Gesellschaft entfalten kann, kommt es also maßgebend auf die äußeren Umstände, insbesondere die Rechtsordnung, an. Um zu ergründen, wie sich Recht und Gerechtigkeit in untrennbarer Verbundenheit mit der Freiheit des Individuums verhalten und in welchen Bereichen sie möglicherweise eine evidente Kohärenz zur Empirie aufweisen, ist eine Aufarbeitung in den sie umgebenden Disziplinen unerlässlich.⁹⁵⁹

3.1.1 Interdisziplinäre Herleitung

Die historisch betrachtet älteste bekannte Rechtssammlung der Menschheit ist der *Codex Ur-Nammu*, der um 2100 v. Chr. in Mesopotamien verfasst wurde und nach seiner Entdeckung den heute wohl noch bekannteren *Codex Hammurapi* ablöste.⁹⁶⁰ Wenngleich im *Codex Ur-Nammu* aus heutiger Perspektive schon vor über 4100 Jahren erbrechtliche Vorschriften festgehalten waren⁹⁶¹, so mag er für die Bedeutung des Rechts, seiner Begrifflichkeit und seiner möglichen Affinität für die Empirie wenig Anhaltspunkte liefern.

⁹⁵⁶ Kapitel 2.1.1.2.

⁹⁵⁷ In der Vergangenheit waren Gesellschaften durch verschiedenartige Repressionen geprägt, so z.B. die Leibeigenschaft, die Sklaverei oder die Unterjochung von Frauen und Kindern (*Oesterliekhoff* in Janus, Psychologie der Mentalitätsentwicklung, S. 25 (45)).

⁹⁵⁸ Zu den heutigen Grundlagen Kapitel 2.1.1.1.

⁹⁵⁹ Die Aufarbeitung orientiert sich im Wesentlichen an einer Darstellung von *Gierhake* (§ 1), *Funke* (§ 2) und *Stegmaier* (§ 3) in Grundlagen des Rechts.

⁹⁶⁰ Der noch in sumerisch verfasste *Codex Ur-Nammu* ist bei näherer Betrachtung ebenso wie der *Lipit-Ishtar* nicht als *Codex* zu verstehen, da sie den strengen Anforderungen der Rechtsaufzeichnung nicht in jeder Hinsicht genügen mögen (*Assmann* in Ewige Ordnung, S. 11 (14)). Anders verhält es sich hingegen beim in semitischer Sprache verfassten *Codes Hammurapi* (Vgl. *Klein* in Sprachverfall, S. 219 (221)).

⁹⁶¹ „tukum-bi lúba-úšdumu-nita nu-un-tukudumu-mídám nu-un-tuku-a ibíla-a-nihé-a = Wenn jemand stirbt und keinen Sohn hat, dann soll eine unverheiratete Tochter zu seiner Erbin gemacht werden“ (Wikipedia (18.01.2018), https://de.wikipedia.org/wiki/Codex_Ur-Nammu, abgerufen am 26.06.2018).

Hierzu können zuvorderst die Rechtsphilosophie und die Rechtstheorie zählen, die einen tieferen Einblick in die auch historisch gewachsene Begrifflichkeit des Rechts und den darunter liegenden Strömungen philosophischen und theoretischen Verständnisses ermöglichen. Weiter noch mag die Rechtssoziologie gehen, wenn ihr Bestreben eine Integration empirischer Befunde und sozialer Erkenntnisse in dem Maße als zuträglich empfindet, wie es diese Ausarbeitung zum Ziel hat.

3.1.1.1 3.1.1.1 Rechtsphilosophische Ansätze

Die Rechtsphilosophie hat es sich zur Aufgabe gemacht, die Prinzipien des geltenden Rechts zu ergründen und es daran zu messen, ob es gerecht ist und die Freiheit des Einzelnen respektiert.⁹⁶² Was aber ist Gerechtigkeit? Eine gesellschaftliche Gerechtigkeit im Rechtssinne zu ergründen versuchte bereits *Aristoteles* im 4. Jh. v. Chr., denn „(...) jede Handlung und jeder Entschluss (...) scheint ein Gut zu erstreben, weshalb man das Gute treffend als dasjenige (...) bezeichnet hat, wonach alles strebt.“⁹⁶³

Was den Menschen dabei vordergründig von anderen Lebewesen unterscheidet, sei seine Eigenständigkeit⁹⁶⁴, die teils auch als „wache Geistestätigkeit“⁹⁶⁵ interpretiert wird. Diese herausragend humane Eigenschaft könne der Mensch für sich und die Gesellschaft aber nur verwirklichen, wenn er zum einen den gerechten Umgang der Menschen miteinander pflege, und zum anderen, wenn sich die Gesellschaft an der Gerechtigkeit orientiere. Er differenziert hierbei bereits zwischen objektiver Gerechtigkeit und der *lex lata*, denn „das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft, Gerechtigkeit aber bestimmt die Entscheidung darüber, was rechtmäßig ist“.⁹⁶⁶ Für das geltende Recht lässt sich daraus ableiten, dass es funktional ordnet, neben ihm aber eine objektive Gerechtigkeit bestehen kann, derer wir uns bewusst sein sollten und derer wir uns bedienen können, wenn wir sie oder Bereiche von ihr als gut oder glücklich empfinden.

Einen Gottesbezug oder zumindest religiösen Bezug weist *von Aquin* auf, der sich im 13. Jh. n. Chr. dem Problem der Überwindung von Grenzen zwischen göttlicher und weltlicher Macht verschrieben sah. Hierzu strukturierte er drei Klassen von Gesetzen, um die innere Kohärenz und die Abhängigkeit der Menschen ggü. ihrem Gott zu verdeutlichen:⁹⁶⁷ Es existiere einerseits die *lex aeterna*, das ewige Gesetz, welches gottgegeben und als unabänderliche Konstante bestünde.⁹⁶⁸ Auf einer zweiten, quasi darunter befindlichen, Stufe liege die *lex naturalis*,

⁹⁶² *Gierhake* in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 43.

⁹⁶³ *Rolfes*, *Aristoteles' Nikomachische Ethik*, S. 1.

⁹⁶⁴ Vgl. *Rolfes*, *Aristoteles' Nikomachische Ethik*, S. 9.

⁹⁶⁵ *Dirlmeier*, *Nikomachische Ethik*, S. 279.

⁹⁶⁶ *Schüttrumpf*, *Aristoteles Politik*, Buch I, S. 14.

⁹⁶⁷ Vgl. *Kluxen*, *Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin*, S. 230–241.

⁹⁶⁸ Vgl. *Bockenförde*, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, S. 234.

das natürliche Gesetz, das dem Menschen durch eine von Gott geschenkte Vernunft die Möglichkeit einräumt, Alternativen zu erblicken und für sich als richtig einzuordnen.⁹⁶⁹ Ähnlich wie bei *Aristoteles* wird auch hier das Ziel des gemeinsamen menschlichen Glücks verfolgt.⁹⁷⁰ Auf der dritten Stufe stehe die *lex humana*, das menschliche Gesetz, welche die Ansammlung menschlich gesetzter Rechte und Pflichten bilde und nicht im Widerspruch zur *lex naturalis* stehen dürfe.⁹⁷¹ Denn andernfalls bestünde eine *lex corruptio*, ein verdorbenes Gesetz, dem die Gesetzesqualität fehle.⁹⁷² Gesetzesreformen oder Vorschriften *de lege ferenda* kämen also dann in Betracht, wenn sie vernünftig sind und sich an einem objektiven Gerechtigkeitsmaßstab orientieren, jedenfalls aber nicht dem Allmächtigen widersprechen.

Einen inhaltlichen Bruch mit *Aristoteles* und *von Aquin* geht *Hobbes* ein, der im 17. Jh. n. Chr. weniger das Gemeinwohl als Primärziel menschlichen Handelns ansieht, sondern dass es sich vielmehr an seinem eigenen Wohl ausrichtet.⁹⁷³ Die Motivation sieht er dabei insbesondere im Selbsterhalt: „(...) wenn zwei Menschen die gleiche Sache begehren, welche sie dennoch nicht gemeinsam genießen können, so werden sie zu Feinden und sind in ihrem finalen Bestreben, welches hauptsächlich der Selbsterhaltung und manchmal lediglich dem Vergnügen, dient, den anderen zu zerstören oder zu überwältigen.“⁹⁷⁴ Dabei untersucht er den „Zustand der Menschen außerhalb der bürgerlichen Gesellschaft“⁹⁷⁵, losgelöst von jedweder Konvention und gesellschaftlicher Ordnung, also im sog. Naturzustand. Daraus schließt *Hobbes*, dass je mehr Konvention, je mehr Ordnung die Gesellschaft verinnerliche, desto friedvoller ein Zusammenleben zwischen den Menschen möglich sei. Zur Herstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit und Frieden müssten daher alle Menschen – unter der Bedingung, dass sich jeder daran beteilige und halte – einen Vertrag untereinander schließen, einer Person oder einer Personengruppe die ihnen durch das Naturrecht verliehene Macht auf sie zu übertragen.⁹⁷⁶ Würde ein vermeintlich testierunfähiger Erblasser heute willens verfügen, dürfte eine übergeordnete Instanz als Inhaberin der übertragenen Macht diese Verfügung für unwirksam erklären, gänzlich unabhängig von seiner vermeintlichen Unfähigkeit, aber schon, weil sie es will und damit die Gewährung von Frieden zusichert. Daraus resultiert, dass sowohl die Freiheit als auch die

⁹⁶⁹ Vgl. *Bockenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 234.

⁹⁷⁰ *Jeong*, Die Lehre des Thomas von Aquin von der ewigen Glückseligkeit, S. 102.

⁹⁷¹ *Schäfers*, Prophetische Kraft der kirchlichen Soziallehre?, S. 182.

⁹⁷² Vgl. *Blankertz*, Thomas von Aquin, S. 180 (Rn. 97).

⁹⁷³ Vgl. *Höffe*, Thomas Hobbes, S. 63.

⁹⁷⁴ Frei nach *Hobbes*, *Hobbes's Leviathan*, p. 95: "(...) if any two men desire the same thing which nevertheless they cannot both enjoy, they become enemies; and in the way to their end (which is principally their own conservation, and sometimes their delectation only) endeavour to destroy or subdue one another."

⁹⁷⁵ *Hobbes*, Grundzüge der Philosophie, S. 223.

⁹⁷⁶ Vgl. *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 187 ff.

Selbstbestimmung des Einzelnen dann leidet wenn sie hinter Sicherheitsaspekten zurücktreten muss und mit ihnen keine Symbiose bilden kann.⁹⁷⁷ Darüber hinaus könnte einzuwenden sein, dass es „dysfunktional“ erscheint, aus Sicherheitserwägungen und gutem Glauben Macht an einen Ort zu übertragen, vor dem aus sie nicht mehr zwingend gewährleistet werden könnte, weil ihre Ausübung gänzlich dem Machtempfänger obliegt.⁹⁷⁸

An diese Gedanken schließt sich auch der Utilitarismus an, in dessen Fokus der Nutzen einer Handlung steht. Sein Ziel ist es, das Streben nach Lust zu mehren und Unlust zu vermeiden. Zu dieser moralischen Fassung sieht er als legitimes Mittel – ähnlich wie *Aristoteles* – das Steigern und Fördern des Glücks an. Übertragen auf die Gesellschaft und die gesamte Rechtsordnung bedeute dies nach *Bentham*, den „Genuss von Freuden, die Sicherheit vor Leiden“⁹⁷⁹ in den Mittelpunkt zu stellen, um möglichst Vielen möglichst viel Glück zu ermöglichen. Für die partizipatorischen Gedanken entwickelte er ein Berechnungsmodell von Glück, das sog. hedonistische Kalkül. In ihm verhafteten die vier Elemente der erwarteten Intensität des Lustgewinns, die Dauer und der Grad der Wahrscheinlichkeit des Lustgewinns, darüber hinaus die zeitliche und räumliche Nähe des Eintreffens des Lustgewinns, sowie die Risikoabwägung von sekundären Folgen. Mit einer aber schier rücksichtslosen Konzentration von Glück auf das Kollektivwohl sind Unterdrückungen von Minderheiten vorgezeichnet.⁹⁸⁰ Ebenso vermag eine Kontrolle oder eine Untersuchung staatlichen Handelns auf den immanenten Maßstab der Gerechtigkeit hin nicht mehr stattfinden und zum Wohle der Nützlichkeit und Luststeigerung gänzlich ausbleiben.⁹⁸¹

Mitte des 18. Jh.s n. Chr. verschob sich der Fokus von Nutzen und Sicherheit vermehrt in Richtung Freiheit, von deren Begrifflichkeit aus *Kant* zu völlig neuem Denken anregte, indem er den Ansätzen *Hobbes'* eine entscheidende Komponente hinzudachte und den Utilitarismus widerlegte. Ausgangspunkt für die moralische Verifizierung einer Handlung war ihm zufolge nicht mehr die äußerliche Wirkung, sondern die Handlung selbst. Ein Streben nach Glück erkennt auch er als den Menschen innewohnendes natürliches Merkmal an, stellt aber heraus, dass eine Nutzenrelation keine hinreichende Begründung für eine gute Tat sei. Er untermauert dies mit der Grundthese, dass sich der Mensch von der „Summe der Befriedigung aller Neigungen unter dem Namen der Glückseligkeit keinen bestimmten und sichern Begriff machen“⁹⁸² könne. *Kant* fragt also konkret, was der Einzelne als sein Glück begreift. Weil dies nicht generell zu beantworten sei und von den persönlichen Wünschen und Zielen abhinge, bedürfe es zunächst eines weite-

⁹⁷⁷ Vgl. *Waechter*, Sicherheit und Freiheit in der Rechtsphilosophie, S. 29.

⁹⁷⁸ Vgl. *Höffe* in Furcht und Freiheit, S. 30 (44).

⁹⁷⁹ *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, p. 70: "enjoyment of pleasures, security from pain".

⁹⁸⁰ *Schmitz* in Wirtschaft und Ethik, S. 52 (64).

⁹⁸¹ Vgl. *Höffe*, Einführung in die utilitaristische Ethik, S. 44.

⁹⁸² *Kirchmann*, Immanuel Kant's Grundlegung, S. 17.

ren Ziels, das er im subjektiven Bereich ansiedelt und Motivation der Handlung sei. Dieses müsse in einem zweiten Schritt verallgemeinert werden, um die Handlung einzuordnen und um daraus allgemeine Gültigkeit und Verbindlichkeit zu generieren, damit jeder nur so handelt, wie er es auch als allgemeines Gesetz wolle, sog. kategorischer Imperativ.⁹⁸³ Es werden also die Freiheit und die Vernunft des Einzelnen miteinander verknüpft.⁹⁸⁴ *Kant* fokussiert dabei die Freiheit der Person⁹⁸⁵, die er wie folgt definiert: „Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“⁹⁸⁶ Er geht also von der Freiheit des Individuums und dessen autonomer Selbstbestimmung aus, die nach außen in „Unabhängigkeit von eines anderen nöthigender Willkür“⁹⁸⁷ besteht, gleichsam aber die Rechte der anderen achtet. Freiheit bedeutet für ihn, dass jeder Mensch die Möglichkeit hat, sich selbst zu bestimmen, moralisch richtig zu handeln, da jeder selbst die Gabe in sich trägt, dies zu erkennen.⁹⁸⁸ Eine Realisierung dieses Modells sieht *Kant* im Staat verortet, allerdings gewährleistet er die Garantie von Rechten auf eine bisher revolutionäre Weise: Obwohl er sich wie *Hobbes* dem Naturzustand des Menschen annimmt, geht er nicht *a posteriori* von Gewalt untereinander aus, um dem Staat Befugnisse aus repressiven Sicherheitsaspekten zu verleihen. Er geht vielmehr auf präventive Weise davon aus, dass der Mensch *a priori* seine bedingten Rechte aus dem Naturzustand auf den Staat überträgt, um seine eigenen Rechte durch ihn gewährleistet zu wissen.⁹⁸⁹ Positiv hervorzuheben ist, dass *Kant* auf diese Weise das Problem des Dysfunktionalen, des Wechselspiels aus Übertragung und Kontrolle der Macht, zumindest eindämmt, weil das Individuum nur insoweit staatlichen Repressalien ausgeliefert ist, wie es sich zugleich aus seinem Erhalt der Freiheit ergibt. Zur Absicherung der Kontrolle verlangt er stets eine Begründung staatlicher Eingriffsbefugnisse, die dem Betroffenen zumindest die Möglichkeit einräumt, diese als vernünftig zu betrachten.⁹⁹⁰ Festhalten lässt sich, dass *Kant* den Freiheitsbegriff und die Selbstbestimmtheit des Menschen auf eine neue Qualität anhebt, indem er ihm offenbar mehr zutraut als die vorherigen Rechtsphilosophen. Weil der Staat als Garant der Freiheit verbliebe, setzt das Recht den äußeren Rahmen dafür, dass das Recht des

⁹⁸³ Vgl. *Puls*, Sittliches Bewusstsein und kategorischer Imperativ in Kants ›Grundlegung‹, S. 40.

⁹⁸⁴ So schlussfolgert es zu Recht *Gierhake* in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 27 a.E.

⁹⁸⁵ *Zayczyk*, JuS 2004, 96 (98).

⁹⁸⁶ *Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 230, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/230.html>, abgerufen am 27.06.2018.

⁹⁸⁷ *Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 237, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/237.html>, abgerufen am 27.06.2018.

⁹⁸⁸ Vgl. *Gierhake* in Grundlagen des Rechts, S. 21 (32, Rn. 27).

⁹⁸⁹ *Kress*, Die Soziologischen Gedanken Kants im Zusammenhang seiner Philosophie, S. 11.

⁹⁹⁰ Vgl. *Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 231, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/231.html>, § D, abgerufen am 28.06.2018.

Individuums an der Freiheit des anderen endet. Dieses *Credo* zu erfüllen ist Ziel aller Individuen, weil ein Bruch dessen die Freiheit des Einzelnen beschneide.⁹⁹¹

Im Erb- und Testamentsrecht besteht *de lege lata* eine gedankliche Parallele zwischen privater und gesetzlicher Erbfolge bzw. der Testierfreiheit und ihren Grenzen.⁹⁹² Die postmortale Bestimmung über eigenes Vermögen stellt ein Freiheitsrecht dar.⁹⁹³ Macht der Erblasser von diesem Recht keinen Gebrauch, so gilt die gesetzliche Erbfolge. Seine mit *Kant* aus dem Eigentum und mithin aus dem Naturrecht stammende Testierfreiheit hatte der Erblasser als unbedingtes Recht i.R.e. repräsentativ-demokratischen Gesetzgebungsverfahrens für den Fall seines Nichtgebrauchs auf den Staat übertragen, damit dieser zur Wahrung seiner Interessen anhand von gerechten Erbquoten seine Eigentumsfreiheit schützt.

Die äußere durch Menschen wahrzunehmende Wirklichkeit verortete *Kant* in ihr selbst. Durch die Trennung von Vernunft und Wirklichkeit, von Erkennendem und Erkanntem, von Subjekt und Objekt, sei es nicht möglich, Erkenntnisse von „Dingen an sich“⁹⁹⁴, sondern nur durch Kategorien einzuordnen.⁹⁹⁵ Hieran übte *Hegel* zwischen dem 18. und 19. Jh. Kritik, weil er annahm, Vernunft und Wirklichkeit seien nicht voneinander losgelöst zu betrachten. Schließlich seien die von *Kant* wahrgenommenen Erkenntnisse von „Dingen an sich“⁹⁹⁶, also die äußere Wirklichkeit, die Ausprägung eines ihm innewohnenden und auf Vernunft basierenden Gedankens. Weil es demnach keine unerkannte Wirklichkeit gebe, bestehe eine Einheit aus Subjekt und Objekt, aus Erkennendem & Erkanntem und mithin aus Vernunft und Wirklichkeit.⁹⁹⁷ Auch *Hegel* geht von der Selbstbestimmtheit des Individuums aus, denn Recht bedeute das „Dasein des freien Willens“⁹⁹⁸. Es gliedert sich seiner Ansicht nach aber in drei Elemente auf, ähnlich wie es *von Aquin* tat, allerdings ohne jedweden Gottesbezug und mit einer divergierenden Schwerpunktsetzung.⁹⁹⁹ Für ihn existiere zunächst das abstrakte Recht. Dieses bilde eine Art Hülle, welche die Außenbeziehung des Menschen mit unabdingbaren Rechten verinnerliche. Zu ihnen zählen erneut drei Elemente, die sich gliedern in das Eigentum, mit dem in extensiver Auslegung die freie Entfaltung der Persönlichkeit

⁹⁹¹ Vgl. *Kant, Immanuel*, AA VI: Metaphysik der Sitten, S. 231, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa06/231.html>, § D, abgerufen am 28.06.2018.

⁹⁹² Kapitel 2.1.1.5.

⁹⁹³ Kapitel 2.1.1.3 und 2.1.1.4.

⁹⁹⁴ *Kant, Immanuel*, AA IV: Kritik der reinen Vernunft, S. 178, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/178.html>, abgerufen am 13.07.2018.

⁹⁹⁵ Vgl. *Baumanns*, Kants Philosophie der Erkenntnis, S. 804.

⁹⁹⁶ *Kant, Immanuel*, AA IV: Kritik der reinen Vernunft, S. 178, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa04/178.html>, abgerufen am 13.07.2018.

⁹⁹⁷ Vgl. *Braun*, Rechtsphilosophie, S. 329.

⁹⁹⁸ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181164>, § 29, abgerufen am 28.06.2018.

⁹⁹⁹ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181172>, § 33, abgerufen am 28.06.2018.

und das Wahrnehmen von Freiheitsrechten einer Person verstanden wird¹⁰⁰⁰, der Vertrag¹⁰⁰¹, mit dem eine Person in ein Verhältnis zu anderen Personen eingeht, und das Unrecht¹⁰⁰², das die Grenzen des Rechts skizziert. Auf einer zweiten Stufe stellt *Hegel* auf die Moralität ab, welche die ureigene in der Persönlichkeit verkörperte subjektive Freiheit meint und den Menschen zur Selbstreflexion anregt, um sich seiner selbst und seiner besonderen Gabe der Differenzierung, das Gute zu erkennen, bewusst zu werden.¹⁰⁰³ Im dritten Aspekt werden das abstrakte Recht und die Moralität mit dem Kriterium der Sittlichkeit verknüpft, also innere und äußere Freiheit in einer Symbiose vereint, durch deren Verbindung die Umsetzung des sozial-friedlichen Zusammenlebens, das „lebendige Gute“¹⁰⁰⁴, ermöglicht werde. Auch innerhalb der Sittlichkeit baut *Hegel* auf eine grundlegende Trias, die aus Familie, Gesellschaft und Staat besteht.¹⁰⁰⁵ Während die Familie als kleinste Zelle des gesellschaftlichen Zusammenlebens bereits über wesentliche Merkmale, wie den inneren Zusammenhalt und Prozesse, wie die Sozialisation und bspw. das Aufwachsen eines Kindes, verfügt, bildet die Gesellschaft eine bildhafte Brücke von der Familie zum Staat, indem in ihr bereits eine Struktur der wahrnehmbaren Freiheitsrechte über die Familie hinaus erkennbar wird. Sie ist dennoch ein Minus ggü. dem Staat, der über die Summe der subjektiven, vernünftigen Willen hinaus im ideellen Sinne die „Verwirklichung von Freiheit in einem absoluten Sinne“¹⁰⁰⁶, also *per se* das objektiv Vernünftige, darstellt. Kritisch mag an dieser Idee zu sehen sein, dass die Rechtsphilosophie in ihrer ureigenen kritischen Stimme insofern beschnitten wird, dass kaum zu differenzieren sei, wo Vernunft tatsächlich fehlen könnte, wenn sie durch die Verknüpfung mit der Wirklichkeit stets vorausgesetzt würde.¹⁰⁰⁷ Es mag also die Selbstkritik und die Reformbedürftigkeit abhandeln kommen, wenn der vorzufindenden Wirklichkeit stets Vernunft innewohnen soll. *Gierhake* führt dazu an, *Hegel* wolle „sich gerade nicht der Empirie ausliefern“¹⁰⁰⁸, um Wirklichkeit und Vernunft in Einklang zu bringen. Diese etwas missverständliche Formulierung legt nahe, dass damit allein auf die ewige Existenz von Vernunft abgestellt wird, bedient sich doch *Hegel* selbst empirischer Vorgehensweisen: Mit

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181210>, § 41, abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰¹ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181199>, § 40, abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰² *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181296>, § 82, abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰³ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181407>, § 129, abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰⁴ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181431>, § 142 abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰⁵ *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, <http://www.zeno.org/nid/20009181172>, § 33 abgerufen am 28.06.2018.

¹⁰⁰⁶ *Gierhake* in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 36.

¹⁰⁰⁷ Vgl. *Gierhake*, in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 38.

¹⁰⁰⁸ *Gierhake*, in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 38.

Blick auf die von ihm geforderte Aufgabe der Rechtsphilosophie, Vernunft zu erkennen, weil sie stets existent sei und nicht nur ein anzustrebendes, übergeordnetes Ziel darstelle, ist der ureigene Bereich sozialwissenschaftlicher Analyse, das Erkennen und Beobachten, die Empirie, unlängst berührt.

Einen sich retrospektiv auf *Kant* stützenden Ansatz lieferte *Rawls* im 20. Jh., der sich ebenso gegen den Utilitarismus wandte¹⁰⁰⁹ und seine Schlussfolgerung selbst als „highly Kantian in nature“¹⁰¹⁰ bezeichnete. Auch er legt seiner „Theorie der Gerechtigkeit“ die Selbstbestimmungsfreiheit des Individuums zugrunde, fordert zugleich aber eine gerechte Grundstruktur in der Gesellschaft, für die er zwei Komponenten herausgearbeitet hat: Zunächst wird der Mensch gedanklich in einen Idealzustand versetzt, die sog. „original position“¹⁰¹¹, von der aus er sich frei von jedweden Einflüssen und Repressalien in völliger Unvoreingenommenheit einer Beurteilung widmen kann. Hierbei unterliegt er einem „Schleier des Nichtwissens“¹⁰¹², dem sog. „veil of ignorance“¹⁰¹³, der ihm diese Unvoreingenommenheit ermöglicht und seinen Fokus auf ein übergeordnetes, gesellschaftliches Interesse legt. Dies bestünde zum einen aus der garantierten Selbstverwirklichung des Einzelnen mit Blick auf seine Vorhaben und zum anderen auf sozialer Gerechtigkeit, damit gleiche Voraussetzungen auch gleiche Chancen für den Einzelnen bedeuten.¹⁰¹⁴ Nur aus diesem Zustand gänzlicher Chancengleichheit könne Gerechtigkeit resultieren, die ihrerseits zwei Ausprägungen aufweist: Zum Einen zählt *Rawls* hierzu die Grundrechte einer Person, die er sowohl als Schutz ggü. als auch als Partizipationsmöglichkeit am Staat einordnet. Zum Anderen sollen Einschränkungen dieser Grundrechte nur dann möglich sein, wenn sie in einem Interessenausgleich münden.¹⁰¹⁵

3.1.1.2 3.1.1.2 Rechtstheoretische Ansätze

Neben rechtsphilosophischen Ansätzen können auch rechtstheoretische Erkenntnisse zum Verständnis des Rechts beitragen, wobei ihre Anerkennung als Disziplin, ihre konkreten Aufgabenbeschreibung und ihr Verhältnis zur Rechtsphilosophie bereits umstritten sind.¹⁰¹⁶ Zwischen der Rechtsdogmatik einerseits und den philosophischen und soziologischen Strömungen andererseits untersucht die Rechtstheorie insb. Rechtsordnungen auf ihren logischen Aufbau hin und konzentriert sich dabei systematisch auf die Zergliederung von rechtlichen Begriffen

¹⁰⁰⁹ *Gierbake* in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 39.

¹⁰¹⁰ *Rawls*, A Theory of Justice, p. xviii rev.

¹⁰¹¹ *Rawls*, A Theory of Justice, p. 11 rev.

¹⁰¹² *Gierbake* in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 40.

¹⁰¹³ *Rawls*, A Theory of Justice, p. 118 rev.

¹⁰¹⁴ Vgl. *Koller* in John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 41 (41 f.).

¹⁰¹⁵ *Gierbake*, in Grundlagen des Rechts, § 1, Rn. 41; im Orig.: *Rawls*, A Theory of Justice, p. 266 f. rev.

¹⁰¹⁶ Zum tieferen Verständnis *Funke*, in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 1, 47 f.

und Aussagen.¹⁰¹⁷ Sie wird deshalb als „analytische Rechtsphilosophie“¹⁰¹⁸ bezeichnet oder tradiert als Allgemeine Rechtslehre.¹⁰¹⁹ Um das umfassende Begehren der Rechtstheorie zu verstehen, wäre es *per se* erforderlich, sich gänzlich auch mit ihrer historischen Entwicklung zu befassen.¹⁰²⁰ Eine erwähnenswerte, notwendige und unentbehrliche Voraussetzung der Rechtstheorie ist die Unterscheidung zwischen Sein und Sollen. Hierbei sind drei Aspekte zu berücksichtigen: Weil die Rechtstheorie nicht wertet, wird das Recht nur *de lege lata* im Sein beschrieben, nicht aber *de lege ferenda*. Der zweite Aspekt betrifft die Abgrenzung der Rechtstheorie zur Rechtssoziologie. Während die Rechtssoziologie Rechtsnormen auf ihre gesellschaftliche Wirkung hin, also in Kombination mit Tatsachen, analysiert¹⁰²¹, ist die Rechtstheorie bestrebt, sich tatsachenunabhängig auf die Grundlagen und Eigenschaften der Rechtsnormen zu konzentrieren und diese *ipso facto* zu beschreiben¹⁰²². Das Beschreiben der Geltungsgrundlage der Norm und ihrer Anwendbarkeit über ihre bloße Existenz hinaus bildet demnach das Sollen ab. An dritter Stelle ist allerdings zu berücksichtigen, dass vom Sein nicht auf das Sollen geschlossen werden kann, sog. naturalistischer Fehlschluss¹⁰²³.¹⁰²⁴ Mit Blick auf ein Norm-Sein und Norm-Sollen kann eine Rechtsnorm also nicht schon deshalb Geltung beanspruchen, weil sie existiert. Eine der elementaren Herausforderungen der Rechtstheorie ist es daher, das Sollen der Norm, also ihre Geltung, zu erklären.¹⁰²⁵ Moral oder Ethik lassen sich als Grundlage nicht heranziehen, weil sich die Rechtstheorie auf das positive – „also das von Menschen für Menschen gesetzte“¹⁰²⁶ – Recht beschränkt. Dies gilt auch unabhängig von etwaigen moralischen oder ethischen Motiven bei der Normsetzung, weil nur die Norm selbst beleuchtet wird.¹⁰²⁷ Woher stammt also das Sollen, das Gelten der Norm?

Einen Lösungsansatz hierzu liefert *Kelsen*. Seiner Ansicht nach gelten nur solche Normen, die sich aus der Verfassung ableiten. Die Verfassung beruht ihrerseits, wie sie es selbst verinnerlicht und von anderen Rechtssätzen fordert, wiederum auf einer Norm. Weil diese Norm aber nicht zu setzen ist, muss sie hypothe-

¹⁰¹⁷ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 1.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 3.

¹⁰¹⁹ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 3. Zum engen und weiten Begriff der Rechtstheorie vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 2 f.

¹⁰²⁰ Hierzu näher *Funke*, Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 6 ff.

¹⁰²¹ *Potacs*, Rechtstheorie, S. 22.

¹⁰²² Vgl. *Potacs*, Rechtstheorie, S. 22 f.

¹⁰²³ Schon im Jahre 1903 statuierte der amerikanische Philosoph *George Edward Moore*, dass zwar Dinge, die gut sind, auch andere Eigenschaften aufweisen können, aber diese Eigenschaften nicht zwangsläufig absolut und vollständig gleichbedeutend mit der Gutheit sind. Unterstellte man dies jedoch, beginge man einen naturalistischen Fehlschluss, weil vom Sein auf das Sollen geschlossen würde. (Vgl. *Moore*, *Principia Ethica*, § 10.)

¹⁰²⁴ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 15.

¹⁰²⁵ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 15.

¹⁰²⁶ *Potacs*, Rechtstheorie, S. 15.

¹⁰²⁷ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 16.

tisch bzw. fiktiv gelten.¹⁰²⁸ Als sog. Grundnorm soll sie dann oberhalb der Verfassung gelten und hin zu allen verfassungsgemäßen, wirksamen Normen eine Verbindung zwischen Sein und Sollen herstellen.¹⁰²⁹ Mit *Funke* bliebe aber im Ergebnis nur festzustellen, dass das Recht als Rechtsordnung behandelt würde, offen hingegen, warum dieses Recht gelte.¹⁰³⁰

Um das Sollen des Rechts, die Normativität, zu erklären, liefert *Hart* einen gedanklichen Anstoß. Er unterscheidet dabei zwischen primären und sekundären Regeln. Während die primären Regeln Verpflichtungen mit Blick auf Gebote und Verbote begründen, übertragen sekundäre Regeln Befugnisse.¹⁰³¹ Die sekundären Regeln kreieren oder modifizieren die Verpflichtungen also in gewisser Weise.¹⁰³² *Hart* gliedert sie in drei Typen: die Erkenntnisregel, die Änderungsregeln und die Entscheidungsregeln.¹⁰³³ Die Änderungsregeln legen fest, auf welche Weise eine Veränderung der primären Regeln stattfindet.¹⁰³⁴ Die Entscheidungsregeln bevollmächtigen einzelne Personen verbindliche Bestimmungen darüber zu treffen, ob in einem bestimmten Fall eine primäre Regel verletzt wurde.¹⁰³⁵ Die wohl wichtigste sekundäre Regel mag allerdings die Erkenntnisregel sein.¹⁰³⁶ Sie verkörpert einerseits die Merkmale, die eine Regel zu erfüllen hat, weil sie diese andererseits als verbindlich anerkennen kann.¹⁰³⁷ Daraus folgt allerdings nicht, dass die Erkenntnisregel eine Geltungsgrundlage für primäre Regeln darstellt.¹⁰³⁸ Die Erkenntnisregel unterscheidet sich dabei ihrem Inhalt nach von Rechtssystem zu Rechtssystem und gewinnt ihre Gültigkeit erst dadurch, dass sie von einem Teilnehmer am Rechtssystem dazu verwendet wird, die primären Regeln eines Rechtssystems als solche zu identifizieren.¹⁰³⁹ Sie ähnelt dabei gedanklich *Kelsens* Grundnorm, ist aber im Verhältnis zu ihr nicht hypothetisch, sondern faktisch anerkannt.¹⁰⁴⁰ Sie ist auch nicht analytisch ausgestaltet, weshalb sie mehr eine empiri-

¹⁰²⁸ Vgl. *Funke*, in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 20.

¹⁰²⁹ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 20.

¹⁰³⁰ *Funke*, in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 21 m.w.N.

¹⁰³¹ *Funke*, in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 22., der die sekundären Regeln auch als „Regeln über Regeln“ nennt, wobei sie gedanklich im staatsrechtlichen Gefüge an die „Kompetenz-Kompetenz“ erinnern könnten.

¹⁰³² Vgl. *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, S. 209.

¹⁰³³ Im Originalen: rule of recognition, rules of change, rules of adjudication. *Hart*, The Concept of Law, p. 94 ff.

¹⁰³⁴ *Funke*, in Grundlagen des § 2, Rn. 23.

¹⁰³⁵ Vgl., *Bamforth* in Judicial Review and the Constitution, S. (130) 132.

¹⁰³⁶ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 22.

¹⁰³⁷ Vgl. *Alwart*, Recht und Handlung, S. 142.

¹⁰³⁸ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 23.

¹⁰³⁹ Vgl. *Alwart*, Recht und Handlung, S. 142:

¹⁰⁴⁰ *von der Pfordten*, *Dietmar* (06.04.2011), Der Begriff des Rechts, in Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/104-begriff-des-rechts>, Rn. 61, abgerufen am 29.09.2017. Laut ihm formulierte *Hart* die folgende Erkenntnisregel „Was die Königin im Parlament erlässt, ist Recht.“

sche Grundnorm darstellen mag.¹⁰⁴¹ Wenn sie nur sozial anerkannt sei, aber rechtlich nicht gelten soll,¹⁰⁴² führt dies zwangsläufig dazu, dass alle von ihr erfassten Normen zwar nicht geltungsgrundlegend, aber i.R.v. den von ihr aufgestellten Kriterien auf sie zurückgeführt werden und letztlich im Outlaw enden.¹⁰⁴³

Kritisch zu bemerken ist mit *Funke* insbesondere, dass eine Übertragung der Theorien auf modernes Recht nur in Grundzügen möglich erscheint, weil sowohl *Kelsen* als auch *Hart* das Recht auf die Rechtsnorm reduzieren und nicht die Gesamtrechtsordnung mit all ihren Facetten darunter verstehen.¹⁰⁴⁴ Beide Rechtstheoretiker verstehen Recht jedenfalls auf die Weise, dass es für seine eigenen Ausprägungen selbst sorgt.¹⁰⁴⁵

Eine weiterführende Idee geht der Frage nach, ob Recht, das zu einer bestimmten Zeit gesetzt oder zumindest auf Anwendungsebene existent war, aber mit heutigen Wertvorstellungen nicht vereinbar ist, als geltendes Recht einzuordnen ist. Soweit die Rechtstheorie in ihren positivistischen Grundzügen Moral und Ethik ausklammert, würde es sich um geltendes Recht handeln.¹⁰⁴⁶ Anforderung an das jeweilige Gesetz wäre nur sein ordnungsgemäßes Zustandekommen i.R.d. jeweiligen Rechtssystems, unabhängig davon, ob es gerecht ist oder nicht.¹⁰⁴⁷

Hiergegen erwehrte sich *Radbruch* und versagte gesetztem Recht seine Normenqualität, wenn „der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat“¹⁰⁴⁸. Und „...wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“¹⁰⁴⁹ Diese sog. „Radbruchsche Formel“¹⁰⁵⁰ wurde ursprünglich dazu genutzt, nationalsozialistischem Recht seine Geltung abzuspochen, sodass dies insbesondere nicht als Rechtfertigungsgrund für die Verbrechen herangezogen werden kann.¹⁰⁵¹ Mit

¹⁰⁴¹ *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 194.

¹⁰⁴² *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 24.

¹⁰⁴³ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 24.

¹⁰⁴⁴ *Funke*, in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 25.

¹⁰⁴⁵ *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 26.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 27 ff. Hierzu auch nochmals Kapitel 2.1.1.2 zum Blutschutzgesetz aus der NS-Zeit.

¹⁰⁴⁷ *Neumann, Ulfrid*, Naturrecht und Positivismus im Denken Gustav Radbruchs,

http://www.kas.de/upload/dokumente/verlagspublikationen/Naturrecht/Naturrecht_neumann.pdf, S. 13, abgerufen am 29.09.17.

¹⁰⁴⁸ *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

¹⁰⁴⁹ *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

¹⁰⁵⁰ *Fest*, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?, S. 105.

¹⁰⁵¹ Vgl. *Funke* in Grundlagen des Rechts, § 2, Rn. 29. *Osterkamp* zeigt in Juristische Gerechtigkeit, S. 41 dann wiederum auf, dass das BVerfG diese Formel vereinfachte und formulierte: „nationalso-

Kelsen ließe sich dem entgegenhalten, dass nur positives Recht Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnisse sein kann.¹⁰⁵² Einer Negierung über das Kriterium der Gerechtigkeit wäre der Weg dann versperrt. Andererseits ist zu konzedieren, dass mit rein wissenschaftlichen Mitteln nicht bestimmt werden kann, was moralisch oder ethisch richtig ist.¹⁰⁵³ Das aber mag i.R.d. Rechtspositivismus aber gerade nicht relevant sein, wenn er sich nur der Geltung des Rechts widmet.¹⁰⁵⁴ Das menschliche Setzen des Rechts mag für das Ziel eines gerechten Rechts zwar *conditio sine qua non*, nicht aber *conditio per quam* sein.¹⁰⁵⁵ Dies zieht aber nicht zwingend nach sich, dass es eine Verpflichtung gibt, bei moralischen Bedenken Recht zu befolgen. Eine Differenzierung zwischen Moral und Recht mag vor allem dann sinnvoll erscheinen, wenn beabsichtigt wird, aus moralischen Gründen geltendes Recht zu kritisieren.¹⁰⁵⁶ Neben den weiteren Bereichen der Rechtstheorie¹⁰⁵⁷ bleibt festzuhalten, dass mit rechtspositivistischen Positionen das Recht in seiner strukturellen Gestalt beschrieben werden kann, nicht aber hinreichend begründet werden kann, wie es sich insbesondere dann verhält, wenn die Normebene verlassen wird. Im rechtlich diffizilen Bereich oder gar im Outlaw wird regelmäßig zu konstatieren sein, dass unweigerlich auf moralische und ethische Grundsätze zurückgegriffen werden muss, die ebenfalls außerhalb des Rechts liegen.¹⁰⁵⁸

Ob rechtliche Prinzipien, die selbst auf moralischen Erwägungen beruhen und deshalb eine Doppelfunktion aufweisen, gedanklich addiert um die beanspruchte Richtigkeit von Rechtsakten, sowohl in rechtlicher als auch moralischer Hinsicht, und letztlich anheim der Geltung von Menschenrechten gestellt, den Rechtspositivismus ad absurdum führen, weil der Radbruchschen Formel damit Einhalt geboten würde, soll hier nicht abschließend beantwortet werden.¹⁰⁵⁹ Der rechtspositivistische Ansatz mag allein statuieren, dass eine Norm gilt, weil sie entsprechend den prozeduralen Vorgaben erzeugt wurde. Zur Bestimmung des Begriffs des Rechts oder sogar der Selbstbestimmung liefert die Rechtstheorie mehr Ideen als Antworten.

zialistischen Rechtsvorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde.“ (BVerfG, Beschl. v. 14.02.1968 – 2 BvR 557/62, juris).

¹⁰⁵² *Jestaedt* in *Lebenswelt und Wissenschaft*, S. 282 (297).

¹⁰⁵³ *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 30.

¹⁰⁵⁴ *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 30.

¹⁰⁵⁵ *Jestaedt* in *Lebenswelt und Wissenschaft*, S. 282 (297 f.).

¹⁰⁵⁶ *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 30.

¹⁰⁵⁷ Siehe dazu *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 31 ff.

¹⁰⁵⁸ *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 43.

¹⁰⁵⁹ Siehe dazu *Funke* in *Grundlagen des Rechts*, § 2, Rn. 44 f.

3.1.1.3 *Rechtssoziologische Ansätze*

Um den Begriff des Rechts zu ergründen und insbesondere seine Bedürfnisse nach empirischer Sozialforschung zu offenbaren, mag die Rechtssoziologie die wohl vielversprechendste Disziplin sein. Sie hat in eigenen Studien bereits hervorgetan, dass das Recht zwar einerseits ein konstantes, zugleich aber auch ein dynamisches Gebilde ist,¹⁰⁶⁰ um es für andere Erkenntnisse affin zu gestalten.¹⁰⁶¹ Die Einordnung des Rechts in einen übergeordneten oder zumindest begleitenden Prozess weiterer Disziplinen mag insbesondere deshalb elementar erscheinen, damit sich das Recht nicht dem Vorwurf ausgesetzt sieht, nur ein institutionalisiertes Produkt seiner selbst zu sein.¹⁰⁶² Dabei kann ihr die Rechtssoziologie verhelphen, wenn sie die die Normativität mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit konfrontiert und den Blick der juristischen Arbeit schult, auch einen Blick auf den Kontext und die gesellschaftliche Einordnung bei dem Entstehen oder Lösen eines Rechtsproblems zu wagen.¹⁰⁶³ Es mag als selbstverständlich zu erachten sein, dass der stete Wandel des Rechts zugleich auch regelmäßig mit einem gesellschaftlichen Wandel verbunden ist oder der gesellschaftliche Wandel eine Änderung des geltenden Rechts nach sich zieht.¹⁰⁶⁴ Dies ließe den Schluss zu, dass jedes Individuum, das mit der Rechtsordnung auch nur mittelbar in Kontakt tritt, ein Interesse daran hat, das Recht anhand von gesellschaftlichen Potentialen aber auch bestehender Schwächen weiterzuentwickeln.¹⁰⁶⁵ Freilich kann die Weiterentwicklung dann auch in einer Stagnation des Rechts münden.¹⁰⁶⁶ Erkennbar wird insbesondere der Bezug von Recht zum sozialen Leben, denn die Rechtssoziologie ist „unabweichlich empirisches Geschäft“¹⁰⁶⁷ und sie ist „Mittel zum Verstehen und Gestalten der sozialen Welt“, weil man mangels Verständnis vom „lebensweltlichen Sinn eines Problems“¹⁰⁶⁸ kaum in der Lage sei, Recht anzuwenden, ohne im „soziologischen Blindflug“¹⁰⁶⁹ zu landen.

Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang eine Definition von *Weber*, denn „Soziologie (im hier verstandenen Sinn dieses sehr vieldeutig gebrauchten Wortes) soll heißen: eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verste-

¹⁰⁶⁰ Siehe dazu die Beispiele von *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Fn. 3.

¹⁰⁶¹ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 1.

¹⁰⁶² Vgl. *Stegmaier*, in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 1.

¹⁰⁶³ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 3.

¹⁰⁶⁴ *Stegmaier*, Recht und Normativität, Rn. 2 nennt für den beobachteten Zusammenhang beispielhaft den vermehrten Abschluss von Rechtsgeschäften über das Internet, die sinkende Tabuisierung von Homosexualität oder das Schließen bzw. das Scheiden von Ehen.

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 4.

¹⁰⁶⁶ Die Feststellung „Stillstand ist Rückschritt“ (*Milon Gupta*, Die sieben Erfolgsprinzipien der Schachmeister, S. 173) von *Rudolf von Bennigsen-Foerder* (1926 – 1989), langjähriger Vorstandsvorsitzender des Energiekonzerns VEBA AG (E.ON SE), kann für das Recht dann gerade nicht gelten, wenn es z.B. die positive Konstante in einer sich objektiv negativ entwickelnden Gesellschaft bildet.

¹⁰⁶⁷ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 5.

¹⁰⁶⁸ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 5.

¹⁰⁶⁹ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 5.

hen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will. ‚Handeln‘ soll dabei ein menschliches Verhalten (einerlei ob äußeres oder innerliches Tun, Unterlassen oder Dulden) heißen, wenn und insofern als der oder die Handelnden mit ihm einen subjektiven Sinn verbinden. ‚Soziales‘ Handeln aber soll ein solches Handeln heißen, welches seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das Verhalten anderer bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist.¹⁰⁷⁰ Aus seiner Definition lässt sich sowohl ableiten, dass das Soziale maßgeblich auf der Interaktion fußt, als auch dass die Soziologie nach messbaren Erfahrungswerten des Individuums mit Blick auf seine Interaktionen strebt.¹⁰⁷¹ Es mag also weniger um eine gesamtgesellschaftliche Perspektive gehen¹⁰⁷², als vielmehr um die einzelnen, menschlichen Verhaltensweisen und deren Ergründung.¹⁰⁷³ *Esser* stellt hierzu fest: „Es sind *nicht* die ‚Gesellschaft‘, die soziale Strukturen oder die sozialen Systeme, die die sozialen Prozesse erzeugen und vorantreiben, sondern das an Situationen orientierte, sinnhafte, problemlösende Handeln der Menschen“¹⁰⁷⁴. Wenn also i.R.d. Soziologie vom empirischen Willen der Gesellschaft gesprochen wird, ist damit tatsächlich die Ansammlung der aus der interagierenden Erfahrung vieler Individuen gebildeten Willen gemeint. Aus dem Standpunkt des Einzelnen heraus betrachtet entfacht also ein Wechselspiel: Durch die Interaktion wird sowohl der andere identifiziert, als auch die eigene Person i.R.d. Selbstidentifikation. Dies folgt aus der gegenseitigen Erwartung, dass auf Aktion stets Reaktion folgt. Dies schaffe Verständnis und persönliche Identität, wenn eigene Motivation und das Verhalten der anderen in einen Kontext gesetzt wird.¹⁰⁷⁵

Daraus ergibt sich, dass unsere gesamte Welt und die in ihr lebenden Menschen samt ihrer individuellen Verhaltensweisen durchweg interpretationsbedürftig sind.¹⁰⁷⁶ Um ihr Verhalten aber wissenschaftlich adäquat ermitteln zu können, hat sich *Weber* der Konzeption eines ‚Idealtypus‘ bedient.¹⁰⁷⁷ Dieser wird durch „einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte und durch Zusammenschluss einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandener Einzelercheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen Gedankengebilde“¹⁰⁷⁸ erstellt. Es werden also relevante Elemente von Leitmotiven und Denk-

¹⁰⁷⁰ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S.1.

¹⁰⁷¹ Vgl. *Stegmaier* in *Grundlagen des Rechts*, § 3, Rn. 8.

¹⁰⁷² Vgl. *Stegmaier* in *Grundlagen des Rechts*, § 3, Rn. 9 f.

¹⁰⁷³ Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (13.07.2018), Was ist Soziologie?, unter: <http://soziologie.uni-halle.de/studium/fach/>, abgerufen am 16.08.2018.

¹⁰⁷⁴ *Esser*, *Soziologie*, S.4

¹⁰⁷⁵ *Stegmaier* in *Grundlagen des Rechts*, § 3, Rn. 11.

¹⁰⁷⁶ *Stegmaier* in *Grundlagen des Rechts*, § 3, Rn. 12.

¹⁰⁷⁷ *Schöllgen*, *Handlungsfreiheit und Zweckrationalität*, S. 67.

¹⁰⁷⁸ *Berger, Peter A.* (05.11.2007), Begrifflichkeiten des Webers: „Verstehen“, „Idealtypus“, „Werturteilsfreiheit“, <https://www.wiwi.uni-rostock.de/fileadmin/Institute/ISD/>

mustern des Agierens gefiltert, sog. Schlüsselemente, die anschließend miteinander in einem Gedankengebilde verbunden werden.¹⁰⁷⁹

Wie aber forscht die Rechtssoziologie? Grundlegend bestehen hierfür zwei Herangehensweisen: Zum einen kann durch Lebenssachverhalte die Bildung von Hypothesen generiert werden, zum anderen können diese Hypothesen durch eine Konfrontation mit realen Gegebenheiten einer Überprüfung unterzogen werden.¹⁰⁸⁰ Unabhängig davon, ob eine Studie durch Interviews, reine Beobachtungen oder Fragebögen durchgeführt wird, lassen sich grds. die vier elementaren Schritte des Beobachtens, Beschreibens, Verstehens und Erklärens i.R.d rechtssoziologischen Forschens festhalten, die strukturell aufeinander aufbauen, wie folgende Abbildung 18 verdeutlicht.¹⁰⁸¹

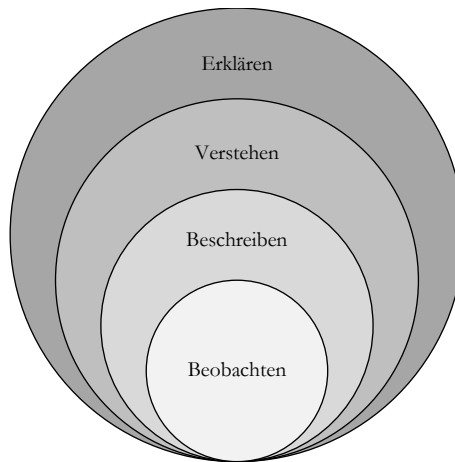


Abbildung 18: Die vier Schritte rechtssoziologischen Forschens.

Der Blick richtet sich während der Forschung nicht retrospektiv auf die zu untersuchenden Individuen und ihre Motivationslagen, sondern ist in der Person des Individuums zukunftsgerichtet zum Zeitpunkt des zu untersuchenden Verhaltens verhaftet.¹⁰⁸² Doch nicht nur die Akteure bzw. deren Handeln ist deutungsbedürftig, sondern auch die Dinge, da diese „da sind und zur sozialen Welt unablässig

Lehrstuhl_Makrosoziologie/Lehrmaterialien/Prof._Berger/Seminare_WiSe_07-08/Soziologische_Klassiker_Max_Weber/Borgmann_ua_Seminar_Max_Weber_Methode_Handout_01.pdf, S. 2, abgerufen am 17.10.2017.

¹⁰⁷⁹ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 12.

¹⁰⁸⁰ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 13: Welcher Designvariante dabei der Vorzug eingeräumt wird, hängt insbesondere vom Ziel der jeweiligen Studie ab.

¹⁰⁸¹ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 14.

¹⁰⁸² *Hitzler*, Welten erkunden, Soziale Welt, S. 473-482. (zit. nach *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 15.)

dazugehören; und weil sie ohne Deutung nichts bedeuten“¹⁰⁸³. Diese Denkansätze können als methodische Anleitung dafür verwendet werden, wie sich eine soziologische Perspektive entfalten mag.¹⁰⁸⁴

Begreift man mit *Röhl* das Recht als Ansammlung von Befehlsnormen¹⁰⁸⁵, könnten Rechtsnormen als „(...) diejenigen Normen bezeichnet werden, die von einem speziellen Rechtsstab angewendet werden, der innerhalb territorialer Grenzen für sich die Kompetenz-Kompetenz in Anspruch nimmt und diese im wesentlichen auch faktisch durchsetzt.“¹⁰⁸⁶ Zugleich stellt er jedoch auch fest, dass der enge Rechtsbegriff nicht ausreicht, wenn man noch weitere Faktoren der Rechtsordnung berücksichtigen will.¹⁰⁸⁷ Rechtsregeln seien daher als „Unterfall einer allgemeineren sozialen Erscheinung“ zu erachten.¹⁰⁸⁸ Daraus ließe sich schlussfolgern, den rein normativen Rechtsbegriff zu überwinden und ihn erfahrungswissenschaftlich ausgestalten zu müssen. Voraussetzung sei dabei freilich, dass er selbst wandlungsfähig und für empirische Erkenntnisse affin bliebe.¹⁰⁸⁹ Die ihm dann innewohnende Flexibilität dient insbesondere dazu, den Bereich des Normativen notwendiger Weise zu umfassen, seine Begrifflichkeit aber erst dadurch hinreichend werden zu lassen, weil er Wirkung und Umgang mit Normen, also die sozialen Realitäten der Umwelt, ebenso umfasst.¹⁰⁹⁰ Hier wird das maßgebende Differenzierungskriterium zwischen Norm- und Erfahrungswissenschaft deutlich, „weil die Soziologie die empirisch erfahrbaren Phänomene der sozialen Welt in den Blick nimmt, während es in der Rechtswissenschaft um die innere Systematik des Rechts geht“.¹⁰⁹¹ Einen signifikanten Mehrwert mag die Soziologie für die Rechtswissenschaft darstellen, wenn ein rein dogmatisches Vorgehen ins Leere führt, weil die Einordnung eines Sachverhalts in das Normengefüge ohne konkretisierte Erläuterung anhand von sozialen, wirklichen Gegebenheiten, insbesondere ggü. juristischen Laien, nicht vermittelbar ist.¹⁰⁹²

Dieser Differenzierung folgt auch *Rehbinder*, weil er zum interdisziplinären Vergleich zunächst die Rechtswissenschaft auf ihre Dogmatik zurückführt. Sie habe insbesondere die innere Kohärenz im systematischen Gefüge zum Ziel. Einerseits wird die Dogmatik flankiert von den dahinter liegenden Strömungen, der Frage nach Gerechtigkeit und den höheren Zielen des Rechts, also der Rechtsphi-

¹⁰⁸³ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 17.

¹⁰⁸⁴ Vgl. *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 6.

¹⁰⁸⁵ *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 219.

¹⁰⁸⁶ *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 242.

¹⁰⁸⁷ *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 228 ff.

¹⁰⁸⁸ *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 220.

¹⁰⁸⁹ Vgl. *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 20.

¹⁰⁹⁰ Vgl. *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 21.

¹⁰⁹¹ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 30.

¹⁰⁹² Vgl. *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 31.

losophie, und andererseits von der Frage nach dem sozialen Kontext, der gesellschaftlichen Realität und dem Umgang mit Normen, also der Rechtssoziologie.¹⁰⁹³

Der Frage nach der Verbindlichkeit des Rechts und dem Ursprung des moralischen Handelns geht *Durkheim* in der Weise nach, dass er die Bindung der Individuen untereinander und der Gesellschaft insgesamt beleuchtet. Die Konzeption der dafür notwendigen sozialen Ordnung ließe sich anhand des Zusammenhangs von Individuen, der Gesellschaft und dem Maßstab von Moral erklären. *Durkheim* setzt dem moralischen Handeln des Einzelnen ein „Kollektivbewusstsein“ voraus, welches sich als Interaktion individueller Psychen verstehen lässt. Daraus ließe sich schlussfolgern, dass der Ursprung jedweden moralischen Handelns die Bindung an die Interessen einer Gruppe, der man angehört, sei.¹⁰⁹⁴ Die Gruppe erinnert also jedes ihr zugehörige Individuum – in gedanklich metaphysischer Art – an die Regeln und Pflichten, welche für das solidarische Zusammenleben immanent sind.¹⁰⁹⁵ Hiergegen lässt sich mit *Weber* anführen, dass sich das Recht nicht auf die soziale Struktur einer Gruppe zurückführen lässt, sondern es sich als Handeln einordnen ließe, das sich an einer bestimmten Ordnung ausrichte.¹⁰⁹⁶ Die Akzeptanz des Individuums ggü. dieser Ordnung verschaffe ihr erst ihre Legitimität und ihre notwendige Verbindlichkeit.¹⁰⁹⁷ Die Sinnhaftigkeit von Regeln reflektiere der Einzelne anhand seiner wirklichen Erfahrung, seines geschaffenen Wissens, weshalb sich die Rechtsordnung grundlegend als Wissensordnung darstelle¹⁰⁹⁸, anhand derer zweckmäßiges Handeln ausgerichtet werde.¹⁰⁹⁹

Die Qualifizierung eines menschlichen Handlungssinns zu einem Rechtssinn hin verhält sich indes diffiziler.¹¹⁰⁰ Die dahinter stehende Herausforderung umkreist die Frage, wie Wissen zu einer Objektivität und letztlich zur Wirklichkeit generiert. Jede menschliche Handlung, die zum Erfolg führt, wird häufig wiederholt und verwächst zu einem Modell, aufgrund dessen weiteres Handeln in ähnlichen Situationen erfolgt, sog. Habitualisierung.¹¹⁰¹ Durch das Habitualisieren entstehen sog. Typisierungen, auf deren Grundlage menschliches Handeln basiert.¹¹⁰² Einen besonders hohen Stellenwert haben Typisierungen, die wiederum sog. Institutionen begründen. Als von der Gesellschaft für richtig erachtet, kann sie der Einzelne nicht verändern. Aus ihr resultieren insbesondere die subjektive Ein-

¹⁰⁹³ Vgl. hierzu das Schaubild „Zur Dreidimensionalität des Rechts“ von *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 3.

¹⁰⁹⁴ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 36.

¹⁰⁹⁵ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 37.

¹⁰⁹⁶ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 40.

¹⁰⁹⁷ Vgl. *Weber, Max*, Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie, <http://www.zeno.org/nid/20011440295>, Nr. 442-446, abgerufen am 16.08.2018.

¹⁰⁹⁸ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 41.

¹⁰⁹⁹ Vgl. *Weber, Max*, R. Stammers »Ueberwindung« der materialistischen Geschichtsauffassung, <http://www.zeno.org/nid/20011440201>, Nr. 350, abgerufen am 29.06.2018.

¹¹⁰⁰ *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 42.

¹¹⁰¹ *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, S. 58.

¹¹⁰² *Abels*, Einführung in die Soziologie, Band I, S. 182.

schätzbarkeit des Individuums und die objektive Vorhersagbarkeit einer potentiellen Handlung des Einzelnen. Die durch die Habitualisierung gewonnenen Institutionen bilden zugleich ein gesellschaftliches Kontrollorgan, bestimmte als richtig erachtete Verhaltensweisen des Einzelnen aufzuzeigen.¹¹⁰³ Durch die sog. Objektivierung werden die Institutionen wiederum zu einer eigenen Wirklichkeit verfasst, die in ihrer Gesamtheit als konstruierte Objektivität gedanklich neben den Einzelnen tritt. Das Individuum und die institutionalisierte Gesellschaft stehen fortan in einem Wechselverhältnis, das dazu anhält, engagiert und interaktiv zu bleiben und die Partizipation an der Gesellschaft einzufordern.¹¹⁰⁴

3.1.2 Subsumtion und Zusammenfassung

Während der Utilitarismus eine vielversprechende gesetzliche Erbfolge wohl immer einer privaten vorziehen würde, weil damit das größte Glück der meisten eher sichergestellt wäre – es verhielte sich bei der Annahme der Testierfähigkeit eines älteren Menschen wohl ähnlich – darf mit *Kant* niemals der Einzelne zum Objekt generieren, weil seine Freiheit einzig maßgebendes Kriterium ist, ganz gleich wie übergeordnet das Ziel sein mag. Mit *Hobbes* ließen sich potentielle Erblasser, die über größere Vermögen verfügen, sehr leicht enterben, wenn dadurch die Integrität und die Sicherheit des Staates erreicht werden kann.¹¹⁰⁵ Wer die Subjektqualität eines Individuums höherwertig ansiedelt als übergeordnete Ziele, kann mit *Kant* und *Hegel* keine unverhältnismäßigen Eingriffe vornehmen, weil die Subjektqualität jedes Individuums immanente Grundlage bleibt. Probleme um die EU-ErbVO z.B. i.R.d. gemeinschaftlichen Testaments¹¹⁰⁶ würden mit *Kant* vermutlich nicht bestehen können, wenn er voraussetzt, dass die Übertragung staatlicher Souveränität stets von der Zustimmung seiner Bürger abhängig sei, was mit Blick auf die EU im aktuellen Kontext strittig ist. Der Rechtsphilosophie verbleibt also vornehmlich die Aufgabe, außerhalb kodifizierten Rechts Kriterien zu entwickeln, Recht an den Maßstäben von Gerechtigkeit und Moralität zu entwickeln und es dahingehend zu überprüfen.¹¹⁰⁷

Die Rechtstheorie hingegen will Anhaltspunkte liefern, präzises, logisches und widerspruchsfreies Recht zu gestalten und es auf seine eigene, ihm innewohnende Schlüssigkeit hin zu überprüfen.¹¹⁰⁸ Den Begriff des Rechts i.S.e. kodifizierten Rechtsbegriffs vermag sie mit Blick auf ihre disziplinäre Ausgestaltung zuvorderst

¹¹⁰³ *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, S. 58.

¹¹⁰⁴ Vgl. zum tieferen Einblick *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 45 ff., insbesondere auch zur Legimitation, Externalisierung und Internalisierung sowie zur Sozialisation.

¹¹⁰⁵ Aus in jeder Hinsicht aktuellem Anlass sei an dieser Stelle auch auf die Einschränkung von Menschenrechten in der Türkei hingewiesen, um – zumindest vermutlich – die Integrität des Staates sicherzustellen, siehe dazu: Amnesty International (22.02.2018), Amnesty Report, Türkei 2017/2018, <https://www.amnesty.de/jahresbericht/2018/tuerkei>, abgerufen am 29.06.2018.

¹¹⁰⁶ Kapitel 2.1.4. a.E.

¹¹⁰⁷ Vgl. *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 23.

¹¹⁰⁸ *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 24.

beschreiben zu können. Andererseits erscheint sie wenig vielversprechende Erkenntnisse zu liefern, wenn eine progressive Weiterentwicklung des Rechts anvisiert wird, weil sie vornehmlich die Inhärenz des späteren Normgefüges beurteilen und ggf. berichtigen würde.

Für dieses Ziel kann am ehesten die Rechtssoziologie Kriterien liefern, weil sie sich mit der wirklichen Geltung des Rechts befasst und sich der sozialen Wirklichkeit ggü. nicht verschließt. Sie erörtert sowohl die Gebungsprozesse von Normen mit Blick auf jeweilige gesellschaftliche Verhältnisse, als auch insbesondere die Frage, „inwieweit das Recht seinen Anspruch, die Gesellschaft zu steuern, tatsächlich einlöst“¹¹⁰⁹. Als Instrument der Geltungskontrolle des Rechts bedient sie sich dabei quantitativer und qualitativer Messverfahren, um eine Brücke zwischen Recht und Wirklichkeit zu schlagen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Einbeziehung der Disziplinen der Rechtsphilosophie, der Rechtstheorie und der Rechtssoziologie dazu anhält, eine kritische und kohärente Auseinandersetzung mit der Struktur und der Funktionsweise des Rechts zu ermöglichen, Maßstäbe von Recht, Moralität und Gerechtigkeit zu reflektieren, insbesondere aber auch die Möglichkeit schafft, Evidenzen offenzulegen, wenn Recht und andere Aspekte gesellschaftlicher Interaktion miteinander verknüpft werden.¹¹¹⁰ Besonders deutlich werden die Unterschiede zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie bzw. Systemazität, Normativität und Faktizität¹¹¹¹ im Kontext der Rechtsdogmatik anhand von folgender Abbildung 19:

¹¹⁰⁹ *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 25.

¹¹¹⁰ Vgl. *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 28.

¹¹¹¹ Vgl. *Kunz/Mona*, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Rn. 22.

Disziplin	Erkenntnisziele	Forschungsgegenstand	Wissenschaftstyp	Kernfragen
Rechtsdogmatik	Geltung des Rechts	Normativität und inhärente Logik des Rechts	Normwissenschaft	Was sagt das Recht zu einem Problem? Was ist der Sinngehalt und innere Aufbau rechtlicher Regelungen? Wie ist das Recht fortzubilden?
Rechtsphilosophie	Gerechtigkeit des Rechts (und andere Grundlagen)	Idealität und Begründung des Rechts	Wertwissenschaft	Warum soll Recht so und nicht anders sein? Was ist das „richtige/“gerechte“ Recht?
Rechtstheorie	Denkbarkeit des Rechts	Konzipierung und Methodisierung des Rechts	Metawissenschaft	Was ist Recht? Welche Methoden und Theorien stehen dem Recht zur Verfügung? Wie kann Recht „angewandt“ werden?
Rechtssoziologie	Rechtsleben, Rechtswirklichkeit	Gesellschaftliche Konstruiertheit und Faktizität des Rechts	Erfahrungswissenschaft	Was gilt in einem sozialen Kontext als Recht? Wie entsteht es und verändert sich? Was ist die Praxis des Rechts und wie hängt es mit anderen sozialen Strukturen zusammen?

Abbildung 19: Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie im Kontext der Rechtsdogmatik.¹¹¹²

¹¹¹² Übernommen und adaptiert von *Stegmaier* in Grundlagen des Rechts, § 3, Rn. 31, der auf die Ausführungen von *Rebbinder*, Rechtssoziologie, S. 1 verweist.

3.2 Annäherung an die Begriffe Empirie und empirische Sozialforschung

*„Wann immer wir nämlich glauben,
die Lösung eines Problems gefunden zu haben,
sollten wir unsere Lösung nicht verteidigen,
sondern mit allen Mitteln versuchen, sie selbst umzustoßen.“¹¹¹³*

Um eine Verknüpfung zwischen Recht und Empirie, zwischen Rechtssoziologie und Empirischer Sozialforschung zu ermöglichen, ist es wichtig, sich dem Komplex der Empirie und ihrer Forschungsmethoden, ihrer Grundlagen, ihrer Ziele und ihrer Chancen bewusst zu werden. Es wird zu beobachten sein, ob sich bereits aus ihrer selbst heraus ein Bedürfnis des Rechts ergibt, sich mit ihr zu verbinden.

3.2.1 Empirie als Erkenntnistheorie

Begrifflich entstammt die Empirie dem lateinischen Wort *empeiria*, der Erfahrung.¹¹¹⁴ Mit *Aristoteles* „bildet sich auf Grund der Erinnerung die Erfahrung, indem die wiederholte und erinnerte Wahrnehmung eines und desselben Gegenstandes die Bedeutung einer einheitlichen Erfahrung erlangt.“¹¹¹⁵ Aus der Erfahrung bzw. der Erinnerung können dann Theorien erdacht werden, z.B. wenn es um das Beobachten von Symptomen und das erfolgreiche Anschlagen von Medikamenten geht: „Der Satz aber, daß allen unter diese Bestimmung Fallenden und begrifflich zu einer Gattung Gehörigen, die an dieser bestimmten Krankheit, etwa an Verschleimung, an Gallensucht oder an hitzigem Fieber litten, eben dasselbe zuträglich gewesen ist, – dieser Satz bildet dann eine *Theorie*.“¹¹¹⁶ Zugleich besteht zwischen gebildeter Theorie und gewonnener Erfahrung eine elementare Verknüpfung: Soweit man mit *Aristoteles* unter Theorie die Kenntnis des Allgemeinen und unter Erfahrung die Kenntnis des Einzelnen verstehen mag, so wird derjenige, dem es regelmäßig an Erfahrung mangelt, kaum zuverlässige Aussagen in der Theorie treffen können.¹¹¹⁷ Erfahrung bilde sich daraus, dass etwas immer wieder

¹¹¹³ Popper, Logik der Forschung (2005), S. XV.

¹¹¹⁴ Gama, Erfahrung, Erinnerung und Text, S. 17.

¹¹¹⁵ *Aristoteles*, Metaphysik, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 13, abgerufen am 19.06.2018.

¹¹¹⁶ *Aristoteles*, Metaphysik, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 13 f., abgerufen am 19.06.2018.

¹¹¹⁷ Vgl. *Aristoteles*, Metaphysik, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 14, abgerufen am 19.06.2018. Obgleich man dem, wie es *Aristoteles* tut, entgegenhalten könnte, dass der Theorie in der Praxis oft der höhere Bedeutungsgehalt beigemessen wird, weil der Theoretiker die Kausalität begreift, während der Praktiker schlichtweg nur weiß, dass etwas

auf dieselbe Weise wahrgenommen wird.¹¹¹⁸ Daher wird deutlich, dass bei *Aristoteles* die Wahrnehmung eine vordergründige Rolle einnimmt, wobei die entsprechende Fähigkeit, Dinge wahrzunehmen, nicht dem Menschen explizit vorbehalten sei, weil auch Tiere dazu in der Lage seien, allerdings i.d.R. weniger, sich durch die Erinnerung einen entsprechenden Erfahrungsschatz zu bilden.¹¹¹⁹ Die Wahrnehmungen seien dabei immer auf etwas Einzelnes gerichtet.¹¹²⁰ Sie verliefen aber nicht streng schematisch, sondern variieren von Fall zu Fall. Erst mit der Erinnerung an die jeweiligen Wahrnehmungen würden diese konzentriert und als Erfahrungen eingeordnet.¹¹²¹ Unabhängig des Erfahrungsbegriffs¹¹²² oder der Erörterung verschiedener Theorien hierzu¹¹²³, bleibt festzuhalten, dass nach *Aristoteles* die Erfahrung qualifizierender einzuordnen ist als die Wahrnehmung. Weil sich beide aber immer auf einen gleichen oder gar denselben Gegenstand bzw. ein gleichgeartetes oder dasselbe Phänomen beziehen, soll die Erfahrung mit Blick auf den Prozess der Wissensbildung aber einer Wissenschaft in seinem Sinne nicht ebenbürtig sein.¹¹²⁴ Sie sei die höchste, verallgemeinerte Form der Erkenntnis,¹¹²⁵ geht also über eine Ansammlung von Erfahrungen i.R.e. einzigen Zusammenhangs hinaus und vermag globalere Zusammenhänge zu erfassen.

Die elementare Voraussetzung der Wahrnehmung, um zur Erfahrung zu gelangen, stellt *Locke*¹¹²⁶ auf besondere Weise heraus: „Woher hat sie all den Stoff für die Vernunft und das Wissen? Ich antworte darauf mit einem Worte: Von der Erfahrung. All unser Wissen ist auf diese gegründet, und von ihr leitet es sich im letzten Grunde ab. Unser Beobachten, entweder der äußern wahrnehmbaren Dinge oder der inneren Vorgänge in unserer Seele ist es, was den Verstand mit dem Stoff zum Denken versieht. Sie sind die beiden Quellen des Wissens, aus der alle Vorstellungen, die wir haben oder natürlicherweise haben können, entspringen.“¹¹²⁷ Abstrahiert ließe sich hierüber die sog. Erkenntnistheorie von *Locke* ableiten, die besagt, dass all unsere Vorstellungen allein aus äußeren Erfahrungen resultieren, also originär von außen stammen oder reflektiert durch die menschli-

passiert, ohne die Gründe dafür zu kennen (*Aristoteles*, *Metaphysik*, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 14 f., abgerufen am 19.06.2018).

¹¹¹⁸ *Aristoteles*, *Metaphysik*, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 15, abgerufen am 19.06.2018.

¹¹¹⁹ *Nolte*, *Wahrnehmung und Wahrnehmungsurteil*, S. 32.

¹¹²⁰ *Aristoteles*, *Metaphysik*, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 16, abgerufen am 19.06.2018.

¹¹²¹ *Nolte*, *Wahrnehmung und Wahrnehmungsurteil*, S. 33.

¹¹²² Siehe dazu bspw. *Gama*, *Erfahrung, Erinnerung und Text*, S. 18 ff.

¹¹²³ Siehe dazu *Nolte*, *Wahrnehmung und Wahrnehmungsurteil*, S. 34 ff.

¹¹²⁴ *Dierse* in *Diltheys Werk und die Wissenschaften*, S. 53 (54).

¹¹²⁵ Vgl. *Aristoteles*, *Metaphysik*, <http://www.linke-buecher.de/texte/romane-etc/Aristoteles--Metaphysik.pdf>, S. 17 ff., abgerufen am 19.06.2018.

¹¹²⁶ *John Locke* (1632-1704), englischer Philosoph und Hauptvertreter des britischen Empirismus.

¹¹²⁷ *Locke, John*, *Versuch über den menschlichen Verstand*, <http://www.zeno.org/nid/2000920797X>, Nr. 100, § 2, abgerufen am 20.06.18.

che Seele in einer Art Selbstbeobachtung entstehen. Deshalb seien wir im Grunde leeren Seiten, die dann mit eben jenen Erfahrungen beschrieben werden.¹¹²⁸ Rationalisten wie *Leibniz* hielten dem zwar entgegen, dass die Vorstellungen aus dem angeborenen Verstand resultieren würden, doch auch *Locke* scheint nicht bestritten zu haben, dass der Verstand maßgebendes Instrument zur Vorstellungsbildung ist.¹¹²⁹

Würden die Methoden der Empirie konzentriert und für die Erkenntnisgewinnung als ausschließlich betrachtet zu einem Prinzip formuliert, führte dies zum Empirismus¹¹³⁰, welcher definiert werden kann als „Erfahrungsphilosophie, eine philosophische Richtung der Erkenntnistheorie, die alle Erkenntnis auf Erfahrung zurückführt“¹¹³¹. Obgleich der Empirismus das Sammeln von Erfahrungen zu einem Prinzip erhebt, setzt er nicht voraus, dass ein Vertreter seines Inhalts tatsächlich reale Erfahrungen gemacht hat, denn die „Empirie ist Erfahrung als geistige Lebensfülle, als erworbener Vorstellungsreichtum, Empirismus ist Erfahrung als Grundsatz, den man haben und dabei an wirklichen Erfahrungen sehr arm sein kann.“¹¹³² Das Sammeln von Erfahrungen ist in diesem Kontext Empirie.¹¹³³

Einen weiteren Ansatz hierzu liefert *Bacon*, der nicht wie *Aristoteles* Erfahrung *per se* als Fähigkeit versteht, sondern als Auswahl der korrekten analytischen Methode, um daraus Erkenntnisse zu generieren.¹¹³⁴ Mithin bilden Erfahrungen nur das Fundament zur Erlangung von Erkenntnissen.¹¹³⁵ Im Fokus steht also vermehrt der Weg als das Ergebnis, welche Instrumente und Methoden eingesetzt werden. Differenziert man die „Erkenntnis als Tätigkeit (in der baconischen Zuspitzung: als Handeln des Forschers) von der Erkenntnis als Ergebnis (also bestätigtes Wissen)“¹¹³⁶, ergibt sich in der Konsequenz die Möglichkeit, Dinge zu erforschen, die im Alltag nicht wahrgenommen werden können.¹¹³⁷ Hierzu können naturwissenschaftliche Phänomene zählen, indem er z.B. eher das Fallenlassen eines Glases untersucht, als das in den Scherben Liegen danach. Die Kritik von *Bacon* „soll den guten Glauben erschüttern, wir seien alles in allem recht gut ausgerüstet zur Wirklichkeitserkenntnis, und wenn man mit der Erkenntnis nicht zu Recht kommt, liegt vermutlich ein in der Sache unentwirrbares Durcheinander der Wirklichkeit vor.“¹¹³⁸ Er verfolgte also das Ziel, mit neuen Methoden zu neuen Erkenntnisserfolgen zu erlangen, um Thesen und Erkenntnisse zuverlässiger zu

¹¹²⁸ *Rattner/Danzger*, Philosophie im 17. Jahrhundert, S. 63 (69).

¹¹²⁹ *Pfleiderer* in Philosophische Monatshefte, XI. Band, S. 1 (21).

¹¹³⁰ Siehe dazu *Krüger*, Begriff des Empirismus, S. 10 ff.

¹¹³¹ *Apel/Ludź*, Philosophisches Wörterbuch, S. 78.

¹¹³² *Fischer*, Francis Bacon und seine Schule, S. 350.

¹¹³³ *Fischer*, Francis Bacon und seine Schule, S. 350.

¹¹³⁴ *Ritter*, Glaube und Erfahrung im religionspädagogischen Kontext, S. 102.

¹¹³⁵ *Fischer*, Francis Bacon und seine Schule, S. 351.

¹¹³⁶ *Krohn*, Francis Bacon, S. 85.

¹¹³⁷ Vgl. *Krohn*, Francis Bacon, S. 85 f.

¹¹³⁸ *Krohn*, Francis Bacon, S. 86.

gestalten.¹¹³⁹ „Der einzig sichere Weg der Erfahrung führt mitten durch die negativen Instanzen hindurch.“¹¹⁴⁰

Es mag als gängige Erfahrung verstanden werden, dass sich Menschen theoretischen Erklärungen bedienen, um Begründungen und Handlungsanleitungen für die Bewältigung ihrer Umwelt zu finden.¹¹⁴¹ Diesem Ziel hat sich auch die uns heute bekannte Wissenschaft verschrieben, um bestimmte Geschehnisse erklären zu können.¹¹⁴² Früher wurden die Erklärungen hierüber allerdings weniger theoretisch erklärt, als vielmehr aus der Praxis selbst gewonnen als sog. Handlungswissen.¹¹⁴³ Weil sich einige Vordenker im 17. und 18. Jh. zuvorderst mit den Rechten des Individuums als solches, ggü. dem Staat und innerhalb der Gesellschaft befassten, entwickelte sich die „Soziologie als Wissenschaft der Moderne“^{1144, 1145} Ihre Aufgabe gestaltete sich dabei insbesondere in Bezug auf die Fokussierung des Wirklichen, denn „Empirische Wissenschaft soll nicht ‚Glaubenssicherheit‘ vermitteln, sondern die Welt – so wie sie ist – beschreiben und erklären, soll die Augen für den kritischen Blick auf die Realität öffnen“¹¹⁴⁶ Sie geht dabei von einer unbeweisbaren Hypothese, einem sog. Axiom aus, dass eine Welt losgelöst einer möglichen Beobachtung existiere.¹¹⁴⁷ Gleichwohl ergeben sich Differenzen, wenn es um die Eigenschaften der realen Welt oder ihrer Erkenntnismöglichkeit geht.¹¹⁴⁸ Zumeist ist die Erfahrungswissenschaft aber insoweit konsistent, dass gesichertes Wissen durch eine konkrete Beobachtung dieser realen, wirklichen Welt erfolgen muss.¹¹⁴⁹ Unter den Begriff der Beobachtung sind hier jedoch nicht nur die Wahrnehmung mit den Sinnen des Menschen zu verstehen, sondern auch diejenigen unterstützenden Instrumente, die eigens für diese Erfassung entwickelt wurden, wie bspw. die Variationen in einer Befragung.¹¹⁵⁰

Zusammenfassend lässt sich Empirie verstehen als korrekte Bestandsaufnahme der Erfahrungsgegebenheiten und als vorurteilsfreie, nicht gedeutete Beschreibung der realen Lebenswirklichkeit, von Ereignissen und Meinungen.¹¹⁵¹ Sie greift dabei regelmäßig auf einen Fundus an Erfahrungen zurück, der zumeist durch Beobachtung, Wahrnehmung und Datenerhebung gewonnen wurde, und aus dem

¹¹³⁹ *Krohn*, Francis Bacon, S. 86.

¹¹⁴⁰ *Fischer*, Bacon und seine Schule, S. 134.

¹¹⁴¹ *Häder*, Empirische Sozialforschung, S. 17

¹¹⁴² *Häder*, Empirische Sozialforschung, S. 18.

¹¹⁴³ *Kromrey/Roose/Strübing* Empirische Sozialforschung, S. 15.

¹¹⁴⁴ *Korte*, Einführung in die Geschichte der Soziologie, S. 9.

¹¹⁴⁵ *Korte*, Einführung in die Geschichte der Soziologie, S. 9; auf den folgenden Seiten beleuchtet er, den Grund für den immensen Bedeutungsgehalt der Soziologie in der heutigen Zeit.

¹¹⁴⁶ *Kromrey, Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 17.

¹¹⁴⁷ *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 24.

¹¹⁴⁸ Weshalb hier z.B. auf *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 24 ff. verwiesen werden darf.

¹¹⁴⁹ *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 28.

¹¹⁵⁰ *Kromrey/Roose/Strübing*, Empirische Sozialforschung, S. 28.

¹¹⁵¹ Vgl. *Faulstich* in *Lerndebatten*, S. 11 (21).

sich ein gedankliches Konstrukt entwickelt, in welchem Regelmäßigkeiten und Auffälligkeiten reflektiert werden.¹¹⁵²

Die Reflektion stellt, solange ihr Befund nicht zweifelsfrei bewiesen werden kann, eine reine Hypothese dar.¹¹⁵³ Eine Hypothese ist ein mit Begriffen formulierter Wenn-Dann-Satz über die Wirklichkeit, der empirisch überprüfbar ist.¹¹⁵⁴ Sie beinhaltet theoretisch begründete Vermutungen und liefert provisorische Antworten auf wissenschaftliche Probleme. Hypothesen werden entweder induktiv generiert¹¹⁵⁵, indem von einzelnen Ereignissen auf allgemeine Vermutungen geschlossen wird, also theorienherleitend gearbeitet wird, oder deduktiv entworfen¹¹⁵⁶, indem aus einer Theorie Vermutungen abgeleitet werden, also theorienüberprüfend geforscht wird. Mittels Induktion werden also aus empirischen Befunden theorienherleitende Hypothesen gebildet, um aus ihren Erfahrungen und Erkenntnissen allgemeine Muster aufzustellen, während mittels Deduktion aus einer bestehenden Theorie theorieprüfende Hypothesen aufgestellt werden.¹¹⁵⁷

„Theorien haben die Funktion, Sachverhalte zu beschreiben, zu erklären und vorherzusagen. Im Kern bestehen sozialwissenschaftliche Theorien aus einer Vernetzung von gut bewährten Hypothesen bzw. anerkannten empirischen ‚Gesetzmäßigkeiten‘.“¹¹⁵⁸ Eine Hypothese soll dann zur Theorie erhoben werden, wenn sie verifiziert wird, weil mit der Anzahl ihrer Verifizierungen zugleich die Validität der Theorie einhergeht.¹¹⁵⁹ Die Kontrolle der Hypothese gewährleistet zugleich einen Rückschluss auf die Verbindlichkeit einer Theorie.¹¹⁶⁰ Damit ist die Theorie der Hypothese begrifflich ähnlich, da ihre Allgemeingültigkeit grds. aus der Ansammlung von Hypothesen resultiert. Um diese Theorien zu überprüfen, müssen wiederum Hypothesen aufgestellt werden.¹¹⁶¹ Diese lassen sich dann ggü. den theorienherleitenden als theorieprüfende Hypothesen bezeichnen.

Unterschiedlich beurteilt hingegen wird, wie die Überprüfung der Hypothesen stattzufinden hat.

Hierzu wird vertreten, dass die Prüfung von Vermutungen durch empirische Experimente erfolgt. Diesen geschlossenen Zyklus verdeutlicht die Abbildung 20:

¹¹⁵² Vgl. *Blankenburg* in *Empirische Rechtssoziologie*, S. 7 (9).

¹¹⁵³ Vgl. *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, S. 4 f.

¹¹⁵⁴ *Poluha*, Anwendung des SCOR-Modells zur Analyse der Supply Chain, S. 149 (Fn. 442).

¹¹⁵⁵ *Hussy/Schreier/Echterhoff*, *Forschungsmethoden*, S. 35, die auf S. 36 als Beispiel das Experiment von *Panlow* über die Konditionierung eines Hundes anführen. Hieraus ist allerdings mangels Allgemeingültigkeit noch keine Theorie erwachsen, sondern zunächst eine Hypothese.

¹¹⁵⁶ *Hussy/Schreier/Echterhoff*, *Forschungsmethoden*, S. 35.

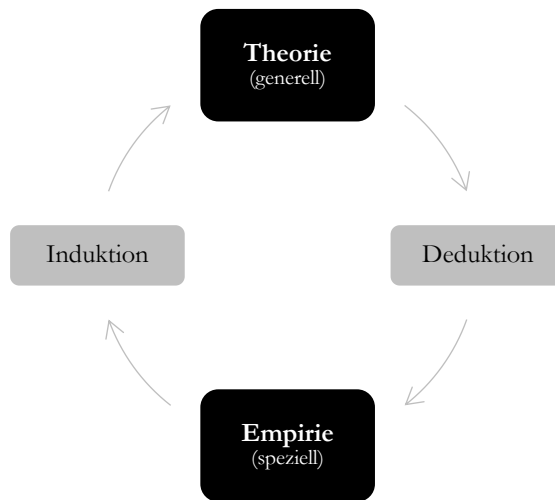
¹¹⁵⁷ *Rost, Jürgen* (2003), *Zeitgeist und Moden empirischer Analysemethoden*, <http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/download/723/1565>, S. 9, abgerufen am 02.08.2018.

¹¹⁵⁸ *Bortz/Döring*, *Forschungsmethoden und Evaluation*, S. 17.

¹¹⁵⁹ *Kutz*, *Empirische Sozialforschung*, S. 21 f. Auf S. 21 führt er überdies aus, dass Theorien sich dadurch diese nicht nur verifizierbar, sondern auch widerspruchsfrei, allgemeingültig und wertneutral sein müssen.

¹¹⁶⁰ *Hussy/Schreier/Echterhoff*, *Forschungsmethoden*, S. 8.

¹¹⁶¹ *Kaiser*, *Kriminologie*, S. 54.

Abbildung 20: Zyklus von Empirie, Induktion, Theorie und Deduktion.¹¹⁶²

Dabei sei nach einer Auffassung Voraussetzung, dass ergebnisoffen geforscht wird, also entweder Verifikation oder Falsifikation der Hypothese möglich ist.¹¹⁶³

Hiergegen wendet zuvorderst *Popper* ein, dass Vermutungen nur falsifizierbar sein dürfen, d.h. sie müssen „an der Erfahrung scheitern können“^{1164,1165}. Nach seiner Auffassung können Beobachtungen nie die Korrektheit von wissenschaftlichen Hypothesen begründen, sondern nur deren Falschheit.¹¹⁶⁶ Der Forscher stelle daher nur Vermutungen auf, um sie zu widerlegen.¹¹⁶⁷ Entspricht die Beobachtung wiederholt der angestellten Vermutung, akzeptiert *Popper* diese, gelangt aber nicht zu Verifikation, weil seiner Ansicht nach keine bestätigten Vermutungen existieren, sondern nur bisher nicht widerlegte.¹¹⁶⁸ Auf welche Weise eine Theorie entsteht, interessiert ihn nicht, denn „wie Wissenschaftlicher zu ihren Hypothesen gelangen – ob durch Induktion, Intuition oder wie Kekulé im Traum

¹¹⁶² Übernommen von *Rost, Jürgen* (2003), *Zeitgeist und Moden empirischer Analysemethoden*, <http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/download/723/1565>, S. 9, abgerufen am 02.08.2018.

¹¹⁶³ Vgl. dafür beispielhaft *Kurtz*, empirische Sozialforschung, S. 21 f. und *Bortz*, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹¹⁶⁴ *Popper*, Logik der Forschung, S. 13.

¹¹⁶⁵ *Popper*, Logik der Forschung, S. 12 f., der hier von der Theorie spricht. Gemeint damit sind aber ebenso Hypothesen, da auch er der Hypothese und der Theorie einen besonders engen Zusammenhang beimisst, weil er die Theorie als gescheitert begriff, wenn die Hypothese widerlegt ist.

¹¹⁶⁶ Vgl. *Popper*, Logik der Forschung, S. 14.

¹¹⁶⁷ Vgl. *Popper*, Logik der Forschung, S. 186 ff.

¹¹⁶⁸ *Bräuer* (SS 2006), Poppers Falsifikationismus, https://tu-dresden.de/gsw/phil/iphil/theor/ressourcen/dateien/braeuer/lehre/theophil_3/WT2-SS-2006.pdf?lang=de, Folie 347 (S. 2), abgerufen am 02.08.2018.

– ist nach Popper erkenntnislogisch belanglos¹¹⁶⁹. Dies soll eine exakte Abgrenzung zwischen empirisch belastbaren und empirisch inkonsistenten Aussagen ermöglichen.¹¹⁷⁰

In jeder Hinsicht – und hierbei sind sich beide Ansichten einig – darf die aufgestellte Hypothese nicht tautologisch sein.¹¹⁷¹ Zur Erläuterung kann folgendes Beispiel dienen:

Erste Hypothese: Morgen schneit es.

Mangels mehrerer Hypothesen i.R.e. Systems kann die Annahme, dass es morgen schneit, freilich nicht zur Theorie erwachsen. Sie ist aber sowohl verifizierbar, indem man abwartet, dass das Schneien eintritt, als auch falsifizierbar, indem man abwartet, dass das Schneien ausbleibt.

Zweite Hypothese: Morgen schneit es oder auch nicht.

Die Hypothese ist weder verifizierbar noch falsifizierbar, weil Schneien und Nichtschneien nicht zugleich eintreten können. Eine solche Hypothese wäre so erfolgsversprechend, wie in einem Casino die gleichen Beträge am Roulette-Tisch auf rot und schwarz zu setzen, gäbe es die Null nicht: Man gewinnt immer – man gewinnt Nichts.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei der Empirie der Erkenntnisgewinn im Vordergrund steht, ungeachtet dessen, ob bei der Theorie bzw. einer konkreten Vermutung oder Beobachtung mit der Erkenntnissuche begonnen wird. Hierbei ist es unerheblich, ob am Maßstab der Falsifizierbarkeit oder ergebnisoffen geforscht wird. Die empirische Forschung lässt sich in verschiedenen Komplexen anwenden, sofern das jeweils zu untersuchende Gebiet ihre Anwendung zulässt. So wird bspw. sowohl in den Naturwissenschaften als auch in den Sozialwissenschaften empirisch geforscht¹¹⁷², obgleich die Naturwissenschaften im Unterschied zu den Sozialwissenschaften vermehrt Dinge erforschen, die sich unserer alltäglichen Vorstellungskraft und unseren Erfahrungen beinahe gänzlich entziehen.¹¹⁷³ Beispielhaft sei hierfür die Beobachtung der Rotverschiebung des

¹¹⁶⁹ Schurz in Karl Poppers kritischer Rationalismus heute, S. 126 (126).

¹¹⁷⁰ Popper, Logik der Forschung, S. 7, denn es besteht die „Gefahr eines Abgleitens der empirischen Wissenschaften in Metaphysik“. Es bedarf daher der Deduktion, weil wir „in dieser induktiven Methode kein geeignetes Abgrenzungskriterium sehen können“. Falsifizierbarkeit mutet dabei sowohl als Abgrenzungskriterium als auch in gewisser Weise als Ausprägung der Deduktion an, nicht zuletzt, weil es für Popper keine Induktion zu geben scheint, vgl. Popper, Logik der Forschung, S. 12. Weiter noch würde Induktion, also das Schließen vom Besonderen auf das Allgemeine, mit Popper entweder in einem unendlichen Regress oder in die Metaphysik übergehen, sodass Überprüfung und Bewährung eine vordergründige Rolle ggü. der Begründung einnehmen. (vgl. Popper, Logik der Forschung, S. 19)

¹¹⁷¹ Häder, empirische Sozialforschung, S. 45.

¹¹⁷² Vgl. Kromney/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung, S. 19.

¹¹⁷³ Kromney/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung, S. 19.

Sterns S2 in der Nähe eines Schwarzen Lochs genannt, was als weiterer Nachweis für die Relativitätstheorie von *Albert Einstein* gelten darf.¹¹⁷⁴

3.2.2 Empirische Sozialforschung als Ausprägung der Empirie

Während die Entwicklung von einer Hypothese zur These unter Beobachtung und Überprüfung die empirische Wissenschaft i.E. meint, wird unter empirischer Forschung jedes Erheben¹¹⁷⁵ von Daten und deren Interpretation verstanden.¹¹⁷⁶

Damit ist aber nicht erklärt, was empirische Sozialforschung ausmacht. Das mag durch eine Gliederung des Begriffs in seine Bestandteile deutlicher werden: „Forschung ist ein kollektives Unternehmen von Menschen, die gemeinsam Wissen über die uns umgebende Welt und über uns selbst erarbeiten. (...) Die Wissenschaft differenziert sich intern nach den Ausschnitten der Welt, über die Wissen akkumuliert wird. Die rasch wachsende Menge unseres Wissens erfordert seit langer Zeit eine Spezialisierung der Wissensproduktion. Der spezifische Weltausschnitt, die ihm angemessen Untersuchungsstrategien und das über diesen Weltausschnitt akkumulierende Wissen konstituiert Wissenschaftsdisziplinen, Teildisziplinen, wissenschaftliche Spezialgebiete usw. Der Gegenstand sozialwissenschaftlicher Forschung ist der Bereich unserer Welt, der durch das menschliche Handeln bestimmt wird.“¹¹⁷⁷ Soziologie hingegen bedeutet nach *Weber*: „eine Wissenschaft, welches soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will.“¹¹⁷⁸ In den Sozialwissenschaften wird dabei zum einen theoretisch geforscht. Dabei werden aus einer Theorie bestimmte Schlussfolgerungen gezogen und mit anderen Theorien bzw. deren Schlussfolgerungen konfrontiert, um die bestehenden Theorien zu optimieren.¹¹⁷⁹ Zum anderen existiert neben der theoretischen Sozialforschung auch die praktische, die empirische Sozialforschung. Sie forscht durch Beobachtungen spezieller Segmente der sozialen Welt.¹¹⁸⁰ Obgleich empirisch meint, dass etwas auf Erfahrung beruht, erfolgt die Beobachtung nicht gänzlich frei, sondern unter Anleitung von Theorien, um dann aus Beobachtungen wieder Rückschlüsse zur Theorienoptimierung zu ziehen.¹¹⁸¹

Dem Grunde nach können alle Methoden, die in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften zur Datengewinnung und deren Analyse existieren, als „Inventar

¹¹⁷⁴ Siehe zu dieser Thematik *Gast, Robert* (26.07.2018), Husarenritt über dem Schwarzen Loch, in Spektrum der Wissenschaft, <https://www.spektrum.de/news/husarenritt-ueber-dem-schwarzen-loch/1581036>, abgerufen am 02.08.2018.

¹¹⁷⁵ Vgl. *Bamberg/Baur/Krapp*, Statistik, S. 9 ff.

¹¹⁷⁶ Vgl. *Stier*, Empirische Forschungsmethoden, S. 5.

¹¹⁷⁷ *Gläser/Laudel*, Experteninterviews und Qualitative Inhaltsanalyse, S. 23 f.

¹¹⁷⁸ *Weber*, Soziologische Grundbegriffe, S. 5.

¹¹⁷⁹ *Gläser/Laudel*, Experteninterviews und Qualitative Inhaltsanalyse, S. 24.

¹¹⁸⁰ *Gläser/Laudel*, Experteninterviews und Qualitative Inhaltsanalyse, S. 24.

¹¹⁸¹ *Gläser/Laudel*, Experteninterviews und Qualitative Inhaltsanalyse, S. 24.

der empirischen Sozialforschung¹¹⁸² angesehen werden.¹¹⁸³ Das zeigt deutlich, wie weit das Feld der empirischen Sozialforschung reicht. Der Begriff der Empirie als Erfahrung ist abschließend noch zu differenzieren ggü. denjenigen Erfahrungen, die wir im Alltag erleben und durch unser Alltagswissen generieren,¹¹⁸⁴ wie die nachfolgende Abbildung 21 verdeutlicht:

Empirische Sozialforschung	Alltagswissen
Systematisches Vorgehen	Selektive Beobachtung und Erinnerung
Methodisch begründetes Vorgehen	Ignorieren widersprechender Informationen
Präzise Begrifflichkeit	Implizites Begriffsverständnis
Suche nach Wahrheit	Vorurteile und Stereotypes Denken
Intersubjektiv überprüfbares Vorgehen	Aberglaube und Magie

Abbildung 21: Empirische Sozialforschung und Alltagswissen im Vergleich.¹¹⁸⁵

3.3 Notwendigkeit der Empirie in den Rechtswissenschaften

„Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.“¹¹⁸⁶

Eine Konfrontation der Rechtswissenschaften mit der Wirklichkeit erscheint nicht zwingender Maßen ihren Kernbereich zu berühren und wird teilweise gar für überflüssig erachtet.¹¹⁸⁷ Um zu jener Schlussfolgerung zu gelangen, muss aber danach gefragt werden, welchen Mehrwert Empirie und empirische Sozialforschung für den Bereich der Rechtswissenschaften verkörpern kann. In der juristischen Arbeitsweise lässt sich die Empirie bereits schon in den grundlegendsten Techniken wiederfinden. Das Analysieren und Verstehen eines wirklichen Sachverhaltes, ob in der Klausur, der Hausarbeit oder im realen Alltag, auf den Normen anzuwenden sind, kommt außerhalb der rein rechtlichen Würdigung ohne

¹¹⁸² Berger, Wissenschaftliches Arbeiten in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, S. 103.

¹¹⁸³ Berger, Wissenschaftliches Arbeiten in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, S. 103.

¹¹⁸⁴ Berger, Wissenschaftliches Arbeiten in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, S. 103.

¹¹⁸⁵ Übernommen aus Berger, Wissenschaftliches Arbeiten in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, S. 104.

¹¹⁸⁶ Julius von Kirchmann, Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 21.

¹¹⁸⁷ Vgl. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 11.

empirische Überlegungen gänzlich ebenso wenig aus, wie es die Rechtsgeschichte oder historische Auslegungsbedürfnisse bei Normen in der Regel können.¹¹⁸⁸

Allerdings divergiert der *telos* empirischer Sozialforschung in den Rechtswissenschaften von dem ggü. anderen Disziplinen, denn weniger wird hierbei der Realzustand selbst kritisch reflektiert, als dass er vielmehr mit einem fiktiv erhofften Zustand in Verhältnis gesetzt wird und sich aus diesem Vergleich weitere Handlungsalternativen für die Rechtswissenschaft oder den Gesetzgeber ergeben.¹¹⁸⁹ Während die Rechtswissenschaft in diesem Lichte gänzlich nicht proaktiv, sondern in höchstem Maße reaktionär erscheint, bleibt der Empirie zunächst nur eine untergeordnete Rolle als notwendiges Arbeitsmittel für fernere Ziele.¹¹⁹⁰

Der Anspruch einer mit dem Recht vergleichbaren Rolle kann einer Hilfswissenschaft nicht zukommen können. Das Recht muss sich weiterhin anhand seiner Dogmatik und seiner theoretischen Grundlagen, insbesondere der Rechtstheorie und der Rechtsphilosophie, weiterhin auf seine eigene Logik und Konsistenz sowie auf übergeordnete Gerechtigkeitsmaßstäbe hin prüfen lassen. Die Existenz und Daseinsberechtigung der Rechtssoziologie stellt dies nicht in Abrede. Sie kann vielmehr für ein breiteres Fundament reflektierender Grundlagen sorgen, weil sie die Grundlage für die Berechtigung der Empirie und der empirischen Sozialforschung im Recht abbilden kann. Ihre korrekte und gezielte Anwendung kann den Rechtswissenschaften ein enormes Potential bieten, sich als moderne Wissenschaft zu präsentieren, die den Realitätsbezug nicht verliert. Nachdem das Recht und die Empirie in Grundzügen erörtert wurden, ist es wichtig, sich das innere Verhältnis beider Wissenschaften zueinander zu vergegenwärtigen, um einen Bezug und ein mögliches Bedürfnis der gemeinsamen Interaktion zu offenbaren.

3.3.1 Verhältnis von Recht und Empirie als Wissenschaften

Die Erörterung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Empirie führt zwangsläufig zu der vorgelagerten Problemstellung, wie sich die Rechtswissenschaft ggü. anderen wissenschaftlichen Disziplinen grds. verhält. Schon im allgemeinen Verhältnis zwischen Geistes- und Naturwissenschaften wird eine Differenzierung möglich: Während Naturwissenschaften *ipso facto* eine Vereinbarkeit von Theorie und realer Beobachtung fordern müssen, liefern Geisteswissenschaften Antworten i.R.e. in sich logischen und schlüssigen Theorie.¹¹⁹¹ Eine Einordnung der Rechtswissenschaft in die eine oder andere Art von Wissenschaft hängt zunächst maßgeblich von ihrer eigenen Struktur ab. Um das Verhältnis von Recht und Empirie als Wissenschaften zu verstehen, müssen sowohl ihre Denkmuster und Funktionsmöglichkeiten als auch ihre Ziele hinterfragt werden.

¹¹⁸⁸ Vgl. *Blankenburg* in *Empirische Rechtssoziologie*, S. 7 (9).

¹¹⁸⁹ Vgl. *Dreier*, NJW 1986, 890 ff.

¹¹⁹⁰ Vgl. *Hommerich/Kilian*, NJW 2008, 626 (626 f.).

¹¹⁹¹ *Blankenburg* in *Empirische Rechtssoziologie*, S. 7 (9); vgl. bereits die Ausführungen im Kapitel 3.1.1.2 zur Rechtstheorie.

Der Kernbereich der juristischen Wissenschaft liegt in der Beschreibung von Normen *de lege lata*, also in der Darstellung, Systematisierung und Kommentierung geltenden Rechts, sog. Beschreibungsfunktion.¹¹⁹² Der lückenlose, in sich denklogisch geschlossene und widerspruchsfreie Normenkreislauf ist maßgebendes hinter der Funktion liegendes Ziel.¹¹⁹³ Auf einer zweiten Ebene erfüllt das Recht eine progressive Rolle, indem es dem Gesetzgeber insbesondere aufgrund der sich während der Beschreibung aufgezeigten Mängel Vorschläge für Erneuerungen des Rechtes *de lege ferenda* unterbreitet, sog. Entwicklungsfunktion.¹¹⁹⁴ Noch weiter geht die Rechtswissenschaft dort, wo sie i.R.d. Gewaltenteilung die Exekutive, die Judikative und die Legislative dazu in gleichem Maße anhält, eigene Verordnungen, Gesetze und Urteile zu bewerten und zu hinterfragen oder selbst Bewertungen über diese äußert. Diese Funktion scheint auf den ersten Blick artverwandt mit der Beschreibungsfunktion, geht aber indes weiter, weil auch die jeweils beteiligten Organe und Spruchkörper der Bewertung unterliegen, sog. Kontrollfunktion.¹¹⁹⁵ Hierzu kann folgende Abbildung 22 einen Überblick verschaffen:

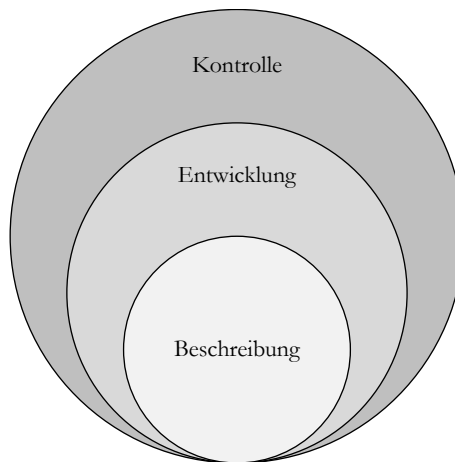


Abbildung 22: Aktuelle Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft.

Während für manche hier bereits alle in Betracht kommenden Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft genannt wären, verlangen andere eine Weiterentwicklung, weil eine sich verändernde und komplexer werdende Umwelt gleichsam komplexere Lösungsansätze liefern müsse.¹¹⁹⁶ Damit gesellschaftliche, insbesondere wirt-

¹¹⁹² Vgl. Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, Rn. 292.

¹¹⁹³ Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 70.

¹¹⁹⁴ Vgl. Rebbinder, Rechtssoziologie, S. 96 ff.

¹¹⁹⁵ Vgl. Neumann in Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 361 ff.

¹¹⁹⁶ Vgl. Steininger, NJW 2015, 1072 ff.

schaftliche und soziale Einflussfaktoren nicht unberücksichtigt blieben, kann eine sog. Clusterbildungsfunktion Abhilfe schaffen.¹¹⁹⁷ Neben einem systemtheoretischen Ansatz spielen demnach die Bildung von Modellen, Mustern und Netzwerken, also gesellschaftstheoretische Grundlagen, ebenso eine Rolle, um eine weitreichende Reflektion des Rechts über sich selbst hinaus ermöglichen wie und eine weitreichende gesellschaftliche Akzeptanz.¹¹⁹⁸ Zum Verständnis beitragen kann im Kontext der Ausarbeitung folgendes Beispiel:

§ 2271

Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen

II 1 Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten; der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt.

Beschreibung: Die Norm besagt, dass ein Widerruf unmöglich geworden ist, wenn der andere Ehegatte stirbt.

Entwicklung: Es existieren Überlegungen, die Testierunfähigkeit dem Tod i.R.d. Bindungswirkung anzunähern, sodass auch Testierunfähigen ggü. nicht mehr widerrufen werden kann. Angenommen, der Meinung würde gefolgt, könnte es den Gesetzgeber dazu anhalten, de lege ferenda § 2271 II 1 BGB entsprechend zu überarbeiten.

Kontrolle: Nach einer Verfassungsbeschwerde eines lossagungswilligen Ehepartners tenorierte das BVerfG, die Vorschrift sei formell verfassungsgemäß zustande gekommen und verstoße nicht gegen das Grundgesetz oder übriges Bundesrecht, insbesondere nicht die Eigentumsgarantie aus Art. 14 I GG und die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG.

Zu bedenken ist an dieser Stelle aber, dass keinerlei Erkenntnisse darüber vorliegen, wie die Änderung der Norm ein künftiges Verhalten der Gesellschaft determinieren könnte.¹¹⁹⁹ Niemand kann glaubhaft schildern, wie lange § 2271 II 1 BGB de lege ferenda konsistent wäre und gesellschaftliche Akzeptanz erfahren würde. Auch ist unklar, wie nah die Regelung überhaupt an der gesellschaftlichen – nicht rechtlichen – Realität ausgerichtet ist.¹²⁰⁰ Darüber hinaus ist nicht sofort ersichtlich, wie sich die Regelung in der Gesamtrechtsordnung einfügt und wo es im Detail zu größeren Konfrontationen mit anderen Normen kommen könnte.¹²⁰¹ Hierfür könnte das Instrument der Clusterbildungsfunktion i.R.d. Funktionsweisen der Rechtswissenschaft Einzug gewährt werden. Dieser Ansatz ginge aber über eine reine Implementierung von Empirie oder empirischer Sozialforschung sogar noch hinaus, wenn diese bereits vollumfänglich in der Entwicklungsfunktion

¹¹⁹⁷ Steinger, NJW 2015, 1072 (1073) m.w.N.

¹¹⁹⁸ Vgl. Steinger, NJW 2015, 1072 (1073).

¹¹⁹⁹ Vgl. Steinger, NJW 2015, 1072 (1073).

¹²⁰⁰ Steinger, NJW 2015, 1072 (1076).

¹²⁰¹ Vgl. Steinger, NJW 2015, 1072 (1076).

des Rechts inbegriffen wären. Insofern würde die Forderung nach einer Clusterbildungsfunktion einen Erstrechtschluss für das Bedürfnis nach empirischen Daten abbilden. Würde sich die Entwicklungsfunktion aber nicht auf empirische Erkenntnisse ausdehnen, sondern lediglich nah der Beschreibungsfunktion verhalten bleiben, dann müsste die Clusterbildung, nicht zuletzt um selbst einer Kontrolle zu unterliegen, bereits auf der Entwicklungsebene integriert werden. Zu dieser Annahme kommt auf analytisch präzise Weise auch *Steininger*, der „tatsächlich in den normvorschlagenden Bereich gelangen“¹²⁰² will. Die Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft würden also auf eine entscheidende Komponente hin angereichert, wie folgende Abbildung 23 verdeutlicht:

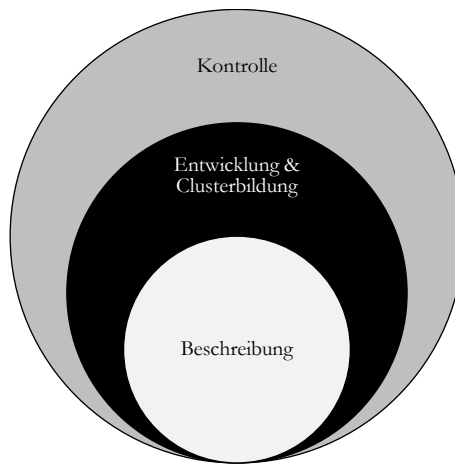


Abbildung 23: Implementierung der Clusterbildung in die Vorgehensweisen der Rechtswissenschaft.

Ob Rechtswissenschaft im Stande ist, i.R.i. Entwicklungsfunktion auch Clusterbildungen, Modellkonzepte und Musterstrukturen aufzunehmen und durchzuführen, hängt maßgeblich davon ab, welche Wissenschaftsnatur ihr grds. innewohnt. Beognügt man sich mit der Annahme, Rechtswissenschaft sei kaum mehr als eine beschreibende Wissenschaft, könnte man mit *Radbruch* annehmen, es sei „der ideografische Charakter“¹²⁰³, der sie ausmacht. Auch im Hinblick darauf, dass der Entwicklungs- und Kontrollfunktion, insbesondere der Clusterbildungsfunktion, hierbei gar kein Anwendungsanspruch mehr beigemessen wird, liegt die Konsequenz auf der Hand: Das reine Beschreiben erhebt einen vollumfänglichen Anspruch aus Wissenschaftlichkeit, dem es kaum noch gerecht zu werden vermag, wenn die progressiven Elemente, wie die Erarbeitung und Entwicklung von Gesetzesvorschlägen, vorrangig nur noch durch Fachministerien aufgegriffen wer-

¹²⁰² *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1075).

¹²⁰³ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 116 Nr. 2. a.E.

den. Diesen Eindruck verstärkt die Tatsache, dass auch in der juristischen Ausbildung das gebetsmühlenartige Repetieren von bereits Gesagtem, Geurteiltem und Bestrittenem deutlichen Vorrang vor eigener Interpretation und Kreativität genießt.¹²⁰⁴

Mit *Steininger* lässt sich konstatieren, dass es einer derart ausgestalteten Wissenschaft an Unattraktivität nicht mangelt oder gar noch mehr, denn „so kann man Jurisprudenz eigentlich nicht als Wissenschaft ansehen“¹²⁰⁵. Das rein deduktive Arbeiten, das *Hörster* als ihre alleinige Aufgabe ansieht¹²⁰⁶, legitimiere eben kein wissenschaftliches Arbeiten. „Vielmehr gaukelt man sich vor, mit einer Normbeschreibung und -interpretation sei man schon wissenschaftlich tätig geworden (...)“¹²⁰⁷. „Soweit man Rechtswissenschaft als rein beschreibend ansieht, so besteht das Dilemma bereits hierin.“¹²⁰⁸

Ein anderer Ansatz könnte darin bestehen, die Rechtswissenschaft in den Bereich der Naturwissenschaften einzugliedern bzw. naturwissenschaftliche Forschungsphänomene in die Rechtswissenschaften zu integrieren. Hierfür liefert *Steininger* einen vergleichenden Ansatz, wie naturwissenschaftliche Erkenntnisgewinnung grds. abläuft, indem er anhand des Fallens einer Kugel folgendes Beispiel illustriert:¹²⁰⁹

Beispiel: Die fallende Kugel.

Empirischer Schritt: Beobachtung und Messen der fallenden Kugel.

Modellbildung: Gestaltung einer Formel auf der Grundlage der empirischen Daten.

Kontrolle: Anwendung der Formel auf andere fallende Gegenstände.

Ein hinreichender Vergleich dieser naturwissenschaftlichen Erkenntnis Schritte mag schon auf erster Ebene scheitern, denn „Tatsächlich begnügt sich die juristische Literatur in der Regel damit, da zu interpretieren, was der Gesetzgeber produziert.“¹²¹⁰, weil sie gerade im Verhältnis zu den Naturwissenschaften nicht schon beim Entstehen des physikalischen bzw. sozialen Konflikts ansetzt.¹²¹¹ Wenngleich die Entwicklung progressiver Gesetzesvorschläge *de lege ferenda* auf Seiten der Rechtswissenschaften nicht gänzlich ausbleibt, so mag diese nicht zuvorderst auf der Clusterbildung von Modellen oder Mustern basieren, weil ihr

¹²⁰⁴ Vgl. *Steininger*, NJW 2015, 1072, (1073 f.).

¹²⁰⁵ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074).

¹²⁰⁶ *Hörster*, Rechtstheorie 41 (2010), S. 13 (22).

¹²⁰⁷ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1073).

¹²⁰⁸ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1073).

¹²⁰⁹ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1073 f.).

¹²¹⁰ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074).

¹²¹¹ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074) nennt hier insbesondere die Wirtschaftskrise aus dem Jahr 2008, Stauprobleme auf Autobahnen, die Steuerung der Bevölkerungsentwicklung oder der allgemeinen Konjunktur.

hierfür die notwendige Systematik fehlt.¹²¹² Dieses Problem intensiviert sich bei der Reflektion, der notwendigen Überprüfbarkeit von Ergebnissen. Deswegen könnte ein Bedürfnis nach Mitteln bestehen, die nur die Sozialwissenschaften, die Politikwissenschaften oder gar die Naturwissenschaften zu leisten im Stande sind.

Um diesem negativ behafteten Antlitz zu entgehen, bedarf es alternativer Modellvorschläge, um die Rechtswissenschaft in einen modernen und zukunftsfähigen Kontext einzuordnen. Weil eine Einordnung als rein beschreibende Wissenschaft nicht den o.g. Ansprüchen und wohl ggf. auch eigenen Ansprüchen nicht genügen mögen, könnten alternative Modellvorschläge eine vielversprechende Alternative abbilden, auch um einem „digitalisierten wissenschaftlichen Umfeld“¹²¹³ gerecht zu werden.

Weil die Identifizierung der Rechtswissenschaften als Natur- oder Geisteswissenschaften keine zielführende Diskussionsgrundlage dafür bietet, ob Rechtswissenschaften auch für Einflüsse anderer Disziplinen und Umwelten affin sind, werden Ansätze vertreten, sie als sog. Strukturwissenschaft einzuordnen, die sowohl Geistes- als auch Naturwissenschaften miteinander vereint.¹²¹⁴ Ihre Erkenntnisse liegen maßgeblich in Formeln und Aussagen, welche wiederum in den in Abrede stehenden Wissenschaften Anwendung finden können.¹²¹⁵

Mit *Eidenmüller* könnte man annehmen, die Rechtswissenschaft als Strukturwissenschaft i.S.e. Realwissenschaft zu begreifen.¹²¹⁶ Sie würde ihre Erkenntnisse aus realen Umständen generieren und überprüfbare Prognosen entwickeln.¹²¹⁷ Weil aber fraglich ist – so stellt es *Steininger* anheim – mit welcher Methodik dabei die jeweiligen Prognosen erzielt würden, könnte der allgemeine strukturwissenschaftliche Ansatz weiterhelfen.¹²¹⁸

Strukturell könnte man sich das Recht als Gerüst einer Gesellschaft vorstellen, das anhand der gesellschaftlichen Entwicklung anpassbar bliebe. Die Vorstellung, dass es sich dabei nur um eine Informationsplattform, ein Denken in Verbandsstrukturen handelt oder Netzwerke gar überflüssig seien, kritisiert *Steininger*, weil sie dadurch im eigenen Vorstellungsvermögen über Cluster und Modelle verhaftet blieben, nicht aber deren tatsächliche Anwendungsbereiche ausschöpften.¹²¹⁹

¹²¹² *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074).

¹²¹³ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074).

¹²¹⁴ *Küppers* in Die Einheit der Wirklichkeit, S. 89-105.

¹²¹⁵ *Küppers* in Die Einheit der Wirklichkeit, S. 89 (103).

¹²¹⁶ *Eidenmüller*, JZ 1999, 53-61.

¹²¹⁷ *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (55 f.), insb. zu der „Prognose von Realfolgen“. Die „Notwendigkeit der Empirie in den Rechtswissenschaften“ (Kapitel 3.3) greift *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (59) sinngemäß fragend „Ist Rechtswissenschaft als Realwissenschaft notwendig“ auf und stellt der Frage zugleich rhetorischen Charakter anheim, weil es freilich so sei. Zu den Gründen („teleologisch ausgerichteter Regelvollzug“ und „regelbildende Rechtsfortbildung“) und dem Prozess der Rechtsanwendungswissenschaft zur künftigen Rechtssetzungswissenschaft *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (59).

¹²¹⁸ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1074).

¹²¹⁹ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1075) m.w.N. auch zu der von ihm kritisierten Denkweise. Den Streitstand zu Netzwerkstrukturen in breiterer Weise erörtert *Angsberg*, Rechtstheorie 38 (2007), 479.

Demnach wäre es zielführend, sich die jeweilige Gesellschaft als komplexeres Gebilde, bspw. als ein elektrisches Netzwerk vorzustellen, bei dem die jeweiligen Leiter als verbindende Elemente gesellschaftlicher und rechtlicher Strukturen dargestellt würden.¹²²⁰ Folglich könnten naturwissenschaftliche Berechnungen, z.B. anhand von Matrizen, im Recht Einzug erhalten, um statt naturwissenschaftliche Verfahren gesellschaftliche Verhalten zu prognostizieren oder gar exakt zu berechnen.¹²²¹ Zum Einen könnten eine Norm oder ein Gesetz dann in ihrer konkreten gesellschaftlichen Auswirkung vorhergesagt werden, zum Anderen ließen sich Gesetzgebungsprozesse deutlich transparenter und untereinander vergleichbarer darstellen.¹²²² Würde die Implementierung gesellschaftliche Strukturen in eine Matrix, die „im Idealfall nur ein wandgroßes Puzzle“¹²²³ wäre, gelingen, so stünde auch einer systematischen Übertragung in eine Software nichts mehr entgegen. Einen sich durchaus aufdrängenden und schlüssigen Vergleich zieht *Steininger* hierbei mit den sozialen Medien, insbesondere Facebook, anhand derer die gesellschaftliche und soziale Verknüpfung von Menschen bereits anhand von binären Codes darstellbar ist.¹²²⁴ Dann wäre einerseits gewährleistet, dass die Gesellschaft Normen nicht mehr „auszuprobieren“¹²²⁵ bräuchte, weil ihre Wirkung und ihre Funktion mathematisch errechnet werden könnte, andererseits, dass der Realitätsbezug zwischen Recht und Gesellschaft erhöht werden könnte, weil insbesondere die Wechselwirkung zwischen dem Wandel des Rechts und gesellschaftlicher Entwicklung bisher nicht hinreichend untersucht worden sei.¹²²⁶ So nennt *Steininger* mit Blick auf quantitative Forschungsmethoden beispielhaft die Verhulst-Gleichung, die zu einem Zeitpunkt $x(t_0)$ eine Gesellschaft anhand von vorhandenen Nahrungsmitteln, wirtschaftlichen Bedingungen, Geburtenraten etc. beschreibt, Faktoren der rechtlichen Rahmenbedingungen aber gänzlich unberücksichtigt lässt.¹²²⁷ Wären diese in den Prozess integriert, würde das Recht seiner Steuerungsfunktion auf neue und effizientere Weise nachkommen können, wenn der gesellschaftliche Wandel sich anhand eines rechtlichen Wandels berechnen ließe.

Kritisch kann sich anmerken lassen, ob sich zwei Prozesse dieser weitreichenden Komplexität, wie es der gesellschaftliche Wandel einerseits und der rechtliche Wandel andererseits darstellen, i.R.e. mathematischen Berechnungsmethode zielführend integrieren ließen. Diese Aufgabenstellung könnte aber originär der Informatik bzw. der Mathematik zugeschrieben bleiben, weil die juristische Ausbildung keine zumindest im Kerngehalt so fachfremden Inhalte zu vermitteln im

¹²²⁰ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1075).

¹²²¹ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1075 f.).

¹²²² *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1076).

¹²²³ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1076).

¹²²⁴ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1075).

¹²²⁵ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1076).

¹²²⁶ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1076).

¹²²⁷ *Steininger*, NJW 2015, 1072 (1076).

Stande ist. Sie ist dabei auf Unterstützung der Informatik bzw. der Mathematik als integral wirkende Hilfswissenschaften angewiesen.¹²²⁸ Freilich liegt ihr Mehrwert insbesondere in den wissenschaftlich anspruchsvollen Berechnungsmethoden und deren Durchführung. Nicht außer Acht zu lassen ist aber die bereits stattfindende Beteiligung weiterer Disziplinen, wie der Soziologie, um gesellschaftliche Wandel zu erläutern, oder der Psychologie, die das Messen von Phänomenen leistet.

Schon jetzt ist teilweise zu konstatieren, dass das Studium und die Lehre der Rechtswissenschaften nicht nur reine Rechtsdogmatik sind¹²²⁹, vielmehr erhalten die empirischen Sozialwissenschaften an vielen Stellen Einzug, sei es über Vorlesungen, Schlüsselqualifikationen oder die Ausrichtung von Lehrstühlen auf diese Disziplin.¹²³⁰ Diese Entwicklung ist auch nur in Teilen überraschend, da die Empirie bei Dissertationen noch ein besonderes Merkmal darstellen mag, bei dem Anspruch von Habilitationsschriften schon eher der Erwartungshaltung entsprechen dürfte.¹²³¹ Konfrontiert man dies mit der Auffassung des Wissenschaftsrates, dass zur „Förderung von Reflexionskompetenz und Kritikfähigkeit im Studium“¹²³² eine Reduzierung des Pflichtfachstoffes notwendig sei¹²³³, dürften sich interessante Perspektiven für einen vermehrten Einzug der Empirie in den Rechtswissenschaften ergeben.¹²³⁴ Es bleibt schließlich abzuwarten, ob sie durch naturwissenschaftliche Prozesse ersetzt, ergänzt oder gar optimiert werden.

Darüber hinaus vermag der Gesetzgebungsprozess, ganz gleich auf welcher Gebietskörperschaft, auf parteipolitische Interaktion angewiesen zu sein. Dies wirft die Frage auf, wie ein in seinen Grundzügen parteipolitisch funktionierendes System sich in einem gänzlich berechenbaren und rationalisierten Prozess noch zu behaupten vermag, weil insbesondere Parteipolitik hiervon zu oft befreit ist. Mit anderen Worten: Wie viel Rationalität verträgt das System? Die politische Streit- und Diskussionskultur würde *ad absurdum* geführt, weil es nur den einen, den richtigen Weg gäbe. Gesellschaftliches oder politisches Engagement, das allzu oft emotionale Motive als Grundlage aufweist, könnte einen nicht vorstellbaren Rückgang erfahren.

¹²²⁸ Vgl. *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 19. Verweist auch darauf, dass die Investitionskosten unverhältnismäßig hoch wären, würden Juristen zugleich als Informatiker o.Ä. ausgebildet werden. Nichtsdestoweniger sollten aber empirische Aufgabengebiete weder ausgeblendet noch ausschließlich außerhalb der juristischen Disziplin ausgeübt werden.

¹²²⁹ *Hamann*, JURA 2017, 759 (761).

¹²³⁰ *Hamann*, JURA 2017, 759 (762) m.w.N., der zahlreiche universitäre Beispiele aufführt.

¹²³¹ *Hamann*, JURA 2017, 759 (761).

¹²³² Wissenschaftsrat (09.11.2012), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, S. 61, abgerufen am 15.08.2018.

¹²³³ Wissenschaftsrat (09.11.2012), Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>, S. 61, abgerufen am 15.08.2018

¹²³⁴ *Hamann*, JURA 2017, 759 (761); auf den S. 763 ff. stellt er dar, wie Empirie in juristische Arbeiten Einzug erhalten könnte.

Das führt unweigerlich zu der dahinter liegenden Problematik, inwieweit ein freier Wille – in der Gesellschaft oder auch im Gesetzgebungsprozess – noch möglich ist, wenn der Determinismus anhand von unbestreitbaren, mathematischen Berechnungsmethoden Einzug erhalte.

Ob sich diese Vorbehalte aber bewahrheiten lassen, vermag sich auch erst dann herauszustellen, wenn der Versuch einer Implementierung unternommen worden ist. Sie sollten ein – sicher nicht abschließender – kritischer Begleiter im Umgang mit so grundlegenden Modernisierungsprozessen sein, sich aber nicht den Möglichkeiten und Chancen berauben, eine effiziente, transparente und von hoher gesellschaftlicher Akzeptanz geprägte Gesetzgebung anzustreben.

Es mag sich daher durchaus annehmen lassen, die Rechtswissenschaften in einem digitalen Zeitalter für die Chancen und Möglichkeiten, die mit den geschilderten Berechnungsmethoden einhergehen, affin auszugestalten.

Die strukturelle Angliederung einer Clusterbildung kann nur auf der Ebene der Entwicklungsfunktion gelingen. Diese wiederum umfasst als progressive Funktion auch die Denkmuster der Rechtssoziologie. Zählte man die Clusterbildung als Ausprägung der empirischen Sozialforschung, die ihrerseits auf allgemeiner empirischer Forschung und mithin auf Empirie gründet, dann ist i.R.d. Entwicklungsfunktion des Rechts ein evidenter Zusammenhang aus Rechtssoziologie und empirischer Sozialforschung herzustellen. Aus dem Geschilderten lässt sich ableiten, dass beide Disziplinen über sehr ähnliche Denkmuster verfügen.¹²³⁵

Darüber hinaus liegt beiden schon begrifflich die Lehre von der *societas* zugrunde.¹²³⁶ Sie entwickelte sich aus den großen Herausforderungen zum Ende des 19. Jh.s, die vor allem aus den Veränderungen der sozialen Gegebenheiten, der ansteigenden Population und der fortwährenden Industrialisierung bestanden.¹²³⁷ Statt vager Theorien sollten fortan empirische und wirkliche Beobachtungen der sozialen Umwelt Aussagen über die konkrete Entwicklung gesellschaftlicher Strukturen treffen, um diese möglicherweise zu steuern.¹²³⁸ Aus ihrer Methodik sollte sich eine Disziplin entwickeln, der das Kritische und das reformerisch Progressive als Grundausrichtung dient.¹²³⁹

Den evidenten, kohärenten Zusammenhang zwischen Sollen und Sein, zwischen Recht und Empirie im Weiteren, der Rechtssoziologie und der empirischen Sozialforschung im Engeren, mag folgende Abbildung 24 vergegenwärtigen:

¹²³⁵ Siehe Kapitel 3.1.1.3 zur Rechtssoziologie und 3.2.2 zur empirischen Sozialforschung.

¹²³⁶ Vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 1.

¹²³⁷ Vgl. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 3.

¹²³⁸ Vgl. *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 5.

¹²³⁹ Vgl. *Blankenburg* in Empirische Rechtssoziologie, S. 7 (9).

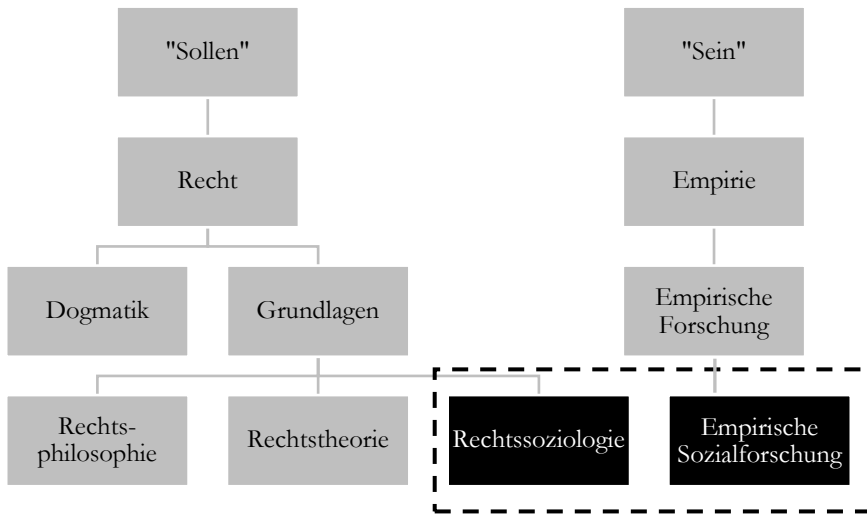


Abbildung 24: Kohärenz zwischen Rechtssoziologie und Empirischer Sozialforschung.

Wie bereits erörtert, lässt sich weder vom Sein auf das Sollen noch vom Sollen auf das Sein schließen.¹²⁴⁰ Wie *Petersen* feststellt, sind Normativität und Empirie in ihrem theoretischen Konstrukt durch „eine feine Linie“¹²⁴¹ voneinander getrennt. Es ist aber zu konzedieren, dass in der Praxis oftmals eine Vermischung oder gar eine gegenseitige Bedingtheit anzutreffen ist, obgleich die Verzahnung beider Disziplinen in den Rechtswissenschaften zu oft nicht gesehen wird.¹²⁴² So können rechtliche, normative Bedingungen den Blick auf die Welt ebenso beeinflussen, wie die reale Wirklichkeit und die tatsächlichen Potenziale den Boden und die Grenzen dessen aufzeigen können, was als Recht zu gestalten ist.

Es lässt sich festhalten, dass oberflächlich strukturelle Unterschiede zwischen Recht und Empirie bestehen, die Rechtssoziologie und die empirische Sozialforschung aber in ihrer Arbeitsweise fließend ineinander übergehen. Soweit die Denkmuster verglichen und miteinander verknüpft werden, stellt sich die Frage nach dem tatsächlichen Bedürfnis nach empirischen Daten auf Seiten der Rechtswissenschaften.

¹²⁴⁰ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 2, abgerufen am 16.08.2018, bringt hierfür das anschauliche Beispiel, dass aus der wirklichen Beobachtung, der Stärkere setze sich durch, nicht auf ein Recht des Stärkeren geschlossen werden kann.

¹²⁴¹ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 2, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁴² Vgl. *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 18, abgerufen am 16.08.2018.

3.3.2 Desiderat empirischer Sozialforschung in den Rechtswissenschaften

Die Notwendigkeit von Empirie und empirischer Sozialforschung in den Rechtswissenschaften lässt sich insbesondere daran messen, ob ein offensichtliches Bedürfnis besteht und ob sich eine mögliche innere Inkonsistenz des Rechts bei seiner eigenen Begründung aufzeigt. Eine ausbleibende Reflektion des Rechts attestierte u.a. *Alexy*: „Damit bilden allgemeine praktische Sätze die Grundlage sowohl der Begründung als auch der Überprüfung dogmatischer Sätze.“¹²⁴³ Mit den Worten *Eidenmüllers* würde demnach „Mit den Mitteln der Methodenlehre (...) überprüft, ob die mit denselben Mitteln aufgestellten Theorien bzw. dogmatischen Sätze falsch sind.“¹²⁴⁴

Doch wie vermag die Dogmatik auf diesen offensichtlichen Rekurs zu antworten? Hierzu legte bereits *Feuerbach* das Verhältnis von Empirie und Philosophie zugrunde, indem er Philosophen und Empiriker im Recht gegenüberstellte: „Die älteste und bey weitem überwiegende Parthey machen die *blos empirischen* Rechtsgelehrten, die in der positiven Jurisprudenz nur das Positive achten über dem Gegebenen nichts Höheres anerkennen und daher Philosophie überhaupt für eine Thorheit, so wie alles Philosophiren in der Rechtsgelehrsamkeit für ein Aergernis und für Verderben halten.“¹²⁴⁵

Hieraus schlussfolgerte er drei Arten von Typen in den Rechtswissenschaften.¹²⁴⁶ Während der praktische Rechtslehrer¹²⁴⁷ das Desiderat nicht zu füllen vermag, denn „Die Wissenschaft existiert nicht für ihn, und er nicht für die Wissenschaft; sie ist ihm ein Handwerk oder für das Handwerk ein Instrument.“¹²⁴⁸, stehen der historische Rechtsgelehrter und der empirische Dogmatiker im Fokus.

¹²⁴³ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 321.

¹²⁴⁴ *Eidenmüller* JZ 1999, S. 53 (59).

¹²⁴⁵ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 1 f. (Die Rechtschreibung des Originalzitats wurde beibehalten, die Schreibweise von Buchstaben an aktuelle, deutsche Maßstäbe des lateinischen Alphabets angepasst; die Hervorhebungen wurden übernommen. Das gilt auch für folgende Beiträge *Feuerbachs*).

¹²⁴⁶ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 2 f.: „Dieses ist der allgemeine Charakter des blosen Empirikers, der aber wieder, nach Verschiedenheit der aufgefassten empirischen Gesichtspunkte, bald in diesem, bald in jenem individuell modifizierten wissenschaftlichen Charakter erscheint, indem er entweder als *historischer* und (wie man gewöhnlicher spricht) *eleganter* Rechtsgelehrter, oder als *empirischer Dogmatiker*, oder als sogenannter *praktischer Rechtslehrer* sich in genügsamer, behaglicher Entfernung von dem Reiche des höheren Wissens sein Flecken in der Jurisprudenz zu bebauen sucht.“

¹²⁴⁷ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 5 (Fn. *) stellt klar, dass er damit nicht den reinen Rechtspraktiker meint, denn „niemand ist ehrwürdiger, als dieser. Ich meyne nur das *theoretische* Zwittergeschöpf, das man Praktiker nennt (...)“. Da er offenbar damit weder Richter, noch Staats-, noch Rechtsanwältle oder Verwaltungsangestellte etc. meint, da diese als typische Rechtsanwender gelten mögen, wird der damit offenbar Theoretiker meinen, die ohne eigene praktische Erfahrung „Präjudizien, Gerichtsbrauch, Praxis;“ (*Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 6) als Argumente heranziehen. Ihre „Gelehrsamkeit ist – was andere [bereits] wussten;“ (*Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 6)

¹²⁴⁸ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 5 f.

Der historische Rechtsgelehrte¹²⁴⁹ unterliege einer nicht zielführenden Priorisierung, weil er sich zu sehr mit dem Rezipieren beschäftigte, ihm an seinen Gesetzbüchern kaum etwas „ehrwürdiger“¹²⁵⁰ sei, als die „Merkwürdigkeit ihrer verschiedenen Editionen“¹²⁵¹. Der empirische Dogmatiker¹²⁵² mag hierbei schließlich nicht etwa eine ideale Symbiose aus den in Abrede stehenden Wissenschaften sein. Vielmehr macht er „sich selbst zum Gefangenen“¹²⁵³, weil ihm zu oft die Weitsicht des Realen abhanden kommt, die der historische Empiriker generieren kann.

Hieraus ließe sich schlussfolgern, dass nur ein Zusammenwirken der jeweiligen Typen, insbesondere des historischen Rechtsgelehrten und des empirischen Dogmatikers innerhalb der Rechtswissenschaften den Begründungs- und Überprüfungsrekurs beheben könne. Alternativ könnte ein interdisziplinärer Austausch und schließlich eine Integration sozialforschender Grundlagen im Recht Abhilfe leisten.

Dass die Empirie und mithin die empirische Sozialforschung i.R.d. Rechtswissenschaften einen nicht zu unterschätzenden Stellenwert innehat, belegt *von Hippel*, der eine Abkehr der Jurisprudenz von einer theoretisierten Wahrnehmung der Welt hin zu einer wirklichen Wahrnehmung der Welt forderte.¹²⁵⁴

Die Forderung nach einem realistischen Bezug und einem analysierten Realbereich des idealisierten Rechts ist mit Blick auf das öffentliche Recht dem Zivilrecht ggü. schon weiter fortgeschritten, wie insbesondere *Voskuhle*¹²⁵⁵ darstellt und dabei das Ausbleiben empirischer Ansätze in der Praxis kritisiert. Die seltene Anwendung empirischer Sozialforschung trotz ihrer sich aufdrängenden Notwendig-

¹²⁴⁹ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 3 f.: „Als *historischer* oder sogenannter *eleganter* Jurist wohnt er allein auf dem Felde der *Geschichte, Kritik* und *Literatur*, in gleicher Entfernung von der Philosophie, wie von der Praxis: *ihm* ist die Frage: was ist *einst* Recht *gewesen*? weit wichtiger als das Problem: was ist *jetzt* als Recht *gültig*? die Phrase eines alten Classikers weit lieber als ein eigener Gedanke; ein berechtigtes Factum der Antiquitäten, eine entdeckte römische Formel, die Berichtigung in der Biographie eines vielleicht kaum dem Namen nach bekannten römischen Rechtsgelehrten – weit interessanter, als die richtige Exegese einer Novelle Justinians, weit bedeutender als das folgenreichste practische Dogma, als die scharfsinnigste Theorie: an seinen Gesetzbüchern ist ihm nichts ehrwürdiger, als die Merkwürdigkeit ihrer verschiedenen Editionen und die Varietät ihrer Lesarten: der höchste Flug seines Geistes ist – eine kritische Conjectur [Vermutung], durch die er an dem Buchstaben der Gesetze seinen Scharfsinn wetzt.“

¹²⁵⁰ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 4.

¹²⁵¹ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 4.

¹²⁵² *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 4 f.: „Der *empirische Dogmatiker* erkennt und verfolgt zwar den Hauptzweck aller Jurisprudenz, nämlich der Anwendung auf das wirkliche Leben und Handeln, und daher (gewiss mit Recht) schlägt er in dem Codex der positiven Gesetze seine Wohnung auf: aber er wohnt nicht blos in ihm, sondern er macht in ihm sich selbst zum Gefangenen, wagt nicht über seine Mauern hinauszusehen und borgt (um doch nicht ganz im Finstern zu leben) zuweilen das Licht, das ihm guthmüthig der Fleiss des historischen Juristen angezündet hat (...).“

¹²⁵³ *Feuerbach*, Über Philosophie und Empirie, S. 4.

¹²⁵⁴ *von Hippel*, Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens, S. 13, 27, 39, 41 ff.

¹²⁵⁵ *Voskuhle*, *VerwArch* 85 (1994), 567 (567 ff.); zur „Realbereichsanalyse“ siehe auch *Voskuhle* in *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, § 1, Rn. 29.

keit bleibt keine Einzelkritik¹²⁵⁶, die den Rechtswissenschaften eine Realitätsnähe insoweit abspricht, als dass sie selbst ohne Empirie nicht analytisch handeln könne und – wie es *Schelsky* formuliert – „wirklichkeitsblind“¹²⁵⁷ agiere.

„Die Querschnittsdisziplin »Recht und Empirie« gehört nach Ansicht vieler zur »zweiten Welt« des Rechts und kompensiert [zumindest] in der US-amerikanischen Jurisprudenz das Fehlen einer spezifisch rechtlichen Analyse-methode“¹²⁵⁸. Auch *Möllers* regte in einem Interview hinsichtlich der Verleihung des Leibniz-Preises an ihn an, „die Rechtswissenschaften, die stets und aus guten Gründen mit ihrer Wissenschaftlichkeit hadern, auf eine reflektierte Art mit den Herausforderungen quantitativer Forschung zu konfrontieren“¹²⁵⁹.

Die Differenzierung zwischen Sollen und Sein, zwischen Recht und Empirie bzw. Rechtssoziologie und empirischer Sozialforschung mag dann an Grenzen geraten, wo Recht unabänderlich ist, wo die äußere Wirklichkeit keinen Einfluss auf das Normative ausüben kann. So würde die empirisch ideale Statistik, die ein Abrücken von der demokratischen Staatsform in der Bundesrepublik Deutschland als soziale Wirklichkeit beschreibt, mit Blick auf Art. 20 I GG nicht zu einer anderen Staatsform führen können.¹²⁶⁰ Bis zu diesem unabänderlichen Rahmen und dem gleichbedeutenden Ende empirischen Einflusses existieren jedoch Bereiche, in denen empirische Daten schlichtweg fehlen oder aber ihr Vorhandensein nicht entsprechend hinreichend gewürdigt wird.

Wie *Petersen* herausgearbeitet hat, gliedern sich diese Bereiche in die Bedeutung, die Kollision und die Konkretisierung einer Norm:¹²⁶¹

Die Bedeutung einer Norm betrifft insbesondere die Frage, welcher *telos* ihr innewohnt. Hierfür beschreibt er das Bsp. des Glücksspiels, ob eine Sportwette in den Bereich des § 284 StGB fällt, sie also klassisches Glücksspiel vergleichbar mit einer Lotterie darstelle, oder ob sie eher ein Geschicklichkeitsspiel sei, bei dem vor allem das Wissen und Können des Spielers im Vordergrund steht und das einem Wissensquiz nahekäme.¹²⁶² Weil eine Abgrenzung sowohl danach fragen könnte, ob gute Spieler besser spielen als schlechte¹²⁶³, als auch, ob ein durchschnittlicher

¹²⁵⁶ Vgl. nur *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 17 ff. und *Rehbinder*, Rechtssoziologie, S. 1 (1 ff.)

¹²⁵⁷ *Schelsky*, Die Soziologen und das Recht, S. 197.

¹²⁵⁸ *Hamann*, JURA 2017, 759 (761) m.w.N.

¹²⁵⁹ HU Berlin, Pressemitteilung vom 10.12.2015, https://www.hu-berlin.de/de/pr/nachrichten/archiv/nr1512/pm_151210_00, abgerufen am 15.08.2018.

¹²⁶⁰ *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 36 ff.

¹²⁶¹ *Petersen Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 4 ff., abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁶² *Vogtskuhle*, VerwArch 87 (1996), 395 (401). Auf der anderen Seite der Differenzierung stünden reine Unterhaltungsspiele, bei den finanzielle Aspekte ausgeklammert würden. Bei Sportwetten ist diese Abgrenzung aber fernliegend. Zu den Abgrenzungen BGH, Urt. v. 18.04.1952 – 1 StR 739/51, Rn. 5, juris; Urt. v. 07.12.1979 – 2 StR 315/79, Rn. 29, juris.

¹²⁶³ So etwa BGH, Urt. v. 18.04.1952 – 1 StR 739/51, Rn. 5, juris; BGH NJW 1989, 919 (920).

Spieler fähig ist, den Spielverlauf nachhaltig zu beeinflussen¹²⁶⁴, bietet eine rein begriffsorientierte Differenzierung keine hinreichenden Kriterien. Stellt man dem § 284 StGB den *telos* anheim, Spielsucht zu verhindern¹²⁶⁵, drängt sich die Frage auf, ob Sportwetten Spielsüchte fördern oder nicht. Dies wiederum bemisst sich anhand äußerer, sozialer Erkenntniswerte, deren empirische Aussage erst die Grundlage für eine mögliche Subsumtion bietet.

Ein zweiter desiderativer Bereich betrifft *Petersen* zufolge die Normenkollision. Die Grundannahme, ältere gingen jüngerem und speziellere den allgemeinen Normen vor¹²⁶⁶, gelangt dann an ihre Grenzen, wenn abstrakte Rangfolgen ausblieben, wie es bei der Kollision von Rechtsgütern im Verfassungsrecht anzutreffen sei. Insbesondere i.R.d. Prüfung von Erforderlichkeit und Angemessenheit wird ein Bedürfnis nach empirischen Grundlagen ersichtlich: So bestimmte sich die Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs danach, ob es ein milderes Mittel gäbe, das gleichsam geeignet wäre. Dieser Abwägungsprozess verinnerlichte regelmäßig Fakten der realen Wirklichkeit.¹²⁶⁷ Um darüber hinaus i.R.d. Angemessenheit zwischen der Beeinträchtigung eines Grundrechts und dem Ziel der Beeinträchtigung abzuwägen, würden ebenso regelmäßig empirische Erkenntnisse integriert. So belege es z.B. die Entscheidung des BVerfG zum Rauchverbot.¹²⁶⁸ Auch hier stützte sich das Gericht mit Blick auf die Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit von Gastwirten auf empirische Befunde, insbesondere Ergebnisse des statistischen Bundesamts und Umfragen von Rauchern, ob sie künftig auch bei einem Rauchverbot in Gaststätten einkehren oder nach Alternativen Ausschau halten würden.¹²⁶⁹

Sowohl die teleologische Auslegung als auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung dürsten nach empirischen Erkenntnissen, ließen sich aber dem Deduzieren ggü. „mit einigem Wohlwollen noch als Erweiterung des Kanons ansehen“¹²⁷⁰, wenngleich sie methodisch bereits Subsumtionsvoraussetzungen sind und sich nicht aus Einzelfällen ableiten, sondern aus allgemeinen sozialen Gesetzmäßigkeiten.¹²⁷¹ Besonders ersichtlich werden empirische Desiderata dort, wo das normative Recht

¹²⁶⁴ *Krehl* in LK-StGB, § 284 Rn. 7.

¹²⁶⁵ Vgl. *von Hippel*, ZRP 2001, 558 (858 f.).

¹²⁶⁶ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 5, abgerufen am 16.08.2018

¹²⁶⁷ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 7, abgerufen am 16.08.2018 Auch eine vorhandene Einschätzungsprärogative kann kein Ausbleiben der Einbeziehung äußerer Wirklichkeit bedeuten.

¹²⁶⁸ BVerfGE 121, 317.

¹²⁶⁹ Vgl. *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 8, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁷⁰ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 11, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁷¹ Vgl. *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 11, abgerufen am 16.08.2018.

selbst keine hinreichenden Lösungsansätze verspricht. *Petersen* stellt hierfür den normkonkretisierenden Bereich in Aussicht:¹²⁷²

Dabei zieht er das Lissabon-Urteil¹²⁷³ des BVerfG heran, das sich mit der unmöglichen Übertragung von bestimmten nationalstaatlichen Kompetenzen auf supranationale Organisationen wie z.B. die EU auseinandersetzt. Es setze bei seinem Urteil zwei empirische Prämissen voraus, zum Einen, dass die „Demokratie (...) zuerst von und in einer funktionsfähigen öffentlichen Meinung“¹²⁷⁴ lebe und darauf aufbauend, dass ein öffentlicher Diskurs von Sachthemen stets an „nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen“¹²⁷⁵ sei. Während sich, wie es *Petersen* zu Recht schildert¹²⁷⁶, die erste These noch aus dem Urteilstext ergeben mag¹²⁷⁷, erscheint erläuterungsbedürftig, warum sich die öffentliche Meinung zuvorderst nationalstaatlich darstelle und wie sich eine öffentliche Meinung im EU-Gefüge darzustellen habe, um Kompetenzen auf sie übertragen zu können.¹²⁷⁸ Eine stichhaltige Begründung oder gar eine empirische Evidenz, worauf es ankäme und worauf die Annahme gründet, ob es ggf. gemeinsame und sich überlappende Themen seien, die eine öffentliche Meinung begründen, ein gemeinsamer Wirtschaftsbinnenmarkt oder eine einheitliche Medienlandschaft bleibt leider gänzlich aus. Die zweite These wirkt ohne Anhaltspunkte, was die für die gemeinsame öffentliche Meinung bildenden Elemente seien, insbesondere ohne Rückgriff auf empirische Erkenntnisse, fraglich, weil normative Annahmen verwendet werden, um empirisch evident geforderte Sachfragen auszuklammern.¹²⁷⁹

Verstärkt wird dieser Ansatz durch die Überlegung, welche Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft überhaupt noch anhängt und ob sie anderen Wissenschaften mit Blick auf eine fortschreitende Notwendigkeit interdisziplinärer Ausrichtung und eine Internationalisierung überhaupt noch ebenbürtig sein kann.¹²⁸⁰

¹²⁷² *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 11, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁷³ BVerfG NJW 2009, 2267.

¹²⁷⁴ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274, Rn. 250).

¹²⁷⁵ BVerfG NJW 2009, 2267 (2274, Rn. 251).

¹²⁷⁶ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 10, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁷⁷ „Eine freie öffentliche Meinung und eine politische Opposition müssen fähig sein, den Entscheidungsprozess in seinen wesentlichen Zügen kritisch zu beobachten und Verantwortlichen – das heißt in der Regel einer Regierung – sinnvoll zuzurechnen“ (BVerfG NJW 2009, 2268 (2276)).

¹²⁷⁸ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 10, abgerufen am 16.08.2018., der schildert, dass BVerfG lediglich anheimstelle, dies sei „nicht zu übersehen“ in BVerfG NJW 2009, 2268 (2274).

¹²⁷⁹ *Petersen, Niels* (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 11, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁸⁰ Vgl. *Steininger*, NJW 2015, 1072.

Im Kern der Gesamtdiskussion steht die Frage, wie sie zutreffend auch *Steininger*¹²⁸¹ aufwirft, was Rechtswissenschaft *per se* ausmacht, auf welche Weise sie sich selbst zu definieren vermag und welche gesellschaftliche Rolle Rechtswissenschaft innehat. Denn diese bleibt freilich sowohl hinter ihren Möglichkeiten als auch hinter ihren vermeintlichen Pflichten zurück, wenn sie als solche nur normbeschreibend agiert und in der Gesetzesanwendung verharret.

3.4 Zusammenfassung

Mit Blick auf die Beantwortung der Forschungsfrage (4) scheint es zwischen Rechtssoziologie und empirischer Sozialforschung es eine kohärente Verknüpfung zu geben, die sich maßgeblich auf der Ebene der Rechtssetzung und nicht mehr auf der Ebene der Rechtsanwendung befindet und deren Hauptanwendung innerhalb klassischer Rechtsmethoden im Bereich der Normkonkretisierung liegen mag. Dieser innere Zusammenhang der beiden Disziplinen, dieser schmale Grad zwischen Sein und Sollen, ermöglicht den Rechtswissenschaften bisher nicht abzuschätzende Potentiale. Hierbei spielt die Einbeziehung empirischer Erkenntnisse eine vordergründige Rolle. Die Diskussion um die möglichen Anwendungsbereiche der Rechtswissenschaften gehen indes aber noch weiter, wenn über ihre Ausprägung als Strukturwissenschaft oder ihre Möglichkeiten im digitalen Zeitalter und den Einzug naturwissenschaftlicher Erkenntnismethoden diskutiert wird.

Rechtswissenschaft würde sonst nur als „diejenige Wissenschaft verstanden, die sich mit der Lösung von Rechtsfragen im Rahmen und auf der Grundlage einer bestimmten, historisch gewachsenen Rechtsordnung befaßt“¹²⁸², obwohl der Bedarf nach Realität kaum zu bestreiten ist. Rechtfertigend ggü. dem streng Deduktiven und Methodischen mag man insbesondere für das Zivilrecht die „Präsenz großer Kodifikationen“¹²⁸³ im letzten Jh. anführen. Die großen Herausforderungen der europäischen Integration, aber auch der Migration und der Digitalisierung deuten darauf hin, dass ein großer Bedarf nach Rechtssetzung und Fortentwicklung des Rechts besteht.¹²⁸⁴ Das Aufstellen von Prognosen, welche konkrete Wirkung Rechtsnormen entfalten, verbleibt dabei originäre Aufgabe der Rechtssoziologie.

Der Vorwurf der Zirkularität bzw. des Rekurses bei der Begründung und Überprüfung von Hypothesen und die geschilderten Ansätze empirischen Arbeitens in den Rechtswissenschaften können dabei Anhaltspunkte liefern, Bedürfnisse und Desiderate mit der konkreten disziplinären Ausgestaltung der Rechtswissenschaften zu kombinieren mit dem Ziel, der Rechtswissenschaft als Rechtssetzungswissenschaft größeren Spielraum zu ermöglichen. Entscheidend mag hierbei

¹²⁸¹ *Steininger*, NJW 2015, 1072.

¹²⁸² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 1.

¹²⁸³ *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (53).

¹²⁸⁴ Vgl. *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 (53).

auch sein, inwieweit sich der Gesetzgeber eines derartigen Prozesses einen Nutzen verspricht.

Ein Bedürfnis nach einer Weiterentwicklung mag im hiesigen Kontext ebenso offensichtlich sein, wie der Anspruch, innerhalb des Rechts auf reale Lebenswirklichkeiten zurückzugreifen, wo Normatives an seine Grenzen stößt. Weil auf Seiten der Rechtswissenschaften zu oft empirisches Erkennen ausgeblendet wird, ist in diesem Bereich für ein breit angelegtes Verständnis zu sorgen. Vergleichbar mit dem Übersetzen in eine Fremdsprache oder dem programmatischen Übersetzen von Hinweisen oder Anleitungen können immer dann größere Probleme auftreten, wenn der Anwender die fremde Sprache nicht erlernt hat, weil dann „Wortsalat“¹²⁸⁵ am Ende eines für sich beanspruchenden, wissenschaftlichen Vorgangs stünde. Ebenso ist auch die sprachliche, systematische Auseinandersetzung zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften notwendig, wie ein hinreichendes Verständnis beider Disziplinen, um beide in ein Synergie erzeugendes Verhältnis zu setzen. Diese Übersetzung muss jedoch, um verständlich zu sein, innerdisziplinär erfolgen. Es bedarf also auch Juristen, die zunächst Ausschau nach anderen Wissenschaften halten, um folglich die Implementierung dessen zu erbringen, womit Potentiale erzeugt werden können. Hierzu könnte es gebieten, ihnen einen „kleinen Kompass“¹²⁸⁶ für empirisches Arbeiten anheim zu stellen. Von einer Öffnung des rein Normativen für progressive, sozialwissenschaftliche, empirische Elemente könnten langfristig für sowohl Theorie als auch Praxis enorme Vorteile geschöpft werden. Solange die Rechtswissenschaften in ihrem Markenkern weiterhin dem Normativen, dem Deduzieren und der innerdisziplinären Analyse nachgehen, besteht allseits keine Gefahr, dass die Rechtswissenschaft etwas Unwiederbringliches opfert. Vielmehr beraubt sie sich nicht selbst ihrer großartigen Potentiale im interdisziplinären Austausch.

¹²⁸⁵ Petersen, Niels (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 19, abgerufen am 16.08.2018.

¹²⁸⁶ Petersen, Niels (2010), Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, https://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_10online.pdf, S. 11, abgerufen am 16.08.2018.

4 Empirische Studie

„Es ist wichtig, Menschen in ihrer eigenen Sprache anzusprechen.“¹²⁸⁷

Die Korrektheit einer verwendeten Sprache kann sich sowohl auf globale Unterschiede als auch auf regionale Feinheiten beziehen, auch auf ihre Deutlichkeit, ihre Emotionalität oder bestimmte Fachtermini. Ähnlich verhält es sich im Konkreten bei einer Umfrage, bei der sie ggü. Teilnehmern verbindend und integrierend wirken kann, wie auch im Allgemeinen bei empirischer Forschung, bei der die Sprache der Empirie zu sprechen ist.

Das gezeichnete Desiderat empirischer Daten im Erbrecht soll durch eine Fragebogenstudie verringert werden. Für die methodische Durchführung sind zunächst theoretische Grundlagen notwendig, auf deren Basis die praktische Umsetzung ermöglicht werden kann.

¹²⁸⁷ *Lee Iacocca*, 1924-2019, amerikanischer Topmanager, 1979-1992 Vorstandsvorsitzender der Chrysler Corporation (VNR Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG, <https://www.zitate.de/autor/Iacocca%2C+Lee>, abgerufen am 24.07.2018).

4.1 Theoretische Grundlagen der Anwendungsebene

Die Kenntnis theoretischer Grundlagen der empirischen Sozialforschung und deren Ablauf ist immanente Voraussetzung für die Durchführung einer Studie. Sie verraten nicht bloß, zu was die empirische Sozialforschung imstande ist, sondern zeigen ebenso auf, welche Phasen eine Studie detailliert zu durchlaufen hat, um vorzeigbare Ergebnisse zu erzielen, und welche Art der Forschung am Ehesten zu dem benannten Forschungsanliegen passt.

4.1.1 Ablauf der empirischen Sozialforschung

Bei der empirischen Sozialforschung steht die Erkenntnisgewinnung über gesellschaftliche Begebenheiten im Vordergrund.¹²⁸⁸ Das Ziel der Untersuchung bestimmt dabei die Untersuchungsmethode.¹²⁸⁹ Typischerweise laufen empirische Untersuchungen in fünf Phasen ab, wie die Abbildung 25 verdeutlicht:

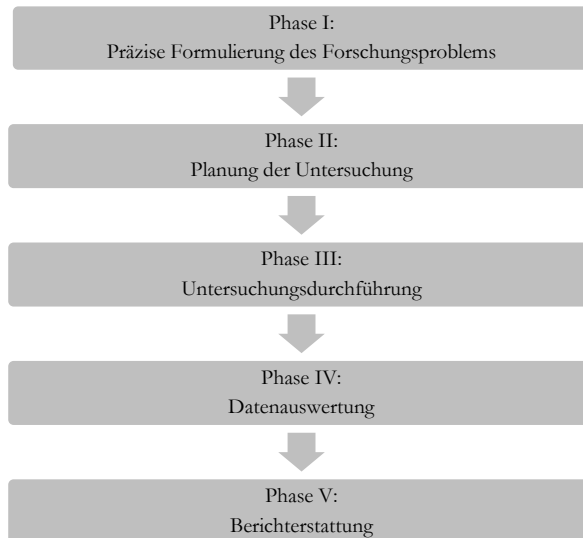


Abbildung 25: Ablauf empirischer Forschung.¹²⁹⁰

4.1.1.1 Phase I: Präzise Formulierung des Forschungsproblems

Zunächst wird zu Beginn einer Forschung durch Beobachtungs- und Verhaltensmethoden ein Desiderat an Informationen festgestellt, das durch neue, generierte Informationen gefüllt werden möge, um eine aufgeworfene Fragestellung hinrei-

¹²⁸⁸ Berger, Wissenschaftliches Arbeiten, S. 104.

¹²⁸⁹ Stein in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 135 (137).

¹²⁹⁰ Aepli/Gasser/Gutzwiller/Tettenborn, Empirisches wissenschaftliches Arbeiten, S. 51.

chend beantworten zu können.¹²⁹¹ Zur Generierung dieser Informationen wird das Forschungsproblem möglichst exakt definiert.¹²⁹² Das geschieht dadurch, dass nach oberflächlicher Formulierung des Forschungsproblems eine stetige und weiter vertiefende Auseinandersetzung mit der vorhandenen Fachliteratur erfolgt, sodass am Ende die Forschungsfrage so konkret wie möglich formuliert werden kann.¹²⁹³

4.1.1.2 Phase II: Planung der Untersuchung

In Anlehnung an die Forschungsfragen muss ein Versuchsplan aufgestellt werden, der die Vorgehensweise möglichst genau beschreibt und in sich schlüssig und erklärend ausgestaltet ist.¹²⁹⁴ Dies bedeutet auch, dass in diesem Kontext entschieden wird, welche Forschungsart diejenige ist, mit der die Forschungsfrage möglichst genau beantwortet werden kann.

Die Gütekriterien der quantitativen Forschung gliedern sich in die Reliabilität, Validität und Objektivität, welche i.R.d. Datenerhebung und Datenauswertung zu beachten sind, da sie die Grundlage für eine „angemessene Bewertung von Forschungsergebnissen“¹²⁹⁵ liefern.¹²⁹⁶ Damit sie im Forschungsprozess analog berücksichtigt werden können, müssen sie bereits in die Planungen der Untersuchung integriert werden. Die folgende Darstellung berücksichtigt lediglich die Bereiche der Gütekriterien, die im Kontext dieser Ausarbeitung relevant sind.¹²⁹⁷

Die Gütekriterien sind anzuwenden auf das Messinstrument, in Bezug auf das Forschungsdesign und schließlich auf die Ergebnisse der statistischen Analysen.¹²⁹⁸ Die Objektivität ist erreicht, wenn die subjektive Einflussnahme in den drei Bereichen der Interpretation, Durchführung und Auswertung möglichst begrenzt wird.¹²⁹⁹ Die Interpretationsobjektivität ist gegeben, wenn mindestens zwei Personen unabhängig voneinander die gleichen Auswertungsergebnisse interpretieren und dann zum gleichen Interpretationsergebnis kommen.¹³⁰⁰ Die Durchführungsobjektivität ist vorhanden, wenn die Befragten keiner Beeinflussung des Testleiters unterliegen.¹³⁰¹ Unter Auswertungsobjektivität ist zu verstehen, dass das erzielte Ergebnis nicht davon abhängt, welche Person den Test auswertet.¹³⁰²

¹²⁹¹ *Blankenburg* in *Empirische Rechtssoziologie*, S. 7 (9 ff.).

¹²⁹² *Sachs*, *Angewandte Statistik*, S. 15.

¹²⁹³ *Stein* in *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, S. 135 (135 f.).

¹²⁹⁴ *Sachs*, *Angewandte Statistik*, S. 15.

¹²⁹⁵ *Krebs/Menold* in *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, S. 425 (425).

¹²⁹⁶ *Krebs/Menold* in *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, S. 425 (425).

¹²⁹⁷ Für eine ausführliche Darstellung siehe *Groves/Fowler/Couper/Lepkowski/Singer/Tourangeau*, *Survey Methodology*, *Schnell/Hill/Esser*, *Methoden der empirischen Sozialforschung*, *de Leeuw/Hox/Dillmann*, *International Handbook of Survey Methodology*.

¹²⁹⁸ *Krebs/Menold* in *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, S. 425 (426).

¹²⁹⁹ *Krebs/Menold* in *Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung*, S. 425 (426).

¹³⁰⁰ *Wiegand*, *Wörterbuchforschung I*, S. 762.

¹³⁰¹ *Himme* in *Methodik der empirischen Forschung*, S. 485.

¹³⁰² *Schellen*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 125.

Die Reliabilität geht der Frage nach, wie zuverlässig und stabil ein Messinstrument ist. Das ist dann der Fall, wenn sich das Ergebnis lediglich ändert, wenn sich auch die Grundlagen dafür ändern, es ist also das Ausmaß, dass eine Wiederholung einer Messung zu einem gleichen Ergebnis führt.¹³⁰³

Die Validität beschreibt, ob ein Messinstrument das misst, was es zu messen vermag.¹³⁰⁴ Um die Reliabilität zu gewährleisten müssen zwingend die sog. Durchführungs- und Auswertungsobjektivität als notwendige Bedingung gegeben sein.¹³⁰⁵ Die Reliabilität ist aber zugleich auch notwendige Bedingung für die Validität eines Instruments¹³⁰⁶, für die wiederum die sog. Interpretationsobjektivität eine notwendige Bedingung ist. Bei diesen Ausführungen wird deutlich, dass die verschiedenen Gütekriterien in einem engen Zusammenhang zueinanderstehen.¹³⁰⁷ Die folgende Abbildung 26 vermag die obigen Ausführungen zu verdeutlichen:¹³⁰⁸

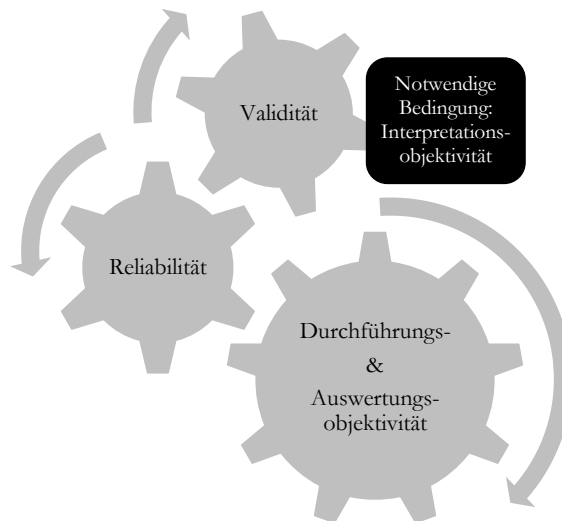


Abbildung 26: Gütekriterien und deren Beziehung.

¹³⁰³ *Himme* in *Methodik der empirischen Forschung*, S. 485.

¹³⁰⁴ *Schelten*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 98. Dort stellt er fest, dass sich auch die Validität in weitere Unterkategorien gliedert, namentlich die Inhaltsvalidität, kriterienbezogene Validität, die er auf den folgenden Seiten genauer beschreibt. Mit Blick auf eine detaillierte Darstellung dieser drei Kategorien kann an dieser Stelle entsprechend auf *Schelten*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 98 ff. verwiesen werden.

¹³⁰⁵ *Schelten*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 124.

¹³⁰⁶ Zur Prüfung der Validität von Messinstrumenten siehe *Eisend/Kruß*, *Grundlagen empirischer Forschung*, S. 146 ff.

¹³⁰⁷ *Schelten*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 124.

¹³⁰⁸ Angelehnt an *Schelten*, *Testbeurteilung und Testerstellung*, S. 125.

In Bezug auf das Forschungsdesign müssen die externe und die interne Validität bestimmt werden, welcher wiederum die Validität des Messinstruments zugrundeliegt.¹³⁰⁹ Die externe Validität beschreibt „in welchem Ausmaß das realisierte Ergebnis eine Schätzung des korrespondierenden Populationswertes erlaubt“¹³¹⁰, während die interne Validität darstellt, ob das Forschungsdesign für die Beantwortung der Frage geeignet ist.

Abschließend ist noch die statistische Validität in Kombination mit der praktischen Relevanz zu beachten.¹³¹¹ Mit Blick auf die Auswertung der Ergebnisse wird jeweils ermittelt, ob diese statistisch signifikant sind, also die vorher festgelegte Fehlerwahrscheinlichkeit (p) geringer ist als die Irrtumswahrscheinlichkeit. Bei der Auswertung sollte darüber hinaus auch die Effektstärke betrachtet werden, also wie wichtig ein signifikantes Ergebnis ist.¹³¹² Die konkrete Anwendung der Gütekriterien wird im Gang der Untersuchung unter Kapitel 4.2.2 näher erläutert.

4.1.1.2.1 Festlegung der Forschungsart

Je nachdem, welches Forschungsziel verfolgt werden soll, ist zwischen den verschiedenen Untersuchungstypen zu unterscheiden:

4.1.1.2.1.1 Explorative Studien

Untersuchungen explorativer Art kommen regelmäßig in nicht bekannten oder bisher unerforschten Bereichen zur Anwendung, weshalb sie vermehrt als Vorstudie oder ersten Teil einer Hauptstudie eingesetzt werden.¹³¹³ Ausprägungen der explorativen Studie können insbesondere Einzel- und Gruppeninterviews, sowie Expertengespräche mit offen gestellten Fragen sein, welche durch die Fragestellung selbst oder folgende Gruppendiskussionen weitere Ideen und Theorien nach sich ziehen. Sie dienen dem Forschenden vor allem dazu, sich in die gesamten Gegebenheiten des Studienteilnehmers zu versetzen, um seine Handlungsmotive besser nachvollziehen zu können, wofür sog. offene Fragen sehr hilfreich sind.¹³¹⁴

Beispiel: Um das nicht sehr bekannte Terrain der Lossagungsrechte von Verfügungen von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit – näher zu beleuchten und zu erfassen, wird ein Gruppeninterview mit Erbrechtsexperten aus Professoren, Richtern und Notaren geführt, welche der offenen Fragestellung „Was ist modernes Erbrecht mit Blick auf Lossagungsrechte?“ nachgehen.

¹³⁰⁹ Krebs/Menold in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S.425 (435).

¹³¹⁰ Krebs/Menold in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S.425 (435).

¹³¹¹ Krebs/Menold in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S.425 (436 f.).

¹³¹² Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation (2016), S. 668.

¹³¹³ Berger, Wissenschaftliches Arbeiten, S. 104.

¹³¹⁴ Universität Augsburg, Merkblatt zur Anlage empirischer Forschung, https://www.philso.uni-augsburg.de/lehrtstuehle/schulpaed/verwaltung_downloads/studium/Merkblatt_Evaluation1.pdf, S. 6, abgerufen am 24.06.2018.

4.1.1.2.1.2 Deskriptive Studien

Ist das Ziel der Untersuchung nicht die Erforschung eines relativ unbekanntem Bereichs, sondern will man ein eher bekanntes, bestimmtes Gebiet sehr ausführlich beschreiben und dies primär anhand bestimmter Merkmale, wird auf deskriptive Untersuchungen zurückgegriffen.¹³¹⁵ Bei dieser Art der Forschung werden die Ergebnisse i.F.v. Häufigkeiten und Durchschnittswerten dargestellt. Es soll ein Ist-Zustand ausführlich beschrieben, also keine Ursachenforschung betrieben werden.¹³¹⁶

Beispiel¹³¹⁷: Das Statistische Bundesamt will ermitteln, welche Alters-, Berufs- und Bildungsgruppen in Deutschland bereits eine Verfügung von Todes wegen errichtet haben. Mit Hilfe eines Onlinefragebogens werden Kennzahlen erhoben, die hinterher in Häufigkeitstabellen dargestellt werden.

4.1.1.2.1.3 Hypothesenprüfende Untersuchungen

Während für deskriptive Untersuchungen kaum Vorkenntnisse nötig sind, fordern sog. hypothesenprüfende Untersuchungen ein anderes Niveau. Hier ist bereits vorhandenes Wissen eine unabdingbare Voraussetzung, da nur mittels Vorkenntnisse eine Hypothese aufgestellt werden kann. Diese ist in akribischer und substantiierter Weise zu formulieren,¹³¹⁸ also in möglichst verständlicher und inhaltlich präziser Art, da sie andernfalls schwerlich zu verifizieren oder zu falsifizieren ist.¹³¹⁹ Hypothesenprüfenden Untersuchungen wohnt darüber hinaus eine gewisse Analytik inne, denn mit ihr werden „die in einer Hypothese zusammengefassten Vermutungen über Ursachen der in der Realität beobachteten Zusammenhänge, Unterschiede, Veränderungen, etc.“¹³²⁰ untersucht, um entweder aktuelle gesellschaftliche Begebenheiten zu erklären oder künftige Entwicklungen zu prognostizieren.¹³²¹ Ihre Kernkompetenz besteht darin, Zusammenhänge zwischen Ursache und Wirkung, also insbesondere Kausalitäten, zu erläutern.¹³²² Hypothesenprüfende Untersuchungen sind also letztlich Komponenten für Theorien, denn entweder generieren sie neue Theorien durch wiederholte Verifizierungen von Vermutungen oder sie leiten aus bereits anerkannten Theorien Hypothesen ab, die durch eine weitere Untersuchung die dahinter stehende Theorie erweitern, verfestigen oder ggf. bis zur Unbrauchbarkeit hin widerlegen.¹³²³ Zur Verifizierung und

¹³¹⁵ Stein in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 135 (137).

¹³¹⁶ Sandberg, Wissenschaftliches Arbeiten von Abbildung bis Zitat, S. 46.

¹³¹⁷ Beispiel übertragen aus der Anregung von Kromney/Roose/Strübing, Empirische Sozialforschung, S. 66.

¹³¹⁸ Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹³¹⁹ Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹³²⁰ Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹³²¹ Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹³²² Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 363.

¹³²³ Bortz, Lehrbuch der empirischen Forschung, S. 365. Die aus in der Gesamtschau bewährten Theorien abgeleiteten Hypothesen bezeichnet Bortz auf S. 364 als Hypothesen im eigentlichen Sinne.

zur Falsifizierung von Hypothesen sind wiederum entsprechende Prüfstudien nötig. Dabei ist zwischen Zusammenhangshypothesen, Unterschiedshypothesen und Veränderungshypothesen zu differenzieren.¹³²⁴ Ihre differenzierten Ausprägungen können folgende Beispiele belegen:

Bei Zusammenhangshypothesen wird behauptet, dass ein Zusammenhang positiver oder negativer Art zwischen zwei Merkmalen bestehen würde.¹³²⁵

Beispiel: Zwischen dem Merkmal „Alter über 80“ und „Erkrankung an Demenz“ besteht ein positiver Zusammenhang, je älter die Menschen also sind desto größer ist der Anteil an dementen Menschen.

Bei Unterschiedshypothesen wird unterstellt, dass sich eine bestimmte Gruppe von Personen in mindestens zwei Merkmalen unterscheidet.¹³²⁶

Beispiel: Verheiratete und Verpartnerte unterscheiden sich ggü. Alleinstehenden in ihrem Testierverhalten und ihrer Anzahl an Abkömmlingen.

Mit Veränderungshypothesen soll untersucht werden, inwieweit sich ein Merkmal über einen gewissen Zeitraum verändert.¹³²⁷

Beispiel: Je weitreichender sich die Aufklärung über die verschiedenen Testiermöglichkeiten gestaltet, desto mehr Menschen testieren.

4.1.1.2.1.4 Evaluationsstudie

Um letztlich einzelne Handlungen auf ihre Wirksamkeit hin zu untersuchen, wird eine Evaluationsstudie angewandt, durch welche sich auch Nebeneffekte der jeweiligen Handlungsoption abbilden lassen.¹³²⁸

Beispiel: Mit einer Studie wird überprüft, ob die Erweiterung des Kanons über die Möglichkeiten des Pflichtteilsausschlusses dazu führt, dass Testatoren vermehrt dazu tendieren, Pflichtteilsberechtigte vom Erbfall auszuschließen.

4.1.1.2.2 Untersuchungsdesign und Erhebungsinstrumente

Wenn die Forschungsart bestimmt wurde, gilt es, das Untersuchungsdesign festzulegen, also welche Form der Erhebung gewählt werden soll.¹³²⁹ Es gilt diejenige Methode auszuwählen, die am Besten für die Lösung des Problems bzw. die Be-

¹³²⁴ Universität Augsburg, Merkblatt zur Anlage empirischer Forschung, https://www.philso.uni-augsburg.de/lehrstuehle/schulpaed/verwaltung_downloads/studium/Merkblatt_Evaluation1.pdf, S. 7, abgerufen am 24.06.2018.

¹³²⁵ *Riesenhuber* in Methodik der empirischen Forschung, S. 1 (S. 9)

¹³²⁶ Universität Augsburg, Merkblatt zur Anlage empirischer Forschung, https://www.philso.uni-augsburg.de/lehrstuehle/schulpaed/verwaltung_downloads/studium/Merkblatt_Evaluation1.pdf, S. 7, abgerufen am 24.06.2018.

¹³²⁷ *Riesenhuber* in Methodik der empirischen Forschung, S. 9.

¹³²⁸ *Stein* in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 135 (137).

¹³²⁹ *Häder*, Empirische Sozialforschung, S. 75.

antwortung der Forschungsfrage geeignet ist.¹³³⁰ Zugleich ist dabei zu berücksichtigen, welche Ressourcen zur Verfügung stehen und welches Interesse an der Erhebung besteht, um die ausgewählte Methode zu optimieren.¹³³¹ Darüber hinaus ist zwischen sekundärer und primärer Forschung zu differenzieren: Während bei der Sekundärforschung vorhandenes Datenmaterial ausgewertet wird, erfolgt bei der Primärforschung eine neue Datenerfassung in Bezug auf das formulierte Forschungsproblem.¹³³²

Für die Erhebung von Primärdaten stehen verschiedene Methoden zur Verfügung, wobei die Befragung neben der Beobachtung, dem Experiment und dem Panel die am häufigsten verwandte Methode ist.¹³³³ Im Folgenden soll die Befragung näher beschrieben werden, weil sie für das hiesige Forschungsanliegen die vielversprechendste Methode sein kann.¹³³⁴ Bei der Art der Befragung ist zunächst zwischen quantitativer und qualitativer Befragung zu unterscheiden. Während mittels der quantitativen Befragung repräsentative Daten, sog. harte Fakten, ermittelt werden, steht bei der qualitativen Befragung die Ermittlung von sog. weichen Fakten im Vordergrund, die psychologisch interessant sein können, aber weniger exakt sind.¹³³⁵ Für die quantitative Befragung sind sog. standardisierte Fragen eine entscheidende Voraussetzung.¹³³⁶ Standardisiert meint, dass der komplette Verlauf der Befragung, also die Anzahl und Reihenfolge der Fragen und Antworten, sowie deren Formulierung von vornherein konkret festgelegt sind.¹³³⁷ Es existieren darüber hinaus auch halb-standardisierte und nicht-standardisierte Befragungsformen. Bei der ersten Form ist außer den Fragen nichts, also weder Formulierung noch Reihenfolge vorgegeben, bei der zweiten maximal das Thema.¹³³⁸

Sobald man die Erhebungsmethode festgelegt hat, sind die Konstruktion des Erhebungsinstruments und die Auswahl der Untersuchungseinheiten, also die gesuchte Stichprobe, festzulegen.¹³³⁹ Dies bedeutet auch, dass entschieden wird, ob eine Messung bzw. Beobachtung oder mehrere von ihnen notwendig sind. Wenn das Ziel einer Erhebung in der breiten Erfassung von Daten zur Analyse von Zusammenhängen etc. liegt, nicht aber die Entwicklung von Merkmalsausprägungen untersucht, sollte eine Querschnittsstudie angestrebt werden. Liegt

¹³³⁰ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 75 f.

¹³³¹ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 76.

¹³³² Götte, Marketing, S. 24 f.

¹³³³ Götte, Marketing, S. 25.

¹³³⁴ Zur Beobachtung, zum Experiment und zum Panel siehe *Kaya* in Methodik der empirischen Forschung, S. 56 ff. m.w.N.

¹³³⁵ *ter Hofte-Fankhauser/Wälty*, Marktforschung, S. 58 f.

¹³³⁶ Götte, Marketing, S. 25 f.

¹³³⁷ *Mörbing/Schlütz*, Die Befragung in der Medien- und Kommunikationswissenschaft, S. 17.

¹³³⁸ Siehe dazu *Mörbing/Schlütz*, Die Befragung in der Medien- und Kommunikationswissenschaft, S. 17 f.

¹³³⁹ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 75.

allerdings die Entwicklung von Merkmalen im Fokus einer Untersuchung, so sollte eine Längsschnittstudie geplant werden.¹³⁴⁰

Will man bspw. eine standardisierte Befragung durchführen, ist der Fragebogen das entsprechende Instrument, wobei noch „zwischen der schriftlichen, mündlichen und der Internet-Befragung“¹³⁴¹ zu differenzieren ist. Die Untersuchungseinheiten sind dann diejenigen Objekte, anhand derer eine Untersuchung durchgeführt werden soll, wobei diese nur stichprobenartig ausgewählt werden, um dann einen Rückschluss auf alle Objekte, die dieselben Merkmale aufweisen, sog. Grundgesamtheit, zu ermöglichen.¹³⁴²

Im Ergebnis kann dann das endgültige Design stehen. Vor einer umfassenden Datenerhebung sollte das Design jedoch noch einer Prüfung, dem sog. Pretest, unterzogen werden, um dann ggf. anhand der Ergebnisse aus diesem optimiert zu werden.¹³⁴³

4.1.1.3 Phase III: Datenerhebung

In der dritten Phase erfolgen dann die Datenerhebung und die Datenspeicherung.¹³⁴⁴ Für die Speicherung ist zunächst eine Aufbereitung und ein Hinterlegen der Daten notwendig, was heutzutage aber vermehrt nicht mehr in schriftlicher, sondern vermehrt in digitalisierter Form stattfindet.¹³⁴⁵

4.1.1.4 Phase IV: Datenanalyse

An die Datenerhebung schließt sich denklogisch die Analyse des erstellten Datensatzes an, was vorzugsweise mit geeigneten Programmen, wie z.B. SPSS, erfolgt, deren Ergebnisse bspw. anhand von tabellarischen Darstellungen aufbereitet werden.¹³⁴⁶

4.1.1.5 Phase V: Publikation

Am Ende des Forschungsprojektes steht schließlich die Veröffentlichung der gewonnenen Ergebnisse, wobei sich die Art und Weise nach dem konkreten Forschungsprojekt richtet.¹³⁴⁷ Sobald all diese Schritte durchlaufen wurden, ist das Forschungsprojekt abgeschlossen.

¹³⁴⁰ Wirtschaftspsychologische Gesellschaft, <https://wpgs.de/fachtexte/forschungsdesigns/7-querschnittstudien-und-laengsschnittstudien-als-forschungsansaetze/>, abgerufen am 14.08.2018.

¹³⁴¹ Kaya in Methodik der empirischen Forschung, S. 49 (51).

¹³⁴² Ringel/Jaskolla/Skulschus, System und Systematik von Fragebögen, S. 114.

¹³⁴³ Vgl. Porst, Fragebogen, S. 189 ff.

¹³⁴⁴ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 77.

¹³⁴⁵ Vgl. Lück/Baur in Datenanalyse mit SPSS für Fortgeschrittene 1, S. 22 (29).

¹³⁴⁶ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 78.

¹³⁴⁷ Häder, Empirische Sozialforschung, S. 78.

4.1.2 Einführung in die Praxisphase

Die obigen Ausführungen haben aufgezeigt, dass zum Erreichen eines Forschungsziels verschiedene Mittel und Wege zur Verfügung stehen. Für das Ziel dieser Forschungsarbeit scheint eine Querschnittsstudie als hypothesenprüfende Untersuchung am sinnvollsten, da sich einerseits im erbrechtlichen Normbereich bereits vielfältige Theorieansätze finden lassen, deren Weiterentwicklung andererseits auf Grundlage empirischer Daten ermöglicht werden kann. Für eine empirische Konfrontation oder zumindest Reflektion besteht ein wie in Kapitel 3.3.2 geschildertes, weitreichendes Desiderat empirischer Befunde. Während es zum einen darum geht, diesen Bereich anzureichern, ist er zugleich auch der Bereich, der die Hypothesenprüfung kennzeichnet.

Im Vorfeld der Untersuchung kann daher eine ausführliche, thematische Erörterung zur Erstellung des Fragebogens erfolgen. Darüber hinaus erscheint die Anwendung eines standardisierten Fragebogens zweckdienlich, um eine möglichst große Stichprobe zu generieren und um Rückschlüsse auf die Gesamtpopulation ziehen zu können.¹³⁴⁸ Schließlich lässt sich mit diesem Instrument möglichst genau festlegen, welche Informationen zu generieren seien. Dabei wird in Kauf genommen, dass die individuelle Situation der Probanden weniger Berücksichtigung findet. Im Folgenden soll die Methodik der Erhebung detailliert dargestellt werden, insbesondere soll die Struktur und der Aufbau des entwickelten Fragebogens beschrieben werden, da er für das hier anvisierte Forschungsziel als das geeignete Instrument erscheint.

4.2 Methodik: Eine Fragebogenstudie

Um eine Fragebogenstudie in methodisch praktischer Weise anzuwenden, ist es zunächst notwendig, die für die Umfrage grundlegenden Forschungsfragen aufzuwerfen. Anschließend erfolgt eine Darstellung des Gangs der Untersuchung, auf welchen strukturellen und historischen Parametern der finale Fragebogen basiert und wo seine Grenzen liegen. Hierin ist der Kernbestandteil der praktischen Umsetzung der Fragebogenstudie zu sehen. Abschließend erfolgt eine detaillierte Aufbereitung der Ergebnisse aus der Studie samt einer Diskussion im Kontext bisheriger Erkenntnisse.

4.2.1 Empirische Forschungsfragen mit konkretem Bezug zum Fragebogen

Das übergeordnete Ziel dieser Ausarbeitung geht der Frage nach, ob das deutsche Erbrecht insb. mit Blick auf das Testieren noch zeitgemäß sein mag und es dem gesellschaftlichen Willen und der gesellschaftlichen Realität entsprechen kann. Dahingehend liegt ein besonderer Fokus auf der Testierunfähigkeit, dem Lossagen

¹³⁴⁸ Siehe hierzu die Erläuterung zur Gesamtpopulation in Kapitel 4.1.1.2.2.

von letztwilligen Verfügungen und dem Schutz vor Fremdbestimmung. Mangels empirischer Anhaltspunkte in diesem Bereich soll sich den beschriebenen Fragen auf sozialwissenschaftliche Weise angenähert werden. Aus dem umschriebenen Forschungsfeld und den übergeordneten Forschungsfragen lassen sich die folgenden, empirischen Forschungsfragen ableiten, die i.R.d. Ausarbeitung beantwortet werden sollen. Im Zusammenhang mit der Darstellung der jeweiligen Forschungsfrage werden Hypothesen aufgestellt, die es zu bekräftigen, zu widerlegen oder weiterzuentwickeln gilt.

Des Weiteren ist zu erörtern, welche konkreten Forschungsfragen über die rein deskriptive Erhebung der Daten hinaus von Interesse sein könnten. Hierzu wurden die folgenden sechs Fragen zusammengestellt:

- (1) *Inwieweit unterscheiden sich die Teilnehmer der Studie hinsichtlich ihres Alters, ihres Geschlechts, ihres Wohnortes, ihrer Staatsangehörigkeit, ihres Familienstandes, ihrer Abkömmlinge, ihres Bildungsniveaus, ihres Gesundheitszustands oder ihrer erbrechtlichen Erfahrungen?*

Durch die breite Auswahl der Zielgruppe, den postalischen und den digitalen Aufruf zur Teilnahme ist von einer realistischen Verteilung der Probanden mit Blick auf die gesellschaftliche Verteilung auszugehen. Für die Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (1) werden die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen zu den persönlichen Angaben (Fragen 1-10), zum Gesundheitszustand (Fragen 11-16) ebenso relevant sein wie jene zu bisherigen Erfahrungen mit dem Erbrecht (Fragen 17-48).¹³⁴⁹

- (2) *Für welche der untersuchten, personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, die Staatsangehörigkeit, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau lässt sich ein Zusammenhang mit dem Testierverhalten ermitteln?*

Aufgrund bisheriger Erkenntnisse ist anzunehmen, dass das steigende Alter eine Auswirkung auf das Testieren selbst hat. Ebenso mag anzunehmen sein, dass vorhandene Abkömmlinge, Ehepartner oder höhere Bildungsabschlüsse zu häufigerem Testieren führen. Gleiches könnte auf ländliche Regionen zutreffen, um typisch-ländliche Herausforderungen, wie z.B. die Übertragung von Höfen, zu meistern. Für die Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (2) sind ebenso die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen zu den persönlichen Angaben (Fragen 1-10), zum Gesundheitszustand (Fragen 11-16) und den bisherigen Erfahrungen mit dem Erbrecht (Fragen 17-48) relevant, wobei hierbei der konkrete Zusammenhang zum Testierverhalten im Fokus der Untersuchung steht. Dabei sind insbesondere die Antworten auf Fragen danach, ob die Probanden bereits testiert oder einen Erbvertrag geschlossen haben (Frage

¹³⁴⁹ Zu den konkretisierten Fragen im Fragebogen – auch für die übrigen empirischen Forschungsfragen – siehe Anhang F.

17), wo sie das Testament errichtet haben (Frage 21) und es aufbewahren (Frage 22) von größerer Bedeutung.

- (3) *Lassen die untersuchten, personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau einen Schluss auf das Widerruffen oder Anfechten von letztwilligen Verfügungen zu?*

Dadurch, dass die Wahrscheinlichkeit des Testierens mit steigendem Alter größer wird, mag in Angesicht des näher rückenden Lebensendes denklogisch weniger Zeit für eine Lossagung der Verfügung übrig bleiben als durchschnittlich bei jüngeren Testatoren. Mit Blick auf die zeitliche Wahrscheinlichkeit ist daher zu vermuten, dass zwischen den Testierzeitpunkten und den Zeitpunkten der Lossagung von der Verfügung ein nicht sehr großer Zeitraum besteht. Darüber hinaus mag vermutlich häufiger widerrufen oder angefochten werden, wenn Abkömmlinge in die Konstellation integriert sind, weil sich vermehrt verändernde Umstände ergeben können. Für die Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (3) sind erneut die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen zu den persönlichen Angaben (Fragen 1-10), zum Gesundheitszustand (Fragen 11-16) und den bisherigen Erfahrungen mit dem Erbrecht (Fragen 17-48) grundlegend, wobei hier die Lossagungen Gegenstand der Untersuchung sind. Hierfür wird gefragt, ob (Frage 27) und warum (Frage 33) das Testament geändert wurde bzw. ob der Erbvertrag angefochten (Frage 42) wurde und warum (Frage 45).

- (4) *Ob und ggf. inwieweit unterscheiden sich die Meinungen der Teilnehmer über die zu bewertenden Aussagen der Zielfragen?*

Aufgrund allgemeiner Erfahrungswerte ist zu vermuten, dass der Großteil der Probanden sich selbst keine Erbrechtskenntnis zutraut und auch eine Bewertung dessen unkommentiert lässt. Entschließen sie sich dazu, der Möglichkeit zuzustimmen, nahestehenden Berufsgruppen etwas vererben zu können, liegt die Vermutung nah, dass es sich mehr auf Pflegepersonal und Einrichtungen denn auf Ärzte, Bankangestellte und Vermögensberater bezieht. Ausgeglichen und für die Untersuchung ebenso interessant könnten sich die Antwortverhalten auf die Fragen zur ewigen Bindung und zum ausschließlichen Testieren vor einem Notar erweisen. Indes sind zur Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (4) die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen lediglich zu dem Bereich der Bewertung des Erbrechts (Fragen 49-57) maßgebend.

- (5) *Haben die personenbezogenen Daten, also insbesondere das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau eine Auswirkung auf den Wunsch nach mehr Flexibilität und auch das Bedürfnis, Personengruppen von Betreuern und Bevollmächtigten, Pflege-*

personal, Ärzten oder Bankangestellten bzw. Vermögensberatern, etwas zu vermachen?

Jugendlicher Leichtsinn wäre kontradiktorischer Euphemismus, dennoch bleibt anzustellen, dass mit dem Alter gemeinhin die Skepsis wächst, weshalb zu vermuten ist, dass mit eben diesem auch die Bereitschaft, den beschriebenen Personengruppen etwas zu vermachen, sinkt. Diese Skepsis könnte sich aber vermutlich vorrangig eher auf Personen aus dem Finanzdienstleistungssektor beziehen als auf solche, die seelische oder körperliche Behandlungen vornehmen. Vermutlich erscheint familiär verwurzelten Probanden, also Verheirateten oder solchen mit Abkömmlingen, der Schutz vor Fremdbestimmung weniger relevant, weil Vertraute vorhanden sind. Andererseits könnte außerhalb der beschriebenen Personengruppen auch die Familie diejenige sein, vor der sich der Proband schützen wollen würde.

Von Relevanz zur Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (5) sind nun die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen zu den persönlichen Angaben (Fragen 1-10) einerseits und zum Bereich der Bewertung des Erbrechts (Fragen 49-57) andererseits.

(6) Lassen sich Unterschiede beim Wunsch nach erhöhter Sicherheit oder erhöhter Flexibilität mit Bezug zum Testieren dahingehend feststellen, dass bestimmte Tendenzen in den Antworten der Meinungsfragen mit anderen Antworten der Meinungsfragen zusammenhängen?

Unabhängig der personenbezogenen Faktoren ist auch hier zu vermuten, dass die Berufsgruppe der Pflegenden und deren Einrichtung eher in den Fokus der Bedachten gezogen werden würden als die übrigen Berufsgruppen. Wenn sich Probanden das Testieren ohne eine zwingende Anwesenheit vor einem Notar wünschen würden, ginge damit auch einher, dass sie sich den Prozess des Testierens zutrauen. Deswegen ist zu vermuten, dass die Verneinung der Notar-Pflicht in Kongruenz zu einer Ablehnung von starren Grenzen steht. Mit Blick auf das Kriterium der Selbstbestimmung wäre ebenso anheim zu stellen, dass dann kein erhöhtes Schutzniveau gewollt wäre und eine ewige Bindung an den letzten Willen – auch für den Fall drohender Testierunfähigkeit – mehr gewollt wäre als dass Dritte Entscheidungen treffen dürften.

Letztlich sind zur Beantwortung der empirischen Forschungsfrage (6) ausschließlich die Antworten der Probanden auf die konkretisierten Fragen im Fragebogen zu den Bewertungen des Erbrechts (Fragen 49-57) erforderlich, da die entsprechenden Antworten miteinander verglichen werden.

4.2.2 Gang der Untersuchung

In Anlehnung an den unter 4.1.1. beschriebenen Ablauf von empirischen Sozialforschungen folgt als zweite Phase der Gang bzw. die Planung der Untersuchung. Dieser beschreibt das konkrete, methodische Vorgehen der quantitativen Frage-

bogenstudie. Zunächst wird die Erstellung des Messinstruments sowie die Erhebung der Daten, die sog. Elizitation, beschrieben. Im zweiten Schritt wird dargestellt, wie die erhobenen Daten ausgewertet werden. Abschließend sollen die Limitationen, also die Grenzen, der Untersuchung skizziert werden. Letztlich ist zu erörtern, ob und inwieweit die in Kapitel 4.1.1.2 beschriebenen Gütekriterien der Reliabilität, der Validität und der Objektivität berücksichtigt wurden.

4.2.2.1 Fragebogenentwicklung

Bereits in Kapitel 4.1.1.2.2 wurden grundlegende Unterschiede einer Befragung oberflächlich dargestellt. Im folgenden Kapitel wird die Fragebogenkonstruktion i.R.d. empirischen Untersuchung präzisiert. Hierfür sollen zunächst die Grundlagen der Fragebogenkonstruktion näher beleuchtet werden und dann folglich auf den konkreten Fragebogen hin angewendet werden. Der nächste Schritt der Untersuchung beinhaltet das Ausprobieren des Fragebogens i.F.v. einem Pretest kombiniert mit Experten- und Laieninterviews. In Kapitel 4.2.2.1.4 wird der finale Fragebogen dargestellt und im abschließenden Kapitel 4.2.2.1.5 das Erhebungsdesign veranschaulicht.

4.2.2.1.1 Grundlagen der Fragebogenkonstruktion

*„Für richtige Antwort du richtige Frage musst stellen.
Mit dir sein möge die Macht.“*

Es wäre schlüssig, dieses Zitat Meister Yoda zuzuordnen, doch bleibt es falsch, weil ich es mir ausgedacht habe. Es zeugt davon, wie relevant Sprache, Begrifflichkeiten, Grammatik, Rechtschreibung, aber auch Kontextabhängigkeit und Kenntnis über die wissenschaftliche Materie i.R.e. Umfrage, insbesondere eines Fragebogens, sind. Wäre die Reihenfolge des zweiten Satzes korrekt, wäre Star Wars sehr naheliegend, es kämen aber noch immer eine Vielzahl handelnder Personen hierfür in Betracht.¹³⁵⁰

Doch spielt nicht allein der Kontext von Fragen eine Rolle für die Provokation von bestimmten Antworten, sondern auch ihre präzisierte Formulierung. Welche Auswirkungen die Fragenformulierung haben kann, zeigt sich besonders an den folgenden zwei Beispielen:

Beispiel¹³⁵¹: Ein Mann will Granit für seine Küche besorgen und weiß, dass er dies nur an dem Samstag vor dem sonntäglichen Labor Day tun kann. Obwohl er am Freitag zuvor bei dem Geschäft anruft, um sicherzugehen, dass das Geschäft den nächsten Tag

¹³⁵⁰ In Anlehnung an das Beispiel von Sherlock Homes und Dr. Watson von *Porst*, Fragebogen, S. 13, der vertiefend auf *Sudman/Bradburn/Wansink*, Asking Questions, p. 1 Bezug nimmt.

¹³⁵¹ Mit eigener freier Übersetzung entnommen aus *Bradburg/Sudman/Wansink*, Asking Questions, p. 3.

geöffnet hat, findet er am Samstag das Schild vor, dass am Wochenende des Labor Days geschlossen ist. Bei seinem Anruf nämlich fragte der Mann, wann das Geschäft samstags geöffnet habe. Ihm wurde geantwortet, dass dies von neun bis 17 Uhr der Fall sei. Ihm wurde demnach nur die reguläre Öffnungszeit genannt, nicht aber die von ihm erhoffte Öffnungszeit für den kommenden Samstag.

Beispiel 2¹³⁵²: Ein dominikanischer und ein jesuitischer Priester streiten darüber, ob es eine Sünde ist, zur selben Zeit zu rauchen und zu beten. Als sie zu keinem Ergebnis kommen, gehen sie getrennte Wege mit dem Ziel, ihren jeweiligen Vorgesetzten zu fragen. In der nächsten Woche treffen sie sich wieder. Der Dominikaner fragt: „Nun, was hat dein Vorgesetzter geantwortet?“

Der Jesuit antwortet: „Er sagt, das sei in Ordnung“.

„Das ist ja interessant“, antwortet der Dominikaner. „Mein Vorgesetzter sagt, dass es eine Sünde ist.“

Daraufhin fragt der Jesuit: „Was hast Du ihn denn gefragt?“

Der Dominikaner antwortet: „Ich fragte ihn, ob es in Ordnung ist, während des Betens zu rauchen.“

„Oh“, reagiert der Jesuit. „Ich fragte meinen Vorgesetzten, ob es in Ordnung ist, während des Rauchens zu beten.“

Insbesondere anhand des letzten Beispiels dürfte deutlich werden, dass die Formulierung von Fragen bzw. die Erstellung eines Fragebogens ein in sprachlich-struktureller Hinsicht diffiziles und detailgetreues Vorgehen verlangt. Dabei sollte der Anspruch nach Perfektion Illusion bleiben, denn „Even after years of experience, no expert can write a perfect questionnaire.“^{1353, 1354}

Konsequenterweise finden sich in der Literatur einige Hinweise zur Gestaltung eines Fragebogens¹³⁵⁵, deren Inhalte und Themenkomplexe im Folgenden überblicksartig beschrieben werden. Es gilt bei der Frageformulierung darauf zu achten, dass der Fragesteller interessiert ist, nach Informationen der Teilnehmer dürstet und nicht etwa schon mehr wüsste als gefragt wird. Zu vermeiden sind Missverständnisse in der Fragestellung, aber auch fehlender Respekt oder gar Dreistigkeiten, sowie positive Emotionen, die ein objektives Bild der Beantwortung trüben oder die Teilnehmer veranlassen, unvollständig zu antworten oder die Beantwortung gar abzubrechen.¹³⁵⁶ Notwendig mag dafür insbesondere sein, kurz und sach-

¹³⁵² Eigene, teils freie, Übersetzung, im Originalen zu finden unter: *Bradburg/Sudman/Wansink*, Asking Questions, p. 4.

¹³⁵³ *Bradburg/Sudman/Wansink*, Asking Questions, p. 317.

¹³⁵⁴ *Porst*, Fragebogen, S. 14.

¹³⁵⁵ Siehe dazu *Porst*, Fragebogen, S. 14 ff.

¹³⁵⁶ Hingegen vertritt *Porst* die Ansicht, dass der Fragebogen „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ vollständig beantwortet wird, wenn „die ersten drei, vier Fragen“ beantwortet wurden. (*Porst*, Fragebogen, S. 139).

lich zu formulieren, suggestives oder nebulöses Formulieren auszuklammern und zugleich eine maßvolle Sensibilität zu integrieren. Freilich bedürfen manche Fragen dennoch Regieanweisungen, wobei auch hier die entsprechende Klarheit und Widerspruchsfreiheit von Bedeutung sein dürfte.

Die Probanden eines Fragebogens stehen vor verschiedenen Herausforderungen bei der Beantwortung der Fragen. Hierzu zählen das Verständnis der Fragen, das Abrufen der signifikanten Information und deren Beurteilung, der ggf. erforderlichen Einbettung in das Format der Antwort und unter Umständen ein entsprechendes Editieren des Probandenurteils, bevor es dem Fragebogen oder dem Interviewer zugänglich gemacht wird.¹³⁵⁷ Im Fokus steht das konkrete Design eines Fragebogens, das im Folgenden in seiner grundlegenden Theorie beleuchtet werden soll.¹³⁵⁸

Ein Fragebogen beginnt typischerweise mit einer Titelseite, die attraktiv gestaltet sein sollte und zahlreiche Informationen, z.B. den Titel der Befragung und die Kontaktdaten des Ansprechpartners, enthalten sollte.¹³⁵⁹ Weitergehend können Hinweise zum Ausfüllen des Fragebogens angezeigt sein, die richtig, verständlich, klar erkennbar und kongruent zum Ablauf des Ausfüllens sein müssen.¹³⁶⁰ Um den Teilnehmern das konkrete Ausfüllen des Fragebogens zu erleichtern sollte er einen gewissen Grad von Vertrautheit und Integrität abbilden, der sich mit Hilfe einer chronologischen Abfolge ähnlich der eines Lebenslaufes „Sozusagen zum Aufwärmen“¹³⁶¹ herstellen lässt.¹³⁶² In der konkreten Ausgestaltung des Bogens sind grds. zwei Fragetypen zu unterscheiden, die sich in geschlossene und offene Fragen gliedern. Geschlossene Fragen bieten in den Antwortmöglichkeiten, den sog. Items, bereits alle für die Studie relevanten Inhalte als abschließende Optionen an. Sie machen die Beantwortung von Fragen wegen ihres präzisen Sachlagebezugs unpräzise und werden zur Fakteneruierung eingesetzt, weshalb sie auch als Faktfragen bezeichnet werden.¹³⁶³ Offene Fragen hingegen eröffnen den Teilnehmern die Möglichkeit, ihre Antworten unabhängig, selbstständig und frei zu formulieren.¹³⁶⁴ Dabei werden die Probanden zumeist über persönliche Einschätzungen befragt. Ihre Meinungen hierzu können in den sog. Meinungsfragen bzw. Zielfragen aber ebenso in geschlossenen Fragen erkundet werden, wenn sie z.B. auf einer Skala von „Stimme nicht zu“ bis „Stimme zu“ entscheiden müssen.¹³⁶⁵

¹³⁵⁷ *Porst*, Fragebogen, S. 19 m.w.N.; zur tieferen Auseinandersetzung über das Verständnis der Frage, der Einbettung, das Editieren etc. siehe insb. *Porst*, Fragebogen, S. 20 ff.

¹³⁵⁸ Zum finalen Fragebogen siehe Kapitel 4.2.2.1.3.

¹³⁵⁹ Vgl. *Porst*, Fragebogen, S. 35 ff. mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen.

¹³⁶⁰ *Porst*, Fragebogen, S. 47 ff. mit zahlreichen beispielhaften Abbildungen und Nachweisen.

¹³⁶¹ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 20.

¹³⁶² *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 19.

¹³⁶³ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 20.

¹³⁶⁴ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 20 f.

¹³⁶⁵ Vgl. *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 21.

Unvollständig ausgefüllte Fragebögen und missverstandene Fragen und Items können im Verlauf der Studie zu großer Ernüchterung führen. Die Ursache hierfür dürfte oftmals in umständlichen Formulierungen, Verwissenschaftlichung und disziplinbezogenen Fachtermini liegen, die für die Teilnehmer nicht genügend transparent und trivial dargestellt werden. Umso wichtiger erscheint es daher, den Teilnehmern den Zugang zur Studie so einfach wie möglich zu gestalten, ohne aber zu viel der fachlichen Tiefe preiszugeben. Dafür ist es vor allem erforderlich, verständlich zu formulieren.¹³⁶⁶ Dieser Prozess wird auch als sog. Operationalisierung bezeichnet.¹³⁶⁷

Ferner sollte vermieden werden, durch die Fragestellung Einfluss auf die Antwort auszuüben, also suggestiv zu fragen, andererseits muss aber darauf geachtet werden, regelmäßig Strukturen von Fragen zu wechseln, um stereotype Abläufe zu vermeiden.¹³⁶⁸ Hier ist sicherlich ebenso Vorsicht geboten, da eine zu große Vermeidung von Stereotypen dafür sorgt, dass sehr viele Formen von Fragestellungen existieren, die subjektiv unterschiedlich wahrgenommen werden und im Ergebnis wiederum zu Suggestionen führen können. Letztlich ist eine wohlwollende Harmonisierung aus dem inhaltlichen Gehalt von Fachbegriffen und dem objektiven Empfängerhorizont der Teilnehmer zu erzielen.¹³⁶⁹ Und obwohl es gemeinhin keine allgemeinverbindlichen Regeln mit Blick auf die Formulierung von Fragen in einem Fragebogen gibt, sondern vielmehr nur Erfahrungen,¹³⁷⁰ könnte man unter Rückgriff auf *Porst* zumindest die folgenden Ge- und Verbote anheim stellen, wie Abbildung 27 verdeutlicht:

¹³⁶⁶ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, *Der Fragebogen*, S. 21.

¹³⁶⁷ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, *Der Fragebogen*, S. 21. Die Umwandlung von der Forschungsfrage zur Frage im Fragebogen wird im Übrigen auch als Operationalisierung bezeichnet (*Scholl*, *Die Befragung*, S. 144).

¹³⁶⁸ Vgl. *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, *Der Fragebogen*, S. 21.

¹³⁶⁹ Vgl. *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, *Der Fragebogen*, S. 21.

¹³⁷⁰ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, *Der Fragebogen*, S. 21.

Gebote	Verbote
Einfache, unzweideutige Begriffe, die von allen Befragten in gleicher Weise verstanden werden	Lange und komplexe Fragen
Fragen mit eindeutigem zeitlichem Bezug	Hypothetische Fragen
Antwortkategorien, die erschöpfend und überschneidungsfrei sind	Doppelte Stimuli und Verneinungen
Sicherstellen, dass der Kontext der Frage sich nicht (unkontrolliert) auf deren Beantwortung auswirkt	Unterstellungen und suggestive Fragen
Unklare Begriffe definieren	Fragen, die auf Informationen abzielen, über die viele Befragte mutmaßlich nicht verfügen

Abbildung 27: Gebote und Verbote der Fragebogenkonstruktion.¹³⁷¹

Jede Regel kann nicht für sich allein Geltung beanspruchen, steht sie doch in teilweiser Konkurrenz zu den übrigen und muss immer in deren Licht beurteilt werden. Für sich genommen sind die Ge- und Verbote auch keine fixen Positionen. Vielmehr befinden sie sich allesamt in einem laufenden Prozess und müssen selbst weiterentwickelt werden, um den fachlichen Ansprüchen und dem Empfängerhorizont der Teilnehmer gerecht zu werden. Es bleibt daher nicht aus, der Individualität jeder Fragestellung und deren Items weiterhin Vorrang einzuräumen. In Gänze sind die zehn Empfehlungen nicht als Universallösung zu verstehen, wohl aber als ein Indiz, dass die gewonnenen Daten letztlich verwertbar sein würden.¹³⁷²

Während es bei offen gestellten Fragen zumeist ein Textfeld gibt, in das die Probanden ihre Rückmeldung eintragen sollen, existieren für geschlossene Fragen verschiedene, mögliche Antwortformate:

Zum einen gibt es die Möglichkeit, aus den Antworten diejenige auszuwählen, die am ehesten auf den Teilnehmer selbst zutrifft. Zum anderen besteht die Möglichkeit, mehrere Antworten einer Frage gleichzeitig zu wählen, was mit dem Vermerk „Mehrfachnennungen möglich“ gekennzeichnet wird.¹³⁷³

Darüber hinaus gibt es sog. Hybridfragen, die eine Mischform aus offenen und geschlossenen Fragen darstellen: Dabei werden feste Antwortvorgaben mit einem

¹³⁷¹ Unter Rückgriff auf *Porst*, Fragebogen, S. 99 f. Auf den folgenden Seiten (100 ff.) präzisiert er die Gebote dann noch. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird auf eine Kenntlichmachung in Anführungsstrichen verzichtet, auch wenn das per se angezeigt wäre.

¹³⁷² Zum gesamten Absatz vgl. *Porst*, Fragebogen, S. 117 f.

¹³⁷³ *Porst*, Fragebogen, S. 85. Vgl. *Meißner*, Statistik, S. 27 f.

offenem Antwortfeld, z.B. als „Sonstiges“ kombiniert, in welchem die Antwort frei formuliert werden darf.¹³⁷⁴

Darüber hinaus unterscheiden sich Antwortformate insofern, dass sie Daten mit unterschiedlichen Merkmalsausprägungen je Proband generieren. Ein Merkmal kann z.B. das Alter, das Geschlecht oder die Staatsangehörigkeit sein.

Die Ausprägung besteht demnach in der Angabe z.B. des genauen Alters oder der Zuordnung zum jeweiligen Geschlecht. Grds. wird hierbei zwischen qualitativen Merkmalen und quantitativen Merkmalen unterschieden.¹³⁷⁵ Quantitativ sind Ausprägungen eines Merkmals regelmäßig, wenn sie im Zahlenformat abgefragt werden. Merkmale sind hingegen qualitativ, wenn u.a. verbal ausgedrückte Merkmalsausprägungen abgefragt werden, die wiederum i.R.d. Auswertung zu quantitativen Merkmalen umgeformt werden, also jeder Ausprägung eines Merkmals eine Zahl zugeordnet wird, sog. Quantifizierung.¹³⁷⁶

In der Statistik spricht man hierbei von der Skalierung eines Merkmals. Zu den wichtigsten Skalierungen zählen die Nominalskala, die Ordinalskala und die Kardinalskala.¹³⁷⁷

Bei nominalen Daten ist zwar eine Quantifizierung der Kategorien möglich, aber nicht eine zahlenmäßige Vergleichbarkeit, weil die Kategorien beliebig angeordnet werden, wie bspw. beim Geschlecht oder dem Wohnort.¹³⁷⁸ Unabhängig der Reihenfolge besteht keine Wertigkeit zwischen den Antworten, wie die beispielhafte Frage nach dem Geschlecht verdeutlicht:

Beispielsfrage: Welches Geschlecht haben Sie?

Männlich

Weiblich

Anderes

Anders verhält es sich hingegen bei Merkmalen der Ordinalskala, weil hier die verbalisierten Ausprägungen nicht nur einer Zahl zugeordnet werden, sondern auch eine Rangordnung der Wertigkeiten verinnerlichen, wie z.B. bei Likert-Skalen oder bei Meinungs- oder Einstellungsfragen.¹³⁷⁹ Zum Verständnis kann folgendes Beispiel beitragen:

¹³⁷⁴ Vgl. *Reinecke* in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 601 (604).

¹³⁷⁵ *Bamberg/Baur/Krapp*, Statistik, S. 5 f.

¹³⁷⁶ *Bamberg/Baur/Krapp*, Statistik, S. 6.

¹³⁷⁷ *Bamberg/Baur/Krapp*, Statistik, S. 6 f.

¹³⁷⁸ *Nagel, Herbert* (2015), Kategoriale Daten, <http://homepage.univie.ac.at/herbert.nagel/KategorialeDaten.pdf>, S. 4, abgerufen am 01.08.2018.

¹³⁷⁹ *Nagel, Herbert* (2015), Kategoriale Daten, <http://homepage.univie.ac.at/herbert.nagel/KategorialeDaten.pdf>, S. 4, abgerufen am 01.08.2018.

Beispiel¹³⁸⁰: Wie sehr stimmen Sie der folgenden Aussage zu: „Wenn Arbeitsplätze in Deutschland knapp werden, sollte man die in Deutschland lebenden Ausländer wieder nach Hause schicken“

○ Stimme voll und ganz zu

○ Stimme eher zu

○ Stimme eher nicht zu

○ Stimme überhaupt nicht zu

Für weitere Analysen überträgt man die verbalisierten Antworten in eine zahlenmäßige Reihenfolge von 1-4. So ist bei dieser Art der Skala erkennbar, dass die eine Ausprägung höherwertiger ist als die andere, dennoch aber der Abstand zwischen den jeweiligen Antwortmöglichkeiten nicht gleich ist, obwohl der zahlenmäßige Unterschied dies suggerieren mag.¹³⁸¹

Abgesehen von diesen zwei Skalentypen, die auch als kategoriale Skalen benannt werden können, existiert noch die Kardinalskala, welche auch als metrische Skala bezeichnet wird.¹³⁸² Können die Merkmale nicht nur in eine Reihenfolge gebracht werden, sondern darüber hinaus auch Aufschluss darüber geben, welcher Abstand zwischen den jeweiligen Ausprägungen besteht, werden sie der Kardinalskala zugeordnet.¹³⁸³ Werden Daten dieser Art generiert, sind sie entweder intervall- oder verhältnisskaliert.¹³⁸⁴ Intervallskalierte Daten haben ggü. verhältnisskalierten Daten keinen absoluten Nullpunkt, weshalb die Abstände zwischen den Ausprägungen verglichen werden können.¹³⁸⁵ Das Wissen um und das Beachten der verschiedenen Skalen ist insb. für die spätere Auswertung der Daten notwendig, da bestimmte Auswertungsverfahren unterschiedlicher Skalierungen bedürfen.¹³⁸⁶

Neben den Überlegungen zur Art der gewünschten Skalierung gilt es die Entscheidung über die Breite der Skala zu treffen:

Maßgebendes Kriterium mag dabei insbesondere die Abstraktionsfähigkeit der Probanden sein.¹³⁸⁷ Denn sowohl bei einer zu breiten als auch bei einer zu engen Skala dürften sie nicht mehr substantiiert zwischen den einzelnen Skalenpunkten differenzieren können. Daher bietet sich regelmäßig eine Spanne von wenigstens fünf und bis maximal neun Skalenpunkten als optimale Skalenbreite an,¹³⁸⁸ bei

¹³⁸⁰ Übernommen aus *Porst*, Fragebogen, S. 74.

¹³⁸¹ *Porst*, Fragebogen, S. 74 f.

¹³⁸² *Nagel, Herbert* (2015) Kategoriale Daten, <http://homepage.univie.ac.at/herbert.nagel/KategorialeDaten.pdf>, S. 4 f., abgerufen am 01.08.2018.

¹³⁸³ *Bamberg/Baur/Krapp*, Statistik, S. 7.

¹³⁸⁴ *Duller*, Einführung in die Statistik mit EXCEL und SPSS, S. 15.

¹³⁸⁵ *Duller*, Einführung in die Statistik mit EXCEL und SPSS, S. 15.

¹³⁸⁶ *Porst*, Fragebogen, S. 75.

¹³⁸⁷ *Porst*, Fragebogen, S. 87.

¹³⁸⁸ *Porst*, Fragebogen, S. 87.

der die Probanden auch, aber nicht mehr so sehr abstrahieren sollten.¹³⁸⁹ Über die Breite der Skala hinaus ist es angezeigt auch ihre Ausrichtung zu berücksichtigen: So ist es bei optisch präsentierten Skalen angezeigt, diese in unserer gängigen Leser- und Denkrichtung, also von links als niedrigstem und rechts als höchstem Skalenpunkt anzulegen, da das umgekehrte wenig intuitiv und mit größeren Anstrengungen verbunden ist.¹³⁹⁰ Wird die Skala hingegen akustisch präsentiert, z.B. indem der Fragebogen einem hilfsbedürftigen Probanden vorgelesen wird, erscheint es empfehlenswert, die Richtung in umgekehrter Reihenfolge festzulegen.¹³⁹¹ Hierbei ist auch die Dimensionalität der Skala in die Überlegungen einzu beziehen: Bei einer sog. eindimensionalen Skala ist die Antwortrichtung einseitig, also z.B. von neutral bzw. unentschieden bis sehr zustimmend oder aber sehr ablehnend, während bei einer sog. zweidimensionalen Skala die Antwortrichtung in beide Richtungen zeigt, also bspw. von vollständiger Ablehnung bis zur vollständigen Zustimmung.¹³⁹² Bei der zweidimensionalen Skala ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Skala mittig gespiegelt und durchweg neutral präsentiert wird.¹³⁹³ Zur Neutralität zählt bspw. der Verzicht auf Farben zur Kennzeichnung der Ablehnungs- oder der Zustimmungssseite oder die Bezifferung mit Vorzeichen von negativ bis positiv.¹³⁹⁴ Neutral gestellte Fragen können letztlich insb. mit Blick auf Meinungsfragen von bedeutender Relevanz sein, wenn nach der persönlichen Einstellung der Teilnehmer gefragt wird.¹³⁹⁵

All diese Punkte zeigen auf, dass es zwar nicht die optimale Antwortskala gibt, da jede Skala fehleranfällig ist.¹³⁹⁶ Doch dürften sich, wenn man die obigen Gedanken berücksichtigt und darüber hinaus, soweit möglich, auf Einheitlichkeit beim dem gewählten Skalentyp achtet, durchaus vorzeigbare Ergebnisse erzielen lassen.¹³⁹⁷

Ein weiteres Augenmerk ist auf die sog. Dramaturgie des Fragebogens zu legen, worunter die Fragensukzession, also die Fragenreihenfolge, die Regeln zur Einstiegsfrage und allgemeine Regeln, zu verstehen sind.¹³⁹⁸ Ein Experiment von *Schwarz* und *Bless* aus dem Jahr 1992 verdeutlicht diese Grundsätze¹³⁹⁹: Die Pro-

¹³⁸⁹ *Porst*, Fragebogen, S. 88. *Porst* führt hier als pauschales Beispiel eine Befragung von VWL-Professoren an, die wohl wenigstens mit einer 7er-Skala zurechtkommen würden, während bei „Müllwerkern (...) eher eine 5er-Skala zu empfehlen“ wäre.

¹³⁹⁰ *Porst*, Fragebogen, S. 88 ff.

¹³⁹¹ *Porst*, Fragebogen, S. 91.

¹³⁹² *Porst*, Fragebogen, S. 92.

¹³⁹³ *Porst*, Fragebogen, S. 93.

¹³⁹⁴ *Porst*, Fragebogen, S. 93.

¹³⁹⁵ Vgl. *Porst*, Fragebogen, S. 95 ff.

¹³⁹⁶ *Porst*, Fragebogen, S. 94.

¹³⁹⁷ *Porst*, Fragebogen, S. 94 f.

¹³⁹⁸ *Porst*, Fragebogen S. 137.

¹³⁹⁹ *Schwarz, Norbert/Bless, Herbert*, Assimilation and Contrast Effects in Attitude Measurement: an Inclusion/Exclusion Model, <http://www.acrwebsite.org/search/view-conference-proceedings.aspx?Id=7271>, abgerufen am 14.07.2018.

banden sollten die Frage beantworten, was sie von Politikern in der CDU¹⁴⁰⁰ auf einer Skala von 1–11¹⁴⁰¹, von negativ bis sehr positiv, halten. Dabei gab es drei Befragungsgruppen, die jeweils eine andere Vorfrage bekamen, welche den Mittelwert der Kernfrage erheblich beeinflusste:¹⁴⁰² Bei der Vorfrage „Wissen Sie zufällig, welches Amt Richard von Weizsäcker ausübt, das ihn außerhalb des Parteigeschehens stellt?“¹⁴⁰³ wurde ein Mittelwert von 3,4 erzielt. Wurde keine entsprechende Vorfrage gestellt, lautete der Mittelwert 5,2. Bei der Frage, ob die Befragten wissen, „welcher Partei Richard von Weizsäcker seit mehr als 20 Jahren angehört?“¹⁴⁰⁴ konnte ein Mittelwert von 6,5 erzielt werden. *Porst* stellt hierzu fest, dass zur adäquaten Ergebnisinterpretation zu berücksichtigen ist, „dass der CDU-Politiker in seiner Zeit als Bundespräsident (1984–1994) über alle Bevölkerungsgruppen und sogar über alle Parteien hinweg allseits anerkannt und uneingeschränkt positiv bewertet worden ist; da dies zumindest bis damals auf keinen anderen deutschen Politiker in dem gleichen Maße zugetroffen hatte, war Richard von Weizsäcker sozusagen die Voraussetzung und Idealbesetzung für das augenfällige Gelingen des Experiments von *Schwarz* und *Bless* (1992).“¹⁴⁰⁵ Im Grunde wurde hier also ein sog. Stimulus in Form von Richard von Weizsäcker gesetzt, der zudem in das Urteilsobjekt in Gestalt der Politiker der CDU einbezogen wurde, was wiederum als „Inklusion“ bezeichnet wird und zu einem Assimilationseffekt führt.¹⁴⁰⁶ Würde man den Stimulus hingegen willentlich außer Acht lassen, spricht man von „Exklusion“, was zu Kontrasteffekten führt.¹⁴⁰⁷ Die schwieriger zu berücksichtigende Exklusion bildet regelmäßig aber nur eine Ausnahme zur Inklusion, weil sich Kontrasteffekte zumeist nur erahnen, nicht aber nachweisen lassen.¹⁴⁰⁸ Um Kontrasteffekte zu vermeiden, sind durchdachte Formulierungen und die Reihenfolge der Fragen ein ebenso effektives Mittel wie ein entsprechender Pretest.¹⁴⁰⁹ *Porst* formuliert hierzu trefflich und zusammenfassend: „Du sollst

¹⁴⁰⁰ Im Englischen: Christian Democratic Party.

¹⁴⁰¹ “1 = unfavorable; 11 = very favorable (...)” (*Schwarz/Bless*, Table 1, Evaluation of Political Parties as a Function of the Inclusion or Exclusion of a Highly Respected Politician, <http://www.acrwebsite.org/volumes/v19/19073t01.gif>, abgerufen am 14.07.2018).

¹⁴⁰² Die Ergebnisse der nachfolgenden Ausführungen wurden entnommen aus: *Schwarz/Bless*, Table 1, Evaluation of Political Parties as a Function of the Inclusion or Exclusion of a Highly Respected Politician, <http://www.acrwebsite.org/volumes/v19/19073t01.gif>, abgerufen am 14.07.2018).

¹⁴⁰³ „Do you happen to know which office Richard von Weizsäcker holds, that sets him aside from party politics?“, übersetzt nach *Porst*, Fragebogen, S. 114.

¹⁴⁰⁴ „(...) we asked subjects to recall the party of which Richard von Weizsäcker has been a member for more than 20 years.“, übersetzt nach *Porst*, Fragebogen, S. 114.

¹⁴⁰⁵ *Porst*, Fragebogen, S. 114 f.

¹⁴⁰⁶ *Porst*, Fragebogen, S. 115: Unter Assimilation ist dabei die Berücksichtigung des Stimulus zu verstehen.

¹⁴⁰⁷ *Porst*, Fragebogen, S. 115: Unter Kontrast wird dabei die Nichtberücksichtigung des Stimulus bei der gesamten Bewertung des Urteilsobjektes verstanden.

¹⁴⁰⁸ *Porst*, Fragebogen, S. 116.

¹⁴⁰⁹ *Porst*, Fragebogen, S. 116.

sicherstellen, dass der Kontext einer Frage sich nicht (unkontrolliert) auf deren Beantwortung auswirkt!¹⁴¹⁰

Neben den Bedingungen des korrekten Fragens haben auch die jeweiligen, insbesondere in größerer Zahl vorliegenden Antwortmöglichkeiten einen maßgeblichen Einfluss auf die Beantwortung: So kommt es bei schriftlichen Befragungen eher zum sog. primacy effect, also zur Auswahl der zuerst genannten Möglichkeiten, während es beim Vorlesen eher zu einem sog. recency effect kommt, also dem Auswählen der zuletzt genannten Möglichkeiten.¹⁴¹¹ Dies gründet im Wesentlichen auf der Leseart des Teilnehmers, weil beim primacy effect selten alle Antwortmöglichkeiten vernommen, gespeichert und abgewogen werden, sondern sich direkt für die erstbeste entschieden wird. Beim recency effect hingegen kommt es oftmals vor, dass zuerst angebotene Antwortoptionen bereits vergessen wurden und die letzten für eine Abwägung noch am präsentesten sind.¹⁴¹²

Nicht zu vernachlässigen ist für Einflüsse auf die zu erzielenden Ergebnisse auch die Optik des Fragebogens, wie *Porst* am Beispiel einer ISSP-Umfrage aus dem Jahre 1987 anhand der einheitlichen Skalendarstellungen eindrucksvoll verdeutlicht.¹⁴¹³ In Ansehung der bisher geschilderten Grundlagen mag auch hier ein abschließender Fokus auf der letzten Seite liegen. So dürften es schon der Anstand und der Respekt ggü. der Person, die sich die Zeit genommen hat, den Fragebogen zu beantworten, gebieten, ihr zu danken, und ihr den Freiraum zu offerieren, etwas zum Befragungsthema oder übrige Mitteilungen zu hinterlassen.¹⁴¹⁴ Die grundlegenden Ausführungen zur Konstruktion eines Fragebogens sind mit der Maßgabe zu vernehmen, dass man – auch guten Gewissens – davon ausgehen darf, dass sich die Gestaltung eines Fragebogens nicht an einem starren Paradigma ausrichtet, die nur eine einzige, richtige Variante erlaubt, sondern die wahrhaftigen Konstanten die Einzelfallabhängigkeit und die Individualität der jeweiligen Vorhaben sind.¹⁴¹⁵

Die Generierung vielversprechender Ergebnisse sollte daher eine Symbiose daraus sein, so viele grundlegende Faktoren wie möglich und so viel Individualität wie nötig in die Konstruktion einfließen zu lassen.¹⁴¹⁶ Aus dem *Credo* „Je mehr Wissen, desto konkreter die Antwortvorgaben“¹⁴¹⁷ lässt sich ableiten, dass ein

¹⁴¹⁰ *Porst*, Fragebogen, S. 114.

¹⁴¹¹ *Porst*, Fragebogen, S. 138.

¹⁴¹² *Porst*, Fragebogen, S. 138.

¹⁴¹³ *Porst*, Fragebogen, S. 133 ff. m.w.N.; weil im finalen Fragebogen dieser Untersuchung keine untereinander abweichenden Versionen von Skalen, insbesondere weder wie hier in der ISSP-Umfrage vertikale Skalen noch pyramidenartige Darstellungen von Skalen, enthalten sind, sondern lediglich horizontale Skalen verwendet worden sind und diese einheitlich in jedem Bogen zu finden sind, benötigt diese Herausforderung keiner weiteren Vertiefung.

¹⁴¹⁴ *Porst*, Fragebogen, S. 161 ff.

¹⁴¹⁵ Vgl. *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 27.

¹⁴¹⁶ Die nachfolgenden Kriterien entstammen einer Einschätzung von *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 27.

¹⁴¹⁷ *Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin*, Der Fragebogen, S. 27.

Fragebogen kein Selbstzweck ist, sondern für seine Reflektion mehrerer Konstrukteure bedarf. Doch letzten Endes ist „Irren bekannterweise menschlich“¹⁴¹⁸, sodass es stets mehrerer Durchgängige zur Überprüfung etwaiger Fehler bedarf. Hierfür können sich zuvorderst Pretests und Interviews als probate Mittel erweisen. Bevor ihre praktische Umsetzung erläutert wird, soll zunächst die konkrete Anwendung der allgemeinen Grundlagen zur Fragebogenkonstruktion fokussiert werden.

4.2.2.1.2 Anwendung der Fragebogenkonstruktion

Für die hier vorliegende Forschungsarbeit wird ein Fragebogen entwickelt, der zum einen über das Onlineportal SoSci-Survey¹⁴¹⁹ und zum anderen händisch anhand eines Papierfragebogens auszufüllen ist. I.R.d. Konstruktion wird zunächst eine Word-Version erstellt, die im späteren Verlauf modelliert und für das Onlineprogramm SoSci-Survey adaptiert wird. Der Erstentwurf des Printfragebogens besteht aus 43 Fragen, die sich geschachtelt auf 39 Fragennummern verteilen, und gliedert sich in die vier Teilbereiche „A. Allgemeine Angaben“, „B. Angaben zum gesundheitlichen Zustand“, „C. Angaben zum rechtlichen Hintergrund“ und „D. Inhaltliche Tiefe und Zielfragen“.¹⁴²⁰

Dabei sind Überlegungen maßgebend, die Teilnahme für die Probanden möglichst attraktiv und zugleich transparent zu gestalten. Von Interesse sind insb. die Meinungen der Teilnehmer mit Blick auf die Zielfragen im Bereich D. Diese können aber von Faktoren aus den Bereichen A., B. und C. abhängen, die in persönlichen Anhaltspunkten begründet sind. Darüber hinaus sind mit Blick auf C. keine empirischen Daten darüber bekannt, wie oft Verfügungen widerrufen bzw. angefochten werden. Daher werden zunächst die grundlegenden, persönlichen Angaben von den noch sensibleren Angaben über den Gesundheitszustand und die testamentarischen Erfahrungen separiert. Die Probanden sollen zunächst angehalten werden, etwas über sich selbst preiszugeben, das weniger Hemmnisse bereitet, um dem Verlauf des Bogens zu folgen.

Zum Komplex „A. Allgemeine Angaben“ gibt es acht Fragen, von denen sechs als offen und zwei als geschlossen formuliert sind, wobei eine geschlossene i.w.S. auch als Mischform begriffen werden kann. Hierbei wird u.a. die Herkunft der Probanden, sowie ihr Geschlecht und ihr Alter erfragt.

Im Bereich „B. Angaben zum gesundheitlichen Zustand“ wird i.R.v. insgesamt sieben Fragen, die sich geschachtelt auf vier Fragen verteilen, u.a. gefragt, wo die Probanden leben oder ob ihre Testierfähigkeit je in Frage gestellt wurde. Sämtliche Fragen in diesem Abschnitt werden ausschließlich geschlossen gestellt.

¹⁴¹⁸ Kirchhoff/Kubnt/Lipp/Schlawin, Der Fragebogen, S. 27.

¹⁴¹⁹ SoSci Survey, <http://www.soscisurvey.de>, abgerufen am 16.08.2018.

¹⁴²⁰ Der Erstentwurf der Printversion des Fragebogens findet sich in Anhang C und die Online-Version in Anhang D. In Anhang E findet sich darüber hinaus die Weiterentwicklung der Printversion als Zweitentwurf.

Bei „C. Angaben zum rechtlichen Hintergrund“ stellen sich dann weitreichende Fragen um erbrechtliche Erfahrungen der Probanden in Bezug auf das eigene Verfügen. Hier wurden insgesamt 20 Fragen, die sich auf 19 Fragen verteilen, gestellt. Mit einer Ausnahme der Gründe für die bisherige Nichterrichtung eines Testaments werden die übrigen Fragen dieses Abschnitts geschlossen gestellt, wobei eine von ihnen auch als Mischform gelten kann.

Unter „D. Inhaltliche Tiefe und Zielfragen“ geht es dann um die persönlichen Meinungen der Probanden. Hier existieren insgesamt acht Fragen, die geschlossen formuliert wurden und eine Skalenbreite von wenigstens drei bis maximal fünf Punkten aufwiesen. Im Fokus stand inhaltlich zuvorderst das gewünschte Schutzniveau der Befragten im Falle einer eventuellen Testierunfähigkeit.

Der erste Entwurf des Fragebogens ist nicht derjenige des ersten Pretests. In mehreren Überprüfungsphasen wird der Bogen an vielen Stellen überarbeitet. Zunächst werden die vier Gliederungspunkte A-D auf dem Papier aufgegeben und bestehen nur gedanklich fort. Darüber hinaus wurden an einigen Stellen die Fragen präzisiert, um das Verständnis zu erhöhen und um eine nachvollziehbare Auswertung zu ermöglichen. So wurden z.B. statt „Wie beantworten Sie die folgenden Fragen?“ gefragt „Wie füllen Sie diesen Fragebogen aus?“. Statt „Meine Postleitzahl und mein Wohnort lauten:“ wird danach gefragt „Wo wohnen Sie?“. Auch verändern sich die Zielfragen dahingehend, dass nicht mehr uneinheitlich gefragt wird, z.B. „Was halten Sie von der Idee, dass (...)?“, sondern die Meinungsfragen zumeist überschriftsartig „Wie bewerten Sie folgende Aussage: (...)?“ eingeleitet werden. Mit den Bereinigungen geht auch einher, dass Schachtelfragen vermieden und weniger nachvollziehbare Nummerierungen aufgehoben werden.

Der Fragebogen des ersten Pretests besteht aus 36 Fragen, von denen keine mehr offen gestellt ist und elf eine Mischform innerhalb der geschlossenen Fragen aufweisen, wie z.B. die frei zu formulierende Antwort auf die Frage, wie viele Abkömmlinge die Teilnehmer haben oder warum man noch kein Testament errichtet habe. Auch wurde das Design übersichtlicher gestaltet, sodass die Fragen insbesondere optisch ansprechender wirkten. Darüber hinaus werden die Hinweise für ein ggf. erforderliches Überspringen nicht mehr in die Fragen selbst integriert, sondern deutlich prominenter mit einem dick markierten „Hinweis“ platziert. Die Hinweise dienen dazu, mittels präziser Anweisungen das Auslassen von oder Springen zu bestimmten Fragen anzuzeigen. Anzumerken ist zum besseren Verständnis des Designs, dass der Bogen hier weiterhin noch mittels einfacher Textverarbeitung in Form von Microsoft Word und noch nicht mittels einer professionellen Software für Fragebögen erstellt wurde.

4.2.2.1.3 Pretests und Interviews

Ein Pretest dient abstrakt betrachtet dazu, die unter 4.2.2.1.1 benannten Hinweise effektiver zu berücksichtigen. Die Rückmeldungen gestalteten sich vielfältig, galten schwerpunktmäßig aber Kritiken zur Verständlichkeit und Transparenz. So

wurde z.B. angemerkt, dass die Frage, ob ein Testament je verändert wurde, Unrechtscharakter aufweise und die Frage, ob es je geändert wurde, einfacher zu beantworten sei.

Für eine hinreichende Absicherung wurden zwei Pretests zum Fragebogen angesetzt. Für den ersten Pretest wurden insgesamt 19 Personen angeschrieben, den Fragebogen auszufüllen und zu kommentieren. Dabei bestand eine Differenzierung in fünf sog. Experten, ergänzt um acht Personen in der Altersgruppe 20–35, drei Personen in der Altersgruppe 36–60 und vier Personen in der Altersgruppe über 60. Die zweite Personengruppe kann auch als Gruppe der Laien beschrieben werden, da sie im zu erforschenden Bereich keine explizit ausgewiesene Expertise hat. Für die spätere Durchführung der Fragebogenstudie ist das Austesten des Fragebogens an Laien besonders wichtig, damit eruiert werden kann, ob vergleichbare Personengruppen als potentielle Probanden Schwierigkeiten beim Ausfüllen des Bogens haben.¹⁴²¹

Doch lieferte nicht nur der Pretest auf Basis seiner Anmerkungen zielführende Erkenntnisse.

Denn darüber hinaus wurden mit zwei Experten Interviews durchgeführt. Während einer von ihnen Rechtsanwalt und Notar in Goslar ist, praktiziert der andere als Fachanwalt für Erbrecht in Braunschweig. Ihre Hinweise dienten in erster Linie dem praktischen Verständnis mit Blick auf die erbrechtlichen Erfahrungen der potentiellen Probanden. Dabei war maßgebender Gedanke, dass die Erfahrungswerte der Probanden bei beiden Experten sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht vermehrt vorhanden sein würden. Ein zu nennendes Ergebnis bestand hierbei in den teilweise suggestiv anmutenden Meinungsfragen, die einer Überarbeitung bedürften.

Mit zwei Probanden der Laiengruppe des Pretests wurde ebenso jeweils ein Interview durchgeführt. Die beiden aus Goslar und Bad Harzburg stammenden Personen im Alter von 79 und 84 Jahren waren unterschiedlichen Geschlechts und bildeten eine Zielgruppe von älteren Menschen ab. Sie sollten und konnten insbesondere zum Verständnis und zur maßvollen Trivialität der Fragestellungen und Antwortoptionen beitragen. So sei beispielhaft genannt, dass nach der erfolgten Errichtung von Testamenten gefragt wird und aufgrund der Interviews ein Hinweis unter der Frage zu finden ist, dass ein privatschriftliches Dokument, das zuhause aufbewahrt wird, hierzu ausreichend ist. Der Zusatz mag sich darin begründen lassen, dass die Befragten sich teilweise nicht zutrauen, unter Rechtstermini zu subsumieren. Zum anderen wurde die Antwortvielfalt bei der Frage nach dem Geschlecht der Teilnehmer andiskutiert, da die Option „Anderes“ in diesem Zusammenhang insbesondere älteren Teilnehmern weder geläufig noch verständlich sein mag. Interessanter und erwähnenswerter Weise stammt der Hinweis, auch die Option „Anderes“ zu integrieren, sowohl aus den Interviews mit den benannten, rechtlichen Experten, als auch aus Anregungen i.R.v. Experteninter-

¹⁴²¹ Bühner, Einführung in die Test- und Fragebogenkonstruktion, S. 99.

views mit Sozialwissenschaftlern der Universität Hildesheim. Eine Abwägung beider Ideen führte zu der Annahme, dass ggf. vom Geschlecht „Andere“ Betroffene eher dazu neigen würden, die Studie abzubrechen, als dass dies auf Nichtbetroffene zuträfe. Darüber hinaus gaben beide Interviewten unabhängig voneinander an, dass im Sinne der Neutralität nicht von „Beeinträchtigung“, sondern „Beeinflussung“ gesprochen werden sollte.

Der Fokus der sprachlichen Überarbeitung lag dabei auch auf den Zielfragen. Der zweite Pretest wird an 32 Personen versendet, von denen zehn zu den Experten zählen, neun zwischen 20–35 Jahren sind, sechs im Alter von 35–60 und sieben Personen über 60 Jahre alt sind. Dabei gab es größtenteils Rückmeldungen zu den Formulierungen der Fragen, um eine größtmögliche Neutralität zu wahren. Weil das Verständnis der Inhalte von Fragen und Antworten deutlich größer war als noch im ersten Pretest, konnte ein weiteres Augenmerk auf die Optimierung des Designs und des Gesamteindrucks gelegt werden.

Freilich wurden diese Überarbeitungen immer bei dem Papier- und dem Onlinebogen vorgenommen, sodass hierbei die Synchronität gewahrt wurde.

Ein weiterer wichtiger Anhaltspunkt lag auf einer sauberen Platzierung der Hinweise im Papierfragebogen, da in der Online-Version PHP-Codes ein Springen in den Fragen ohne weiteres Zutun der Teilnehmer ermöglichten. Auch hierbei wurde im Pretest auf eine einwandfreie Funktionsweise geachtet. Die Online-Version wurde dabei noch um eine Version ergänzt, die auch für Mobilgeräte optimiert ist und eine fehlerfreie Darstellung auf digitalen Mobilfunkgeräten garantiert.

Schließlich wurde versucht, möglichst alle Anmerkungen so einzuarbeiten, dass insbesondere bei der Fragenformulierung der schmale Grat zwischen juristisch-wissenschaftlicher Korrektheit und möglichst großer Verständlichkeit für Laien beschritten werden konnte.

4.2.2.1.4 Der finale Fragebogen

Der finale Fragebogen¹⁴²² umfasst in seiner Papierversion insgesamt sieben Seiten, wobei die erste Seite als Deckblatt mit den unter 4.2.2.1.1 erforderlichen Informationen angereichert wurde.

Insgesamt gab es 58 Items, die sich in die folgenden Kategorien aufteilen: A) Persönliche Angaben, B) Gesundheitszustand, C) Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht, D) Bewertung Erbrecht.

Eine klare Differenzierung i.R.d. eigenen Erfahrungen zwischen Testament und Erbvertrag hatte so in den Pretest-Versionen noch nicht existiert.

In der finalen Version wurde auf eine kongruente Struktur der Fragen in diesem Teilbereich geachtet: Zunächst wurde nach den Umständen der Errichtung und dann nach denen der Änderung gefragt wurde. Diese Änderung war auch der

¹⁴²² Die komplette Fassung der Papierversion ist im Anhang F zu finden. Die komplette Fassung der Online-Version befindet sich im Anhang G.

Hauptgrund für den Anstieg der Gesamtzahl an Fragen im Bogen. Gleichwohl wirkt er dadurch nicht weniger übersichtlich als seine Vorgänger, weil die Bereiche der jeweiligen Verfügungen noch klarer differenziert sind. Darüber hinaus sind die Verweise jetzt sowohl in die Fragen integriert, um nicht zu überfordern, zugleich aber auffällig ausgestaltet, da sie fett markiert und mit einem Pfeil versehen sind.

Im Komplex A) „Persönliche Angaben“ sind im finalen Bogen zehn Fragen enthalten, von denen alle geschossen formuliert sind und drei von ihnen hybride Frageformen aufweisen. Im Vergleich zur Ursprungsversion des ersten Pretests ist auffällig, dass die Frage des Bildungsniveaus Anklang gefunden hat und die Nennung der Anzahl von Abkömmlingen möglich ist, welche zugleich die einzige Frage mit einer optionalen Mehrfachantwort ist. Die Frage des Lebensmittelpunktes wird aus den Fragen zum Gesundheitszustand herausgelöst und in die persönlichen Angaben integriert. Keine Berücksichtigung gefunden hat die Frage nach der Herkunft, explizit wie viele Einwohner der Ort hat, in dem der Teilnehmer geboren wurde. Sowohl die Erinnerungen insbesondere betagterer Probanden als auch Veränderungen der jeweiligen Geburtsorte ließen dabei zu viele Fehlerquellen zu. Insgesamt besteht dieser Bereich aus zehn Fragen, die gänzlich geschlossen formuliert wurden.

Unter „A. Allgemeine Angaben“ wurde bspw. danach gefragt, ob der Fragebogen allein oder mit Hilfe ausgefüllt wird oder wie die persönlichen Verhältnisse der Probanden mit Blick auf Geburts- und Wohnort, Abkömmlinge, Alter oder Geschlecht ausgestaltet sind. Konkret fragte die erste Frage danach, ob die Probanden den Fragebogen a) „Allein“, b) „Mit meinem/meiner Vorsorgebevollmächtigten“, c) „Mit meinem/meiner gesetzlichen Betreuer/in“ oder d) „mit der Hilfe von ___“ ausfüllen. Für die Beantwortung weiterer Fragen ließen sich hier bereits erste Verdachtsmomente zum Gesundheitszustand der Teilnehmer annehmen, vor allem aber konnte die Zuverlässigkeit der Messung, also die Reliabilität, mit Blick auf Fehlerquellen und fremde Einflussfaktoren in Zweifel gezogen werden, wenn die Teilnehmer den Bogen mit einem Betreuer oder Bevollmächtigten ausfüllen. Es durfte jedoch vermutet werden, dass die Antworten a) und d) zumeist frequentiert werden. Mit der zweiten Frage wurde nicht der exakte Wohnort der Teilnehmer abgefragt, sondern auf die Frage „Wo wohnen Sie?“ eine Auswahl aus den vier Optionen a) „In einer Stadt bis 10.000 Einwohner“, b) „In einer Stadt zwischen 10.001 und 50.000 Einwohner“, c) „In einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner“ oder d) „In einer Stadt ab 250.001 Einwohner“ angeboten. Die Einteilung in diese vier Bereiche bezweckte eine Einordnung der Teilnehmer in ihr wohnliches Umfeld, bei der freilich auch infrastrukturelle Unterschiede zwischen ländlichen und urbanen Strukturen dahingehend bestanden, ob und inwieweit Vorsorgemöglichkeiten vorhanden wären. Auch diese Einflussfaktoren spielten eine vermutlich nicht zu unterschätzende Rolle bei den Überlegungen um den eigenen Nachlass. Während es sich bei a) und auch in Teilen noch bei b) um eher ländlich geprägte Gebiete handeln mag, ist bei c) ein urbanes Leben näherliegend und bei d) bereits eine deutsche Großstadt, die hier in vergleichbaren

Größenordnungen schon bei Städten wie Braunschweig und Mönchengladbach beginnt und insgesamt 27 deutsche Städte umfasst. Gleichwohl können größere Städte insbesondere in ihren Randgebieten ländliche Regionen umschließen, die in ihrer für die Untersuchung maßgebende Struktur kleineren Städten gleichkommen. In Frage drei wurde ebenso mit „Wo sind Sie geboren?“ nicht nach dem exakten Geburtsort der Teilnehmer gefragt, als vielmehr nach der Größenordnung der Geburtsstätte. So standen erneut die grundsätzlichen vier Antwortmöglichkeiten a) „In einer Stadt bis 10.000 Einwohner“, b) „In einer Stadt zwischen 10.001 und 50.000 Einwohner“, c) „In einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner“ oder d) „In einer Stadt ab 250.001 Einwohner“ als Optionen zur Verfügung, welche allerdings um Antwort d) „Das weiß ich nicht“ ergänzt wurden. Sinn und Zweck der Beantwortungssystematik war auch hier, ein Raster unter urbanen und ländlichen Strukturen herauszubilden und darüber hinaus Aufschlüsse über Zusammenhänge zwischen Sozialisierungsgesichtspunkten und Testierabsichten oder dem generellen Auseinandersetzen mit der Thematik zu gewinnen. Während noch in Frage zwei eine Beantwortung grundsätzlich bedenkenlos möglich erschien, könnte insbesondere bei älteren Teilnehmerinnen eine Kenntnis über die Einwohnergröße der Geburtsstätte nicht mehr oder zumindest nicht mehr gewiss vorhanden sein. Aus diesen Erwägungen heraus wurde Antwort d) angeboten. Mit der Staatsangehörigkeit der Teilnehmer setzt sich Frage 4 auseinander. Hier wurden die Antworten a) „Ja, nur die Deutsche“, b) „Ja, und eine weitere Staatsangehörigkeit, und zwar: ___“, c) „Nein, ich habe die folgende Staatsangehörigkeit/en: ___“ und d) „Keine Angabe“ angeboten. Die Fragestellung ging davon aus, dass es sich mit großer Wahrscheinlichkeit um deutsche Staatsangehörige handelt, sodass Antwort a) zumeist frequentiert würde. Mit den Optionen b) und c) wurden aber sowohl Alternativen zur deutschen Staatsangehörigkeit realisierbar, als auch der sog. Doppelpass¹⁴²³, die doppelte Staatsangehörigkeit samt einer deutschen, aber auch zwei gänzlich andere. Für den weiteren Verlauf der Untersuchung war die Staatsangehörigkeit der Teilnehmer insofern von Relevanz, als dass sich daraus Erkenntnisse über mögliche Rechtsfolgen eines Erbfalls ergeben könnten. Während für die Untersuchung erwartet wurde, dass es in großer Mehrheit deutsche Staatsangehörige sein würden, die an der Studie teilnehmen, ist die Teilnahme von Auch- oder Nichtdeutschen ebenso möglich, steht aber im erbrechtlichen Kontext vor größeren Herausforderungen: Schließlich gilt die Regel, dass die Staatsangehörigkeit das Erbrecht eines zugehörigen Staates mit Blick auf die Erbfolge nach sich zieht, seit dem 17.08.2015 nicht mehr. Die zu dem Zeitpunkt in Kraft getretene EU-ErbVO¹⁴²⁴ sieht erstmals vor, dass nicht mehr die Staatsangehörigkeit das maßgebende Kriterium für die Anwendung des nationalen und innereuropäischen

¹⁴²³ Vgl. zur aktuellen politischen und rechtlichen Debatte u.a den Bericht des Innenausschusses zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitgesetzes (BT-Drucks. 18/2005). Zuletzt gab es einen Antrag der AfD-Fraktion zur Änderung des Staatsangehörigkeitgesetzes (BT-Drucks. 19/86).

¹⁴²⁴ Verordnung (EU) Nr. 650/2012.

Erbrechts ist, sondern ausschlaggebend ist, wo der Erblasser oder die Erblasserin seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Ende seines Lebens verbracht hat. Das ist *notar bene* der Ort, wo sich jemand unter denjenigen Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Dies wird anhand der tatsächlichen Verhältnisse ermittelt. Dabei wird festgestellt, wo der Schwerpunkt der sozialen Kontakte zu suchen ist, insbesondere in familiärer und beruflicher Hinsicht. Als nicht nur vorübergehend gilt stets und von Beginn an ein beabsichtigter zeitlich zusammenhängender Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Dauer, kurzfristige Unterbrechungen bleiben dabei unberücksichtigt.¹⁴²⁵ Dies kann zu erheblichen Irritationen führen, z.B. mit Blick auf ein gemeinschaftliches Testament zweier Ehe- oder Lebenspartner aus Hermannstadt in Rumänien, die sich in Absehung der Verordnung dem deutschen Erbrecht als deutsche Staatsbürger zugehörig und unterworfen fühlen. Ihr als gemeinschaftlich errichtetes Testament ist in Rumänien gem. Art. 1036 Codul Civil nichtig.¹⁴²⁶ Die Definition zeigt ferner, dass es für die Auswertung der Studie von Belang sein kann, welche Staatsangehörigkeit der Teilnehmer oder die Teilnehmerin innehat, weil im Verlauf noch nach einem vermeintlichen Testierzeitpunkt gefragt wird und sich aus der Kombination beider Antworten ein Anwendungsvorrang der benannten Verordnung ergeben kann.

Sechs Fragen umfasst der Komplex „Gesundheitszustand“, die ebenfalls in Gänze geschlossen ausformuliert sind, wenngleich drei von ihnen offene Elemente beinhalten und daher als Mischformen gelten können. Bei diesen drei Fragen sind darüber hinaus Mehrfachantworten möglich. Im Verhältnis zum Bogen des ersten Pretests wird nun nicht mehr konkret danach gefragt, ob die Geschäftsbzw. Testierfähigkeit „je in Frage“ gestellt worden ist, sondern abstrakter nach „Alterskrankheiten“ und „Aussagen“, die auf die Teilnehmer zutreffen können, gefragt. Darüber hinaus findet im finalen Bogen schon hier die Frage Anklang, ob eine Vorsorgevollmacht vorhanden sei und wem diese ausgestellt sei, ebenso ob die Teilnehmer unter Betreuung stehen und wer die Vertreterrolle einnehme.

Mit drei geschlossenen Fragen beginnt der Komplex „Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht“, an die sich entweder die testamentarische oder die erbvertragliche Fragestruktur anschließt. Eine der drei Fragen weist offene Elemente auf und stellt Mehrfachantworten zur Verfügung. Je nach gewählter Testierform bekamen die Befragten den Hinweis, zum Bereich des Testaments zu springen oder alternativ zum Bereich des Erbvertrags. Sofern bisher gar nicht verfügt worden ist, folgten noch zwei Fragen zum Motiv des Ausbleibens und zum künftigen Willen, noch zu verfügen. Der testamentarische Bereich umfasst 17 geschlossene Fragen, wobei sich sieben auf die Errichtung und zehn auf die Ände-

¹⁴²⁵ Botschaft der Bundesrepublik Deutschland – Pretoria (2014), Merkblatt zur Europäischen Erbrechtsverordnung, www.apcm.de/wp-content/uploads/2017/04/Erbrechtsverordnung-2015.pdf, S. 2, abgerufen am 22.07.2017.

¹⁴²⁶ Zu anderweitigen europäischen Komplikationen siehe bereits die Ausführungen zum gemeinschaftlichen Testament und dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ in Kapitel 2.1.4.

rung beziehen. Beim Errichtungsteil weisen drei Fragen offene Elemente auf und zwei von ihnen geben Mehrfachantworten als Option aus. Beim Änderungsteil hingegen haben vier Fragen Mischformcharakter und drei von ihnen Mehrfachantworten als Möglichkeit. Der erbvertragliche Bereich hingegen umfasst zwölf geschlossene Fragen, fünf davon beziehen sich auf die Errichtung, sieben auf die Anfechtung. Im Verhältnis zum Fragebogen des ersten Pretests wird offensichtlich, dass Fragen zur Vorsorgevollmacht dort noch in den „Angaben zum rechtlichen Hintergrund“ integriert waren, insbesondere aber die feingliedrigere Ausgestaltung der Testamentsformen und ihrer Ausprägungen, der Testierorte und der Aufbewahrung deutlich mehr Erhebungsmöglichkeiten offenbaren als bisher. Gleiches mag für die *de lege lata* unterschiedlichen Ausgestaltungen von Testament und Erbvertrag gelten, wie auch ihrer Lossagungen, denen der finale Bogen eine entsprechende Berücksichtigung einräumt. Auch wird das Testieralter nicht in Intervallen abgefragt, sondern konkret anhand der Zahl.

Der abschließende Bereich „Bewertung Erbrecht“ enthält zehn Items, von denen zwei offen formuliert und acht offen ausgestaltet sind, von denen wiederum eine Mehrfachantworten zulässt. Bei diesen Meinungsfragen befassen sich fünf damit, ob mit Blick auf das eigene Testieren Flexibilität oder ein erhöhtes Schutzniveau gewollt ist. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, eine eigene Einschätzung über Erbrechtskenntnisse anzugeben, Reformideen zu äußern und persönliche Kommentare zu hinterlassen. Im Vergleich zum Fragebogen des ersten Pretests verfügen die Skalen über eine größere Anzahl von Antwortoptionen. Darüber hinaus sind die Fragen einheitlicher formuliert, weil alle mit einer Überschrift „Wie bewerten Sie die folgenden Aussagen?“ versehen sind. Während einige Fragen in der übrigen Formulierung und ihrem Inhalt beibehalten blieben, wurden insbesondere die Einstiegsfrage nach der ewigen Bindung vereinfacht, um sich einen vielleicht unvorstellbaren Zustand überhaupt vorstellen zu können.

Einen Blick auf die Gliederung und die enthaltenen Items des finalen Fragebogens ermöglicht die folgende Abbildung 28:

A Persönliche Angaben	B Gesundheitszustand	C Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht	D Bewertung Erbrecht
<ul style="list-style-type: none"> • Art des Ausfüllens • Geburtsjahr • Geschlecht • Einwohner Wohnort • Staatsangehörigkeit • Familienstand • Abkömmlinge • Bildungsabschluss • Pflegeheim 	<ul style="list-style-type: none"> • Alterskrankheit • Geschäftsfähigkeit • Vorsorgevollmacht <ul style="list-style-type: none"> • Wer? • Betreuungsverhältnis <ul style="list-style-type: none"> • Wer? 	<ul style="list-style-type: none"> • Testierverhalten • Gründe gegen Testieren • Zukünftiges Testieren • jeweils Testament/ Erbvertrag sowie die Änderung: <ul style="list-style-type: none"> • Alter • Ort • Aufbewahrung • Gesundheitszustand • Beeinflussen durch andere <ul style="list-style-type: none"> • Beeinflussende bedacht? • Beeinflussen durch wen? 	<ul style="list-style-type: none"> • Bindung an Entscheidung vs. jemand anderes darf entscheiden • Jmd. anderes darf Testament ändern • Erben an Pflegeheim, Einrichtung u.a. • Erben an Bank, Arzt u.a. • Testieren vor Notar • Kenntnis Erbrecht • Bewertung Erbrecht

Abbildung 28: Gliederung der Items im finalen Fragebogen.

Von den 58 Items des Fragebogens lassen sich 56 den vier verschiedenen Skalentypen zuordnen. Welches Skalenniveau mit den jeweiligen Fragen elizitiert wird, kann der folgenden Abbildung 29 entnommen werden:

Skalenart	Mögliche Aussagen	Zugehörige Fragen der Studie
Nominalskalen	Gleichheit Verschiedenheiten	(1), (3), (5), (6), (7), (8), (10), (11), (12), (13), (14), (15), (16), (17), (18), (19), (21), (22), (23), (24), (25), (26), (27), (29), (30), (31), (32), (33), (34), (35), (36), (38), (39), (40), (41), (42), (44), (45), (46), (47), (48).
Ordinalskalen	Größer-Kleiner-Relationen	(4), (9), (49), (50), (51), (52), (53), (54), (55), (56).
Intervallskala	Gleichheit von Differenzen	(2), (20), (28), (37), (43).
Verhältnisskala	Gleichheit von Verhältnissen	/

Abbildung 29: Angewandte Skalenarten im Fragebogen.¹⁴²⁷

¹⁴²⁷ Wurde bis auf die Fragennummern der Studie übernommen aus *Bortz/Schuster*, Statistik, S. 15 und ist ebenso angelehnt an die in Kapitel 4.2.2.1.1 beschriebenen Skalentypen.

4.2.2.1.5 Erhebungsdesign

Nach Durchführung beider Pretests wurde der Fragebogen in der Online-Version, die mittels SoSci-Survey erstellt wurde, und in der Papierversion den Teilnehmern zur Verfügung gestellt. Die Befragung erfolgte vom 13.03.2018 bis zum 02.05.2018. Das gesamte Design der Studie ist eng verzahnt mit dem zeitlichen Ablauf der Untersuchung. Dieser erstreckte sich insgesamt über etwa drei Jahre und kann in chronologischer Reihenfolge der Abbildung 30 entnommen werden, aus der ebenso das wiederholte Erinnern an die Teilnahme hervorgeht.

<i>Datum</i>	<i>Ereignis</i>
06.07.2015	Laieninterview I
08.10.2015	Erstentwurf des Fragebogens
14.03.2015	Experteninterview I
05.04.2016	1. Pretest
26.09.2016	Laieninterview II
29.11.2016	Experteninterview II
20.02.2017	Laieninterview III
20.02.2017	Laieninterview IV
18.02.2018	2. Pretest
13.03.2018	Start der Umfrage (Versenden der E-Mails; Facebook-Aufruf)
05.04.2018	Erinnerung zur Teilnahme an ehrenamtliche Institutionen und Seniorenvertretungen
09.04.2018	Erinnerung zur Teilnahme per Mail an die Einrichtungen
02.05.2018	Ende der Umfrage

Abbildung 30: Zeitleiste der Fragebogenkonstruktion.

Die Zielgruppe dieser Befragung sind alle in Deutschland lebenden Menschen, die im testierfähigen Alter sind. Dies bedeutet, dass insb. mit Blick auf das Alter eine sehr heterogene Stichprobe erhoben werden muss. Um den potentiellen Probanden die Umfrage entsprechend zugänglich zu machen, wurden zwei Versionen des Bogens entwickelt. Wie Abbildung 31 verdeutlicht, wurden vorwiegend jüngere Probanden über soziale Medien, d.h. schwerpunktmäßig Facebook und unterstützend Whatsapp, kontaktiert. Für ihre Zielgruppe wurde darüber hinaus eine smartphonefähige Version über SoSci-Survey konstruiert.

Ältere Probanden hingegen sollten zuvorderst mit Hilfe eines via E-Mail versendeten Fragebogens zur Teilnahme aufgerufen werden. Die Zielgruppe dieser Versendung bildeten im Kern 928 Pflege- und Seniorenheime in Deutschland. Hierbei wurde sowohl auf den Online-Bogen verwiesen als auch auf den Papier-Fragebogen, welcher zum Ausdrucken und postalischem Versenden bzw. Faxen als PDF-Dokument der E-Mail anhing. Der Auswahl von Einrichtungen und Institutionen lag ein entwickeltes System i.F.e. Matrix zugrunde, um das Bundesgebiet geographisch repräsentativ abzubilden: Grundlage bildeten hierbei alle Landkreise und kreisfreie Städte in Deutschland. In diesen wurde anschließend analog der vier Antwortoptionen der Herkunft nach a) Ländlicher Raum, b) Kleinstadt, c) Stadt und d) Großstadt differenziert, in den kreisfreien Städten hilfsweise nach geographischer Verteilung. In den jeweiligen Gliederungen von a) bis d) wurde dann je eine Einrichtung in die Matrix aufgenommen. Darüber hinaus wurde die Online-Version auch ehrenamtlichen Institutionen übersandt.

Die Papierform des Fragebogens wurde an Freunde und Bekannte ausgeteilt, sowie auf gesellschaftspolitischen Veranstaltungen ausgelegt. Darüber hinaus konnten auch ehrenamtliche Institutionen und Förderer zur Unterstützung der Datenerhebung gewonnen werden. So wurde bspw. in einer sozialen Einrichtung der Johanniter in Goslar und Salzgitter sehr engagiert an der Umfrage mitgewirkt.

Die Rückmeldungen, ganz gleich ob ein Versand auf elektronischer oder postalischer Weise erfolgte, wurden sowohl per E-Mail mit einem gescannten Dokument, per Fax, als auch per Post oder via persönlicher Abgabe getätigt.

Alle Papierfragebögen wurden sortiert und nach Ende der Umfrage in soSci Survey auf die Weise eingepflegt, dass sie sich für eine mögliche Berechnung vom Online-Fragebogen separieren ließen. Hier wurden allerdings nur die Eintragungen von Probanden gespeichert, die den Fragebogen bis zum Ende hin ausgefüllt haben. Teilnahmen, die vor der finalen Frage abgebrochen wurden, haben keine Berücksichtigung in der Analyse gefunden. Demnach können auch lückenhafte Datensätze berücksichtigt werden, wenn Fragen übersprungen bzw. ausgelassen wurden, der Fragebogen selbst aber abgeschlossen worden ist. Schlussendlich lag ein Datensatz von $N=222$ Personen vor. Dieser Datensatz wurde zur Auswertung als SPSS-Datei exportiert. Im Folgenden wird die Analyse der Daten genauer beschrieben. Zusammenfassend lässt sich für die vorliegende Studie mit Abbildung 31 ein Design aufzeigen, das folgende Komponenten beinhaltet:

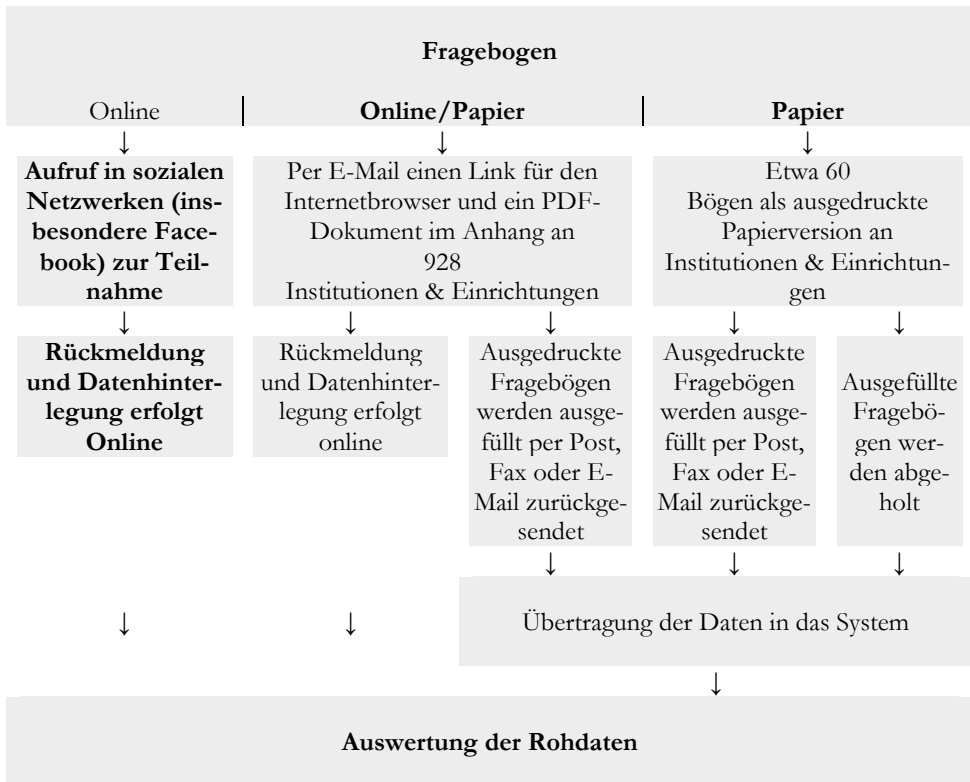


Abbildung 31: Erhebungsdesign.

4.2.2.2 Auswertung

Nachdem die Erhebung abgeschlossen wurde, wurden die Daten von SoSci-Survey ausgelesen und in das Statistik-Programm „SPSS“ (Statistical Package for the Social Sciences) bzw. „IBM SPSS Statistics“ eingepflegt.¹⁴²⁸ Bei der ersten Durchsicht der Daten stellte sich heraus, ob die zu den jeweiligen Fragen vorliegenden Antworten quantitativ oder qualitativ analysiert werden können.¹⁴²⁹

In den Forschungsfragen (1), (2) und (3) sollen Unterschiede zwischen Probandengruppen in Bezug zu deren personenbezogenen Daten, also deren Alter, Geschlecht, Wohnort, Staatsangehörigkeit, Familienstand, Anzahl der Abkömmlinge und Bildungsniveau analysiert werden. Abhängig von der Art der Skalierung der jeweiligen Variable wird ein anderes Verfahren für die Berechnung des Unter-

¹⁴²⁸ Zur Unterstützung der Auswertung siehe Brosius, SPSS 24 für dummies und Field, Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics.

¹⁴²⁹ Quantitative Analyse bedeutet, dass ausreichend Daten zur Anwendung statistischer Verfahren vorliegen (vgl. Holland/Scharnbacher, Grundlagen der Statistik, S. 2).

schieds gewählt: Unterschiede von nominalskalierten Variablen werden mit Hilfe des *Pearson χ^2* ,¹⁴³⁰ ordinalskalierte Variablen mit Hilfe des *Mann-Whitney-U-Tests*¹⁴³¹ und intervallskalierte Variablen, wenn sie normalverteilt sind, mit Hilfe des *t-tests bei abhängiger Stichprobe*¹⁴³² oder wenn die Normalverteilung nicht zugrunde gelegt werden kann, ebenfalls mit dem *Mann-Whitney-U-Test* untersucht. Die verschiedenen Verfahren je personenbezogener Variable können folgender Abbildung 32 entnommen werden. Bei Forschungsfrage (1) werden Unterschiede der gesamten Probandengruppe ($N=222$) untersucht, während bei Forschungsfrage (2) die Testierenden im Vergleich zu den Nichttestierenden analysiert werden. In Forschungsfrage (3) werden die Widerrufenden ggü. den Testierenden, die ihrerseits nicht widerrufen haben, in den Fokus genommen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zur Frage nach der Staatsangehörigkeit aufgrund fehlender Varianz keine weiteren Untersuchungen durchgeführt werden können.

Variablen	Statistische Verfahren zur Berechnung der Unterschiede der zentralen Tendenz
	FF1: Unterschied Probanden FF2: Unterschied Testierende / Nichttestierende FF3: Unterschied Widerrufende / Nichtwiderrufende
Alter	t-test bei abhängiger Stichprobe/Mann-Whitney-U-Test
Geschlecht	Pearson χ^2
Wohnort	Mann-Whitney-U-Test
Staatsangehörigkeit	keine Varianz, daher keine Analyse
Familienstand	Pearson χ^2
Anzahl Abkömmlinge	t-test bei abhängiger Stichprobe/Mann-Whitney-U-Test
Bildungsniveau	Mann-Whitney-U-Test

Abbildung 32: Statistische Verfahren zur Berechnung der Unterschiede der zentralen Tendenz in den Forschungsfragen (1) bis (3).

Zur Beantwortung der Forschungsfrage (4) werden die Zielfragen des Fragebogens genauer betrachtet. Um herauszufinden, wie sich das Antwortverhalten der Probanden in Bezug auf die jeweilige Zielfrage verhält, wird das Antwortverhalten mittels einer Diagrammdarstellung eines Boxplots visualisiert. Mithilfe des Boxplots kann der Median sowie die Streuung des Antwortverhaltens dargestellt werden. Zur Erläuterung dient hier das Beispiel in Abbildung 32 zur Altersvertei-

¹⁴³⁰ Field, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, p. 721 ff.

¹⁴³¹ Field, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, p. 217 ff.

¹⁴³² Field, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, p. 364 ff.

lung von Männern und Frauen in einem Studiengang.¹⁴³³ Die Box umfasst die mittleren 50% der Befragten. Je 25% der Befragten liegen oberhalb bzw. unterhalb der Box. Innerhalb der Box liegt der Median, also der mittlere Wert der Antworten. Die Spannweite des Antwortverhaltens ist mithilfe der „T-förmigen Whisker, auch Fühler genannt“¹⁴³⁴, dargestellt, wie der rechte Boxplot zu den männlichen Studierenden in Abbildung 33 verdeutlicht. Eine Ausnahme stellen hierbei die durch Punkt oder Sternchen gekennzeichneten Ausreißer bzw. Extremwerte dar, wie insbesondere die linke Box der Abbildung zeigt.¹⁴³⁵

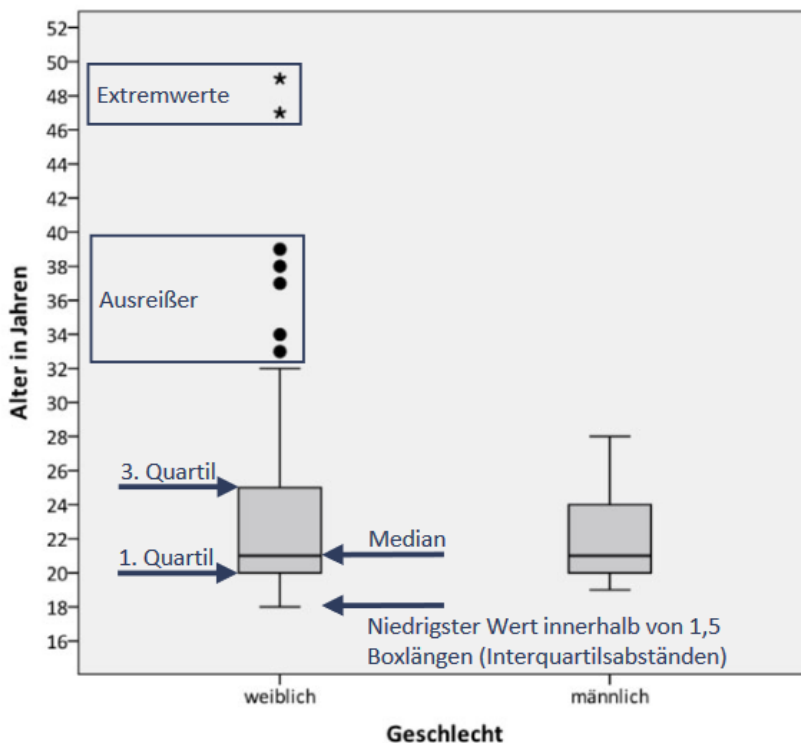


Abbildung 33: Erläuterung des Boxplots.¹⁴³⁶

Zur Beantwortung der Forschungsfrage (5) wird der Zusammenhang zwischen den personenbezogenen Daten auf der einen Seite und den Antworten auf die Zielfragen 49 bis 56 auf der anderen Seite untersucht. Diejenigen Variablen, die mindestens ordinalskaliert sind, werden mithilfe der Rangkorrelation nach *Spe-*

¹⁴³³ Kuckartz/Rädiker/Ebert/Schehl, Statistik, S. 74.

¹⁴³⁴ Kuckartz/Rädiker/Ebert/Schehl, Statistik, S. 74.

¹⁴³⁵ Zur weiteren Erläuterung eines Boxplots siehe Kuckartz/Rädiker/Ebert/Schehl, Statistik, S. 74 ff.

¹⁴³⁶ Kuckartz/Rädiker/Ebert/Schehl, Statistik, S. 74.

*arman*¹⁴³⁷ analysiert. Dies trifft auf die personenbezogenen Daten wie Alter, Wohnort, Anzahl der Abkömmlinge und das Bildungsniveau in Bezug auf die Fragen 49 bis 54 zu. Bei den übrigen Zusammenhängen zwischen Geschlecht bzw. Familienstand einerseits und den Fragen 49 bis 54 andererseits, sowie zwischen allen weiteren personenbezogenen Daten im Hinblick auf die Fragen 55 und 56 wird *Pearson χ^2* als statistisches Berechnungsverfahren herangezogen. Die verwendeten Verfahren können auch anhand der folgenden Abbildung 34 nachvollzogen werden.

Personenbezogene Daten	Statistische Verfahren zum Berechnen des Zusammenhangs FF4: Zusammenhang personenbezogene Daten zu Zielfragen	Abhängige Variablen zum Wunsch nach Flexibilität / Sicherheit
Alter	Rangkorrelation nach Spearman	Ewige Bindung wichtiger als jemand anderes Änderungen übernehmen (F.49)
Geschlecht	Pearson χ^2	Betreuer/Bevollmächtigter sollte Änderungen vornehmen dürfen (F.50)
Wohnort	Rangkorrelation nach Spearman	Vererben an Pfleger oder Pflegeeinrichtung (F.51)
Staatsangehörigkeit	keine Varianz	Vererben an Bankangestellte, Arzt, Vermögensberater (F.52)
Familienstand	Pearson χ^2	Kenntnis Erbrecht (F.54)
Anzahl Nachfahren	Rangkorrelation nach Spearman	Schutz durch Testieren einzig bei einem Notar (F.53)
Bildungsniveau	Rangkorrelation nach Spearman	
	Pearson χ^2	Altersgrenze (F.55)

Abbildung 34: Statistisches Verfahren zur Berechnung des Zusammenhangs der personenbezogenen Daten und der Meinungsfragen.

In der Forschungsfrage (6) sollen Zusammenhänge im Antwortverhalten der Probanden innerhalb der Zielfragen genauer betrachtet werden. Je nach Art der Skalierung wird entweder die Rangkorrelation nach *Spearman* oder *Pearson χ^2* verwendet. Wenn beide Variablen mindestens ordinalskaliert sind, so kann das zuerst genannte Verfahren genutzt werden, sollte mindestens eine Variable nominalskaliert sein, muss für den Zusammenhang das zweitgenannte Verfahren angewandt werden. Folgende Abbildung 35 verdeutlicht, dass eine hinreichende Beantwortung der Forschungsfrage (6) die Verknüpfung von Antworten der Meinungsfragen benötigt, um Tendenzen im Antwortverhalten zu offenbaren.

¹⁴³⁷ *Field*, *Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics*, p. 276.

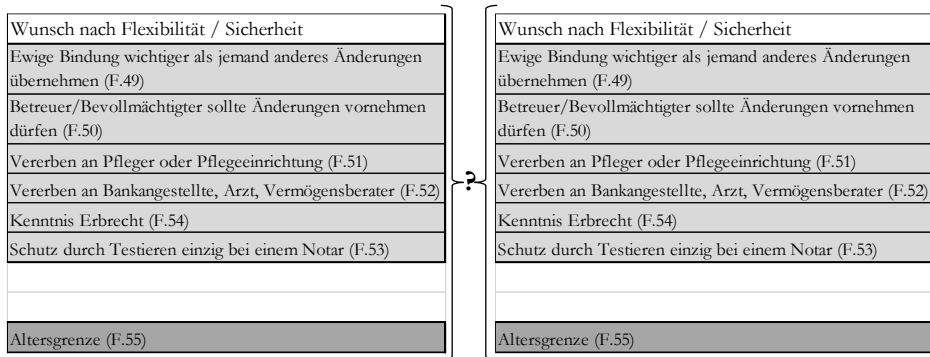


Abbildung 35: Statistisches Verfahren zur Berechnung des Zusammenhangs der Meinungsfragen miteinander.

Legende: ■ = Ordinalskala; ■ = Nominalskala.

Während mithilfe des *Pearson* χ^2 die Stärke des Zusammenhangs berechnet wird, bestimmt die Rangkorrelation nach *Spearman* auch die Richtung des Zusammenhangs.¹⁴³⁸ Richtung meint in diesem Fall, ob eine positive oder negative Korrelation vorliegt. Korrelationen (r) nehmen Werte zwischen -1 und +1 an. Je näher der Wert an der -1 oder +1 liegt, desto stärker ist die Korrelation. Dies wird mithilfe der Abbildung 36 dargestellt.¹⁴³⁹ Ein Wert um 0 bedeutet also, dass kein Zusammenhang zwischen zwei Variablen besteht, wie das Korrelationsdiagramm 2 darlegt. Eine positive Korrelation besteht dann, wenn ein hoher Wert der einen Variablen gleichzeitig einen hohen Wert der anderen Variablen bedeutet, wie es in Korrelationsdiagramm 1 gezeigt wird.¹⁴⁴⁰ Wenn aber die Werte einer Variablen höher werden und die einer anderen Variablen niedriger, so wird dies als negative Korrelation bezeichnet, wie es Korrelationsdiagramm 3 verdeutlicht.¹⁴⁴¹ Im Vergleich zum Korrelationsdiagramm 1 zeigt das Korrelationsdiagramm 4, dass auch eine positive Korrelation vorliegt, diese aber deutlich schwächer ausfällt, da $x=4$ entgegen der Prognose niedriger y -Wert zugeordnet wird.

¹⁴³⁸ Bamberg/Baur/Krapp, Statistik, S.33.

¹⁴³⁹ Dolic, Statistik mit R, S.203 f.

¹⁴⁴⁰ Sedlmeier/Renkenitz, Forschungsmethoden und Statistik, S. 203.

¹⁴⁴¹ Sedlmeier/Renkenitz, Forschungsmethoden und Statistik, S. 203; zur weiteren Auseinandersetzung mit Korrelationen siehe Bamberg/Baur/Krapp, Statistik, S. 33 ff.

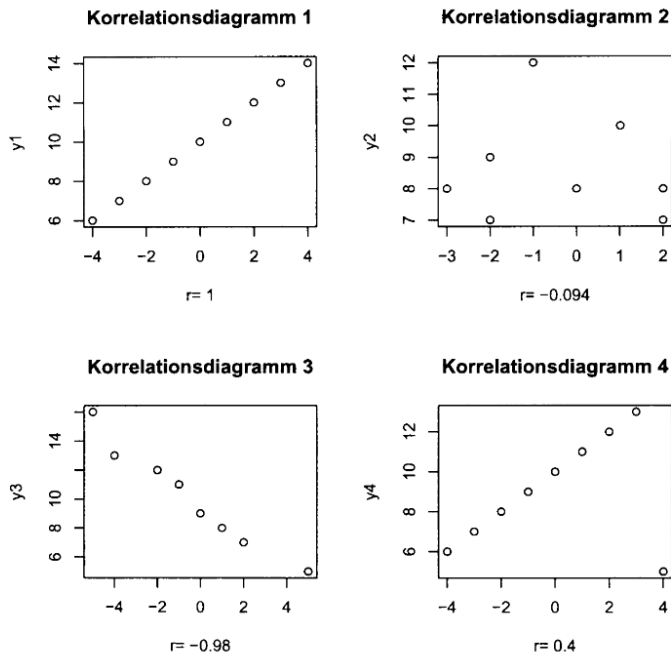


Abbildung 36: Beispiele für Korrelationsdiagramme.¹⁴⁴²

Darüber hinaus wird bei den statistischen Verfahren bestimmt, ob die Ergebnisse jeweils statistisch signifikant, also statistisch bedeutsam sind.¹⁴⁴³ „Ein signifikantes Ergebnis liegt vor, wenn ein Signifikanztest eine sehr geringe Irrtumswahrscheinlichkeit ermittelt. Dies bedeutet, dass sich das gefundene Stichprobenergebnis nicht gut mit der Annahme vereinbaren lässt, dass in der Population die Nullhypothese gilt. Man lehnt deshalb die Nullhypothese ab und akzeptiert die Alternativhypothese.“¹⁴⁴⁴ Die Signifikanz wird mit Hilfe des p -Wertes angegeben. Nimmt dieser einen Wert von $p \leq 5\%$ an, so ist dies ein *signifikantes*, bei einem Wert von $p \leq 1\%$ ein *sehr signifikantes* und bei einem Wert von $p \leq 0,1\%$ ein *hoch signifikantes* Ergebnis.¹⁴⁴⁵

Darüber hinaus sollen die Effektgrößen oder auch Effektstärken zusätzlich zu den Signifikanzen berücksichtigt und gemeinsam mit den Ergebnissen berichtet werden, denn auch wenn ein Ergebnis signifikant ist, kann es in praktischer Hin-

¹⁴⁴² Dolic, Statistik mit R, S. 204.

¹⁴⁴³ Zu den Hintergründen und Herleitungen von Signifikanzen siehe Bamberg/Baur/Krapp, Statistik, S. 159 ff., Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation (2006), S. 23 ff., Sedlmeier/Renkewitz, Forschungsmethoden und Statistik, S. 358 ff.

¹⁴⁴⁴ Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation (2006), S. 26.

¹⁴⁴⁵ Bortz/Döring, Forschungsmethoden und Evaluation (2006), S. 740.

sicht nicht bedeutsam sein, wenn die Effektstärke zu gering ist.¹⁴⁴⁶ Sie gibt Aufschluss über die Stärke eines beobachteten oder gemessenen Zusammenhangs bzw. Unterschieds. Die Effektstärken unterscheiden *Bühner* und *Ziegler*¹⁴⁴⁷ wie folgt: $r=.100$ ist ein kleiner Effekt, $r=.300$ ist ein mittlerer Effekt und $r=.500$ ist ein großer Effekt. Die dazwischenliegenden Werte werden dann als klein bis mittlerer oder mittlerer bis großer Effekt beschrieben.¹⁴⁴⁸

Die Gütekriterien der Objektivität, Reliabilität und Validität werden entsprechend den Ausführungen unter 4.1.1.2. berücksichtigt. I.R.d. Untersuchung wird ein standardisierter Fragebogen entwickelt, welcher mit der Durchführung zweier Pretests sowie mehrerer Interviews überprüft und überarbeitet wird. Darüber hinaus füllen die Probanden den Fragebogen ohne Anwesenheit des Testleiters auf Papier oder über das Onlineportal SoSci-Survey aus. Seine Anwesenheit und suggestive oder rhetorische Fragestellungen wurden vermieden, damit sich die Teilnehmer nicht durch den Testleiter beeinflusst fühlen.

Für die Auswertung werden standardisierte Verfahren mithilfe des Statistikprogramms SPSS verwendet. Die Ergebnisse werden nach der gängigen Praxis dargestellt¹⁴⁴⁹. Hierbei werden neben den Signifikanzen auch die Effektstärken berichtet, damit festgestellt werden kann, ob die Ergebnisse zufällig oder mit Vergleichbarkeit zur Gesamtpopulation ausgewertet werden können.

4.2.2.3 *Limitierungen*

Naturgemäß unterliegt eine Studie gewissen Begrenzungen, sog. Limitierungen. Hierbei ist bereits von Relevanz, wenn bei der Verteilung einige potentielle Probanden nicht erreicht wurden. Entgegen der Erwartung wurde ein Teil der im Fokus der Arbeit befindlichen Probanden nicht erreicht. Dies betrifft Personen, die bereits nicht mehr testierfähig sind. Wenngleich ihre Antworten für eine Analyse interessant sein könnten, so wären ihre Angaben aus den gleichen ebenso höchst fraglich, was nicht zuletzt daran liegt, dass der zu ermittelnde freie Wille vom Stadium der Testierunfähigkeit im Einzelfall abhängt und in Teilen die Grenze der Unmöglichkeit erreicht. Selbst regelmäßiger persönlicher Kontakt zu entsprechenden Pflegeeinrichtungen, deren Mitarbeitern und Bewohnern, hat die zumindest dementsprechenden Teilnehmerzahlen nicht anwachsen lassen können. Dies gründet einerseits darin, dass selbst in den entsprechenden Einrichtungen weniger Demenzpatienten anzutreffen waren, als vermutet, und andererseits, dass die Stu-

¹⁴⁴⁶ *Krebs/Menold* in Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung, S. 425 (S. 437).

¹⁴⁴⁷ *Bühner/Ziegler*, Statistik für Psychologen und Sozialwissenschaftler S. 181, mit Verweis auf *Cohen*, Statistical Power Analysis for the Behavioural Sciences.

¹⁴⁴⁸ *Bühner/Ziegler*, Statistik für Psychologen und Sozialwissenschaftler, S. 181.

¹⁴⁴⁹ *Field*, Discovering Statistics Using IBM SPSS Statistics, p. 34 ff., sowie die weiteren entsprechenden Kapitel bzgl. der untersuchten Berechnungsmethoden.

die aufgrund der mit den aktuellen Herausforderungen in der Pflege¹⁴⁵⁰ zusammenhängenden Kapazitäten der betroffenen Pflegeeinrichtungen nicht unterstützt werden konnte. Zudem war es selbst für die Einrichtungen „schwieriger als gedacht“¹⁴⁵¹, Teilnehmer zu akquirieren, „an [der] Studie teilnehmen [zu] können“¹⁴⁵². Andere Empfänger versagten eine Teilnahme wegen der „Häufigkeit vergleichbarer Anfragen“¹⁴⁵³. Vermittelnder hingegen waren Einrichtungen, konstatierten, „hier im Hause ist sehr schwer, dass die Menschen eigenständig teilnehmen können“¹⁴⁵⁴, trotzdem aber bereit waren, den Fragebogen „an [ihr] Betreutes Wohnen mit ca. 70 Bewohnern“¹⁴⁵⁵ weiterzugeben. Andere boten sogar an „im Einzelfall [könne] ein Mitarbeiter weiterhelfen“¹⁴⁵⁶, weil man davon ausginge, „Rückläufer aus einer vollstationären Pflegeeinrichtung zu erhalten, (...) nicht ganz einfach sein [dürfte]“¹⁴⁵⁷. Hierzu wolle man „bis Ostern ein ohnehin geplantes Rundschreiben an die Postbevollmächtigten (Betreuer/Angehörige) senden und auf [die] Arbeit hinweisen“¹⁴⁵⁸.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass einige E-Mails, die an die Pflegeeinrichtungen versendet wurden, trotz gründlicher Recherche nicht zugestellt werden konnten, wegen fehlender Urlaubsvertretungen unbearbeitet blieben oder am „SPAM“¹⁴⁵⁹-Filter scheiterten. Die Fehlerquellen konnten zumindest in Teilen noch durch anschließende Telefonate minimiert werden.

Der Fokus der erreichten Personen lag daher vermehrt und fast ausschließlich auf den aktuell testierfähigen Teilnehmern. Um einen möglichen Zustand der Testierunfähigkeit zu projizieren, wurden die Teilnehmer der Umfragen entsprechend in den Zielfragen nach Verhaltensweisen im Zustand der Testierunfähigkeit gefragt. Durch die sehr engagierte Unterstützung einiger Einrichtungen und ehrenamtlicher Institutionen gelang es, einige Teilnehmer „für [die] Befragung zu motivieren“¹⁴⁶⁰.

Aber auch bei den vielfach erreichten gesunden Probanden stellte sich eine Herausforderung dahingehend ein, dass die Vorstellung über eigenes Verhalten und Denken im Zustand geistiger Unfähigkeit schwierig vorstellbar oder gar un-

¹⁴⁵⁰ Vgl. zur Debatte bzw. den Ideen des Bundesgesundheitsministers Spahn zur Lösung der Probleme in der Pflege: *Waschinski, Gregor* (01.08.2018), Gesetz des Ministers im Kabinett, Welche Erfolgsaussichten Spahns Pläne für die Pflege haben, in Handelsblatt, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/gesetz-des-ministers-im-kabinett-welche-erfolgsaussichten-spahns-plaene-fuer-die-pflege-haben/22865238.html>, abgerufen am 03.08.2018.

¹⁴⁵¹ Anhang I.

¹⁴⁵² Anhang P.

¹⁴⁵³ Anhang N.

¹⁴⁵⁴ Anhang K.

¹⁴⁵⁵ Anhang K.

¹⁴⁵⁶ Anhang L.

¹⁴⁵⁷ Anhang L.

¹⁴⁵⁸ Anhang L.

¹⁴⁵⁹ Anhang Q.

¹⁴⁶⁰ Anhang J.

vorstellbar ist. Die Teilnehmer brachten u.a. zum Ausdruck, dass sie Fragen nicht beantworten können, selbst wenn sie das wollten. Das dahinter liegende Motiv war wohl in Teilen, dass sie Fragen zu einer ggf. unvorstellbaren bzw. unerwünschten Situation „nicht beantworten“¹⁴⁶¹ können: „Wie ich in Zukunft handeln würde, wenn die Handlungsfähigkeit abrutscht, Zukunftsängste aufsteigen, Leben nur mit fremder Hilfe möglich wird, weiß ich nicht. Darüber denke ich auch jetzt nicht nach.“¹⁴⁶² Dies könnte ein Abbruchkriterium für die Befragung oder sogar ein Beweggrund gegen die Teilnahme an der Umfrage gewesen sein.

Darüber hinaus mag es vielen Menschen unangenehm erscheinen, über eine vorhandene Alterskrankheit oder die Sensibilität erbrechtlicher Gedanken zu sprechen. Hierfür spricht ggf. auch die formulierte Antwort einer Einrichtung, „am „Projekt - Erbvertragsabfrage - nicht teilnehmen“¹⁴⁶³ zu wollen. Ebenso erscheint eine stichhaltige Analyse mit Blick auf den Erbvertrag schwierig, da sich für seine Testamentsform nur 2–3% aller Verfügenden entscheiden.

Die Begrenzung kann auch darin begründet sein, dass im Papierbogen Fragen beantwortet werden, deren Beantwortung dem angezeigten Gang durch den Bogen grds. verwehrt wäre, die Anleitung also bewusst oder aus Versehen missachtet wurde oder sie falsch bzw. inkonsistent beantwortet worden sind. Letztlich ergibt sich auch eine Limitierung bei der Frage „Wer betreut Sie?“. Alle Personen wurden im Online-Fragebogen danach gefragt, obwohl sie angaben, nicht unter Betreuung zu stehen. Das System hätte die Folgefrage überspringen müssen. Aufgrund dieser fehlerhaften Programmierung wird von einer Auswertung der betroffenen Frage abgesehen.

4.3 Ergebnisse

Im Folgenden werden die Ergebnisse der Fragebogenstudie aufbereitet¹⁴⁶⁴, die sich reziprok zur Struktur des Fragebogens und den unter 4.2.1 aufgestellten, empirischen Forschungsfragen in vier wesentliche Kategorien gliedern:

In Kapitel 4.3.1 werden die Probanden zunächst anhand der Rückmeldungen im Fragebogen hinsichtlich ihrer personenbezogenen Daten, ihrem Gesundheitszustand und ihrem Testierverhalten beschrieben.

In einem zweiten Schritt erfolgt dann unter Kapitel 4.3.2 eine Auswertung des Testierverhaltens, des Anfertigens von Testamenten bzw. Erbverträgen und deren Ändern anhand und in Zusammenhang mit den zuvor beschriebenen, persönlichen Daten.

¹⁴⁶¹ Anhang M.

¹⁴⁶² Anhang M.

¹⁴⁶³ Anhang O.

¹⁴⁶⁴ Eine komplette Übersicht des Antwortverhaltens der Probanden findet sich anhand der finalen Printversion des Fragebogens in Anhang H.

Der dritte Bereich der Analysen unter Kapitel 4.3.3 wertet die Antworten der Meinungsfragen aus, weshalb hier Zusammenhänge untereinander sowie in Bezug zu den personenbezogenen Daten untersucht werden.

In Kapitel 4.3.4 sind letztlich ebenso Antworten auf offene Fragen im Bogen sowie Hinweise und Repliken aus E-Mails oder Faxen aufbereitet. Wenn aufgrund zu weniger Antworten auf eine bestimmte Frage hin keine quantitative Analyse möglich war, eine Auswertung aber vielversprechend schien, so wurden die Ergebnisse in diesem Teilbereich qualitativ analysiert.

4.3.1 Probanden

Von großem Interesse ist zunächst die Gruppe der Probanden als solche und ihre Fähigkeiten und Eigenschaften als Teilnehmer. Hierbei spielt insbesondere die Forschungsfrage (1) eine entscheidende Rolle, für deren Beantwortung die sowohl rein personenbezogenen Daten als auch Fragen zum Gesundheitszustand und zur erbrechtlichen Erfahrung der Teilnehmer zugrunde gelegt werden. Es ist also zu untersuchen, wie viele Probanden teilnahmen, ob und inwieweit sie sich hinsichtlich ihrer personenbezogenen Daten, ihres Gesundheitszustands und ihrer erbrechtlichen Erfahrungen unterscheiden.

Den Fragebogen haben insgesamt 222 Teilnehmer ausgefüllt. Von ihnen haben 74 (33,3%) die Papierversion und 148 (66,7%) die Onlineversion genutzt. Um die folgende Abbildung 37 zu verdeutlichen, sei erwähnt, dass vier Personen keine Angaben zu ihrem Alter und bzw. oder ihrem Geschlecht gemacht haben und der Übersicht halber das Alter der Probanden in Gruppen gleichwertiger Altersspannen eingeteilt wurde:

Alter Geschlecht	Alter					Gesamt
	19-32	33-47	48-62	63-77	78-91	
Weiblich	26	12	24	10	7	79
Männlich	31	26	29	36	17	139
Gesamt	57	38	53	46	24	218

Abbildung 37: Verteilung der Probanden nach Geschlecht und Altersgruppe.

Die Geburtsjahrgänge der Probanden liegen zwischen den Jahren 1927 und 1999, sodass die Probanden zwischen 19 und 91 Jahren alt sind. Während die Teilnehmerinnen im Durchschnitt 47 Jahre alt sind, weisen die Teilnehmer einen Altersdurchschnitt von 53 Jahren auf. Geschlechterunabhängig weist die gesamte Probandengruppe einen Durchschnitt von 51 Jahren auf. Mit Blick auf das Geschlecht der Probanden ist zu konstatieren, dass 36,2% weiblichen und 63,8% männlichen Geschlechts sind. Zur unterstützenden Visualisierung des Alters der

Teilnehmer und ihrer Verteilung in der gesamten Probandengruppe dient folgende Abbildung 38:

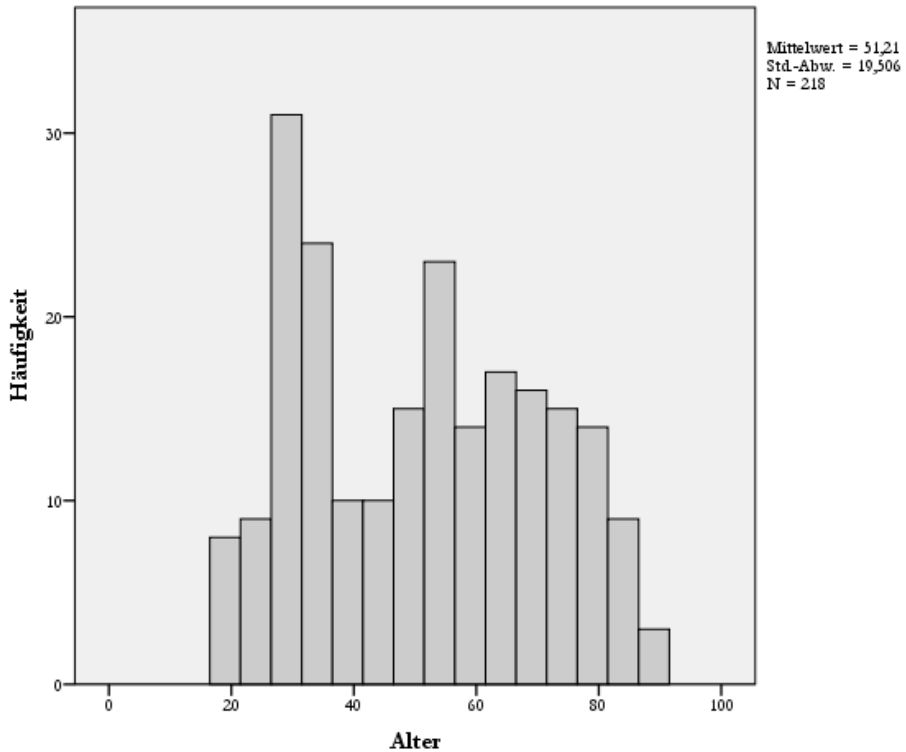


Abbildung 38: Balkendiagramm über das Alter der Probanden und deren Verteilung.

Bei der Verteilung der Probanden auf die Größe ihrer Wohnorte hin, ob es sich also um Orte und kleinere Städte, mittlere bis größere oder gar Großstädte handelt, hat sich eine annähernd gleich verteilte Kategorisierung erzielen lassen, wengleich vier der 222 Teilnehmer keine Angabe hierzu gemacht hatten: Während 64 Teilnehmer (29,4%) angaben, in einem Ort bis 10.000 Einwohner zu leben, wohnen 59 (27,1%) in einem Ort zwischen 10.001 und 50.000 Einwohnern, 52 (23,9%) hingegen in einem Ort zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner und 43 (19,7%) in einer Stadt ab 250.001 Einwohnern. Einen Überblick zu der Verteilung verschafft folgende Abbildung 39:

Einwohner Wohnort	Anzahl	Anteil
Bis 10.000	64	29,4%
10.001–50.0000	59	27,1%
50.001–250.000	52	23,9%
Ab 250.001	43	19,7%
Gesamt	218	100%

Abbildung 39: Verteilung der Probanden auf die vier Kategorien der Wohnorte.

Die deutsche Staatsbürgerschaft haben 219 Probanden inne. Drei Teilnehmer haben sie und eine weitere, von denen zwei über die polnische Staatsbürgerschaft einer über die rumänische Staatsbürgerschaft verfügt. Eine differenziertere Verteilung hingegen lieferte die Frage nach dem Familienstand und den Abkömmlingen der 222 Teilnehmer, von denen zwei keine Antworten angaben. Die größte Gruppe besteht aus den 127 Verheirateten (57,7%), von denen 103 Teilnehmer Abkömmlinge haben und 24 nicht. Es gaben weiterhin 71 Teilnehmer (32,3%) an, ledig zu sein, von denen sieben Abkömmlinge haben, 64 nicht. Während zwölf Probanden (5,5%) verwitwet sind, von denen neun Abkömmlinge haben und drei nicht, sind neun Teilnehmer geschieden (4,1%), von denen wiederum sechs Abkömmlinge haben und drei nicht. Einen umfassenden Überblick zum Familienstand und den Abkömmlingen der Teilnehmer gibt folgende Abbildung 40:

Familienstand	Anzahl	Anteil	Abkömmlinge	Keine Abkömmlinge
Ledig	71	32,3%	7	64
Verheiratet	127	57,7%	103	24
Verpartnert	1	0,5%	0	1
Verwitwet	12	5,5%	9	3
Geschieden	9	4,1%	6	3
Gesamt	220	100%	125	95

Abbildung 40: Verteilung der Probanden auf ihren Familienstand und ihre Abkömmlinge.

An der Frage zum Bildungsabschluss haben von den insgesamt 222 Teilnehmern 219 teilgenommen. Die hiervon größte Gruppe sind diejenigen 93 (42,5%) mit einem Fachhochschulabschluss oder höher, während 21 (9,6%) einen Abschluss bis maximal zur Realschule und die übrigen 105 Teilnehmer (48%) ihren Bildungsabschluss als zwischen diesen beiden Segmenten liegend angegeben haben. Zur dezidierten Aufschlüsselung hilft die Abbildung 41:

Bildungsabschluss	Anzahl	Anteil
Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule	1	0,5%
Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Realschulabschluss	20	9,1%
Abgeschlossenes Berufsgrundbildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abgeschlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule	40	18,3%
Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule	38	17,4%
Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie	27	12,3%
Fachhochschulabschluss, Diplom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promotion (Doktorprüfung)	93	42,5%
Gesamt	219	100%

Abbildung 41: Verteilung der Probanden auf ihren Berufsabschluss.

Auf die Frage, ob die Teilnehmer in einem Pflegeheim oder einer vergleichbaren Einrichtung wohnen, gaben dies elf Personen als zutreffend an. Darüber hinaus gab ein Teilnehmer an, an einer Alterskrankheit zu leiden und die Geschäfts- bzw. die Testierfähigkeit aberkannt bekommen zu haben und daher den Fragebogen mit seinem gesetzlichen Betreuer auszufüllen.

Mangels der Antwort eines Probanden gaben 140 (63,3%) von 221 Teilnehmern an, bisher keine Vorsorgevollmacht erstellt zu haben. Während 25 Teilnehmer (11,3%) entweder einer nicht benannten Personengruppe ggü. eine Vorsorgevollmacht ausstellten oder darüber keine Angaben machen wollten, sticht die Gruppe der Ehe- bzw. Lebenspartner mit 40 Probanden (18%) und Angehörigen bzw. Verwandten mit 16 (7,2%) deutlich hervor, wie folgende Abbildung 42 darstellt:

Vorsorgevollmacht	Anzahl	Anteil
Nein	140	63,3%
Lebenspartner/Ehepartner	38	17,2%
Lebensgefährte	2	0,9%
Angehörige/Verwandte	16	7,2%
Andere	2	0,9%
Keine Angabe über Person	23	10,4%
Gesamt	221	100%

Abbildung 42: Verteilung der Personengruppen, denen eine Vorsorgevollmacht ausgestellt wurde.

Darüber hinaus erscheint durchaus interessant, das erbrechtliche Verhalten der Teilnehmer zu beleuchten. Von 222 Probanden gaben mit 83 (37,4%) über ein Drittel an, bereits eine Verfügung von Todes wegen errichtet zu haben. Davon sind 34 (15,3%) Testatoren, die ein einzelnes Testament verfasst haben, und 47 (21,2%) hervorzuheben, die ein gemeinschaftliches Testament geschlossen haben, wie folgende Abbildung 43 verdeutlicht:

Verfügungsart	Anzahl	Anteil
Ja, ein Testament (einzelne, letztwillige Verfügung)	34	15,3%
Ja, ein gemeinschaftliches Testament (Ehegattentestament; Berliner Testament)	47	21,2%
Ja, einen Erbvertrag	2	0,9%
Nein	139	62,6%
Gesamt	222	100%

Abbildung 43: Verteilung der Probanden auf die Verfügungsarten.

Von den 222 Probanden bekamen 83 die Frage nach den Gründen für ein nicht-vorhandenes Testament bzw. einen Erbvertrag nicht gestellt, weil sie bereits aktiv geworden sind. Von den übrigen 139 haben fünf die Frage nicht beantwortet. Die übrigen 134 Teilnehmer gaben demnach an, bisher kein Testament errichtet oder keinen Erbvertrag geschlossen zu haben. Während mit 87 Probanden (64,9%) die meisten von ihnen angaben, sich bisher noch keine Gedanken um den Nachlass

gemacht zu haben, gaben 29 (21,6%) an, dass sie Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen möchten, wie folgende Abbildung 44 aufzeigt:

Grund für kein Testament bzw. Erbvertrag	Anzahl	Anteil
Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht	87	64,9%
Ich möchte Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen	29	21,6%
Sonstiges	18	13,4%
Gesamt	134	100%

Abbildung 44: Probandenverteilung auf die Gründe für kein Testament bzw. keinen Erbvertrag.

Die als offen formulierte Antwort Sonstiges gaben 18 Teilnehmer (8,1%) an. Dabei machten die Probanden verschiedene Angaben, die sie als sonstige Gründe erachteten, wie „Benötige spezielle Auskünfte wegen der Erbschaftssteuer“, „Bin am Austarieren was am Besten ist“, „Frage stellt sich noch nicht“, „Gut Ding will Weile haben“, „habe noch keine Zeit gefunden“, „Habe nur eine Schwester, die erbt alles (Schulden und Guthaben)“, „Ich bin noch zu jung, um diese Entscheidung zu treffen“, „ich habe nix“, „Ich konnte es noch nicht über mich bringen“, „Mir fehlte die Zeit“, „Unentschlossen“, „Wem soll ich was vererben?“, „Wird in Kürze folgen“.¹⁴⁶⁵

Die dezidierte Auseinandersetzung mit den Gründen für ein bisher nicht erfolgtes Verfügen steht anheim, dass von insgesamt 222 Teilnehmern nur 139 diese Frage gestellt bekamen, von denen wiederum drei ohne eine Antwort verblieben, sodass mit 93 Probanden (68,4%) von 136 Teilnehmern eine ähnlich große Gruppe für sich behauptet, dass sie im Laufe ihres Lebens noch ein Testament errichten werden. Nur ein knappes Viertel mit 33 (24,3%) ist indifferent ob der noch anstehenden Verfügung und lediglich 10 Teilnehmer (7,4%) sehen von einer Testamentserrichtung bzw. einem Erbvertragsschluss ab, wie die Abbildung 45 verdeutlicht:

¹⁴⁶⁵ Sämtliche zitierte Kommentare der Teilnehmer finden sich gelistet in Anhang S.

Kommt Testament noch?	Anzahl	Anteil
Ja	93	68,4%
Nein	10	7,4%
Das weiß ich noch nicht	33	24,3%
Gesamt	136	100%

Abbildung 45: Verteilung der Probanden auf das Vorhaben noch zu verfügen.

Über den Testierort des Einzeltestaments und des gemeinschaftlichen Testaments äußerten sich 77 von 81 Teilnehmern. Dabei gaben 40 (51%) von ihnen an, zuhause testiert zu haben, wobei 30 von ihnen dabei alleine testierten und 10 von ihnen nicht. 37 (56%) Probanden hingegen testierten öffentlich bei einem Notar. Zum Aufbewahrungsort äußerten sich noch 77 Teilnehmer. Während 43 (56%) von ihnen die Verfügung zuhause aufbewahren, haben sie 29 (38%) beim Nachlassgericht eingereicht, von denen dies drei auf privatem und 26 auf dem notariellen Wege getan haben.

Das Feld Sonstiges wählten insgesamt fünf Teilnehmer (6%) aus. Während zwei von ihnen keine weiteren Angaben machten, nutzten drei Teilnehmer das offen gestellte Kommentarfeld. Hiervon gab ein Teilnehmer an, seine Bank als Hinterlegungsort gewählt zu haben. Ein Teilnehmer gab an, den Notar als Hinterlegungsort gewählt zu haben. Hier ist zu bedenken, dass es von den Teilnehmern nicht erwartet werden kann, § 34 I BeurkG und die damit verbundene Pflicht des Notars, das Testament beim Nachlassgericht in amtliche Verwahrung zu bringen, denn dies „(...) soll der Notar in einen Umschlag nehmen und diesen mit dem Prägiesiegel verschließen.“ und er „(...) soll veranlassen, daß das Testament unverzüglich in besondere amtliche Verwahrung gebracht wird.“¹⁴⁶⁶ Der Proband hatte aber ebenso angegeben, öffentlich testiert zu haben, sodass seine Antwort zu den 26 hinzuaddiert und von den fünf, die Sonstiges wählten, subtrahiert werden kann. Ein weiterer Teilnehmer gab unter Sonstiges an, ein zuhause errichtetes Testament bei einem Rechtsanwalt hinterlegt zu haben.

Von allen 81 testatorisch aktiv gewordenen Probanden gaben fünf an, sich bei der Anfertigung beeinflusst gefühlt zu haben, von denen drei angaben, dass die Beeinflussung auf Angehörige zurückzuführen sei. Bei zwei Probanden ging die Beeinflussung von anderen Personen aus.

Ihr Testament jemals geändert haben 17 Teilnehmer (21%) im Alter zwischen 21 und 75 Jahren. Ihr Altersdurchschnitt liegt bei 57 Jahren. Sie alle haben ihr Testament widerrufen, indem sie ein neues Testament geschrieben haben, also

¹⁴⁶⁶ Entgegen dem Wortlaut handelt es sich nicht nur um eine Soll-Vorschrift: „Für (öffentliche) von einem Notar (...) beurkundete Testamente sieht § 34 zwingend deren Verschließung und Verbringung in die besondere amtliche Verwahrung vor.“ (Hagena in MüKo-BGB, § 34 BeurkG Rn. 8).

durch ein Änderungstestament. Elf von ihnen (65%) haben ihr neues Testament zuhause verfasst, von denen zehn alleine testierten, einer nicht. Vier gaben sonstige Orte ohne weitere Ausführungen an und zwei verfassten ihr Änderungstestament öffentlich vor einem Notar. Von den 17 Änderungstestamenten werden zwölf zuhause aufbewahrt, drei sind beim Nachlassgericht über einen Notar und eines bei einer Bank eingereicht. Der Teilnehmer, der bereits sein Testament zuhause verfasst und beim Rechtsanwalt hinterlegte, widerrief auch zuhause und hinterlegte das neue Testament erneut bei einem Rechtsanwalt.

Lediglich zwei Personen der 222 Probanden (1%) gaben an, einen Erbvertrag geschlossen zu haben. Eine dieser Personen hat darüber hinaus aber keine personenbezogenen Daten eingetragen. Die zweite Person war zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gesund und 45 Jahre alt. Angefochten hat sie den Erbvertrag nicht.

4.3.2 Testament / Erbvertrag / Änderungen

Die Forschungsfragen (2) und (3) befassen sich zuvorderst mit dem Testierverhalten der Teilnehmer und deren Lossagungsverhalten. Zunächst soll erörtert werden, ob die personenbezogenen Angaben einen Zusammenhang zum Testierverhalten mit Blick auf die Forschungsfrage (2) aufwerfen. Einen Überblick hierzu verschafft die Abbildung 46:

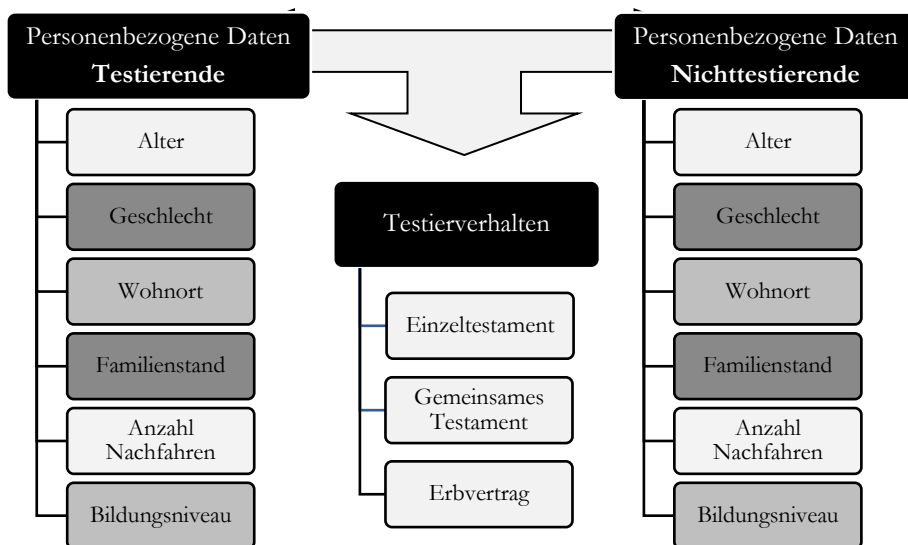


Abbildung 46: Auswirkung der personenbezogenen Variablen auf das Testierverhalten.
 Legende: □ = Intervallskala; ▒ = Ordinalskala; ■ = Nominalskala.

Bei genauer Betrachtung der letztwilligen Verfügungen im Verhältnis zu dem jeweiligen Alter der Teilnehmer ist zunächst festzustellen, dass von den 222 Probanden vier keine Antwort abgaben. Die Zuordnung der jeweiligen Altersgruppen in Bezug auf das Testierverhalten kann Abbildung 47 entnommen werden. Hier sind die tatsächlichen Rückmeldungen dargestellt und jeweils die prozentuale Verteilung der Testierenden und Nichttestierenden im Verhältnis zueinander je Altersgruppe differenziert. Auffällig ist, dass der Anteil der Testierenden je Altersgruppe steigt, von 7% in der Alterskategorie 19–32 bis hin zu 71% in der höchsten Altersgruppe der 78–91-jährigen.

Verfügungsart \ Alter	Alter					Gesamt
	19-32	33-47	48-62	63-77	78-91	
Einzelnes Testament	3	4	11	9	7	34
Gemeinschaftliches Testament	1	3	15	16	10	45
Erbvertrag	0	0	0	1	0	1
Gesamt Testierende	4	7	26	26	17	80
Anteil Testierende	7%	18%	49%	57%	71%	37%
Nichttestierende	53	31	27	20	7	138
Anteil Nichttestierende	93%	82%	51%	43%	29%	63%
Gesamt	57	38	53	46	24	218

Abbildung 47: Kombinierte Darstellung von Verfügungsarten und dem Alter der Teilnehmer.

Zur statistischen Begutachtung eines möglichen Zusammenhangs zwischen den personenbezogenen Daten und dem Testierverhalten wurden die Probanden in die zwei Gruppen der Testierenden und der Nichttestierenden gegliedert. Hierbei wurden die Verfügungsarten des Einzeltestaments, des gemeinschaftlichen Testaments und des Erbvertrags zu der übergeordneten Kategorie der Testierenden zusammengefasst. Auffällig ist, dass in der Gruppe der Testierenden ein höheres Alter ($M=63,4$, $SD=15,1$) beobachtet wurde als in der Gruppe der Nichttestierenden ($M=44,1$, $SD=18,3$). Diese Differenz konnte als signifikant mit $t(190)=8,4$; $p \leq .001$ nachgewiesen werden. Dabei liegt die Effektstärke bei $r=.500$, was einem starken Effekt entspricht.

Mit Blick auf das Geschlecht lässt sich festhalten, dass 71,3% aller weiblichen Probanden bisher nicht verfügt haben, bei den männlichen Teilnehmern lediglich 58%, wie Abbildung 48 darstellt:

Geschlecht \ Testierverhalten	Testierende	Nichttestierende	Gesamt
	Anzahl weiblich	23	57
Anteil innerhalb von Geschlecht	28,8%	71,3%	100%
Anzahl männlich	59	81	140
Anteil innerhalb von Geschlecht	42,1%	57,9%	100%
Gesamt	82	138	220
Anteil innerhalb von Geschlecht	37,3%	62,7%	100%

Abbildung 48: Auswirkung des Geschlechts auf das Testierverhalten.

Es besteht ein schwacher aber dennoch signifikanter Zusammenhang zwischen dem Geschlecht und dem Testierverhalten ($\chi^2(1)=3,91$, $p=.048$, $CramersV=-.133$, $p=.048$). Anders verhält es sich bei der Analyse des Wohnortes der Teilnehmer, dessen Auswirkung auf das Testierverhalten Abbildung 49 darstellt:

Wohnort \ Testierverhalten	Testierende	Nichttestierende	Gesamt
	Bis 10.000	27	37
10.001 bis 50.000	23	36	59
50.001 bis 250.000	18	34	52
Ab 250.001	14	29	43
Gesamt	82	136	218

Abbildung 49: Auswirkung des Wohnorts auf das Testierverhalten.

Der Median liegt in beiden Gruppen identisch bei der zweiten Wohnortkategorie von 10.001 bis 50.000 Einwohner. Hierbei bildeten die jeweiligen Wohnorte aber keine signifikante Korrelation zu dem Testierverhalten der Teilnehmer ($U=5085$; $p=.260$).

Mit Blick auf den Familienstand der Teilnehmer ist hingegen zu konstatieren, dass Ledige zu 86% noch nicht verfügt haben und Geschiedene zu 78% nicht. Lediglich in der Gruppe der Verheirateten ist das Verhältnis ausgeglichen, da 51% der Teilnehmer bereits eine Verfügung getroffen haben. Somit stellen die Verheirateten auch die einzige Gruppe der Familienstände dar, in welcher mehr Verfügende als Nichtverfügende existieren. Bei der Beantwortung der Frage nach dem Familienstand ($N=78$) verteilten sich die Antworten derartig, dass in 4 von 18

möglichen Feldern eine Anzahl von fünf Antworten nicht erreicht wird, wie Abbildung 50 verdeutlicht. Aus diesem Grund kann hier keine weiterführende, statistische Analyse zur Berechnung der Signifikanz zu Hilfe genommen werden.

Familienstand	Testierverhalten	Testierende	Nichttestierende	Gesamt
Ledig	Anzahl	10	61	71
	Anteil innerhalb von Familienstand	14,10%	85,90%	100%
Verheiratet	Anzahl	65	62	127
	Anteil innerhalb von Familienstand	51,20%	48,80%	100%
Verpartnert	Anzahl	0	1	1
	Anteil innerhalb von Familienstand	0,00%	100%	100%
Verwitwet	Anzahl	5	7	12
	Anteil innerhalb von Familienstand	41,70%	58,30%	100%
Geschieden	Anzahl	2	7	9
	Anteil innerhalb von Familienstand	22,20%	77,80%	100%
Gesamt	Anzahl	82	138	220
	Anteil innerhalb von Familienstand	37,30%	62,70%	100%

Abbildung 50: Auswirkung des Familienstands auf das Testierverhalten.

Vielversprechender hingegen erscheint eine Analyse über den Zusammenhang zwischen dem Testierverhalten der Teilnehmer und ihrer vorhandenen Abkömmlinge. Die Abbildung 51 verdeutlicht, dass 82% derjenigen Probanden ohne Abkömmlinge weder testamentarisch noch erbrechtlich verfügt haben. Der Anteil derjenigen Probanden, die Abkömmlinge haben, und auch noch nicht verfügt haben, liegt bei nur 48%. Die übrigen 52% von ihnen haben bereits Verfügungen getroffen. Von ihnen haben 34% ein gemeinschaftliches Testament errichtet, 17% hingegen ein Einzeltestament und lediglich 2% einen Erbvertrag.

Testierverhalten Abkömmlinge	Ja, ein Testament	Ja, ein gemeinschaftliches Testament	Ja, einen Erbvertrag	Nein	Gesamt
Anzahl Abkömmlinge	21	42	2	60	125
Anteil innerhalb von Abkömmlinge	16,80%	33,60%	1,60%	48,00%	100%
Anzahl Keine Abkömmlinge	13	4	0	78	95
Anteil innerhalb von Keine Abkömmlinge	13,70%	4,20%	0,00%	82,10%	100%
Anzahl Gesamt	34	46	2	138	220

Abbildung 51: Auswirkung vorhandener Abkömmlinge auf das Testierverhalten.

Über das Vorhandensein von Abkömmlingen hinaus wurden die Teilnehmer auch nach der Anzahl ihrer Abkömmlinge gefragt. Die Summe der vorhandenen Abkömmlinge wurde ebenso auf einen Zusammenhang zum Testierverhalten hin untersucht. Hierbei konnte beobachtet werden, dass die Gruppe derer, die bereits eine Verfügung traf, eine höhere Anzahl an Abkömmlingen hat ($M=3,1$, $SD=2,8$), als diejenige ohne Verfügung ($M=1,2$, $SD=2,1$). Dieser Unterschied konnte mit $t(139)=5,4$; $p \leq .001$ als signifikant nachgewiesen werden. Die Effektstärke liegt bei $r=.771$ und entspricht einem starken Effekt. Zu beachten ist im Zusammenhang mit der Effektstärke allerdings, dass das Alter der Probanden positiv mit der Anzahl vorhandener Abkömmlinge korreliert ($r=.547$, $p \leq .001$, $N=218$).

Mit Blick auf das Bildungsniveau der Teilnehmer lässt sich erkennen, dass der Median in beiden Gruppen identisch bei der zweithöchsten Kategorie der Bildungsabschlüsse an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie liegt. Das Bildungsniveau unterscheidet sich nicht signifikant in Bezug auf die Testierenden und Nichttestierenden ($U=5434$, $p=.673$), wie folgende Abbildung 52 verdeutlicht.

Bildungsniveau	Testierverhalten		Gesamt
	Testieren	Nicht-testieren	
Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule	0	1	1
Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Realschulabschluss	9	11	20
Abgeschlossenes Berufsgrundbildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abgeschlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule	15	25	40
Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule	13	25	38
Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie	12	15	27
Fachhochschulabschluss, Diplom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promotion (Doktorprüfung)	33	60	93
Gesamt	82	137	219

Abbildung 52: Auswirkung des Bildungsniveaus auf das Testierverhalten.

Da lediglich zwei Probanden einen Erbvertrag errichtet, diesen aber nicht angefochten haben, müssen deren Antworten mangels Varianz für die Analyse außer Betracht bleiben.

Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass nicht alle Teilnehmer alle personenbezogenen Fragen beantwortet haben, sodass die Stichprobengröße je Merkmal zwischen 218 und 222 liegt bzw. bei Unteranalysen wie der Analyse innerhalb der Gruppe der Testierenden noch weitaus geringer ausfällt.

Mit Blick auf die Forschungsfrage (3) soll nun die Gruppe derjenigen, die bereits eine Verfügung getroffen hat ($N=83$), in Bezug auf ihr Lossagungsverhalten näher betrachtet werden. Für eine dezidierte Auseinandersetzung über den Einfluss der personenbezogenen Antworten auf das Widerrufsverhalten ist es erforderlich, die Gruppe derer, die widerrufen haben, mit der Gruppe, die testiert, aber nicht widerrufen hat, in Bezug auf ihre persönlichen Angaben hin zu vergleichen. Einen Blick auf die skalenverschiedenen, personenbezogenen Variablen beider Gruppen in Bezug auf ihr Lossagungsverhalten ermöglicht die folgende Abbildung 53:

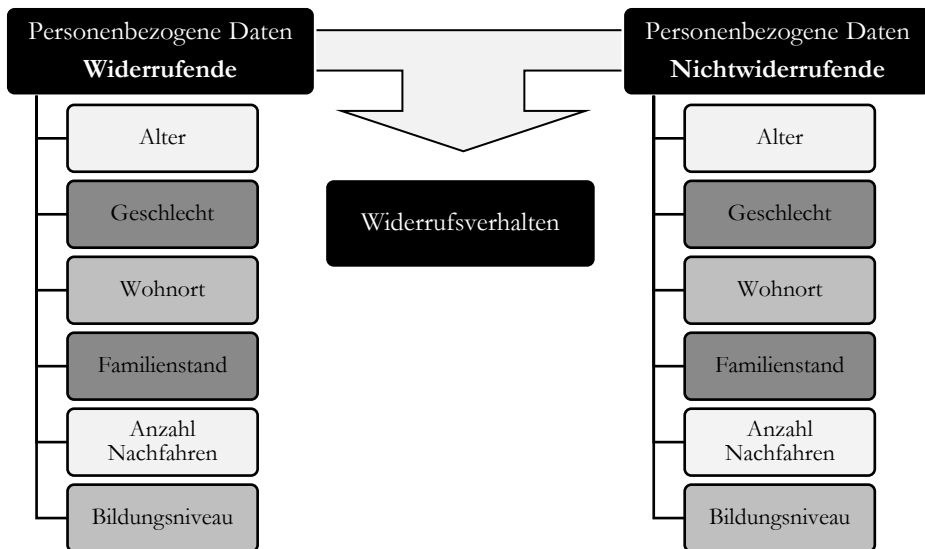


Abbildung 53: Auswirkung der personenbezogenen Variablen auf das Lossagungsverhalten.

Legende: = Intervallskala; = Ordinalskala; = Nominalskala.

Es ist also explizit danach zu fragen, ob das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein bzw. die Anzahl der Abkömmlinge oder das Bildungsniveau einen inneren Zusammenhang zum Widerruf eines Testaments aufweist, weil unterschiedliche Angaben hierüber möglicherweise das Nichtändern einer Verfügung determinieren.

Mit 17 der 83 Probanden gaben lediglich 20% an, ihr Testament jemals widerrufen zu haben. Keine Antwort entfiel darauf, dass ein Testament angefochten worden ist.

Hierzu ist das Alter als mögliches Differenzierungskriterium heranzuziehen. Es ist festzustellen, dass das Durchschnittsalter der Widerrufenden ($Md=57$) elf Jahre unterhalb des Durchschnittsalters derer, die ihre Verfügung bisher nicht widerrufen haben, liegt ($Md=67$). Dieser Unterschied konnte mit $U=333$, $z=-2.175$, $p=.030$, $r=-.248$ als signifikant nachgewiesen werden, der eine kleine bis mittlere Effektstärke aufweist. Auffallend niedrig ist das Testialter der Widerrufenden, da diese bereits im Durchschnitt mit $M=43$ Jahren testiert haben.

Das Geschlecht der Teilnehmer hingegen ist in beiden Gruppen mit $\chi^2(1)=0,37$, $p=.542$, $CramersV=.069$, $p=.542$ als nicht signifikant einzuordnen.

Auch lässt der Wohnort keine signifikante Differenzierung zum Festhaltinteresse oder Lossagungsinteresse zu, weil es sich mit $U=478$, $p=.611$ bei beiden Gruppen um einen gleichen Median ($Md=2$) handelt, der Durchschnitt also durch Orte von 10.001 bis 50.000 Einwohnern abgebildet wird.

Bei der Beantwortung der Frage nach dem Familienstand ($N=78$) verteilten sich die Antworten derartig, dass in sechs von acht möglichen Feldern eine Anzahl von fünf Antworten nicht überschritten wird, wie folgende Abbildung 54 verdeutlicht. Aus diesem Grund ist eine statistische Berechnung der Signifikanz nicht möglich. Ersichtlich ist aber, dass die Anzahl der widerrufenden und nichtwiderrufenden Ledigen ausgeglichen ist. Während bei den Verheirateten 82% der Teilnehmer die Verfügung nicht geändert haben, intensiviert sich dieser Wert bei den Verwitweten auf 100%.

Familienstand		Widerrufsverhalten		Gesamt
		Ja	Nein	
Ledig	Anzahl	5	5	10
	Anteil innerhalb von Familienstand	50%	50%	100%
Verheiratet	Anzahl	11	50	61
	Anteil innerhalb von Familienstand	18%	82%	100%
Verwitwet	Anzahl	0	5	5
	Anteil innerhalb von Familienstand	0%	100%	100%
Geschieden	Anzahl	1	1	2
	Anteil innerhalb von Familienstand	50%	50%	100%
Gesamt	Anzahl	17	61	78
	Anteil innerhalb von Familienstand	21,8%	78,2%	100%

Abbildung 54: Auswirkung des Familienstands auf das Widerrufsverhalten.

Die vierte personenbezogene Variable betrifft das Vorhandensein bzw. die Anzahl von Abkömmlingen. Wenngleich zwischen den Widerrufenden ($Md=2$) und den Nichtwiderrufenden ($Md=3$) eine Differenz besteht, ist diese mit $U=470$, $p=.500$ als nicht signifikant einzuordnen.

Vielversprechender erscheint das Bildungsniveau der Teilnehmer für einen möglichen Zusammenhang zu sein. Einen Blick auf die Verteilung der Probanden zu den jeweiligen Items unterstützt folgende Abbildung 55:

Bildungsniveau	Widerrufsverhalten	Widerrufen?		Gesamt
		Ja	Nein	
Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule	Anzahl	0	0	0
	Anteil innerhalb von Abschluss	0%	0%	0%
Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Real-schulabschluss	Anzahl	1	8	9
	Anteil innerhalb von Abschluss	11,1%	88,9%	100%
Abgeschlossenes Berufsgrund-bildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abge-schlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule	Anzahl	2	13	15
	Anteil innerhalb von Abschluss	13,3%	86,7%	100%
Fachhochschulreife, Hoch-schulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule	Anzahl	1	11	12
	Anteil innerhalb von Abschluss	8,3%	91,7%	100%
Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheits-wesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie	Anzahl	1	9	10
	Anteil innerhalb von Abschluss	10,0%	90,0%	100%
Fachhochschulabschluss, Dip-lom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promo-tion (Doktorprüfung)	Anzahl	12	20	32
	Anteil innerhalb von Abschluss	37,5%	62,5%	100%

Abbildung 55: Auswirkung des Bildungsniveaus auf das Widerrufsverhalten.

Dabei unterscheidet sich die Gruppe der Widerrufenden ($Md=6$) ggü. der Gruppe der Nichtwiderrufenden ($Md=4$). Das unterschiedliche Bildungsniveau zwischen beiden Gruppen ist mit $U=329$, $\xi=-2.395$, $p=.017$, $r=-.271$ als signifikant einzuordnen, was einem kleinen bis mittleren Effekt entspricht.

4.3.3 Zielfragen

Um die Forschungsfragen (4), (5) und (6) hinreichend zu beantworten, sind die Antworten der Teilnehmer auf die Meinungsfragen von besonderem Interesse. Von den 222 Teilnehmern haben sich stets mindestens 211 und maximal 214 Teilnehmer mit Antworten an die Zielfragen gewendet. Zunächst soll ein Über-

blick über das Antwortverhalten der Probanden geschaffen werden. Hierzu wird ein Boxplot zu den Antworten der Fragen 49 bis 54 erstellt, bei dem die jeweiligen Boxen um die Mediane 50% der Antworten abbilden. Dieser ist in Abbildung 56 dargestellt. Hier ist zuvorderst ersichtlich, dass die jeweiligen Boxen der Fragen 49 und 54 ähnliche Größen aufweisen und sich beide stark von den Boxen der Fragen 50 bis 53 unterscheiden. In Anbetracht der Tatsache, dass die Skalenmitte aller Fragen stets bei 3,5 und die jeweiligen Mediane der Fragen 49, 50, 51 und 53 bei $Md=4$ liegen, spricht dies grds. für eine positive Beantwortung der vier Fragen. Hierbei ist zu beachten, dass in Frage 49 das Minimum der Box bei $y=3$ liegt und daher der zustimmende Effekt verstärkt wird. Dies trifft in negativer Hinsicht auf Frage 56 zu, während die übrigen vier eine breiter angelegte Box aufweisen.

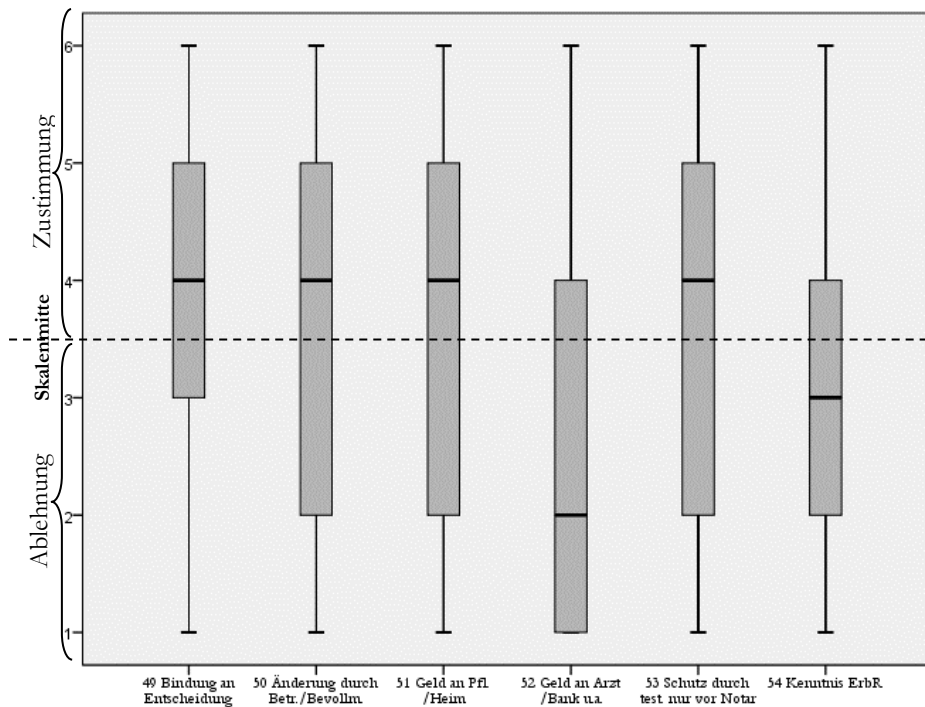


Abbildung 56: Antwortverhalten Probanden in Bezug zu den Zielfragen 49-54.

Legende: 1=Stimme überhaupt nicht zu; 2=Stimme nicht zu; 3=Stimme eher nicht zu; 4=Stimme eher zu; 5=Stimme zu; 6=Stimme in vollem Umfang zu.

Zum tieferen Verständnis und zur detaillierten Darstellung der Zielfragen und deren Verteilung auf die jeweiligen Antworten dient die Abbildung 57. Während bei der Frage nach einer ewigen Bindung an die eigene Entscheidung, bevor sie jemand anderes verändern könnte, ein starkes Übergewicht in Richtung Zustimmung ewiger Bindung von 141 (66,2%) zu 72 (33,8%) zu verzeichnen ist, spricht

hierfür auch die Tendenz bei der Beantwortung der Frage, ob ein Betreuer oder Bevollmächtigter im Falle der Testierunfähigkeit stellvertretend das Testament verändern dürfte, da hier immerhin 121 (56,5%) zu 93 (43,5%) einer Veränderung zustimmten. Die mittlere Stufe der Zustimmung erreichte mit 58 Antworten sogar den dritthöchsten Realwert aller Zielfragenwerte.

Noch ausgeglichener hingegen verhält es sich bei der Frage, ob es gestattet sein sollte dem Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas vererben zu dürfen, da 108 (50,5%) eine solche Erlaubnis befürworten, 106 (49,5%) hingegen nicht. Eine Absage in dieser Konstellation erfährt die weitere Personengruppe der Bankangestellten, Ärzte oder Vermögensberater, denen lediglich 61 (28,8%) Teilnehmer etwas vererben wollen dürften, wohingegen 151 (71,2%) eine solche Erlaubnis ablehnen. Darüber hinaus stellt die einfache Ablehnung dieser Aussage mit 67 Teilnehmern den zweithöchsten Realwert der Meinungsfragen dar.

Bei der Maßgabe, den letzten Willen dadurch zu stärken, künftig nur noch öffentlich testieren zu dürfen, stimmten 108 (50,7%) Teilnehmer der Aussage zu, 105 (49,3%) hingegen würden selbst die Erlaubnis nicht gutheißen. Einen umfassenden Blick auf das Antwortverhalten zu den Zielfragen ermöglicht folgende Abbildung 57:

Zielfragen	Stimme über- haupt nicht zu	Stimme nicht zu	Stimme eher nicht zu	Stimme eher zu	Stimme zu	Stimme in vollem umfang zu
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Frage 49: „lieber bin ich an meine entscheidung ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“	11	28	33	40	54	47
	72			141		
Frage 50: „wenn mein betreuer oder bevollmächtigter sicher weiss, dass eine inhaltliche änderung des testaments meinem willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen, wenn ich dazu nicht mehr in der lage bin.“	31	37	25	44	58	19
	93			121		
Frage 51: „wenn ich in einem pflegeheim oder einer ähnlichen einrichtung wohnen würde, so sollte es mir gestattet sein, meinem pfleger, meiner pflegerin oder der einrichtung geld vererben zu können.“	40	38	28	42	47	19
	106			108		
Frage 52: „es sollte mir gestattet sein, meiner/m bankangestellte/n, arzt/ärztin oder vermögensberater/in geld vererben zu können.“	55	67	29	21	29	11
	151			61		
Frage 53: „der schutz des letzten willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem notar testieren zu dürfen.“	31	39	35	45	41	22
	105			108		
Frage 54: „ich kenne mich mit dem deutschen erb- und testamentsrecht aus.“	20	42	53	44	39	12
	115			95		

Abbildung 57: Verteilung der Antworten auf die Meinungsfragen.

Zur detaillierteren Betrachtung der absoluten und relativen Verteilung der Antworten auf die Zielfragen werden diese im Folgenden anhand der einzelnen Fragen näher beleuchtet.

Bei der Frage, ob man lieber ewig an eine Entscheidung gebunden sein würde, bevor jemand anderes diese verändern könnte, beteiligten sich $N=213$ Teilnehmer. Von den Antwortoptionen bekam „Stimme zu“ mit 54 die meisten Antworten, der Median hingegen lag bei „Stimme eher zu“ ($M=4$, $SD=1,5$), wie Abbildung 58 darstellt.

Frage 49: „Lieber bin ich an meine Entscheidung ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	11	5,2%
Stimme nicht zu	28	13,1%
Stimme eher nicht zu	33	15,5%
Stimme eher zu	40	18,8%
Stimme zu	54	25,4%
Stimme in vollem Umfang zu	47	22,1%
Gesamt	213	100%

Abbildung 58: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 49.

Ob ein Betreuer oder Bevollmächtigter das Testament ändern darf, wenn er sicher wüsste, dass die Änderung dem Willen des Testators entspricht, und der Testator zur Änderung nicht mehr in der Lage ist, beurteilten $N=214$ Probanden. Auch hier entfielen mit 58 Stimmen die meisten Antworten auf die Option „Stimme zu“, wobei auch hier der Median bei „Stimme eher zu“ aufzufinden ist ($Md=4$, $SD=1,6$), wie Abbildung 59 belegt.

Frage 50: „Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine inhaltliche Änderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen, wenn ich dazu nicht mehr in der Lage bin.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	31	14,5%
Stimme nicht zu	37	17,3%
Stimme eher nicht zu	25	11,7%
Stimme eher zu	44	20,6%
Stimme zu	58	27,1%
Stimme in vollem Umfang zu	19	8,9%
Gesamt	214	100%

Abbildung 59: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 50.

Der Möglichkeit, dem Pflegepersonal bzw. der Einrichtung Geld vererben zu können, standen von $N=214$ Probanden mit 47 und der Antwort „Stimme zu“ die

meisten Teilnehmer offen ggü., wobei auch hier der Median bei „Stimme eher zu“ verhaftet ist ($Md=4$, $SD=1,6$), wie Abbildung 60 verdeutlicht.

Frage 51: „Wenn ich in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde, so sollte es mir gestattet sein, meinem Pfleger, meiner Pflegerin oder der Einrichtung Geld vererben zu können.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	40	18,7%
Stimme nicht zu	38	17,8%
Stimme eher nicht zu	28	13,1%
Stimme eher zu	42	19,6%
Stimme zu	47	22%
Stimme in vollem Umfang zu	19	8,9%
Gesamt	214	100%

Abbildung 60: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 51.

Bei der Einbeziehung weiterer nahestehender Berufsgruppen hingegen liegt nicht nur der Maximalwert mit 67 der $N=212$ Teilnehmer bei der Antwortoption „Stimme nicht zu“, hier ist zugleich auch der Median zu finden, wie es Abbildung 61 darstellt.

Frage 52: „Es sollte mir gestattet sein, meiner/m Bankangestellte/n, Arzt/Ärztin oder Vermögensberater/in Geld vererben zu können.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	55	25,9%
Stimme nicht zu	67	31,6%
Stimme eher nicht zu	29	13,7%
Stimme eher zu	21	9,9%
Stimme zu	29	13,7%
Stimme in vollem Umfang zu	11	5,2%
Gesamt	212	100%

Abbildung 61: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 52.

Ausgeglichenere verhielt es sich, wie Abbildung 62 zeigt, bei der Beurteilung, ob künftig zum Schutz des letzten Willens nur noch vor einem Notar testiert werden dürfte. Von den $N=213$ Teilnehmern lag der Median bei der Option „Stimme eher zu“ ($Md=4$, $SD=1,6$).

Frage 53: „Der Schutz des letzten Willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	31	14,6%
Stimme nicht zu	39	20%
Stimme eher nicht zu	35	16,4%
Stimme eher zu	45	21,1%
Stimme zu	41	19,2%
Stimme in vollem Umfang zu	22	10,3%
Gesamt	213	100%

Abbildung 62: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 53.

Die Frage nach einer Selbsteinschätzung über die Kenntnis des deutschen Erbrechts beantworteten von $N=210$ Teilnehmern die überwiegende Anzahl ablehnend, wie Abbildung 63 verdeutlicht. Auch der Median liegt in der Antwortmöglichkeit „Stimme eher nicht zu“ ($Md=3$, $SD=1,4$).

Frage 54: „Ich kenne mich mit dem deutschen Erb- und Testamentsrecht aus.“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Stimme überhaupt nicht zu	20	9,5%
Stimme nicht zu	42	20%
Stimme eher nicht zu	53	25,2%
Stimme eher zu	44	21%
Stimme zu	39	18,6%
Stimme in vollem Umfang zu	12	5,7%
Gesamt	210	100%

Abbildung 63: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 54.

Außer Acht gelassen wurden bisher die Antworten der Probanden zu den Zielfragen 55 und 56. Zur ihrer näheren Betrachtung muss zunächst angemerkt werden, dass bei der Befragung eine andere Skalierung gewählt wurde, als bei den zuvor beschriebenen Zielfragen 49 bis 54. Die Antworten der Probanden zu Frage 55 werden zunächst gruppiert nach dem Wunsch einer Altersgrenze einerseits und deren Ablehnung andererseits. Von den Befragten haben 211 Probanden die Frage 55 beantwortet, lediglich 49 Personen haben eine Angabe zu dem erwünschten Alter als Grenze angegeben. Demnach sprechen sich 162 Personen gegen eine Altersgrenze beim Testieren aus, was 77% entspricht. Die übrigen 23% derer, die eine Grenze für richtig halten, votieren hierbei mit acht Teilnehmern für 70 Jahre (16%), mit 23 für 80 Jahre (47%), mit 16 für 90 Jahre (33%) und mit zwei Stimmen für 100 Jahre (4%). Eine Übersicht hierzu liefert Abbildung 64.

Frage 55: „Es sollte eine Altersgrenze geben, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist, wenn die Testierfähigkeit nicht bewiesen wird. Diese Grenze liegt...“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Keine Grenze	162	76,8%
Grenze	49	23,2%
Bei 70 Jahren	8	16,3%
Bei 80 Jahren	23	46,9%
Bei 90 Jahren	16	32,7%
Bei 100 Jahren	2	4,1%
Gesamt	211	100%

Abbildung 64: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 55.

Zur Bewertung des deutschen Erb- und Testamentsrechts machten von den N=214 Teilnehmern 51,4% keine Angabe, wie Abbildung 65 belegt. Mit 35,5% bestätigte über ein Drittel der Teilnehmer, dass es gut sei, wie es ist. Nur 28 Teilnehmer (13,1) sehen Änderungsbedarf.

Frage 56: „Wie bewerten Sie unser geltendes Erb- und Testamentsrecht?“	Häufigkeit	Prozentualer Anteil
Es ist gut so, wie es ist	76	35,5%
Keine Angabe	110	51,4%
Ich sehe Änderungsbedarf	28	13,1%
Gesamt	214	100%

Abbildung 65: Detaillierte Darstellung der Antworten zur Zielfrage 56.

Eine größere Aussagekraft gewinnen die o.g. Daten jedoch erst, wenn sie mit anderen Variablen kombiniert werden. Insbesondere mit der Forschungsfrage (5) ist danach gefragt, ob die personenbezogenen Daten, also das Alter, das Geschlecht, der Wohnort, der Familienstand, das Vorhandensein von Abkömmlingen oder das Bildungsniveau eine Auswirkung auf den Wunsch nach mehr Flexibilität oder dem Bedürfnis, dem eigenen Betreuungspersonal oder weiteren, nahestehenden Personengruppen, etwas zu vermachen, haben. Einen Blick über die verschiedenen zu verknüpfenden Elemente gibt Abbildung 66:

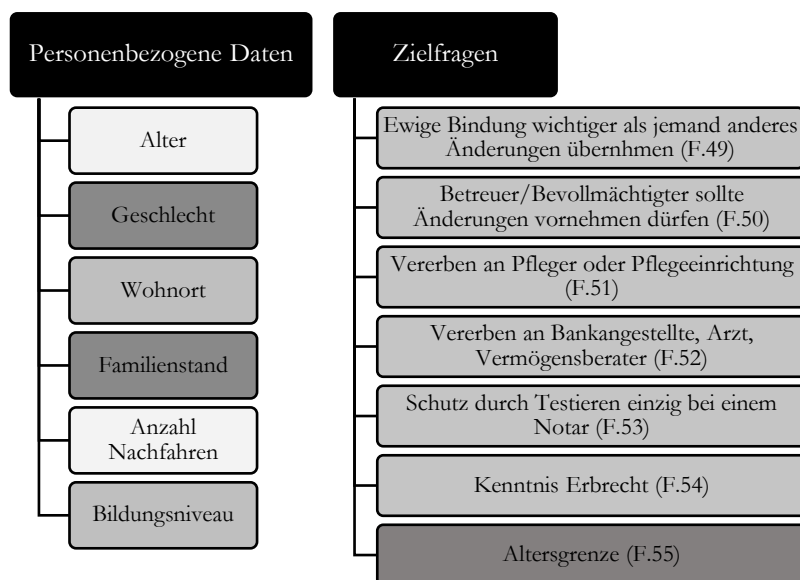


Abbildung 66: Visualisierung der untersuchten Variablen zu Forschungsfrage (5).
 Legende: = Intervallskala; = Ordinalskala; = Nominalskala.

Bei den sechs personenbezogenen Angaben wird deutlich, dass es sich jeweils um zwei ordinal-, nominal- und intervallskalierte Variablen handelt. Werden die ordinal- und intervallskalierten Variablen mit den Zielfragen 49 bis 54 konfrontiert, wird die Rangkorrelation nach *Spearman* angewandt. *Pearson* χ^2 wird auf die Zusammenhänge zwischen dem Geschlecht bzw. Familienstand einerseits und den Zielfragen 49 bis 54 andererseits, sowie auf sämtliche, personenbezogenen Angaben in Zusammenhang zu Zielfrage 55 angewandt.

Folgende Abbildung 67 zeigt die Ergebnisse der *Spearman*-Rangkorrelation. Zunächst fällt auf, dass insbesondere das Alter hoch signifikant mit drei der sechs Zielfragen korreliert, sowie die Anzahl der Abkömmlinge mit einer der Zielfragen. Die signifikanten Zusammenhänge sind farblich hervorgehoben. Allerdings ist zu beachten, dass die Effektstärken, dargestellt als Korrelationskoeffizient, im kleinen bis mittleren Bereich liegen. Das Alter korreliert negativ mit der Idee, Geld an Pflegepersonal bzw. Einrichtungen ($r_s = -.245$, $p \leq .001$) oder Bankangestellte ($r_s = -.232$, $p = .001$) vererben zu dürfen. Je älter die Probanden sind, desto weniger sind sie daher bereit, einer Erlaubnis zuzustimmen, dem Pflegepersonal, der Einrichtung oder weiteren Personengruppen wie z.B Bankangestellten, Ärzten oder Vermögensberatern etwas vermachen zu können. Weiterhin besteht eine positive Korrelation zwischen dem Alter und der Selbsteinschätzung zur Kenntnis des deutschen Erbrechts ($r_s = .196$, $p = .005$). Je älter daher die Probanden sind, desto eher schätzen sie sich als kenntnisreich in Bezug auf das deutsche Erbrecht ein.

Neben dem Alter korreliert auch die Anzahl der Abkömmlinge mit dem Wunsch, Geld an Pflegepersonal bzw. Einrichtungen zu vererben negativ ($r_s = -.216$, $p \leq .001$). Je mehr Kinder die Probanden demnach haben, desto weniger besteht ein Bedürfnis danach, Pflegepersonal oder einer Einrichtung etwas vermachen zu können. Hier muss allerdings berücksichtigt werden, dass das Alter stark mit der Anzahl der Abkömmlinge ($r_s = .547$, $p \leq .001$) korreliert, wie bereits in Kapitel 4.3.2 dargelegt wurde.

Bei allen weiteren personenbezogenen Angaben konnten keine signifikanten Zusammenhänge zu den Zielfragen 49 bis 54 festgestellt werden.

Personenbezogene Angaben		Zielfragen		Bin-	Ände-	Geld an	Geld an	Test.	Kennt-
		dung an	rung	durch	an	an	nur vor	nis	
		Ent-	Ände-	Betr./B	Pfl./He	Arzt	u.a.	Notar	ErbR
		schei-	run-	evollm.	im	u.a.	u.a.	Notar	ErbR
		dung	g						
		(F.49)	(F.50)	(F.51)	(F.52)	(F.53)	(F.54)	(F.53)	(F.54)
Alter	Korrelationskoeffizient	0,001	-0,108	-,245**	-,232**	0,056	,196**		
	Sig. (2-seitig)	0,984	0,117	0,000	0,001	0,417	0,005		
	N	210	211	211	209	210	207		
Wohnort	Korrelationskoeffizient	0,082	0,069	0,071	0,072	0,039	0,023		
	Sig. (2-seitig)	0,238	0,322	0,302	0,302	0,579	0,738		
	N	210	211	211	209	210	207		
Anzahl Abkömmlinge	Korrelationskoeffizient	-0,036	0,006	-,216**	-0,084	0,072	0,127		
	Sig. (2-seitig)	0,601	0,932	0,001	0,223	0,294	0,067		
	N	213	214	214	212	213	210		
Abschluss	Korrelationskoeffizient	-0,117	-0,018	-0,087	0,083	-0,122	0,108		
	Sig. (2-seitig)	0,090	0,793	0,209	0,235	0,079	0,122		
	N	210	211	211	209	210	207		

Abbildung 67: Signifikanzen in der Korrelation personenbezogener Angaben und Zielfragen.

Legende: ** = Die Korrelation ist auf dem 0,001 Niveau signifikant (zweiseitig); * = Die Korrelation ist auf dem 0,05 Niveau signifikant (zweiseitig).

Aufgrund der vielseitigen Verteilung von Antworten innerhalb der personenbezogenen Variablen des Familienstands, kann der Zusammenhang mit den Zielfragen 49 bis 54 nicht mithilfe des *Pearson* χ^2 ausgewertet werden. Es besteht ein signifikanter Zusammenhang zwischen dem Geschlecht der Teilnehmer und der Idee, auch Pflegepersonal bzw. Einrichtungen etwas vererben zu können (*Pearson* χ^2 (5)=13,761, $p=.017$, *Cramers* $V=2.55$, $p=.017$). Wie in Kapitel 4.2.2.2 beschrieben kann nur ein Zusammenhang, nicht aber die Richtung mittels *Pearson* χ^2 berechnet werden. Auch besteht zwischen dem Geschlecht der Probanden und den übrigen Zielfragen kein signifikanter Zusammenhang. Ebenso konnte kein Zusammenhang zwischen der Angabe, ob eine Altersgrenze gewünscht ist zu den personenbezogenen Angaben bestätigt werden.

Zur Beantwortung der Forschungsfrage (6), also insbesondere ob und ggf. in welcher Weise mit Blick auf das Testieren ein höheres Schutzniveau oder mehr Flexibilität erwünscht ist, sind die Antworten zu den Meinungsfragen der Teilnehmer wie in Abbildung 68 dargestellt ins Verhältnis zu setzen, um einen möglichen Zusammenhang erkennen zu lassen.

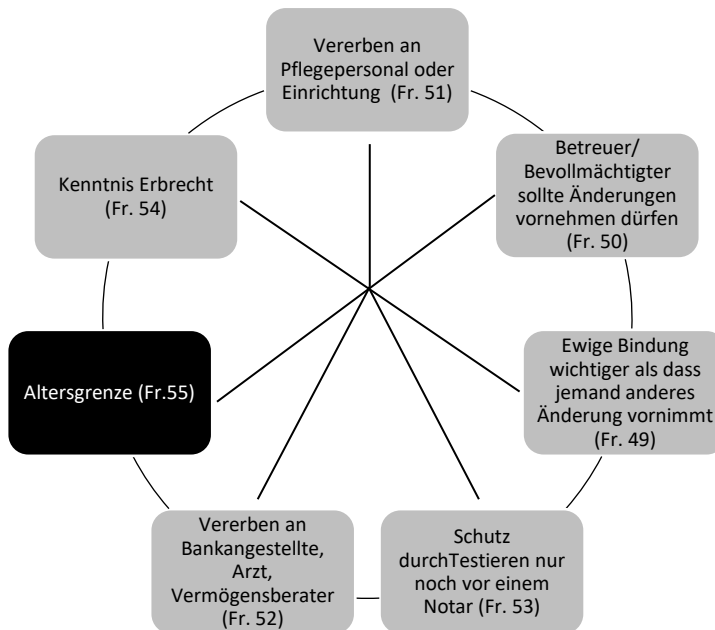


Abbildung 68: Visualisierung der untersuchten Variablen zu Forschungsfrage (6).

Hierbei haben sich vier hoch signifikante Bedingtheiten auf dem höheren Korrelationsniveau herausgestellt, sowie zwei Korrelationen auf dem signifikanten Niveau. Zunächst ist eine positive Korrelation zwischen der Idee, dem Pflegepersonal bzw. der Einrichtung etwas vererben zu können, und der Idee, einem Arzt, Bankangestellten oder Vermögensberater etwas vererben zu können, festzustellen ($r_s=.631, p\leq.001$). Je eher geneigt die Probanden daher seien, der einen Idee zuzustimmen, Pflegepersonal bzw. Einrichtungen etwas vererben zu können, desto eher stimmen sie auch der anderen Idee zu, einem Arzt, Bankangestellten oder Vermögensberater etwas vererben zu können.

Ein breites Spektrum an signifikanten Zusammenhängen wies die Frage auf, ob ein Betreuer oder Bevollmächtigter eine inhaltliche Änderung des Testaments vornehmen dürfe, wenn man als Testator hierzu nicht mehr in der Lage sei und der Vertreter sicher wisse, dass die Änderung i.S.d. Vertretenen sei. Zwischen ihr und der Idee, dem Pflegepersonal bzw. der Einrichtung etwas vererben zu können ($r_s=.227, p\leq.001$), sowie der Idee, dies auch ggü. Ärzten, Bankangestellten oder Vermögensberatern zu können ($r_s=.171, p=.013$), bestand eine positive Korrelation. Je eher sich also die Teilnehmer eine Vertretung in diesem Zustand vorstellen können, desto eher neigen sie dazu, der Möglichkeit zuzustimmen, sowohl dem Pflegepersonal oder der Einrichtung als auch Ärzten, Bankangestellten oder Vermögensberatern etwas vererben zu können. Darüber hinaus besteht eine negative Korrelation mit der Selbsteinschätzung im Erbrecht ($r_s=-.215, p=.002$). Je eher

also die Probanden eine Vertretung in dem geschilderten Zustand bejahen würden, für umso weniger kenntnisreich im deutschen Erbrecht halten sie sich.

Zudem besteht eine positive Korrelation auf dem hoch signifikanten Niveau zwischen dem Wunsch einer ewigen Bindung und dem Testieren vor einem Notar ($r_s=.180$, $p=.009$). Je mehr also die Probanden eine Bindung an den letzten Willen wünschen, bevor jemand anderes diesen ändern könnte, desto eher würden sie das Testieren ausschließlich vor einem Notar zulassen, um den letzten Willen zu schützen.

Letztlich besteht eine negative Korrelation auf dem sehr signifikanten Niveau zwischen der Selbsteinschätzung über die Erbrechtskenntnis und dem Wunsch, dem Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas zu vermachen ($r_s=.150$, $p=.029$). Je eher sich die Teilnehmer für kenntnisreich im deutschen Erbrecht halten, desto weniger sind sie geneigt, der Idee zuzustimmen, dass auch dem Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas vererbt werden könnte.

Einen einschlägigen Blick auf die signifikanten Zusammenhänge und Korrelationen der Zielfragen ermöglicht Abbildung 69:

Zielfragen		Bin- dung an Ent- schei- dung (F.49)	Ände- rung durch Betr./B evollm. (F.50)	Geld an Pfl./He im (F.51)	Geld an Arzt u.a. (F.52)	Test. nur vor Notar (F.53)	Kennt- nis im Erb- recht (F.54)
Bindung an Entschei- dung (F.49)	Korrelationskoeffizient	1,000	0,075	0,118	0,076	,180**	0,013
	Sig. (2-seitig)		0,276	0,086	0,272	0,009	0,849
	N	213	212	212	210	211	208
Änderung durch Betr./Bevol lm. (F.50)	Korrelationskoeffizient	0,075	1,000	,227**	,171*	0,043	-,215**
	Sig. (2-seitig)	0,276		0,001	0,013	0,530	0,002
	N	212	214	214	212	213	210
Geld an Pfl./Heim (F.51)	Korrelationskoeffizient	0,118	,227**	1,000	,631**	-0,080	-,150*
	Sig. (2-seitig)	0,086	0,001		0,000	0,248	0,029
	N	212	214	214	212	213	210
Geld an Arzt u.a. (F.52)	Korrelationskoeffizient	0,076	,171*	,631**	1,000	-0,092	-0,104
	Sig. (2-seitig)	0,272	0,013	0,000		0,183	0,133
	N	210	212	212	212	211	208
Testieren nur vor Notar (F.53)	Korrelationskoeffizient	,180**	0,043	-0,080	-0,092	1,000	-0,127
	Sig. (2-seitig)	0,009	0,530	0,248	0,183		0,066
	N	211	213	213	211	213	209
Kenntnis im Erb- recht (F.54)	Korrelationskoeffizient	0,013	-,215**	-,150*	-0,104	-0,127	1,000
	Sig. (2-seitig)	0,849	0,002	0,029	0,133	0,066	
	N	208	210	210	208	209	210

Abbildung 69: Signifikanzen in der Korrelation der Zielfragen miteinander.

Legende: ** = Die Korrelation ist auf dem 0,001 Niveau signifikant (zweiseitig); * = Die Korrelation ist auf dem 0,05 Niveau signifikant (zweiseitig).

Zwischen der Zielfrage zur Altersgrenze und den anderen Zielfragen konnte kein Zusammenhang festgestellt werden.

4.3.4 Qualitative Analyse, Antworten auf offene Fragen und persönliche Mitteilungen

Neben möglichen Reformvorschlägen bestand am Ende des Fragebogens für die Teilnehmer die Möglichkeit, persönliche Kommentare und Hinweise zu hinterlassen. Genau wie in persönlichen E-Mails ergaben sich hierbei einige Anhaltspunkte, die Aufschluss über den Umgang mit und das Denken über gestellte Fragen im Bogen lieferten.

Einige Ausführungen betrafen den Themenkomplex der Selbstbestimmung. So war ein Teilnehmer der Ansicht, dass der „persönliche Wille des Einzelnen über sich und sein Erbe (...) in jedem Fall, solange er im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte ist, bei ihm liegen!“. Während dies auch in dieser Ausarbeitung unstrittig bleibt, erscheint bedenkenswert, dass ein weiterer Teilnehmer „eine Vorsorgevollmacht für sehr [sic!] wichtig“ hält, denn es gäbe „so viele rechtliche Unsicherheiten, Auslegungen, Schlupflöcher, Ausnahmen (...). Dies gilt ebenso für eine Vollmacht in gesundheitl [sic!] Extremlage.“ Aber auch hier eröffnet sich die Problematik, sich unerwünschte Zustände zu erdenken, denn „Nicht mehr selbst entscheiden zu können (aus gesundheitl [sic!] Gründen) wäre für mich sehr schwierig [vorzustellen].“

Mit Blick auf die vorgeschlagenen Altersgrenzen machte ein Teilnehmer den „Alternativ-Vorschlag: Ca. 5 Jahre vor dem Ableben.“. Während ein weiterer Vorschlag eine verständlichere und transparentere Form von erbrechtlichen Dokumenten fordert, machten vier Angaben zu finanziellen und steuerrechtlichen Aspekten. Zum einen wurde erwähnt, dass bei den Betroffenen „sinnlose Kosten und erheblicher Zeitverzug verursacht“ werden, weil Banken auf willkürliche Weise Erbscheine verlangen würden.

Drei Anmerkungen bezogen sich auf die Erbschaftssteuer, von denen ein konkreter Vorschlag steuerfreies Erben bis zu 100.000 Euro vorsieht. Zwei Einwände stützten sich auf die doppelte Besteuerung von Erbmassen, da es „immer aus schon versteuertem Verdienst“ stamme und beim Vererben von Grundstücken „das Haus doch schon der Familie“ gehöre. Hierzu sei zum Verständnis auf Kapitel 2.1.4 verwiesen, bei dem bereits die Herausforderungen der Immobilieübertragung angestoßen worden sind.

Neben dem Vorschlag, über Recht und Pflichten in diesem Kontext „regelmäßig Informationsveranstaltungen kostenlos von Städten, (Senioren-)Einrichtungen“ etc. anzubieten, wurde sehr begrüßt, „dass sich jemand dieser Thematik annimmt“ und ebenso erwünscht, „dass diese Arbeit und deren Ergebnisse in die politische Meinungsbildung eingeht“¹⁴⁶⁷.

Wie bereits in den Ergebnissen unter Kapitel 4.3 geschildert, gab lediglich ein Teilnehmer an, dass ihm bereits die Testierfähigkeit gerichtlich aberkannt worden ist. Daher ist anhand seiner Antworten in der Fragebogenstudie eine qualitative Analyse angezeigt. Die Teilnehmerin ist 84 Jahre alt, weiblichen Geschlechts und stammt aus einem Wohnort von 50.001 bis 250.000 Einwohnern. Sie gab an, die deutsche Staatsangehörigkeit zu haben, geschieden zu sein und elf Abkömmlinge zu haben. Darüber hinaus lebt sie in einer Einrichtung, leidet an einer Form von Alzheimer-Demenz und wird durch ihren gesetzlichen Vertreter, der zugleich ein Angehöriger bzw. Verwandter ist, betreut. Sie hatte bisher nicht testiert, weil sie sich keine Gedanken über ihren Nachlass gemacht hat. Mit Blick auf die Zielfra-

¹⁴⁶⁷ Sämtliche zitierte Kommentare der Teilnehmer finden sich gelistet in Anhang S.

gen stimmte sie überhaupt nicht zu, Kenntnisse im deutschen Erb- und Testamentsrecht zu haben. Trotzdem erscheint auffällig, dass sie dem ausschließlich öffentlichen Testieren und insbesondere der Vertretung von Testierunfähigen durch Dritte aufgeschlossen gegenübersteht. Sie stimmte zudem auch der Möglichkeit eher zu, dem Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas vermachen zu können.

4.4 Diskussion

Die in 4.3. dargestellten Ergebnisse sollen im Folgenden soweit möglich diskutiert und darüber hinaus dort mit bisher bekannt gewordenen statistischen Erkenntnissen konfrontiert werden. Dies trifft maßgeblich auf Forschungsfrage (1) und in Teilen auf Forschungsfrage (2) zu. Die in den Kapiteln 2 und 3 erörterten Desiderata empirischer Erkenntnisse beziehen sich hingegen fast gänzlich auf die Forschungsfragen (3), (4), (5) und (6). Alle Ergebnisse sollen dann nach den jeweiligen Forschungsfragen gegliedert mit dogmatischen Befunden konfrontiert werden und zu einem möglichen Befund für die unter Kapitel 6 erörterten Reformanliegen entwickelt werden.

4.4.1 Untersuchungsergebnisse über Probandenattribute im Vergleich mit bekannten statistischen Erkenntnissen

Nun sollen die erzielten, empirischen Daten mit bisherigen Erkenntnissen in statistischer und inhaltlicher Hinsicht konfrontiert werden.

Innerhalb der Forschungsfrage (1) ist zunächst das Alter der Teilnehmer zu betrachten. Während die Umfrage ein Durchschnittsalter von 51 Jahren erzielte, das sich in 53 Jahre der teilnehmenden Männer und 47 Jahre der teilnehmenden Frauen gliedert, liegt dieser oberhalb des bundesdeutschen Durchschnitts. Dieser liegt bei 45 Jahren, aufgeschlüsselt in 46 Jahre bei Frauen und 44 Jahre bei Männern.¹⁴⁶⁸ Dies gründet maßgeblich in den verhältnismäßig älteren Männern der Stichprobe im Vergleich zur Gesamtpopulation, weil sich der Altersdurchschnitt weiblicher Probanden in der Umfrage mit dem bundesweiten in etwa deckt.

Im Bundesgebiet ausgeglichener ist die Verteilung der Geschlechter. Während es in der Umfrage eine Verteilung von 36,2% an Frauen zu 63,8% an Männern gab, liegt der Bevölkerungsdurchschnitt in Deutschland bei 50,66% zu 49,34%

¹⁴⁶⁸ Hierbei ist sowohl in der Umfrage als auch im Bundesgebiet von Staatsbürgern auszugehen. Auch ein weltweiter Altersdurchschnitt aus dem Jahr 2015 konnte einen Wert von 44,25 Jahren ausweisen: Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 197 vom 13.06.2017, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2017/06/PD17_197_12411.html, abgerufen am 18.07.2018.

zwischen Frauen und Männern.¹⁴⁶⁹ Näher beieinander hingegen liegen die Anteile deutsche Staatsbürger bzw. jener, die über eine doppelte Staatsbürgerschaft verfügen. Hier liegt der in der Umfrage erzielte Wert bei 1,4% doppelter Staatsbürgerschaften. Gestützt wird er durch bisher bekannte Werte zwischen 2,3%¹⁴⁷⁰ und 5,2%¹⁴⁷¹. Außer Acht blieben hingegen im Bundesgebiet lebende Nichtdeutsche, die einen Anteil von 11,6% ausmachen.¹⁴⁷² Nach Angaben des statistischen Bundesamts sind etwa 43% der deutschen Einwohner verheiratet bzw. verpartnert.¹⁴⁷³ Die Fragebogenstudie ergab hierzu einen vergleichbaren Wert von 58,2%. Darüber hinaus sind in der Hälfte aller Ehen in Deutschland, also bei 7,8 Mio., Kinder festzustellen.¹⁴⁷⁴ Die Umfrage erzielte unter den Verheirateten hierbei einen Wert von 81,1%, sodass Verheiratete mit Kindern überrepräsentiert sind. Eine Beeinträchtigung der Gesundheit gab lediglich ein Teilnehmer der Umfrage an, sodass der Wert von 0,5% im Kontext von 1,7 Mio. an Demenz erkrankten Menschen in Deutschland, also 2%, zu sehen ist¹⁴⁷⁵ Hierbei ist freilich zu konzedieren, dass die Akquise dementieller Teilnehmer unter einer ganz besonderen Hausforderung steht, wie bereits die Limitierungen aus 4.2.2.3 offenlegen.

Eine weitere zu diskutierende Frage betrifft das Testieren der Teilnehmer. Die Studie ergab, dass 37,4% der potentiellen Erblasser bereits eine Verfügung getroffen haben. Der Wert ist ggü. vergleichbaren Analysen mit 36% durchaus repräsentativ.¹⁴⁷⁶ Bei über 65-jährigen wird davon ausgegangen, dass 55% bereits testiert

¹⁴⁶⁹ Statistisches Bundesamt, Bevölkerung auf Grundlage des Zensus 2011, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Zensus_Geschlecht_Staatsangehoerigkeit.html, abgerufen am 18.07.2018.

¹⁴⁷⁰ Wert bezieht sich auf den Mikrozensus 2016; *Worbs, Susanne* (11.08.2017) Doppelte Staatsangehörigkeit in Deutschland: Zahlen und Fakten, <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/254191/doppelte-staatsangehoerigkeit-zahlen-und-fakten?p=all#footnode4-4>, abgerufen am 07.08.2018.

¹⁴⁷¹ Wert bezieht sich auf den Zensus 2011; *Worbs, Susanne* (11.08.2017) Doppelte Staatsangehörigkeit in Deutschland: Zahlen und Fakten, <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/laenderprofile/254191/doppelte-staatsangehoerigkeit-zahlen-und-fakten?p=all#footnode4-4>, abgerufen am 07.08.2018.

¹⁴⁷² Statistisches Bundesamt, Bevölkerung auf Grundlage des Zensus 2011, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Zensus_Geschlecht_Staatsangehoerigkeit.html, abgerufen am 18.07.2018.

¹⁴⁷³ Statistisches Bundesamt, Paare mit und ohne Kinder, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_1_Paare.html, abgerufen am 31.05.2018

¹⁴⁷⁴ Statistisches Bundesamt, Paare mit und ohne Kinder, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_1_Paare.html, abgerufen am 31.05.2018.

¹⁴⁷⁵ BMI (30.11.2017), <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/pflege/online-ratgeber-demenz/zukunftswerkstatt-demenz.html>, abgerufen am 15.08.2018.

¹⁴⁷⁶ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 33, abgerufen am 27.11.2017. Hiervon hatten 36% ihr Testament bei einem Notar bzw. Rechtsanwalt hinterlegt, 11% beim Nachlassgericht. Hieraus ergeben sich 53% der Testatoren, die ihr privatschriftliches Testament zuhause aufbewahren.

haben.¹⁴⁷⁷ Die Studie ermittelte hierbei einen vergleichbaren Wert von 61,4%. Von den in der Studie benannten Verfügenden haben sich wiederum 2,4% für einen Erbvertrag und 97,6% für ein einzelnes oder ein gemeinschaftliches Testament entschieden. Auch diese Werte sind durchaus realistisch, gehen andere Studien von einem Anteil von 3% an Verfügungen aus, die Erbverträge seien, und von 97% an Testamenten.¹⁴⁷⁸ Innerhalb der Testamente ergab die Studie, dass 52% von ihnen privatschriftlich und 48% öffentlich angefertigt worden sind. Bisherige Studien gingen davon aus, dass der Anteil an privatschriftlichen Testamenten bei 56%¹⁴⁷⁹ liege und der von öffentlichen bei 44%¹⁴⁸⁰, sodass auch hier ein repräsentatives Verhältnis besteht.

4.4.2 Abhängigkeit des Testier- und Widerrufsverhaltens von personenbezogenen Probandenattributen

Bisher deutlich weniger statistisch erhoben sind Vermutungen dahingehend, ob zwischen personenbezogenen Attributen und dem Testieren oder dem Lossagen von Verfügungen innere Zusammenhänge bestehen. Dieser Idee gehen zuvorderst die Forschungsfragen (2) und (3) nach.

Zunächst ist festzustellen, dass das Durchschnittsalter des Testierens i.R.d. Umfrage mit 63 Jahren sieben Jahre über vergleichbaren Werten liegt.¹⁴⁸¹ Diese Differenz erscheint aber nur konsequent, da auch das Alter der Teilnehmer sechs Jahre über dem Bundesdurchschnitt liegt. Umso überzeugender mag in diesem Kontext sein, dass das durchschnittliche Alter der Testierenden von 63 Jahren mit dem Durchschnittsalter der nichttestierenden Teilnehmer mit 44 Jahren einen signifikanten Unterschied abbildet, der einem starken Effekt entspricht. Hierin kann ein Beweis für die vielfach vertretene These gesehen werden, dass es vermehrt ältere Menschen sind, die testieren.

Darüber hinaus besteht ein auffälliger Zusammenhang zwischen dem Testieren und der Anzahl der Abkömmlinge. Freilich hat auch das Alter einen nicht zu unterschätzenden Einflussfaktor auf existente Abkömmlinge. Nichtsdestoweniger ist festzuhalten, dass Testierende im Durchschnitt ggü. Nichttestierenden über etwa zwei Abkömmlinge mehr verfügen. Auch diese Differenz ist signifikant und

¹⁴⁷⁷ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 5, abgerufen am 27.11.2017.

¹⁴⁷⁸ Nur 3% aller Verfügungen von Todes wegen waren im Jahr 2015 Erbverträge, Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 13, abgerufen am 27.11.2017.

¹⁴⁷⁹ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 33, abgerufen am 27.11.2017.

¹⁴⁸⁰ Da in der benannten Studie der Deutschen Bank für diese Fragen nur aktiv gewordene Testatoren befragt wurden, es also keine Antwortmöglichkeit des Nichttestierens gegeben hat, wird der Eindruck verstärkt, dass zu annähernd 44% öffentlich testiert wird.

¹⁴⁸¹ Deutsche Bank (2015), Erben und Vererben, https://www.deutsche-bank.de/pfb/data/docs/Studie_final.pdf, S. 5, abgerufen am 27.11.2017, die von 56 Jahren ausgeht.

verfügt über einen starken Effekt. Hieraus lässt sich die Hypothese aufstellen, dass je höher die Anzahl von Abkömmlingen ist, desto eher wird testiert.

Über das Anfertigen von Testamenten hinaus ist das Lossagen von letztwilligen Verfügungen grundlegender Gegenstand dieser Untersuchung. Wie in den Ergebnissen unter 4.3. bereits dargestellt, betrifft diese Analyse nur das Widerruf von Testamenten, weil weder Testamente noch Erbverträge angefochten worden sind. Überraschenderweise sind innerhalb der Gruppe von Testierenden, deren Durchschnittsalter bei 63 Jahren liegt, die Widerrufenden im Durchschnitt nur 57 Jahre alt, die Nichtw Widerrufenden 67 Jahre. Auch hierin ist eine signifikante Differenz zu beobachten. Ein Grund für diese zeitliche Diskrepanz kann darin liegen, dass je mehr Zeit einem Menschen verbleibt, um über den Inhalt seiner Verfügung nachzudenken, je mehr Zeit er hat, in seinen eigenen Erwartungen an potentielle Erben enttäuscht zu werden, je mehr Zeit er seinem Leben noch einräumt, auf verändernde Umstände reagieren zu müssen, z.B. durch vorversterbende Erben, desto eher mag die Wahrscheinlichkeit nahliegen, den Inhalt einer Verfügung zu verändern. Die Hypothese geht mit der sicheren Erkenntnis einher, dass die im Durchschnitt mit 57 Jahren Widerrufenden im Durchschnittsalter der Anfertigung ihrer Testamente noch jünger sind. Die Umfrage ergab hierbei unter den Widerrufenden einen vorgelagerten Testierzeitpunkt im Durchschnitt von 43 Jahren.

Das Widerrufen des Testaments ist darüber hinaus auch bedingt durch das Bildungsniveau der Teilnehmer. Während jene, die bisher nicht widerrufen haben, im Durchschnitt maximal über eine Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur oder den Abschluss an einer Fachoberschule verfügen, liegt der Durchschnitt der Widerrufenden in der höchsten Bildungskategorie, dem Fachhochschulabschluss, dem Diplom, dem Hochschulabschluss und der Promotion. Über diese nicht unbedingt zu erwartende Differenz hinaus ist zu konstatieren, dass sie sich auch als signifikant erweist. Es besteht demnach eine innere Bedingtheit von vorhandenem Bildungsniveau und dem Widerruf von Testamenten: Je höher das Bildungsniveau des jeweiligen Testators ist, desto eher mag er zu einem Widerruf geneigt sein. Allerdings ist dies auch im Lichte des verändernden, gesellschaftlichen Bildungsniveaus zu betrachten.¹⁴⁸² Durch den quantitativen Anstieg von Studenten¹⁴⁸³ kann sich der Durchschnitt der Widerrufenden möglicherweise aus einer statistischen Determination ergeben. Andererseits spricht dies insbesondere auch dafür, die Spanne zwischen den hier zu differenzierenden Bildungsniveaus nicht zu unterschätzen, weshalb es die Signifikanz erst recht stützen mag.

¹⁴⁸² Vgl. zur Entwicklung des Bildungsniveaus in Deutschland, Statistisches Bundesamt (09.11.2016), Bildungsstand der Bevölkerung, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/BildungForschungKultur/Bildungsstand/BildungsstandBevoelkerung5210002167004.pdf?__blob=publicationFile auf S. 9, abgerufen am 12.08.2018.

¹⁴⁸³ Spiegel Online (28.11.2017), Deutschland: Neuer Rekord - so viele Studenten gab es noch nie, <http://www.spiegel.de/lebenundlernen/uni/studenten-neuer-rekord-2-85-millionen-menschen-studieren-a-1180648.html>, abgerufen am 16.08.2018.

Durch die Erkenntnisse der empirischen Untersuchung lässt sich die Forschungsfrage (2) mit folgender Hypothese beantworten:

- 1) a) *Je mehr Abkömmlinge vorhanden sind, desto eher wird testiert.*
- b) *Je weniger Abkömmlinge vorhanden sind, desto eher wird nicht testiert.*

Mit Blick auf das Widerrufen von Testamenten lieferte die empirische Studie auch für die Forschungsfrage (3) Erkenntnisse, die sich durch folgende Hypothese zusammenfassen lassen:

- 2) a) *Widerrufende sind durchschnittlich jünger und verfügen über höhere Bildungsabschlüsse als Nichtwiderrufende zum Testierzeitpunkt.*
- b) *Nichtwiderrufende sind durchschnittlich älter und verfügen über niedrigere Bildungsabschlüsse als Widerrufende zum Testierzeitpunkt.*

4.4.3 Schutz oder Flexibilität beim Testieren im Kontext der Probandenmeinungen

Für die Frage, ob und ggf. inwieweit ein Bedürfnis nach mehr Flexibilität oder mehr Schutz um das Testieren festzustellen ist, sind die Zielfragen samt Meinungen der Teilnehmer i.R.d. Forschungsfragen (4), (5) und (6) von besonderem Interesse für diese Untersuchung.

Zunächst besteht ein Zusammenhang zwischen dem Alter der Teilnehmer und ihrer Absage an die Möglichkeit, dem Pflegepersonal oder der Einrichtung, in der sie wohnen, oder einer weiteren nahestehenden Personengruppe, Bankangestellten, Ärzten und Vermögensberatern etwas zu vermachen. Diese Bedingtheit ist als signifikant einzuordnen. Daraus lässt sich ableiten, dass je älter Testatoren sind, desto eher sind sie geneigt, nahestehenden Personengruppen, die Dienstleistungen erbringen, nichts zu vererben. Zu bedenken ist, dass hierbei lediglich nach einer Bewertung über die Möglichkeit dieses Vorhabens gefragt worden ist. Begründet sein kann die Bedingtheit darin, dass die wachsende Lebenserfahrung älterer Menschen auch zu einer stärkeren Skepsis führen kann. Ebenso möglich erscheint, dass weitere Einflussfaktoren des Testierens, wie höheres Alter oder vorhandene Abkömmlinge, dazu führen, dass die Nachlassplanungen bereits und zumeist familienintern abgeschlossen sind, weshalb für Dritte kein Raum bleibt. Andererseits sind es vor allem jüngere Menschen, die naturgemäß noch nicht abschätzen können, wie ihr Leben verlaufen wird und wie sie mögliche Ziele definieren. Insofern geht ein verstärkter Wunsch nach Flexibilität und verminderten Regulierungen mit ihrer Zielgruppe einher. Insgesamt mag an dem hier dargestellten Zusammenhang interessant sein, dass Antworten zu befragten Situationen im Alter durch eine heute noch junge Generation dadurch etwas trüben können, wenn sich zugleich mit zunehmendem Alter die Einstellungen zu Nachlassfragen in nachweisbarer und so elementarer Weise verändern können.

Darüber hinaus steht das Alter der Teilnehmer in einem weiteren Zusammenhang mit ihrer Selbsteinschätzung über ihre Erbrechtskenntnisse. Auch diese Korrelation hat sich als signifikant erwiesen. Daraus ist anzunehmen, dass je älter potentielle Erblasser sind, desto höher schätzen sie ihre Kenntnisse über das deutsche Erbrecht ein. Das mag daran liegen, dass das Aktivwerden um die eigene Nachlassplanung – und sei es zunächst nur gedanklich – vordergründig im höheren Alter stattfindet und sich dadurch entsprechende Kenntnisse erzielen lassen.

Letztlich ist mit Blick auf die Forschungsfragen (2) und (3) auch ein Zusammenhang zwischen der Anzahl vorhandener Abkömmlinge und dem Verneinen, dem Pflegepersonal oder der eigenen Einrichtung etwas vermachen zu können festzustellen.

Wenn die Zielfragen der Umfrage miteinander kombiniert werden, offenbaren sich einige weitere signifikante Zusammenhänge. Eine auffällige Bedingtheit besteht dahingehend, dass eine Zustimmung zu der Möglichkeit, dem Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas vermachen zu können, positiv damit korreliert, auch weiteren nahestehenden Personengruppen, wie Bankangestellten, Ärzten oder Vermögensberatern etwas vermachen zu können. Dies mag daran liegen, dass zwischen körperlichen, seelischen und auch, die das Leben ebenso in massiver Weise prägenden, finanziellen Dienstleistungen kaum differenziert wird, wenn es darum geht, sich in irgendeiner Art und Weise den Dienstleistenden ggü. erkenntlich zu zeigen.

Ein sehr großes Interesse dieser Untersuchung besteht darin, ob ein größeres Schutzniveau mit Blick auf das Testieren erwünscht ist oder es vielmehr erhöhte Flexibilität ist, die den potentiellen Erblassern zuteilen werden soll.

Ein vermehrt signifikanter Zusammenhang i.R.d. Teilnehmermeinungen bestand mit den Antworten zu der Frage, ob ein Betreuer oder Bevollmächtigter eine inhaltliche Änderung des Testaments vornehmen dürfe, wenn man als Testator hierzu nicht mehr in der Lage sei und der Vertreter sicher wisse, dass die Änderung i.S.d. Vertretenen sei. Hierbei war zunächst zu beobachten, dass jene Teilnehmer, die dieser Art der Vertretung positiv gegenüberstanden, sich auch der Möglichkeit ggü. aufgeschlossen zeigten, einem Pfleger oder der Einrichtung, in der man lebt, etwas vermachen zu können. Insoweit gehen hierbei zwei liberale Ansätze des Testierens einher, weil sowohl die Einräumung einer Vertretungsmacht *post potente* als auch das Vererben an Bedienstete oder die Einrichtung, in der der Erblasser wohnt, zumindest *de lege lata* ausgeschlossen sind. Mit Blick auf den Ansatz erhöhter Flexibilität um das Testieren ist auch anheim zu stellen, dass weitere nahestehende Personengruppen wie Ärzte, Bankangestellte und Vermögensberater im signifikanten Zusammenhang zu der extensiven Vertretungsmacht stehen. Hier allerdings lagen die Antworten der Teilnehmer bei $Md=2$, sodass von einer ablehnenden Haltung der Frage auszugehen ist.

Einschränkend zu betrachten ist dieser flexiblere Ansatz dahingehend, dass diejenigen, die eine Vertretung durch den Betreuer im Zustand der Testierunfä-

higkeit bejahen, sich zugleich weniger kenntnisreich im deutschen Erbrecht halten, also der Grund für die extensive Haltung in den verminderten Kenntnissen zu sehen sein kann.

Hierzu ist ebenso anzuführen, dass jene, die der Möglichkeit, den Pflegepersonal oder der Einrichtung etwas vermachen zu können, offen gegenüberstehen, sich für ebenso weniger kenntnisreich im deutschen Erbrecht halten. Sie sind i.d.R. auch jünger, verfügen über weniger Abkömmlinge und sind eher bereit, andere für sich entscheiden zu lassen, wenn sie dazu nicht mehr in der Lage sind.

Für ein stärker ausgeprägtes Schutzniveau hingegen sprechen zwei signifikante Korrelationen: Zum einen ist auf dem höheren Korrelationsniveau festzustellen, dass jene, die eine ewige Bindung an den letzten Willen einer Änderung durch Dritte vorziehen, in positiver Weise damit konform gehen, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen, um den letzten Willen zu stärken. Hierfür spricht auch die Antwortverteilung beider Fragen, da beide Mediane bei $Md=4$ liegen und damit der Großteil der Probanden beide Thesen der ewigen Bindung und des ausschließlich öffentlichen Testierens unterstützen würde. Dies erscheint umso erstaunlicher, als dass Notartermine nicht selten auch in den Zusammenhang mit finanziellen Belastungen begriffen werden.

Zum anderen besteht auf dem ebenso hohen Korrelationsniveau ein Zusammenhang jener, die eine Änderung des Testaments durch Vertreter befürworten, wenn sie dazu selbst nicht mehr in der Lage wären, obwohl er sicher wüsste, dass es in ihrem Sinne wäre, mit denen, die sich weniger Kenntnisse über das deutsche Erbrecht zutrauen.

Hier wäre es interessant zu beobachten, ob der mäßige Effekt gestärkt oder gemindert würde, wenn jüngere Menschen bzw. bisher Nichttestierende deutlich mehr Kenntnis im deutschen Erb- und Testamentsrecht hätten. Durch ein breiteres Wissen würden sich zugleich mehrere erbrechtliche Optionen eröffnen und eine Abwägung noch valider erscheinen. Die Idee geht mit dem Wunsch nach mehr Informationsveranstaltungen anheim, um die rechtlichen Herausforderungen, um das Erb- und Testamentsrecht erläutert zu bekommen.¹⁴⁸⁴

Mit Blick auf die Forschungsfrage (5) lassen sich durch die empirischen Erkenntnisse folgende Hypothesen aufstellen:

- 3) a) *Je älter sie sind, desto weniger stimmen potentielle Erblasser der Erlaubnis zu, Geld an Pflegepersonal, Einrichtungen, Ärzten, Bankangestellten und Vermögensberatern vererben zu können.*
- b) *Je jünger sie sind, desto eher stimmen potentielle Erblasser der Erlaubnis zu, Geld an Pflegepersonal, Einrichtungen, Ärzten, Bankangestellten und Vermögensberatern vererben zu können.*

¹⁴⁸⁴ Siehe hierzu die Kommentare der Probanden i.R.d. qualitativen Analyse unter Kapitel 4.3.4.

- 4) *a) Je älter sie sind, für umso kenntnisreicher im deutschen Erb- und Testamentsrecht halten sich potentielle Erblasser.*
b) Je jünger sie sind, für umso kenntnisärmer im deutschen Erb- und Testamentsrecht halten sich potentielle Erblasser.
- 5) *a) Je mehr Abkömmlinge vorhanden sind, desto weniger stimmen potentielle Erblasser der Erlaubnis zu, Geld an Pflegepersonal oder Einrichtungen vererben zu können.*
b) Je weniger Abkömmlinge vorhanden sind, desto eher stimmen potentielle Erblasser der Erlaubnis zu, Geld an Pflegepersonal oder Einrichtungen vererben zu können.

Die Forschungsfrage (6) lässt sich durch die Ergebnisse der Fragebogenstudie und ihrer Diskussion auf folgende Hypothesen reduzieren:

- 6) *a) Je größer die Bindung an den eigenen letzten Willen, desto eher soll nur noch vor einem Notar testiert werden dürfen.*
b) Je niedriger die Bindung an den eigenen letzten Willen, desto weniger soll nur noch vor einem Notar testiert werden dürfen.
- 7) *a) Je eher Vertreter für Testierunfähige entscheiden sollen, desto eher soll auch die Möglichkeit bestehen, Pflegepersonal, Einrichtungen, Bankangestellten, Ärzten oder Vermögensberatern etwas vermachen zu können.*
b) Je weniger Vertreter für Testierunfähige entscheiden sollen, desto weniger soll auch die Möglichkeit bestehen, Pflegepersonal, Einrichtungen, Bankangestellten, Ärzten oder Vermögensberatern etwas vermachen zu können.
- 8) *a) Je kenntnisreicher sich potentielle Erblasser einschätzten, desto weniger würden sie der Möglichkeit zustimmen, Pflegepersonal oder Einrichtungen etwas vermachen zu können.*
b) Je kenntnisärmer sich potentielle Erblasser einschätzten, desto eher würden sie der Möglichkeit zustimmen, Pflegepersonal oder Einrichtungen etwas vermachen zu können.
- 9) *a) Je eher Pflegepersonal und Einrichtungen etwas vermacht werden können soll, desto eher sollte dies auch ggü. Ärzten, Bankangestellten und Vermögensberatern möglich sein.*
b) Je eher Pflegepersonal und Einrichtungen etwas vermacht werden können soll, desto eher sollte dies auch ggü. Ärzten, Bankangestellten und Vermögensberatern möglich sein.
- 10) *a) Je eher Vertreter für Testierunfähige entscheiden sollen, für umso kenntnisärmer im deutschen Erb- und Testamentsrecht halten sich potentielle Erblasser.*

b) Je weniger Vertreter für Testierunfähige entscheiden sollen, für umso kenntnisreicher im deutschen Erb- und Testamentsrecht halten sich potentielle Erblasser.

4.4.4 Qualitative Analyse und Antworten auf offene Fragen

Der Vorschlag, die Altersgrenze der Beweislastumkehr für eine eintretende Testierunfähigkeit nicht an einer starren Grenze festzumachen, sondern „(...) Ca. 5 Jahre vor dem Ableben.“ anzusetzen, scheint rechtlich nicht tragbar. Zum einen ist zu konzedieren, dass eine wache Grenze stets mit gehörigen Rechtsunsicherheiten verbunden wäre, zum anderen müsste *post mortem* ermittelt werden, wann die fünf Jahre begonnen haben.

Mit Blick auf das Verlangen von Erbscheinen seitens Banken ist anzumerken, dass dies regelmäßig geschieht, wenn bspw. für die Fortführung des Bankkontos eines Verstorbenen die Erbfolge nicht anders nachgewiesen werden kann, wie z.B. durch ein eröffnetes Testament.¹⁴⁸⁵

Darüber hinaus scheint eine Anmerkung zur Erbschaftssteuer diskussionswürdig, weil steuerfreies Erben bis 100.000 Euro erwünscht wäre. Möglich wäre, dass der Proband die Frage in Unkenntnis der aktuellen Rechtslage beantwortet hat. Oder er meinte hierbei einen Erben außerhalb der Gruppe von Ehegatten und Lebenspartnern, welche 500.000 Euro, von Kindern bzw. Enkelkindern, sofern die Eltern vorverstorben sind, welche 400.000 Euro, von Enkelkindern, welche 200.000 Euro, sofern die Eltern noch leben, und von Eltern und Großeltern, welche bereits 100.000 Euro steuerfrei erben dürfen.¹⁴⁸⁶ Aus persönlichen Gesprächen wurde ersichtlich, dass der Teilnehmer insbesondere den Steuerfreibetrag bei Geschwistern, sowie Neffen und Nichten i.H.v. 20.000 Euro für unverhältnismäßig niedrig hält, vor allem dann als ungerecht empfindet, wenn sonst keine Verwandten vorhanden wären.

Letztlich sei i.R.d. qualitativen Analyse der 84-jährigen, testierunfähigen Teilnehmerin erwähnt, dass die Kombination einer geringen, selbsteingeschätzten Erb- und Testamentsrechtskenntnis mit den Wünschen, sich im Zustand der Testierfähigkeit vertreten lassen oder Pflegepersonal und Einrichtungen etwas vermachen zu können, mit Blick auf die Stichprobe in der quantitativen Analyse durchaus repräsentativ ist.

¹⁴⁸⁵ Der BGH spricht insoweit von „anderer Form“ (BGH Urt. v. 08.10.2013 – XI ZR 401/12, Rn. 24, juris). Siehe hierzu auch BGH Urt. v. 05.04.2016 – 11 ZR 440/15, denn es sei wichtig, dass die „Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit“ nachgewiesen wird.

¹⁴⁸⁶ Siehe zu der Erörterung der Steuerfreibeträge bereits Kapitel 2.1.4 und § 16 ErbStG.

5 Konfrontation dogmatischer Thesen mit empirischen Erkenntnissen

„Konfrontation ist nicht so schlecht wie ihr Ruf; sie dient der Verdeutlichung von Standpunkten, wenn Regeln zu ihrer Austragung bestehen.“¹⁴⁸⁷

In einer Konklusion sind nun die dogmatischen Ergebnisse und daraus entwickelten Thesen aus Kapitel 2.2 mit den empirischen Erkenntnissen aus Kapitel 4.3 und 4.4. zu konfrontieren und nach Möglichkeit in einen sinnvollen Ausgleich zu bringen. Einige der entwickelten Hypothesen bleiben freilich ihren Disziplinen verhaftet, ließen sich ggf. also nur i.R.d. dogmatisch-normativen Ansatzes oder innerhalb der empirischen Ergebnisse diskutieren. Für die übrigen, dogmatischen Hypothesen ist zu eruieren, ob sie durch die empirischen Erkenntnisse gestützt, verworfen oder weiterentwickelt werden können.

- 1) *Der gesetzliche Betreuer soll für einen testierunfähigen Erblasser das Testament anfechten können.*

¹⁴⁸⁷ *Richard von Weizsäcker*, (*1920), deutscher Politiker (CDU), 1984-94 Bundespräsident (VNR Verlag für die Deutsche Wirtschaft AG, <https://www.zitate.de/kategorie/Konfrontation>, abgerufen am 16.08.2018.

Nach dieser Möglichkeit wurden die Teilnehmer auf direkte Weise in Frage 50 gefragt. Sie wurde bejaht, indem mehr als ein Viertel der Teilnehmer die Antwort „Stimme zu“ wählten und der Median bei „Stimme eher zu“ lag. Einschränkend ist zu bedenken, dass die Frage 49 nach der ewigen Bindung ebenfalls positiv beantwortet worden ist. Aufgrund der Fragestellung ist diese Einschränkung aber als gering einzuordnen, weil sie danach fragt, ob „jemand anderes“ die Entscheidung verändern können soll. Es verbleibt daher bei einer Zustimmung der Hypothese, die allerdings empirisch auf Betreuer bzw. Bevollmächtigte und dogmatisch auf einzig Betreuer zu beschränken ist. Hierfür spricht auch, dass diejenigen, die ein gezwungenes, öffentliches Testieren vor einem Notar ablehnen und sich weiterhin für ein privatschriftliches Testieren entscheiden, sich auf signifikantem Niveau dafür entscheiden, dass sie im Zustand der Testierunfähigkeit vertreten werden können. Dies gilt für das Einzeltestament wie für das gemeinschaftliche Testament. Mithin ist die These gestützt.

2) *Der Widerruf ist ggü. testierunfähigen Ehe- oder Lebenspartnern ausgeschlossen.*

Mit Blick auf die etwas komplexer anmutende Thematik schien eine direkte Frage hierzu nicht zielführend. Nichtsdestoweniger kann aufgrund ihrer Zweiseitigkeit die gleiche Signifikanz wie in These 1) herangezogen werden. Umso mehr ein Schutz des letzten Willens verlangt wird und deswegen nur noch ein öffentliches Testieren vor einem Notar möglich sein soll, desto stärker ausgeprägt ist das Festhalten am letzten Willen und der Ausschluss einer möglichen Änderung durch Dritte. Mit Blick auf das Ehegattentestament und einen gemeinsamen Nachlassplan, dessen Bindungswirkung sich auf jene Verfügungen erstreckt, die i.R.d. Wechselbezüglichkeit originär auch Bestandteil des letzten Willens des anderen Partners sind, der testierunfähig wird, zieht der Widerruf des einen eine qualitativ gleichwertige Änderung des letzten Willens des anderen Partners nach sich.

In der Konsequenz ist das Entstehen des Anfechtungsrechts dann aber auf den Zeitpunkt der Testierunfähigkeit vorzuverlegen, damit kein Vakuum möglicher Lossagungsrechte besteht. Aus den unter 2.1.4.1.3.2. geschilderten Erwägungen zum Verhältnis zwischen Widerruf und Anfechtung mag dies auch weiterhin als interessengerecht einzuordnen sein. Schließlich ist auch diese These durch die empirischen Erkenntnisse gestützt.

3) *Der Zugang der Widerrufs- oder Anfechtungserklärung im gemeinschaftlichen Testament genügt bei Bevollmächtigten in zufälliger Kenntnis. Gleiches gilt für den Zugang der Anfechtungserklärung beim Erbvertrag.*

Das Problem des Zugangs von Lossagungserklärungen bei Vertretern wurde in der Fragebogenstudie aufgrund ihrer fachlichen Tiefe nicht wörtlich gestellt. Die empirische Erkenntnis aus These 1, dass ein Betreuer für den Testierunfähigen anfechten kann, könnte sich auf die hiesige These übertragen lassen. Denn wenn der gesetzliche Vertreter zur Abgabe legitimiert wäre, würde dies erst recht dafür

sprechen, dass der bevollmächtigte Vertreter zur Annahme berechtigt wäre. Daher sei auch hier auf die Ergebnisse der Fragen 49 und 50 verwiesen. Soweit die Erkenntnisse in These 1 durchgreifen, gelten sie auch für These 3. Daher ist auch diese These empirisch begründet.

- 4) *Der Testator soll dem Pflegepersonal oder der Einrichtung, in der er wohnt, kein Geld vererben dürfen.*

Hiernach wird im Fragebogen quasi wortlautgetreu in Frage 51 gefragt. Entgegen den Erwartungen wurde diese These nicht gestützt, sondern ihr Inhalt von den Teilnehmern wohlwollend aufgefasst. Sie wurde bejaht, indem ein knappes Viertel der Teilnehmer mit „Stimme zu“ antwortete und der Median bei „Stimme eher zu“ verortet ist. Wenngleich die Verteilung der Stichprobe relativ ausgeglichen ist, besteht bei den Zustimmenden eine Korrelation mit dem – wenngleich schwach korrelierenden – Wunsch, eine Vertretung im Zustand der Testierunfähigkeit zuzulassen. Hierfür spricht auch die Beantwortung der Frage 52 des Fragebogens, die eine Möglichkeit weiteren nahestehenden Berufsgruppen wie Ärzten, Bankangestellten und Vermögensberatern etwas vermachen zu können offeriert. Die Teilnehmer antworteten hier mit knapp einem Drittel „Stimme nicht zu“, auf welchem Niveau auch der Median der Antworten liegt. Fraglich ist, in welchem Lichte daher die sehr hohe signifikante Korrelation zu sehen ist, welche die Antworten auf die Fragen von Pflegepersonal bzw. Einrichtungen mit denen von Bankangestellten, Ärzten und Vermögensberatern miteinander aufweisen. Für sich betrachtet mag Frage 52 in der Stichprobe mehrheitlich abgelehnt werden. Allerdings besteht zwischen den Fragen nach Pflegepersonal bzw. Einrichtungen und Ärzten, Bankangestellten bzw. Vermögensberatern eine positive, hohe Signifikanz mit der höchsten Effektstärke i.R.d. Untersuchung. Durch die empirische Begründung der These 4 wäre es konsequenterweise angezeigt, auch weiterhin die weitere Gruppe nahestehender Berufsgruppen in die Konstellation zu integrieren. Aufgrund der geschilderten dogmatischen Erkenntnisse hingegen ist eine Milderung oder gar Streichung des Verbotscharakters des § 14 HeimG abzulehnen. Hierbei ist in Zukunft noch zu erörtern, ob dem Willen der Betroffenen oder dem Normativen Vorrang einzuräumen wäre. Hierfür bedarf es freilich weiterer Untersuchungen, die mit einer größeren Stichprobe einhergehen.

6 Ausblick und Reformbedarf

„*Amicus certus in re incerta cernitur.*“¹⁴⁸⁸

In den nächsten Jahrzehnten wird sich das Erbrecht größten Herausforderungen stellen müssen. Die Tatsache, dass sich in den letzten einhundert Jahren die Lebenserwartung der Deutschen verdoppelt habe, erscheint angesichts einer Lebenserwartung von dreihundert oder vierhundert Jahren beinahe harmlos. Und nachdem Hunger, Krankheit und Krieg durch die Menschheit nahezu gänzlich gebändigt sind, verbleibt die Überwindung des Todes als letztes Ziel.¹⁴⁸⁹ Es mag aus heutiger Sicht kaum vorstellbar sein, dass zehn, acht oder schon sechs Generationen zugleich leben. Eine Idee darüber, wer wen in der Familie noch wie gut kennt, weil ein Familienmitglied über eintausend nahe Verwandte verfügt, oder wer wem

¹⁴⁸⁸ *Marcus Tullius Cicero* (106–43 v. Chr.): „Ein sicherer / zuverlässiger Freund wird in einer unsicheren Sache (Situation) wahrgenommen“ (*Nickel*, *carpe viam*, S. 55). Mit Blick auf die sensible Thematik dieser Ausarbeitung bleibt von Alterskrankheiten Betroffenen zu wünschen, in schwierigen Zeiten nicht allein zu sein.

¹⁴⁸⁹ Warum Hunger nur noch politisch motiviert, Krankheiten der Menschheit beinahe gänzlich ausgerottet und Krieg nur noch persönlich motiviert ist, vgl. *Harari*, *Homo Deus*, S. 10 ff., der u.a. durch die Nanotechnologie ähnliche Lebenserwartungen prognostiziert.

etwas schenkt oder vererbt, was Tod und Erben noch zu bedeuten haben, ist nicht abzuschätzen.

Hoffnung darf in vieler Hinsicht machen, dass diese Annahme noch nicht im nächsten Jahrzehnt unser Erbrecht und unsere gesamte Menschheit herausfordert. Mut und Zuversicht sollte hingegen bestehen, weil es darum gehen wird, das Recht an die realen, gesellschaftlichen Gegebenheiten zu adaptieren, um es zukunftsfähig auszugestalten.

Auch in dieser Untersuchung bestand das Ziel vornehmlich in jener Ergründung, wie gesellschaftsfähig und akzeptiert unser geltendes Erbrecht ist. Hier lag ein besonderes Augenmerk auf dem Testieren und dem Lossagen von letztwilligen Verfügungen. Konkret ist danach gefragt, was zu tun ist, wenn ein Mensch seine Meinung über den Inhalt seines geschriebenen Testaments ändert und was er überhaupt noch zu tun imstande ist, oder wie ihm andere helfen dürften, wenn er nicht mehr in der Lage ist, sein Testament zu ändern. Hieran schließt notwendigerweise die Frage an, ob es gesellschaftlich akzeptiert würde, Regelungen um das Testieren zu flexibilisieren oder ob ein größeres Schutzniveau gewollt wäre. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang grundlegend zu eruieren, welchen Stellenwert die gesellschaftlichen Errungenschaften um den freien Willen, die Selbstbestimmtheit, die Testierfreiheit und die Höchstpersönlichkeit innehaben.

Um die beschriebenen Ziele der Untersuchung zu erreichen, dienen Forschungsfragen als Anhaltspunkte. Während sich wenige von ihnen auf eher dogmatische Weise hin beantworten ließen, z.B. auf welchen Erwägungen die Testierfreiheit und mithin die Selbstbestimmungsfreiheit fußt oder wie sich *de lege lata* das Widerruf und Anfechten von Testamenten durch Testierfähige und Testierunfähige verhält, benötigen weitere Forschungsfragen auch empirische Erkenntnisse bei ihrer Beantwortung. So geht die Frage nach dem Kriterium der Höchstpersönlichkeit sowohl einer dogmatischen Untersuchung nach, wenn nach ihren Ursprüngen und ihren Ausprägungen gefragt wird, als auch einer empirischen Untersuchung nach, wenn ihrem Potential, ihrer Entwicklung und ihrem gesellschaftlichen Umgang nachgegangen wird.

Eine weitere, größere Gruppe von Forschungsfragen lässt sich originär durch empirische Erkenntnisse beantworten. Hierzu zählen Fragen nach dem Testierverhalten, dem Lossagungsverhalten, dem Denken und Fühlen von potentiellen Erblassern. Ob Testatoren für sich selbst Flexibilität oder Schutz im Alter oder mit Blick auf Alterskrankheiten vorziehen, beantwortet kein Gesetz. Allerdings existieren in diesem Bereich größere Desiderata von empirischen Daten.

Die Frage nach gesellschaftlicher Akzeptanz von Normen oder empirischen Daten für die Weiterentwicklung von Gesetzen ist für den Großteil an Juristen kein Tagesgeschäft. Es galt daher auch zu ergründen, ob Recht in seinem normativen, dogmatischen Kreislauf verbleiben und zugleich den zukunftsweisenden Weg einer älter werdenden Gesellschaft aktiv mitgestalten kann, oder ob es sich für weitere Disziplinen öffnen sollte. Hierzu haben sich zwischen Recht und Em-

pirie Kohärenzen ergeben, die über die Muster von Sein und Sollen zu einer evidenten Verbindung in der Disziplin der empirischen Sozialforschung mündeten. Der Anwendung sozialwissenschaftlicher, empirischer Aspekte stehen daher bei der Beantwortung der Forschungsfragen keine Bedenken im Wege.

Daher wurde ein empirisches Konzept angelegt, aus welchem heraus eine Fragebogenstudie konstruiert wurde. Hierbei liegt die Problematik der Untersuchung insbesondere darin, dass nach einem sehr sensiblen Verhalten, dem Testieren als der Ausdruck des letzten Willens, geforscht wird. Sich ausgiebig mit dem Tod, Zuständen in Todesnähe oder schon jedweden Zuständen von Unfähigkeiten, sei es beim Testieren oder schon im Alltag, zu beschäftigen, ist für viele Menschen nicht denkbar oder schier unmöglich.¹⁴⁹⁰ Das vordergründige Ziel bestand also zunächst darin, das bestehende Desiderat an empirischen Daten im Erb- und Testamentsrecht zu minimieren, und mit den gewonnenen Erkenntnissen anschließend die dogmatischen Ergebnisse zu konfrontieren und in einen möglichen Ausgleich reformprozessersicherer Überlegungen zu bringen.

Hierbei stellte sich heraus, dass ein Anfechtungsrecht des Betreuers bei Testierunfähigkeit des Erblassers *de lege ferenda* möglich sein sollte. Dies gilt dabei sowohl für das Einzeltestament als auch für das gemeinschaftliche Testament, nicht jedoch für Bevollmächtigte, sondern nur für Betreuer. Dann wäre auch dem Umstand des ungerechtfertigten Verweises abgeholfen, dass die Anfechtung durch den möglichen Widerruf verdrängt wird, der hier aber seinerseits durch die Testierunfähigkeit unmöglich ist.

Eine Implementierung in die Systematik des BGB sollte freilich im „Titel 7. Aufhebung und Errichtung eines Testaments“ erfolgen, wegen der dargelegten, unterschiedlichen Natur der Lossagungsrechte Widerruf und Anfechtung nicht aber innerhalb der Vorschriften zum Widerruf, explizit § 2253 BGB, erfolgen. Die Systematik des BGB orientiert sich in seinem Grundaufbau chronologisch am Ablauf eines Menschenlebens.¹⁴⁹¹ Stellt man zudem anheim, dass die Anfechtung hier aufgrund der Testierunfähigkeit und nicht aufgrund des Todes entsteht, müsste das Anfechtungsrecht des Betreuers in zeitlich-struktureller Hinsicht zwischen beiden Lossagungsrechten angesiedelt sein. Dafür spricht auch, dass eine analoge oder reziproke Anwendung erbvertraglicher Vorschriften über die Anfechtung überflüssig wäre. Dies wäre auch nur konsequent, weil sich der Reformvorschlag nicht nur auf zweiseitige Bindungswirkungen, sondern im Falle der Testierunfähigkeit auch auf die Durchbrechung der einseitigen, ewigen Bindung bezieht. Es mag daher sinnvoll erscheinen, hierfür § 2259 BGB vorzusehen. So-

¹⁴⁹⁰ Siehe hierzu die Ausführungen der Limitierungen des Fragebogens in Kapitel 4.2.2.3.

¹⁴⁹¹ Zu Beginn seiner Rechtsfähigkeit und mit steigendem Alter erlangt man mehr Rechte und lernt die Regeln, die grundsätzlich immer gelten (Buch 1 – Allgemeiner Teil). Später geht man Schuldverhältnisse ein (Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse) und erlangt Rechte an Sachen (Buch 3 – Sachenrecht). Damit konform geht die Familiengründung (Buch 4 – Familienrecht), bis man sich schließlich mit seinem Nachlass befassen muss, bevor man schließlich stirbt (Buch 5 – Erbrecht).

weit die Ablieferungspflicht gem. § 2259 BGB einen künftigen § 2260 BGB darstellt¹⁴⁹², wäre einer Reihung der testamentarischen Lossagungsrechte der Weg geebnet. Aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse könnte die neue Vorschrift in ihrem Wortlaut und in Anlehnung an erbvertragliche Anfechtungsvorschriften wie folgt formuliert werden:

§ 2259 BGB n.F.

Anfechtung eines Testaments

(1) ¹Für einen testierunfähigen Erblasser kann sein Betreuer das Testament sowie einzelne darin enthaltene Verfügungen auf Grund der §§ 2078, 2079 mit Genehmigung des Betreuungsgerichts anfechten; zur Anfechtung auf Grund des § 2079 ist erforderlich, dass der Pflichtteilsberechtigte zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist. ²Die Anfechtungserklärung bedarf der notariellen Beurkundung.

(2) ¹Die Anfechtung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen. ²Die Frist beginnt im Falle der Anfechtbarkeit wegen Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört, in den übrigen Fällen mit dem Zeitpunkt, in welchem der Betreuer von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. ³Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 206, 210 entsprechende Anwendung. ⁴Hat im Falle des Satzes 2 der Betreuer das Testament nicht rechtzeitig angefochten, bleibt das Widerrufsrecht des Erblassers bei Wegfall der Testierunfähigkeit davon unberührt.

Auch beim gemeinschaftlichen Testament ließe sich die Vorschrift wie die Widerrufsvorschriften in den §§ 2253 ff. BGB anwenden.

Darüber hinaus ergab sich, dass *de lege ferenda* ein Widerruf ggü. testierunfähigen Ehe- oder Lebenspartnern ausgeschlossen sein sollte. Zugleich ist ab Eintritt der Testierunfähigkeit eine Anfechtung des Ehe- oder Lebenspartners möglich. Damit wäre vermieden, dass ein lösungswilliger Partner mit einer begründeten Anfechtung bis zum Ableben seines testierunfähigen Partners warten müsste. Da die Anfechtung weitreichendere Voraussetzungen als der Widerruf benötigt, erscheint dies auch interessengerecht, weil der gemeinsame Nachlassplan nicht mehr durch eine nur formelle Hürde des notariell beurkundeten Widerrufs aus der Welt zu schaffen wäre, sondern zum Schutz des Testierunfähigen Bindungswirkung dort einträte, wo sie gewollt war. Es ist zu konzедieren, dass Testierunfähigen ggü. schon zu Lebzeiten nicht mehr widerrufen werden können sollte. Daher wäre zu bedenken, § 2271 I und II BGB dahingehend neu zu formulieren:

¹⁴⁹² Dieser ist seinerseits mit Verwirkung vom 01.09.2009 durch das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008 aufgehoben worden (BGBl. I S. 2586).

§ 2271 BGB n.F.

Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen

(1) ¹Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem in § 2270 bezeichneten Verhältnis steht, erfolgt bei Testierfähigkeit der Ehegatten nach der für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296.

²Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben.

(2) ¹Das Recht zum Widerruf erlischt mit der Testierunfähigkeit des anderen Ehegatten. ²Stirbt ein Ehegatte, kann der Überlebende jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. ³Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 und des § 2336 berechtigt.

Eine dritte Erkenntnis betrifft die Frage, wie mit dem Empfang der Lossagungs-erklärung des Vertreters eines Testierunfähigen umzugehen ist. Hier lässt sich zunächst konstatieren, dass wenn der Betreuer zur Ausübung des Anfechtungsrechts in der Lage sein soll, so sollte er erst recht die Lossagungserklärung in Empfang nehmen können. Gleichzeitig muss dabei bedacht werden, dass in dem Empfang einer derartigen Erklärung lediglich ein Realakt zu sehen ist und der Vertreter hier als Empfangsvertreter fungiert. Daher sollte dies auch von einem Bevollmächtigten vorgenommen werden können. Die Entscheidung für das Ausreichen einer zufälligen Kenntnisnahme statt einer zielgerichteten Mitteilung ist hingegen rein dogmatischer Natur.

Mit Blick auf die Grenzen der Testierfreiheit stellten sich empirische Anhaltspunkte dafür heraus, die Flexibilität zu stärken und die bestehenden, gesetzlichen Grenzen in bestimmten Bereichen aufzuweichen. Dies betrifft maßgeblich den Wunsch, dem Pflegepersonal oder der Einrichtung, in der man wohnt, etwas vermachen zu dürfen. Hiergegen sprechen allerdings gewichtige dogmatische Argumente, die eine Milderung oder gar Streichung des § 14 HeimG verhindern können. Wie bereits erörtert bedarf es zur Klärung dieser Frage weitergehende Untersuchungen und Analysen.

Freilich können Informationsveranstaltungen zum Thema Vorsorge einem bestehenden Wissensmangel Abhilfe schaffen. Die Schwierigkeit besteht allerdings darin, dass zumeist private, sensible Fragen hervorgerufen werden, welche von Teilnehmern dann nicht zwingend im Veranstaltungsplenum behandelt werden wollen. Andererseits ist es wichtig, die Akquise zu solchen Events hinreichend zu organisieren, denn zumeist scheitern leere Sitzreihen weniger am Thema, als an der Unkenntnis über die Veranstaltung. Hierbei ist der Fokus auf Vorsorgevollmachten zu legen. Sie sind Ausdruck der Selbstbestimmungsfreiheit und stärken die Position des in dieser Untersuchung erörterten Bevollmächtigten, der den personifizierten, letzten Willen des Testierunfähigen verkörpert kann.

Mit Blick auf die Gesamtdiskussion dürfen erbschaftssteuerrechtliche Aspekte, Pflichtteilsregelungen und Freibeträge – insbesondere i.R.v. nachstehenden Verwandten der verhältnismäßig geringe Freibetrag für Geschwister – nicht außer Acht bleiben.

Abschließend sei erwähnt, dass sich nicht nur das Erbrecht, sondern auch die Rechtswissenschaft insgesamt in den nächsten Jahren größten Herausforderungen stellen muss. Dabei muss sie sich für andere Disziplinen, zuvorderst für die empirische Sozialforschung und weitergehende Analysen, öffnen. Dieses Vorhaben darf kein bloßes Lippenbekenntnis bleiben - andernfalls droht sie im Limbus ihres Normenkreislaufs einzugehen, weil sie sich gerade durch verlässliche Befunde außerhalb ihres Normenkreislaufs reflektieren muss, um einerseits schlüssig und anspruchsvoll zu bleiben, andererseits um für Transparenz und Verständlichkeit zu sorgen. Ein zielführender Ansatz liegt darin, die zahlreichen und im juristischen Studium teils fragwürdigen Schlüsselqualifikationen in Teilen durch ein weiteres Grundlagenfach zu ersetzen, so wie es in positiver Weise in Bremen durch das Fach „Statistik vor Gericht“ an der Universität Bremen umgesetzt worden ist.¹⁴⁹³ Öffnet sich die Rechtswissenschaft, kann sie zu einer modernen Form einer Aufklärungswissenschaft aufsteigen, die als Rechtssetzungswissenschaft weit über das Deduzieren und Rezipieren hinausgeht. Dabei darf es nicht darum gehen, einer potentiellen oder festgestellten Mehrheit Folge zu leisten oder deren Beschlüsse umzusetzen, also die Empirie an den Beginn des Denkmusters zu stellen, sondern – und diese Errungenschaft muss sich das Recht ggü. der Politik ewig bewahren – die eigenen Ansätze zunächst am Maßstab des Richtigen und Guten auszurichten und sie erst anschließend einer umfassenden Abwägung einer empirischen Analyse zu unterziehen. Dabei stellt ein Interessierter dieser Untersuchung bzgl. der Kodifizierungszeit des CIC fest: „Was die Mehrheit (der Juristen) meint, ist rechtens.‘, (...), dennoch „(...) dürfte es nicht nachteilig sein, auch die kleine Stimme eines Nichtjuristen zu hören.“¹⁴⁹⁴

¹⁴⁹³ Universität Bremen, Kurs: Statistik vor Gericht, SoSe 2019, <http://empwifo.wiwi.uni-bremen.de/de/lehveranstaltung>, abgerufen am 01.10.2022.

¹⁴⁹⁴ Anhang R.

7 Anhang

Anhang A: Hinterlegte letztwillige Verfügungen bei den Amtsgerichten.....	II
Anhang B: Kinderlosigkeit von Frauen.....	III
Anhang C: Erstentwurf des Printbogens	IV
Anhang D: Erstentwurf des Online-Fragebogens	IX
Anhang E: Zweitentwurf des Printbogens.....	XIX
Anhang F: Finaler Printbogen.....	XXVIII
Anhang G: Finaler Online-Fragebogen	XXXV
Anhang H: Verteilung der Antworten auf die Fragen	LIII
Anhang I: E-Mail-Antwort Betreutes Wohnen	LX
Anhang J: E-Mail-Antwort ehrenamtliche Institution.....	LXI
Anhang K: E-Mail-Antwort Einrichtung (1)	LXII
Anhang L: E-Mail-Antwort Einrichtung (2)	LXIII
Anhang M: E-Mail-Kommentar zur Vorstellung über die eigene Testierunfähigkeit.....	LXIV
Anhang N: E-Mail-Absage Einrichtung (1).....	LXV
Anhang O: E-Mail-Absage Einrichtung (2).....	LXVI
Anhang P: E-Mail-Absage Einrichtung (3)	LXVII
Anhang Q: E-Mail-Antwort wegen SPAM-Filter.....	LXVIII
Anhang R: E-Mail-Kommentar zur Untersuchung	LXIX
Anhang S: Antworten auf offene Fragen	LXXI

Anhang A: Hinterlegte letztwillige Verfügungen bei den Amtsgerichten

1995	1996	1997	1998	1999	2000
433.044	434.706	435.206	431.077	440.318	452.378
2001	2002	2003	2004	2005	2006
514.620	437.626	417.108	439.641	427.648	429.081
2007	2008	2009	2010	2011	2012
424.344	430.861	433.476	440.580	451.168	454.512
2013	2014	2015	2016		
482.434	475.439	499.299	498.950		

Tabelle 1: Übersicht über die bei den Amtsgerichten hinterlegten Testamente und Erbverträge¹⁴⁹⁵

¹⁴⁹⁵ Auszug aus der Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der Amtsgerichte für die Jahre 1995 bis 2016 vom Bundesamt für Justiz, https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung_Amtsgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=12, abgerufen am 14.06.2018. Die Daten von 1995 bis 2002 finden sich unter I.A.3 (Sp.Nr. 3), die von 2003 bis 2007 unter C.1 (Sp.-Nr. 15) und die von 2008 bis 2016 unter 13 01 00.

Anhang B: Kinderlosigkeit von Frauen

Geburtsjahrgang	%
1993–1996	99
1988–1992	92
1983–1987	72
1987–1982	46
1973–1977	28
1968–1972	22
1963–1967	20
1958–1962	18
1953–1957	16
1948–1952	14
1943–1947	12
1937–1942	11

Abbildung 70: Kinderlosigkeit von Frauen¹⁴⁹⁶

¹⁴⁹⁶ Anteil der Frauen ohne Kind an allen Frauen der Geburtsjahrgänge 2012, die auf die Frage nach der Geburt geantwortet haben. Statistisches Bundesamt, Geburtstrends und Familiensituation in Deutschland, [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Publikationen/ Downloads-Haushalte/geburtstrends-5122203129004.pdf?__blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Haushalte-Familien/Publikationen/Downloads-Haushalte/geburtstrends-5122203129004.pdf?__blob=publicationFile), abgerufen am 14.06.2018, S. 32.

Anhang C: Erstentwurf des Printbogens

Lossagungsrechte von Verfügungen von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit. Der Fragebogen.

A. Allgemeine Angaben

1. Wie beantworten Sie die folgenden Fragen?

- Allein Mit der Hilfe einer anderen Person

Wenn nicht allein: Ist die andere Person ihr

- Vorsorgebevollmächtigter Betreuer weder noch

2. Meine Postleitzahl und mein Wohnort lauten:

3. Geboren bin ich in:

4. Ich habe die Deutsche Staatsangehörigkeit

- Ja Nein

Falls Nein: Ich habe die Staatsangehörigkeit des folgenden Staates:

5. Mein Familienstand lautet

- ledig verheiratet verpartnert verwitwet

6. Wie alt sind Sie?

- 16-18 18-30 30-50
 50-70 70-80 älter als 80 Jahre

7. Welches Geschlecht haben Sie?

- weiblich männlich

8. Ich habe

- Kinder Enkel Urenkel Ur-Urenkel

Lossagungsreche von Verfügungen von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit. Der Fragebogen.

B. Angaben zum gesundheitlichen Zustand

1. Ich lebe

- Zuhause in einem Pflegeheim / einer Residenz / in betreutem Wohnen

2. Sind sie geschäftsfähig/testierfähig?

- Ja Nein

Wenn Nein: Sorgt für Sie ein

- Vorsorgebevollmächtigter Betreuer weder noch

3. Wurde ihre Geschäftsfähigkeit/Testierfähigkeit je in Frage gestellt?

- Ja Nein

Wenn Ja: Von

- einem Angehörigen/Verwandten einer anderen Person

4. Leiden Sie an typischen Alterskrankheiten?

- Ja Nein

Wenn Ja: Sie leiden an

- Alzheimer-Demenz vaskulärer Demenz sekundärer Demenzform
 einer anderen Krankheit, die Ihre Geistestätigkeit beeinflusst

C. Angaben zum rechtlichen Hintergrund

1. Haben Sie eine Vorsorgevollmacht?

- Ja Nein

Wenn Ja: Wen haben Sie als Bevollmächtigten eingesetzt?

- einen Angehörigen/Verwandten eine andere Person

2. Haben Sie eine Patientenverfügung?

- Ja Nein

3. Haben Sie bereits ein Testament verfasst?

- Ja Nein

Lossagungsrechte von Verfügungen von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit. Der Fragebogen.

Wenn Nein: Warum haben Sie bisher kein Testament errichtet?

Und: Haben Sie vor, ein Testament im Laufes Ihres Lebens zu errichten?

Ja Nein das weiß ich jetzt noch nicht

Wenn Ja zu 3: Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

16-18 18-30 30-50
 50-70 70-80 älter als 80 Jahre

Und: Welche Testamentsform haben Sie dabei gewählt?

Verfügung von Todes wegen gemeinschaftliches Testament Erbvertrag

Und: Wie haben Sie dabei testiert?

allein öffentlich bei einem Notar

Und: Haben Sie sich bei der Errichtung des Testaments durch andere Personen beeinträchtigt gefühlt?

Ja Nein

Und: Waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments uneingeschränkt geschäftsfähig?

Ja Nein

Wenn hier nein: War eine der folgenden Erkrankungen hierbei maßgebend?

Alzheimer-Demenz vaskulärer Demenz sekundärer Demenzform
 eine andere Krankheit, die Ihre Geistestätigkeit beeinflusst

Und: Haben Sie Ihr Testament danach jemals verändert?

Ja Nein

Wenn Ja: Was haben Sie gegen Ihr Testament unternommen:

Ich habe ein neues geschrieben Widerruf Anfechtung

Und: Wie alt waren Sie bei der Veränderung Ihres Testaments?

16-18 18-30 30-50
 50-70 70-80 älter als 80 Jahre

Erklärungsbogen zur Verfügung von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierunfähigkeit. Der Fragebogen.

Und: Welche Testamentsform haben Sie dabei gewählt?

Verfügung von Todes wegen gemeinschaftliches Testament Erbvertrag

Und: Wie haben Sie dabei testiert?

allein öffentlich bei einem Notar

Und: Haben Sie sich bei der Errichtung des Testaments durch andere Personen beeinträchtigt gefühlt?

Ja Nein

Und: Waren Sie bei der Veränderung Ihres ersten Testaments uneingeschränkt geschäftsfähig?

Ja Nein

Wenn hier nein: War eine der folgenden Erkrankungen hierbei maßgebend?

Alzheimer-Demenz vaskulärer Demenz sekundäre Demenzform

eine andere Krankheit, die Ihre Geistestätigkeit beeinflusst

D. Inhaltliche Tiefe und Zielfragen

1. Sie sind testierunfähig oder stellen sich bitte vor, es im Alter zu werden. Sie hatten im testierfähigen Zustand ein Testament errichtet. An diese Entscheidung sind sie nun in der Regel ewig gebunden. Auch ein Betreuer oder Bevollmächtigter kann diese Änderung für Sie nicht mehr vornehmen, wenn sie testierunfähig sind. Wie empfinden Sie diese ewige Bindung?

sehr schlecht	schlecht	mittel	gut	sehr gut
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

2. Wie bewerten sie die folgende Aussage „Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine Veränderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen.“

sehr schlecht	schlecht	mittel	gut	sehr gut
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

3. Wie bewerten sie hingegen diese Aussage: „Lieber bin ich an meine Entscheidung, so sehr ich sie noch bereue, ewig gebunden, als dass sie jemand anderes verändern kann.“

sehr schlecht	schlecht	mittel	gut	sehr gut
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Lossagungsrechte von Verfügungen von Todes wegen – insbesondere nach dem Eintritt der Testierfähigkeit. Der Fragebogen.

4. Sie wohnen in einem Pflegeheim/ einer Seniorenresidenz oder einer ähnlichen Einrichtung oder stellen sich dies bitte vor. Es wird sich gut um sie gekümmert und sie möchten ihrem Pfleger/ihrer Pflegerin oder der Einrichtung selbst einen geldwerten Vorteil zukommen lassen oder ihm diesen versprechen. Sollte Ihnen dies gesetzlich möglich sein?

Nein, dadurch nehmen Ungerechtigkeiten zu <input type="checkbox"/>	Ich bin unentschlossen <input type="checkbox"/>	Ja, es ist meine persönliche Entscheidung <input type="checkbox"/>
---	--	---

5. Wie würden Sie sich unter gleichen Voraussetzungen entscheiden, wenn es sich dabei um Ihren Banker, Ihren Arzt oder Ihren Vermögensberater handeln würde?

Nein, dadurch nehmen Ungerechtigkeiten zu <input type="checkbox"/>	Ich bin unentschlossen <input type="checkbox"/>	Ja, es ist meine persönliche Entscheidung <input type="checkbox"/>
---	--	---

6. Was halten Sie von einem Vorschlag, dass es eine Altersgrenze gäbe, ab welcher ein Testieren grundsätzlich unmöglich ist und wo sollte diese Grenze liegen?

Ab 70 Jahren <input type="checkbox"/>	Ab 80 Jahren <input type="checkbox"/>	Ab 90 Jahren <input type="checkbox"/>	Keine Grenze <input type="checkbox"/>
--	--	--	--

7. Was halten Sie von einem anderen Vorschlag, dass Testamente nicht mehr alleine, sondern zum Schutz und der Gewährleistung der Testierfähigkeit älterer Menschen nicht mehr alleine, sondern nur noch öffentlich bei einem Notar erlassen werden können?

sehr schlecht <input type="checkbox"/>	schlecht <input type="checkbox"/>	mittel <input type="checkbox"/>	gut <input type="checkbox"/>	sehr gut <input type="checkbox"/>
---	--------------------------------------	------------------------------------	---------------------------------	--------------------------------------

8. Persönliche Willensfreiheit und ein hohes Schutzniveau sind nicht immer in Einklang zu bringen. Welches Schutzniveau wünschen Sie sich im Alter und was trauen sie sich selbst noch zu, sollten Sie einmal an einer Alterskrankheit leiden:

Hohes Schutzniveau <input type="checkbox"/>	Mehr Schutz als Freiheit <input type="checkbox"/>	mittel <input type="checkbox"/>	Mehr Freiheit als Schutz <input type="checkbox"/>	Viele Freiheiten <input type="checkbox"/>
--	--	------------------------------------	--	--

Anhang D: Erstentwurf des Online-Fragebogens

5.4.2016

Fragebogen



Seite 01

Allgemeine Angaben

1. Wie füllen Sie diesen Fragebogen?

Allein

Mit meinem Vorsorgebevollmächtigten

Mit meinem Betreuer

Mit der Hilfe von

Seite 02**2. Wo wohnen Sie?**

auf dem Land

in einer Stadt bis 50.000 Einwohner

in einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner

in einer Stadt über 250.001 Einwohner

Seite 03**3. Wo sind Sie geboren?**

auf dem Land

in einer Stadt bis 50.000 Einwohner

in einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner

in einer Stadt über 250.001 Einwohner

Seite 04

5.4.2016

Fragebogen

4. Haben Sie die Deutsche Staatsangehörigkeit?

Ja

Nein, ich habe die folgende Staatsangehörigkeit:

Seite 05

5. Welchen Familienstand haben Sie?

Ledig

Verheiratet

Verpartnert

Verwitwet

Seite 06

6. In welchem Jahr sind Sie geboren?

Seite 07

7. Welches Geschlecht haben Sie?

Weiblich

Männlich

Anderes

Seite 08

8. Haben Sie Nachfahren?

Nein

Ja, Kinder: Ja, Enkel Ja, Urenkel

5.4.2016

Fragebogen

Ja, Ur-Urenkel

Seite 09

9. Wo leben Sie?

Zuhause

In einem Pflegeheim/einer Residenz/betreutem Wohnen

Weder noch, ich lebe

Seite 10

BB02

10. Welche der folgenden Aussagen trifft auf Sie zu?

Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte und bisher nicht für geschäftsunfähig erklärt worden

Mir wurde die Geschäftsfähigkeit oder die Testierfähigkeit gerichtlich abgesprochen

Seite 11

BB04

11. Wer sorgt für Sie?

Vorsorgebevollmächtigter

Betreuer

weder noch, sondern

Seite 12

BB03

12. Leiden Sie an einer der folgenden Alterskrankheiten?

Alzheimer/Demenz

vaskuläre Demenz

sekundäre Demenzform

5.4.2016

Fragebogen

einer anderen Krankheit, welche die Geistestätigkeit beeinträchtigt, nämlich:

Nein

Seite 13

cc01

13. Haben Sie jemandem eine Vollmacht erteilt, Entscheidungen für Sie treffen, wenn Sie dazu nicht mehr in der Lage sind (Vorsorgevollmacht)?

Ja

Nein

Seite 14

14. Wen haben Sie als Bevollmächtigten eingesetzt?

Einen Angehörigen/Verwandten

Eine andere Person

Seite 15

cc03

15. Haben Sie bereits ein Testament verfasst?

Ja

Nein

Seite 16

cc10

16. Warum haben Sie bisher kein Testament errichtet?

Mehrfachnennungen sind möglich.

Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht

Ich möchte nur Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen

Ich habe nichts zu vererben

5.4.2016

Fragebogen

Sonstiges:

Seite 17

CC11

17. Haben Sie vor, ein Testament im Laufe Ihres Lebens zu errichten?

Ja

Nein

Das weiß ich noch nicht

Seite 18

CC04

18. Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

Seite 19

19. Welche Form der Verfügung haben Sie dabei gewählt?

Testament

gemeinschaftliches Testament

Erbvertrag

Seite 20

20. Wo haben Sie dabei testiert?

Allein und zuhause

nicht allein, aber zuhause

öffentlich bei einem Notar

Seite 21

CC07

5.4.2016

Fragebogen

21. Haben Sie sich bei der Errichtung des Testaments durch andere Personen beeinträchtigt gefühlt?

Ja

Nein

Seite 22

22. Durch wen haben Sie sich beeinträchtigt gefühlt?

Durch meinen Bevollmächtigten bzw. meinen Betreuer

Durch meine Angehörige bzw. meine Verwandten

Durch eine andere Person, und zwar:

Seite 23

cc09

23. In welchem der folgenden Gesundheitszustände befanden Sie sich bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

Gesund

Alzheimer/Demenz

vaskuläre Demenz

sekundäre Demenzform

einer anderen, Ihre Geistestätigkeit beeinflussende Krankheit, und zwar:

Seite 24

cc12

24. Haben Sie Ihr Testament jemand verändert?

Ja

Nein

Seite 25

cc13

25. Wie haben Sie Ihr Testament verändert?

5.4.2016

Fragebogen

Ich habe ein neues Testament geschrieben

Ich habe mein Testament widerrufen

Ich habe mein Testament angefochten

Seite 26

26. Wie alt waren Sie ungefähr bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

[Bitte auswählen] ▼

Seite 27

27. Auf welche Weise haben Sie Ihr Testament verändert?

Allein und zuhause

nicht allein, aber zuhause

öffentlich bei einem Notar

Seite 28
cc18

28. Haben Sie sich bei der Veränderung des Testaments durch andere Personen beeinträchtigt gefühlt?

Ja

Nein

Seite 29

29. Durch wen haben Sie sich beeinträchtigt gefühlt?

Durch meinen Bevollmächtigten bzw. meinen Betreuer

Durch meine Angehörige bzw. meine Verwandten

Durch eine andere Person, und zwar:

Seite 30

5.4.2016

Fragebogen

cc20

30. In welchem der folgenden Gesundheitszustände befanden Sie sich bei der Veränderung Ihres ersten Testaments?

Gesund

Alzheimer/Demenz

vaskuläre Demenz

sekundäre Demenzform

einer anderen, Ihre Geistestätigkeit beeinflussende Krankheit, und zwar:

Seite 31

DD05

31. Vielen Dank, dass Sie sich bisher soviel Zeit für die Beantwortung der Fragen genommen haben. Zum Ende folgen nun noch gezielte, inhaltliche Fragen, die Ihre eigene Meinung widerspiegeln mögen. Hierzu werden Ihnen Statements aufgezeigt, die Sie bewerten dürfen:

Wenn Sie im gesunden Zustand ein Testament errichtet haben, nachträglich aber testierunfähig werden, so sind Sie ewig an Ihre Entscheidung gebunden. Wie empfinden Sie diese ewige Bindung?

Bewerten Sie die Aussage bitte von „stimme überhaupt nicht zu“ bis „stimme in vollem Umfang zu“.

stimme überhaupt nicht zu	stimme nicht zu	stimme eher nicht zu	stimme eher zu	stimme zu	stimme in vollem Umfang zu
------------------------------	-----------------	-------------------------	----------------	-----------	-------------------------------

Seite 32

DD01

32. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:

„Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine Veränderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen.“

Bewerten Sie die Aussage bitte von „stimme überhaupt nicht zu“ bis „stimme in vollem Umfang zu“.

stimme überhaupt nicht zu	stimme nicht zu	stimme eher nicht zu	stimme eher zu	stimme zu	stimme in vollem Umfang zu
------------------------------	-----------------	-------------------------	----------------	-----------	-------------------------------

Seite 33

5.4.2016

Fragebogen

33. Wie bewerten Sie folgende Aussage: „Lieber bin ich an meine Entscheidung, so sehr ich sie noch bereuen würde, ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“

stimme überhaupt nicht zu	stimme nicht zu	stimme eher nicht zu	stimme eher zu	stimme zu	stimme in vollem Umfang zu
------------------------------	-----------------	-------------------------	----------------	-----------	-------------------------------

Seite 34

34. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:

„Wenn ich einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde und sich gut um mich gekümmert wird, so sollte es mir gesetzlich gestattet sein, meinem Pfleger oder meiner Pflegerin etwas Geld vererben zu können.“

Bewerten Sie die Aussage bitte von „stimme überhaupt nicht zu“ bis „stimme in vollem Umfang zu“.

stimme überhaupt nicht zu	stimme nicht zu	stimme eher nicht zu	stimme eher zu	stimme zu	stimme in vollem Umfang zu
------------------------------	-----------------	-------------------------	----------------	-----------	-------------------------------

Seite 35

35. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:

„Wie würden Sie entscheiden, wenn es sich statt des Pflegers oder der Pflegerin um ihren Banker, Arzt oder ihren Vermögensberater handeln würde? Sollte es ihnen gesetzlich gestattet sein, diesen Geld vererben zu können?“

Bewerten Sie die Aussage bitte von „stimme überhaupt nicht zu“ bis „stimme in vollem Umfang zu“.

stimme überhaupt nicht zu	stimme nicht zu	stimme eher nicht zu	stimme eher zu	stimme zu	stimme in vollem Umfang zu
------------------------------	-----------------	-------------------------	----------------	-----------	-------------------------------

Seite 36

36. Was halten Sie von dem Vorschlag, dass es eine Altersgrenze gäbe, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist? Wo sollte diese Grenze liegen?

ab 70 Jahren	ab 80 Jahren	ab 90 Jahren	ab 100 Jahren	Keine Grenze
--------------	--------------	--------------	---------------	--------------

5.4.2016

Fragebogen

Letzte Seite

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Ich möchte mich ganz herzlich für Ihre Mithilfe bedanken. Ihre Antworten wurden gespeichert und werden von mir für rein statistische Zwecke im Rahmen meiner Dissertation an der Universität Göttingen verwendet.

Wenn Sie Fragen oder Anregungen zu diesem Fragebogen und dieser Studie haben, können Sie mich gern kontaktieren unter [REDACTED] kontaktieren.

Ihre Antworten wurden gespeichert, Sie können das Browser-Fenster nun schließen.

Dipl.-Jur. Christoph Ponto – 2016

Anhang E: Zweitentwurf des Printbogens

Fragebogen

1. Wie füllen Sie diesen Fragebogen aus?
 - Allein
 - Mit meinem Vorsorgebevollmächtigten
 - Mit meinem gesetzlichen Betreuer
 - Mit der Hilfe von _____

2. Wo wohnen Sie?
 - In einer Stadt bis 10.000 Einwohner
 - In einer Stadt zwischen 10.001 und 50.000 Einwohner
 - In einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner
 - In einer Stadt ab 250.001 Einwohner

3. Wo sind Sie geboren?
 - In einer Stadt bis 10.000 Einwohner
 - In einer Stadt zwischen 10.001 und 50.000 Einwohner
 - In einer Stadt zwischen 50.001 und 250.000 Einwohner
 - In einer Stadt ab 250.001 Einwohner
 - Das weiß ich nicht

4. Haben Sie die Deutsche Staatsangehörigkeit?
 - Ja, nur die Deutsche
 - Ja, und eine weitere Staatsangehörigkeit, und zwar: _____
 - Nein, ich habe die folgende Staatsangehörigkeit/en: _____

5. Welchen Familienstand haben Sie?
 - Ledig
 - Verheiratet
 - Verpartnert (eingetragene Lebenspartnerschaft)
 - Verwitwet
 - Geschieden

6. In welchem Jahr sind Sie geboren? _____

7. Welches Geschlecht haben Sie?
- Weiblich
 - Männlich
 - Keine Angabe
8. Haben Sie (leibliche) Abkömmlinge? Wenn Ja, wie viele?
- Ja, Kinder: _____
 - Ja, Enkel: _____
 - Ja, Urenkel: _____
 - Ja, Ur-Urenkel: _____
9. Leben Sie in einem Pflegeheim, einer Residenz oder in betreutem Wohnen?
- Ja
 - Nein
10. Welche der folgenden Aussagen trifft auf Sie zu?
- Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte und bisher nicht für geschäftsunfähig oder testierunfähig erklärt worden
 - Mir wurde die Geschäftsfähigkeit oder die Testierfähigkeit gerichtlich abgesprochen

Hinweis: Wenn Sie Antwort 1 gewählt haben, überspringen Sie bitte die nächste Frage und beantworten direkt Frage 12.

11. Wer sorgt für Sie?
- Vorsorgebevollmächtigter
 - Gesetzlicher Betreuer
 - Weder noch, sondern: _____
12. Leiden Sie an einer der folgenden Alterskrankheiten?
- Alzheimer/Demenz
 - Vaskuläre Demenz
 - Sekundäre Demenz
 - An einer anderen Krankheit, welche Ihre Geistestätigkeit beeinträchtigt, nämlich:

 - Nein

13. Haben Sie jemandem eine Vollmacht erteilt, Entscheidungen für Sie zu treffen, wenn Sie dazu nicht mehr in der Lage sind (Vorsorgevollmacht)?

- Ja
- Nein

Hinweis: Wenn Sie „Nein“ gewählt haben, überspringen Sie bitte die nächste Frage und beantworten direkt Frage 15.

14. Wen haben Sie als Bevollmächtigten eingesetzt?

- Einen Angehörigen/Verwandten
- Eine andere Person

15. Haben Sie bereits ein Testament verfasst?

Es genügt ein privatschriftliches, welches Sie zuhause aufbewahren.

- Ja
- Nein

Hinweis: Wenn Sie „Ja“ gewählt haben, überspringen Sie bitte die nächsten beiden Fragen und beantworten direkt Frage 18.

16. Warum haben Sie bisher kein Testament errichtet?

Mehrfachnennungen sind möglich.

- Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht
- Ich möchte Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen
- Ich habe nichts zu vererben

Sonstiges: _____

17. Haben Sie vor, ein Testament im Laufe ihres Lebens zu errichten?

- Ja
- Nein
- Das weiß ich noch nicht

Hinweis: Wenn bei Frage 15 „Nein“ geantwortet haben, überspringen Sie bitte die nächsten Fragen und beantworten direkt Frage 31.

18. Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

19. Welche Form der Verfügung haben Sie dabei gewählt?

- Testament
- gemeinschaftliches Testament
- Erbvertrag

20. Wo haben Sie dabei testiert?

- Allein und zuhause
- Nicht allein, aber zuhause
- Öffentlich bei einem Notar

21. Haben Sie sich bei der Errichtung des Testaments durch andere Personen beeinträchtigt gefühlt?

- Ja
- Nein

Hinweis: Wenn bei Frage 21 „Nein“ geantwortet haben, überspringen Sie bitte die nächste Frage und beantworten direkt Frage 23.

22. Durch wen haben Sie sich beeinträchtigt gefühlt?

- Durch meinen Bevollmächtigten bzw. meinen Betreuer
- Durch meine Angehörigen/Verwandten

Durch eine andere Person, und zwar: _____

23. In welchem der folgenden Gesundheitszustände befanden Sie sich bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

- Gesund
- Alzheimer/Demenz
- Vaskuläre Demenz
- Sekundäre Demenzform

Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar:

24. Haben Sie Ihr Testament jemals verändert?

- Ja
- Nein

Hinweis: Wenn bei Frage 24 „Nein“ geantwortet haben, überspringen Sie bitte die nächsten Fragen und beantworten direkt Frage 31.

25. Wie haben Sie ihr Testament verändert?

- Ich habe ein neues Testament geschrieben
- Ich habe mein Testament widerrufen
- Ich habe mein Testament angefochten

26. Wie alt waren Sie ungefähr bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?

27. Auf welche Weise haben Sie Ihr Testament verändert?

- Allein und zuhause
- Nicht allein, aber zuhause
- Öffentlich bei einem Notar

28. Haben Sie sich bei der Veränderung des Testaments durch andere Person beeinträchtigt gefühlt?

- Ja
- Nein

Hinweis: Wenn bei Frage 28 „Nein“ geantwortet haben, überspringen Sie bitte die nächste Frage und beantworten direkt Frage 30.

29. Durch wen haben Sie sich beeinträchtigt gefühlt?

- Durch meinen Bevollmächtigten bzw. meinen Betreuer
- Durch meine Angehörigen/Verwandten
- Durch eine andere Person, und zwar: _____

30. In welchem der folgenden Gesundheitszustände befanden Sie sich bei der Veränderung Ihres ersten Testaments?

- Gesund
- Alzheimer/Demenz
- Vaskuläre Demenz
- Sekundäre Demenzform
- Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussende Krankheit, und zwar:
- _____

31. Vielen Dank, dass Sie sich bisher so viel Zeit für die Beantwortung der Fragen genommen haben. Zum Ende folgen nun noch gezielte, inhaltliche Fragen, die ihre eigene Meinung widerspiegeln mögen. Hierzu werden Ihnen Statements aufgezeigt, die Sie bewerten dürfen:

Wenn Sie im gesunden Zustand ein Testament errichtet haben, nachträglich aber testierunfähig werden, so sind Sie ewig an Ihre Entscheidung gebunden. Halten Sie diese ewige Bindung für gerecht?

- | | | | | | |
|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| überhaupt | nicht | eher nicht | eher | gerecht | in jeder |
| nicht | gerecht | gerecht | gerecht | | Hinsicht |
| gerecht | | | | | gerecht |

32. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:

„Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine Veränderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen.“

- | | | | | | |
|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> | <input type="checkbox"/> |
| stimme | stimme | stimme | stimme | stimme | stimme |
| überhaupt | nicht zu | eher nicht zu | eher zu | zu | in vollem |
| nicht zu | | | | | Umfang zu |

33. Wie bewerten Sie folgende Aussage:

„Lieber bin ich an meine Entscheidung, so sehr ich sie noch bereuen würde, ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“

<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
stimme	stimme	stimme	stimme	stimme	stimme
überhaupt	nicht zu	eher nicht zu	eher zu	zu	in vollem
nicht zu					Umfang zu

34. Wie bewerten Sie folgende Aussage:

„Wenn ich in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde und sich gut um mich gekümmert wird, so sollte es mir gesetzlich gestattet sein, meinem Pfleger oder meiner Pflegerin etwas Geld vererben zu können.“

<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
stimme	stimme	stimme	stimme	stimme	stimme
überhaupt	nicht zu	eher nicht zu	eher zu	zu	in vollem
nicht zu					Umfang zu

35. Wie würden Sie entscheiden, wenn es sich statt des Pflegers oder der Pflegerin um einen Bankangestellter, Arzt oder Ihren Vermögensberater handeln würde? Sollte es ihnen gesetzlich gestattet sein, diesen Personen Geld vererben zu können?

<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
stimme	stimme	stimme	stimme	stimme	stimme
überhaupt	nicht zu	eher nicht zu	eher zu	zu	in vollem
nicht zu					Umfang zu

36. Was halten Sie von dem Vorschlag, dass es eine Altersgrenze gäbe, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist? Wo sollte diese Grenze liegen?

- ab 70 Jahren ab 80 Jahren ab 90 Jahren ab 100 Jahren Keine Grenze

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Ich möchte mich ganz herzlich für Ihre Mithilfe bedanken. Ihre Antworten wurden gespeichert und werden von mir für rein statistische Zwecke im Rahmen meiner Dissertation an der Universität Göttingen verwendet.

Wenn Sie Fragen oder Anregungen zu diesem Fragebogen und dieser Studie haben, können Sie mich gern kontaktieren unter [REDACTED] kontaktieren.
Ihre Antworten werden (...)

Anhang F: Finaler Printbogen

Seite 1 von 7
Fragebogen zum Erb- und Testamentsrecht

Sehr geehrte Teilnehmerinnen und Teilnehmer,

vielen Dank für Ihr Interesse und dafür, dass Sie sich Zeit für die folgende Umfrage nehmen. Im Rahmen meines Dissertationsprojektes an der Universität Göttingen führe ich eine Untersuchung durch, die sich mit den erbrechtlichen Erfahrungen unserer Gesellschaft befasst. Besonderes Augenmerk soll hierbei auf der Gültigkeit von Testamenten liegen. Mit Ihrer Teilnahme ermöglichen Sie Einblicke in das Verständnis und den Willen unserer Gesellschaft.

Datenschutzhinweis: Diese Befragung ist anonym. Durch die rein statistische Darstellung ist ein Rückschluss auf die Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmöglich. Die in der Studie gewonnenen Daten werden nach den gesetzlichen Datenschutzbestimmungen erfasst und vertraulich behandelt.

Die Ergebnisse der Untersuchung werden Ihnen auf Wunsch zur Verfügung gestellt. Die Ihnen gestellten Fragen gliedern sich in vier wesentliche Aspekte: Zunächst werden Ihnen allgemeine Fragen zu Ihrer Person gestellt, anschließend zu Ihrem Gesundheitszustand, dann zu Ihren Erfahrungen im Erbrecht und schließlich zu Ihrer Einstellung zu unserem Erbrecht.

Wenn Ihnen eine digitale Beantwortung der Fragen im Internet genehmer ist, können Sie gern dort an Befragung teilnehmen. Sie finden die Umfrage unter folgendem Link: www.soscisurvey.de/Erbrecht

Beantworten Sie die Fragen bitte möglichst vollständig.

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Persönliche Angaben

1. Wie füllen Sie diesen Fragebogen aus?	<input type="radio"/> Allein <input type="radio"/> Mit meinem/meiner Vorsorgevollmächtigten <input type="radio"/> Mit meinem/meiner gesetzlichen Betreuer/in <input type="radio"/> Mit der Hilfe von _____
2. In welchem Jahr sind Sie geboren?	<input type="text"/>
3. Welches Geschlecht haben Sie?	<input type="radio"/> Weiblich <input type="radio"/> Männlich <input type="radio"/> Anderes
4. Wie viele Einwohner hat Ihr Wohnort?	<input type="radio"/> Bis 10.000 <input type="radio"/> 10.001 bis 50.000 <input type="radio"/> 50.001 bis 250.000 <input type="radio"/> Ab 250.001
5. Haben Sie die deutsche Staatsangehörigkeit?	<input type="radio"/> Ja, ausschließlich <input type="radio"/> Ja, und eine weitere Staatsangehörigkeit, und zwar: _____ <input type="radio"/> Nein, ich habe folgende Staatsangehörigkeit/en: _____ <input type="radio"/> Keine Angabe
6. Welchen Familienstand haben Sie?	<input type="radio"/> Ledig <input type="radio"/> Verheiratet <input type="radio"/> Verpartnert (eingetragene Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Menschen) <input type="radio"/> Verwitwet <input type="radio"/> Geschieden
7. Haben Sie leibliche und/oder adoptierte Abkömmlinge?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 9 fortfahren)
8. Bitte geben Sie hier die Anzahl Ihrer Kinder, Enkel, Urenkel und/oder Ur-Urenkel an. (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Kinder: _____ <input type="checkbox"/> Enkel: _____ <input type="checkbox"/> Urenkel: _____ <input type="checkbox"/> Ur-Urenkel: _____
9. Welches ist Ihr höchster Bildungsabschluss?	<input type="radio"/> Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule <input type="radio"/> Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Realschulabschluss <input type="radio"/> Abgeschlossenes Berufgrundbildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abgeschlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule <input type="radio"/> Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule <input type="radio"/> Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie <input type="radio"/> Fachhochschulabschluss, Diplom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promotion (Doktorprüfung)
10. Leben Sie in einem Pflegeheim, einer Residenz oder in betreutem Wohnen?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein

Gesundheitszustand

11. Leiden Sie an einer der folgenden Alterskrankheiten? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> An einer anderen Krankheit, welche meine Geistestätigkeit beeinträchtigt, nämlich: _ _ _ _ _ <input type="checkbox"/> Nein
12. Welche der folgenden Aussagen trifft auf Sie zu?	<input type="radio"/> Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte und bisher nicht für geschäftsunfähig oder testierunfähig erklärt worden <input type="radio"/> Mir wurde die Geschäftsfähigkeit oder die Testierfähigkeit gerichtlich aberkannt (→ mit Frage 15 fortfahren)
13. Haben Sie jemandem eine Vollmacht erteilt, Entscheidungen für Sie zu treffen, wenn Sie dazu nicht mehr in der Lage sind (Vorsorgevollmacht)?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 17 fortfahren)
14. Wem haben Sie eine Vorsorgevollmacht erteilt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meinem/r Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in <input type="checkbox"/> Meinem/r Lebensgefährten/in <input type="checkbox"/> Einem/r Angehörigen bzw. Verwandten <input type="checkbox"/> Anderen, und zwar: _ _ _ _ _
15. Wer betreut Sie?	<input type="radio"/> Mein/e Vorsorgebevollmächtigte/r <input type="radio"/> Mein/e gesetzliche/r Betreuer/in
16. Wer ist Ihr/e Betreuer/in oder Vorsorgebevollmächtigte/r? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Mein/e Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in <input type="checkbox"/> Mein/e Lebensgefährtin/e <input type="checkbox"/> Ein/e Angehörige/r bzw. Verwandte/r <input type="checkbox"/> Andere, und zwar:

Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht

17. Haben Sie bereits ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen? (Als Testament gilt auch ein privatschriftliches Dokument, welches Sie zuhause aufbewahren)	<input type="radio"/> Ja, ein Testament (einzelne, letztwillige Verfügung) (→ mit Frage 20, Seite 4 fortfahren) <input type="radio"/> Ja, ein gemeinschaftliches Testament (Ehegattentestament; Berliner Testament) (→ mit Frage 20, Seite 4 fortfahren) <input type="radio"/> Ja, einen Erbvertrag (→ mit Frage 37, Seite 6 fortfahren) <input type="radio"/> Nein
18. Warum haben Sie bisher weder ein Testament errichtet noch einen Erbvertrag geschlossen? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht <input type="checkbox"/> Ich möchte Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen <input type="checkbox"/> Sonstiges: _ _ _ _ _
19. Haben Sie vor, im Laufe Ihres Lebens ein Testament zu errichten oder einen Erbvertrag zu schließen?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Das weiß ich noch nicht

Hinweis: Wenn Sie kein Testament oder Erbvertrag geschlossen haben, fahren Sie bitte mit **Frage 49, Seite 7** fort.



Testament

20. Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?	<input type="text"/>
21. Wo haben Sie Ihr Testament errichtet?	<input type="radio"/> Allein und zuhause <input type="radio"/> Nicht allein, aber zuhause <input type="radio"/> Bei einem Notar <input type="radio"/> Sonstiges: _____
22. Wo bewahren Sie Ihr Testament auf?	<input type="radio"/> Zuhause <input type="radio"/> Privat eingereicht beim Nachlassgericht <input type="radio"/> Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht <input type="radio"/> Sonstiges: _____
23. Litten Sie bei der Errichtung Ihres Testaments an einer der nachfolgenden Krankheiten? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund
24. Haben Sie sich bei der Anfertigung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst gefühlt?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 27 fortfahren)
25. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Keine Angabe
26. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe
27. Haben Sie Ihr erstes Testament jemals geändert?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)
28. Wie alt waren Sie bei der Änderung Ihres Testaments?	<input type="text"/>
29. Wie haben Sie ihr Testament geändert?	<input type="radio"/> Ich habe ein neues Testament geschrieben <input type="radio"/> Ich habe mein Testament widerrufen (→ mit Frage 31 fortfahren) <input type="radio"/> Ich habe einen Erbvertrag geschlossen (→ mit Frage 32 fortfahren)
30. Wo bewahren Sie Ihr geändertes Testament auf?	<input type="radio"/> Zuhause <input type="radio"/> Privat eingereicht beim Nachlassgericht <input type="radio"/> Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht <input type="radio"/> Sonstiges: _____
31. Wo haben Sie Ihr Testament geändert?	<input type="radio"/> Allein und zuhause <input type="radio"/> Nicht allein, aber zuhause <input type="radio"/> Bei einem Notar <input type="radio"/> Sonstiges: _____

Seite 5 von 7
Fragebogen zum Erb- und Testamentsrecht

<p>32. Litten Sie bei der Änderung Ihres Testaments an einem der folgenden Gesundheitszustände? (Mehrfachantworten möglich)</p>	<p><input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussende Krankheit, und zwar: _ _ _ _ _ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund</p>
<p>33. Warum haben Sie Ihr Testament geändert? (Mehrfachantworten möglich)</p>	<p><input type="checkbox"/> Meine Lebensumstände haben sich geändert <input type="checkbox"/> Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen <input type="checkbox"/> Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen <input type="checkbox"/> Sonstiges: _ _ _ _ _</p>
<p>34. Haben Sie sich bei der Änderung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst gefühlt?</p>	<p><input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)</p>
<p>35. Wurde eine Person, die Sie bei der Änderung Ihres Testaments beeinflusst hat, von Ihnen bedacht?</p>	<p><input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Keine Angabe</p>
<p>36. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)</p>	<p><input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _ _ _ _ _ <input type="checkbox"/> Keine Angabe</p>

Hinweis: Bitte fahren Sie mit **Frage 49, Seite 7** fort.



Erbvertrag

37. Wie alt waren Sie beim Abschluss Ihres ersten Erbvertrags?	<input type="text"/>
38. Litten Sie beim Abschluss Ihres Erbvertrags an einer der nachfolgenden Krankheiten? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund
39. Haben Sie sich beim Abschluss Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst gefühlt?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 42 fortfahren)
40. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Keine Angabe
41. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe

42. Haben Sie Ihren ersten Erbvertrag jemals angefochten?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)
43. Wie alt waren Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags?	<input type="text"/>
44. Litten Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags an einem der folgenden Gesundheitszustände? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund
45. Warum haben Sie Ihren Erbvertrag angefochten? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine Lebensumstände haben sich geändert <input type="checkbox"/> Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen <input type="checkbox"/> Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen <input type="checkbox"/> Sonstiges: _____
46. Haben Sie sich bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst gefühlt?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)
47. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Keine Angabe
48. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe

Bewertung Erbrecht

Zum Ende folgen nun noch neun gezielte, inhaltliche Fragen, die Ihre eigene Meinung widerspiegeln mögen. Hierzu werden Ihnen Statements aufgezeigt, die Sie bitte für sich einordnen.

Wie bewerten Sie die folgenden Aussagen?

	Stimme überhaupt nicht zu	Stimme nicht zu	Stimme eher nicht zu	Stimme eher zu	Stimme zu	Stimme in vollem Umfang zu
49. „Lieber bin ich an meine Entscheidung ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
50. „Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine inhaltliche Änderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen, wenn ich dazu nicht mehr in der Lage bin.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
51. „Wenn ich in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde, so sollte es mir gestattet sein, meinem Pfleger, meiner Pflegerin oder der Einrichtung Geld vererben zu können.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
52. „Es sollte mir gestattet sein, meiner/m Bankangestellte/n, Arzt/Ärztin oder meiner/m Vermögensberater/in Geld vererben zu können.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
53. „Der Schutz des letzten Willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
54. „Ich kenne mich mit dem deutschen Erb- und Testamentsrecht aus.“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
	bei 70 Jahren	bei 80 Jahren	bei 90 Jahren	bei 100 Jahren	nirgends, keine Grenze	
55. „Es sollte eine Altersgrenze geben, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist, wenn die Testierfähigkeit nicht bewiesen wird. Diese Grenze liegt...“	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	
56. Wie bewerten Sie unser geltendes Erb- und Testamentsrecht? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Es ist gut so, wie es ist. <input type="checkbox"/> Keine Angabe <input type="checkbox"/> Ich sehe Änderungsbedarf (→ bei Frage 57 ausführen)					
57. Welche Aspekte des geltenden Erb- und Testamentsrechts sollten aus Ihrer Sicht geändert werden?						
Wenn Sie persönliche Kommentare oder Hinweise ergänzen möchten, nutzen Sie bitte das folgende Kommentarfeld.						

Vielen Dank für Ihre Teilnahme an der Befragung.

Bitte senden Sie den Fragebogen zurück



Anhang G: Finaler Online-Fragebogen

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Erbrecht → Erbrecht

10.08.2018, 19:59

Seite 01

Sehr geehrte Teilnehmerinnen und Teilnehmer,

vielen Dank für Ihr Interesse und dafür, dass Sie sich Zeit für die folgende Umfrage nehmen. Im Rahmen meines Dissertationsprojektes an der Universität Göttingen führe ich eine Untersuchung durch, die sich mit den erbrechtlichen Erfahrungen unserer Gesellschaft befasst. Besonderes Augenmerk soll hierbei auf der Gültigkeit von Testamenten liegen. Mit Ihrer Teilnahme ermöglichen Sie Einblicke in das Verständnis und den Willen unserer Gesellschaft.

Datenschutzhinweis: Diese Befragung ist anonym. Durch die rein statistische Darstellung ist ein Rückschluss auf die Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmöglich. Die in der Studie gewonnenen Daten werden nach den gesetzlichen Datenschutzbestimmungen erfasst und vertraulich behandelt.

Die Ergebnisse der Untersuchung werden Ihnen auf Wunsch zur Verfügung gestellt. Die Ihnen gestellten Fragen gliedern sich in vier wesentliche Aspekte: Zunächst werden Ihnen allgemeine Fragen zu Ihrer Person gestellt, anschließend zu Ihrem Gesundheitszustand, dann zu Ihren Erfahrungen im Erbrecht und schließlich zu Ihrer Einstellung zu unserem Erbrecht.

Wenn Ihnen eine handschriftliche Beantwortung genehmer ist, können Sie den Bogen hier herunterladen. Senden Sie den ausgefüllten Bogen hierfür bitte an



Alternativ können Sie den Fragebogen via Fax an [Redacted] oder via E-Mail an [Redacted] übermitteln.

Beantworten Sie die Fragen bitte möglichst vollständig.

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Seite 02**Persönliche Angaben**

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 03**Allgemeine Angaben****1. Wie füllen Sie diesen Fragebogen aus?**

- Allein
- Mit meinem/meiner Vorsorgebevollmächtigten
- Mit meinem/meiner gesetzlichen Betreuer/in
- Mit der Hilfe von:

Seite 04**2. In welchem Jahr sind Sie geboren?**

Seite 05**3. Welches Geschlecht haben Sie?**

- Weiblich
- Männlich
- Anderes

Seite 06**4. Wie viele Einwohner hat Ihr Wohnort?**

- Bis 10.000
- 10.001 bis 50.000
- 50.001 bis 250.000
- Ab 250.001

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 07**5. Haben Sie die deutsche Staatsangehörigkeit?**

- Ja, ausschließlich
- Ja, und eine weitere Staatsangehörigkeit, und zwar:
- Nein, ich habe folgende Staatsangehörigkeit/en:
- Keine Angabe

Seite 08**6. Welchen Familienstand haben Sie?**

- Ledig
- Verheiratet
- Verpartnert (eingetragene Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Menschen)
- Verwitwet
- Geschieden

Seite 09

AA16

7. Haben Sie leibliche und/oder adoptierte Abkömmlinge?

- Ja
- Nein

Seite 10**8. Bitte geben Sie hier die Anzahl Ihrer Kinder, Enkel, Urenkel und/oder Ur-Urenkel an.***(Mehrfachantworten möglich)*

- Kinder:
- Enkel
- Urenkel:
- Ur-Urenkel

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 11

AA14

9. Welches ist Ihr höchster Bildungsabschluss?

- Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule
- Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Realschulabschluss
- Abgeschlossenes Berufgrundbildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abgeschlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule
- Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule
- Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie
- Fachhochschulabschluss, Diplom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promotion (Doktorprüfung)

Seite 12**10. Leben Sie in einem Pflegeheim, einer Residenz oder in betreutem Wohnen?**

- Ja
- Nein

Seite 13**Gesundheitszustand**

Seite 14

BB03

11. Leiden Sie an einer der folgenden Alterskrankheiten?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Alzheimer/Demenz
- Vaskuläre Demenz
- Sekundäre Demenz

An einer anderen Krankheit, welche Ihre Geistestätigkeit beeinträchtigt, nämlich:

- Nein

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 15

BB02

12. Welche der folgenden Aussagen trifft auf Sie zu?

- Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte und bisher nicht für geschäftsunfähig oder testierunfähig erklärt worden
- Mir wurde die Geschäftsfähigkeit oder die Testierfähigkeit gerichtlich aberkannt

Seite 16

BB05

13. Haben Sie jemandem eine Vollmacht erteilt, Entscheidungen für Sie zu treffen, wenn Sie dazu nicht mehr in der Lage sind (Vorsorgevollmacht)?

- Ja
- Nein

Seite 17**14. Wem haben Sie eine Vorsorgevollmacht erteilt?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Meinem/r Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in
- Meinem/r Lebensgefährten/in
- Einem/r Angehörige/n bzw. Verwandte/n
- Anderen, und zwar:

Seite 18

BB04

15. Wer betreut Sie?

- Mein/e Vorsorgebevollmächtigte/r
- Mein/e gesetzliche/r Betreuer/in

Seite 19**16. Wer ist Ihr/e Betreuer/in oder Vorsorgebevollmächtigte/r?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Mein/e Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in
- Mein/e Lebensgefährte/in
- Ein/e Angehörige/r bzw. Verwandte/r

Andere, und zwar:

Seite 20**Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht**

Seite 21

cc03

17. Haben Sie bereits ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen?*(Als Testament gilt auch ein privatschriftliches Dokument, welches Sie zuhause aufbewahren)*

- Ja, ein Testament (einzelne, letztwillige Verfügung)
- Ja, ein gemeinschaftliches Testament (Ehegattentestament; Berliner Testament)
- Ja, einen Erbvertrag
- Nein

Seite 22

cc10

18. Warum haben Sie bisher weder ein Testament errichtet noch einen Erbvertrag geschlossen?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht
- Ich möchte Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen
- Sonstiges:

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 23
CC11**19. Haben Sie vor, im Laufe Ihres Lebens ein Testament zu errichten oder einen Erbvertrag zu schließen?**

- Ja
- Nein
- Das weiß ich noch nicht

Seite 24
CC04**20. Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments?**

Seite 25**21. Wo haben Sie Ihr Testament errichtet?**

- Allein und zuhause
- Nicht allein, aber zuhause
- Bei einem Notar

 Sonstiges:

Seite 26
CC21**22. Wo bewahren Sie Ihr Testament auf?**

- Zuhause
- Privat eingereicht beim Nachlassgericht
- Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht

 Sonstiges:

Seite 27

cc09

23. Litten Sie bei der Errichtung Ihres Testaments an einer der nachfolgenden Krankheiten?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Alzheimer/Demenz
 Vaskuläre Demenz
 Sekundäre Demenz

Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar:

Nein, ich war gesund

Seite 28

cc07

24. Haben Sie sich bei der Anfertigung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst gefühlt?

- Ja
 Nein

Seite 29

cc22

25. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?

- Ja
 Nein
 Keine Angabe

Seite 30

cc08

26. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in
 Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n

Andere, und zwar:

Keine Angabe

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 31
cc12**27. Haben Sie Ihr erstes Testament jemals geändert?**

- Ja
 Nein

Seite 32**28. Wie alt waren Sie bei der Änderung Ihres Testaments?**

Seite 33
cc13**29. Wie haben Sie Ihr Testament geändert?**

- Ich habe ein neues Testament geschrieben
 Ich habe mein Testament widerrufen
 Ich habe einen Erbvertrag geschlossen

Seite 34**30. Wo bewahren Sie Ihr geändertes Testament auf?**

- Zuhause
 Privat eingereicht beim Nachlassgericht
 Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht
 Sonstiges:

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 35

cc17

31. Wo haben Sie Ihr Testament geändert?

- Allein und zuhause
- Nicht allein, aber zuhause
- Bei einem Notar

 Sonstiges:**Seite 36**

cc35

32. Litten Sie bei der Änderung Ihres Testaments an einem der folgenden Gesundheitszustände?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Alzheimer/Demenz
- Vaskuläre Demenz
- Sekundäre Demenz

 Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: Nein, ich war gesund**Seite 37**

cc27

33. Warum haben Sie Ihr Testament geändert?*(Mehrfachantworten möglich)*

- Meine Lebensumstände haben sich geändert
- Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen
- Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen

 Sonstiges:

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 38

CC42

34. Haben Sie sich bei der Änderung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst geföhlt?

- Ja
 Nein

Seite 39

35. Wurde eine Person, die Sie bei der Änderung Ihres Testaments beeinflusst hat, von Ihnen bedacht?

- Ja
 Nein
 Keine Angabe

Seite 40

36. Durch wen haben Sie sich beeinflusst geföhlt?

(Mehrfachantworten möglich)

- Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in
 Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n
 Andere, und zwar:

 Keine Angabe

Seite 41

CC30

37. Wie alt waren Sie beim Abschluss Ihres ersten Erbvertrags?

Seite 42**38. Litten Sie beim Abschluss Ihres Erbvertrags an einer der nachfolgenden Krankheiten?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Alzheimer/Demenz
- Vaskuläre Demenz
- Sekundäre Demenz
- Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar:
- Nein, ich war gesund

Seite 43

CC32

39. Haben Sie sich beim Abschluss Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst gefühlt?

- Ja
- Nein

Seite 44**40. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?**

- Ja
- Nein
- Keine Angabe

Seite 45**41. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in
- Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n
- Andere, und zwar:
- Keine Angabe

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 46

cc23

42. Haben Sie Ihren ersten Erbvertrag jemals angefochten?

- Ja
 Nein

Seite 47**43. Wie alt waren Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags?**

Seite 48**44. Litten Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags an einem der folgenden Gesundheitszustände?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Alzheimer/Demenz
 Vaskuläre Demenz
 Sekundäre Demenz
 Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar:

 Nein, ich war gesund

Seite 49**45. Warum haben Sie Ihren Erbvertrag angefochten?***(Mehrfachantworten möglich)*

- Meine Lebensumstände haben sich geändert
 Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen
 Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen
 Sonstiges:

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 50

cc40

46. Haben Sie sich bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst geföhlt?

- Ja
 Nein

Seite 51

47. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?

- Ja
 Nein
 Keine Angabe

Seite 52

48. Durch wen haben Sie sich beeinflusst geföhlt?

(Mehrfachantworten möglich)

- Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in
 Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n
 Andere, und zwar:
 Keine Angabe

Seite 53

AA13

Bewertung Erbrecht

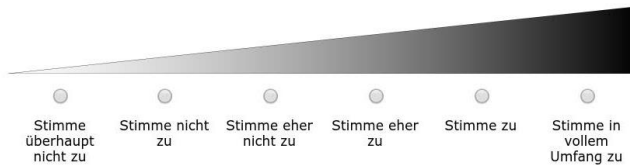
Zum Ende folgen nun noch neun gezielte, inhaltliche Fragen, die Ihre eigene Meinung widerspiegeln mögen. Hierzu werden Ihnen Statements aufgezeigt, die Sie bitte für sich einordnen.

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 54

DD05

49. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:***„Lieber bin ich an meine Entscheidung ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“***

Seite 55

DD01

50. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:***„Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine inhaltliche Änderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen, wenn ich dazu nicht mehr in der Lage bin.“***

Seite 56

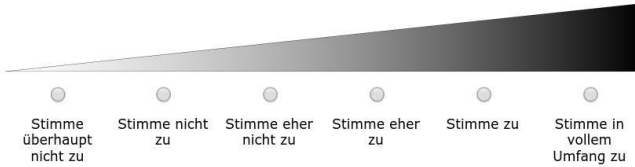
51. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:***„Wenn ich in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde, so sollte es mir gestattet sein, meinem Pfleger, meiner Pflegerin oder der Einrichtung Geld vererben zu können.“***

10.8.2018

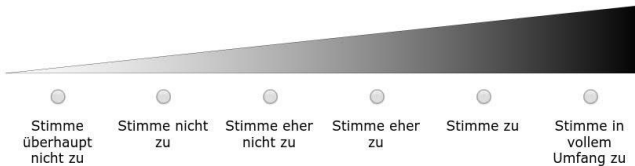
Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Seite 57**52. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:**

„Es sollte mir gestattet sein, meiner/m Bankangestellte/n, Arzt/Ärztin oder Vermögensberater/in Geld vererben zu können.“

**Seite 58****53. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:**

„Der Schutz des letzten Willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen.“

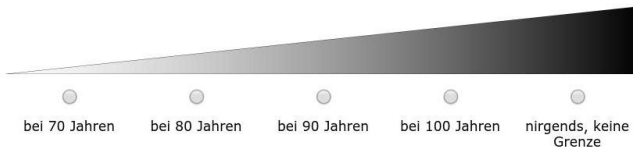
**Seite 59****54. Wie bewerten Sie folgende Aussage:**

„Ich kenne mich mit dem Deutschen Erb- und Testamentsrecht aus.“



Seite 60**55. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:**

„Es sollte eine Altersgrenze geben, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist, wenn die Testierfähigkeit nicht bewiesen wird. Diese Grenze liegt ...“



Seite 61**56. Wie bewerten Sie unser geltendes Erb- und Testamentsrecht?**

(Mehrfachantworten möglich)

- Es ist gut so, wie es ist.
 Keine Angabe

Ich sehe Änderungsbedarf, und zwar:

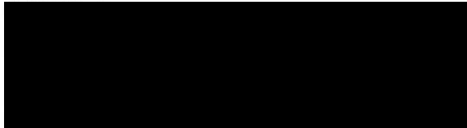
Seite 62**57. Wenn Sie persönliche Kommentare oder Hinweise ergänzen möchten, nutzen Sie bitte das folgende Kommentarfeld.**

10.8.2018

Druckansicht Erbrecht (Erbrecht) 10.08.2018, 19:59

Letzte Seite**Vielen Dank für Ihre Teilnahme an der Befragung.**

Wenn Sie Fragen oder Anregungen zu diesem Fragebogen oder dieser Studie haben, können Sie mich gerne kontaktieren:



Sie können das Browser-Fenster nun schließen.

Dipl.-Jur. Christoph Ponto – 2018

Anhang H: Verteilung der Antworten auf die Fragen

Seite 1 von 7
Fragebogen zum Erb- und Testamentsrecht

Sehr geehrte Teilnehmerinnen und Teilnehmer,

vielen Dank für Ihr Interesse und dafür, dass Sie sich Zeit für die folgende Umfrage nehmen. Im Rahmen meines Dissertationsprojektes an der Universität Göttingen führe ich eine Untersuchung durch, die sich mit den erbrechtlichen Erfahrungen unserer Gesellschaft befasst. Besonderes Augenmerk soll hierbei auf der Gültigkeit von Testamenten liegen. Mit Ihrer Teilnahme ermöglichen Sie Einblicke in das Verständnis und den Willen unserer Gesellschaft.

Datenschutzhinweis: Diese Befragung ist anonym. Durch die rein statistische Darstellung ist ein Rückschluss auf die Teilnehmerinnen und Teilnehmer unmöglich. Die in der Studie gewonnenen Daten werden nach den gesetzlichen Datenschutzbestimmungen erfasst und vertraulich behandelt.

Die Ergebnisse der Untersuchung werden Ihnen auf Wunsch zur Verfügung gestellt. Die Ihnen gestellten Fragen gliedern sich in vier wesentliche Aspekte: Zunächst werden Ihnen allgemeine Fragen zu Ihrer Person gestellt, anschließend zu Ihrem Gesundheitszustand, dann zu Ihren Erfahrungen im Erbrecht und schließlich zu Ihrer Einstellung zu unserem Erbrecht.

Wenn Ihnen eine digitale Beantwortung der Fragen im Internet genehmer ist, können Sie gern dort an Befragung teilnehmen. Sie finden die Umfrage unter folgendem Link: www.soscisurvey.de/Erbrecht

Beantworten Sie die Fragen bitte möglichst vollständig.

Vielen Dank für Ihre Teilnahme!

Persönliche Angaben

1. Wie füllen Sie diesen Fragebogen aus? $N = 218$	<input type="radio"/> Allein 216 <input type="radio"/> Mit meinem/meiner Vorsorgebevollmächtigten 1 <input type="radio"/> Mit meinem/meiner gesetzlichen Betreuer/in 1 <input type="radio"/> Mit der Hilfe von _____
2. In welchem Jahr sind Sie geboren? $N = 218$	<input type="text" value="0000"/>
3. Welches Geschlecht haben Sie? $N = 218$	<input type="radio"/> Weiblich 79 <input type="radio"/> Männlich 139 <input type="radio"/> Anderes
4. Wie viele Einwohner hat Ihr Wohnort? $N = 218$	<input type="radio"/> Bis 10.000 64 <input type="radio"/> 10.001 bis 50.000 59 <input type="radio"/> 50.001 bis 250.000 52 <input type="radio"/> Ab 250.001 43
5. Haben Sie die deutsche Staatsangehörigkeit? $N = 220$	<input type="radio"/> Ja, ausschließlich 216 <input type="radio"/> Ja, und eine weitere Staatsangehörigkeit, und zwar: 3 ____ <input type="radio"/> Nein, ich habe folgende Staatsangehörigkeit/en: _____ <input type="radio"/> Keine Angabe 1
6. Welchen Familienstand haben Sie? $N = 220$	<input type="radio"/> Ledig 71 <input type="radio"/> Verheiratet 127 <input type="radio"/> Verpartnert (eingetragene Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Menschen) 1 <input type="radio"/> Verwitwet 12 <input type="radio"/> Geschieden 9
7. Haben Sie leibliche und/oder adoptierte Abkömmlinge? $N = 220$	<input type="radio"/> Ja 125 <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 9 fortfahren) 95
8. Bitte geben Sie hier die Anzahl Ihrer Kinder, Enkel, Urenkel und/oder Ur-Urenkel an. (Mehrfachantworten möglich) $N = 220$	<input type="checkbox"/> Kinder: _____ <input type="checkbox"/> Enkel: _____ <input type="checkbox"/> Urenkel: _____ <input type="checkbox"/> Ur-Urenkel: _____
9. Welches ist Ihr höchster Bildungsabschluss? $N = 219$	<input type="radio"/> Abschluss an einer Grundschule oder Abschluss an einer Sonder-/Förderschule 1 <input type="radio"/> Abschluss an einer Polytechnischen Oberschule, Haupt- oder Volksschulabschluss, Realschulabschluss 20 <input type="radio"/> Abgeschlossenes Berufsgrundbildungsjahr, Abschluss an einer Berufsschule oder einer Berufsfachschule, eine abgeschlossene Lehre, ein Abschluss an einer Handelsschule 40 <input type="radio"/> Fachhochschulreife, Hochschulreife, Abitur, Abschluss an einer Fachoberschule 38 <input type="radio"/> Abschluss an einer Fachschule, Meister- oder Technikerschule, einer Schule des Gesundheitswesens, Abschluss an einer Berufsakademie, Fachakademie 27 <input type="radio"/> Fachhochschulabschluss, Diplom (FH), Hochschulabschluss (Magister, Diplom, Staatsexamen, Bachelor, Master), Promotion (Doktorprüfung) 95
10. Leben Sie in einem Pflegeheim, einer Residenz oder in betreutem Wohnen? $N = 218$	<input type="radio"/> Ja 11 <input type="radio"/> Nein 207

Gesundheitszustand

11. Leiden Sie an einer der folgenden Alterskrankheiten? (Mehrfachantworten möglich) N = 216	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz 1 <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz 0 <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz 0 <input type="checkbox"/> An einer anderen Krankheit, welche meine Geistestätigkeit beeinträchtigt, nämlich: _____ <input type="checkbox"/> Nein 215
12. Welche der folgenden Aussagen trifft auf Sie zu? N = 222	<input type="radio"/> Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte und bisher nicht für geschäftsunfähig oder testierunfähig erklärt worden 221 <input type="radio"/> Mir wurde die Geschäftsfähigkeit oder die Testierfähigkeit gerichtlich aberkannt (→ mit Frage 15 fortfahren) 1
13. Haben Sie jemandem eine Vollmacht erteilt, Entscheidungen für Sie zu treffen, wenn Sie dazu nicht mehr in der Lage sind (Vorsorgevollmacht)? N = 221	<input type="radio"/> Ja 81 <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 17 fortfahren) 140
14. Wem haben Sie eine Vorsorgevollmacht erteilt? (Mehrfachantworten möglich) N = 58	<input type="checkbox"/> Meinem/r Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in 38 <input type="checkbox"/> Meinem/r Lebensgefährten/in 2 <input type="checkbox"/> Einem/r Angehörigen bzw. Verwandten 16 <input type="checkbox"/> Anderen, und zwar: _____ 2
15. Wer betreut Sie?	<input type="radio"/> Mein/e Vorsorgebevollmächtigte/r <input type="radio"/> Mein/e gesetzliche/r Betreuer/in
16. Wer ist Ihre/r Betreuer/in oder Vorsorgebevollmächtigte/r? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Mein/e Ehepartner/in bzw. Lebenspartner/in <input type="checkbox"/> Mein/e Lebensgefährte/in <input type="checkbox"/> Ein/e Angehörige/r bzw. Verwandte/r <input type="checkbox"/> Andere, und zwar:

Eigene Erfahrungen mit dem deutschen Erbrecht

17. Haben Sie bereits ein Testament errichtet oder einen Erbvertrag geschlossen? (Als Testament gilt auch ein privatschriftliches Dokument, welches Sie zuhause aufbewahren) N = 222	<input type="radio"/> Ja, ein Testament (einzelne, letztwillige Verfügung) 34 (→ mit Frage 20, Seite 4 fortfahren) <input type="radio"/> Ja, ein gemeinschaftliches Testament (Ehegattentestament, Berliner Testament) (→ mit Frage 20, Seite 4 fortfahren) 47 <input type="radio"/> Ja, einen Erbvertrag (→ mit Frage 37, Seite 6 fortfahren) 2 <input type="radio"/> Nein 139
18. Warum haben Sie bisher weder ein Testament errichtet noch einen Erbvertrag geschlossen? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Ich habe mir noch keine Gedanken um meinen Nachlass gemacht 7 <input type="checkbox"/> Ich möchte Gebrauch von der gesetzlichen Erbfolge machen 29 <input type="checkbox"/> Sonstiges: _____ 18
19. Haben Sie vor, im Laufe Ihres Lebens ein Testament zu errichten oder einen Erbvertrag zu schließen? N = 136	<input type="radio"/> Ja 93 <input type="radio"/> Nein 10 <input type="radio"/> Das weiß ich noch nicht 33

Hinweis: Wenn Sie kein Testament oder Erbvertrag geschlossen haben, fahren Sie bitte mit **Frage 49, Seite 7** fort.

Testament

20. Wie alt waren Sie bei der Errichtung Ihres ersten Testaments? $N = 75$	<input type="text"/>
21. Wo haben Sie Ihr Testament errichtet? $N = 81$	<input type="radio"/> Allein und zuhause 30 <input type="radio"/> Nicht allein, aber zuhause 10 <input type="radio"/> Bei einem Notar 37 <input type="radio"/> Sonstiges: _____
22. Wo bewahren Sie Ihr Testament auf? $N = 81$	<input type="radio"/> Zuhause 43 <input type="radio"/> Privat eingereicht beim Nachlassgericht 3 <input type="radio"/> Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht 26 <input type="radio"/> Sonstiges: 5
23. Litten Sie bei der Errichtung Ihres Testaments an einer der nachfolgenden Krankheiten? (Mehrfachantworten möglich) $N = 216$	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz 1 <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund 216
24. Haben Sie sich bei der Anfertigung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst gefühlt? $N = 79$	<input type="radio"/> Ja 5 <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 27 fortfahren) 74
25. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht? $N = 5$	<input type="radio"/> Ja 3 <input type="radio"/> Nein 2 <input type="radio"/> Keine Angabe
26. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich) $N = 5$	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n 3 <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ 2 <input type="checkbox"/> Keine Angabe
27. Haben Sie Ihr erstes Testament jemals geändert? $N = 79$	<input type="radio"/> Ja 17 <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren) 62
28. Wie alt waren Sie bei der Änderung Ihres Testaments? $N = 17$	<input type="text"/>
29. Wie haben Sie ihr Testament geändert? $N = 17$	<input type="radio"/> Ich habe ein neues Testament geschrieben 17 <input type="radio"/> Ich habe mein Testament widerrufen (→ mit Frage 31 fortfahren) 0 <input type="radio"/> Ich habe einen Erbvertrag geschlossen (→ mit Frage 32 fortfahren) 0
30. Wo bewahren Sie Ihr geändertes Testament auf? $N = 17$	<input type="radio"/> Zuhause 12 <input type="radio"/> Privat eingereicht beim Nachlassgericht <input type="radio"/> Über einen Notar eingereicht beim Nachlassgericht 3 <input type="radio"/> Sonstiges: 2
31. Wo haben Sie Ihr Testament geändert? $N = 17$	<input type="radio"/> Allein und zuhause 2 <input type="radio"/> Nicht allein, aber zuhause 2 <input type="radio"/> Bei einem Notar 2 <input type="radio"/> Sonstiges: _____ 4

Seite 5 von 7
Fragebogen zum Erb- und Testamentsrecht

<p>32. Litten Sie bei der Änderung Ihres Testaments an einem der folgenden Gesundheitszustände? (Mehrfachantworten möglich) $N = 17$</p>	<p><input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussende Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund 17</p>
<p>33. Warum haben Sie Ihr Testament geändert? (Mehrfachantworten möglich) $N = 17$</p>	<p><input type="checkbox"/> Meine Lebensumstände haben sich geändert 10 <input type="checkbox"/> Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen 1 <input type="checkbox"/> Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen 2 <input type="checkbox"/> Sonstiges: _____ 4</p>
<p>34. Haben Sie sich bei der Änderung Ihres Testaments durch andere Personen beeinflusst gefühlt? $N = 17$</p>	<p><input type="radio"/> Ja 0 <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren) 17</p>
<p>35. Wurde eine Person, die Sie bei der Änderung Ihres Testaments beeinflusst hat, von Ihnen bedacht? $N = 17$</p>	<p><input type="radio"/> Ja 0 <input type="radio"/> Nein 17 <input type="radio"/> Keine Angabe 0</p>
<p>36. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)</p>	<p><input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe</p>

Hinweis: Bitte fahren Sie mit Frage 49, Seite 7 fort.



Erbvertrag

37. Wie alt waren Sie beim Abschluss Ihres ersten Erbvertrags? $N = I$	<input type="text"/>
38. Litten Sie beim Abschluss Ihres Erbvertrags an einer der nachfolgenden Krankheiten? (Mehrfachantworten möglich) $N = I$	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund I
39. Haben Sie sich beim Abschluss Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst gefühlt? $N = I$	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 42 fortfahren) I
40. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht? $N = I$	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein I <input type="radio"/> Keine Angabe
41. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe

42. Haben Sie Ihren ersten Erbvertrag jemals angefochten?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)
43. Wie alt waren Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags?	<input type="text"/>
44. Litten Sie bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags an einem der folgenden Gesundheitszustände? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Alzheimer/Demenz <input type="checkbox"/> Vaskuläre Demenz <input type="checkbox"/> Sekundäre Demenz <input type="checkbox"/> Ich litt an einer anderen, meine Geistestätigkeit beeinflussenden Krankheit, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Nein, ich war gesund
45. Warum haben Sie Ihren Erbvertrag angefochten? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine Lebensumstände haben sich geändert <input type="checkbox"/> Ich habe eine eingesetzte Person gestrichen <input type="checkbox"/> Ich habe eine weitere Person in mein Testament aufgenommen <input type="checkbox"/> Sonstiges: _____
46. Haben Sie sich bei der Anfechtung Ihres Erbvertrags durch andere Personen beeinflusst gefühlt?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein (→ mit Frage 49, Seite 7 fortfahren)
47. Wurde eine Person, die Sie beeinflusste, von Ihnen bedacht?	<input type="radio"/> Ja <input type="radio"/> Nein <input type="radio"/> Keine Angabe
48. Durch wen haben Sie sich beeinflusst gefühlt? (Mehrfachantworten möglich)	<input type="checkbox"/> Meine/n Bevollmächtigte/n bzw. Betreuer/in <input type="checkbox"/> Meine/n Angehörige/n bzw. Verwandte/n <input type="checkbox"/> Andere, und zwar: _____ <input type="checkbox"/> Keine Angabe

Bewertung Erbrecht

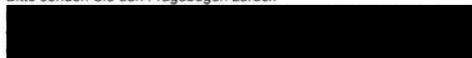
Zum Ende folgen nun noch neun gezielte, inhaltliche Fragen, die Ihre eigene Meinung widerspiegeln mögen. Hierzu werden Ihnen Statements aufgezeigt, die Sie bitte für sich einordnen.

Wie bewerten Sie die folgenden Aussagen?

	Stimme überhaupt nicht zu	Stimme nicht zu	Stimme eher nicht zu	Stimme eher zu	Stimme zu	Stimme in vollem Umfang zu
49. „Lieber bin ich an meine Entscheidung ewig gebunden, als dass sie jemand anderes für mich verändern könnte.“ $N = 213$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
50. „Wenn mein Betreuer oder Bevollmächtigter sicher weiß, dass eine inhaltliche Änderung des Testaments meinem Willen entsprechen würde, so sollte er es ändern dürfen, wenn ich dazu nicht mehr in der Lage bin.“ $N = 214$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
51. „Wenn ich in einem Pflegeheim oder einer ähnlichen Einrichtung wohnen würde, so sollte es mir gestattet sein, meinem Pfleger, meiner Pflegerin oder der Einrichtung Geld vererben zu können.“ $N = 214$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
52. „Es sollte mir gestattet sein, meiner/m Bankangestellte/n, Arzt/Ärztin oder meiner/m Vermögensberater/in Geld vererben zu können.“ $N = 212$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
53. „Der Schutz des letzten Willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen.“ $N = 213$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
54. „Ich kenne mich mit dem deutschen Erb- und Testamentsrecht aus.“ $N = 210$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
	bei 70 Jahren	bei 80 Jahren	bei 90 Jahren	bei 100 Jahren	nirgends, keine Grenze	
55. „Es sollte eine Altersgrenze geben, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist, wenn die Testierfähigkeit nicht bewiesen wird. Diese Grenze liegt...“ $N = 211$	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>	<input type="radio"/>
56. Wie bewerten Sie unser geltendes Erb- und Testamentsrecht? (Mehrfachantworten möglich) $N = 214$	<input type="checkbox"/> Es ist gut so, wie es ist. <input type="checkbox"/> Keine Angabe <input type="checkbox"/> Ich sehe Änderungsbedarf (→ bei Frage 57 ausführen)					
57. Welche Aspekte des geltenden Erb- und Testamentsrechts sollten aus Ihrer Sicht geändert werden?						
Wenn Sie persönliche Kommentare oder Hinweise ergänzen möchten, nutzen Sie bitte das folgende Kommentarfeld.						

Vielen Dank für Ihre Teilnahme an der Befragung.

Bitte senden Sie den Fragebogen zurück



Anhang I: E-Mail-Antwort Betreutes Wohnen

Guten Morgen lieber Christoph,

nachdem ich eine meine Erkältung hinter mir habe und wieder im Dienst bin, hier kurz eine Info. Es erweist sich doch schwieriger als gedacht, jemanden zu finden, der sich mit den Fragen beschäftigt. Spätestens beim Erbrecht kommt die Mauer. Ich bleibe trotzdem dran. Bis wann brauchst Du die Unterlagen und die Ergebnisse? An wie viele Befragungen hast Du denn gedacht?

Anhang J: E-Mail-Antwort ehrenamtliche Institution

Guten Tag Herr Ponto!

Selbstverständlich werde ich gerne hier versuchen Teilnehmer für Ihre Befragung zu motivieren. Bitte schicken Sie mir den Fragebogen als PDF per Mail zu und ich sende Ihnen dann die ausgefüllten Bögen im Original zurück.

Noch ein paar Fragen dazu:

Wie ist die Altersbegrenzung für die Teilnahme?

Gibt es einen Zeitrahmen, bis wann Sie die Bögen zurück brauchen?

Wäre es Ihnen recht, wenn ich das Ganze auch Frau [REDACTED] in Salzgitter zukommen lasse? Vielleicht beteiligt sich auch dort der Eine oder andere.

Ich wünsche Ihnen erstmal ein schönes Wochenende und verbleibe

Mit freundlichen Grüßen

Anhang K: E-Mail-Antwort Einrichtung (1)

Guten Morgen,

hier im Hause ist es sehr schwer , dass die Menschen eigenständig teilnehmen können. Ich habe ihre Anfrage an unser Betreutes Wohnen mit ca. 70 Bewohnern weitergegeben. Ihnen noch eine angenehme Woche.

Mit freundlichen Grüßen

Anhang L: E-Mail-Antwort Einrichtung (2)

Guten Tag Herr Ponto,

vielen Dank für die Anfrage. Rückläufer aus einer vollstationären Pflegeeinrichtung zu erhalten, dürfte nicht ganz einfach sein, da die meisten Bewohner/innen auf Unterstützung angewiesen sind, allein schon wegen der Formalien. Im Einzelfall kann ein Mitarbeiter weiterhelfen.

Wir werden bis Ostern ein ohnehin geplantes Rundschreiben an die Postbevollmächtigten (Betreuer, Angehörige) senden und auf Ihre Arbeit hinweisen. Bei Interesse kann man sich dann bei uns melden und wir stellen den Fragebogen zur Verfügung. Wir werden ergänzend auf den Link hinweisen.

Ich wünsche Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Arbeit, bin wegen der Zahl der Rückläufer allerdings eher skeptisch.

Anhang M: E-Mail-Kommentar zur Vorstellung über die eigene Testierunfähigkeit

Sehr geehrter Herr Ponto,
ich kann ihre Fragen nicht beantworten, da ich keine echte Antwort weiß, denn .sie entsprechen nicht meiner Wirklichkeit im Augenblick. Wie ich in Zukunft handeln würde, wenn die Handlungsfähigkeit abrutscht, Zukunftsängste aufsteigen, Leben nur mit fremder Hilfe möglich wird, weiß ich nicht. Darüber denke ich auch jetzt nicht nach.
Viel Erfolg!

Anhang N: E-Mail-Absage Einrichtung (1)

Sehr geehrter Herr Ponto,

herzlich bedanken wir uns für Ihre Anfrage.

Wir bitten um Verständnis, dass wir Ihre Umfrage aufgrund der Häufigkeit vergleichbarer Anfragen nicht an unsere Bewohner weiter geben werden.

Für Ihre Arbeit wünschen wir Ihnen Erfolg.

Anhang O: E-Mail-Absage Einrichtung (2)

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten an Ihrem Projekt -Erbrechtabfrage- nicht teilnehmen.

Wir bitten um Ihr Verständnis und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Anhang P: E-Mail-Absage Einrichtung (3)

Sehr geehrter Herr Ponto,

vielen Dank für Ihre Anfrage.

Leider muss ich Ihnen mitteilen, dass wir nicht an Ihrer Studie teilnehmen können.
Ich wünsche Ihnen viel Erfolg bei den anderen Einrichtungen.

Mit freundlichen Grüßen

Anhang Q: E-Mail-Antwort wegen SPAM-Filter

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir setzen zur Abwehr von SPAM die Antispamloesung SPAMFINDER ein. Bitte klicken Sie auf den nachfolgenden Link zur Freischaltung Ihrer Mailadresse. Diese Aktion ist nur einmalig erforderlich.

<https://ciss.reddox.net/?107C-1-72714F1C259>

Vielen Dank fuer Ihr Verstaendnis

Mit freundlichen Gruessen

Anhang R: E-Mail-Kommentar zur Untersuchung

Lieber Herr Doktorant Christoph Ponto,

nach der Umstellung meines Anschlusses kann ich erst jetzt Ihrer Bitte nachkommen. Zu entnehmen ist allerdings, daß Ihre Anfrage schon geschlossen ist. Trotzdem will ich darauf eingehen, denn, nach aller Erfahrung in langen Berufsjahren im Umgang mit Juristen, dürfte es nicht nachteilig sein, auch die kleine Stimme eines Nichtjuristen zu hören (im Gegensatz zu der Auffassung der Juristen unter Justinian bei der Codifizierung des Corpus juris civile in der Institutionis 534 "Was die Mehrheit (der Juristen) meint, ist rechtens", als wären Menschen unfehlbaren Götter), der aber auch tagtäglich analoge Zweckentscheidungen zu fällen hat.

Im hohen Alter muß ja damit gerechnet werden, daß einem einer plötzlich leise von hinten auf die Schulter tippt mit den leisen Worten "Junge, es ist so weit. Laß alles stehen und liegen, ich warte nicht". Diese Konsequenz, der jeder zu folgen hat, bedeutet aber für die juristische Nachlaßverwaltung einiges. Das gilt besonders für geistiges Eigentum, das z. B. im PC gespeichert ist. Nehmen wir doch nur eine physikalische Forschungsarbeit mit dem Ziel, Nutzanwendungen aufzubauen. Ein Beispiel wäre, Gewinnen von Trinkwasser aus unsauberem Grundwasser unter minimalem Einsatz von Voltaik, so daß der Prozeß autark für den Hausgebrauch in einem Gerät der Größe eines Rollkoffers ablaufen kann. Es könnte auch die tägliche Routinearbeit eines Ingenieurs im Betrieb sein (was nur zu gerne unterschätzt wird und zwar besonders von Juristen, obwohl hierbei gesetzliche Regeln der Haftung der Geschäftsführung zu beachten sind), weil wieder einmal die Auflagen des Nachweisgesetzes (§ 2) nicht beachtet worden sind. Der Aufgabenbereich eines Ingenieurs unterscheidet sich grundlegend von dem eines Kaufmannes bzw. eines Juristen, er ähnelt mit seiner Kompetenzübertragung vielmehr dem eines Mediziners, denn ihm muß quasi eine Approbation erteilt werden, damit er eigenverantwortliche Sicherheitsentscheidungen treffen darf. Verläßt solch ein Mitarbeiter das Unternehmen, geht dem Betrieb Fachwissen verloren, das sich weder verbieten noch untersagen läßt. Dieser Zustand gilt auch bei Betriebsübernahmen, weshalb ich vor fremden Inhabern nur warnen kann. Die brauchen keine Werkspionage zu betreiben, weil sie einerseits das vorhandene Wissen unauffällig abschöpfen können, andererseits den Ursprünglichen ausbluten lassen können. Auch das gehört zu diesem Thema.

Ergänzend wäre zu beachten, welche Rechtsunterschiede auf dem Gebiet des geistigen Eigentums zwischen dem zentral-europäischen und angloamerikanischen Vertragsverhältnis bestehen - und bisher von unseren Juristen nicht bearbeitet worden sind. Hierbei geht es ganz klar um zukünftige Arbeits- und Existenzverhältnisse in der globalisierten Welt.

Mich wundert immer wieder, wie harmlos in dieses Problem gestolpert wird (als Ingenieur konnte ich mir deshalb ein lautes bis leises "Nein!" leisten, weil ich als Beamter unkündbar war).

Die hier aufgeführten Lebens- und Existenzbereiche reichen rechtlich weiter als im privaten Entscheidungsbereich des persönlichen Testaments - aber die Wirkungen sind ähnlich. Dies gilt insbesondere bei der Anwendung der Internet-Verbindungen. Das ist eine noch ganz offene Frage für unendlich viele und wichtigste Existenzfragen in der EU.

Anhang S: Antworten auf offene Fragen

	Gründe, warum weder ein Testament noch ein Erbvertrag errichtet wurde	Änderungsbedarf im Erbrecht	Allgemeine Kommentare
Proband		Es ist zu kompliziert	
Proband	Ich bin noch zu jung, um diese Entscheidung zu treffen		
Proband			Die Fragen erschließen sich teilweise nicht in vollem Umfang
Proband		Nur steuerrechtliche Änderungsbedarf	
Proband		Die Regelungen an sich halte ich schon für ganz gut (mit Ausnahmen), allerdings sehe ich große Probleme in der Umsetzung der Erbschaftsverfahren, da die Gerichte scheinbar völlig überlastet sind. Jahrelange Prozesse, enorme Wartezeiten auf Gutachten, eine unglaubliche "Papierschlacht" usw. Außerdem denke ich, das mit den Erbschaftsverfahren zuviel Geld gemacht wird (Notare, Anwälte, Gerichtskassen, ...), da könnte es sicher Verbesserungen geben!	

Proband	Frage stellt sich noch nicht		
Proband		Erbschaftssteuer abschaffen	
Proband	Wird in Kürze erfolgen	Im landwirtschaftlichen Bereich bei der Höferolle. Ein ausschließlich verpachteter Betrieb, der nicht von einem Abkömmling aktiv bewirtschaftet wird, sollte wie übliches Grundvermögen behandelt werden und nicht nach "Jüngsten- oder Ältestenrecht" nur einem Abkömmling zustehen, wenn der Betrieb nicht rechtzeitig aus der Höferolle entnommen wurde.	
Proband		Das Pflichtteilsrecht ist überholt und stellt eine vollkommen unberechtigte Einschränkung des Erblassers dar, frei über sein Vermögen verfügen zu können.	Die Frage : „Wer betreut Sie“ war ein bisschen verwirrend, da zZt niemand betreut.
Proband		Höhere Hürden zur Änderung von bereits bestehenden Testamenten/Erbverträgen/Schenkungsverträgen von betreuten Personen und Demenzkranken.	

Proband		<p>Bessere Dokumentation und Abrufbarkeit vorliegender Testamente und Erbverträgen.</p> <p>Berufsmäßige Betreuer/innen sollten nicht als Erbe/in d. Betreuten eingesetzt werden dürfen.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vereinfachung der Darstellung - Zu Umfangreich - Bei so sensiblen Angaben, müßte die Abwicklung einfachen von statten gehen - Viele ältere Personen wissen gar nicht was sie machen sollen 	
Proband		<p>Man sollte leichter Pflichtteile enterben können</p>	
Proband		<p>Man sollte Kinder auch enterben dürfen, wenn es der Wille des Erblassers ist. Der Pflichtteil muss geändert werden. Und es muss der Erblasser ändern dürfen, so wie er es für richtig hält. Er hat es ja auch erarbeitet oder erwirtschaftet.</p>	
Proband		<p>Die Regelung bei Verwandten in nicht direkter Linie ist so nicht akzeptabel. Z.B. werden Ge-</p>	<p>Ich begrüße es sehr, dass sich jemand dieser Thematik annimmt. Es ist zu wünschen,</p>

Proband		<p>schwister und Geschwisterkinder beim Freibetrag wie Fremde und beim Steuersatz nur unwesentlich besser als Fremde behandelt.</p> <p>Diese Schlechterstellung steht in krassem Gegensatz zur Großzügigkeit, die man z.B. Lebensgefährten gegenüber gezeigt hat. Da stehen beim Freibetrag 500.000 € gegenüber 20.000 € für Geschwister, die im Zweifel ebenso füreinander einstehen wie Lebenspartner.</p>	<p>dass diese Arbeit und deren Ergebnisse in die politische Meinungsbildung eingeht.</p> <p>Über diese Rechte sollten regelmäßig Informationsveranstaltungen kostenlos von Städten, (Senioren-) Einrichtungen ö.ä. geben.</p>
Proband	Ich konnte es noch nicht über mich bringen.		Der persönliche Wille des Einzelnen über sich und sein Erbe sollte in jedem Fall, solange er im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte ist, bei ihm liegen!
Proband		Bei Erbausschlagung! Konkreter Fall: Es würden Schulden vererbt werden, da müssen erst die Kinder/Ehepartner, die Eltern, die Geschwis-	

		<p>ter, die Nichten/Neffen, die Kinder der Nichten/Neffen. Dabei ist klar, dass keiner erben will und die Behörden eigentlich nur auf einen Fehler hoffen können. Unglaublicher Aufwand und immer die Befürchtung man könnte irgendeine Frist verpasst haben und ist auf einmal Erbe, obwohl man es nicht will. Das zieht sich in unserem Fall schon seit nem 3/4 Jahr hin..</p>	
Proband	ich habe nix		<p>Deutlich zu fachspezifisch.....die Hälfte der Befragten (mich inbegriffen) hat mind. 50% der Fragen nicht verstanden.</p>
Proband		<p>Bei der Besteuerung, schließlich wurde das Geld schon mal versteuert und es gibt keinen Grund für den Staat von einem Trauerfall zu profitieren.</p>	
Proband		<p>Da kann ich leider nichts zu sagen, da ich mich voll auf den Notar verlassen habe.</p>	Keine Ergänzungen

Proband			Die Formulare in Lesbar und verständlicher Form entwickeln.
Proband		Abschaffung der Erbschaftssteuer	
Proband		im Bezug auf die Verringerung der Steuervermeidung und -Hinterziehung.	<p>Zu Frage 20.</p> <p>Die Aussage, verstehe ich nicht eindeutig, weil ich das Gesetz in diesem Punkt nicht kenne:</p> <p>"Der Schutz des letzten Willens sollte dadurch gestärkt werden, künftig nur noch vor einem Notar testieren zu dürfen."</p> <p>bedeutet</p> <p>a) Der letzte Wille ist nur noch über den Notar festzulegen und ggf. zu ändern - Alle anderen Willensbekundungen sind nichtig und finden keine Berücksichtigung.</p> <p>b) Der letzte Wille soll nach einer Gesetzesänderung in der Zukunft nur noch von einem Notar geändert bzw. festgelegt werden dürfen.</p>

Proband		Man müsste es dahingehend ändern, dass jeder sein Vermögen dorthin vererben darf, wo er möchte und wie er es möchte. Er hat es ja schließlich auch erarbeitet. Auch müsste es die Möglichkeit geben, dass man Kindern den Pflichtteil absprechen können müsste. Das könnte den Druck auf die Kinder erhöhen, dass Sie sich wieder mehr um Ihre Eltern kümmern müssten.	<p>c) keinen Schutz. Da arme/geizige Menschen nicht geschützt werden, die sich den Notar nicht leisten können/wollen.</p> <p>Zur Frage 22. Wie bewerten Sie die folgende Aussage:</p> <p>„Es sollte eine Altersgrenze geben, ab welcher das Testieren grundsätzlich unmöglich ist, wenn die Testierfähigkeit nicht bewiesen wird. Diese Grenze liegt ...“</p> <p>Alternativ-Vorschlag: Ca. 5 Jahre vor dem Ableben.</p> <p>Da das Erbe wie auch immer aus schon versteuertem Verdienst entstanden ist, müsste es steuerfrei sein.</p>
----------------	--	--	---

Proband		Pflichtteilsansprüche sollten leichter abgefunden werden können.	
Proband	Mir fehlte die Zeit		
Proband			Es ist ungerecht. Die Masse zahlt nichts. Die Superreichen zahlen zu wenig im Verhältnis zu ihrem Vermögen. Aber der Mittelstand zahlt im Verhältnis zum Vermögen am Meisten. Man sollte optieren können zwischen Vermögenssteuer und Erbschaftsteuer. Bei Immobilienbesitz z.B. ist eine jährliche Steuer als Erbersatzsteuer viel angenehmer als nach 35 Jahren 20 % Erbschaftsteuer auf die Immobilie zu zahlen.
Proband			Durch das willkürliche Verlangen von Erbscheinen durch Banken werden sinnlose Kosten und erheblicher Zeitverzug verursacht.
Proband		Fall: Lebenspartnerin erbt 50%, die beiden Töchter je 25%. Problem: stirbt die Lebenspartnerin, geht der noch vorhandene Anteil der 50% an deren Erben, die	

<p>Proband</p>		<p>aber keinerlei Beziehung zu dem Verstorbenen haben! Ärgerlich für die direkten Kinder!</p>	<p>Die Freiheit der Entscheidung in gesundheitlicher wie finanzieller Sicht ist für mich auch im Alter unabdingbar. Nicht mehr selbst entscheiden zu können (aus gesundheitl Gründen) wäre für mich sehr schwierig. Für diese Situation wäre eine Person meines Vertrauens wichtig. Halte eine Vorsorgevollmacht für sehr wichtig,...habe sie aber selbst noch nicht verfasst, weil es so viele rechtliche Unsicherheiten, Auslegungen, Schlupflöcher, Ausnahmen gibt. Dies gilt ebenso für eine Vollmacht in gesundheitl Extrem-lage.</p>
<p>Proband</p>	<p>habe noch keine Zeit gefunden</p>		
<p>Proband</p>	<p>Bin am Austarieren was am Besten ist</p>		
<p>Proband</p>	<p>Benötige spezielle Auskünfte wegen der Erbschaftssteuer</p>		<p>Vor vielen Jahren vererbten mir meine Eltern ein Mehrfamilienhaus, für das sie hart gearbeitet haben. Ich investiere jedes Jahr eine Menge</p>

Proband	Wem soll ich was vererben?		darin, um es zu erhalten. Wenn mein Kind es eines Tages erbt, soll es dafür bezahlen (Erbchaftssteuer). Das ist nicht richtig. Das Haus gehört doch schon der Familie, das Kind gehört zur Familie. Jährlich wird die Einkommensteuer bezahlt. Beim Erben schon wieder Zahlen?
Proband	Habe nur eine Schwester, die erbt alles (Schulden und Guthaben)	Keine Ahnung, habe mich damit noch nicht beschäftigt.	bis € 100.000,- sollte Erbe steuerfrei sein.
Proband	Gut Ding will Weile haben	siehe bei 55, um auch eine Führerscheinprüfung für über 70-jährige in Gang zu bringen analog	
Proband			Erl: Zu Fragen 49-55: Gesetzlicher Ausschluss der Selbstprüfung durch den Berechtig. erforderlich - gilt auch für nahestehende nat. + jur. Personen oder Körperschaften
Proband	Unentschlossen		

Lebenslauf

Der Autor hat Rechtswissenschaften an der Universität Göttingen studiert. Nach Abschluss des ersten Staatsexamens Ende 2014 hat er als wissenschaftlicher Mitarbeiter eines Bundestagsabgeordneten gearbeitet. Im September 2020 beendete er das Referendariat am Landgericht Braunschweig. Seitdem ist er als Syndikusrechtsanwalt und Leiter des Beratungszentrums für den Sozialverband Deutschland (SoVD) in Goslar tätig. Zudem arbeitet er als niedergelassener Rechtsanwalt mit Sitz in Goslar.

Die Ausarbeitung stellt gegenwärtige und künftige Herausforderungen des Erbrechts mit Blick auf das Testieren und Lossagen von Verfügungen in den Fokus. Dabei werden dogmatische und normative Ansätze einerseits, sowie empirische Ansätze andererseits gewählt, um zu eruieren, inwieweit sich Dogmatik gegenüber der Empirie und insbesondere den empirischen Sozialforschungen zu öffnen vermag oder dieser sogar bedarf. Nach einem dogmatischen Abriss zu dem gegenwärtigen, literarischen Sachstand wird eine eigene Fragebogenstudie entwickelt mit dem Ziel, die aufgeworfenen, dogmatischen Forschungsfragen mit den gewonnen, empirischen Erkenntnissen zu konfrontieren, um daraus Ergebnisse für unser geltendes Recht abzuleiten. Das Projekt mündet darin, die Erkenntnisse rechtspolitischen Reformvorschlägen zuzuführen. Das Erbrecht wird sich mit Blick auf die steigende Lebenserwartung und die Verteilung von Ressourcen in den nächsten Jahrzehnten größten Herausforderungen stellen müssen.