

**Testierfreiheit und Testierfähigkeit.**

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur  
Selbstbestimmungsfähigkeit und ihrer Grundlagen in  
Deutschland und England**

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der Doktorwürde  
der Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von

Daniel Felix Schunke

2024

Referent: Professor Dr. Stephan Lorenz

Korreferent: Professor Dr. Hans-Georg Hermann

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Mai 2024

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	VIII
Einleitung .....	1
I.    Problemaufriss .....	1
II.   Gang der Untersuchung und Fragestellung .....	4
III.  Rechtsvergleichende Methode .....	5
Erstes Kapitel. Selbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit im Erbrecht .....	7
§ 1. Testierfreiheit als Privatautonomie von Todes wegen .....	7
I.    Die Privatautonomie .....	7
II.   Verfassungsrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit .....	10
1.    Testierfreiheit als Unterfall der Privatautonomie .....	10
2.    Testierfreiheit als Möglichkeit zur Persönlichkeitsentfaltung .....	12
III.  Regelungsanliegen der Testierfähigkeit .....	13
1.    Vorbedingung der Grundrechtsausübung? .....	13
2.    Schutz vor sich selbst? .....	15
3.    Verkehrsschutz? .....	18
4.    Schutz der gesetzlichen Erben? .....	19
IV.  Zwischenergebnis .....	22
§ 2. Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit .....	23
I.    Testierfähigkeit als Unterfall der Geschäftsfähigkeit .....	23
II.   Gesetzeshistorie .....	24
1.    Ursprüngliche Fassung .....	24
2.    Ausgliederung in das Testamentgesetz .....	25
3.    Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts .....	28
III.  Funktioneller Vergleich: Abkoppelung der Testier- von der Geschäftsfähigkeit? .....	31
1.    Exkurs: Natürlicher und freier Wille .....	32
2.    Die Ansicht Grunskys im Einzelnen .....	35
3.    Kritische Würdigung .....	36
4.    Das Geschäftsfähigkeitserfordernis für den Abschluss eines Erbvertrags .....	40

## IV

IV. Zwischenergebnis .....	42
Zweites Kapitel. Die Testierfähigkeit (§ 2229 BGB).....	43
§ 3. Testiermündigkeit.....	44
I.    Gesetzeshistorie .....	45
II.   Stellungnahme und Vorschläge de lege ferenda.....	48
§ 4. Folgen von Entmündigung und Betreuung auf die Testierfähigkeit .....	51
I.    Testierunfähigkeit infolge Entmündigung nach früherer Rechtslage .....	51
II.   Reform durch das Betreuungsgesetz.....	53
§ 5. Die Kriterien natürlicher Testierfähigkeit.....	55
I.    Abwesenheit von geistigen Störungen.....	56
1.    Krankhafte Störung der Geistestätigkeit und Geistesschwäche .....	57
2.    Bewusstseinsstörung.....	58
II.   Ausschluss der rechtlichen Willensbestimmungsfähigkeit .....	59
1.    Einsichtsfähigkeit.....	60
a)    Verhältnis zum Motivirrtum .....	61
b)    Sittliche Berechtigung.....	63
c)    Einsichtsfähigkeit als Bedeutungskennntnis .....	64
2.    Handlungsfähigkeit.....	66
a)    Willensschwäche und Fremdbeeinflussung.....	67
b)    Fremdbestimmung.....	68
3.    Kausalität.....	70
4.    Maßgeblicher Zeitpunkt.....	71
III.  Beweislast .....	72
IV.  Beurkundungsverfahren .....	75
§ 6. Die Auswirkungen des Demenzsyndroms auf die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen .....	79
I.    Demenz und Demographie .....	79
II.   Medizinische Einordnung nach ICD-10 .....	81
1.    Alzheimer-Krankheit .....	83
2.    Subkortikal-arteriosklerotische Enzephalopathie .....	85
III.  Die Testierfähigkeit Demenzkranker .....	87
IV.  Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	90
Drittes Kapitel. Relative und Partielle Testierfähigkeit .....	93
§ 7. Relative Testierfähigkeit.....	93
I.    Herrschende Meinung: Keine relative Geschäfts- und Testierfähigkeit.....	95

1.	Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorschriften.....	95
2.	Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	96
II.	Die Defizite der gesetzlichen Regelung und ihrer Interpretation .....	99
1.	Historische Entwicklung.....	99
a)	Skizze des Römischen und des Gemeinen Rechts .....	99
b)	Verzahnung von Fürsorge und Entrechtung.....	102
c)	Verpasste Chance: Die Betreuungsrechtsreform.....	105
2.	Grammatische Auslegung.....	106
a)	Das Wortlautargument im historischen Kontext der Norm .....	106
b)	Ein Blick auf die Rechtslage in der Schweiz .....	108
3.	Systematische Auslegung .....	110
a)	Das Rechtssicherheitsargument .....	110
b)	Verkehrsschutz und Rechtssicherheit im Rahmen testamentarischer Verfügungen ...	110
aa.	Wesentliche Änderung der Rechtslage: Die Betreuungsrechtsreform .....	113
ab.	Zeitliche Relativität und luzide Intervalle .....	114
ac.	Abgrenzungsschwierigkeiten als Gegenargument .....	114
c)	Spickhoffs Argument der Methodenehrlichkeit .....	115
d)	Ein Vergleich mit der Einwilligungsfähigkeit.....	116
aa.	Relative Einwilligungsfähigkeit .....	117
ab.	Funktionsgleichheit der Selbstbestimmungsfähigkeiten im Schweizer Recht.....	119
4.	Telos der Selbstbestimmungsfähigkeit .....	121
a)	Unzutreffende Perspektive: Ausschluss vom Rechtsverkehr statt Wahrung vorhandener Fähigkeiten .....	121
b)	Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs.....	122
III.	Folgen der Relativität .....	124
1.	Beurteilung der Testier(un)fähigkeit anhand des konkreten Testaments .....	124
2.	Gefahr der Motivkontrolle.....	128
3.	Relative Geschäftsfähigkeit? .....	129
	<i>§ 8. Partielle Testierfähigkeit .....</i>	<i>131</i>
I.	Auslegung durch die herrschende Meinung .....	132
1.	Partielle Geschäftsfähigkeit, aber keine partielle Testierfähigkeit .....	132
2.	Rechtfertigung der divergierenden Auslegung .....	133
II.	Kritische Auseinandersetzung.....	135
	<i>§ 9. Zwischenergebnis: Anerkennung relativer und partieller Testierfähigkeit .....</i>	<i>139</i>
I.	Zusammenspiel aus relativer und partieller Testierfähigkeit .....	139
II.	Das Selbstbestimmungsrecht sichernde und fördernde Konzepte .....	141
1.	Altersgrenzen und Beweislastumkehr .....	141
a)	Altersgrenzen im Sinne einer spiegelbildlichen Testierunmündigkeit.....	141

b) Beweislastumkehr ab Vollendung einer bestimmten Altersgrenze .....	142
2. Beurkundungserfordernis: Beschränkung der ordentlichen Testierform für Betreute .....	143
Viertes Kapitel. Testamentary Capacity im englischen Common Law .....	148
§ 10. Einführung .....	148
I. Privatautonomie und Testierfreiheit im englischen Recht .....	148
II. „Competence“ und „Authenticity“ als Grenzen der Selbstbestimmung .....	150
§ 11. Die rechtliche Gemengelage zwischen case law und Mental Capacity Act 2005 .....	152
I. Die grundlegende Definition in ‚Banks v. Goodfellow‘ .....	153
1. Rechtlicher Hintergrund der Entscheidung .....	153
2. Sachverhalt der Entscheidung .....	156
3. Das Urteil .....	157
II. „Persons who lack capacity“ im Sinne des Mental Capacity Act 2005 .....	161
1. Die Dichotomie der Mental Capacity .....	161
2. Relativität und Fokussierung auf Einsichtsfähigkeit .....	163
III. Worin unterscheiden sich die Verfahren und welches wird angewendet? .....	164
IV. Zwischenergebnis .....	170
§ 12. Die Weiterentwicklung und Auslegung von ‚Banks‘ .....	170
I. Ursachen und medizinische Hintergründe der Handlungsunfähigkeit .....	172
II. Die vier Säulen der Definition .....	173
1. Einsicht in die Natur des Testierens und absehbare Rechtsfolgen .....	173
2. Zusammensetzung des Nachlasses .....	176
3. Abwägung und Berücksichtigung fremder Interessen .....	177
a) Testierunfähigkeit infolge moralischer Verfehlungen? .....	177
b) Überblick über die Rechtsprechung .....	178
4. Das vierte Merkmal: Handlungs-/ Steuerungsfähigkeit .....	180
a) Zusammengehörigkeit oder Eigenständigkeit des Tatbestandsmerkmals? .....	180
b) Das voluntative Element .....	181
III. Burden of proof .....	183
IV. Beurteilungszeitpunkt und Nichtigkeitsfolge .....	186
V. Zwischenergebnis .....	188
§ 13. Statutory Wills .....	188
I. Formalitäten des Verfahrens .....	189
II. Umfang und Grenzen der Befugnis .....	191
1. Handlungsunfähigkeit nach Maßgabe des MCA .....	191
2. Best-Interest-Approach .....	192

III. Diskussionsbedarf über die Übernahme in das deutsche Recht.....	196
1. Durchbrechung der formellen Höchstpersönlichkeit durch „substituted decision-making“.....	197
2. Verfahrens- und Kostenaufwand.....	197
3. Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteilsrecht .....	198
 Ergebnisse.....	 200
 Literaturverzeichnis .....	 206

## Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
Add	Addam's Ecclesiastical Reports
aF	alte Fassung
All ER Rep	All England Law Reports Reprint
Alt.	Alternative
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung(en)
App	Law Reports, Appeal Cases
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Zivilsachen
Bd.	Band
BeckOGK	beck.online-GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
betr.	betreffend
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BtG	Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz)
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.C.	code civil (Frankreich)
C.C.R.	Chambers Client Report
Civ	Civil Division of the Court of Appeal
CJ	Chief Justice
Ch	Chancery Division of the High Court / Law Reports, Chancery Division
C.L.J.	Cambridge Law Journal
COP	Law Reports, Court of Protection
Co Rep	Coke's King's Bench Reports
CRPD	Convention On The Rights Of Persons With Disabilities / UN-Behindertenrechtskonvention
ders. / dies.	Derselbe / dieselbe
De G & Sm	De Gex & Smale's Chancery Reports
d.h.	das heißt
DJ	Deutsche Justiz
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Ebd.	Ebenda
Entw.	Entwurf
ER	English Reports
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
Erg.	Ergebnis
et al.	und andere
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
EWCA	Court of Appeal of England and Wales
EW COP / EWHC (COP)	Court of Protection
EWHC	High Court of England and Wales
f.	folgend
Fam	Law Reports, Family Division
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FCR	Family Court Reporter
FD-Erbr	Fachdienst Erbrecht

ff.	Folgende
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FLR	Family Law Reports
Fn.	Fußnote
Fortschr Neurol Psychiatr	Fortschritte der Neurologie - Psychiatrie
FS	Festschrift
GBP	Pfund Sterling
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hbd.	Halbband
HHJ	His/Her Honour Judge
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
hM	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HWB-EuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
i.d.R.	in der Regel
i.Erg.	im Ergebnis
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
J	Judge
JheringsJ	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LJ	Lord Justice
L.J.K.B.	Law Journal Reports, King's Bench New Series
LR	Law Reports
L.R. P. & D.	Law Reports, Probate & Divorce Cases
L.T.	Law Times Reports
MCA	Mental Capacity Act 2005
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

m.E.	meines Erachtens
Med.L.Rev.	Medical Law Review
MedR	Medizinrecht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MLR	Modern Law Review
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NK	Nomos Kommentar
notar	Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
ÖNZ	Österreichische Notariatszeitung
P.	Law Reports, Probate
Para.	paragraph
PC	Law Reports, Privy Council Appeal Cases
P.D.	Law Reports, Probate, Divorce & Admiralty Division
Phillim	Phillimore's Ecclesiastical Reports
Prot.	Protokoll
QB	Law Reports Queen's Bench
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKERzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift

RPfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
S.	Satz / Seite
s.	siehe
Schweizerisches BG	Schweizerisches Bundesgericht
sec.	Section
Seuff. Archiv	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten
SJ	Senior Judge
Sol.J.	Solicitors' Journal
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
successio	Zeitschrift für Erbrecht
TestG	Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (Testamentsgesetz)
TPG	Transplantationsgesetz
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UKSC	United Kingdom Supreme Court
v.	vom
VE-ZGB	Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
WarnR	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist
WLR	Weekly Law Reports
WLUK	Westlaw United Kingdom
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht. Wertpapiermitteilungen
WTLR	Wills & Trusts Law Reports
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	Zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZNotP  
ZPO

Zeitschrift für die Notarpraxis  
Zivilprozessordnung



# Einleitung

*Law, in the most general sense of the term, is the science of liberty.<sup>1</sup>*

## I. Problemaufriss

Dem Titel lässt sich entnehmen, dass diese Untersuchung von dem Freiheitsraum des Einzelnen handelt, als das Privatrechtssystem auf dem Axiom des freien Willens von Menschen fußt. Die Rolle des Rechts als Wissenschaft der Freiheit lässt sich ausgezeichnet mit *Friedrich Carl von Savigny* nachvollziehen, welcher das bürgerliche Recht wie kein anderer prägte und dessen Einfluss kaum überschätzt werden kann:

„Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freier Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sicheren, freien Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Grenze und durch die dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht. Damit ist zugleich die Verwandtschaft und die Verschiedenheit zwischen Recht und Sittlichkeit gegeben. Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innewohnenden, Kraft sichert.“<sup>2</sup>

Die Verknüpfung von Recht und Sittlichkeit ist erkennbar der deontologischen Pflichtethik *Immanuel Kants* entlehnt, welcher den philosophischen Begriff der Autonomie auf die Individualethik ausweitete. Die fundamentale Idee von *Kants* Theorie beruht auf dem Verständnis von Autonomie als „Eigenschaft des Willens, sich selbst ein Gesetz zu sein“<sup>3</sup>, wobei diese sich synonym zur „Freiheit des Willens“ verhält. Dadurch wird die Freiheit zum Schlüsselbegriff der Autonomie<sup>4</sup> und zum Grundbegriff der Rechtstheorie.<sup>5</sup> Der Mensch kann sich selbst ein Gesetz geben, dessen Befolgung er durch seinen Willen zur *Maxime* macht. Aus dieser Vernunftbegabung leitet *Kant* a priori ein oberstes Prinzip der Selbstgesetzgebung,

---

<sup>1</sup> *Beudant*, *Le Droit individuel et l'Etat: Introduction à l'étude du droit*, S. 5: „Le Droit, au sens le plus général du mot, est la science de la liberté. Il a pour objet l'emploi raisonné des facultés de l'homme, la direction de l'activité humaine par l'intelligence et la réflexion.“; zitiert bei v. *Hayek*, *The Constitution of Liberty*, S. 216.

<sup>2</sup> *V. Savigny*, *System* Bd. 1, S. 331 f. [Rechtschreibung aktualisiert durch den Verf.].

<sup>3</sup> *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 446 f.

<sup>4</sup> Vgl. *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 446 f. Nach *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 15 [S. 237], ist die Freiheit das „einzigste, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschlichkeit zustehende Recht.“

<sup>5</sup> *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, S. 13 ff., S. 26 f.

den kategorischen Imperativ,<sup>6</sup> ab.<sup>7</sup> Die Attraktivität dieses Modells für das Privatrecht liegt in der Möglichkeit, Freiheit und Gesetz als sich bedingende Konzepte zu denken: „Der Wille wird also nicht lediglich dem Gesetze unterworfen, sondern so unterworfen, daß er auch als selbstgesetzgebend und eben um deswillen allererst dem Gesetze (davon er selbst sich als Urheber betrachten kann) unterworfen angesehen werden muß.“<sup>8</sup> Die Autonomie als Befähigung, moralisch zu handeln, verleiht dem Menschen Würde.<sup>9</sup> Der Würde des einzelnen Menschen wiederum entspricht der Achtungsanspruch aller anderen, niemals bloß als Mittel behandelt zu werden.<sup>10</sup> Wenn es die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung ist, die dem Menschen Würde verleiht, und ein Gebot besteht, diese Würde zu achten, so folgt daraus das ethische Postulat, die Selbstbestimmung des Individuums in eigenen Angelegenheiten zu respektieren.<sup>11</sup> Folglich stützt sich die Achtung des Selbstbestimmungsrechts auf die Prämisse, dass Menschen rationale Wesen sind, die aufgrund ihrer Vernunftbegabung fähig sind, die ihnen zur Verfügung stehenden Informationen zu bewerten und Optionen abzuwägen.

Nun leben wir in einer Gesellschaft, die im Zuge des medizinischen Fortschritts stetig älter wird.<sup>12</sup> Obwohl die Medizin in der Lage ist, neue und stetig verbesserte Heilungsmöglichkeiten und Therapien für körperliche Gebrechen und Krankheiten zu entwickeln, ist sie derzeit weitgehend machtlos, das Nachlassen der geistigen Fähigkeiten infolge altersbedingter Krankheiten, insbesondere infolge des Demenzsyndroms zu behandeln. Mit steigendem Lebensalter erhöht sich zugleich das Risiko der Erkrankung an einem demenziellen Syndrom. Empirische Untersuchungen zeigen, dass bereits 8,6 % der über 65-jährigen Deutschen dement sind. Während die Prävalenzrate von Demenzerkrankungen unter den 65-69 Jahre alten Menschen nur 1,3 % beträgt, verdoppelt sie sich im Laufe aller 5 Jahre ungefähr. In der Gruppe der 85 bis 89-Jährigen ist bereits jeder Fünfte betroffen (21,8 %) und sogar weit über ein Drittel (40,9 %) der über 90-Jährigen.<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> Der kategorische Imperativ ist der „oberste Grundsatz der Sittenlehre“, siehe *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 15 [S. 226].

<sup>7</sup> *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 421: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde“, oder nach anderer Formulierung, vgl. S. 434: „[Handle so], daß der Wille durch seine Maxime sich selbst zugleich als allgemein gesetzgebend betrachten könne.“

<sup>8</sup> *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 431.

<sup>9</sup> *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 436.

<sup>10</sup> Das ist die dritte Formulierung des kategorischen Imperativs: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person als auch in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“, siehe *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 428 f.

<sup>11</sup> Ebenso *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung*, S. 14 ff.; ausführlich *Kalscheuer*, *Autonomie als Grund und Grenze des Rechts*, S. 16 ff., S. 148 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), *Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland im Zeitraum der Jahre 1871 bis 2020*, Juli 2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-nach-geschlecht/> (Stand: 1.6.2023).

<sup>13</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), *Prävalenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018, Juli 2020*, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246021/umfrage/paevaleanzrate-von-demenzerkrankungen-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 1.6.2023).

Infolgedessen hat sich die soziale Realität unserer Gesellschaftsstruktur enorm verändert und dieser Vorgang wird sich zunehmend verstärken. Aktuell leben schon 1,53 Millionen Menschen (ca. 1,8 % Bevölkerungsanteil) mit einer Demenzerkrankung in Deutschland, wobei jedes Jahr 330 Tausend Neuerkrankungen verzeichnet werden.<sup>14</sup> Prognosen gehen sogar davon aus, dass im Jahr 2060 etwa 2,31 Millionen Deutsche betroffen sein werden, was einem prognostizierten Bevölkerungsanteil der Demenzerkrankten von 3,8 % entsprechen würde.<sup>15</sup>

Diese Entwicklung stellt eine Bedrohung für ein Lebensende in Selbstbestimmung dar.<sup>16</sup> Auf die Veränderung der sozialen Realität muss sich auch (und vor allem) das Bürgerliche Recht einstellen. Einerseits muss das Privatrecht einen Freiheitsraum gewähren, innerhalb dessen Grenzen das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen geachtet wird. Andererseits sind diejenigen Personen zu schützen, die ihre Freiheit aufgrund ihrer Veranlagungen nicht auf selbstbestimmte Art und Weise ausüben können. Im Kern geht es folglich um Reichweite und Grenzen des Selbstbestimmungsrechts im Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Heteronomie im Alter.<sup>17</sup> Die vorliegende Untersuchung setzt an diesem Befund an. Sie zielt auf die Entwicklung einer Konzeption des Ausschlusses einer Person vom Privatrechtsverkehr und will auf diese Weise einen Beitrag zu der umfassenderen Diskussion um die Grenzen der Privatautonomie leisten. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich dabei auf die Testierfreiheit. Obwohl sich die aufgeworfenen Probleme durchaus in allen Teilgebieten der Rechtsordnung stellen, sind sie im Erbrecht besonders präsent. Das liegt zum einen daran, dass die Ausübung dieser Verfügungsfreiheit nach empirischen Betrachtungen zu einem Großteil von betagten Menschen im letzten Abschnitt ihres Lebens ausgeübt wird.<sup>18</sup> Zum anderen wiegt der Ausschluss vom Privatrechtsverkehr im Erbrecht aufgrund des höchstpersönlichen Charakters des Testierens (auch im Vergleich zur lebzeitigen Vertrags- und Verfügungsfreiheit) besonders schwer.

---

<sup>14</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Anzahl der Demenzkranken in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018 (in 1.000), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 1.6.2023); Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Inzidenz und Inzidenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Altersgruppe im Jahr 2018, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 1.6.2023).

<sup>15</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Prognostizierte Entwicklung der Anzahl von Demenzkranken im Vergleich zu den über 65-Jährigen in Deutschland von 2010 bis 2060 (in Millionen), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/245519/umfrage/prognose-der-entwicklung-der-anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland/> (Stand: 1.6.2023).

<sup>16</sup> *Schmoeckel* NJW 2016, 433.

<sup>17</sup> Dieses Spannungsverhältnis hat vor allem *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 ff. geprägt.

<sup>18</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 7 ff. mwN.

## II. Gang der Untersuchung und Fragestellung

Daher wird im ersten Kapitel zunächst der Freiheitsraum betrachtet, den das Grundgesetz und das Bürgerliche Gesetzbuch dem Einzelnen gewähren. Hierbei geht es um die Fragestellung, was Selbstbestimmung über den Tod hinaus bedeutet und welche grundrechtliche Dimension dem Testieren innewohnt. Zugleich werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen und Grenzen der Ausgestaltung des einfachen Rechts dargestellt.<sup>19</sup> Hierauf aufbauend soll anschließend die Frage beantwortet werden, welche Funktion der Wirksamkeitsbedingung „Selbstbestimmungsfähigkeit“ in diesem Zusammenhang zukommt. Ein Schwerpunkt der Betrachtung liegt auf der Untersuchung, welches Anliegen das rechtliche Erfordernis der Testierfähigkeit verfolgt, wobei die Unterschiede zur Geschäftsfähigkeit dargestellt werden. Außerdem stellt die vorliegende Arbeit ein Konzept vor, anhand dessen das Erfordernis der „freien Willensbestimmung“ konkretisiert wird, wodurch die rechtlichen Kategorien der Selbstbestimmungsfähigkeit offengelegt werden. Letzteres setzt an der Feststellung an, dass im rechtswissenschaftlichen Schrifttum kaum Erörterungen zu finden sind, die sich mit der Frage befassen, was den rechtsgeschäftlichen, freien Willen von dem im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre unbeachtlichen natürlichen Willen unterscheidet.<sup>20</sup> Im zweiten Kapitel liegt der Schwerpunkt auf der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Testierfähigkeit durch § 2229 BGB und dessen Auslegung. An dieser Stelle werden die Testiermündigkeit als formales Eingangskriterium der Testierfähigkeit sowie die materiellen Kriterien (Einsichts- und Handlungsfähigkeit) als maßgebliche Determinanten der Selbstbestimmungsfähigkeit im erbrechtsgeschäftlichen Kontext erörtert. Diese Kriterien werden ferner zu anderen Rechtsinstituten (u.a. Irrtumsanfechtung, Sittenwidrigkeit) abgegrenzt. Damit soll zugleich der Grundstein für das dritte Kapitel gelegt sein, das der relativen und partiellen Testierfähigkeit gewidmet ist.<sup>21</sup> Zwar hat der Gesetzgeber in dem § 2229 BGB eine entsprechende Vorschrift zur Testierfähigkeit getroffen. Im Zuge der Untersuchung wird sich jedoch zeigen, dass die herrschende Auslegung nicht in der Lage ist, das aufgeworfene Problem der nachlassenden Selbstbestimmungsfähigkeit im Alter angemessen zu lösen.

<sup>19</sup> Im Schrifttum wurden diese Fragen insbesondere behandelt von *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 29 ff.; *Fries* AcP 216 (2016), 422 (434 ff.); *Goebel*, Testierfreiheit; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (350 ff.); *Waldhoff*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 57 ff.

<sup>20</sup> Siehe nur *Neuner* AcP 218 (2018), 1 ff.

<sup>21</sup> Die Diskussion um die relative Testierfähigkeit findet in jüngster Zeit wieder vermehrt Beachtung, siehe *Baumann* ZEV 2020, 193; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 19 ff.; *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 7; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 182 ff.; *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 7; *Fries* AcP 216 (2016), 421 (443 ff.); *Humm* ZEV 2022, 53; *Kappler* NotBZ 2019, 161 (165); *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 15; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 269; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 22; *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 15; *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1030 ff.); *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (435); *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 292 ff.; *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 114 ff.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (379 ff.); *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 12.

Ebenso für die partielle Testierfähigkeit, siehe *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 16; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 25; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1665 ff.; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 186 ff.; *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 289 ff.; *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 7; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 18; nun auch *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 16; zumindest in seltenen Ausnahmefällen partielle Testierunfähigkeit erwägend *BeckOK/Litzenburger*, § 2229 BGB Rn. 5; und ebenso *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 21.

Vielmehr sind zunächst nicht nur die getroffenen Regelungen rechtspolitisch teilweise kritikwürdig, sondern vermögen auch die jeweils herrschenden Auffassungen zur Interpretation dieser Vorschriften sehr häufig nicht zu überzeugen. Im ersten Teil des dritten Kapitels werden deshalb die Defizite der gesetzlichen Regelungen und ihrer Interpretation aufgezeigt. Sodann erfolgt eine Neuausrichtung der Testierfähigkeit in einem relativen Sinn, die im Zusammenhang mit einer erhöhten Förmlichkeit geeignet ist, die (wohl gegenläufigen) Interessen der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit miteinander in Einklang zu bringen.

Einen weiteren Grund dafür, den deutschen Ansatz kritisch zu überdenken, liefern die liberalen Entwicklungen im englischen Recht. Bei Betrachtung des englischen Common Law werden sich im vierten Kapitel einige Gemeinsamkeiten, aber durchaus auch manche Unterschiede in der jeweiligen Handhabung der Testierfähigkeit offenbaren. Hierbei wird sich herausstellen, dass die betrachteten Rechtsordnungen das Erfordernis „Selbstbestimmungsfähigkeit“ – wenig überraschend und zu Recht – auf eine ähnliche Begründungsweise gestützt definieren und die geforderten Kriterien demnach (beinahe) übereinstimmen. Andererseits räumt das englische Recht dem Richter bei der Beurteilung der Testierfähigkeit einen größeren Spielraum ein. Das liegt namentlich daran, dass dem Interesse nach Einzelfallgerechtigkeit ein größeres Gewicht zugesprochen wird, während die deutsche Rechtsprechung gegenläufig – und verfehlt – das Interesse nach Rechtssicherheit betont und dadurch die Einzelfallgerechtigkeit teilweise beschränkt. Zuletzt wird außerdem die im englischen Recht bestehende Möglichkeit zur Vertretung des Erblassers durch Errichtung eines „*statutory will*“ besprochen, wobei zugleich diskutiert wird, ob es sich für das deutsche Recht empfiehlt, dieses seltsam anmutende Verfahren zu übernehmen.

### *III. Rechtsvergleichende Methode*

Die vorliegende Untersuchung zur Testierfähigkeit und ihrer Grundlagen wird sich den aufgeworfenen Fragestellungen auf historisch-vergleichende Perspektive annehmen, wo diese für das Verständnis des geltenden Rechts und dessen Auslegung durch die herrschende Rechtspraxis als bedeutend erachtet wird. Die rechtsvergleichende Darstellung beleuchtet die aufgezeigte Problemstellung hierbei auf der Grundlage einer funktionalen Betrachtung aus der Mikroperspektive.<sup>22</sup> Somit sollen im Laufe dieser Arbeit nicht nur die geltenden Rechtsvorschriften und Gesetze, sondern vor allem die mit ihrer Anwendung verbundenen Folgen beleuchtet werden. Daher werden im Hauptteil die gerichtlichen Entscheidungen dargestellt, die sich mit der Lösung des aufgezeigten Problems befassen, wobei die Darstellung des englischen Rechts darauf abzielt, verschiedene Rechtssysteme miteinander in Beziehung zu setzen, indem die funktionale Äquivalenz der „Selbstbestimmungsfähigkeit“

---

<sup>22</sup> Hierzu statt aller *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 4 f., S. 31-39.

hervorgehoben wird.<sup>23</sup> Ein derartiges Vorgehen verspricht – trotz gelegentlich geäußerter Kritik – auch im Erbrecht einen Erkenntnisgewinn.<sup>24</sup> Das belegt auch die zunehmende Anzahl der rechtsvergleichenden Forschungsarbeiten auf dem Gebiet des Erbrechts aus jüngerer Zeit.<sup>25</sup> Zuletzt bleibt noch anzumerken, dass die Darstellung des fremden Rechts sich wörtlich auf das Recht von England (und Wales) als Teilrechtsordnung des Vereinigten Königreichs beschränkt, was zugleich bedeutet, dass die Teilrechtsordnungen Schottlands und Nordirlands für die vorliegende Untersuchung außen vor bleiben.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Ausführlich zu den Zielen der funktionalen Rechtsvergleichung zuletzt *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, S. 345 ff.

<sup>24</sup> So *Zimmermann* JZ 2016, 321 ff. (unter sorgfältiger Auseinandersetzung mit gegenteiligen Ansichten). Vgl. auch *De Waal*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), Oxford Handbook of Comparative Law, S. 1059 f.: „It has often been stated as a piece of conventional wisdom that the law of succession is one of the most indigenous branches of the law and that it therefore does not ideally lend itself to comparative research. More recent scholarship has rightly challenged this traditional view.“

<sup>25</sup> Vgl. nur *Beck*, Erblasserwille und Testamentswortlaut; *Böhm*, Der demenzkranke Erblasser; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren; *Humm*, Testierfreiheit und Werteordnung. Siehe auch *Zimmermann* (Hrsg.), Freedom of Testation; *Reid/De Waal/Zimmermann* (Hrsg.), Comparative Succession Law.

<sup>26</sup> Zum Begriff des Common Law *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 1 f.

# Erstes Kapitel. Selbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit im Erbrecht

Ausgangspunkt meiner Untersuchungen ist die Selbstbestimmung. Ohne ein Selbstbestimmungsrecht im erbrechtlichen Kontext kann es auf Selbstbestimmungsfähigkeit nicht ankommen. Deswegen werden die nachfolgenden Ausführungen darstellen, inwiefern das deutsche Recht für letztwillige Verfügungen auf die Selbstbestimmung des Erblassers abstellt und welche Bedeutung die Testierfreiheit für die Privatautonomie des Einzelnen hat (§ 1). Insoweit werden jedoch nicht sämtliche Streitstände dargestellt, vielmehr beschränken sich die folgenden Ausführungen auf eine Zusammenstellung der wesentlichen und grundlegenden Eckpunkte. Im Anschluss wird die Ausgestaltung der Testierfähigkeit als Selbstbestimmungsfähigkeit zur Ausübung der Testierfreiheit dargestellt, wobei ein besonderes Augenmerk auf ihrem Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit steht (§ 2).

## § 1. Testierfreiheit als Privatautonomie von Todes wegen

### I. Die Privatautonomie

Privatautonomie nennt man das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.<sup>1</sup> Sie ist ein Teil der Anerkennung der Selbstbestimmung des Menschen und stellt sich als Ausübung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG im privaten Rechtsverkehr dar,<sup>2</sup> folgt jedoch nicht erst aus der allgemeinen Handlungsfreiheit. Denn die Anerkennung der Autonomie des Menschen ist ein tragendes Grundprinzip der freiheitlichen, demokratischen Grundordnung:<sup>3</sup> Der Einzelne soll seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen selbst und eigenverantwortlich gestalten können.<sup>4</sup> In ihr offenbart sich die Würde des Menschen, weil die Respektierung der subjektiven Rechtsverhältnisse zugleich die verfassungsrechtlich geschützte Individualität des Menschen gewährleistet. Sie anzuerkennen und ihr in Gestalt der privaten Rechtsordnung einen Ausübungsrahmen zu geben, ist demzufolge „elementares Mittel zur freien Entfaltung der Persönlichkeit.“<sup>5</sup> Verstärkt wird der Schutz der Privatautonomie durch besondere Freiheitsrechte, nämlich durch Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 GG, die einen über Art. 2 Abs. 1 GG hinausgehenden Schutz gegen staatliche Eingriffe bieten,

---

<sup>1</sup> Zurückgehend auf die Etymologie des Altgriechischen: *autos* bzw. *αὐτός* (selbst) und *nomos* bzw. *νόμος* (Gesetz; Recht). Vgl. statt aller *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1; siehe auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 13 f. mit weiteren Nachweisen [Fn. 4 u. 5]; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil, Rn. 174.

<sup>2</sup> BVerfGE 77, 155 (170); 89, 214 (231); 114, 1 (34).

<sup>3</sup> Siehe *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 31; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 2; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 15 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 89, 214 (231); *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 76 ff.; *Canaris* JZ 1987, 993 (994 f.).

<sup>5</sup> *Canaris* JZ 1987, 993 (994). Vgl. auch BVerfGE 49, 286 (298); 65, 1 (42); 72, 155 (170 f.).

indem sie größere Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung stellen.<sup>6</sup> Obwohl die Anerkennung der Privatautonomie, der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsverkehr, ein Strukturelement unserer freiheitlichen Wirtschaftsordnung ist, ist sie kein unbeschränkbares „apriorisches Freiheitsrecht“<sup>7</sup>. Es ist vielmehr der Gesetzgeber, welcher der Verwirklichung der Privatautonomie in Gestalt der Rechtsordnung einen Rahmen zur Ausübung gibt.<sup>8</sup>

Entscheidende Grundlage der Privatautonomie ist die freie Willensbildung und die Achtung des individuellen Willens durch die Rechtsordnung, indem mit der freien Willenserklärung unmittelbar Rechtsfolgen verbunden werden.<sup>9</sup> Grundsätzlich bedarf die Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen, soweit sie vom Recht anerkannt wird, aufgrund der Anerkennung der Selbstbestimmung keiner anderen Rechtfertigung, als dass der Einzelne sie will.<sup>10</sup> Insofern geht die Privatautonomie einher mit der Anerkennung der „Selbstherrlichkeit“ des Einzelnen.<sup>11</sup> Dem Privaten steht im Grundsatz die Möglichkeit des willkürlichen, rücksichtslosen und unmoralischen Freiheitsgebrauchs offen. Er braucht sich nicht zu rechtfertigen, wie er seine Machtbefugnis ausnutzt. Andererseits überlässt die Rechtsordnung es grundsätzlich auch dem Einzelnen, die Vorteile, den Nutzen und die Risiken der rechtsgeschäftlichen Betätigung abzuwägen.

Selbstbestimmung ist jedoch nicht schlechthin zu garantieren; der verfassungsrechtliche Schutzauftrag gebietet es nur, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass Selbstbestimmung *ermöglicht* wird.<sup>12</sup> Die Rechtsordnung muss dem Einzelnen ein Umfeld bieten, das eine rechtsgeschäftliche Willensbetätigung in selbstbestimmter Entscheidung ermöglicht. Eine inhaltliche Kontrolle des Rechtsgeschäfts findet dabei grundsätzlich nicht statt.<sup>13</sup> Ebenso wie jeder seine Rechtsverhältnisse, soweit sie gesetzlich anerkannt werden,<sup>14</sup> ohne Einmischung des Staats regeln darf, bleibt es dem Einzelnen überlassen, die Vorteile, Nutzen und Risiken

---

<sup>6</sup> Zum Ganzen mit Erörterung des Streitstands *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 55 ff.; umfassend auch *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 11 ff.

<sup>7</sup> *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 16; *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 165 mit weiteren Nachweisen.

<sup>8</sup> BVerfGE 81, 242 (254): „Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze“; hierzu außerdem *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 16 f. mit Fn. 13; *Höfling*, Vertragsfreiheit, S. 20 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter, S. 70 mit Fn. 323.

<sup>10</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 457 = Motive I 190: „Die Rechtsordnung gewährt dem Einzelnen die Möglichkeit, innerhalb gewisser, durch höhere Rücksichten bedingter Schranken seine Rechtsverhältnisse frei zu gestalten. Dem auf die Hervorbringung einer Rechtswirkung gerichteten Willen wird in Anerkennung dieses Willens Folge gegeben; die beabsichtigte rechtliche Gestaltung tritt ein, weil sie gewollt ist.“ [Rechtsschreibung aktualisiert vom Verf.]; vgl. auch *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6.

<sup>11</sup> Der Begriff „Selbstherrlichkeit“ geht auf *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6 zurück. Außerdem *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 150 Rn. 12.

<sup>12</sup> *Leenen*, Allgemeiner Teil, S. 2 mwN.

<sup>13</sup> Umfassend *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 22 ff.

<sup>14</sup> Die rechtliche Nicht- bzw. die Erschwerung der Anerkennung eines Rechtsgeschäfts stellt einen Eingriff in das von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Prinzip der Privatautonomie dar; zu ihnen gehören bspw. Formvorschriften oder §§ 134, 138 BGB. Der Eingriff ist allerdings verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er durch bzw. aufgrund eines formell und materiell verfassungsgemäßen Gesetzes erfolgt, das insbesondere das Übermaßverbot nicht verletzt. Zum Eingriffscharakter der Geschäfts- und Testierfähigkeit näher unten; dazu *Waldhoff*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 66.

des rechtsgeschäftlichen Handelns selbst abzuwägen. Denn Kehrseite der „Selbstherrlichkeit“ des Einzelnen ist die Selbstverantwortung, nämlich das Einstehenmüssen für die Rechtsfolgen der Ausübung des freien Willens. Es geht darum, wie weit der Erklärende auf Grund des Prinzips der Selbstverantwortung das Risiko der Verfehlung der Selbstbestimmung tragen muss.<sup>15</sup> Im Rahmen der Vertragsfreiheit<sup>16</sup> drückt sich dieses Prinzip vornehmlich dadurch aus, dass der Erklärende im Rechtsverkehr an seine rechtsgeschäftliche Erklärung gebunden ist.

„Da aber Recht ohne Geltung ein Widerspruch in sich wäre, ist der durch einen (mangelfreien) privatautonomen Akt, also durch ein Rechtsgeschäft gesetzten Regelung die ‚Geltung‘ *notwendigerweise* zu eigen. Die Selbstbestimmung der Person durch rechtliche Selbstgestaltung lässt sich daher gar nicht anders denken als in der Form der *Selbstbindung*.“<sup>17</sup>

Insofern versteht sich Selbstverantwortung im privaten Rechtsverkehr zunächst darin, sich zu binden und für die Folgen einer rechtlichen Bindung einzustehen. Andererseits muss solchen Erklärungen die rechtliche Geltung versagt werden, die nicht Ausdruck der freien Willensbestimmung des Erklärenden sind, da sie nicht auf Selbstbestimmung beruhen; für ihre Rechtsfolgen ist der Erklärende nicht selbst verantwortlich. Von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie werden deswegen nur solche Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte geschützt, die selbstbestimmt und selbstverantwortlich zustande gekommen sind. Denn „ohne Selbstbestimmung kann es keine Selbstverantwortung geben, und Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus.“<sup>18</sup> Dass aus rechtlicher Gestaltung auch rechtliche Verantwortung folgt, erfordert vom Erklärenden Einsicht. Sie ist unabdingbare Voraussetzung für selbstbestimmtes Handeln.<sup>19</sup> Der Erklärende muss in der Lage sein, die Tragweite, Bedeutung und Folgen seines Handelns zu erfassen und nach dieser Einsicht zu handeln (vgl. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2, 2229 Abs. 4 BGB). Darüber hinaus setzt die Anerkennung des Willens voraus, dass der erklärte Wille vom Erklärenden aufgrund einer Abwägung des Für und Wider der in Betracht kommenden Gesichtspunkte selbst gebildet wurde. Fremdbestimmte Willenserklärungen sind vom Erklärenden nicht zu verantworten. Neben die Einsichtsfähigkeit tritt daher zusätzlich die

---

<sup>15</sup> Flume, Rechtsgeschäft, S. 59 ff. Wer selbstbestimmt handelt, kann nicht andere für die Folgen seines Handelns verantwortlich machen.

<sup>16</sup> Die Vertragsfreiheit ist die Freiheit, Verträge zu schließen und sich durch sie zu binden. Sie ist ein Unterfall der Privatautonomie und wird oft *pars pro toto* für die Darstellung der Privatautonomie herangezogen. Zur verfassungsrechtlichen Verortung in Art. 2 Abs. 1 GG vgl. BVerfGE 89, 48 (61); 95, 267 (305 f.); 103, 197 (215); 128, 157 (176); zum Ganzen Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 GG Rn. 23.

<sup>17</sup> Canaris, Vertrauenshaftung, S. 413 f. [Hervorhebung im Original]; vgl. auch Neuner, AT, § 10 Rn. 23.

<sup>18</sup> Hillgruber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Prinzip der Selbstverantwortung, S. 171.

<sup>19</sup> Vgl. Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 30; Hofer-Ranz, Philosophisches Skandalon Demenz, S. 68: „Der Begriff Autonomie [...] wird am angemessensten aufgefasst, wenn er als selbstbestimmtes Handeln aus aufgeklärten Überlegungen verstanden wird, das notwendigerweise vor dem Hintergrund des persönlichen Selbstverständnisses stattfindet.“

Handlungsfähigkeit (im engeren Sinn) als notwendige Bedingung der Selbstbestimmung hinzu.<sup>20</sup>

## II. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit

Anders als im Rahmen der lebzeitigen Privatautonomie und ihrer Ausübung durch Rechtsgeschäft und Vertrag, ist es ein Wesensmerkmal der letztwilligen Verfügung, dass sie bis zum Tod des Erklärenden nicht bindend ist. Das Testament entfaltet vielmehr seiner Definition nach erst dann Rechtsfolgen, wenn der Erblasser tot ist.<sup>21</sup> Außerdem binden die Rechtsfolgen einer letztwilligen Verfügung, etwa die sachenrechtliche Zuordnung einer Nachlasssache zum Erben oder die Begründung eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Erben im Wege eines Vermächnisses, nicht den Erblasser, sondern notwendigerweise einen Dritten.

Wenn allerdings Selbstbestimmung im Rahmen der Vertragsfreiheit vor allem *Selbstbindung* meint, ist zunächst zu erörtern, in welcher Weise es Selbstbestimmung für die Zeit nach dem Tod überhaupt gibt. Denn nur wenn es Selbstbestimmung für letztwillige Verfügungen gibt, kann es auf die Testierfähigkeit als Selbstbestimmungsfähigkeit ankommen.

### 1. Testierfreiheit als Unterfall der Privatautonomie

Dass unsere Rechtsordnung dem Einzelnen die privatautonome Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse mit anderen Privaten überlässt, ist eng verknüpft mit der Freiheit, nach dem eigenen Willen über sein Vermögen zu verfügen.<sup>22</sup> Das individuelle Verfügungsrecht über den Tod hinaus ist historisch gewachsen.<sup>23</sup> Die Verfügung von Todes wegen entwickelte sich geschichtlich aus Verfügungen unter Lebenden, die ihre Rechtswirkungen aufschiebend bedingt mit dem Tod des Verfügenden auslösten. Der Erblasser übertrug sein Vermögen zu Lebzeiten als Schenkung auf den Todesfall an einen Treuhänder, den *familiae emptor* im

<sup>20</sup> Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 101, S. 114 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Herrler, Testament, in: HWB-EuP, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd. 2, S. 1472.

Zwar binden Erbvertrag (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB) und gemeinschaftliches Testament (§ 2271 Abs. 1 S. 2 BGB) den Erblasser unter Umständen in seiner Verfügung. Die Bindung folgt jedoch nicht aus dem Charakter als letztwillige Verfügung, sondern gerade daraus, dass ein lebzeitiges Rechtsgeschäft vorliegt. Konsequenterweise gilt für den Erbvertrag die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG [vgl. BGH NJW 1958, 498]. Denn der Erbvertrag ist ein wirklicher Vertrag, aus dessen Rechtsnatur folgt, dass die Parteien an den Inhalt des Vertrags gebunden sind, soweit dieser letztwillige Verfügungen enthält, vgl. BGH NJW 1995, 498. Ebenso Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 42 mit Fn. 61.

<sup>22</sup> So Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 51; Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 57 Fn. 73 mwN.: „Die im Grundsatz der Privatautonomie verwurzelte Rechtsidee der Selbstbestimmung des Individuums wäre nur unvollkommen verwirklicht, wenn dem einzelnen Rechtssubjekt nicht auch das Recht zustünde, über die nach den Grundsätzen der Vertragsfreiheit erworbenen Sachen und Rechte frei zu disponieren. Diese Dispositionsfreiheit garantiert das Recht auf Eigentum, das damit eine Komplementärstellung zum Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit wie auch zur Vertragsfreiheit einnimmt und deren Effektivierung dient“.

<sup>23</sup> Zum Ganzen umfassend Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 41 ff.

römischen Recht bzw. den *Salmann* im germanischen Recht, dessen Aufgabe es war, das ihm übertragene Vermögen nach dem Tod des Erblassers dessen Willen getreu zu verteilen. Im Zuge der Verschriftlichung der Anweisungen an den Treuhänder entwickelten sich die ersten letztwilligen Verfügungen; die Treuhandschenkung ist so nach und nach durch die einseitige, letztwillige Verfügung abgelöst worden.<sup>24</sup> Die Testierfreiheit ist so aus der Anerkennung des Eigentums und der lebzeitigen Verfügungsfreiheit entstanden.

Heute werden gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG das Eigentum und das Erbrecht verfassungsrechtlich gewährleistet. Darin kommt die enge sachliche Verknüpfung beider Gewährleistungen schon formal zum Ausdruck: Das Erbrecht perpetuiert das lebzeitige Eigentum.<sup>25</sup> So gewährleiste die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht. Es habe die Funktion, das Privateigentum als Grundlage einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänze insoweit die Eigentumsgarantie und bilde zusammen mit dieser die Grundlage für die private Vermögensordnung.<sup>26</sup> Ein bedeutendes Grundelement der Institutsgarantie ist dabei die Testierfreiheit.

„Sie dient wie das Eigentumsgrundrecht und der in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz der Privatautonomie der Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben. Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken.“<sup>27</sup>

Die Testierfreiheit ist eine Ausprägung der Privatautonomie, die speziell durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützt wird.<sup>28</sup> Die allgemeine Privatautonomie erfährt durch die besonderen Rechtfertigungsanforderungen an staatliche Eingriffe des Art. 14 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GG weitergehenden Schutz und wird durch diesen effektuiert. Dass die Testierfreiheit als besondere Ausprägung der Privatautonomie verstanden wird, ist auch nicht verwunderlich.

---

<sup>24</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 47 f. mwN.; *Hattenhauer*, Grundbegriffe, S. 204 ff.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, S. 5; v. *Lübtow*, Erbrecht Hbd. 1, S. 9 mwN.

<sup>25</sup> *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 14 GG Rn. 404. *Kipp*, Erbrecht, S. 1: „Ohne das Erbrecht wäre das Privateigentum eine Halbheit; wir wären in Ansehung unseres Erwerbs nicht viel mehr als lebenslängliche Nießbraucher.“

<sup>26</sup> BVerfGE 67, 329 (340); 91, 346 (358); 112, 332 (348). Treffend formuliert *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 14 GG Rn. 101: „Das Erbrecht geht damit über die Eigentumsgarantie hinaus, da die eigentumsrechtliche Stellung des Erblassers mit dessen Tod erlischt und die eigentumsgrundrechtliche Stellung des Erben erst einsetzt, wenn er die entsprechenden Rechte erworben hat.“

<sup>27</sup> BVerfGE 99, 341 (350 f.); 91, 346 (358); 89, 214 (231); 58, 377 (398).

<sup>28</sup> MüKo/Leipold, Einl. ErbR Rn. 17: „erbrechtliche Ausprägung der Privatautonomie“; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 174 ff., 202 f. möchte zwar die Testierfreiheit abweichend hiervon in Art. 2 Abs. 1 GG bei der allgemeinen Privatautonomie verorten, daran aber wohl keine abweichenden verfassungsrechtlichen Folgen festmachen.

Modus der Selbstgestaltung im Privatrechtsverkehr ist die Willenserklärung und auf ihr aufbauend das Rechtsgeschäft. Wenn aber das Testament ein einseitiges, nicht-empfangsbedürftiges – aber formgebundenes – Rechtsgeschäft ist,<sup>29</sup> ist es nur konsequent, es ebenso wie jede andere rechtsgeschäftliche Willensbetätigung unter den Schutz der Rechtsordnung zu stellen.

## 2. Testierfreiheit als Möglichkeit zur Persönlichkeitsentfaltung

Das Erbrecht ist aber nicht nur ein Vehikel zur Perpetuierung des lebzeitig erworbenen Eigentums. Die Testierfreiheit ist vielmehr ein *Recht des Lebenden*.<sup>30</sup> Die Verfügungsfreiheit rechtfertigt sich gerade daraus, dass sich ihre Wahrnehmung als Ausdruck des verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des Erblassers darstellt.<sup>31</sup>

Nach *Goebel* drückt sich die persönlichkeitsrechtlich relevante Komponente des Testierens vor allem in der individuellen Todesverarbeitung aus.<sup>32</sup> In der Tat muss sich der Testierende, der eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Nachlassverteilung wünscht, damit auseinandersetzen, wie sein Vermögen für die Zeit nach seinem Ableben verteilt werden soll. Nicht selten wird ein Testament erst in hohem Alter errichtet. Insoweit wird häufig der bevorstehende Lebensabend zum Anlass genommen, „Bilanz zu ziehen und sich mit dem eigenen Tod auseinanderzusetzen.“<sup>33</sup> Freilich setzt sich jeder Mensch unterschiedlich mit dem eigenen Tod auseinander. In der Regel möchte ein Erblasser die Testiermöglichkeit nutzen, um Personen durch die Überlassung von Vermögen dafür zu belohnen, dass sie Dienste geleistet, gepflegt oder sich gekümmert haben.<sup>34</sup> Gerade im Bezug zum eigenen Leben und dem eigenen Tod tritt die Individualität des Menschen in Erscheinung, aus der die Menschenwürde als Ausdruck des Menschenseins hergeleitet wird.

Selbst wenn man aber nicht auf die Todesverarbeitung des Erblassers abstellt,<sup>35</sup> lässt sich nicht abstreiten, dass die Kontinuität des Eigentums dem Einzelnen Perspektiven über den Tod

<sup>29</sup> Statt aller *Staudinger/Otte*, Vorb. zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 1 ff.

<sup>30</sup> So plastisch *Leipold*, Erbrecht, Rn. 59; ähnlich *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 407, wonach es „bei der Anerkennung des Testamentes in Wahrheit um das Recht der Lebenden geht“ und nicht um das Recht eines Toten.

<sup>31</sup> Ebenso *Canaris* JZ 1987, 993 (994 ff.); *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 57 ff.; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter, S. 52 ff.; *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, passim; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, S. 25; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 346 (355); *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 69 ff.; wohl auch *Fries* AcP 216 (2016), 422 (437 f.) und *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 4. – aA *Staudinger/Otte*, Einl. zum Erbrecht Rn. 55; zumindest kritisch *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 106 ff.

Siehe außerdem BVerfGE 72, 155 (170): „Das Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen wird durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gewährleistet. Soweit es um eine umfassende Einschränkung der Privatautonomie geht, wie sie aus der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger folgt, ist nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht berührt (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).“

<sup>32</sup> Umfassend *Goebel*, Testierfreiheit, S. 36 ff., 137 ff., 181 ff.

<sup>33</sup> *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 32 ff., Zitat auf S. 47.

<sup>34</sup> Vgl. statt aller *Dutta*, Warum Erbrecht?, S. 412 ff.

<sup>35</sup> Kritisch insbesondere *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 106 ff.

hinaus eröffnet, in denen sich eine Möglichkeit zur Persönlichkeitsentfaltung bietet.<sup>36</sup> Weil die Motive des Erblassers und seine Entscheidung – vorbehaltlich der §§ 134, 138 BGB – nicht auf ihre inhaltliche Angemessenheit überprüft werden, gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch einen umfassenden Freiheitsraum, in welchem der Erblasser seine Persönlichkeit entfalten kann.

### III. *Regelungsanliegen der Testierfähigkeit*

Die Testierfreiheit als Element der institutionellen Erbrechtsgarantie gewährleistet also das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers. Dem Erblasser ist es überlassen, selbst zu entscheiden, welche Personen zu Erben werden und auf welche Art und Weise (beispielsweise mit welchen Beschränkungen) der Nachlass verteilt sein soll. Wie bereits gesehen, setzt privatautonome Betätigung jedoch stets ein gewisses Maß an Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 19. Januar 1999 zur faktischen Testierunfähigkeit Schreib- und Sprechunfähiger ausgeführt, es

„[ließen sich aus] dem Charakter der Testierfreiheit als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich [...] Folgerungen für den verfassungsrechtlichen Gehalt der Erbrechtsgarantie ziehen. Es werden nur selbstbestimmte und selbstverantwortete letztwillige Erklärungen von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit geschützt. Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen.“<sup>37</sup>

#### 1. *Vorbedingung der Grundrechtsausübung?*

Das wirft zunächst die Frage auf, in welchem Licht die bundesverfassungsgerichtliche Entscheidung für den grundrechtlichen Schutzbereich zu sehen ist. Ausgangspunkt der Privatautonomie ist es, dass jedem (erwachsenen) Menschen das Selbstbestimmungsrecht zukommt und infolgedessen die notwendige Selbstbestimmungsfähigkeit als Prämisse vorausgesetzt wird. Der Ausschluss vom Privatrechtsverkehr aufgrund mangelnder Testierfähigkeit – wie auch im Rahmen mangelnder Geschäftsfähigkeit – stellt infolgedessen einen Eingriff in den grundrechtlichen Freiheitsbereich dar.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> V. Mangoldt/Klein/Starck/*Depenheuer/Froese*, Art. 14 GG Rn. 514: „Das Erbrecht transzendiert nicht nur die individuelle Persönlichkeit über die physische Existenz hinaus, sondern vermittelt der Gesellschaft über die vererbaren Vermögenspositionen die Dimensionen der Vergangenheit und Zukunft“.

<sup>37</sup> BVerfGE 99, 341 (351).

<sup>38</sup> So auch BVerfGE 72, 155 (170); 99, 341 (351). Ebenso [für die Geschäftsfähigkeit] *Canaris* JZ 1987, 993 (994); *Cornils*, *Ausgestaltung der Grundrechte*, S. 210–214; *Hillgruber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Prinzip der Selbstverantwortung*, S. 172; *MüKo/Spickhoff*, Vor § 104 BGB Rn. 3; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (354); [für Testierfähigkeit] *Waldhoff*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 66; aA *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, S. 319 ff. [die Geschäftsfähigkeit betreffend].

Die Regeln der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB) sind vor diesem Hintergrund als Inhalts- und Schrankenbestimmung der Erbrechtsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu beurteilen, denn es ist dem Gesetzgeber überlassen, Inhalt und Schranken des Erbrechts zu bestimmen.<sup>39</sup>

„Erst durch die gesetzliche Ausgestaltung wird das Erbrecht des Einzelnen klar umrissen und zu einem praktisch durchsetzbaren Recht. Die einfachrechtliche Ausgestaltung verschafft den notwendig abstrakten Grundprinzipien des Erbrechts konkrete Gestalt. Demzufolge ist es Sache des Gesetzgebers, das im Grundsatz der Testierfreiheit angelegte Selbstbestimmungsprinzip zu konkretisieren. Er muss festlegen, welche Anforderungen im Einzelnen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.“<sup>40</sup>

Die Testierfähigkeit nach einfachem Recht ist somit ein integraler Bestandteil für die Freiheitsausübung im grundrechtlichen Bereich. Gleichwohl ist es nicht der Gesetzgeber, der den verfassungsrechtlichen Schutzbereich bzw. die Voraussetzung der Grundrechtsmündigkeit für das aus der Erbrechtsgarantie abgeleitete Recht auf Testierfreiheit definiert. Denn das einfache Recht kann nicht die Verfassung ausgestalten.<sup>41</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber, weil ihm die konkrete Ausgestaltungsbefugnis zukomme, von dem abwehrrechtlichen Rechtfertigungszwang für Eingriffe in Freiheitsgrundrechte befreit ist. Es sieht vielmehr erstens den Gesetzgeber in der Pflicht, die Voraussetzungen der Selbstbestimmungsfähigkeit des Erblassers zu regeln, und unterwirft ihn zweitens der verfassungsrechtlichen Kontrolle seiner Ausgestaltung. Namentlich muss das einfache Recht im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Erbrechts sowie allen anderen Verfassungsnormen stehen und insbesondere das Übermaßverbot (Verhältnismäßigkeitsgebot) wahren.<sup>42</sup>

Zur Konkretisierung der Selbstbestimmungsfähigkeit gibt das Bundesverfassungsgericht vor, „der Einzelne [müsse] die für die Testamentserrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen.“<sup>43</sup> Selbstbestimmung scheidet aus, „wenn der Erblasser aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen zu eigenverantwortlicher

<sup>39</sup> *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. 14 GG Rn. 412; *Fries* AcP 216 (2016), 422 (437); *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1653.

<sup>40</sup> BVerfGE 99, 341 (351 ff.) [Rechtschreibung aktualisiert vom Verf.].

<sup>41</sup> Ebenso *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 212: „Besinnt man sich auf die Verwurzelung auch der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung im Gedanken gleicher, unteilbarer Freiheit und letztlich der Menschenwürde, die allen Menschen kraft ihres Personenseins zukommt, so kann man nicht annehmen, daß gerade für diese Art von Selbstbestimmung eine verfassungsrechtlich nicht vorbestimmte Definitionskompetenz des Gesetzgebers bestehen soll. Der Gesetzgeber müßte sich sonst zwar für die Inhaltskontrolle bei Verträgen grundrechtlich verantworten, könnte aber ganzen Bevölkerungsgruppen den Zugang zum Grundrechtsschutz generell sperren und über einen elementaren Bestandteil menschlicher Personenqualität rechtfertigungsfrei verfügen.“; ferner *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 68.

<sup>42</sup> BVerfGE 99, 341 (352 f.): „[Der Gesetzgeber] darf von Elementen des Erbrechts, die Bestandteile der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sind, nur in Verfolgung eines legitimen Zwecks und nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit abweichen (vgl. BVerfGE 91, 346 [360]). Der Gesetzgeber darf das in der Testierfreiheit enthaltene Selbstbestimmungsprinzip zwar konkretisieren, nicht aber unverhältnismäßig beschränken.“; vgl. noch *Canaris* AcP 184 (1984), 201.

<sup>43</sup> BVerfGE 99, 341 (351) [Hervorhebung durch den Verf.].

Testamentserrichtung nicht in der Lage ist.“<sup>44</sup> Der Gesetzgeber hat sich bei der Konkretisierung der Testierfähigkeit an den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Kriterien zu orientieren. Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatautonomie gebietet es dabei jedoch nicht, die einfachgesetzlichen Vorschriften im Sinne größtmöglicher Anerkennung der Selbstbestimmung zu optimieren. Die Grundrechte des Grundgesetzes stellen nur eine objektive Rahmenordnung dar, deren Gewährleistungen im Sinne eines abwehrrechtlichen Schutzes vor staatlichen Eingriffen nicht verletzt werden dürfen. Optimierungsgebote enthalten sie dagegen nicht.<sup>45</sup>

Somit ist der Gesetzgeber zwar einerseits der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs unterworfen. Deshalb darf § 2229 BGB die Privatautonomie des Erblassers nicht unverhältnismäßig beschränken. Andererseits genießt die einfachgesetzliche Ausgestaltung dabei einen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum. Die Regelung der Testierfähigkeit ist dementsprechend erst verfassungswidrig und verstößt gegen die Testierfreiheit, wenn sie „schlechthin ungeeignet“, „eindeutig nicht erforderlich“ oder „auch bei Anerkennung eines Bewertungsspielraums unzumutbar ist“<sup>46</sup>. Dass die derzeitige Rechtslage nach diesen Kriterien verfassungswidrig ist, ist nicht ernsthaft zu erwägen.<sup>47</sup>

## 2. Schutz vor sich selbst?

Maßgebliches Charakteristikum der lebzeitigen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch rechtsgeschäftliches Handeln ist, wie gesehen, die Selbstverantwortung. Der Erklärende ist aber nicht nur sich selbst gegenüber verantwortlich, sondern auch gegenüber Dritten, weil die Ausübung der Vertragsfreiheit das Zusammenwirken mit (mindestens) einer anderen Person voraussetzt. Die Regelungen zur Selbstbestimmungsfähigkeit im vertraglichen Rechtsverkehr (Geschäftsfähigkeit im Sinne der §§ 104 ff. BGB) werden daher überwiegend als Schutzmechanismus des Erklärenden vor sich selbst begründet.<sup>48</sup> In der Tat muss die handlungsunfähige Person davor geschützt werden, dass sie sich aus unvernünftigen Gründen anderen Personen gegenüber verpflichtet und sich (vor allem wirtschaftlich) selbst schadet. Denn sie kann ihre Interessen nicht in ausreichendem Maße selbst bewahren.

---

<sup>44</sup> BVerfGE 99, 341 (351) [Hervorhebung durch den Verf.]. Vgl. auch BVerfGE 99, 341 (351 f.): „[Der Gesetzgeber] muß festlegen, welche Anforderungen im einzelnen an die für eine eigenverantwortliche Testamentserrichtung erforderliche Einsichtsfähigkeit zu stellen sind und welches Maß an Handlungsfähigkeit für die Testamentserrichtung nötig ist.“

<sup>45</sup> So für die heute herrschende Meinung statt aller *Lerche*, in: FS Stern (1997), S. 197 ff. Vgl. auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 28 ff.; *Canaris* AcP 184 (1984), 201 (225 ff.); *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 71.

<sup>46</sup> Hierzu BVerfGE 99, 341 (352 f.); 47, 109 (117); 53, 135 (145); 77, 84 (111 f.).

<sup>47</sup> Ebenso *Spickhoff* AcP 208 (2008), 346 (377); *Waldhoff*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 71 ff.; aA *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 22 ff.

<sup>48</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 424 = Motive I, S. 131; *Czeguhn*, Geschäftsfähigkeit, Rn. 8; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 88; BeckOGK/*Schneider*, § 104 BGB Rn. 3; MüKo/*Spickhoff*, Vor § 104 BGB Rn. 6 f.; Staudinger/*Klumpp*, Vorb. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 16 ff. mwN.

Freilich binden den Erblasser die Rechtsfolgen seiner letztwilligen, testamentarischen Verfügung nicht mehr. Er ist zum Zeitpunkt, in dem sie ihre Rechtswirkungen entfalten, bereits tot. Diese Argumentationslinie kann deshalb nicht unbesehen auf die Testierfreiheit übertragen werden.<sup>49</sup> *Grunsky* folgert aus der fehlenden rechtlichen Selbstbindung des Erblassers, dass die Bestimmungen der Testierfähigkeit keinen wirklichen Schutzzweck hätten. Daher solle die Testierfähigkeit anders als die Geschäftsfähigkeit ausgelegt werden, und zwar in dem Sinne, dass es für die rechtliche Geltung der Erklärung nicht auf die freie Willensbestimmung ankomme, sondern bereits ein „natürlicher Rechtsnachfolgewille“ genügen müsse.<sup>50</sup>

Die Testierfreiheit ist jedoch kein verantwortungsloses Selbstbestimmungsrecht.<sup>51</sup> Freilich tritt Selbstverantwortung hier nicht in lebzeitiger Einstandspflicht für die Rechtsfolgen,<sup>52</sup> sondern vielmehr als eine moralische Kategorie in Erscheinung.<sup>53</sup> Der Erblasser muss sich beim Testieren der Bedeutung seiner Verfügungsfreiheit für die Erben, den Rechtsverkehr und seine Verwandten stellen. Das Bürgerliche Gesetzbuch sichert durch Formerfordernisse, den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit (§§ 2064, 2065 BGB)<sup>54</sup> und die Testierfähigkeit, dass es der Erblasser selbst ist, der die vermögens- und persönlichkeitsrechtlich relevanten Entscheidungen trifft und sich ihrer Tragweite bewusst ist.<sup>55</sup> Hingegen ist eine Verfügung, durch die der Erblasser aus (scheinbar) willkürlichen Gründen all diejenigen testamentarisch übergeht, die – von außen betrachtet – nachvollziehbar auf eine Berücksichtigung gehofft

<sup>49</sup> *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 145 ff., S. 279 ff. und passim. – Aus der US-amerikanischen Literatur mit gleichen Erwägungen, vgl. *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, S. 268 f.

<sup>50</sup> *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 10 ff. Zu seiner Forderung, die Testierfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit abzukoppeln näher unten bei § 2.III.2.

<sup>51</sup> In diesem Sinne aber z.B. *Meston* *Juridical Review* 1982, 172 (173): „Making a will is an exercise of power without responsibility.“

<sup>52</sup> Dies gilt auch für Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente. Zwar binden vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB und §§ 2290 ff. BGB) und wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament (§§ 2270, 2271 BGB und § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB analog nach dem Tod des ersten Ehegatten) den Erblasser (teilweise) an seine Verfügung. Die Bindung beruht auf einer privatautonomen Entscheidung (siehe nur *Staudinger/Kanzleiter*, § 2270 BGB Rn. 6; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2278 BGB Rn. 1 ff.), durch die der Erblasser sich selbstbestimmt in seiner Testierfreiheit beschränkt. Außerdem setzt das Gesetz Testierfähigkeit für das gemeinschaftliche Testament und Geschäftsfähigkeit für den Erbvertrag (§ 2275 BGB) voraus.

Die Testier- oder Geschäftsfähigkeit schützt den Erblasser jedoch nicht vor erbrechtlicher Selbstbindung. Eine spezifische die Bindungswirkung betreffende Testier- oder Geschäftsunfähigkeit gibt es nicht (vgl. *Brox/Walker*, Erbrecht, § 9 Rn. 4). Ist der Erblasser testier- bzw. geschäftsunfähig, sind vielmehr alle seine Verfügungen, auch diejenigen ohne Bindungswirkung, nichtig. Insofern kann die natürliche Testierunfähigkeit den Erblasser nicht vor übereilter erbrechtlicher Bindung schützen. Anders wohl *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 20 ff.; *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 205 f. – Siehe zum Schutz des Minderjährigen § 3.

<sup>53</sup> Vgl. BGH FamRZ 58, 337. Hierzu und zum folgenden *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 59 ff.

<sup>54</sup> Siehe etwa BGH NJW 1995, 100: „In den §§ 2064, 2065 BGB bekennt das Gesetz sich zu dem Grundsatz, daß der Erblasser allein vor seinem Gewissen die Verantwortung dafür übernehmen muß, wenn er die Erbfolge anders regelt, als das Gesetz sie vorgesehen hat.“; auch *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, S. 293; RGRK-BGB/*Johannsen*, Vor § 2064 BGB Anm. 2.

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 99, 341 (351 f.): „Zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit muß der Gesetzgeber Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit erlassen. [...] Es bleibt [...] seiner Wahl überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt.“

hatten, ist nicht verantwortungslos. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Erblasser nicht in der Lage war, „sich über die Tragweite seiner Anordnungen und ihrer Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen, ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln.“<sup>56</sup> Dementsprechend geht es bei der Beurteilung, ob der Erblasser sich über die Gründe für und gegen eine sittliche Berechtigung seiner Anordnungen im Klaren ist, „nicht darum, den Inhalt letztwilliger Verfügungen auf seine Angemessenheit zu beurteilen“<sup>57</sup>, sondern darum, ob der Erblasser sich im Rahmen des erforderlichen Abwägungsvorgangs überhaupt mit den Erwartungen und Bedürfnissen anderer befasst hat. Insofern schadet bloß ein umfassender Abwägungsausfall.<sup>58</sup>

Vor diesem Hintergrund schützen die Vorschriften über die Testierfähigkeit den Erblasser *vor sich selbst*.<sup>59</sup> Das Testament muss nicht inhaltlich, sehr wohl allerdings „formal“ verantwortungsvoll errichtet sein. Die Testierfähigkeit als rechtliches Kriterium der Selbstbestimmungsfähigkeit soll sicherstellen, dass der Erblasser die Bedeutung seiner Verfügung in ausreichendem Maße versteht, weil er von der gesetzlich vorgesehenen und als gerecht empfundenen Verteilung<sup>60</sup> seines Vermögens abweicht. Andererseits wird seine Verfügung von der Rechtsordnung anerkannt, solange und soweit er fähig war, die Bedeutung für diejenigen, die er (nicht) bedacht hat, zu verstehen sowie in der Lage war, zu wissen, worüber er verfügt und auf welche Motive er seine Entscheidung stützt.<sup>61</sup> Darauf, ob sie inhaltlich gerecht ist – wie auch immer dies zu beurteilen sein mag –, wird die letztwillige Verfügung nicht kontrolliert.

Gewährleistet wird mithin der Schutz der freien Entscheidungsmöglichkeit eines frei Entscheidungsfähigen. Die Testierfähigkeit soll zugleich den Missbrauch einer nicht entscheidungsfähigen Person verhindern.<sup>62</sup> Der Erblasser muss vor einer Ausnutzung durch Dritte geschützt werden, die seine schwache geistige Verfassung ausnutzen könnten, um sich einen unlauteren Nachlassbeteiligung zu erschleichen.<sup>63</sup> Die Testierfähigkeit bewegt sich damit

---

<sup>56</sup> So die klassische Definition der Testierunfähigkeit gemäß § 2229 Abs. 4 BGB, etwa BGH DNotZ 1958, 601; NJW 1959, 1822; BayObLGZ 1959, 360 (363); 1962, 219 (233 f.); Grüneberg/*Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 2.

<sup>57</sup> OLG Karlsruhe MittBayNot 2020, 511 (516); OLG München ZEV 2017, 148 (149); BayObLGZ 1999, 205 (211).

<sup>58</sup> Soergel/*Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 15; Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 31a: „Nur wenn der Erblasser gar nicht fähig ist, in sittlichen Kategorien zu denken, wird von Testierunfähigkeit auszugehen sein“.

<sup>59</sup> Ebenso *Fries* AcP 216 (2016), 422 (438), der zudem auf die philosophische Diskussion des Schutzes des *earlier self* gegenüber dem *later self* eingeht; *Laimer* *RabelsZ* 77 (2013), 555 (558); MüKo/*Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 1; *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 90 f. – aA *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 10 ff.

<sup>60</sup> Vgl. nur *Dutta*, Warum Erbrecht?, S. 12 ff. mwN; MüKo/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 14; außerdem BVerfGE 91, 346 (358 ff.).

<sup>61</sup> Vgl. *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 97.

<sup>62</sup> *Abraham* ÖNZ 1993, 25 (30); *Laimer* *RabelsZ* 77 (2013), 556 (587).

<sup>63</sup> Näher hierzu § 5.II.2.

in einem Spannungsfeld aus umfassender Anerkennung der Selbstbestimmung und dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst, verstanden als formaler Schutz vor fremdbestimmten Erklärungen.

### 3. Verkehrsschutz?

Freilich darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die letztwillige Verfügung sehr wohl unmittelbare Rechtsfolgen herbeiführt. Die Testierfreiheit des Erblassers ist Selbstbestimmung im Verhältnis zu anderen Personen, denn die einhergehenden Rechtsfolgen binden Dritte. Wie stets im Rahmen rechtsgeschäftlicher Betätigung ist auch dem Erbrecht ein Bedürfnis nach Klarheit, Überschaubarkeit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs immanent.

Das Erbrecht schützt die Interessen des Rechtsverkehrs dabei aber nur in geringem Ausmaß. Dies liegt an seinen wesentlichen Besonderheiten. Zunächst ist das Testament ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es löst Rechtsfolgen aus, weil sie vom Erblasser (und nur von ihm) gewollt sind. Der Erblasser muss seinen Willen nicht mit anderen aushandeln, nicht zu einem Konsens kommen. Die Testierfreiheit ist einseitige Privatautonomie und insofern folglich ein wirkliches *Selbstbestimmungsrecht*.<sup>64</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzes gibt es keinen Empfänger, der von dem Testament wissen muss. Folglich wird das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf Bestand und Inhalt der Willenserklärung nicht geschützt.<sup>65</sup> Weil das Testament keinen Empfänger hat, erfolgt die Auslegung nur nach dem wirklichen Willen des Erblassers gemäß § 133 BGB. Es ist nicht auf die Vorstellung eines objektiven Empfängers abzustellen, sondern allein das Verständnis, d.h. der wirkliche und erklärte Wille, des Erblassers zu erforschen.<sup>66</sup> Zum anderen ist die letztwillige Verfügung des Erblassers grundsätzlich jederzeit frei widerruflich (§ 2253 BGB). Selbst der Bedachte, dem der Erblasser durch das Testament etwas zuwandte, hat zu Lebzeiten des Erblassers keine rechtlich gesicherte Aussicht darauf, dass die Verfügung nicht geändert oder aufgehoben wird. Vor dem Erbfall hat der Bedachte nämlich keine Anwartschaft, lediglich Hoffnung auf die Beständigkeit der Anordnungen.<sup>67</sup> Dies gilt sogar, wenn der Erblasser lebzeitig durch einen Erbvertrag gebunden ist.<sup>68</sup> Die Versagung von Vertrauensschutz im Erbrecht spiegelt sich noch darin wider, dass der gute Glaube an die Testierfähigkeit des Erblassers ebenso wenig wie der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit geschützt wird.<sup>69</sup>

---

<sup>64</sup> Siehe nur den Wortlaut des § 1937 BGB: „Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen.“

<sup>65</sup> Staudinger/Otte, Vor § 2064 BGB Rn. 5 mwN; Grüneberg/Ellenberger, § 133 BGB Rn. 13.

<sup>66</sup> Statt aller nur BeckOGK/Gierl, § 2084 BGB Rn. 9 f.; Brox/Walker, Erbrecht, § 16 Rn. 2; Grüneberg/Ellenberger, § 133 BGB Rn. 13; Lange, Erbrecht, § 35; MüKo/Leipold, § 2084 BGB Rn. 8 ff.; Röthel, Erbrecht, § 18 Rn. 1.

<sup>67</sup> BGH NJW 1954, 633 (634); NJW 1996, 1062 (1063); Staudinger/Otte, Vor § 2064 BGB Rn. 5.

<sup>68</sup> Krebber AcP 204 (2004), 149 (150 f.) mwN.

<sup>69</sup> Zur Geschäftsfähigkeit vgl. RGZ 120, 174; BGH NJW 1977, 623; ZIP 1988, 831.

Im Erbrecht besteht allerdings ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit in Bezug auf die Echtheit und Authentizität des Testaments, denn nach Eintritt des Erbfalls als dem Zeitpunkt, in welchem die Rechtsfolgen der letztwilligen Verfügung eintreten, lebt der Erklärende nicht mehr. Er kann bei der Beurteilung der Wirksamkeit und der Auslegung seiner letztwilligen Verfügung nicht mehr mithelfen.<sup>70</sup> Zugleich erfordern vornehmlich die sachenrechtlichen Auswirkungen des Vermögensübergangs mit der Zuweisung des Nachlasses an den/die Erben eine hinreichende Bestimmtheit und Rechtsklarheit. Die Regelungen zur Errichtung eines Testaments sollen daher die Selbstständigkeit des Willens verbürgen und die Echtheit der Erklärung sicherstellen.<sup>71</sup> Soweit die Testierunfähigkeit auf einem rechtlichen Status beruht, gewährleistet sie umfassende Rechtssicherheit. Dies gilt namentlich für die Testierunmündigkeit von Minderjährigen gemäß § 2229 Abs. 1 BGB sowie für die – mittlerweile durch das Betreuungsgesetz vom 12. September 1990 (BGBl. I 1990, S. 2002) aufgehobene – Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 3 BGB aF i.V.m. § 6 BGB aF wegen Entmündigung des Erblassers. Die Testierunfähigkeit ist hier im Interesse des Rechtsverkehrs leicht feststellbar, denn das Gesetz knüpft die Ausübungsmöglichkeit des Selbstbestimmungsrechts typisierend an den rechtlichen Status der Person. Es ist ohne größere Nachforschungen feststellbar, ob der Erblasser nicht das genügende Alter erreicht hat oder aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens entmündigt worden ist. Im Rahmen des § 2229 Abs. 4 BGB müssen die Voraussetzungen der fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit hingegen unter erheblichen Beweisschwierigkeiten posthum festgestellt werden. Daher ist die Beurteilung der natürlichen Testierunfähigkeit nur in Bezug auf die Rechtsfolge rechtssicher.<sup>72</sup>

#### 4. Schutz der gesetzlichen Erben?

Ein weiteres Grundprinzip des Erbrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist dasjenige der Familiengebundenheit. Das gesetzliche Erbrecht ist ein Verwandtenerbrecht und insofern Ausdruck des Gedankens der Familiensolidarität sowie einer für gerecht empfundenen Verteilung des Nachlasses.<sup>73</sup> Das Erbrecht habe so die Aufgabe, die Familie des Erblassers zu versorgen.<sup>74</sup> Aus der verfassungsrechtlich in Art. 6 Abs. 1 GG niedergelegten besonderen

<sup>70</sup> Vgl. BVerfGE 99, 341 (355).

<sup>71</sup> BGH NJW 1981, 1900 (1901); Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, Vor §§ 2229 BGB Rn. 1.

<sup>72</sup> So bereits Lorenz, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 93 [zur natürlichen Geschäftsunfähigkeit]; ebenso wohl Staudinger/Klump, § 105 BGB Rn. 1.

<sup>73</sup> Zur Solidaritätsfunktion des Erbrechts umfassend Dutta, Warum Erbrecht?, § 9 (S. 385–475).

<sup>74</sup> Vgl. statt vieler Lange, Erbrecht, § 20 Rn. 1 ff.; Meyer-Pritzl, in: Staudinger/Eckpfeiler, W Rn. 1 ff.; MüKo/Leipold, Einl. ErbR Rn. 12 ff.; Staudinger/Otte, Einl. zum Erbrecht Rn. 50 ff. Zur rechtshistorischen Entwicklung Schiemann, in: FS Bengel/Reimann, S. 331 ff. und Hattenhauer, Grundbegriffe, S. 204 ff. Rechtsphilosophisch Auer AcP 216 (2016), 239 (270).

Schutzwürdigkeit der Ehe und Familie folge, dass das Vermögen des Erblassers an die nächsten Verwandten aufgeteilt werden sollte.<sup>75</sup>

Die Testierfreiheit des Erblassers wird oft als Gegensatz zum Prinzip der Familienerbfolge gesehen. Der Vorrang der individuellen Freiheit des Erblassers stehe in einem Spannungsverhältnis zu dem Schutz familiärer Interessen.<sup>76</sup> *Leipold* zieht sogar den Schluss, dass „die Enterbung kein wertfreier, gleichsam neutraler Vorgang [sei], sondern ein Eingriff in eine Rechtsposition, die dem gesetzlichen Erben eigentlich zusteht“.<sup>77</sup> Vor diesem Hintergrund meinen Einige, es sei Schutzzweck der Testierfähigkeit, die gesetzlichen Erben vor einem Entzug ihrer gesetzlich vorgesehenen Teilhabe am Nachlass zu schützen.<sup>78</sup> Nicht eigenverantwortliche, fremdbestimmte Verfügungen könnten die „Zurücksetzung der gesetzlichen Erben nicht legitimieren.“<sup>79</sup> Die Testierfähigkeit solle daher sicherstellen, dass das der Familie versprochene Vermögen nicht aus unvernünftigen Gründen oder aufgrund einer nicht selbst willensgeleiteten Handlung des Erblassers abhandenkommt.

Diesem kann nicht gefolgt werden. Zwar ist einzuräumen, dass das Erbrecht eine solidarische Funktion hat. Die Testierfreiheit jedoch ist eine vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit zur Selbstbestimmung. Sie ist einseitige Privatautonomie in dem Sinne, dass der Erblasser seinen Willen nicht mit anderen aushandeln muss, sondern allein sein erklärter Wille entscheidend ist. Sein Umfeld braucht angesichts der Heimlichkeit des Testierens nicht einmal davon zu erfahren, dass der Erblasser testiert hat. Es ist nicht Funktion der Testierfähigkeit, die gesetzlichen Erben zu schützen. Eine Mindestteilnahme am Nachlass sichert die Rechtsordnung der Familie bzw. den nächsten Verwandten bereits im Wege des bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrechts. Dieses bewegt sich im Spannungsverhältnis

<sup>75</sup> MüKo/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 12.

<sup>76</sup> Vgl. nur *Brox/Walker*, Erbrecht, S. 17; *Meyer-Pritzl*, in: Staudinger/Eckpfeiler, W Rn. 3 und 6 ff.; anders z.B. Staudinger/*Otte*, Einl. zum Erbrecht Rn. 54.

<sup>77</sup> *Leipold* AcP 180 (1980), 160 (195); später etwas relativierend in MüKo/*Leipold*, Einl. ErbR Rn. 12 ff. und Rn. 17 ff.; ähnlich Staudinger/*Boehmer*, [11. Auflage 1954] Einl. zum Erbrecht § 17 Rn. 1; *Großfeld* JZ 1968, 113 (118, 121); RGRK-BGB/*Johannsen*, Vor § 2064 BGB Anm. 2. – Dagegen *Goebel*, Testierfreiheit, S. 44 ff. sowie *Kroppenberg*, Privatautonomie, S. 61.

<sup>78</sup> In diese Richtung bereits die Überlegungen der 2. Kommission zur Frage, ob die Entmündigung zur Testierunfähigkeit führen solle (§ 2229 Abs. 3 BGB aF), in: Protokolle V, S. 320 ff. bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 32 ff.: „Die normale Erbfolge sei die Intestaterbfolge. Der Staat erachte sich für verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß eine vernünftige und gerechte Vertheilung des Nachlasses einer jeden Person stattfinde. [...] Aus dem Zwecke der Einrichtung [der Testierfreiheit] ergebe sich, daß die Person des Erblassers eine gewisse Gewähr dafür bieten müsse, daß auch wirklich eine vernünftige Vertheilung des Nachlasses erreicht werde. Diese Gewähr sei bei den wegen Verschwendung und Trunksucht entmündigten Personen nicht vorhanden. Wenn Jemand so sehr dem Leichtsinne oder der Genußsucht nachgebe, daß er ohne Rücksicht auf seine eigene und seiner Familie Zukunft sein Vermögen verschleudere, [...] so könne der Staat solchen Personen nicht das Vertrauen schenken, welches eine nothwendige Voraussetzung für die Ueberlassung des Rechtes der Testierfähigkeit sei. [...] Das Pflichttheilsrecht gewähre in dieser Hinsicht keinen hinreichenden Schutz.“

<sup>79</sup> *Röthel*, Gutachten, A22 f.; nochmals *Röthel* AcP 210 (210), 32 (65); ihr folgend *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 15. Ähnlich *Busch* ErbR 2014, 90 (93); *Löhnig*, in: FS Bengel/Reimann, S. 236; *Naczinsky* NZFam 2018, 713 (715); MüKo/*Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 1: „Schutz der gesetzlichen (Familien-)Erbfolge“; Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 10. Zurückhaltend *Laimer* RabelsZ 77 (2013), 555 (559): „Schutz der Aussichten der gesetzlichen Erben oder von in einem früheren Testament bedachten Personen geht damit nur mittelbar einher.“

zwischen dem Prinzip der Familienerbfolge einerseits sowie demjenigen der Testierfreiheit andererseits und hat ebenfalls eine verfassungsrechtliche Dimension.<sup>80</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts legitimiert sich das Pflichtteilsrecht durch die über den Tod hinaus fortwirkende familiäre Solidarität. Es erfülle die Funktion, „die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie [...] über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen“<sup>81</sup>. Familieninteressen werden jedoch nicht über den Pflichtteil hinaus geschützt. Die Testierfreiheit ist nicht der Familienerbfolge verpflichtet und unterliegt nur den Beschränkungen des Pflichtteilsrechts und des Verbots gesetztes- oder sittenwidriger Verfügungen (§§ 134, 138 BGB). Das Selbstbestimmungsrecht ist gerade deshalb so frei, weil die Folgen wirtschaftlich teilweise durch das Pflichtteilsrecht entlastet werden.<sup>82</sup> Dementsprechend vermittelt die Testierfähigkeit keinen über das Pflichtteilsrecht hinausgehenden Schutz des Vermögens für die Familie.<sup>83</sup> Es ist folglich nicht Funktion der Testierfähigkeit, die gesetzlichen Erben vor einem Entzug ihrer erwarteten Vermögensteilnahme zu schützen.<sup>8485</sup>

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 112, 332 (349 f.) mwN.

<sup>81</sup> BVerfGE 112, 332 (352 f.): „Die strukturprägenden Merkmale der Nachlasseteilhabe von Kindern sind Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern besteht. Art. 6 Abs. 1 GG schützt dieses Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen Kindern als lebenslange Gemeinschaft, innerhalb derer Eltern wie Kinder nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sind, füreinander sowohl materiell als auch persönlich Verantwortung zu übernehmen. Das Pflichtteilsrecht knüpft - wie das Unterhaltsrecht - an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und überträgt diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts“. Aus der Literatur vgl. statt vieler MüKo/Lange, § 2303 BGB Rn. 10; *Otte* AcP 202 (2002), 317 (351 ff.); *Papantoniou* AcP 173 (1973), 385 (393 ff.); *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 85 ff.; aA *Dauner-Lieb* DNotZ 2001, 460 (463 f.). – Zusammenfassend *Kroppenberg*, Stichwort: Pflichtteilsrecht, in: HWB-EuP, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd. 2.

<sup>82</sup> *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 209. Vgl. noch *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 94 ff.; *Staudinger/Otte*, Einl. zum Erbrecht Rn. 54; v. *Lübtow*, Erbrecht Hbd. 1, S. 102: „Kein gesetzlicher Erbe wird gegen willkürliche und grundlose Enterbung geschützt.“ [ohne Hervorhebung].

<sup>83</sup> So bereits die 1. Kommission zur Frage, ob die Entmündigung zur Testierunfähigkeit führen solle (§ 2229 Abs. 3 BGB aF), in: Motive V, S. 247 ff. bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 10: „Eine Beschränkung des Verschwenders, wenn sie gleich dem überwiegend geltenden Rechte entspricht, kann als innerlich begründet nicht anerkannt werden. Der Zweck der Entmündigung wegen Verschwendung ist, zu verhüten, daß der Verschwender sich oder seine Familie dem Nothstande preisgibt. Dieser Zweck rechtfertigt nur eine Beschränkung desselben in Ansehung des Verkehrs unter Lebenden. Gegenüber einer letztwilligen Verfügung des Verschwenders kommt lediglich die Rücksicht auf die Verwandten, insbesondere die Familie, in Frage. Dieser Rücksicht entspricht das Institut des Pflichttheilsrechtes. Der Umstand, daß der Verschwender von der Befugniß, letztwillig zu verfügen, möglicherweise einen unangemessenen Gebrauch macht, kann noch nicht dazu führen, ihm diese Befugniß überhaupt zu entziehen und dadurch den Verwandten eine absolute Erbhoffnung einzuräumen.“ Diese Ansicht entsprach der Mehrheit der Mitglieder beider Kommissionen, siehe hierzu *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1678.

<sup>84</sup> Ebenso *Canaris* JZ 1987, 993 (999); *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 14; ihm folgend *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1029) mit Fn. 34. Auch *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 209, die ausführt, dass die Diskussion um Pflichtengebundenheit und Neutralität des Berufungsgrundes (gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge) durch Aufhebung des § 2229 Abs. 3 BGB aF im Recht der Testierfähigkeit seine inhaltliche Berechtigung verloren habe.

<sup>85</sup> Eine ähnliche Diskussion wird um den Schutzzweck der Anfechtungsvorschriften (§§ 2078 ff. BGB) geführt. Auch dort lassen sich die Vorschriften nur unvollkommen mit den Interessen des Erblassers erklären. Überwiegend wird deshalb angenommen, dass es Funktion der Anfechtungsvorschriften sei, den Anfechtungsberechtigten vor fehlerhaften Erklärungen des Erblassers zu schützen (besonders deutlich MüKo/Leipold, § 2078 BGB Rn. 1 mwN.), der gemäß § 2080 BGB zumeist ein gesetzlicher Erbe sein wird. Überzeugend ist das nicht vgl. BeckOGK/Harke, § 2078 BGB Rn. 7; *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.),

#### IV. Zwischenergebnis

Obwohl ihn die Rechtsfolgen seines Testaments nicht mehr betreffen, bietet die Rechtsordnung dem Erblasser die Möglichkeit zur rechtlichen Selbstgestaltung seiner Nachfolge im Wege der gewillkürten Erbfolge. Die Testierfreiheit, das Recht des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Ableben an einen oder mehrere Rechtsnachfolger zu bestimmen, dient als besondere Ausprägung der Privatautonomie dem Grundsatz der Selbstbestimmung im Rechtsleben. Als Grundprinzip der verfassungsrechtlichen Erbrechtsgarantie bietet sie dem Einzelnen einen Raum zur Entfaltung seiner Persönlichkeit, in welchem er selbstherrlich handeln kann. Deswegen beanspruchen letztwillige Anordnungen rechtliche Geltung einzig aus dem Grund, dass der Erblasser die Rechtsfolgen gewollt hat.

Die Testierfreiheit ist ein unverzichtbares Persönlichkeitsrecht, dessen Ausübung jedoch eine freie Willensbestimmung voraussetzt.<sup>86</sup> Der Erklärende muss in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen. Mit § 2229 BGB hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht zur Konkretisierung bzw. Ausgestaltung der Selbstbestimmungsfähigkeit erfüllt, wobei die Regelung der Testierfähigkeit zugleich Inhalts- und Schrankenbestimmung der Erbrechtsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 GG ist.

Aus letztwilliger Selbstbestimmung folgt Selbstverantwortung des Einzelnen. Selbstverantwortung im Erbrecht meint dabei allerdings nicht lebzeitige Einstandspflicht des Erblassers für die Rechtsfolgen seiner Verfügung, sondern ist eine moralische Kategorie.<sup>87</sup> Mittels Beschränkungen, die das Gesetz durch Formerfordernisse, den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit und der Testierfähigkeit vorsieht, soll sichergestellt werden, dass der Erblasser Verantwortung vor sich selbst übernimmt und die Entscheidung, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen, mit seinem Gewissen ausmacht. Funktion der Testierfähigkeit ist es daher (auch), den Erblasser vor sich selbst zu schützen. Eine letztwillige Verfügung, deren Bedeutung der Erklärende nicht in ausreichendem Maße verstanden hat, kann ebenso wenig wie eine letztwillige Verfügung, zu der er (fremd-) bestimmt worden ist, rechtliche Geltung beanspruchen.

Mit moralischer Verantwortung vor sich selbst ist jedoch keine sittliche Verantwortung gegenüber den nächsten Verwandten gemeint. Die Ausübung der Testierfreiheit ist nicht pflichtengebunden. Aus diesem Grund ist die letztwillige Verfügung nicht auf ihre inhaltliche Angemessenheit zu prüfen. Im Ausgangspunkt soll die Testierfähigkeit vielmehr die

---

Familienrechtlicher Status, S. 93 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1961 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (Protokolle V, S. 64).

<sup>86</sup> Vgl. v. *Lübtow*, Erbrecht Hbd. 1, S. 102.

<sup>87</sup> Zuvor bereits *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 63.

Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie (formal) sicherstellen.<sup>88</sup> Aus der Anerkennung selbstbestimmter und eigenverantwortlicher Rechtsgestaltungsmacht folgt ihrer Natur nach nämlich, dass die handelnde Person tatsächlich in der Lage sein muss, die Tragweite, Bedeutung und Folgen seines Handelns zu erfassen und dieser Einsicht gemäß zu handeln. Mithin geht es bei der durch die Testierfähigkeit konkretisierten Selbstbestimmungsfähigkeit um die Möglichkeit zur Errichtung einer verantwortungsvollen Verfügung, denn ohne sie wäre die Privatautonomie weder sinnvoll noch praktikabel.

## § 2. Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit

Die vorstehenden Ausführungen behandelten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der Privatautonomie im Rechtsverkehr unter Lebenden und der Privatautonomie von Todes wegen. Die folgenden Passagen sind einer tieferen Befassung mit dem Verhältnis zwischen Testier- und Geschäftsfähigkeit gewidmet.

### I. Testierfähigkeit als Unterfall der Geschäftsfähigkeit

Nicht nur auf den ersten Blick ähneln die Tatbestandsvoraussetzungen der § 2229 Abs. 4 BGB und §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB einander. Das wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen Testierfähigkeit einerseits und Geschäftsfähigkeit andererseits auf.

Nach allgemeiner Ansicht ist die Testierfähigkeit als „Unterfall“<sup>89</sup>, „besondere Art“<sup>90</sup> oder „spezielle Ausprägung“<sup>91</sup> der Geschäftsfähigkeit auf dem Gebiet des Erbrechts zu verstehen;

---

<sup>88</sup> Vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 182; *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 206 f.; *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1028 f.); *Soergel/Hefermehl*, Vor § 104 BGB Rn. 1 und 10; *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn. 1.

So ist wohl auch *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status, S. 93 ff. und insbesondere S. 113 ff., zu verstehen, wenn sie „Intentionalität“ fordert. Aus der Neutralität des Berufungsgrunds für den Erben (gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge) folge, dass die gewillkürte Erbfolge die gleiche Intentionalität wie die gesetzliche Erbfolge aufweisen müsse, um den erbrechtlichen Vonselbsterwerb und die Zurücksetzung der gesetzlichen Erben legitimieren zu können. Eine verfälschte oder nicht abgeschlossene Willensbildung genüge zur Konstituierung eines anerkennenswerten Berufungsgrundes nicht, wie sich aus den gesetzlichen Vorschriften der Testierfähigkeit, zu Form, Widerruf, Anfechtbarkeit und Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen ergebe. Nochmals *dies.*, Gutachten, A22 f. und in AcP 210 (210), 32 (65). Ähnlich auch die gesetzgeberischen Erwägungen zu § 2065 BGB, vgl. Protokolle V, S. 18; *Helms* ZEV 2017, 1 (4 ff.).

<sup>89</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1994, 593 (594); OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 870; OLG München NJW-RR 2008, 164 (166); *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 2; *Grüneberg/Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 1; *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 16; *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 2; MVhDB VI BürgerlR II/Otto Form. XI.1 Anm. 9; *Soergel/J. Mayer*, [2003] § 2229 BGB Rn. 2.

<sup>90</sup> Vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 1289; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 9 Rn. 1; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 265; *Röthel*, Erbrecht, § 16 Rn. 1; *Staudinger/Klumpp*, Vorbemerkungen zu §§ 104 ff. BGB Rn. 42; *BeckOGK/Grzizowtz*, § 2229 BGB Rn. 2: „Sonderform“; *BeckOGK/Schneider*, § 104 BGB Rn. 14: „Spezialfall“; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 4: „Sonderfall“; ebenfalls *Erman/Müller*, Vorb. vor § 104 BGB Rn. 2.

<sup>91</sup> Vgl. BGH ZEV 2017, 278 (280); BayObLG RNotZ 2001, 524; *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn. 2; *W. Kössinger*, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 1; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 3; *NK-BGB/Kroiß*, § 2229 Rn. 4; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 2; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (374); *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 12.

genauer: das Rechtsgeschäft der Errichtung, Änderung und Aufhebung eines Testaments betreffend. Für die Errichtung, Änderung und Aufhebung eines Erbvertrags setzt § 2275 BGB nicht Testierfähigkeit, sondern wiederum unbeschränkte Geschäftsfähigkeit voraus. Diese Diskrepanz wird überwiegend auf die Rechtsnatur des Erbvertrags als echter, lebzeitiger Vertrag zurückgeführt.<sup>92</sup> Dessen ungeachtet bestehe in der Interpretation und Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen von Testier- und Geschäftsfähigkeit nach der ganz überwiegend vertretenen Ansicht kein Unterschied.<sup>93</sup> Jeder Geschäftsfähige sei zugleich testierfähig, während die Testierfähigkeit dem vollständig Geschäftsunfähigen immer fehle.<sup>94</sup>

Die Gesetzssystematik ist merkwürdig, geradezu verwirrend. Die Existenz des § 2229 Abs. 4 BGB wirft die Frage auf, ob die von der herrschenden Meinung bevorzugte Auslegung der Ansicht des Gesetzgebers entsprach. Wollte der Gesetzgeber mit der gesonderten Regelung der Testierfähigkeit inhaltlich von der Auslegung der Geschäftsfähigkeitsvoraussetzungen abweichen? Wieso wurden ihre Tatbestandsvoraussetzungen bis auf kleine Abweichungen inhaltlich parallel gestaltet? Und schließlich: Warum stellt § 2275 BGB wiederum auf die Geschäftsfähigkeit ab, wenn der Gesetzgeber keine inhaltlich unterschiedliche Auslegung gewollt hätte?<sup>95</sup>

## II. Gesetzeshistorie

Ein Blick auf die Gesetzeshistorie bietet die Möglichkeit, die Systematik näher zu beleuchten und Ungereimtheiten zu lösen.

### 1. Ursprüngliche Fassung

Für die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches in der 1. und 2. Kommission war es selbstverständlich, an die Geschäftsfähigkeit anzuknüpfen. Dass eine geschäftsunfähige Person ein Testament nicht errichten könne, ergab sich aus §§ 104, 105 BGB. Denn es war bereits damals die Ansicht vorherrschend, dass das Testament ein einseitiges Rechtsgeschäft sei, für welches grundsätzlich die Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre des allgemeinen

---

<sup>92</sup> Zur Rechtsnatur des Erbvertrages siehe nur *Mugdan*, Materialien V, S. 169 = Motive V, S. 321; BGHZ 26, 204 (207); *Staudinger/Kanzleiter*, Einleitung zu §§ 2274 ff. BGB Rn. 3-9 mwN. Zum Geschäftsfähigkeitserfordernis statt vieler *Brox*, Erbrecht, § 14 Rn. 3; *BeckOGK/Röhl*, § 2275 BGB Rn. 2; *Lange*, Erbrecht, § 17 Rn. 156; *MüKo/Musielak*, § 2275 BGB Rn. 2; v. *Lübtow*, Erbrecht Hbd. 1, S. 411.

<sup>93</sup> Vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 1289; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1662; *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn. 2; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 1; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 20; *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 2: „Teilausschnitt aus der Geschäftsfähigkeit“. – Grundlegend anderer Ansicht ist *Grunsky*, Testierfähigkeit, *passim*. Näheres zu seiner Ansicht bei § 2.III.2.

<sup>94</sup> Siehe nur *NK-BGB/Kroiß*, § 2229 Rn. 1.

<sup>95</sup> *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1658: „Wortlaut und Existenz der Norm geben dem Interpreten auf den ersten Blick Rätsel auf: Warum verlässt man sich nicht auf die Normen des Allgemeinen Teils (§§ 104 Nr. 2, 105)? Will § 2229 Abs. 4 von ihnen inhaltlich abweichen? Wenn nein, gibt es einen anderen Grund für § 2229 Abs. 4 BGB?“

Teils gelten, wenn nicht eine erbrechtliche Sonderregelung vorhanden ist.<sup>96</sup> Infolgedessen lässt sich den Gesetzesmaterialien nur entnehmen, dass sich die Mitglieder der Kommissionen mit dem Testiermündigkeitsalter und den Auswirkungen der Entmündigung auf die Testierfähigkeit befasst hatten.<sup>97</sup> Es verwundert daher nicht, dass das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung vom 1. Januar 1900 grundsätzlich von der Geltung der Geschäftsfähigkeitsvorschriften ausging, die durch § 2229 BGB lediglich teilweise modifiziert wurden. Die Sonderregelungen rechtfertigten sich vor dem Hintergrund, dass es eine beschränkte Geschäftsfähigkeit im Testamentsrechts aufgrund des Grundsatzes der formellen Höchstpersönlichkeit nicht geben konnte. In der Fassung vom 1. Januar 1900 lautete § 2229 BGB demnach wie folgt:<sup>98</sup>

(1) Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. (2) Ein Minderjähriger kann ein Testament errichten, wenn er das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. (3) Wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt.

## 2. Ausgliederung in das Testamentsgesetz

Mit Verabschiedung des Testamentsgesetzes vom 31. Juli 1938<sup>99</sup> wurden die §§ 2064, 2229 bis 2267, 2272 bis 2270 im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgehoben und in das neue Gesetz zur Errichtung von Testamenten und Erbverträgen ausgegliedert.<sup>100</sup> Die Ausgliederung dieser Vorschriften erfolgte in weiten Teilen ohne inhaltliche Änderung, denn Hauptzweck des Testamentsgesetzes war es, die Formstrenge der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zu mildern. Nichtsdestotrotz blieb gerade die Testierfähigkeit vor einer Reform nicht unverschenkt. Aus dem Umstand, dass die Voraussetzungen zur Errichtung eines Testaments nun nicht mehr im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt waren, ergab sich – nicht nur aus ästhetischen Gründen – ein Reformbedürfnis. Vielmehr galt das Testamentsgesetz auch für das ehemals an das Deutsche Reich angeschlossene Österreich, wo allerdings das ABGB in

---

<sup>96</sup> Motive V, S. 249 bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 7: „Insbesondere besteht kein Anlaß, in Ansehung der Geschäftsunfähigen oder der, abgesehen von dem Lebensalter, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten etwas zu bestimmen. Von selbst versteht es sich, daß Geschäftsunfähige auch nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter eine letztwillige Verfügung errichten können. Soweit in letzter Beziehung ein Zweifel möglich wäre, wird derselbe durch die Vorschrift des § 1911 [Entw. I = § 2064 BGB] beseitigt. Im Übrigen trifft die Vorschrift des § 64 Abs. 3 [Entw. I = § 105 Abs. 1 BGB], wonach Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen nichtig sind, auch die letztwilligen Verfügungen solcher Personen. Eine nochmalige Hervorhebung dieses Erfolges ist nicht geboten“. Außerdem *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1027).

<sup>97</sup> Siehe hierzu die Zusammenstellung von *Horn*, Materialienkommentar, bei § 2229 BGB.

<sup>98</sup> Zitiert nach *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 66.

<sup>99</sup> Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen (TestG), RGBl. I 1938, S. 973.

<sup>100</sup> Vgl. § 50 Abs. 3 TestG.

Kraft war und folglich die §§ 104, 105 BGB keine Anwendung fanden.<sup>101</sup> Die einschlägigen Vorschriften bestimmten folgendes:<sup>102</sup>

§ 1 TestG: (1) Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten. (2) Ein Minderjähriger kann ein Testament erst errichten, wenn er das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. (3) Ein Minderjähriger oder ein unter vorläufige Vormundschaft gestellter Volljähriger bedarf zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

§ 2 TestG: (1) Wer entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung ausgesprochen wird. (2) Wer wegen krankhafter Störung des Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewußtseinsstörung (zum Beispiel Trunkenheit) nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, kann ein Testament nicht errichten.

Die vormals von § 2229 BGB erfassten Spezialregelungen fanden sich daher nunmehr ohne wesentliche inhaltliche oder sprachliche Änderung<sup>103</sup> in den §§ 1 und 2 Abs. 1 TestG wieder. Zugleich ist erkennbar, dass allerdings der Wortlaut des § 2 Abs. 2 TestG sprachlich von den zuvor geltenden Vorschriften abweicht. Der amtlichen Begründung des Gesetzes zufolge habe der Gesetzgeber zwar keine inhaltliche Änderung vornehmen wollen. Die sprachliche Neufassung sollte hingegen lediglich die unglückliche Fassung der §§ 104, 105 BGB verbessern und die Anforderungen leichter verständlich umschreiben.<sup>104</sup>

Die „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB wurde in § 2 Abs. 2 TestG um das Merkmal „Geistesschwäche“ erweitert. Gleichwohl war hiermit keine Änderung des Regelungsgehalts verbunden, denn das Merkmal der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ wurde von der herrschenden Meinung bereits so ausgelegt, dass es die Geistesschwäche als minderschwere Form mitumfasse.<sup>105</sup> Der Gesetzgeber hatte insofern nur

---

<sup>101</sup> Vgl. hierzu die amtliche Begründung des TestG in DJ 1938, 1254 oder bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 67-69: „Die bevorstehende Einführung des deutschen Erbrechts im Lande Österreich läßt es erwünscht erscheinen, daß die Vorschriften über die Errichtung von Testamenten und einige hiermit zusammenhängende Fragen möglichst bald für das ganze Reichsgebiet einheitlich geregelt werden“. Außerdem *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1659; *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1027).

<sup>102</sup> Zitiert nach *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 67-69; siehe auch *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 2 ff.

<sup>103</sup> In Abkehr von der ursprünglichen Fassung wurde die Testierunfähigkeit auf alle Entmündigungstatbestände, auch solche jenseits von Geistesschwäche, Verschwendungssucht und Trunksucht ausgeweitet.

<sup>104</sup> So bereits die amtliche Begründung des Gesetzes in DJ 1938, 1254 oder bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 68: „Wenn jemand ein Testament im Zustand der Geistes- oder Bewußtseinsstörung errichtet, so ist das Testament nichtig (§§ 104, 105 BGB; § 566 ABGB). Diese Regel werde in § 2 Abs. 2 des Entwurfs aufrechterhalten.“ Siehe auch *Vogels/Seybold*, Testamentsgesetz, § 2 Rn. 5.

<sup>105</sup> RGZ 130, 69 (71); 162, 223 (228); RGRK-BGB/*Krüger-Nieland*, § 104 BGB Anm. 12 mwN.; RGRK-BGB/*Kregel*, § 2229 BGB Anm. 12. Vgl. dazu *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, S. 12 ff.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1662: „oder noch einmal anders: Die ‚krankhafte Störung der Geistestätigkeit‘ des § 2229 Abs. 4 ist enger als diejenige des § 104 Nr. 2, und zwar deshalb, weil zu ihr, anders als bei § 104 Nr. 2, nicht auch die ‚Geistesschwäche‘ zählt.“

geregelt, was ohnehin der herrschenden Rechtspraxis entsprach. Die Aufnahme dieses Merkmals hat keine eigenständige Bedeutung.<sup>106</sup>

Die Begriffe „Bewusstseinsstörung“ im Sinne von § 2229 Abs. 4 und „Bewusstlosigkeit“ im Sinne von § 105 Abs. 2 BGB entsprechen einander grundsätzlich. Allerdings offenbart die Aufnahme der Bewusstseinsstörung in den Tatbestand der Testierunfähigkeit eine ernsthafte Abweichung zur Geschäftsfähigkeit, denn auch eine nur vorübergehende krankhafte Störung der Geistestätigkeit bzw. eine vorübergehende Bewusstseinsstörung im maßgeblichen Zeitraum kann zur Testierunfähigkeit führen.<sup>107</sup> Hingegen fordert § 104 Nr. 2 BGB für die natürliche Geschäftsunfähigkeit einen Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit, der seiner Natur nach ein nicht nur vorübergehender ist. Eine Willenserklärung, die im Zustand der vorübergehenden Bewusstseinsstörung oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben worden ist, ist zwar ebenfalls nichtig (§ 105 Abs. 2 BGB), der Erklärende ist dort indessen nicht geschäftsunfähig. Dass das Geschäftsfähigkeitsrecht zwischen dauernder Geschäftsunfähigkeit und vorübergehender Erklärungsunfähigkeit unterscheidet, beruht wesentlich auf Verkehrsschutzgesichtspunkten, die sich nicht auf das Testamentsrecht übertragen lassen.<sup>108</sup>

Schließlich war es für beide Tatbestände gleichermaßen anerkannt, dass eine dauernde oder vorübergehende Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung zur Nichtigkeit eines koinzident errichteten Testaments nur führt, wenn durch den Geisteszustand die freie Willensbestimmung des Erblassers ausgeschlossen war. Dass der Erklärende gemäß § 2 Abs. 2 TestG in der Lage sein muss, „die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Erklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“, sei eine besser verständliche Umschreibung des früheren Tatbestands „Ausschluss der freien Willensbestimmung“ des § 104 Nr. 2 BGB.<sup>109</sup> Den materiellen Regelungsgehalt wollte der Gesetzgeber jedoch an die bereits von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien anknüpfen.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> G. Müller, *Betreuung und Geschäftsfähigkeit*, S. 8 mit Fn. 29.

<sup>107</sup> Vgl. statt aller Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 31; *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. 1, Rn. 1662.

<sup>108</sup> Der Begriff „Erklärungsunfähigkeit“ geht auf *Holzhauser*, *Gutachten*, B23, zurück; eine ähnliche Terminologie verwendet auch *Breit*, *Geschäftsfähigkeit*, S. 11.

<sup>109</sup> *Vogels/Seybold*, *Testamentsgesetz*, § 2 Rn. 5.

<sup>110</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 104. Bei Kodifikation der Geschäfts(un)fähigkeit hatte der historische Gesetzgeber sich an den Kriterien der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit des bereits in Kraft getretenen § 51 StGB (in der Fassung vom 1.1.1872) orientiert, vgl. *Mugdan*, *Materialien* I, S. 673 = *Protokolle* I, S. 56. Für die mit der Reform des Testamentsrechts bezweckte Besserfassung des Kriteriums des „Ausschlusses der freien Willensbestimmung“ orientierte sich der Gesetzgeber des Testamentsgesetzes nun erneut an den Anforderungen des § 51 StGB, welcher mittlerweile nach Inkrafttreten des Gewohnheitsverbrechergesetzes vom 24.11.1933 (RGBl. I 1933, S. 995) konkret auf Einsichts- und Handlungsunfähigkeit (Unfähigkeit, „das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln“) des Täters abgestellt hatte, s. hierzu *Holzhauser*, *Gutachten*, B52. Das Abstellen auf diese beiden Kriterien entsprach im Übrigen der Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB durch das Reichsgericht, vgl. statt aller nur RGZ 103, 399 (401): „Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen“; *Planck/Flad*, § 104 BGB Anm. II.b. Umfassend *Hillenkamp* JZ 2015, 391 ff. und *Spilgies* HRRS 2015, 177 (179 ff.).

### 3. Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts

Mit dem Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts vom 5. März 1953<sup>111</sup> wurde das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen aufgehoben und die §§ 1, 2 TestG wieder in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Letztlich ist nur der Klammerzusatz mit Regelbeispiel zur Bewusstseinsstörung („zum Beispiel wegen Trunksucht“) im Rahmen des § 2229 Abs. 4 BGB weggefallen. In der Fassung vom 1. April 1953 lautete § 2229 BGB:<sup>112</sup>

(1) Ein Minderjähriger kann ein Testament erst errichten, wenn er das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat. (2) Der Minderjährige oder ein unter vorläufige Vormundschaft gestellter Volljähriger bedarf zur Errichtung eines Testaments nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. (3) Wer entmündigt ist, kann ein Testament nicht errichten. Die Unfähigkeit tritt schon mit der Stellung des Antrags ein, auf Grund dessen die Entmündigung ausgesprochen wird. (4) 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.

Die inhaltliche Diskrepanz zu § 104 Nr. 2 BGB wurde indes nicht beseitigt. Dies wirft erneut die Frage auf, ob der Gesetzgeber mit der Wiedereingliederung der Vorschriften in das Bürgerliche Gesetzbuch von der Anwendung der Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit abweichen wollte. Wieso hob man die Regelung zur natürlichen Selbstbestimmungsfähigkeit im Testamentsrecht (§ 2 Abs. 2 TestG) nicht auf? Wieso kehrte man nicht zur generellen Anwendung der §§ 104, 105 BGB – wie vor der Ausgliederung durch das Testamentengesetz – zurück?

Die Gesetzesreform verfolgte hauptsächlich das Ziel, die in Sondergesetzen geregelten bürgerlich-rechtlichen Vorschriften unter anderem des Erbrechts im Interesse der Gesetzeseinheit (zurück) in das Bürgerliche Gesetzbuch einzugliedern. Den beschränkten Zielen des Gesetzes entsprechend habe der Gesetzgeber davon absehen wollen, die Vorschriften des Testamentengesetzes inhaltlich zu ändern.<sup>113</sup> Wie bereits gesehen, hatte aber auch der Gesetzgeber des Testamentengesetzes, infolgedessen erstmals Kriterien an die Testierfähigkeit als Spezialfall der Geschäftsfähigkeit aufgestellt worden sind, nichts anderes kodifizieren wollen als das, was ohnehin bereits zuvor der herrschenden Rechtspraxis entsprach, die sich zu §§ 104, 105 BGB herausgebildet hatte. Nachdem der Gesetzgeber folglich nie die Absicht hatte, andere als die für die Geschäftsfähigkeit geltenden Kriterien

<sup>111</sup> BGBl. I 1953, S. 33.

<sup>112</sup> Zitiert nach *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 77. – § 2229 Abs. 4 BGB wurde seit 1. April 1953 nicht mehr geändert und befindet sich seitdem in aktueller Fassung. Die letzte große Reform des § 2229 BGB durch das Betreuungsgesetz, infolgedessen die Testierunfähigkeit aufgrund Entmündigung (§ 2229 Abs. 3 BGB) aufgehoben worden ist, wird an dieser Stelle ausgeklammert und unten erörtert bei § 4.

<sup>113</sup> BT-Drucks. 1/3824, S. 19. Die Streichung des Klammerzusatzes („zum Beispiel wegen Trunkenheit“) sei eine unbedeutende Änderung und deswegen erfolgt, weil das Bürgerliche Gesetzbuch die Anführung von Beispielen und Empfehlungen im Gesetzestext nicht kenne.

auch für die Testierfähigkeit aufzustellen, stellt sich die Frage, wieso ihre Tatbestandsmerkmale verschieden sind.

Mit einem Blick auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre lässt sich die Ursache für die Abweichung ergründen. Gemäß § 105 Abs. 1 BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Dieser bezieht sich aber nur auf die Abgabe der Willenserklärung. Für den Empfang einer Willenserklärung durch den Geschäftsunfähigen gilt § 131 Abs. 1 BGB, demzufolge eine Willenserklärung dem Geschäftsunfähigen gegenüber nur zugeht und damit wirksam wird (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB), wenn sie dessen gesetzlichen Vertreter zugeht. Nach seinem Normzweck dient § 131 Abs. 1 BGB dem Schutz des Geschäftsunfähigen und seiner Willensfreiheit, denn auch eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung sollte keine rechtsgeschäftliche Folgen für ihn auslösen können.<sup>114</sup>

Die Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2 BGB setzt freilich einen die freie Willensbestimmung ausschließenden, dauernden Zustand geistiger Insuffizienz voraus. Dass die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit von diesem Tatbestand ausgenommen ist, beruht überwiegend auf Verkehrsschutzgründen. Der Entwurf der ersten Kommission zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 64 Entw. I) hatte noch vorgesehen, dass jede Person, die des Vernunftgebrauchs beraubt ist, für die Dauer des Zustands, mag er auch nur vorübergehend sein, geschäftsunfähig sei.<sup>115</sup> Auf Betreiben der zweiten Kommission wurde § 104 Nr. 2 BGB (bzw. § 78 Nr. 2 Entw. II) um den Zusatz „sofern nicht der Zustand ein seiner Natur nach nur vorübergehender ist“ erweitert. Zugleich wurde § 105 Abs. 2 BGB (bzw. § 79 Abs. 2 Entw. II) eingefügt, wonach die Willenserklärung einer, wenn auch nur vorübergehend des Vernunftgebrauchs beraubten Person nichtig ist.<sup>116</sup>

Den Erwägungen der zweiten Kommission lag folgendes zugrunde: Die sich in einem vorübergehenden Zustand geistiger Krankheit oder Bewusstseinsstörung befindliche Person kann ihren Willen nicht eigenverantwortlich bilden oder erklären. Sie weist eine ausreichende Selbstbestimmungsfähigkeit nicht auf. Deshalb ordnet das Gesetz hier einerseits die gleiche Nichtigkeitsfolge für die Abgabe einer Willenserklärung an wie für die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen.<sup>117</sup> Weil der Zustand nicht hinreichender Selbstbestimmungsfähigkeit (zum Beispiel aufgrund von Volltrunkenheit) der Person nicht dauerhaft anhängt, stellte sich jedoch andererseits die Frage, ob eine ihr gegenüber abgegebene Willenserklärung (zu irgendeinem Zeitpunkt) zugehen kann oder ob sie mangels Zugangs nicht wirksam wird. Bereits § 107 Abs. 3 Entw. II bestimmte, was heute in § 131 Abs. 1 BGB gilt. Zugang beim Geschäftsunfähigen setzt den Zugang der Willenserklärung

---

<sup>114</sup> BeckOK/Wendtland, § 131 BGB Rn. 1; MüKo/Einsele, § 131 BGB Rn. 1; Neuner, AT, § 34 Rn. 8 ff.; Staudinger/Singer/Benedict, § 131 BGB Rn. 1 f.

<sup>115</sup> Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 423 = Motive I, S. 129.

<sup>116</sup> Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 674 = Protokolle I, S. 121.

<sup>117</sup> Siehe heute § 105 Abs. 1 und 2 BGB.

beim gesetzlichen Vertreter voraus. Während die erste Kommission (§ 66 Entw. I)<sup>118</sup> noch davon ausging, der vorübergehend Beeinträchtigte solle auch davor geschützt werden, dass ihm gegenüber mit rechtlichem Erfolg eine rechtsgeschäftlich erhebliche Handlung vorgenommen wird, deren Folgen er nicht in ausreichendem Maße überblicken kann, sah der geänderte Entwurf nun aus Verkehrsschutzgründen die Möglichkeit des Zugangs einer Willenserklärung bei diesem vor. Die von § 131 Abs. 1 BGB (bzw. § 79 Abs. 1 Entw. II) geforderte Geschäftsunfähigkeit setzt nämlich nur bei § 104 Nr. 2 BGB an, dem die vorübergehend Beeinträchtigten seitdem nicht mehr unterfielen.<sup>119</sup> Freilich wird der sich vorübergehend in einem Zustand geistiger Krankheit oder Bewusstseinsstörung befindliche Erklärungsempfänger noch dadurch geschützt, dass ihm gegenüber regelmäßig nur eine verkörperte Willenserklärung zugehen kann, während er eine nicht-verkörperte Willenserklärung aufgrund seines Zustandes nach der herrschenden (eingeschränkten) Vernehmungstheorie nicht hinreichend verarbeiten kann, weshalb sie ihm nicht zugehe.<sup>120</sup>

Derartige Verkehrsschutzerwägungen lassen sich auf das Testamentsrecht dagegen nicht übertragen. Nur eine empfangsbedürftige Willenserklärung bedarf zu ihrer Wirksamkeit des Zugangs beim Erklärungsempfänger (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Testament aber ist einseitiges Rechtsgeschäft und nicht empfangsbedürftig; hinzukommt, dass sich die obenstehenden Erwägungen um den Zugang fremder Willenserklärungen im Interesse der Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs nur übertragen ließen, wenn sie den testierunfähigen Erblasser als Erklärungsempfänger in den Blick nehmen. Weil bei der Errichtung eines Testaments<sup>121</sup> keine Willenserklärungen empfangen werden, konnte die Unterscheidung von natürlicher Geschäftsunfähigkeit und vorübergehender Erklärungsunfähigkeit entfallen.<sup>122</sup>

Vor diesem Hintergrund lässt sich die anfangs aufgeworfene Frage beantworten. Die von der gegenwärtigen Rechtspraxis befürwortete gleichlaufende Auslegung der Testierfähigkeit entlang der Kriterien von §§ 104, 105 BGB stützt sich auch auf den Willen des Gesetzgebers. Bei Kodifikation von § 2 Abs. 2 TestG hat der Gesetzgeber den äußerst abstrakt gehaltenen Wortlaut von § 104 Nr. 2 BGB durch eine das Tatbestandsmerkmal „Ausschluss der freien

<sup>118</sup> Siehe auch *Mugdan*, Materialien I, S. 428 f. = Motive I, S. 139 ff.

<sup>119</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien I, S. 674 = Protokolle I, S. 121; RGRK-BGB/*Krüger-Nieland*, § 131 BGB Anm. 2; ferner RGZ 74, 110. Zur heutigen (unveränderten) Gesetzeslage BeckOK/*Wendtland*, § 131 BGB Rn. 1-3; Erman/*Arnold*, § 131 BGB Rn. 11; MüKo/*Einsele*, § 131 BGB Rn. 2; *Neuner*, AT, § 34 Rn. 12; Soergel/*Hefermehl*, § 105 BGB Rn. 5; Staudinger/*Klumpp*, § 105 BGB Rn. 29; Staudinger/*Singer/Benedict*, § 131 BGB Rn. 2.

<sup>120</sup> BeckOK/*Wendtland*, § 131 BGB Rn. 3 und BeckOK/*Wendtland*, § 130 BGB Rn. 9 ff., 27; *Boemke/Schönfelder* JuS 2013, 7 (10 f.); Erman/*Arnold*, § 131 BGB Rn. 11; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 242; *Grüneberg/Ellenberger*, § 131 BGB Rn. 1; MüKo/*Einsele*, § 131 BGB Rn. 2.

<sup>121</sup> Für den Abschluss eines Erbvertrages fordert § 2275 BGB unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.

<sup>122</sup> Ebenso *Holzhauser*, Gutachten, B43. Ähnliche Erwägungen finden sich bereits in den Gesetzesmaterialien zu § 66 Entw. I [= § 131 BGB], vgl. *Mugdan*, Materialien I, S. 428 = Motive I, S. 139: „Es versteht sich von selbst, daß es für die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung unerheblich ist, ob der eingesetzte Erbe, für die Wirksamkeit der Annahme der Erbschaft, ob der Gläubiger des Erblassers geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist. Rechtsgeschäfte dagegen welche, wenn sie wirksam sein sollen, in der Richtung auf einen anderen vorgenommen werden müssen, dürfen gegenüber einer geschäftsunfähigen Person mit rechtlichem Erfolge nicht vorgenommen werden können.“

Willensbestimmung“ konkretisierende Fassung ersetzt. Zugleich sind die Voraussetzungen von § 104 Nr. 2 und § 105 Abs. 2 BGB in *inem Tatbestand* zusammengeführt worden, weil es keinen Grund dafür gegeben hatte, die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit nach dem Vorbild der Geschäftsunfähigkeit aus dem Tatbestand der natürlichen Testierunfähigkeit auszunehmen. Im Gegenteil sogar, die Erweiterung des Tatbestands entspricht dem Regelungsanliegen der Testierfähigkeit: Im Zeitpunkt der Errichtung, Änderung oder Aufhebung des Testaments ist der Erklärende nicht in der Lage, selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu handeln. Dass er seine Selbstbestimmungsfähigkeit möglicherweise wiedererlangt, kann für die Frage nach der Wirksamkeit der bereits abgegebenen Willenserklärung keine Rolle spielen. Genau deshalb ordnet § 105 Abs. 2 BGB für diese Fälle auch die Nichtigkeit der Willenserklärung an.<sup>123</sup>

Nichtsdestotrotz hätte der Gesetzgeber bei der Wiedereingliederung der Testierfähigkeit in das Bürgerliche Gesetzbuch den hinfällig gewordenen § 2 Abs. 2 TestG ersatzlos streichen können. Warum war man nicht zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften zurückgekehrt, obwohl sich aus ihrer Anwendung keine tatbestandliche oder rechtsfolgende Abweichung gegenüber der neu geschaffenen Sondervorschrift des § 2229 Abs. 4 BGB ergeben hätte? Ein möglicher Grund könnte darin zu sehen sein, dass die ausdrückliche Bezugnahme auf Einsichts- und Handlungsunfähigkeit zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „Ausschluss der freien Willensbestimmung“ befürwortet worden war. Dann hätte es sich angeboten, die besser verständliche Norm zur Ergänzung der allgemeinen Vorschriften als Spezialfall aufzunehmen. Einen Anhaltspunkt für diese Deutung stellt insofern die grundsätzlich befürwortende Aufnahme der von § 2229 Abs. 4 BGB aufgestellten Kriterien im Schrifttum dar.<sup>124</sup> Freilich gibt es keine eindeutige Antwort. Es ist daher nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber die Hinfälligkeit von § 2 Abs. 2 TestG bei dessen Wiedereingliederung schlicht verkannt hat.<sup>125</sup>

### III. Funktioneller Vergleich: Abkoppelung der Testier- von der Geschäftsfähigkeit?

Deutlich seltener als das dogmatische Verhältnis von Testier- und Geschäftsfähigkeit wird die in gewisser Weise vorgelagerte Frage behandelt, ob die deckungsgleiche Auslegung und Anwendung geboten erscheint. Die höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung betont zwar, dass die Testierunfähigkeit *unabhängig* von jener Geschäftsfähigkeit geregelt sei,

<sup>123</sup> Vgl. außerdem § 827 S. 1 BGB.

<sup>124</sup> Zum Beispiel *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 184 ff.; *Larenz*, AT, § 6 I a; kritisch hingegen *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 18 II 4 a (S. 348).

Zuletzt hatte das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur faktischen Testierunfähigkeit (BVerfGE 99, 341; s. oben unter § 1 II 3) die Kriterien der Einsichts- und Handlungsfähigkeit auch als Maßstab der verfassungsrechtlich geforderten Selbstbestimmungsfähigkeit herangezogen. Auch das spricht dafür, dass die sprachliche Neufassung des Tatbestandsmerkmals insgesamt positiv aufgenommen worden ist.

<sup>125</sup> Der Gesetzgeber hat die Bedeutsamkeit des geänderten Wortlauts für die Anerkennung der relativen Testierfähigkeit wohl ebenfalls nicht erfasst.

obwohl sie deren Unterfall und Spezialregelung ist.<sup>126</sup> Gemeint ist damit aber lediglich, dass ihre Voraussetzungen nicht in allen Einzelheiten übereinstimmen, was insbesondere die Minderjährigkeit des Erklärenden betrifft, während im Rahmen von § 2229 Abs. 4 BGB überwiegend unkritisch von einer Parallelität ausgegangen wird, weil dieser die sachlichen Kriterien von §§ 104, 105 BGB zusammenfasse und daher gleichlaufend auszulegen sei.<sup>127</sup>

Dies und die Ansicht des historischen Gesetzgebers, unmittelbar an die Geschäftsfähigkeit des Erblassers anzuknüpfen, wurden soeben ausführlich dargestellt. Nun geht es darum, ob diese Auslegung der natürlichen Geschäfts- und Testierunfähigkeit ihrem Sinn und Zweck überhaupt gerecht wird. Sollten die Anforderungen an die notwendige Selbstbestimmungsfähigkeit des Einzelnen zum Testieren den Anforderungen der Geschäftsfähigkeit gegenüber herabgesetzt oder sogar angehoben werden?

Zuletzt hatte sich *Grunsky* der herrschenden Meinung entgegengesetzt und forderte eine Abkoppelung der Testier- von der Geschäftsfähigkeit. Der Erblasser bedürfe keines Schutzes vor sich selbst im Rechtsverkehr, den die Testierfähigkeit im Übrigen auch gar nicht vermitteln könnte. Für das Vorhandensein der Testierfähigkeit solle daher schon ein „natürlicher Rechtsfolgewillen“ genügen, während der Wille nicht mehr Ausdruck „freier Willensbestimmung“ sein müsse.<sup>128</sup> Bevor die Ansicht Grunskys in ihren Einzelheiten dargestellt und rechtlich gewürdigt wird, muss zunächst – in gebotener Kürze – erörtert werden, was unter einem „natürlichen“ und einem „freien“ Willen zu verstehen ist und worin sie sich unterscheiden. Nur so ist sein Gedankengang nachvollziehbar.

### 1. Exkurs: Natürlicher und freier Wille<sup>129</sup>

Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt den „natürlichen Willen“ in § 1906a Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 BGB aF (seit 1.1.2023: § 1832 BGB)<sup>130</sup> als Rechtsbegriff. Gleichwohl lässt sich der Vorschrift nicht auf den ersten Blick entnehmen, worin sich der *terminus technicus* des natürlichen Willens von demjenigen des freien Willens unterscheidet.

<sup>126</sup> Siehe nur BayObLGZ 1982, 309 (312); BayObLG FamRZ 1994, 593 (594); OLG Frankfurt NJW-RR 1998, 870.

<sup>127</sup> BGH ZEV 2017, 278 (280); BayObLG FamRZ 1992, 62; NJW-RR 1996, 1289; aus der Literatur repräsentativ NK/*Kroiß*, § 2229 BGB Rn. 1; Erman/S./T. *Kappler*, § 2229 BGB Rn. 2.

<sup>128</sup> *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 10 ff. Für Einzelheiten siehe sogleich unter b).

<sup>129</sup> Für eine umfassende Darstellung des Themas aus rechtlicher Sicht vgl. statt aller jüngst *Neuner* AcP 218 (2018), 1 ff.; ferner *Mankowski* AcP 211 (2011), 153 ff., der insb. auf die neurologische bzw. neuropsychologische Diskussion eingeht. Eine interdisziplinäre Darstellung mit weiteren Nachweisen findet sich bei *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, § 1 (S. 7-40).

Aus Gründen der Schwerpunktsetzung wird die grundsätzliche Diskussion, ob der Mensch überhaupt die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung über sich besitzt, hier ausgeblendet. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf die herrschend vertretene Theorie der bedingten Willensfreiheit im Sinne von *Neuner* AcP 218 (2018), 1 (11 ff.); zur Diskussion mit weiteren Nachweisen noch *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 18.

<sup>130</sup> Fassung aufgrund des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. I S. 882), in Kraft getreten am 01.01.2023.

Der Regelungsgehalt lässt sich mit *H. Frankfurts* hierarchischem Modell des Wünschens genauer erklären.<sup>131</sup> Ausgehend von der Handlungsfreiheit (*freedom of action*) als der Freiheit, das tun zu können, was man will, betrachtet die Willensfreiheit (*freedom of will*) die Frage, ob „der Wille, den ich habe, auch der Wille ist, den ich haben möchte.“<sup>132</sup> *Frankfurt* unterscheidet nun zwischen verschiedenen Stufen des Wollens.<sup>133</sup> Auf der ersten Stufe bilden sich unreflektierte Wünsche, etwas zu tun oder nicht zu tun, wobei es sich um spontane (sinnliche) Wünsche, Neigungen und Begierden (Wünsche erster Ordnung bzw. *first-order desires*) handelt. Eine subjektive Bewertung des Einzelnen, ob er diese Wünsche überhaupt haben möchte, findet auf der ersten Ebene nicht statt. Wünsche zweiter Ordnung (*second-order volitions*) beziehen sich demgegenüber nicht auf eine unmittelbare Handlung, sondern nehmen Bezug auf die Wünsche erster Ordnung, die handlungswirksam sein sollen. Auf der zweiten Ebene ist der Wille ein reflektierter, überlegter. Anders als auf der ersten Ebene geht es hier nämlich darum, dass der Betroffene seinem Willen nicht blind gegenübersteht, sondern die eigenen Wünsche bewertet.<sup>134</sup> Hier wünsche die Person nicht nur, eine direkte Handlung vorzunehmen oder nicht vorzunehmen, sondern zudem, dass der Wunsch erster Ordnung auch *ihr Wille* sein soll.<sup>135</sup> Grundlage seines Modells der Willensfreiheit ist demnach das reflexive Selbstverständnis des Menschen, die Fähigkeit, sich kritisch zu den eigenen Einstellungen zu verhalten.<sup>136</sup> Nach diesem Modell macht jemand von seiner Willensfreiheit Gebrauch, wenn er sicherstellt, dass sein geäußelter Wille und seine Wünsche zweiter Ordnung übereinstimmen.<sup>137</sup> Eine freie Willensäußerung erfordert – wie *Frankfurt* weiter ausdifferenziert – die Einsichts- und Handlungsfähigkeit der Person als Wissen und Wollen auf der zweiten Ebene des Wünschens. Damit geht es bei der Beurteilung der Willensfreiheit im Kern um die Frage, ob jemand wusste, was er wollte und wollte, was er wollte.<sup>138</sup>

Kehren wir nun zurück zur Unterscheidung zwischen dem natürlichen und dem freien Willen im bürgerlichen Recht. Mit Inkrafttreten des Betreuungsrechtsänderungsgesetzes<sup>139</sup> fand der Begriff des natürlichen Willens erstmals textlich Einzug in das Bürgerliche Gesetzbuch, nämlich in § 1906 Abs. 3 BGB – in alter Fassung, weil dieser mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen

<sup>131</sup> So *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (11 ff.). Eine umfassende Darstellung und Kritik des hierarchischen Modells von Frankfurt findet sich zum Beispiel bei *Steenbreker*, *Identität und Freiheit*, S. 114 ff.

<sup>132</sup> *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (12). *Frankfurt The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), 5 (15): „the statement that a person enjoys freedom of the will means [...] that he is free to want what he wants to want. More precisely, it means that he is free to will what he wants to will, or to have the will that he wants.”

<sup>133</sup> Zum Folgenden näher *Frankfurt The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), 5 (6 ff.).

<sup>134</sup> *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (13).

<sup>135</sup> *Frankfurt*, in: Betzler/Guckes (Hrsg.), *Freiheit und Selbstbestimmung*, S. 71: „Jemand hat einen Wunsch zweiter Stufe, wenn er entweder einfach einen bestimmten Wunsch haben möchte, oder wenn er möchte, daß ein bestimmter Wunsch sein Wille sei.“ Vgl. ferner *Steenbreker*, *Identität und Freiheit*, S. 120 f.

<sup>136</sup> Vgl. *Frankfurt*, in: Betzler/Guckes (Hrsg.), *Freiheit und Selbstbestimmung*, S. 67.

<sup>137</sup> Hierzu *Frankfurt The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), 5 (15 ff.): „It is in securing the conformity of his will to his second-order volitions, then, that a person exercises freedom of will.”

<sup>138</sup> Vgl. *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (13 f.); ferner *Bung*, in: FS Kargl, S. 66 f.

<sup>139</sup> BGBl. I 2013, S. 266.

Zwangmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten<sup>140</sup> in den eingangs erwähnten § 1906a Abs. 1 BGB überführt worden ist. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, wie der Begriff des natürlichen Willens zu verstehen ist: Jeder Mensch ist grundsätzlich in der Lage, seine unreflektierten, sinnlichen Wünsche, Neigungen und Begierden nach außen erkennbar zu äußern.<sup>141</sup> Der natürliche Wille, der spontane Wunsch, das unmittelbare Wollen ist das, was jedem Menschen grundsätzlich gemeinsam ist. Demgemäß kommt es für die Bildung eines natürlichen Willens nicht auf die Fähigkeit zur kritischen Selbstreflexion oder die Fähigkeit, seinen Willen entsprechend zu erklären, an.<sup>142</sup> Wo im Zuge der Betreuungsrechtsreform die verbleibenden Selbstbestimmungsfähigkeiten des Betroffenen stärker berücksichtigt werden sollten, hat der Gesetzgeber sich um eine bewusste Abgrenzung zum rechtsgeschäftlich relevanten freien Willen bemüht. Vor diesem Hintergrund spricht der Gesetzeswortlaut von Wünschen<sup>143</sup> und Vorschlägen<sup>144</sup> des Betreuten oder vom Willen einer einwilligungsunfähigen Person,<sup>145</sup> um die rechtliche Erheblichkeit des natürlichen Willens auszudrücken.

Demgegenüber ist der Begriff des „freien Willens“ (§ 1814 Abs. 2 BGB) bzw. der „freien Willensbestimmung“ (§§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB) ein normativer.<sup>146</sup> Ausgehend von *Frankfurts* Modell der Willensfreiheit ist der natürliche Wille einer Person die Grundlage für den freien Willen, wobei Letzterer ein reflektiertes, überlegtes Wollen voraussetzt. Die beiden entscheidenden Kriterien des freien Willens sind somit die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen (kognitives Element) und dessen Handlungsfähigkeit (voluntatives Element), die Fähigkeit, der zutreffend gewonnenen Einsicht entsprechend zu handeln.<sup>147</sup> Infolgedessen gehören zu

<sup>140</sup> BGBl. I 2017, S. 2426.

<sup>141</sup> Das unmittelbare (sinnliche) Wollen fehlt bspw. bei epileptischen Anfällen oder reflexartigen Bewegungen, vgl. *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (15); ferner *Lipp FamRZ* 2013, 913 (920); *MüKo/Schneider*, § 1906a BGB Rn. 14. Die weiteren Fälle fehlenden Handlungswillens können hierauf übertragen werden, zu ihnen *Grüneberg/Ellenberger*, Einf v § 116 BGB Rn. 16; *Mankowski AcP* 211 (2011), 153 (175 ff.); *MüKo/Armbrüster*, Vor § 116 BGB Rn. 22.

<sup>142</sup> Vgl. BT-Drucks. 15/2494, S. 28: „Betätigt der an einer Erkrankung im Sinne des § 1896 Abs. 1 BGB leidende Betroffene seinen Willen, mangelt es diesem jedoch an der Einsichtsfähigkeit oder an der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, so liegt ein lediglich natürlicher Wille vor. Der natürliche Wille ist damit jede Willensäußerung, der es krankheitsbedingt an einem der beiden Merkmale fehlt.“; ähnlich BT-Drucks. 17/11513, S. 5 und 17/12086, S. 11; vgl. auch BVerfGE 142, 313 ff. Kritisch zum Begriff des natürlichen Willens äußert sich *Beckmann JZ* 2013, 604.

<sup>143</sup> § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB aF. Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 67 f., 133 f.; BVerfG *FamRZ* 2016, 1738 Rn. 66 ff.; BGH *NJW* 2009, 2814; *FamRZ* 2020, 1868; *BeckOGK/Schmidt-Recla*, § 1901 BGB Rn. 25; *BeckOK/Müller-Engels*, § 1901 BGB Rn. 6 f.; *BHS/Bienwald*, § 1901 BGB Rn. 5-10; *Grüneberg/Götz*, § 1901 Rn. 5; *Jürgens/Loer*, § 1901 BGB Rn. 11.

<sup>144</sup> § 1897 Abs. 4 BGB aF. Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 127; BGH *FamRZ* 2021, 1659; 2021, 799; 2020, 1300; 2018, 55; 2018, 1602; 2018, 1192; 2017, 1866; 2014, 1998; aus der Literatur statt aller *BeckOGK/Schmidt-Recla*, § 1897 BGB Rn. 52 ff. mwN.

<sup>145</sup> § 1905 BGB aF. Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 143; OLG Hamm *NJW* 2001, 1800; *BeckOK/Müller-Engels*, § 1905 BGB Rn. 4 f.; *BHS/Bienwald*, § 1905 BGB Rn. 44-46; *Erman/Roth*, § 1905 BGB Rn. 10; *MüKo/Schneider*, § 1905 BGB Rn. 18.

<sup>146</sup> Eingehend *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, § 4.II (S. 44 ff.); *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 18. Zur Übereinstimmung von § 1896 Abs. 1a mit § 104 Nr. 2 siehe BGH *NJW-RR* 2014, 770 (771); *NJW-RR* 2016, 643; und bereits die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 15/2494, S. 28. Zum Gleichlauf von § 104 Nr. 2 und § 827 S. 1 BGB siehe nur *Mugdan*, Materialien II, S. 408 f. = Motive II, S. 732.

<sup>147</sup> BT-Drucks. 15/2494, S. 28; aus der Rechtsprechung statt aller BGH *NJW* 2017, 890; aus dem Schrifttum *Dodegge NJW* 2005, 1896 (1897); *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (23 ff.).

dem Personenkreis, die zwar keinen freien, aber einen natürlichen Willen bilden können, typischerweise Kleinkinder, Menschen mit schwerer geistiger Behinderung und stark Suchtkranke.<sup>148</sup>

## 2. Die Ansicht Grunskys im Einzelnen

Ausgehend hiervon hat *Grunsky* in seinem veröffentlichten Vortrag vom 16. Dezember 2008 das Regelungsanliegen des Instituts der Geschäftsfähigkeit mit demjenigen der Testierfähigkeit verglichen und kam im Zuge dessen zu dem Ergebnis, ihre gehandhabte Parallelität werde dem Zweck der beiden Fähigkeiten nicht gerecht. Vor dem Hintergrund, dass das Testament den Erblasser zu seinen Lebzeiten rechtlich nicht bindet, fordert er vielmehr die Loslösung der Testierfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit.<sup>149</sup>

Seinen Erörterungen vorangestellt ist, dass die Vorschriften der *Geschäftsunfähigkeit* den Erklärenden vor nachteiligen (insbesondere, aber nicht nur finanziellen) Folgen seines rechtsgeschäftlichen Handelns schützen. In der Tat muss der Geschäftsunfähige davor geschützt werden, dass er sich aus unvernünftigen Gründen anderen Personen gegenüber verpflichtet und hierdurch schadet, weil er seine Interessen nicht in ausreichendem Maße selbst bewahren kann.

Anschließend nimmt *Grunsky* die Testierfähigkeit und ihr Regelungsanliegen in den Blick und stellt dabei eine entscheidende Besonderheit des Testaments fest. Den Erblasser binden die Rechtsfolgen seiner testamentarischen Verfügung nicht mehr. Er ist zum Zeitpunkt, in dem sie ihre Rechtswirkung entfalten, bereits tot. Die an die Testierfähigkeit gestellten Voraussetzungen sollen und könnten den Erblasser daher nicht vor unüberlegter, rechtlicher Selbstbindung schützen. Da *Grunsky* in seinen folgenden Ausführungen zudem verwirft, dass die Testierfähigkeit die gesetzlichen Erben des Erblassers vor einer Entziehung ihrer Teilhabe zu schützen bezweckt, kommt er zu dem Ergebnis, dass sie wohl – anders als die Geschäftsfähigkeit – keinen wirklichen Schutzzweck habe. Bei der herrschenden Auslegung werde seiner Meinung nach nicht berücksichtigt, dass das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit einen Schutzzweck habe, der bei der Testierfähigkeit gar nicht angestrebt werden könne. Dies stelle einen so wesentlichen, qualitativen Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten dar, der eine Abkoppelung der Testierfähigkeit nicht nur rechtfertige, sondern verfassungsrechtlich fordere. Denn der Ausschluss vom Rechtsverkehr stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff dar.<sup>150</sup> Verlangte man nun, dass der Erblasser zur Bildung eines „freien Willens“ im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB fähig sein muss, so führt

---

<sup>148</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 918; *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (16); siehe auch bereits *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 107. Außerdem können höher entwickelte Tiere einen natürlichen Willen bilden, so *Frankfurt The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), 5 ff.

<sup>149</sup> Siehe *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 10-26.

<sup>150</sup> Umfassend § 1.

*Grunsky* aus, sei der grundrechtliche Eingriff *de lege lata* nicht gerechtfertigt. Es müsse vielmehr ein hinter den Voraussetzungen des „freien Willens“ zurückbleibender „natürlicher Wille“ genügen, um der letztwilligen Verfügung des Erblassers rechtliche Geltung zu verschaffen.<sup>151</sup>

Der Respektierung der Würde des Erblassers und seines Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit werde es eher gerecht, bereits den (unreflektierten) Willen erster Ordnung als ausreichenden Ausdruck rechtlicher Selbstbestimmung zu akzeptieren. Dabei müsse es sich, wie *Grunsky* einräumt, „um einen Rechtsfolgewillen handeln, d.h. [der Wille] muss darauf gerichtet sein, die Erbfolge zu regeln. Auch wenn dabei das Geschäftsfähigkeitsniveau nicht erreicht sein muss, ist doch erforderlich, dass das Bewusstsein der Todesmöglichkeit sowie der Wille einer Regelung der Vermögensnachfolge vorhanden sind. Es genügt also nicht, dass eine beliebige Willensbildungsmöglichkeit vorhanden ist, sondern es muss sich um einen Vermögensnachfolgewillen i.S. eines Testierwillens handeln, der jedoch unterhalb der Geschäftsfähigkeitsschwelle liegen kann.“<sup>152</sup>

### 3. Kritische Würdigung

*Grunskys* Ausführungen liegt die zutreffende Prämisse zugrunde, dass die im Wortlaut von § 2229 Abs. 4 BGB angelegten Kriterien an die notwendige „geistige Reife“ des Erblassers rechtspolitischer Natur sind. Wo die Grenze zwischen Testierfähigkeit und Testierunfähigkeit zu ziehen ist, ist – wie sich bereits der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Testierunfähigkeit Schreib- und Sprechunfähiger<sup>153</sup> entnehmen lässt – eine Entscheidung des Gesetzgebers. Insofern wäre es durchaus möglich, die Testierfähigkeit *de lege ferenda*<sup>154</sup> von der Geschäftsfähigkeit abzukoppeln und den erklärten natürlichen Willen als hinreichenden Ausdruck erbrechtlicher Selbstbestimmungsfähigkeit genügen zu lassen.

Zwar verdient seine Ansicht Zustimmung, dass sich der Zweck der Geschäftsfähigkeit rechtlich erheblich vom Zweck der Testierfähigkeit unterscheidet.<sup>155</sup> Die Testierfähigkeit schützt den Erblasser nicht vor lebzeitiger, rechtlicher Selbstverantwortung für seine Erklärung und ihre Rechtsfolgen. Darüber hinaus wird man in der Versagung der Testierfähigkeit des Erklärenden sogar einen schärferen Eingriff in seine Grundrechte sehen

<sup>151</sup> Vgl. nur das Fazit von *Grunsky*, aaO., S. 25: „Ein natürlicher Rechtsnachfolgewille reicht als Voraussetzung für die Testierfähigkeit aus. Darüber hinaus Geschäftsfähigkeit zu fordern, verstößt gegen die Würde des Erblassers und sein Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Infolgedessen sind die Abs. 1 und 4 von § 2229 BGB nichtig.“

<sup>152</sup> *Grunsky*, aaO., S. 15.

<sup>153</sup> BVerfGE 99, 341 (350 ff.); oben unter § 1.III. bereits eingehend dargestellt.

<sup>154</sup> Ich betrachte seine Argumente nur *de lege ferenda*, weil § 2229 Abs. 4 BGB meines Erachtens eindeutig an die Kriterien der Geschäftsfähigkeit und des freien Willens anknüpft und seine Auslegung, wonach bereits der natürliche Wille genüge, als Auslegung *contra legem* zu verwerfen ist. Selbst eine verfassungskonforme Auslegung darf nicht in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Wortlaut der gesetzlichen Norm und dem Willen des Gesetzgebers treten, s. nur BVerfGE 18, 97 (111); 35, 263 (280); MüKo/Säcker, Einl. BGB Rn. 144 mwN.

<sup>155</sup> Grundsätzlich zustimmend auch *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 203 ff.

müssen als in der Versagung der Geschäftsfähigkeit. Während für lebzeitige Rechtsgeschäfte für den Betroffenen ein Vertreter (zum Beispiel ein Betreuer) bestellt werden kann, der sich um seine Angelegenheiten kümmert, ist eine Vertretung für das höchstpersönliche Rechtsgeschäft des Testierens nicht möglich (vgl. §§ 2064, 1825 Abs. 2 BGB). Ist der Erblasser testierunfähig, ist seine rechtliche Handlungsfähigkeit in diesem Bereich daher vollständig ausgeschlossen.

Dass in der Situation fehlender Handlungsfähigkeit keine Möglichkeit zur rechtlichen Vorsorge mehr besteht, ist ein juristisches Dilemma, zumal die Betroffenen noch einen natürlichen Willen bilden können, welchem man in Anerkennung ihrer Würde und Individualität entsprechen möchte. Insoweit erscheint die Ansicht *Grunskys*, einen größtmöglichen Raum zur Selbstbestimmung und Selbstwahrung durch die Minimierung der rechtlichen Anforderungen zu schaffen, ethisch wünschenswert. Nichtsdestotrotz verdient seine Ansicht insgesamt keine Zustimmung.

Erstens beruht seine Argumentation auf einer falschen Grundannahme, nämlich darauf, dass die Vorschriften der Geschäftsfähigkeit *allein* dem Schutz des Betroffenen vor den rechtlichen Folgen seiner Erklärung dienen.<sup>156</sup> Wie hier bereits für die Testierfähigkeit und ihr Regelungsanliegen dargestellt, liegt der Zweck der Geschäftsfähigkeit ebenfalls zuerst und vor allem in der Sicherstellung der Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie.<sup>157</sup> Aus der rechtlichen Selbstbestimmung folgt nämlich Selbstverantwortung. Es wäre sinnwidrig, den Einzelnen an seinen erklärten Willen zu binden, wenn er nicht in der Lage ist, selbstverantwortlich zu handeln. Nur wer in der Lage ist, seinen Willen mit Blick auf die durch seine rechtsgeschäftliche Erklärung ausgelösten Rechtsfolgen frei verantwortlich zu bilden, kann daher auch rechtliche Bindungen begründen. Es ist demnach, anders als *Grunsky* meint, keineswegs ein so bedeutender Unterschied zwischen dem konstruktiven Zweck der Geschäftsfähigkeit und der Testierfähigkeit festzustellen, der eine Abkoppelung letzterer rechtfertigt.<sup>158</sup> Man muss daher – in den Worten *Kroppenbergs* – nicht „die Testierfähigkeit als rechtliche Kategorie verabschieden [...]“; es bedeutet nur, dass man sich zur Legitimation des § 2229 Abs. 4 BGB einer spezifisch erbrechtlichen *ratio* versichern muss.<sup>159</sup> Und dieses konstruktive Regelungsanliegen liegt gleichermaßen in der Sicherstellung der Funktionsvoraussetzungen der willensbasierten Privatautonomie.

<sup>156</sup> Siehe *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 11.

<sup>157</sup> S. nochmals *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 182; *Schwimmann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 37 ff.; *Soergel/Hefermehl*, Vor § 104 BGB Rn. 1 und 10; *Staudinger/Klumpp*, Vor § 104 BGB Rn. 7 und Rn. 16 mwN.; *Staudinger/Knothe*, [2012] Vor § 104 BGB Rn. 19; *Wolf*, Entscheidungsfreiheit, S. 115 ff. Vgl. auch BVerfGE 99, 341 [zur Testierfähigkeit].

<sup>158</sup> Ebenso *Schmidt Rabels*Z 76 (2012), 1022 (1029); kritisch [aber nur die *lex lata* betrachtend] auch OLG München NJW-RR 2008, 164 (166); dem Senat anschließend *Cording* ZEV 2010, 115 (119).

<sup>159</sup> *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 205.

Zweitens überzeugt weder der Vergleich mit dem Besitzentzug noch mit der Einwilligung.<sup>160</sup> Wenn *Grunsky* meint, bei der Einwilligung in eine Rechtsgutsverletzung genüge ebenfalls die natürliche Einsicht des Betroffenen in die Tragweite seines Rechtsgutsverzichts, verkennt er, dass die „natürliche Einwilligungsfähigkeit“ nicht wie der „natürliche Wille“ (im oben beschriebenen Sinn) zu verstehen ist. Nach herrschendem Verständnis ist der Betroffene einwilligungsfähig, wenn er Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Rechtsgutsverletzung zu erfassen (Einsichtsfähigkeit) und seinen Willen hiernach zu bestimmen (Handlungsfähigkeit) vermag. Einwilligungsfähigkeit setzt daher gerade voraus, dass der Betroffene fähig ist, einen freien Willen zu bilden und zu äußern.<sup>161</sup>

Außerdem unterscheiden sich die Zustimmung zum Besitzentzug sowie der Besitzbegründungswille rechtlich so wesentlich vom Testieren, dass ihr Vergleich nicht fruchtbar erscheint.<sup>162</sup> Die Besitzbegründung im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB ist ein Realakt. Zwar setzt dessen Tatbestand nach herrschender Meinung eine Willensbetätigung (Besitzbegründungswillen) voraus, die Rechtsfolge (Besitz) tritt allerdings nicht ein, weil sie gewollt ist, sondern kraft Gesetzes.<sup>163</sup> Weil es sich dabei nicht um einen rechtsgeschäftlichen Willen im Sinne der §§ 104 ff. BGB handelt, genügt das Vorliegen des natürlichen Willens für die Besitzbegründung.<sup>164</sup> Bei der Zustimmung zum Besitzentzug im Rahmen von § 858 BGB handelt es sich um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis. Das Einverständnis ist dort ebenfalls nicht auf finale Rechtsetzung gerichtet und demnach kein Rechtsgeschäft. Aus diesem Grund genügt erneut der natürliche Wille des Betroffenen.<sup>165</sup>

Demgegenüber ist das Testament ein Rechtsgeschäft.<sup>166</sup> Das Testament entfaltet Rechtswirkungen, weil der Erblasser seinen Willen auf die finale Herbeiführung einer Rechtsfolge (Verteilung des Nachlasses) gebildet und erklärt hat. Die in der Testierfreiheit zum Ausdruck kommende Möglichkeit, die Verteilung des Vermögens für die Zeit nach dem eigenen Tod selbst zu gestalten, ist insofern deutlich enger mit dem Prinzip der

<sup>160</sup> Bei *Grunsky*, Testierfähigkeit, auf S. 15 f.

<sup>161</sup> Vgl. nur BT-Drucks. 15/2494, S. 28: „Terminologisch ist dieser allgemein verwendbare Begriff des natürlichen Willens von bereicherspezifisch gebrauchten Begriffen, wie der natürlichen Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen im Rahmen medizinischer Eingriffe, zu unterscheiden. Nach den bereits dargestellten Kriterien ist die „natürliche“ Einwilligungsfähigkeit nur bei Vorliegen eines freien Willens gegeben.“; vgl. ferner BGHZ 29, 33 (35 f.); aus der Literatur statt aller Spickhoff/*Spickhoff*, § 630d BGB Rn. 3 ff. mwN.

Außerdem eingehend *Seewald*, Rechtsgeschäftlicher Schutz vor sich selbst, S. 81 ff., die auch zum natürlichen Willen abgrenzt.

<sup>162</sup> Ebenso *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1029).

<sup>163</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Gutzeit*, § 854 BGB Rn. 14 ff. mwN.

<sup>164</sup> *Grüneberg/Herrler*, § 854 BGB Rn. 4; *MüKo/Schäfer*, § 854 BGB Rn. 26 ff.; *Soergel/Hefermehl*, Vor § 104 BGB Rn. 19; *Staudinger/Gutzeit*, § 854 BGB Rn. 17 mwN. Allgemein *Fuchs*, Stichwort: Besitz, in: *Creifelds*, Rechtswörterbuch 26. Edition 2021.

<sup>165</sup> Vgl. nur *Grüneberg/Herrler*, § 858 BGB Rn. 1, 5; *MüKo/Schäfer*, § 858 BGB Rn. 7; *Staudinger/Gutzeit*, § 858 BGB Rn. 17 ff. mwN.

<sup>166</sup> *Staudinger/Otte*, Vorb. zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 1 ff.; *Firsching/Graf/Krätzschele*, Nachlassrecht, § 7 Rn. 16; *Grüneberg/Weidlich*, § 1937 Rn. 2, 10.

Eigenverantwortlichkeit des Betroffenen verknüpft, sodass es gerechtfertigt erscheint, für die Wirksamkeit des Testaments die Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens zu fordern.

Drittens läuft *Grunskys* Ansicht im Ergebnis darauf hinaus, dass lediglich das Erfüllen der Formvorschriften des Testaments (§§ 2231, 2232, 2247) und das Vorliegen des Testierwillens gefordert würden.<sup>167</sup> Im Grundsatz ist es dem Gesetzgeber zwar überlassen, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt.<sup>168</sup> Besinnt man sich auf der anderen Seite jedoch auf das Regelungsanliegen der Testierfähigkeit, überzeugt es nicht, allein das Erfüllen der Formvorschriften als hinreichenden Ausdruck von Selbstbestimmungsfähigkeit genügen zu lassen. Meines Erachtens bliebe andernfalls faktisch kein Raum für die Feststellung, ob der Erblasser wirklich eigenverantwortlich gehandelt hat oder ob er fremdbestimmt worden ist.<sup>169</sup> Zumal das Bundesverfassungsgericht explizit auf die Einsichts- und Handlungsfähigkeit des Erblassers als Kriterien der Selbstbestimmungsfähigkeit abstellt. Auch sein Argument, dass so kein „Gutachtenkrieg“ mehr nötig sei, kann in diesem Zusammenhang nicht überzeugen.<sup>170</sup>

Viertens ließen sich die Vorschriften zur Anfechtung des Testaments wegen eines Motivirrtums nicht anwenden.<sup>171</sup> Beim Motivirrtum stimmen Wille und Erklärung überein, jedoch beruht der Wille auf einer fehlerhaften Grundlage. „Motive sind die inneren Voraussetzungen für die Willensbildung. Ein Fehler in diesen Voraussetzungen führt also zur Erklärung einer unrichtig gewerteten Rechtsfolge.“<sup>172</sup> Im Rechtsverkehr sind Motivirrtümer

---

<sup>167</sup> *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 16: „Bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung kann in aller Regel davon ausgegangen werden, dass ein auf die Vermögensnachfolge gerichteter natürlicher Rechtsfolgewille vorhanden ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass die für eine letztwillige Verfügung vorgeschriebene Form eingehalten werden muss. Der bloße Rechtsfolgewille für sich allein ist unabhängig von der Geschäftsfähigkeit für eine wirksame Regelung der Vermögensnachfolge nicht ausreichend. Wer aber seine Vermögensnachfolge eigenhändig schriftlich regelt oder dies unter Hinzuziehung eines Notars tut, weiß was er tut und will dies auch.“

<sup>168</sup> BVerfGE 99, 341 (352).

<sup>169</sup> M.E. wäre das *alleinige* Abstellen auf das Erfüllen der Formvorschriften im Sinne von BVerfGE 99, 341 (352 ff.) „schlechthin ungeeignet“, die Selbstbestimmungsfähigkeit ausreichend zu regeln. Hierdurch würde der Gesetzgeber seiner Ausgestaltungspflicht nicht gerecht werden; kritisch ebenfalls *Löhnig*, in: FS Bengel/Reimann, S. 235; *Schmoeckel*, in: ders. (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 14 („Für Außenstehende kaum zu erkennen ist jedoch, inwieweit dieser [natürliche] Wille autonom gebildet wurde.“).

Zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung mittels Formvorschriften eingehend *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 223 ff., vgl. insb. sein Fazit (S. 289): „Keine der in den untersuchten Rechtsordnungen vorgesehenen Testamentsformen scheint [...] geeignet, den Erblasser effektiv vor unzulässiger Beeinflussung bei der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung zu schützen.“

<sup>170</sup> Vgl. *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 19 f; zweifelnd insofern *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1030).

<sup>171</sup> Ebenso wohl *Schwimmann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 42 mwN; deutlich *Gutmann* MedR 39 (2021), 949 (950): „Überlegungen zu einer Irrtumslehre sind fehl am Platz.“

Die Anfechtungsvorschriften wegen Erklärungs- oder Inhaltsirrtums (§ 2078 Abs. 1 BGB) ließen sich weiterhin anwenden, weil sie den Fall des Auseinanderfallens von Erklärung und Willen erfassen und dies auch bei Abstellen auf den natürlichen Willen möglich ist, wenngleich solche Irrtümer nur selten auftreten dürften. Ebenfalls ließen sich die Anfechtungsvorschriften wegen Drohung (§ 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB) anwenden, weil es dort nicht um Willensfreiheit, d.h. der Fähigkeit zur Reflexion über den Willen, sondern darum geht, ob die konkrete Entscheidung derart beeinflusst worden ist, dass der Erklärende nicht eine eigene Entscheidung erklärt hat; s. hierzu allgemein *Neuner*, AT, § 41 Rn. 3 ff.

<sup>172</sup> *Mankowski* AcP 211 (2011), 153 (183).

aus Verkehrsschutzgründen grundsätzlich unbeachtlich.<sup>173</sup> Anders als im Rechtsverkehr unter Lebenden ist das Testament Ausdruck einseitiger Privatautonomie, der Testator gibt nicht einem anderen sein Wort hinsichtlich der testamentarischen Verfügung. Vielmehr geht es im Erbrecht darum, den Willen des Testators zu respektieren und ihn möglichst wahrheitsgetreu abzubilden (sog. Willensdogma).<sup>174</sup> Zweck der Anfechtung ist dementsprechend der Schutz der individuellen Willensfreiheit des Erklärenden: Erklärungen, die seinem wirklichen Willen widersprechen, sind zu beseitigen.<sup>175</sup> Verzichtete man nun für die rechtsgeschäftliche Erklärung auf das Merkmal der Einsichtsfähigkeit, störte es für die Gültigkeit der Erklärung auch nicht, ob der gebildete Wille (intern) fehlerhaft zustande gekommen ist oder nicht. Wenn es für die rechtliche Geltung einer Willenserklärung nicht darauf ankäme, ob der Erklärende hinreichend reflektiert und überlegt handeln kann – oder überspitzt formuliert: Wenn es insignifikant ist, dass der Betroffene seine Entscheidung nicht von vernünftigen Erwägungen abhängig machen kann – kommt es auch nicht auf die für die Willensbildung konkret entscheidenden Beweggründe an. Die Lehre vom Motivirrtum setzt nämlich gerade an der „Willensfreiheit“ an. Konzeptionell setzt Willensfreiheit aber voraus, dass man das, was man will, auch beherrschen kann.<sup>176</sup>

Letztlich würde es seltsam anmuten, grundlegend unterschiedliche Voraussetzungen an die Selbstbestimmungsfähigkeit für den rechtsgeschäftlichen Verkehr unter Lebenden und für letztwillige, testamentarische Verfügungen zu stellen. Dass ein stark Dementer zwar eine umfangreiche letztwillige Verfügung, koinzident aber nicht eine Vorsorgevollmacht errichten könnte, wäre wohl kaum zu erklären. Gerade vor dem Hintergrund, dass letztwillige Verfügungen häufig mit lebzeitigen Rechtsgeschäften verbunden oder sogar durch sie ersetzt werden (etwa im Wege vorweggenommener Erbfolgemassnahmen), erscheint die grundsätzlich deckungsgleiche Auslegung gerechtfertigt und richtig.

#### 4. Das Geschäftsfähigkeitserfordernis für den Abschluss eines Erbvertrags

Für den Abschluss eines Erbvertrags ist gemäß § 2275 BGB die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit des Erblassers erforderlich. Anders als § 2229 BGB enthält dieser nur eine Verweisung auf das Geschäftsfähigkeitsrecht und keine unabhängige Regelung. Dies mag vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Deckungsgleichheit der natürlichen Geschäfts- und der

---

<sup>173</sup> Näher *Mankowski* AcP 211 (2011), 153 (183 f.); *Staudinger/Singer*, § 119 BGB Rn. 1 ff.; *Weiler*, Beeinflusste Willenserklärung, S. 397 ff.

<sup>174</sup> *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 429 f.; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1960 ff.; *Staudinger/Otte*, § 2078 BGB Rn. 5.

<sup>175</sup> Siehe zur abweichenden Konzeption der herrschenden Ansicht bereits oben Fn. 88. Wie hier aber z.B. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 430 („Bei der Verfügung von Todes wegen geht es dagegen in jedem Falle um nichts anderes als um die Verwirklichung des Willens des Testators [...]“); *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 219 f.

<sup>176</sup> Siehe *Neuner* AcP 218 (2018), 1 (3).

natürlichen Testierfähigkeit seltsam erscheinen,<sup>177</sup> ist allerdings dem Vertragscharakter des Erbvertrags geschuldet.

Der Erbvertrag ist nämlich ein wirklicher Vertrag und nicht bloß ein „Testament mit angehängtem Widerrufsverzicht“.<sup>178</sup> Dass § 2275 BGB auf die Vorschriften der §§ 104, 105 BGB verweist und somit wiederum zwischen dauernder Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB) und vorübergehender Erklärungsunfähigkeit (§ 105 Abs. 2 BGB) differenziert, wird nach obenstehenden Ausführungen verständlich, wenn man bedenkt, dass bei Abschluss eines Erbvertrags – anders als beim einfachen und auch anders als beim gemeinschaftlichen Testament<sup>179</sup> – die Willenserklärung des Vertragspartners empfangen wird. Als ein wirklicher Vertrag im Sinne der Rechtsgeschäftslehre kommt der Erbvertrag nämlich durch Angebot und Annahme zustande.<sup>180</sup>

§ 2275 gilt allerdings nur für den/die Erblasser in einem mehrseitigen Erbvertrag und folglich nicht für den Vertragspartner beim einseitigen Erbvertrag.<sup>181</sup> Bei einem mehrseitigen Erbvertrag, d.h. einem Erbvertrag, bei dem sowohl die eine als auch die andere Vertragspartei eine vertragsmäßig bindende letztwillige Verfügung errichtet, müssen somit beide Vertragspartner (voll) geschäftsfähig sein. Ist ein vertragsschließender Erblasser geschäftsunfähig, führt dies dazu, dass die eigene letztwillige Verfügung nichtig ist (das folgt aus § 2275 i.V.m. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus ist auch die letztwillige Verfügung des anderen, nicht geschäftsunfähigen Teils nichtig, da seine empfangsbedürftige Willenserklärung nicht zugeht (§ 131 Abs. 1 BGB). Die Mitwirkung oder Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ändert daran nichts (§ 2274 BGB). Die letztwillige Verfügung des nicht geschäftsunfähigen Erblassers kann allerdings gemäß § 140 BGB in ein einfaches Testament ohne bindende Verfügungen umgedeutet werden, sofern er die Voraussetzungen der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB) erfüllt.<sup>182</sup> Selbst im Falle nur beschränkter Geschäftsfähigkeit eines Erblassers sind zunächst beide Willenserklärungen nichtig – die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen nach § 2275 BGB, diejenige des anderen gemäß § 131 Abs. 2 S. 1, Abs. 1 BGB. Sollte der beschränkt Geschäftsfähige allerdings bereits das 16. Lebensjahr vollendet haben, kann der Erbvertrag in ein gemeinschaftliches Testament umgedeutet werden (wegen § 2229 Abs. 1 BGB).<sup>183</sup>

<sup>177</sup> Etwa *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1659.

<sup>178</sup> Motive V, S. 310 bei *Horn*, Materialienkommentar, Allgemein zu §§ 2274 ff. BGB Rn. 7; zum Charakter des Erbvertrags außerdem BGHZ 26, 204 = NJW 1958, 498.

<sup>179</sup> Der entscheidende Unterschied zwischen Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament ist in diesem Zusammenhang, dass ersterer eine vertragliche, letzteres eine doppelte, zumeist verknüpfte einseitige Verfügung von Todes wegen ist, vgl. *Lange*, Erbrecht, § 17 Rn. 149; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 15 Rn. 1. Die Bindungswirkung wechselseitiger Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament kann dementsprechend nicht mit dessen Vertragscharakter begründet werden, sondern beruht nach herrschender Auffassung auf dem Aspekt des Vertrauensschutzes, vgl. *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 2118 ff.

<sup>180</sup> Vgl. *Lange*, Erbrecht, § 17 Rn. 143.

<sup>181</sup> Statt aller *Erman/S./T. Kappler*, § 2275 BGB Rn. 1 f.

<sup>182</sup> Dazu *Erman/S./T. Kappler*, § 2275 BGB Rn. 1 f.; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2275 BGB Rn. 3.

<sup>183</sup> Siehe die Nachweise in voriger Fußnote.

*IV. Zwischenergebnis*

Schließlich kann festhalten werden, dass die Regelungen der Geschäftsfähigkeit und der Testierfähigkeit auf dem einheitlichen Gedanken beruhen, dass privatautonome Rechtsgestaltung die Selbstbestimmungsfähigkeit des Handelnden voraussetzt. Ungeachtet der sprachlichen Abweichungen wollte der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 2229 Abs. 4 BGB nicht grundlegend von den Vorschriften der Geschäftsfähigkeit abweichen. Insofern ist die Testierfähigkeit in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung als besondere Geschäftsfähigkeit für den Bereich der letztwilligen Verfügungen zu verstehen, ohne dass für sie ein eigener Maßstab zur Beurteilung der freien Willensbestimmung zu bilden wäre.<sup>184</sup> Vor diesem Hintergrund sind die Tatbestandsmerkmale der freien Willensbestimmung im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB und der Einsichts- und Handlungsfähigkeit im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB deckungsgleich. Letztere sollen im folgenden Kapitel näher dargestellt werden. Die nachfolgenden Ausführungen (s. Zweites Kapitel) befassen sich mit einer Analyse der Tatbestandsvoraussetzungen der Testierfähigkeit nach geltendem Recht und ihrer Auslegung durch die herrschende Rechtspraxis und -wissenschaft.

---

<sup>184</sup> Ebenso *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 211 ff.; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1049).

## Zweites Kapitel. Die Testierfähigkeit (§ 2229 BGB)

Testierfähigkeit ist die Fähigkeit des Einzelnen, ein Testament zu errichten, zu ändern oder aufzuheben.<sup>1</sup> Fehlt dem Erblasser die Testierfähigkeit, ist es ihm folglich verwehrt, testamentarische Verfügungen von Todes mit rechtsgeschäftlicher Wirkung zu verfassen oder zu beseitigen. Aus der prinzipiellen Kongruenz mit der Geschäftsfähigkeit folgt zugleich, dass es ihm ebenfalls nicht möglich ist, im Wege lebzeitiger Rechtsgeschäfte auf geänderte Lebenssituationen oder einen Sinneswandel zu reagieren. Mit Verlust seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit stirbt der Betroffene im übertragenen Sinn den „bürgerlichen Tod“.<sup>2</sup> Das gilt umso mehr, als jede letztwillige Verfügung einen höchstpersönlichen Charakter hat und dementsprechend eine Vertretung nicht möglich ist. Hat der Erblasser bis zum Eintritt der Testierunfähigkeit keine gültige letztwillige Verfügung errichtet, ist er an die gesetzliche Erbfolge gebunden. Das ist besonders für denjenigen ärgerlich, dessen (mutmaßlicher) Wille von der gesetzlichen Erbfolge nicht hinreichend abgedeckt wird.<sup>3</sup> Für denjenigen Erblasser, der vor Eintritt der Testierunfähigkeit bereits wirksam testiert hat, bedeutet der Verlust der Testierfähigkeit eine fortwährende, nicht zu beseitigende Bindung an den Inhalt des Testaments.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Selbstbestimmungsfähigkeit des Einzelnen im Erbrecht als Inhalts- und Schrankenbestimmung der Testierfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG zu konkretisieren. Folglich stellt der Gesetzgeber mit Kodifikation der Testierfähigkeit die Anforderungen auf, die an eine selbstbestimmte und -verantwortete Rechtsgestaltung zu stellen sind.<sup>4</sup> Dabei ist die Entscheidung, wo die Grenze zwischen Testierfähigkeit und Testierunfähigkeit zu ziehen ist, rechtspolitischer Natur, die verfassungsrechtlich erst beanstandet werden kann, wenn sie schlechthin ungeeignet oder unzumutbar ist. Das Menschenbild des Bürgerlichen Gesetzbuchs verlangt nur, dass die Testierunfähigkeit negativ bestimmt werden und für Ausnahmefälle vorbehalten sein muss.<sup>5</sup>

Vor diesem Hintergrund setzen die Errichtung, Änderung und Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen erstens ein formales Kriterium (die Vollendung eines Mindestalters) sowie zweitens ein materielles Kriterium (die geistige Fitness des Erblassers) voraus.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Statt aller Grüneberg/*Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 1; Soergel/*Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 2.

<sup>2</sup> Freilich nicht im eigentlichen Sinn des Verlusts der Rechtsfähigkeit. Indes wurde die Entmündigung nach altem Recht durchaus als bürgerlicher Tod beschrieben, siehe z.B. *Weinriefer*, Entmündigung, S. 17 ff.; vgl. auch *Hofer-Ranz*, Philosophisches Skandalon Demenz, S. 46.

<sup>3</sup> Zu Reformgedanken etwa *Röthel*, Gutachten, A 50 ff.

<sup>4</sup> *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 4.

<sup>5</sup> Vgl. *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 1 ff. und Rn. 16 ff.; MüKo/*Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 3: „Nach der Konzeption des BGB gilt der Grundsatz der vollen Geschäfts- und Testierfähigkeit“. Dazu bereits oben.

<sup>6</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 130; *Herrler*, Testament, in: HWB-EuP, hrsg. von Basedow/Hopt/Zimmermann, Bd. 2.

### § 3. Testiermündigkeit

Wie die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit im Rechtsverkehr unter Lebenden knüpft § 2229 Abs. 1 BGB an ein Mindestalter an (16 Jahre), mit dessen Vollendung der Minderjährige grundsätzlich als selbstbestimmungsfähig gilt (Testiermündigkeit). Der Nachweis, dass der unter 16-jährige Erblasser die nötige geistige Reife aufweise, muss nach § 2229 Abs. 1 BGB hingegen unberücksichtigt bleiben. Die strenge Anknüpfung an das Alter dient nämlich der Rechtssicherheit. Die Minderjährigen müssen an die Gefahren des rechtsgeschäftlichen Verkehrs herangeführt werden, sodass ihre geistige Reife nicht generell vermutet werden kann, sondern in jedem Einzelfall festgestellt werden müsste. Im Interesse der Rechtssicherheit – der Vermeidung erheblichen Kosten- und Prozessaufwands – knüpft § 2229 Abs. 1 BGB deshalb an ein Mindestalter an, mit dessen Vollendung der Jugendliche in der Regel die Anforderungen an geistige Reife erfüllt, welche zur Anerkennung eines selbständigen und überlegten Willens im Rechtsverkehr und folglich für die Vermutung der Testierfähigkeit erforderlich sind.<sup>7</sup>

Mit Erreichen des 16. Lebensjahres ist der Minderjährige unbeschränkt testierfähig; eine beschränkte Testierfähigkeit nach dem Vorbild der §§ 106 ff. BGB gibt es nicht.<sup>8</sup> Das liegt daran, dass die Testamentserrichtung ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft ist, das nicht von der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters oder des Nachlassgerichts abhängig ist, §§ 2064, 2229 Abs. 2 BGB.<sup>9</sup> Allerdings schränkt das Gesetz die Testierfreiheit von Minderjährigen erheblich ein. Gemäß § 2233 Abs. 1 BGB kann der Minderjährige ein Testament nur als öffentliches Testament durch mündliche Erklärung gegenüber einem Notar oder durch Übergabe einer offenen Schrift (§ 2232 S. 1, S. 2 Alt. 1 BGB) errichten. Damit bleibt ihnen die Möglichkeit zur Errichtung eines eigenhändigen Testaments (§ 2247 Abs. 4 BGB) sowie der Errichtung eines Testaments durch Übergabe einer verschlossenen Schrift (§ 2232 S. 2 Alt. 2 BGB) verwehrt. Zur Wirksamkeit des Testaments muss daher im Ergebnis ein Notar Kenntnis vom Inhalt der letztwilligen Verfügung nehmen. Der Zweck der

---

<sup>7</sup> Vgl. Motive V, S. 247 ff. bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 6; siehe auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 142; *Lange*, Denkschrift, S. 17: „Die Rechtssicherheit verlangt jedoch gebieterisch feste Grenzen.“

Aus diesem Grund überzeugt die Ansicht von *Grunsky*, Testierfähigkeit, S. 13 f., die Testierfähigkeit auch bei Minderjährigen immer im Einzelfall festzustellen, nicht. Ihre hinreichende Selbstbestimmungsfähigkeit kann nämlich nicht einfach vermutet werden, vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 144.

<sup>8</sup> MüKo/*Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 12; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1040); *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 22. Zur abweichenden Meinung siehe Fn. 13 unten.

<sup>9</sup> Eine Besonderheit galt bis zum 22.7.2017 für den Abschluss eines Erbvertrags durch einen Ehegatten, der mindestens 16 Jahre alt (§ 1303 BGB aF), aber nicht volljährig war. Dessen Erklärung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit nach § 2275 Abs. 2 BGB aF der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder (zusätzlich) der Zustimmung des Familiengerichts. Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen (BGBl. I 2017, S. 2429) kann eine Ehe nur noch von volljährigen Ehegatten eingegangen und ein Erbvertrag nur noch von volljährigen Erblassern abgeschlossen werden.

Sondervorschriften liegt nun allerdings nicht darin, den Minderjährigen zu überwachen<sup>10</sup>, sondern darin, der Gefahr formnichtiger oder fremdbestimmter Verfügungen vorzubeugen.<sup>11</sup> Hierdurch wird nicht die Testierfähigkeit des minderjährigen Erblassers in Frage gestellt, sondern dessen Testierfreiheit im Sinne der Formwahlfreiheit eingeschränkt. Aus diesem Grund können diese Sondervorschriften auch nicht als Ausdruck einer beschränkten Testierfähigkeit angesehen werden.<sup>12</sup>

### I. *Gesetzeshistorie*

Augenscheinlich weicht das Mindestalter für die Testierfähigkeit von dem Mindestalter für die volle Geschäftsfähigkeit ab (vgl. §§ 106, 2 BGB). Deshalb drängt sich die Frage auf, wieso der Gesetzgeber das Alter, in welchem ein Minderjähriger die Bedeutung und Tragweite einer letztwilligen Verfügung typischerweise genügend einschätzen kann, nicht übereinstimmend an das Volljährigkeitsalter angeknüpft hat.<sup>13</sup>

Die Genese des § 2229 Abs. 1 BGB zeigt, dass in der ersten Kommission Altersgrenzen zwischen 12 bis 21 Jahren diskutiert worden sind. Bereits der erste Vorentwurf des Redaktors *Gottfried v. Schmitt* hatte auf das 16. Lebensjahr abgestellt, obwohl dies nicht Ausdruck einer besonderen historischen Tradition war.<sup>14</sup> Das gemeine Recht stellte für Mädchen auf das 12. Lebensjahr und für Jungen auf das 14. Lebensjahr ab.<sup>15</sup> Einige weitere Teilrechtsordnungen

<sup>10</sup> So insb. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 18 II (S. 347), wo es heißt, dass „der Errichtungsakt [...] unter der Autorität, Beratung und Warnung des Beurkundenden steht, so dass *pflichtwidrige Testamente* [Hervorhebung durch Verf.] von Minderjährigen kaum zu erwarten sind.“ Hierzu *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1040).

<sup>11</sup> *Mugdan*, Materialien V, S. 869 f (Denkschrift): „Es sei notwendig, „eine Form vorzuschreiben, durch welche die Echtheit und der Inhalt des letzten Willens sichergestellt werden. Dabei muß aber die Form so gestaltet werden, daß die Gefahr von Mängeln, welche die Gültigkeit des Testamentes in Frage stellen, nach Möglichkeit ausgeschlossen werden. Endlich handelt es sich darum, der Beeinflussung des Willens des Erblassers durch andere Personen thunlichst vorzubeugen.“

Dies entspricht auch dem allgemeinen Sinn des notariellen Beurkundungsverfahrens, s. hierzu etwa *BeckNotar-HdB/Kindler*, § 31 Rn. 80 ff.; *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 28 ff.

<sup>12</sup> Anders *Soergel/J. Mayer*, § 2229 BGB Rn. 3; *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, S. 110 mit Fn. 327; *Löhnig*, in: *FS Bengel/Reimann*, S. 231; *Grüneberg/Ellenberger*, § 2 BGB Rn. 2 f. – Richtig aber *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 137; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1040); *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 12; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 22. Für das inhaltsgleiche österreichische Recht, s. *Schwimann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 56.

<sup>13</sup> Eingehend *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 136 ff.; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1037 ff.).

<sup>14</sup> So aber das württembergische Landrecht 1554, siehe *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, S. 442 mit Fn. 14. – Auch das französische Recht knüpft an das 16. Lebensjahr an (Art. 903 code civil), wengleich das Verfügungsrecht des Minderjährigen auf den halben Nachlass beschränkt ist (Art. 904 code civil). Letzteres wurde allerdings für unsachgemäß gehalten, weil es sich „innerlich nicht rechtfertigen [lasse], daß Jemand, welcher nicht über seinen Nachlass verfügen soll, verständig und selbständig sei, über die Hälfte zu verfügen“, vgl. *Motive V*, S. 248 bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 6 [= *Mugdan*, Materialien V, S. 131].

<sup>15</sup> *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, S. 441 f.

stellten ebenfalls auf das 14. Lebensjahr<sup>16</sup> ab, andere auf das 18. Lebensjahr<sup>17</sup> und wiederum andere auf das Volljährigkeitsalter, das damals bei 21 Jahren angesetzt war.

Das Alter der Volljährigkeit (bis 1975: 21 Jahre) hielt man für unangemessen, „weil es für Waisen nicht ungefährlich sein würde, hierdurch deren vielleicht entfernteren Verwandten auf so lange Zeit eine unentziehbare Erbhoffnung und damit eine nicht zu unterschätzende Macht einzuräumen“<sup>18</sup>. Allerdings dürfte die gefundene Lösung nicht nur als Mittelweg bzw. Kompromiss unter den unterschiedlichen geltenden Teilrechtsordnungen zu sehen sein. Die Anknüpfung hatte nach Ansicht der ersten Kommission vielmehr einen materiellen Gehalt. Einerseits wollte man die Testiermündigkeit mit der Ehemündigkeit (§ 1303 BGB aF bzw. § 1233 Abs. 2 Entw. I) sowie der Eidesmündigkeit nach dem heutigen § 393 ZPO und § 56 Nr. 1 der Reichsstrafprozessordnung von 1877 harmonisieren, und andererseits sei davon auszugehen, dass der Minderjährige „in der Regel mit dieser Altersstufe die geistige Reife [erlangt hat], welche zu einer selbständigen und überlegten Willenserklärung erforderlich ist.“<sup>19</sup>

Die zweite Kommission erhob keine grundsätzlichen Einwände dagegen, die Testiermündigkeit nicht an die Volljährigkeit des Erblassers zu knüpfen. Ein dahingehend lautender Antrag ist abgelehnt worden. Das geringere Alter rechtfertige sich durch Besonderheiten des Erbrechts, nämlich den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Testierens.

„Der Minderjährige könne die Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht nur selbst mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters vornehmen, sondern es kann auch der Vertreter für ihn handeln. Von einem Testieren des Minderjährigen mit Einwilligung des Vertreters oder des Vertreters anstelle des Minderjährigen könne aber keine Rede sein. Stelle man also die Volljährigkeit als Voraussetzung der Testierfähigkeit auf, so schneide man damit dem Minderjährigen die Möglichkeit zu testieren vollständig ab. Eine so weit gehende Abweichung vom geltenden Rechte lasse sich nicht rechtfertigen.“<sup>20</sup>

Die Abkehr von der Volljährigkeit und den Vorschriften der Geschäftsfähigkeit stellt insoweit eine historische Tradition dar. Ein weiterer Grund dürfte sicherlich darin zu sehen sein, dass der Erblasser keines Schutzes vor sich selbst bedarf und eine letztwillige Verfügung für ihn grundsätzlich nicht bindend ist.<sup>21</sup> Die Mitglieder der Kommissionen diskutierten daher im Wesentlichen darüber, ob das 16. oder das 18. Lebensjahr das richtige Anknüpfungsmoment

<sup>16</sup> Vgl. § 2066 des sächs. BGB (1865); 12. Titel § 16 des preußischen ALR (1794); § 569 i.V.m. § 21 des österr. ABGB, der bis heute bzw. heute wieder gilt; vgl. insb. *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, S. 443 ff.

<sup>17</sup> Umfassend *Knothe*, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen, S. 439 ff.; *Lange*, Denkschrift, S. 26 ff.

<sup>18</sup> Motive V, S. 248 bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 4 ff. [= *Mugdan*, Materialien V, S. 131].

<sup>19</sup> Vgl. Motive V, S. 248 bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 4 ff. [= *Mugdan*, Materialien V, S. 131].

<sup>20</sup> Protokolle V, S. 317 ff. [Rechtschreibung aktualisiert vom Verf.] bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 27 [= *Mugdan*, Materialien V, S. 692 f.].

<sup>21</sup> Umfassend oben § 1.III.2.

darstellt. So war beantragt, die Testierfähigkeit erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres beginnen zu lassen. Der Antragsteller führte aus, dass die Gründe, die von der ersten Kommission für die Anknüpfung an das 16. Lebensjahr vorgebracht wurden, nicht verfangen würden. Zum einen sei die Harmonisierung mit der Ehe- und der Eidesmündigkeit verfehlt.<sup>22</sup> Zum anderen erscheine es „im Hinblick auf die große Wichtigkeit und die tief greifende Wirkung der letztwilligen Verfügung [...] notwendig, die Testierfähigkeit erst in einem Alter eintreten zu lassen, welches eine gewisse geistige Gewähr dafür biete, dass der Erblasser nicht nur darüber sich klar sei, wer ihm an nächsten stehe, sondern dass er wirklich der Tragweite seiner Anordnungen sich bewusst sei, und dass er seine Entscheidungen frei von ungehöriger Beeinflussung treffe. Ein Sechzehnjähriger werde [insofern] die erforderliche Selbständigkeit und Reife des Urteils regelmäßig nicht besitzen.“<sup>23</sup> Sinnvoller erscheine vielmehr das Abstellen auf das 18. Lebensjahr, weil dies mit der unbeschränkten Deliktsfähigkeit nach § 828 BGB übereinstimme und auch die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit hierauf abstellte.<sup>24</sup>

Trotz dieser Kritik ist der Antrag abgelehnt worden; damit blieb es bei der Altersgrenze von 16 Jahren. Ins Feld gebracht wurde erneut das Harmonisierungsargument. Weil man nicht umhinkomme, dem verheirateten Minderjährigen die Möglichkeit eines Erbvertrags zu eröffnen, „schon weil dieselben in engem Zusammenhange mit den Eheverträgen“ stünden, sei es konsequent, dem Minderjährigen „auch das mindere Recht der Testierfähigkeit zu geben“. Überdies erscheine es sinnvoll, dem minderjährigen Ehegatten eine Möglichkeit zur Anpassung der Erbfolge an die geänderten Lebensumstände zu ermöglichen. Letztlich sei zudem nicht abzusehen, „weshalb die Reife und Selbständigkeit des Urteils im 18. Jahre so sehr viel größer sein sollte als im 16. oder 17. Jahre.“<sup>25</sup>

Ein weiterer Versuch, im Rahmen der Ausgliederung der Vorschriften in das Testamentsgesetz von 1938 die Altersgrenze auf 18 Jahre anzuheben, ist ebenfalls gescheitert. Der Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht hatte eine erhebliche Gefahr für unreife und pflichtwidrige Verfügungen gesehen und deswegen die Heraufsetzung gefordert.<sup>26</sup> Dieser Vorschlag wurde allerdings zurückgewiesen, weil man keine ungünstigen Erfahrungen mit der Altersgrenze von 16 Jahren gemacht habe.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Vgl. Protokolle V, S. 317 ff. bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 20 ff. [= *Mugdan*, Materialien V, S. 691 ff.].

<sup>23</sup> Protokolle V, S. 317 ff. [Rechtschreibung aktualisiert und Einfügungen durch den Verf.] bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 24 [= *Mugdan*, Materialien V, S. 692].

<sup>24</sup> Ebenda.

<sup>25</sup> Protokolle V, S. 317 ff. [Rechtschreibung aktualisiert durch den Verf.] bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 27 [= *Mugdan*, Materialien V, S. 692 f.].

<sup>26</sup> Vgl. *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1040).

<sup>27</sup> So die amtliche Gesetzesbegründung in DJ 1938, 1254. – *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 138 meint, dass angesichts der geringen praktischen Bedeutung von Testamenten Minderjähriger wohl eher weder positive noch negative Erfahrungen gemacht worden sind.

## II. *Stellungnahme und Vorschläge de lege ferenda*

Dem ursprünglichen Argument der Harmonisierung von Eides-, Ehe- und Testiermündigkeit ist im Laufe der Zeit der Boden entzogen worden. So stellt die Eidesmündigkeit nach § 60 Nr. 1 StPO nunmehr auf das Volljährigkeitsalter von 18 Jahren ab,<sup>28</sup> während § 393 ZPO weiterhin die Vollendung des 16. Jahres fordert. Wichtiger noch erscheinen die gesetzgeberischen Änderungen infolge des Inkrafttretens des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen.<sup>29</sup> Es wurde nicht nur § 1303 BGB geändert, dessen neuer Satz 1 nun bestimmt, dass eine Ehe nicht vor dem Eintritt der Volljährigkeit (§ 2 BGB: 18 Jahre) eingegangen werden darf,<sup>30</sup> sondern auch § 2275 BGB. Die ursprünglich in dem § 2275 Abs. 2, Abs. 3 BGB aF für minderjährige Ehegatten/Verlobte/Lebenspartner vorgesehene Möglichkeit, einen Erbvertrag mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (und unter Umständen zusätzlich mit Genehmigung des Familiengerichts) abzuschließen, ist gestrichen worden. Das bedeutet, dass nach aktueller Gesetzeslage nur noch ein unbeschränkt geschäftsfähiger Erblasser einen Erbvertrag abschließen kann, § 2275 BGB.

Dass das Harmonisierungsargument nach aktueller Gesetzeslage an Überzeugungskraft verloren hat, bedeutet gleichwohl nicht unbedingt, dass die Anknüpfung der Testiermündigkeit an das 16. Lebensjahr aufzugeben ist. Überzeugender erscheint es, die Diskussion daran anzusetzen, was ihr funktionaler Sinn ist. So setzt Selbstbestimmung im Erbrecht die Selbstbestimmungsfähigkeit des Einzelnen voraus. Der Zweck des Mindestalters liegt darin, eine Vermutungsbasis dafür zu schaffen, dass im Grundsatz jede Person mit dessen Vollendung in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen.<sup>31</sup> *Christandl* kritisiert nun, dass es nicht recht überzeuge, im Erbrecht volle Selbstbestimmungsfähigkeit zu fordern, diese aber nicht an das Volljährigkeitsalter zu knüpfen, „[d]enn die volle Geschäftsfähigkeit tritt mit der Volljährigkeit ab einem Alter ein, ab dem der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Jugendliche typischerweise in der Lage ist, selbstbestimmt und verantwortungsvoll für seine Vermögenssphäre zu entscheiden.“<sup>32</sup> Entscheidend sei nicht, ob der Erblasser des Schutzes vor seiner Entscheidung bedürfe, sondern ob er „mithin fähig war, eine selbstbestimmte und selbstverantwortete Entscheidung zu treffen.“<sup>33</sup>

<sup>28</sup> Seit Inkrafttreten des 2. Opferrechtsreformgesetzes vom 29.7.2009 = BGBl. I 2009, S. 2280; zu den Gründen der Änderung siehe BR-Drucks. 178/09, S. 14.

<sup>29</sup> Gesetz vom 17.7.2017 = BGBl. I 2017, S. 2429. Eingehend zu den erbrechtlichen Auswirkungen des Gesetzes siehe *Sammet/Graf Wolffskeel v. Reichenberg* ZEV 2019, 510.

<sup>30</sup> Die Ehe mit einer Person, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat, ist nichtig, vgl. § 1303 S. 2 BGB, während die Ehe mit einer minderjährigen Person, die bereits das 16. Lebensjahr vollendet hat, nur aufhebbar ist, vgl. § 1314 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 99, 341 (351); ferner *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 142; *Lange*, Denkschrift, S. 17.

<sup>32</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 142. Vgl. auch *Lange*, Denkschrift, S. 26 ff., dessen Ausführungen aber der hier abgelehnte (familiäre) Pflichtengedanke zugrundeliegt.

<sup>33</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 143.

Meines Erachtens berücksichtigt *Christandl* dabei nicht ausreichend, dass das Abstellen auf das 16. Lebensjahr keineswegs eine Abkehr vom Erfordernis der vollen Selbstbestimmungsfähigkeit darstellt. Denn bei der Regelung der Testiermündigkeit geht es darum, die Basis für eine tatsächliche Vermutung (§ 2229 Abs. 4 BGB) zu schaffen. Im Einzelfall hingegen kann die fehlende Selbstbestimmungsfähigkeit bewiesen und festgestellt werden. Im Rahmen der Ausgestaltung des Mindestalters musste der Gesetzgeber allerdings die Besonderheiten des Testierens aufgreifen, um den Grundrechtseingriff angemessen zu bewältigen. Vor diesem Hintergrund verwundert es auch nicht, dass beinahe alle früheren Teilrechtsordnungen nicht an das Volljährigkeitsalter der vollen Geschäftsfähigkeit anknüpften, also nicht dieselbe geistige Reife für das erstmalige Erlangen der Testierfähigkeit forderten.<sup>34</sup>

Insofern muss zunächst festgestellt werden, dass die Versagung der Testierfähigkeit einen umfassenderen Eingriff in das grundrechtliche Selbstbestimmungsrecht darstellt, weil der Betroffene aufgrund des höchstpersönlichen Charakters des Testierens und des daraus folgenden Stellvertretungsverbots in diesem Bereich rechtlich überhaupt nicht handlungsfähig ist. Im Rechtsverkehr unter Lebenden ist es dem Betroffenen dagegen möglich, zumindest eingeschränkt selbst rechtsgeschäftlich zu handeln, selbst wenn die rechtliche Wirksamkeit des Geschäfts von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abhängt. Zugleich ist eine Verfügung von Todes wegen generell nicht geeignet, den Erklärenden wirtschaftlich zu ruinieren, weil die Rechtsfolgen erst nach dessen Tod eintreten. Dementsprechend ist der Erblasser nicht vor den lebzeitigen Folgen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung zu schützen. Das gilt zwar ebenso für den Erbvertrag, vgl. § 2286 BGB, hier bindet der Erblasser sich aber bereits lebzeitig an seine vertragsmäßigen Verfügungen (§ 2289 BGB). Der Erbvertrag belastet den Erblasser und sein freies Selbstbestimmungsrecht umfangreicher als ein einfaches Testament.<sup>35</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es keineswegs widersprüchlich, dort höhere Anforderungen an die geistige Reife des Erblassers und dessen Einsicht an Bedeutung und Tragweite seiner

---

<sup>34</sup> Die natürliche Geschäftsunfähigkeit und die natürliche Testierunfähigkeit sind allerdings in derselben Weise auszulegen (s. oben § 2), weil es dort um tatsächlich fehlende Selbstbestimmungsfähigkeit geht und es in der Tat komisch anmuten würde, unterschiedliche Anforderungen an das rechtsgeschäftliche Handeln zu stellen.

<sup>35</sup> Die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments erfordert Testierfähigkeit des Erblassers, so dass nach allgemeiner Ansicht (*MüKo/Musielak*, Vor § 2265 ff. BGB Rn. 18; *Staudinger/Kanzleiter*, Vor § 2265 ff. BGB Rn. 27) auf § 2229 Abs. 1 BGB Rückgriff zu nehmen ist. Die Eingehung wechselbezüglicher Verfügungen kann zwar teilweise genauso belastende Folgen für den Erblasser haben wie vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag. Im Grundsatz ist es jedoch so, dass auch das gemeinschaftliche Testament frei widerruflich ist (und bloß der Widerruf einer strengeren Form bedarf, s. § 2271 Abs. 1 BGB). Der Erblasser ist dort nämlich erst ab dem Zeitpunkt des Versterbens des anderen Ehegatten an seine Verfügung gebunden (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB analog). Dass für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ein geringeres Alter genügt als für den Abschluss eines Erbvertrags ist daher ebenfalls nicht widersprüchlich, wenn man der gesetzlichen Systematik den Gedanken zuschreibt, dass die erbrechtliche Bindung des Minderjährigen zu Lebzeiten beider Vertragsschließender bzw. Testierender abgelehnt wird, so *Sammet/Graf Wolffskeel v. Reichenberg* ZEV 2019, 510 (513 ff.). Außerdem gilt die Formvorschrift des § 2233 Abs. 1 BGB ebenfalls (s. *BeckOK/Braun*, § 2267 BGB Rn. 48 ff.).

Erklärung zu fordern.<sup>36</sup> Hinzu kommt, dass mit der Beschränkung der Formwahlfreiheit auf das öffentliche Testament unter Mitwirkung eines Notars zuverlässig sichergestellt werden kann, dass der Wille des Erklärenden eigenverantwortet und nicht fremdbestimmt ist.<sup>37</sup>

Andererseits wird das Selbstbestimmungsrecht in den besonders persönlichkeitsrechtlich relevanten Lebensbereichen generell nicht von der Volljährigkeit abhängig gemacht.<sup>38</sup> Hierzu gehören etwa das Selbstbestimmungsrecht bei der Wahl der eigenen Konfession (gemäß § 5 RKerzG: 14 Jahre), bei der Zustimmung zur Annahme als Kind im Rahmen einer Adoption (vgl. § 1746 BGB: 14 Jahre), bei der Zustimmung zur Organspende (vgl. § 2 Abs. 2 TPG: ab 14 Jahren Vetorecht, ab 16 Jahren Zustimmungsrecht) und bei der Einwilligung in medizinische Eingriffe (regelmäßig wird ein 16-Jähriger einwilligungsfähig sein).<sup>39</sup> Das Vererben steht diesen persönlichen Lebensbereichen in ihrer Bedeutung für den Entscheider nahe.<sup>40</sup>

Außerdem musste der Gesetzgeber berücksichtigen, dass eine beschränkte Testierfähigkeit nicht tunlich ist, weil dies eine Durchbrechung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit darstellen würde. Hierfür spricht sich indessen *Muscheler* aus, der „starke verfassungsrechtliche Bedenken“ gegen den generellen Ausschluss nicht 16-jähriger Minderjähriger äußert.<sup>41</sup> Seiner Meinung nach sollten „in dieser Altersgruppe ganz normal die §§ 106 ff., 1629, 1793 zur Anwendung gebracht werden“.<sup>42</sup> Bereits die Tauglichkeit dieses Vorschlags scheint indessen zweifelhaft. Denn anders als im Rahmen des § 107 BGB kann der Minderjährige nicht an die Gefahren des Testierens herangeführt werden, um die wirtschaftlichen und rechtlichen Folgen abschätzen lernen zu können. Eine

---

<sup>36</sup> Dafür spricht zudem, dass das Bürgerliche Gesetzbuch seit Inkrafttreten an den Abschluss eines Erbvertrags durchweg strengere Formanforderungen aufstellte als an das Errichten eines Testaments gefordert war, s. Protokolle V, S. 379 ff. bei *Horn*, Materialienkommentar, § 2276 BGB Rn. 19 ff.; auch BeckOGK/Röhl, § 2276 BGB Rn. 2 mwN.

Vgl. *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1041): „Da Rechtsgeschäfte unter Lebenden dem Handelnden unmittelbare Nachteile einbringen können, ist es gerechtfertigt (wenn auch nicht zwingend), bei ihnen einen zusätzlichen ‚Sicherheitspuffer‘ vorzusehen. Was der Minderjährige hierdurch an rechtlicher Gestaltungsfreiheit einbüßt, wird ihm durch die Möglichkeit des Handelns mittels seines gesetzlichen Vertreters in anderer Form zurückgegeben.“

<sup>37</sup> So auch die Einschätzung von BeckOGK/*Grziwotz*, § 2233 BGB Rn. 2 f.; *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn 10; *Zimmermann*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Testamentary Formalities, S. 210 ff.; unter ähnlichen Gesichtspunkten *Cypionka* DNotZ 1991, 571 (584 f.); zurückhaltender *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 147. – Die Beschränkung der Formen unterstützt die eigenverantwortliche Entscheidungsfindung des Minderjährigen und ist daher auch nicht verfassungswidrig, wie *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1657 meint.

<sup>38</sup> Vgl. *Spickhoff* FamRZ 2018, 412 ff.

<sup>39</sup> Näher *Spickhoff* FamRZ 2018, 412 (418 ff.); *Lugani* NJW 2020, 1330 mit Fn. 5-8.

<sup>40</sup> Ebenso die Einschätzung der *Law Commission* für das englische Recht, wo um die Herabsetzung des Mindestalters vom 18. auf das 16. Lebensjahr diskutiert wird, vgl. *Law Commission*, Making a will, 8.27.

<sup>41</sup> *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1657: „Der noch nicht 16 Jahre alte Minderjährige wird zwingend nach Gesetz beerbt, mag er selbst noch so einsichtsfähig, mag sein Vermögen noch so groß, mag er es selbst erarbeitet (Sportstar, Sänger, etc.), mag der gesetzliche Erbe noch so ungeeignet oder ungewollt sein, mag sein Verhalten sogar Pflichtteilensziehungsqualität (§§ 2333 ff.) (wenn auch keine Erbunwürdigkeitsqualität, sonst §§ 2339 ff.) besitzen.“

<sup>42</sup> Ebenda.

Erziehungsfunktion kommt den Regeln der Testierfähigkeit von vornherein nicht zu.<sup>43</sup> Außerdem rufe die Zustimmungspflicht durch den gesetzlichen Vertreter einen Interessenkonflikt hervor, wenn gerade diejenigen Personen dem Selbstbestimmungsakt des Minderjährigen zur rechtlichen Wirkung verhelfen sollen, die als gesetzliche Erben erheblich auf die Willensbildung einwirken können.<sup>44</sup> Der Interessenkonflikt besteht zwar nicht, wenn man stets eine gerichtliche Genehmigung für erforderlich hält.<sup>45</sup> Dies wiederum birgt die Gefahr einer Inhaltskontrolle der letztwilligen Verfügung und ist abzulehnen.<sup>46</sup> Andererseits dürfte es sich bei der Testamenterrichtung für den Minderjährigen richtigerweise wohl um ein neutrales Geschäft handeln, sodass wohl ohnehin § 107 BGB in teleologischer Reduktion zur Anwendung käme.<sup>47</sup> Dann könnte aber bereits ein 7-jähriger (§ 106 BGB) wirksam testieren, was keine Zustimmung verdient. Mithin ist auch die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine beschränkte Testierfähigkeit nach dem Vorbild der §§ 106 ff. BGB nicht zu beanstanden.

#### § 4. Folgen von Entmündigung und Betreuung auf die Testierfähigkeit

Nicht nur die geschäftliche Unerfahrenheit und geistige Entwicklungsbedürftigkeit des Menschen zu Beginn seines Lebens werfen Fragen nach der Selbstbestimmungsfähigkeit auf. Der altersbedingte Abbau geistiger und körperlicher Fähigkeiten, infolgedessen der Betroffene auf fremde Hilfe und Fürsorge angewiesen ist, um ein selbstbestimmtes Leben zu führen, wirft die Frage auf, wie die Anordnung einer rechtlichen Betreuung sich auf die Handlungsfähigkeit auswirkt.

##### *I. Testierunfähigkeit infolge Entmündigung nach früherer Rechtslage<sup>48</sup>*

Nach früherer Rechtslage bis zum Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes<sup>49</sup> zum 1. Januar 1992 gab es zwei Rechtsinstitute, mit deren Hilfe die Angelegenheiten eines fürsorgebedürftigen Volljährigen geregelt werden konnten: Die Vormundschaft über Volljährige als umfassendes

<sup>43</sup> Dies ist Normzweck der §§ 106 ff. BGB, s. BeckOK/Wendtland, § 106 BGB Rn. 1; HKK-BGB/Thier, §§ 104-115 Rn. 1; MüKo/Spickhoff, § 104 BGB Rn. 9; Staudinger/Klumpp, § 106 BGB Rn. 1.

<sup>44</sup> S. bereits Motive V, S. 249 bei Horn, Materialienkommentar, § 2229 BGB Rn. 6 [= Mugdan, Materialien V, S. 131]: „Würde bestimmt, die Zuziehung des Vormundes oder Pflegers oder des Inhabers der elterlichen Gewalt sei erforderlich, so wäre die freie Willensbestimmung des Verfügenden gefährdet.“

<sup>45</sup> Vgl. Lange, Denkschrift, S. 19. Dies schließt Muscheler, aaO., indes generell aus.

<sup>46</sup> Im Erg. ebenso Lange, Denkschrift, S. 19.

<sup>47</sup> So die Argumentation von Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 142 mit Fn. 67; Löhnig, in: FS Bengel/Reimann, S. 238. Vgl. auch den Umkehrschluss zu MüKo/Musielak, 6. Auflage 2013, § 2275 BGB Rn. 6 f.

<sup>48</sup> Umfassend zu den Hintergründen der Betreuungsrechtsreform siehe BT-Drucks. 11/4528; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 78; G. Müller, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, § 2 (S. 33-47); Staudinger/Bienwald, Vorbemerkung zu §§ 1896 BGB Rn. 1 ff; zur rechtshistorischen Entwicklung ferner Thier, in: Schmoekkel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 75 ff.

<sup>49</sup> Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige vom 12.9.1990 (= BGBl. I 1990, S. 2002).

und die Gebrechlichkeitspflegschaft als partielles Instrument der Fürsorge für die Person und das Vermögen eines anderen.<sup>50</sup>

Voraussetzung der Vormundschaft war die Entmündigung des Betroffenen (§ 1896 BGB aF). Gemäß § 6 Abs. 1 BGB aF konnte entmündigt werden, wer (Nr. 1) in Folge von Geisteskrankheit oder von Geistesschwäche seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag; (Nr. 2) wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt; oder (Nr. 3) wer in Folge von Trunksucht oder Rauschgiftsucht seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Nothstandes aussetzt oder die Sicherheit Anderer gefährdet. Die Entmündigung des Betroffenen ist gerichtlich und nur auf Antrag ausgesprochen werden. Sie führte stets und für alle Beteiligten zur Geschäftsunfähigkeit im Falle der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (§ 104 Nr. 3 BGB aF) und zur Beschränkung der Geschäftsfähigkeit nach dem Vorbild der Vorschriften zum Minderjährigenschutz im Falle der Entmündigung wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht (§ 114 BGB aF). Zugleich konnte gemäß § 2229 Abs. 3 S. 1 BGB (in der Fassung von 1953) ein Testament nicht errichten, wer entmündigt ist,<sup>51</sup> wobei schon die Stellung des gerichtlichen Antrags, auf Grund dessen später die Entmündigung ausgesprochen wurde, zur Testierunfähigkeit führte, § 2229 Abs. 3 S. 2 BGB aF. Allerdings konnte derjenige, der nur wegen Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht entmündigt worden ist, ein vor der Entmündigung errichtetes Testament widerrufen (§ 2253 Abs. 2 BGB aF).<sup>52</sup> Ob der Entmündigte tatsächlich in der Lage war, die Bedeutung seiner Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, war gleichgültig, solange die Entmündigung nicht gemäß § 6 Abs. 2 BGB aF gerichtlich aufgehoben worden war.<sup>53</sup>

Gebrechlichkeitspflegschaft dagegen wurde nach § 1910 Abs. 2 und 3 BGB aF angeordnet, wenn ein Volljähriger, der nicht unter Vormundschaft steht, in Folge geistiger oder körperlicher Gebrechen einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten, insbesondere seine Vermögensangelegenheiten, nicht zu besorgen vermag, und in die Anordnung einwilligte. Anders als die Entmündigung des Betroffenen hatte die Anordnung der Gebrechlichkeitspflegschaft keinen Einfluss auf Geschäfts-, Ehe- und Testierfähigkeit des Betroffenen. Sie begründete keine Vermutung der Testierunfähigkeit und

<sup>50</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 42 f.

<sup>51</sup> § 2229 Abs. 3 BGB regelte in der Fassung bis zur Ausgliederung in das TestG 1938, dass testierunfähig ist, wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist. Dass jemand, der infolge Geisteskrankheit entmündigt ist, ein Testament nicht errichten kann, ergab sich nach damaliger Rechtslage bereits aus dem direkt anwendbaren § 104 Nr. 3 BGB alter Fassung. Seit 1953 mit Wiedereingliederung in das BGB stellte § 2229 Abs. 3 BGB schlicht auf den Tatbestand der gerichtlich ausgesprochenen Entmündigung ab. Näher zur Gesetzeshistorie bereits § 2.II.

<sup>52</sup> Diese Ausnahme ist widersprüchlich und wurde mit dem – kaum überzeugenden – Argument der familiären Pflichtenbindung und der Wiederherstellung der gesetzlichen Erbfolge begründet, vgl. *Lange*, Denkschrift, S. 34 f.

<sup>53</sup> Statt aller MüKo/*Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 16; siehe auch BeckOGK/*Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 28; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 26. Nach hM sind „lichte Zwischenräume“ daher ebenfalls nicht berücksichtigt worden, s. nur BT-Drucks. 11/4528, S. 45.

lieferte auch kein Indiz (im Sinne einer bestimmten Wahrscheinlichkeit), gab aber einen Anhaltspunkt bzw. Anlass zur Prüfung.<sup>54</sup>

## II. Reform durch das Betreuungsgesetz

Ausweislich der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige stellte die Entmündigung „wegen ihrer automatischen Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit einen unverhältnismäßige[n] und zu starre[n] Eingriff“ in die Handlungsfreiheit des Betroffenen dar.<sup>55</sup> Grund hierfür sei, dass verbleibende Selbstbestimmungsfähigkeiten nicht ausreichend berücksichtigt werden könnten und Rehabilitationsmöglichkeiten gestört würden. Die Entmündigung einer Person führe zu Stigmatisierung und Diskriminierung, was insbesondere an der für den Betroffenen besonders sensiblen, weil persönlichkeitsrechtlich relevanten Versagung der Ehe- und Testierfähigkeit erkennbar werde.<sup>56</sup>

Die Betreuungsrechtsreform machte sich dementsprechend zum Ziel, die Betroffenen in ihrer Eigenschaft als kranke und behinderte Mitbürger ernst zu nehmen sowie ihre Rechte und ihre verfahrensrechtliche Position zu stärken. Zur Erreichung dieses Zwecks wurden die Vorschriften der Vormundschaft über Entmündigte und über die Gebrechlichkeitspflegschaft durch das neue einheitliche Institut der Betreuung ersetzt.<sup>57</sup> Die Betreuung sollte fortan keine Bedeutung mehr für die Möglichkeiten des Betroffenen zur Teilnahme am Rechtsverkehr haben.<sup>58</sup>

Nach aktueller Rechtslage wird niemand dadurch, dass ihm ein Betreuer bestellt wird, geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig. Und umgekehrt setzen betreuungsrechtliche Maßnahmen nicht notwendigerweise die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen voraus.<sup>59</sup> Der erwachsene Betreute ist befugt, für sich selbst rechtsgeschäftlich zu handeln, wenn nicht im

<sup>54</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/4528, S. 39. Zur fehlenden Auswirkung auf die Testierfähigkeit s. BayObLGZ 1982, 309; BayObLG NJW-RR 1990, 202; FamRZ 1988, 1099; zur Geschäftsfähigkeit bereits RGZ 52, 223. Ferner MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 16.

Diese Rechtsansicht ist historisch gesehen nur konsequent, besinnt man sich darauf zurück, dass die Gebrechlichkeitspflegschaft für solche Personen angeordnet werden sollte, deren Willens- und Handlungsfähigkeit nicht ausgeschlossen ist, vgl. *Mugdan*, Materialien IV, S. 652 = Motive IV, S. 1229. – Allerdings konnte eine Zwangspflegschaft im Ergebnis nur angeordnet werden, wenn der Betroffene geschäftsunfähig war (§ 1910 Abs. 3 BGB aF). Dazu BGH NJW 1961, 1397; NJW 1967, 2404 (2406); NJW 1978, 992; *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, S. 155 f.

<sup>55</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 49. Bereits zuvor äußerte *Canaris* JZ 1987, 993 (999 f.) verfassungsrechtliche Bedenken („Skandal“) gegen die generelle Testierunfähigkeit derjenigen, die infolge ihrer Entmündigung im Rechtsverkehr unter Lebenden beschränkt geschäftsfähig waren (§§ 2229 Abs. 3, 114 BGB aF).

<sup>56</sup> Ebenda.

<sup>57</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 52.

<sup>58</sup> Siehe eingehend die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 11/4528, S. 59 ff. Deshalb bestimmte Art. 1 Nrn. 1, 2 b), 3, 45 b) BtG, dass §§ 6, 104 Nr. 3, 114 BGB sowie § 2229 Abs. 3 BGB alter Fassung aufgehoben werden.

<sup>59</sup> Jemand der aufgrund einer körperlichen Beeinträchtigung betreuungsbedürftig ist, wird regelmäßig in der Lage sein, eine rechtsgeschäftliche Erklärung einsichtig und selbstverantwortet abzugeben, vgl. *Schmidt-Recla*, in: Lindner (Hrsg.), Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht, S. 12.

Einzelfall die Voraussetzungen der §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB vorliegen und bewiesen werden. Gleichzeitig kann es im Rechtsverkehr unter Lebenden zu einer Doppelkompetenz kommen, weil der Betreuer gemäß § 1823 BGB zur Vertretung des Betreuten innerhalb seines Aufgabenkreises befugt ist.<sup>60</sup> Außerdem kann, soweit dies zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, gerichtlich angeordnet werden, dass dessen rechtsgeschäftliche Erklärungen zu ihrer Wirksamkeit der Einwilligung des Betreuers bedürfen (Einwilligungsvorbehalt), vgl. § 1825 BGB.<sup>61</sup> Indes gilt der Grundsatz der formellen und materiellen Höchstpersönlichkeit, weshalb sich der Einwilligungsvorbehalt per se nicht auf erbrechtliche Rechtsgeschäfte erstreckt (§ 1825 Abs. 2 BGB).

Die Streichung von § 2229 Abs. 3 BGB aF hat zur Folge, dass es nach § 2229 Abs. 4 BGB immer darauf anzukommen hat, ob der Testierende tatsächlich hinreichend selbstbestimmungsfähig ist. Die rechtliche Betreuung berührt die Testierfähigkeit des Betroffenen nicht; als solche ist sie auch kein Indiz für Testierunfähigkeit (im Sinne einer bestimmten Wahrscheinlichkeit). Vielmehr gilt auch für den Betreuten die Vermutung, dass er in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Gleichwohl wird die Anordnung der Betreuung regelmäßig Anlass zur Prüfung (z.B. durch den Notar im Rahmen von § 28 BeurkG) geben.<sup>62</sup> Der Betreute darf sich zur Errichtung des Testamentes anders als der Minderjährige zudem aller Formen (einschließlich des eigenhändigen Testamentes) bedienen.

Freilich ist es häufig so, dass Geschäfts- / Testierunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit nebeneinander bestehen. Nach § 1814 Abs. 1 BGB wird für einen Volljährigen ein Betreuer bestellt, wenn er auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Nun ist allerdings zu berücksichtigen, dass „gegen den freien Willen“ des Betroffenen ein Betreuer nicht bestellt werden darf, Abs. 2.<sup>63</sup> Nach ständiger Rechtsprechung des

---

<sup>60</sup> Zu hiermit verbundenen Problemen s. *G. Müller*, *Betreuung und Geschäftsfähigkeit*, S. 54 ff., S. 64; *von Sachsen Gessaphe*, *Der Betreuer*, S. 172 ff.

<sup>61</sup> Die Anordnung des Einwilligungsvorbehalts berührt die natürliche Geschäftsfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB) des Betreuten ebenfalls nicht, s. statt vieler *Grüneberg/Götz*, § 1903 Rn. 10; *Löhnig/Schärfl* AcP 204 (2004), 25 (31); *G. Müller*, *Betreuung und Geschäftsfähigkeit*, S. 72 ff.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 325 (368 f.). Die Wirksamkeit seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung hängt jedoch von der Mitwirkung des Betreuers ab, sofern die Erklärung rechtlich nachteilig im Sinne von § 1903 Abs. 3 BGB ist.

<sup>62</sup> Zur Vermutung der Testierfähigkeit des Betreuten, s. *BayObLG FamRZ* 1994, 593; *OLG Frankfurt a.M. FamRZ* 1996, 635; *BeckOK/G. Müller-Engels*, § 1896 BGB Rn. 35; *BeckOGK/Schmidt-Recla*, § 1896 BGB Rn. 19; *Grüneberg/Weidlich*, § 2229 Rn. 11; *Hahn FamRZ* 1991, 27; *MüKo/Schneider*, § 1896 BGB Rn. 156; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 17.

<sup>63</sup> § 1896 Abs. 1a BGB aF kodifiziert die ständige Rechtsprechung des *BayObLG*, vgl. *BayObLGZ* 1993, 18; 1993, 63; 1994, 209; 1994, 387; *FamRZ* 1993, 851; 1994, 720 (721); 1995, 116; 1995, 1085; 1995, 1296; 1996, 897. Siehe auch *BVerfG NJW* 2010, 3360 (3361): „Die Bestellung eines Betreuers, ohne dass hinreichende Tatsachen für eine Beeinträchtigung des freien Willens vorliegen, verletzt deshalb das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 2 I GG.“

In der Literatur wird vertreten, diese faktische Übernahme des Modells der Gebrechlichkeitspflegschaft widerspreche der Grundintention der Betreuungsrechtsreform, s. *Holzhauser FamRZ* 1995, 1463 (1464 ff.); *von Sachsen Gessaphe*, *Der Betreuer*, S. 397 f.

Bundesgerichtshofs ist der Begriff der freien Willensbestimmung im Sinne von § 1896 Abs. 1a BGB aF (bzw. § 1814 Abs. 2 BGB nF) und § 104 Nr. 2 BGB im Kern deckungsgleich. Die beiden jeweils entscheidenden Kriterien sind dabei die Einsichtsfähigkeit des Betroffenen, die für und wider eine Betreuerbestellung sprechenden Gesichtspunkte erkennen und gegeneinander abzuwägen zu können, und die Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln.<sup>64</sup> Das heißt, dass in den Fällen der zwangsweisen gerichtlichen Anordnung der Betreuung gegen die Willensäußerung des Betreuten häufig von dessen Geschäftsunfähigkeit auszugehen ist.<sup>65</sup>

### § 5. Die Kriterien natürlicher Testierfähigkeit

Der Vollendung des Mindestalters zur Teilnahme am Rechtsverkehr folgt die Mündigkeit. Die Rechtsordnung muss folgenderweise darauf reagieren, dass Einzelne aus tatsächlichen Gründen in ihrer Fähigkeit zu eigenverantwortlichen Entscheidungen beeinträchtigt sind. Der formalen Komponente steht daher eine korrektive Komponente der *Testierunfähigkeit im Einzelfall* entgegen, deren materielle Voraussetzungen durch den § 2229 Abs. 4 BGB erfasst werden. Hiernach ist testierunfähig, 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. Das Gesetz enthält hier abstrakte Anforderungen an die erforderliche geistige Verfassung des Erblassers, welche der juristischen Auslegung unterworfen sind. Denn die Begriffe der „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“ oder „Bewusstseinsstörung“ sind Rechtsbegriffe, obwohl sie in gewisser Hinsicht von der medizinischen Fachdiskussion abhängig sind. Für die Subsumtion kommt es deshalb nicht darauf an, welche Krankheit beim Betroffenen diagnostiziert wurde, sondern darauf, ob die geistige Störung des Betroffenen grundsätzlich zu einem Ausschluss der freien Willensbestimmung führen kann.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> BGH FGPrax 2011, 119; NJW-RR 2014, 770 (771); NJW-RR 2016, 643. Vgl. bereits BT-Drucks. 15/2494, S. 28.

<sup>65</sup> Vgl. *Bürgle* NJW 1988, 1881 (1883 f.); *BeckOGK/Schmidt-Recla*, § 1896 BGB Rn. 6 ff.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 78 Rn. 29 f.; *Janda* FamRZ 2013, 16 (17); *Jürgens/Jürgens*, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 13; *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, S. 126 f., 155 ff.; *BeckOK/G. Müller-Engels*, § 1896 BGB Rn. 39 f.; *MüKo/Schneider*, § 1896 BGB Rn. 153; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 49 ff.; *Staudinger/Bienwald*, § 1896 BGB Rn. 33 ff. – Anders *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht, § 1896 BGB Rn. 10, wonach der natürliche Willen genüge.

Zu beachten ist aber die Argumentation des BGH FamRZ 2016, 2745 (2476 f.), wonach „ohne Weiteres denkbar [ist], dass es dem Betroffenen zwar am freien Willen hinsichtlich der Betreuung fehlt, er aber gleichwohl in vollem Umfang geschäftsfähig ist. Denn die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsicht- und Steuerungsfähigkeit muss sich nicht auf die Betreuung, sondern auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen [...] beziehen.“; außerdem *Lipp*, in: Susanne Beck (Hrsg.), Krankheit und Recht, S. 178 mwN.

<sup>66</sup> RGZ 130, 69 (71); 162, 223 (229); BGH NJW 1961, 2061; BayObLG RPflegler 1985, 239; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064; *Kruse* NotBZ 2001, 405 (407); *von Morgen/Cording*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 26; *Schmoedel* NJW 2016, 433 (434); *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 9; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 34; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 11; *Zimmermann* BWNZ 2000, 97 (98).

Betrachtet man den Wortlaut näher, gibt es zwei Erfordernisse, sodass die Prüfung der Testierunfähigkeit demgemäß zweistufig erfolgt. Zunächst muss eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit des Erblassers (Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Bewusstseinsstörung) im Zeitpunkt der Errichtung<sup>67</sup> der letztwilligen Verfügung vorgelegen haben. Wurde beim Erklärenden keine Geisteskrankheit oder sonstige psychische Störung diagnostiziert, kann ein Gericht diesen niemals für testierunfähig befinden. Aus der bloßen Diagnose einer geistigen Krankheit folgt gleichwohl nicht das Gegenteil, sondern es muss zweitens die rechtliche Willensbestimmungsfähigkeit des Erklärenden infolge dieser Beeinträchtigung ausgeschlossen gewesen sein.<sup>68</sup> Testierunfähig ist derjenige, „dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen [...] derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr sich den genannten regelwidrigen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden.“<sup>69</sup>

### *I. Abwesenheit von geistigen Störungen*

Das Gesetz unterscheidet in § 2229 Abs. 4 BGB zwischen drei Ursachen für Testierunfähigkeit. Allen Zuständen der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“, „Geistesschwäche“ oder „Bewusstseinsstörung“ ist eines gemeinsam. Die Testierunfähigkeit setzt eine geistige Beeinträchtigung des Erblassers voraus. Oder umgekehrt formuliert, setzt Testierfähigkeit die Abwesenheit von geistigen Insuffizienzen<sup>70</sup> bzw. geistigen Anomalien voraus, die die rechtliche Willensbildungsfähigkeit des Erblassers beeinträchtigen.

Körperliche Beeinträchtigungen und Gebrechen des Erklärenden können dagegen nicht zur Testierunfähigkeit führen, wenn sie nicht mit einer psychischen Beeinträchtigung des Erblassers einhergehen. Freilich ergeben sich gewisse körperliche Mindestanforderungen

---

Die Begriffe entsprechend denen der modernen Medizin ohnehin nicht, vgl. *Cording* ZEV 2010, 115 (116); *Wetterling* ErbR 2010, 345.

<sup>67</sup> Änderung und Aufhebung eines Testamentes sind auch rechtsgeschäftliche Erklärungen. Der Erblasser muss dort also ebenfalls testierfähig sein, damit seine Handlung rechtlichen Erfolg hat, vgl. *Grüneberg/Weidlich*, § 2253 Rn. 2, § 2255 Rn. 4 für den Fall der körperlichen Vernichtung oder Veränderung einer früheren letztwilligen Verfügung. Näher *van Oertzen/Windeknecht* ZEV 2019, 8.

<sup>68</sup> Allg. Meinung; vgl. neben den Nachweisen in voriger Fußnote etwa *Brah*, Feststellung, S. 27; *Cording* ZEV 2010, 115; *Damrau/Tanck/Trappe/Plottek*, § 2229 BGB Rn. 11; *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 4; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 3; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, § 104 BGB Rn. 61; *Soergel/J. Mayer*, [2003] § 2229 BGB Rn. 6; *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 4.

<sup>69</sup> So die Definition des Tatbestandsmerkmals der freien Willensbestimmung i.S.v. § 104 Nr. 2 BGB durch RGZ 162, 223 (228) [Rechtschreibung aktualisiert vom Verf.]. Auf das Merkmal der dauernden Beeinträchtigung ist im Zusammenhang mit § 2229 Abs. 4 BGB zu verzichten.

<sup>70</sup> Der Begriff „Insuffizienz“ ist nicht in einem klinischen Sinne zu verstehen, sondern eher als Anomalie, sofern man unter „Freiheit der Willensbestimmung“ die „normale Bestimmbarkeit einer Person durch vernünftige Erwägungen“ versteht [so RGZ 103, 399 zur Geschäftsfähigkeit]. – Klinisch bedeutet „Insuffizienz“ dagegen eine Schwäche oder Versagen eines Organs oder Organsystems im Sinne einer nachlassenden oder erlöschenden Funktion [Psychyrembel, *Klinisches Wörterbuch*, Stichwort: Insuffizienz].

daraus, dass der letzte Wille formgerecht erklärt werden muss. Kann der Erblasser die vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht erfüllen, spricht man von faktischer Testierunfähigkeit.<sup>71</sup> Zwar wurden die Testiermöglichkeiten für Mehrfachbehinderte – angestoßen durch das Bundesverfassungsgericht<sup>72</sup> – erleichtert, es bleiben jedoch diejenigen Mehrfachbehinderten, mit denen auch mithilfe einer gemäß § 24 BeurkG hinzugezogenen Vertrauensperson keine Verständigung möglich ist, faktisch testierunfähig.<sup>73</sup> Im Übrigen werden körperliche Beeinträchtigungen von der Rechtsordnung nur berücksichtigt, wenn sie den Erblasser für Fremdbestimmung anfällig machen.<sup>74</sup>

### 1. Krankhafte Störung der Geistestätigkeit und Geistesschwäche

Der Begriff der Geistestätigkeit umfasst alle psychischen Vorgänge und Abläufe einer Person. Krankhafte Störungen der Geistestätigkeit sind alle geistig-seelischen Anomalien von einigem Gewicht, auch wenn sie nur vorübergehend bestehen.<sup>75</sup> Hierunter werden sowohl die „Geisteskrankheit“ als auch die „Geistesschwäche“ subsumiert. Der Unterschied zwischen beiden Formen einer Störung der Geistestätigkeit ist nur gradueller Art.<sup>76</sup>

Geisteskrankheit ist hierbei die Sammelbezeichnung für jede psychische Störung erheblichen Ausmaßes.<sup>77</sup> Im Folgenden werden – notwendigerweise exemplarisch – als Orientierungshilfe einige Krankheiten aufgelistet, die möglicherweise nach einer Bewertung des Gesamtbildes des Erblassers zu einer Einschränkung der Willensfreiheit führen können.<sup>78</sup> Zu ihnen können insbesondere jegliche Formen der Demenz ab einem gewissen fortgeschrittenen Stadium<sup>79</sup>

<sup>71</sup> In diesen Fällen ist der Erblasser möglicherweise bei voller geistiger Kapazität. Nichtsdestotrotz ist jede Erklärung, die er abgibt oder abzugeben versucht, nach § 125 S. 1 BGB nichtig.

<sup>72</sup> BVerfGE 99, 341; hierzu *Neuner* NJW 2000, 1822; *Rossack* DNotZ 1999, 409 (416 ff.).

<sup>73</sup> Genauer *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 17 ff; *von Morgen/Cording*, in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 18 ff; außerdem *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 5.

<sup>74</sup> Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 176 ff. Näher unten § 5.II.2.

<sup>75</sup> *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 36; *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 10; *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 6.

<sup>76</sup> Allg. Meinung, vgl. RGZ 130, 71; RGZ 162, 228; BGH WM 1965, 895; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064; OLG München FamRZ 2010, 756. Aus dem Schrifttum nur *MüKo/Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 44; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 35 f. mwN. – Kritisch aber *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 10.

<sup>77</sup> *Psyhyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Geisteskrankheit.

<sup>78</sup> Siehe auch die Auflistungen von *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 23-27; *Damrau/Tanck/Trappe/Plottek*, § 2229 BGB Rn. 13-17; § 2229 BGB Rn. 13; *von Morgen/Cording*, in: *Groll/Steiner* (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 26 f.; *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 17; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 19 f; *Voit*, in: *Bengel/Reimann/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 13.

Für umfassende Darstellungen aus der Gutachtenpraxis Sachverständiger siehe *Cording/Nedopil*, Psychiatrische Begutachtungen im Zivilrecht, S. 29 ff.; *Wetterling*, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, S. 47 ff; *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: *Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer* (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, S. 544 ff.

<sup>79</sup> Zumindest mittelschwere und schwere Demenz führen in der Regel zu Testierunfähigkeit, vgl. *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (47 f.); *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 17; *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 23 mwN.

Eine Darstellung der Testierfähigkeit Demenzkranker mit umfassenderen Nachweisen folgt bei § 6.

(neurodegenerative Demenz vom Typ Alzheimer<sup>80</sup>, vaskuläre Demenz<sup>81</sup>, Demenz bei Parkinson-Syndrom, Lewy-Body-Demenz u.v.a.) sowie altersbedingte Arteriosklerose (Zerebralsklerose)<sup>82</sup>, schizophrene Psychosen<sup>83</sup>, manische Depression<sup>84</sup> und paranoide Wahnvorstellungen<sup>85</sup> eingeordnet werden.

Unter einer Geistesschwäche werden graduell minder schwere, oft dauerhaft irreversible Zustände verstanden, wie etwa schwere und schwerste Intelligenzminderung<sup>86</sup> oder Residualzustände nach Psychosen oder hirnanorganischen Schädigungen.<sup>87</sup> Die Aufnahme dieses Tatbestandsmerkmals in den Tatbestand des § 2229 Abs. 4 BGB ist überflüssig, weil die relevanten Krankheiten und Störungen bereits vom Oberbegriff der Störung der Geistestätigkeit erfasst werden.<sup>88</sup>

## 2. Bewusstseinsstörung

Der Begriff der „Bewusstseinsstörung“ ist synonym mit dem Begriff der „Bewusstlosigkeit“ im Sinne von § 105 Abs. 2 BGB.<sup>89</sup> Nach einhelliger Meinung gibt jener die dahinterstehende juristische Wertung besser wieder, denn unter Bewusstlosigkeit i.S.v. § 105 Abs. 2 BGB ist keineswegs das völlige Fehlen eines Bewusstseins zu verstehen. Andernfalls bestünde ohnehin keine Möglichkeit, eine wirksame Willenserklärung abzugeben.<sup>90</sup> Voraussetzung ist vielmehr eine – nicht notwendigerweise in einem klinischen Sinne krankhafte – erhebliche Bewusstseinsstörung und Beeinträchtigung des Bewusstseins, die das Erkennen vom Inhalt und Wesen der eigenen Handlung ganz oder zumindest in einer bestimmten Richtung

<sup>80</sup> Vgl. OLG München NJW-RR 2008, 164; BayObLG FamRZ 1998, 515; 1999, 819; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064; ferner *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (104 f.); *Kruse* NotBZ 2001, 448 ff.

<sup>81</sup> BayObLG FamRZ 2005, 555; FamRZ 2005, 2019; OLG Hamburg ErbR 2019, 36; OLG Bamberg ErbR 2015, 314; OLG Jena NJW-RR 2005, 1247.; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 870.

<sup>82</sup> BGH NJW 1951, 481; BayObLG FamRZ 1985, 314; FamRZ 1990, 810; NJW-RR 1991, 1098; FamRZ 1996, 969; OLG Stuttgart BWNNotZ 1978, 89; OLG Celle DNotZ 1962, 657.

<sup>83</sup> Etwa BayObLG RPflegler 1984, 317 (dort abgelehnt); *Kruse* NotBZ 2001, 448 (451).

<sup>84</sup> RG WarnR 1928 Nr. 167; OLG Hamm FGPrax 2021, 226; BWNNotZ 2020, 256; vgl. *Kruse* NotBZ 2001, 448 (452).

<sup>85</sup> Zum Beispiel BayObLG NJW-RR 2000, 6; BayObLGZ 1962, 219; 1991, 59; OLG München ErbR 2021, 870; OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2018, 468; OLG Jena NJW-RR 2005, 1247; OLG Celle NJW-RR 2003, 1093. Zusammenfassend unter Darstellung der relevanten Kriterien *Wetterling* ErbR 2018, 10.

<sup>86</sup> OLG Köln MDR 2011, 649; OLG Köln MDR 1975, 1017; vgl. auch BayObLG NJW-RR 2005, 1025; KG NZFam 2014, 422.

<sup>87</sup> Insgesamt *Cording* ZEV 2010, 115 (116); *Wetterling* 2016, 50 (107 ff.); *Wetterling* ErbR 2010, 345.

<sup>88</sup> Siehe zur Gesetzeshistorie bereits § 2.II. Anders – aber ohne inhaltliche Auswirkungen in der Sache – *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. 1, Rn. 1659, 1662: „Die ‚krankhafte Störung der Geistestätigkeit‘ des § 2229 Abs. 4 ist enger als diejenige des § 104 Nr. 2, und zwar deshalb, weil zu ihr, anders als bei § 104 Nr. 2, nicht auch die ‚Geistesschwäche‘ zählt.“

<sup>89</sup> *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. 1, Rn. 1662; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 38 mwN.

<sup>90</sup> Es fehlt der Handlungswille, vgl. RGZ 74, 110 f. Aus dem Schrifttum statt aller *Grüneberg/Ellenberger*, § 105 Rn. 2; *MüKo/Spickhoff*, § 105 BGB Rn. 32 mwN.; *NK-BGB/Kunz/Baldus*, § 105 Rn. 3; *Staudinger/Klump*, § 105 BGB Rn. 25 mwN.

ausschließt.<sup>91</sup> Unter die Bewusstseinsstörung werden beispielsweise Volltrunkenheit<sup>92</sup>, wie generell Rauschzustände (infolge Drogenkonsums oder der Einnahme von Medikamenten) subsumiert. Weitere Fälle können etwa Hypnose, manische seelische Depression, epileptische Anfälle/Dämmerzustände, hochgradiger Fieber oder Erschöpfung sein.<sup>93</sup>

## II. *Ausschluss der rechtlichen Willensbestimmungsfähigkeit*

Vorstehend genannte Beispiele geben zwar einen Überblick über häufig relevante geistige Störungen. Für die Beurteilung der Testierunfähigkeit ist die genaue medizinische Diagnose der geistigen Störung bzw. des Syndroms dagegen nur von untergeordneter Bedeutung. Gleichgültig ist, ob die geistige Störung angeboren ist oder sich im Laufe des Lebens entwickelt hat, ob sie auf exogene oder endogene Ursachen zurückzuführen, ob sie dauerhaft oder vorübergehend, reversibel oder irreversibel ist sowie generell auf welchen Ursachen das Syndrom beruht.<sup>94</sup> Die Krankhaftigkeit der Geistesstörung zu beurteilen, ist nämlich Aufgabe des Richters und nicht des Arztes. Der empirisch gewonnene psychiatrisch-psychologische Befund dient dem Gericht als Grundlage für die Subsumtion unter das aus rechtlicher Sicht entscheidende Merkmal des Ausschlusses der freien Willensbestimmungsfähigkeit. Die medizinischen Krankheitsbegriffe haben nur eine Hilfsfunktion.<sup>95</sup>

Die Geschäftsfähigkeit ist die rechtliche Fähigkeit zur Äußerung eines rechtlich erheblichen Willens und die Testierfähigkeit ist dementsprechend die Fähigkeit, ein Testament wirksam errichten, ändern oder aufheben zu können. Besinnt man sich auf die gemeinsame Funktion der Geschäfts- und der Testierfähigkeit zurück, wird verständlich, warum die Feststellung der Testierunfähigkeit eine juristische und nicht eine medizinische Entscheidung ist. Während grundsätzlich jeder Mensch gewisse Wünsche, Begierden oder Neigungen hat, können im Interesse eines funktionierenden Rechtsverkehrs nur solche Willenserklärungen Rechtsfolgen auslösen, die Ausdruck einer selbstverantworteten Entscheidung des Erklärenden sind. Eine selbstverantwortete Entscheidung setzt nun aber voraus, dass der Erklärende in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung zu verstehen, weil ihn die Willenserklärung im Rechtsverkehr grundsätzlich bindet. Aber auch ohne den Aspekt der Bindung an die abgegebene Willenserklärung wäre es sinnwidrig, an den Willen einer Person

<sup>91</sup> BGH WM 1972, 972; OLG Hamm ZEV 1997, 75; Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 38; Staudinger/Klumpp, § 105 BGB Rn. 25 f.

<sup>92</sup> § 2 Abs. 2 TestG nannte Volltrunkenheit als Regelbeispiel. – Vgl. BGH WM 1972, 972; OLG Nürnberg NJW 1977, 1496. Eine absolute Grenze für das Vorliegen des Zustands der Bewusstseinsstörung gibt es naturgemäß nicht, weil es um die Beeinträchtigung der rechtlichen Willensbildungsfähigkeit der konkreten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt geht, vgl. Staudinger/Klumpp, § 105 BGB Rn. 26 mit umfassenden Nachweisen.

<sup>93</sup> Vgl. nur BeckOGK/Grziwotz, § 2229 BGB Rn. 26; MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 32. Siehe ferner Wetterling ErbR 2010, 345; ders. ErbR 2015, 179; Herzog ZErB 2016, 36 (39).

<sup>94</sup> Statt aller Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 30.

<sup>95</sup> Vgl. W. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 8 mit Fn. 19. Die Diagnose einer geistigen Störung ist erforderlich für die Feststellung der Testierunfähigkeit, aber nicht hinreichend.

rechtliche Wirkungen zu knüpfen, sofern sie nicht hinreichend überlegt und verständlich handeln kann. In Abwesenheit dieses geistigen Vermögens, wird der betroffenen Person zwar nicht der Wille aberkannt, er findet aber rechtlich – also im Rechtsverkehr – grundsätzlich keine Berücksichtigung, d.h. er löst weder Rechtsfolgen noch eine Bindungswirkung aus.<sup>96</sup> Deshalb sind letztlich nur die Auswirkungen der geistigen Störung auf die so verstandene Willensfreiheit des Betroffenen entscheidend, während die gesetzlichen Vorschriften vernünftigerweise von der zugrundeliegenden Diagnose bzw. medizinischen Krankheit abstrahiert worden sind.<sup>97</sup>

Das entscheidende rechtliche Kriterium ist folglich der Ausschluss der freien Willensbestimmung im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB, welches in § 2229 Abs. 4 BGB dahingehend präzisiert ist, dass es auf die Fähigkeit des Erklärenden ankommt, die Bedeutung einer von ihm abgegeben Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Ein Sachverständigengutachten, welches keine dahingehenden Angaben enthält, bildet für das Gericht keine tragfähige Entscheidungsgrundlage.<sup>98</sup>

### *1. Einsichtsfähigkeit*

Der Erblasser muss grundsätzlich zu einer vernünftigen, reflexiven Entscheidung fähig sein. Er muss in der Lage sein, „die für und gegen eine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe abzuwägen und sich aus eigener Überlegung, frei von Einflüssen Dritter, ein klares Urteil zu bilden.“<sup>99</sup> Nach ständiger Rechtsprechung muss die Einsichtsunfähigkeit nicht darin zutage treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellungen von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt sowie Rechtsfolgen, insbesondere von Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen, zu machen vermag. Sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Eine nur vage Vorstellung von der Errichtung eines Testaments oder dessen Inhalts genügt für die Testierfähigkeit demnach nicht.<sup>100</sup> Nach herrschend vertretener Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum wird eine an der

---

<sup>96</sup> Vgl. *Leenen*, AT, § 6 Rn. 77: „Das Gesetz spricht dem Geschäftsunfähigen die Fähigkeit ab, den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts zu schaffen.“

<sup>97</sup> *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 8.

<sup>98</sup> BayObLG NJW 1992, 2100.

<sup>99</sup> OLG München DNotZ 2008, 296 (297); ZEV 2017, 148 (149). Vgl. auch BGH FamRZ 1958, 127; NJW 1959, 1822; BayObLGZ 1962, 219 (223); 1999, 205 (211); 2004, 237 (241); OLG München ErbR 2021, 870; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 870.

<sup>100</sup> Vgl. [neben den Nachweisen in voriger Fußnote noch] OLG Rostock ZEV 2009, 332; OLG Frankfurt a.M. FamRZ 1996, 635; OLG Köln NJW-RR 1994, 396; OLG Hamm FamRZ 1989, 439; ZEV 1997, 75; OLG Jena ZEV 2005, 343.

Schwierigkeit des konkreten Rechtsgeschäfts ausgerichtete (sog. relative) Geschäfts- / Testierfähigkeit nicht anerkannt.<sup>101</sup>

a) *Verhältnis zum Motivirrtum*

Wenn nun vom Erblasser gefordert wird, dass er die Motive der letztwilligen Verfügung erfassen können muss, fragt sich, wie sich die Testierfähigkeit mit ihrer Nichtigkeitsfolge zur Anfechtbarkeit eines grundsätzlich wirksamen Testaments wegen eines Motivirrtums (§ 2078 Abs. 2 BGB) verhält. Im Ausgangspunkt geht es beiden Rechtsinstituten nämlich um die Sicherung des Selbstbestimmungsrechts.

Das Bayerische Oberste Landesgericht äußerte sich in einem Beschluss vom 24. Oktober 2001 dahingehend, dass irrtumsbedingte Vorstellungen des Erblassers, die nicht das Ausmaß krankhafter Wahnideen erreichen, zur Anfechtbarkeit des Testaments wegen eines Motivirrtums führen können.<sup>102</sup> Im Sachverhalt hatte eine hochbetagte Erblasserin ihren Neffen, ihr einziger gesetzlicher Erbe, der wenige Monate zuvor noch mit einem großzügigen Miterbanteil bedacht worden war, enterbt. Nach ihrem Tod machte der Neffe im Erbscheinsverfahren geltend, dass das spätere Testament unwirksam sei. Dies begründete er damit, dass seine Enterbung auf einer falschen Vorstellung der Erblasserin beruhe, die ihn für den Tod ihres an Muskelschwund verstorbenen Sohnes verantwortlich gemacht hatte, und sie infolgedessen testierunfähig gewesen sei. Im Ausgangspunkt zutreffend verneinte das Bayerische Oberste Landesgericht das Vorbringen der Testierunfähigkeit. Nicht jede noch so abwegige Vorstellung eines Erblassers begründe die Testierunfähigkeit, weil ein Erblasser seine letztwilligen Verfügungen nicht durch vernünftige und von Dritten nachvollziehbare Gründe rechtfertigen müsse. Aus der vom Gesetz gewährleisteten Testierfreiheit folge vielmehr, dass allein der Wille des Erblassers entscheide. Im Folgenden war das Gericht nicht davon überzeugt, dass die unbegründete Meinung der Erblasserin Ausdruck eines die freie Willensbestimmung ausschließenden Wahns sei, sondern bloß als alterstypische verbohrtete Meinung zu werten sei. Die Annahme der Erblasserin könne jedoch zur Anfechtbarkeit des Testaments führen, wenn festgestellt werden kann, dass das tatsächliche Geschehen nicht mit der Annahme der Erblasserin übereinstimmte und diese irrige Vorstellung der bewegende Grund für die letztwillige Verfügung gewesen ist – dies konnte allerdings nicht bewiesen werden, sodass das Testament im Ergebnis wirksam war.

---

<sup>101</sup> Vgl. nur BGH NJW 1953, 1342; 1961, 261 [zur Testierfähigkeit]; BGH NJW 2021, 63 (65); 1970, 1680 (1681) [zur Geschäftsfähigkeit]. Anders noch OGHBrZ Köln NJW 1949, 544 (545) unter Hinweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (RG WarnR. 1911 Nr. 164) zu § 104 Nr. 2 BGB.

Die Ausführungen zur relativen Testierfähigkeit sind hier knapp, weil ihr ein eigenes Kapitel (s.u. § 7.) gewidmet ist.

<sup>102</sup> BayObLGZ 2001. 289; vgl. zudem BayObLG NJW 1992, 248.

Man wird aber noch weitergehend differenzieren müssen. Die Testierfähigkeit ist nicht eine „Qualifikation der einzelnen Willenserklärung, sondern eine solche des Erblassers.“<sup>103</sup> Bei der Testierfähigkeit geht es um die Fähigkeit des Erblassers, einen prinzipiell rechtlich aner kennenswerten Geschäftswillen zu äußern.<sup>104</sup> Zu fragen ist deshalb, ob der Testierende grundsätzlich einen vernünftigen Willen bilden *kann*. Die Forderung nach einer selbstbestimmten Willensbildungsfähigkeit bedeutet jedoch nicht, dass der Erblasser auch tatsächlich selbstbestimmt testiert haben muss, denn für unbedachte oder leichtsinnige Entscheidungen bleibt der Gesunde verantwortlich. Dementsprechend liegt Testierunfähigkeit erst dann vor, wenn der Erblasser geistig bereits so beeinträchtigt war, dass er keine selbständige Entscheidung mehr treffen konnte.<sup>105</sup> In Abgrenzung hierzu bezieht sich der Irrtum immer auf eine Willenserklärung, die auf die finale Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Unter einem Irrtum versteht man insofern die unrichtige Erklärung eines vorhandenen Geschäftswillens.<sup>106</sup> Die Motivbildung ist der Erklärung des Willens vorgelagert. Das Rechtsgeschäft ist das rechtliche Mittel, um einen Zweck erreichen; diese lebensweltliche Vorstellung ist das Motiv, welches seinerseits zur Grundlage des Geschäftswillens wird. Die Fehlerhaftigkeit der Willensbildung, also die Fehlerhaftigkeit der Abwägung handlungsleitender Vorstellungen und Zwecke des Rechtsgeschäfts, stellt die grundsätzliche Selbstbestimmungsfähigkeit des Erklärenden aber nicht in Frage. Der Erklärende bleibt nichtsdestotrotz in der Lage, die für und gegen eine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe abzuwägen und sich aus eigener Überlegung, frei von Einflüssen Dritter, ein klares Urteil zu bilden, weil er sich gegen die Verwirklichung des handlungsleitenden Motivs entscheiden kann.<sup>107</sup>

Somit lässt sich die Einsichts-/ Willensbildungsfähigkeit mit dem Begriff der „Bedeutungskennntnis“ umschreiben. Um testierfähig zu sein, muss der Testierende wissen, wer er ist, dass er etwas letztwillig übertragen will, wem er etwas hinterlassen möchte und was wer erhalten soll.<sup>108</sup> Und schließlich muss sich das Ganze als eine aus eigenen Gründen erfolgende Erklärung verstehen.<sup>109110</sup>

<sup>103</sup> OGHBrZ NJW 1949, 544 (545).

<sup>104</sup> Vgl. *Laimer* RabelsZ 77 (2013), 555 (556); *Schwimann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 27.

<sup>105</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 176.

<sup>106</sup> *Schapp*, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, S. 39; *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 391.

<sup>107</sup> *Anschaulich v. Savigny*, System Bd. 3, S. 113: „Immer war es der Handelnde selbst, der dem Irrthum diese bestimmende Kraft einräumte. Die Freiheit seiner Wahl zwischen entgegenstehenden Entschlüssen war unbeschränkt; welche Vortheile ihm der Irrthum auch vorspiegeln mochte, er konnte sie verwerfen, und durch den Einfluß jener irrigen Vorstellungen ist daher das Dasein der freien Willenserklärung keineswegs aufgehoben.“

<sup>108</sup> So überzeugend *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 97; anschließend *Kroppenberg*, in: FS Reimann/Bengel, S. 211; *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (434).

<sup>109</sup> Ebenda. Siehe in diesem Zusammenhang auch das Schaubild von *Wetterling*, Organische psychische Störungen, S. 539; *ders.*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 33 zu den Stadien der Willensbildung aus psychologischer Sicht.

<sup>110</sup> Interessanterweise werden im englischen Recht ähnliche Anforderungen gestellt, vgl. *Banks v. Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549 (565): “It is essential [...] that a testator shall understand the nature of the act and its effects; shall understand the extent of the property of which he is disposing; shall be able to comprehend and

Anhand dieser präzisierten Formulierung wird deutlich, dass der Testator den Inhalt der letztwilligen Verfügung kennen und billigen muss, nicht aber die rechtlichen Auswirkungen in ihren Einzelheiten.<sup>111</sup> Deswegen berührt ein Rechtsirrtum die grundsätzliche Gültigkeit des Testaments nicht, wenngleich die irrtumsbehafteten Verfügungen anfechtbar sind. Der Rechtsirrtum wird in der auf lebzeitige Rechtsgeschäfte zugeschnittenen allgemeinen Rechtsgeschäftslehre in den Irrtum über die Hauptfolgen des Rechtsgeschäfts und in den Irrtum über die Nebenfolgen des Rechtsgeschäfts unterteilt, wobei ersterer als ein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum und letzterer als unbeachtlicher Motivirrtum behandelt wird.<sup>112</sup> Derart diffizile Unterscheidungen sind angesichts der stärkeren Betonung der Willensfreiheit des Erblassers und der geringeren Bedeutung von Verkehrsschutzgesichtspunkten im Rahmen des § 2078 BGB nicht geboten. Irrt der Erblasser sich so beispielsweise über die rechtliche Bedeutung der Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, ist er – nach dem Ableben des anderen Ehegatten – zur Anfechtung seiner wechselbezüglichen Verfügungen berechtigt.<sup>113</sup> Dass die rechtliche Bedeutung der Bindungswirkung verkannt wurde, begründet indes keine Testierunfähigkeit.

#### b) *Sittliche Berechtigung*

Nach der missverständlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt es nicht, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung einer letztwilligen Verfügung und von dem Inhalt seiner letztwilligen Anordnungen hatte. Er muss vielmehr auch in der Lage sein, die „für und gegen ihre sittliche Berechtigung“ sprechenden Gründe abzuwägen.<sup>114</sup> Darunter ist keineswegs zu verstehen, dass die letztwilligen Anordnungen des Erblassers oder dessen Motive gerichtlich auf ihre – wie auch immer verstandene – sittliche Berechtigung zu überprüfen sind. Vielmehr folgt aus der grundgesetzlichen Verankerung der Testierfreiheit, dass ein Erblasser seine letztwillige Verfügung nicht durch vernünftige und von Dritten nachvollziehbare Gründe rechtfertigen muss und somit eine

---

appreciate the claims to which he ought to give effect; and, with a view to the latter object, that no disorder of the mind shall poison his affections, pervert his sense of right, or prevent the exercise of his natural faculties – that no insane delusion shall influence his will in disposing his property and bring about a disposal of it which, if the mind had been sound, would not have been made.” Dazu *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 169 ff.

<sup>111</sup> Ähnlich OLG München NJW-RR 2009, 1599 (1601) zur Geschäftsfähigkeit.

<sup>112</sup> Statt aller *Flume*, *Rechtsgeschäft*, S. 465; *Medicus/Petersen*, *Allgemeiner Teil*, Rn. 750 f.; *Staudinger/Singer*, § 119 BGB Rn. 67 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>113</sup> Ebenso *Kanzleiter MittBayNot* 2012, 264; *Keim* *notar* 2019, 147 (148); BeckOGK/*Harke*, § 2078 BGB Rn. 16. – Anderer Ansicht [unbeachtlicher Motivirrtum] ist vor allem die Rechtsprechung, vgl. OLG München NJW-RR 2011, 1020; OLG Bamberg ZEV 2016, 397; jedenfalls zweifelnd BayObLGZ 2002, 128; *Musielak* ZEV 2016, 353 (358). Zum Ganzen ausführlich *Strobel* *AcP* 221 (2021), 399 (411 ff.).

Der Irrtum über die Bindungswirkung erbvertragsmäßiger Verfügungen wird üblicherweise als Inhaltsirrtum eingeordnet, vgl. OLG Hamm *FamRZ* 1967, 697; BayObLG NJW-RR 1997, 1027; OLG Frankfurt a.M. ZEV 1997, 422; MüKo/*Leipold*, § 2078 BGB Rn. 21.

<sup>114</sup> BGH NJW 1959, 1822; *FamRZ* 1958, 127 (mit Verweis auf die nicht veröffentlichte Entscheidung des BGH vom 19.2.1951 – IV ZR 16/50).

Angemessenheitsprüfung nicht stattfindet.<sup>115</sup> Die sittliche Berechtigung naher Verwandter am Nachlass abzusichern, ist nicht Aufgabe des Testators, sondern eine Aufgabe des Gesetzgebers. Dieser hat mit dem bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrecht bereits einen verfassungsgemäßen Ausgleich zwischen Selbstbestimmungsrecht des Erblassers und Familiensolidarität geschaffen. Sittliche Kategorien sind folglich nur beachtlich, wenn der Erblasser die durch §§ 134, 138 BGB gezogenen Grenzen privatautonomer Gestaltung überschritten hat.<sup>116</sup> Dessen ungeachtet ist erforderlich, dass der Erblasser sich im Rahmen des erforderlichen Abwägungsvorgangs seiner Entscheidungsfreiheit und der daraus möglicherweise erwachsenden Benachteiligung der Erwartungen und Bedürfnisse anderer bewusst ist. Er muss die Fähigkeit besitzen, sich mit den Erwartungen anderer kritisch auseinandersetzen zu können; der Testator ist (erst) testierunfähig, wenn er nicht in sittlichen Kategorien zu denken vermag.<sup>117</sup>

### c) Einsichtsfähigkeit als Bedeutungskennntnis

Die Willensbildungsfähigkeit setzt mithin ein Mindestmaß an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit, an Denkvermögen und Urteilskraft voraus. Nun stellt sich allerdings die wichtigste Frage: Wieviel kognitive Fähigkeiten werden vom Erklärenden erwartet, damit dieser noch selbst entscheiden darf?

Von psychiatrischer Seite werden die Voraussetzungen für die Bildung eines freien Willens dahingehend formuliert, dass der Testator Informationen aus seiner Umwelt aufnehmen, diese Informationen verarbeiten und sich ein Urteil über mehrere mögliche Alternativen bilden können muss.<sup>118</sup> Die entscheidungserheblichen Kriterien seien vor allem Einbußen an Selbstvergegenwärtigung, Selbstreflexivität, Selbstverfügbarkeit, an Einsichts- und/oder Realitätsbezug, an der Fähigkeit zur kritischen Distanzierung von bestimmten Vorstellungen sowie an Abwägenkönnen.<sup>119</sup> Als Indizien werden im Zusammenhang mit der Willensbildungsfähigkeit insbesondere Wahrnehmungsstörungen, Merkfähigkeits- / Gedächtnisstörungen, Desorientiertheit sowie Denkstörungen genannt.<sup>120</sup> Letztlich kommt es somit auf eine hinreichend intakte Urteilsfähigkeit an.

<sup>115</sup> Vgl. OLG Karlsruhe MittBayNot 2020, 511 (516); OLG München ZEV 2017, 148 (149); BayObLGZ 1999, 205 (211); BayObLG MittBayNot 2005, 235 (236).

<sup>116</sup> Siehe oben § 1.III.4.

<sup>117</sup> Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 31a; ähnlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 151, insb. Fn. 103; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 15; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 15. – Noch kritischer [Aufgabe dieses Merkmals fordernd] *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 96; diesem folgend *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 208 f.

<sup>118</sup> *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 33; *ders.* ErbR 2010, 345 (346).

<sup>119</sup> *Cording* Fortschr Neurol Psychiatr 2004, 147 (150); ferner *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, § 6 (insb. S. 172 ff.); *Wetterling*, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, S. 35 ff.

<sup>120</sup> Näher *Cording* ZEV 2010, 115 (117 ff.); *ders.* Fortschr Neurol Psychiatr 2004, 147 (150 ff.).

Grundvoraussetzung der Willensbildung ist, dass der Betroffene in der Lage ist, sämtliche Informationen, die in Bezug auf ein Rechtsgeschäft an ihn herangetragen werden, zu erfassen und diese in ihrer Bedeutung zu bewerten, sie also in sein eigenes Wertesystem einzuordnen.<sup>121</sup> Nach der Informationsaufnahme und -bewertung muss der Handelnde in einen eigenen Abwägungsprozess eintreten, wobei er das Für und Wider einer Entscheidung bedenkt und die Auswirkungen auf seinen Lebenskreis oder den Lebenskreis Dritter erkennt.<sup>122</sup> Um die rechtlichen Anforderungen an die geistige Gesundheit des Erblassers nicht zu überspannen, wird man eine genaue Kenntnis der Einzelheiten der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge freilich nicht verlangen können.<sup>123</sup> Zwar muss der Testator ein rationales Minimalverständnis davon haben, was ein Testament bezweckt und welche Rechtsfolgen es auslöst. Es kann indes nicht verlangt werden, dass er eine komplizierte juristische Gestaltung seiner letztwilligen Anordnungen bis ins letzte Detail nachvollziehen kann.<sup>124</sup> Insofern muss der Erblasser die Bedeutung seiner Verfügung hinsichtlich der wesentlichen Merkmale und Umstände des Geschäfts überblicken können. Wird der Erblasser von Angehörigen in der Erwartung gepflegt, dass ihnen letztwillig als „Ausgleich“<sup>125</sup> für die Dienste ein Grundstück zugewendet wird, und setzt er sich über diese – von außen betrachtet nachvollziehbaren – Erwartungen/Vorstellungen hinweg, muss dem Testator die Bedeutung seiner Verfügung in ihrer möglichen Willkür und Ungerechtigkeit bewusst sein.<sup>126</sup> Das heißt aber gewiss nicht, dass es sittlich anstößig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB wäre, wenn sich der Erblasser über die Erwartungen anderer hinwegsetzt.

Die Testierunfähigkeit bezieht sich demnach auf solche Krankheitszustände, bei denen die Betroffenen vom Kontext ihrer biografischen Lebensentwicklung abgeschnitten sind, und zwar sowohl von ihrer bisher erworbenen Erfahrung ebenso wie von der Möglichkeit, durch neue Erfahrungen zu lernen,<sup>127</sup> wobei vor allem die Fähigkeit zur Aufnahme und Verarbeitung aktueller Informationen bedeutend ist.<sup>128</sup> Der obergerichtlichen Rechtsprechung zufolge genüge es nicht, dass der Testierende in der Lage ist, die eigenen Bezugspersonen zu erkennen und einfache Sachverhalte zu erfassen. Gefordert wird dagegen, der Testierende müsse sich die Gründe für und wider seine Entscheidung vergegenwärtigen und gegeneinander abwägen, sich also selbständig und aus eigener Kraft ein Urteil bilden können. Das setze voraus, dass

---

<sup>121</sup> Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (102).

<sup>122</sup> Zimmermann BWNotZ 2000, 97 (102).

<sup>123</sup> Ebenso Soergel/Mayer, [2003] § 2229 BGB Rn. 11; Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 15. Zaczyk, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 96, weist zutreffenderweise darauf hin, dass die Folgen einer Handlung stets unabsehbar, bloß wahrscheinlich sind und eine genaue Kenntnis vom Erblasser somit gar nicht gefordert werden kann.

<sup>124</sup> Schmoeckel NJW 2016, 434 (435); Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 15.

<sup>125</sup> Ein echtes Gegenseitigkeitsverhältnis i.S.d. §§ 320 ff. BGB lässt sich nicht letztwillig, sondern nur im Wege eines lebzeitigen schuldrechtlichen Vertrags begründen, vgl. Staudinger/Kanzleiter, § 2295 BGB Rn. 9; Mayer DNotZ 2012, 89 (96).

<sup>126</sup> So überzeugend Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 15.

<sup>127</sup> Cording/Roth NJW 2015, 26 (28).

<sup>128</sup> Cording Fortschr Neurol Psychiatr 2004, 147 (151); anschließend OLG München NJW-RR 2008, 164 (166).

es ihm bei der Testamentserrichtung möglich ist, sich an Sachverhalte und Ereignisse zu erinnern, Informationen aufzunehmen, Zusammenhänge zu erfassen und Abwägungen vorzunehmen. Jemand, der nur noch einen Wunsch oder eine Meinung äußern kann, ohne sich der Gründe für und gegen seine Entscheidung bewusst zu sein, sei dementsprechend testierunfähig.<sup>129</sup>

Die Testierfähigkeit fehlt jedoch nicht schon dann, wenn jemand die Tragweite einer Willenserklärung nicht voll ermessen oder überblicken kann, sondern erst wenn die Einsichtsfähigkeit verloren gegangen ist.<sup>130</sup> Ist der Erblasser zum Beispiel aufgrund einer angeborenen Intelligenzschwäche verstandesmäßig eingeschränkt, kommt es nämlich vor allem darauf an, ob er sein „Defizit“ kennt und es entsprechend berücksichtigen kann, indem er sich adäquat zu helfen weiß.<sup>131</sup>

## 2. Handlungsfähigkeit

Der Vorgang der freien Willensbestimmung kann allerdings nicht ausschließlich auf intellektuelle Fähigkeiten des Erblassers reduziert werden. Nachdem der Betroffene die relevanten Informationen aus seiner Umwelt aufgenommen und bewertet hat, muss er zu einem Abwägungsergebnis kommen, das er als die für den betreffenden Sachverhalt angemessenste Alternative erachtet, und auf dessen Basis seinen Willen erklären.<sup>132</sup> Bei der Abwägung der widerstreitenden Gesichtspunkte muss der Testator in der Lage sein, eine Entscheidung zu treffen, die mit seinem persönlichen Wertesystem in Einklang zu bringen ist; das heißt er muss fähig sein, nach seiner zutreffend gewonnenen Einsicht zu handeln. Die getroffene Entscheidung darf insofern nicht wesensfremd sein, sondern muss aus der Gesamtpersönlichkeit des Erblassers vor dem Hintergrund seiner biografischen Eigenheiten und seiner Erfahrungen ableitbar sein.<sup>133</sup> Der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zufolge sind für die Beurteilung der Geschäfts- / Testierfähigkeit ohnehin „nicht so sehr die Fähigkeiten des Verstandes ausschlaggebend als die Freiheit des Willensentschlusses.“<sup>134</sup> In diesem Zusammenhang kommt es darauf an, ob der Erblasser in

<sup>129</sup> OLG München NJW-RR 2008, 164 (166); ZEV 2013, 504 (505); FamRZ 2015, 689; OLG Karlsruhe ZEV 2020, 221 (224 f.); OLG Frankfurt a.M. ErbR 2018, 516; OLG Hamm FamRZ 2018, 1032 (1034). – Darüber hinaus verlangt das OLG Celle FamRZ 2007, 417, dass der Erblasser sich der Größe seines Vermögens bewusst sein muss. Dagegen aus guten Gründen mit rechtsvergleichenden Hinweisen *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 185 mit Fn. 260.

<sup>130</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1996, 918; RGZ 103, 399 (400) [jeweils zur Geschäftsfähigkeit]. BayObLG ZEV 2002, 234 (235): „Entscheidend ist, ob die psychischen Funktionen des Auffassens, des Urteilens und des kritischen Stellungnehmens durch die Geisteskrankheit oder -schwäche so sehr beeinträchtigt ist, dass der Erblasser nicht mehr fähig ist, die Bedeutung seiner letztwilligen Verfügung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln [...]“

<sup>131</sup> Zum Beispiel durch unabhängige notarielle/rechtliche Beratung, vgl. OLG Hamm FamRZ 2004, 659; ähnlich bereits BGH NJW 1970, 1680 (1681) [zu § 104 Nr. 2 BGB]; zur Einsicht in die Betreuungsbedürftigkeit etwa BGH FGPrax 2011, 119 Rn. 8; ferner *Cording/Roth* NJW 2015, 26 (28).

<sup>132</sup> *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 33.

<sup>133</sup> *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (102).

<sup>134</sup> BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680 (1681); FamRZ 1984, 1003.

der Lage ist, eine freie Entscheidung auf Grund einer Abwägung des Für und Wider und einer sachlichen Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte zu treffen, und ein dementsprechendes Handeln möglich ist oder ob der Erblasser infolge krankhafter Geistesstörung fremden Willenseinflüssen unterliegt oder sein Wille durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen beherrscht wird, so dass sein Verhalten nicht mehr seinen eigenen Überlegungen und Überzeugungen entspricht.<sup>135</sup> Ein Erblasser, der den Inhalt und die Auswirkungen seines Testaments zu erfassen im Stande ist, kann daher trotzdem selbstbestimmungsunfähig sein, wenn er zum Beispiel infolge paranoider Wahnvorstellungen außer Stande war, sich ein von diesen Vorstellungen unbeeinflusstes Urteil über die Rechtsnachfolge von Todes wegen zu bilden.<sup>136</sup>

#### a) Willensschwäche und Fremdbeeinflussung

Für den Ausschluss der Testierfähigkeit ist allein entscheidend, ob der Erblasser eigenbestimmt und frei von Einflüssen Dritter oder von eigenen krankhaften Vorstellungen handeln kann. Gegen die Mitwirkung eines Dritten bei der Testamentserrichtung bestehen allerdings keine grundsätzlichen Bedenken, weil prinzipiell jedes menschliche Verhalten den Einflüssen Dritter unterliegt, solange es in der Gesellschaft erfolgt.<sup>137</sup> Freilich ist der handlungsfähige Erblasser dabei in der Lage, Meinungen und Einflüsse Dritter in kritischer Abwägung in seine eigenständige Urteilsbildung einzubeziehen.

Es ist erforderlich, dass der Erblasser angesichts der Beeinflussung durch Dritte zu einer freien Selbstentschließung nicht mehr in der Lage ist, es bei Erklärung seines letzten Willens folglich nicht mehr zu einem eigenen Abwägungsprozess und einer eigenen Abwägungsentscheidung kommt.<sup>138</sup> Es genügt daher keinesfalls, wenn den Anregungen eines Dritten kraft eigenen Entschlusses gefolgt wird oder diese in die Motivbildung Eingang finden. Selbst wenn der Testierende in vollem Vertrauen und ohne eigene Nachprüfung den – unter Umständen eigennütigen – Vorschlägen eines Dritten folgt, dies aber bewusst und kraft eigenen Entschlusses, fehlt es nicht an einer eigenen Willensentscheidung.<sup>139</sup> In tatsächlicher Hinsicht kann ein Anhaltspunkt für übermäßige Einflussnahme Dritter und

<sup>135</sup> Vgl. RGZ 103, 399 (401); 130, 69 (71); 162, 223 (228); BGH NJW 1953, 1342; 1970, 1680 (1681); FamRZ 1958, 127; 1984, 1003; BayObLGZ 1959, 360 (364); 1962, 219 (224); BayObLG FamRZ 1986, 728 (730); OLG Hamm MDR 1967, 496; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 870; FamRZ 2018, 468 (470); OLG Köln FamRZ 1991, 1356 (1357); OLG München NJW-RR 2008, 164 (166); OLG Rostock FamRZ 2009, 2039 (2040); OLG Celle FamRZ 2007, 417 (418).

<sup>136</sup> BayObLGZ 1999, 205 (210 f.); 2001, 289 (294 f.); s. auch Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 19h.

<sup>137</sup> Vgl. Zaczyk, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 96 („niemand ist eine Insel“); Weiler, Die beeinflusste Willenserklärung, S. 158 ff.

<sup>138</sup> Boehm, Der demenzkranke Erblasser, S. 48; Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 18.

<sup>139</sup> BayObLG NJW-RR 1990, 202 (203); MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 37; Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 48; Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 17.

Willensschwäche oder leichte Beeinflussbarkeit des Erblassers führen deshalb ebenfalls nicht zwangsläufig zur Testierunfähigkeit, vgl. nur OGHBrZ NJW 1949, 544 (545) mit Nachweisen auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung [zu § 104 Nr. 2 BGB]; Zimmermann BWNNotZ 2000, 90 (98).

fehlende Widerstandsfähigkeit sein, dass testamentarische Bestimmungen mit unterschiedlichen Begünstigten in kürzeren Abständen mehrmals geändert werden, oft in Begleitung oder nach dem Entwurf des Begünstigten.<sup>140</sup> Letztlich vollzieht der Erblasser bei einer unzulässigen Mitwirkung einen fremden Willen, während er bei der zulässigen Einflussnahme den an ihn herangebrachten Testamentsinhalt in seinen eigenen Willen aufnimmt.<sup>141</sup>

### b) Fremdbestimmung

Entscheidendes Merkmal der Selbstbestimmung ist, dass der Erklärende die Rechtsfolgen der Willenserklärung will; somit ist charakteristisch für Fremdbestimmung, dass der Erblasser durch den Einfluss Dritter keine eigene, seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen entsprechende Abwägungsentscheidung treffen kann.<sup>142</sup> Fremdbestimmung drückt sich durch die Formen des Zwangs, der Drohung und der Ausnutzung von Abhängigkeitssituationen sowie der Täuschung aus. Keiner dieser Fälle fehlender Entscheidungsfreiheit ist unter den Tatbestand des § 2229 Abs. 4 BGB zu subsumieren, weil die Selbstbestimmungsfähigkeit nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis nur die prinzipielle Fähigkeit zur Reflexion und Selbstkontrolle erfasst.<sup>143</sup>

In den Fällen körperlichen Zwangs, welcher den eigenen Willen des Erblassers unterdrückt (*vis absoluta*), fehlt dem Erklärenden der Handlungswille.<sup>144</sup> Eine Willenserklärung ohne Handlungswillen wird rechtlich gar nicht erst als Rechtsgeschäft behandelt. Sie löst keine Rechtsfolgen aus.<sup>145</sup> Andererseits fehlt dem Erklärenden die Handlungsfähigkeit des § 2229 Abs. 4 BGB – nicht der Handlungswille, weil er immerhin eine Erklärung abgeben will –, wenn er nicht mehr aufgrund eigener Entschlussfähigkeit handelt, sondern nur noch mechanisch die Vorschläge Dritter wiedergibt.<sup>146</sup> Problematisch erscheinen insbesondere Fälle der tatsächlichen oder vom Erblasser nur empfundenen Abhängigkeit von bestimmten

<sup>140</sup> *Wetterling* ErbR 2015, 544 (545). Zum Schweizer Recht: BGE 124 III 5; derartige Kurswechseltestamente sind zwar nicht per se auffällig, werden es jedoch umso mehr, wenn der Erblasser sich – wie im Sachverhalt der Bundesgerichtsentscheidung – nicht an den Inhalt früherer Testamente oder die Tatsache der Errichtung eines neuen Testaments erinnern kann, vgl. dazu *Aebi-Müller successio* 2012, 4 (22 f.).

<sup>141</sup> Zutreffend *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 27.

<sup>142</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 84; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 18; *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, S. 159.

<sup>143</sup> Statt aller *Neuner* AcP 218 (2018), 1 (4), auch zur Unterscheidung zwischen Willens- und Entscheidungsfreiheit.

<sup>144</sup> Beispiel: Fremdes Führen der Hand des Erblassers bei der Testamentserrichtung.

<sup>145</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien V, S. 25 = Motive V, S. 47; *Grüneberg/Ellenberger*, Einf v § 116 Rn. 16.

<sup>146</sup> *OGHBrZ Köln* NJW 1949, 544 (545); *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 176; *Damrau/Tanck/Trappe/Plottek*, § 2229 BGB Rn. 29; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 18; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 49.

Missverständlich *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 41, demzufolge „letztwillige Verfügungen, die durch Gewalteinwirkung, Drohung oder sonstige unzulässige Beeinflussungsmethoden, die dem Erblasser keinen Raum für eine eigenständige Abwägung oder Entscheidung lassen, zustande kommen, [unwirksam sind], weil dem Erblasser dann die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit“ fehle.

Personen (wie etwa eines Betreuers oder von Pflegepersonal), die oft im Zusammenhang mit Erbschleicherei steht. Charakteristisch für diese Sachverhalte ist, dass ein an der Erbschaft interessierter Dritter mittelbar in den Willensbildungsprozess eingreift, indem er die Zwangslage des pflege- und hilfsbedürftigen Erblassers ausnutzt, um diesen durch persönliche Bedrängnis unter Druck zu setzen und eine bestimmte testamentarische Verfügung zu seinen Gunsten hervorzurufen.<sup>147</sup> Nicht selten wird der Erblasser bei diesem Vorgehen systematisch von seinen früheren Bezugspersonen abgeschottet und in seiner Lebenssituation isoliert.<sup>148</sup> Von rechtlichem Standpunkt aus genügt die Abhängigkeitssituation an sich nicht zur Feststellung der Testierunfähigkeit; entscheidend ist vielmehr, ob der Erblasser noch ein normales Maß an Widerstandsfähigkeit besaß und sich gegen die Einflussnahme Dritter in eigener Willensentschließung entgegensetzen konnte. Das Ausnutzen einer körperlichen Abhängigkeitssituation kann niemals unter den Tatbestand der Testierunfähigkeit subsumiert werden.<sup>149</sup>

So anstößig ein derartiges Verhalten ist, so häufig kommen sie allerdings in der Lebenswirklichkeit vor – mit steigender Tendenz – und oft bleibt der Erblasser rechtlich ungeschützt.<sup>150</sup> Gut lösbar sind diejenigen Fälle der Drohung oder Täuschung des Erblassers durch den Dritten, in deren Folge die fehlerbehaftete letztwillige Verfügung angefochten werden kann (§§ 2078 ff. BGB). Unter einer Drohung im Sinne von § 2078 Abs. 2 Alt. 2 BGB versteht man das Inaussichtstellen eines künftigen, empfindlichen Übels, auf das der Drohende Einfluss zu haben vorgibt.<sup>151</sup> Im Zusammenhang mit testamentarischen Verfügungen geht es insbesondere um Sachverhalte, wo Pflegekräfte ankündigen, lebenswichtige Pflegeleistungen oder sonstige unterstützende Maßnahmen nicht mehr durchzuführen, wenn der Erblasser nicht eine bestimmte letztwillige Verfügung errichtet. Ob der Drohende zur Erbringung der Pflegeleistungen verpflichtet ist, ist für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit der Drohung jedenfalls dann gleichgültig, wenn das angedrohte Verhalten darauf abzielt, den Erblasser in eine Notsituation zu bringen.<sup>152</sup> Gleichwohl sei nicht jede Beeinflussung des Erblassers genügend für die Anfechtbarkeit; aufdringliches Bitten oder Widerspruch gegen den erklärten letzten Willen könnten eine Anfechtbarkeit nicht rechtfertigen.<sup>153</sup> Weitgehend ungeschützt bleibt der Erblasser auch, wenn der Dritte das angekündigte Übel nicht zu beherrschen vermag beziehungsweise nicht zu beherrschen vorgibt.<sup>154</sup> Täuschungsrelevante, zur Anfechtung der letztwilligen Verfügung gemäß § 2078

---

<sup>147</sup> Hierzu und zum Folgenden ausführlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 90.

<sup>148</sup> *Wetterling* ErbR 2015, 544 (545); ErbR 2017, 125.; *Frieser* ErbR 2020, 309.

<sup>149</sup> Ein anschauliches Beispiel bietet die Schweizer Rechtsprechung: BGer 5A 748/2008.

<sup>150</sup> Zum Phänomen etwa *Frieser* ErbR 2020, 309 ff.

<sup>151</sup> Statt aller *Grüneberg/Ellenberger*, § 123 Rn. 15 ff.; *Grüneberg/Weidlich*, § 2078 Rn. 8.

<sup>152</sup> RG JW 1902 Beilage, S. 286; KG Berlin NJW 2001, 903 (905); *MüKo/Leipold*, § 2078 BGB Rn. 54.

<sup>153</sup> BGH BWNotZ 1965, 348; *MüKo/Leipold*, § 2078 BGB Rn: 54.

<sup>154</sup> So geschehen in KG Berlin NJW 2001, 903, wo ein Pfarrer der Erblasserin für den Fall, dass sie nicht eine bestimmte testamentarische Verfügung aufsetze, ankündigte, dass die Kirche sich nicht mehr um sie kümmern könne.

Abs. 2 Alt. 1 BGB berechtigende Verhaltensweisen können gezielte Falschinformationen sein, die dem Erblasser etwa eine Abhängigkeitssituation oder Missgunst anderer Bezugspersonen vorspiegeln sollen.<sup>155</sup>

Jenseits von Gewalt, Täuschung oder Drohung kommen zum Schutz des Erblassers vor unzulässiger Fremdbeeinflussung nur noch gesetzliche Verbote<sup>156</sup> oder Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) in Betracht, wobei gerade an das Verdikt der Sittenwidrigkeit hohe Anforderungen gestellt werden.<sup>157</sup>

### 3. Kausalität

Die Diagnose einer geistigen Krankheit oder psychischen Störung des Erblassers ist für die Feststellung der Testierunfähigkeit zwar erforderlich, jedoch nicht hinreichend. Vielmehr muss die Unfähigkeit des Testierenden, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln, hinzukommen, wobei dies im konkreten Fall gerade auf der geistigen Störung beruhen muss. Die geistige Störung muss insofern kausal für den Ausschluss der freien Willensbestimmung sein. Steht die diagnostizierte Geisteskrankheit mit der letztwilligen Verfügung nicht in Verbindung, beeinflusst sie die letztwilligen Verfügungen nicht, ist der Erblasser als testierfähig zu behandeln.<sup>158</sup> Zum Beispiel können Wahnvorstellungen des Erblassers nur dann zur Testierunfähigkeit führen, wenn sie sich inhaltlich auf Themen beziehen, die für die Willensbildung in Bezug auf die Testamentserrichtung relevant sind.<sup>159</sup> Nicht vom Kausalitätserfordernis umfasst ist allerdings, ob der Erblasser die konkrete fehlerhafte letztwillige Verfügung (hypothetisch) anders errichtet hätte, wäre er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht geisteskrank gewesen.<sup>160</sup> Ein Testament, das vom Erblasser im Zustand hochgradiger Alkoholintoxikation und folglich im Zustand der Bewusstseinsstörung errichtet worden ist, ist demnach selbst dann nichtig, wenn der Erblasser dieselben Verfügungen auch in nüchternem Zustand angeordnet hätte.<sup>161</sup>

<sup>155</sup> Näher *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 93.

<sup>156</sup> Z.B. § 14 HeimG; hierzu *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 111 ff.

<sup>157</sup> Umfassend *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 90 ff.; vgl. zu einem an das amerikanische System der *undue influence* angelehnten Schutzkonzept *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, Zweiter Abschnitt (S. 99-246); ferner *Röthel* AcP 211 (2011), 33 (55 ff.) = Gutachten, A81 ff.; *Frieser* ErbR 2020, 309.

Jüngst hatte das OLG Celle NJW 2021, 1681 über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei dem die Berufsbetreuerin sich unter Zuhilfenahme einer „befreundeten“ Notarin in sittenwidriger Weise habe als Erbin einsetzen lassen. *Prima facie* mag die Nichtigkeit des Testaments aufgrund von Testierunfähigkeit und Sittenwidrigkeit dem Rechtsgefühl entsprechen, ob allerdings wirklich Sittenwidrigkeit hätte festgestellt werden können, scheint zweifelhaft; vgl. die Anmerkungen von *Graf Wolffskeel v. Reichenberg* NJW 2021, 1681 (1686); *Litzenburger* FD-ErbR 2021, 437206.

<sup>158</sup> BayObLG MittBayNot 2001, 571 (573).

<sup>159</sup> BayObLG MittBayNot 2001, 571 (573); BayObLGZ 1962, 219 (224): Verfolgungswahn hinsichtlich enterbter Adoptivtochter; 1999, 205 (211): paranoide Verfolgungsideen hinsichtlich Schwägerin.

<sup>160</sup> Nur *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 17.

<sup>161</sup> Zum Kausalitätserfordernis *Gebauer* AcP 153 (1954), 332 (343 ff.).

Wirken sich krankhafte Geistesstörungen nur in einzelnen Lebensbereichen aus, kann die Testierfähigkeit bei der Testamentserrichtung nur ganz, nicht aber teilweise fehlen, weil nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Testierfähigkeit „nur in vollem Umfang entweder gegeben oder ausgeschlossen sein“ könne, weshalb eine gegenständlich beschränkte (sog. partielle) Testierfähigkeit nicht anerkannt werde.<sup>162</sup> Aus diesem Grund kann der Erblasser hinsichtlich verschiedener, voneinander unabhängiger Verfügungen in einem Testament nicht gleichzeitig testierfähig und testierunfähig sein. Wird der Lebensbereich, in dem krankhafte Störungen der Geistestätigkeit auftreten, im Testament berührt, ist die Testierfähigkeit völlig ausgeschlossen.<sup>163</sup> Die Feststellung der Testierunfähigkeit ist folglich zumindest nach herrschender Meinung immer eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung.

#### 4. Maßgeblicher Zeitpunkt

Die Testierfähigkeit ist in dem Sinne relativ, dass der Erblasser nur im Zeitpunkt der Vornahme der fraglichen Handlung (beim Testament grundsätzlich im Zeitpunkt der Unterschrift)<sup>164</sup> über eine ausreichende geistige Gesundheit verfügt haben muss (zeitliche Relativität).<sup>165</sup> War der Erblasser zu einem früheren Zeitpunkt selbstbestimmungsunfähig, berührt dies die Wirksamkeit des Testaments nicht; auch dann nicht, wenn der Erblasser seinen Testamentsentwurf im Zustand der Testierunfähigkeit angefertigt hatte.<sup>166</sup> Ein im Zeitpunkt eines lichten Augenblicks (*lucidum intervallum*) errichtetes Testament ist mithin wirksam.<sup>167</sup> Umgekehrt ist ein während eines vorübergehenden Zustands der Testierunfähigkeit errichtetes Testament nichtig, selbst wenn der Erblasser seine Testierfähigkeit wiedererlangt. Das errichtete Testament ist unwirksam und muss durch erneute Unterschrift neu errichtet werden.<sup>168</sup>

Bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments zur Niederschrift eines Notars (vgl. § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB) habe die Unterschrift des Testators nicht die Funktion des Abschlusses

---

<sup>162</sup> Zum Beispiel: BayObLG NJW 1992, 248 (249); BeckOK/Litzenburger, § 2229 BGB Rn. 5; Brah, Feststellung, S. 32; Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 16; Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 18.

<sup>163</sup> BayObLG NJW 1992, 248 (249).

<sup>164</sup> Erbrechtliche Rechtsgeschäfte, die zu ihrer Wirksamkeit Testierfähigkeit voraussetzen, sind: Errichtung, Änderung oder Aufhebung eines Testaments, siehe bereits Fn. 68. Nach BayObLG NJW-RR 2005, 957; Grüneberg/Weidlich, § 2256 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen, setzt die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments aus der amtlichen Verwahrung aufgrund der Widerrufswirkung ebenfalls Testierfähigkeit voraus.

<sup>165</sup> Laimer RabelsZ 77 (2013), 555 (565); Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 52. Zu Fällen des Testamentsabschlusses nach Unterschrift, siehe Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 18.

<sup>166</sup> RGZ 111, 252; zustimmend Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 18. – Testierfähigkeit während des gesamten Vorgangs fordert dagegen BeckOK/Litzenburger, § 2229 BGB Rn. 1.

<sup>167</sup> Allgemeine Meinung, siehe BGH NJW 1959, 1822; BayObLG FamRZ 1996, 969 (970). Die medizinische Feststellbarkeit derartiger lichter Augenblicke wird allerdings bezweifelt, vgl. ausführlich Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 41-41b.

<sup>168</sup> Boehm, Der demenzkranke Erblasser, S. 50 f.; W. Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 22.

und des Ingeltungssetzens, sodass die Testierfähigkeit in diesem Zeitpunkt entbehrlich sei. Es komme hier auf den Zeitpunkt des Verlesens und der Genehmigung an.<sup>169</sup> Ist der Erblasser bei den Vorbereitungen mit dem Notar und der Fertigung der Testamentsniederschrift testierunfähig, so genügt es, wenn er im Zustand der Testierfähigkeit die Niederschrift in voller Kenntnis ihres Inhalts genehmigt und unterschreibt.<sup>170</sup> Nach umstrittener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Errichtung eines Testaments durch mündliche Erklärung eines Erblassers, der einen Schlaganfall mit der Folge einer Bewusstseinsstörung erlitt, nachdem er im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte die Einzelheiten eines zu errichtenden Testaments dem Notar angegeben hatte, wirksam, wenn der (nun bewusstseinsgetrübe) Erblasser die Bedeutung des vom Notar angefertigten und verlesenen Testaments noch erkennen und sich frei entschließen konnte. Die Wirksamkeit des Testaments habe in diesem Fall nicht zur Voraussetzung, dass der Erblasser bei der Verlesung und Genehmigung noch in der Lage war, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und zum Ausdruck zu bringen.<sup>171</sup>

### III. Beweislast<sup>172</sup>

Nachdem die materiell-rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Testiermündigkeit und der Testierunfähigkeit dargestellt worden sind, soll nun kurz auf einige ausgewählte Verfahrensfragen eingegangen werden. Seit der Aufhebung des § 2229 Abs. 3 BGB aF kennt das Bürgerliche Gesetzbuch kein konstitutives Verfahren zur Feststellung der Testierunfähigkeit mehr. Nach früherer Rechtslage bis zum Inkrafttreten des Betreuungsgesetzes am 1. Januar 1992 konnte eine Person gemäß § 6 BGB aF in einem gerichtlichen Verfahren (§§ 645-687 ZPO aF) entmündigt werden. Dies hatte zur Folge, dass dem Entmündigten mit konstitutiver Wirkung die Testierfähigkeit aberkannt worden ist (§§ 2229 Abs. 3, 6 Abs. 2 BGB aF). In Abkehr hiervon verfolgte der Gesetzgeber mit der Betreuungsrechtsreform das Ziel, die rechtliche Betreuung von der Geschäfts- und Testierfähigkeit zu trennen, weswegen das konstitutive Entmündigungsverfahren entfiel.<sup>173</sup> Darüber hinaus lehnt die herrschende Meinung die Zulässigkeit einer Feststellungsklage, mit der die Feststellung der Testier(un)fähigkeit des Erblassers zu dessen Lebzeiten begehrt wird,

<sup>169</sup> So *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 19; zustimmend Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 23.

<sup>170</sup> MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 8.

<sup>171</sup> BGHZ 30, 394 = NJW 1959, 1822. Zustimmend *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 19; Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 23; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1656; zurückhaltender *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 153 mit Fn. 111. Vgl. außerdem die herrschende Meinung zum Schweizer Recht, vgl. BGer 5A\_12/2009 Tz. 4.2, wonach der Erblasser im eigentlichen Beurkundungsvorgang „an sich nur mehr kontrolliert, was hier wenige Stunden zuvor abgemacht wurde, d.h. den vorbereiteten Entwurf selbst liest oder sich vorlesen lässt, darin seinen eigenen Willen wiedererkennt und ihn genehmigt“. – aA *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 18.II.1 (S. 346 mit Fn. 10); *Brah*, Feststellung, S. 31 f.

<sup>172</sup> Einzelheiten des Beweisverfahrens werden hier nicht dargestellt. Zu diesem ausführlich etwa *Laimer* *RabelsZ* 77 (2013), 555 (570 ff.); NK-BGB/*Kroiß*, § 2229 BGB Rn. 25 ff.; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 20 ff.

<sup>173</sup> Umfassend § 4.

ab. Die Feststellung der Testierfähigkeit sei kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis (§ 256 Abs. 1 ZPO), sondern eine Vorfrage, die erst für das künftige Rechtsverhältnis (Erbrecht) Bedeutung habe.<sup>174</sup> Die Abschaffung bzw. das Nichtvorhandensein eines konstitutiven Verfahrens geht einher mit erheblicher Rechtsunsicherheit.<sup>175</sup> Im Interesse des Verkehrsschutzes arbeitet das Bürgerliche Gesetzbuch auch deshalb mit Beweislast- und Vermutungsregeln.

Wer Rechte aus einem Testament herleiten will, muss zwar dessen formgerechte Errichtung und den Testierwillen beweisen.<sup>176</sup> Nachdem das Vorhandensein hinreichender Selbstbestimmungsfähigkeit vom Gesetz vermutet wird, trägt allerdings derjenige, der sich im Zivilverfahren auf die Unwirksamkeit des Testaments aufgrund von Testierunfähigkeit des Erblassers beruft, die Darlegungs- und Beweislast bzw. die Feststellungslast für die zugrundeliegenden Tatsachen.<sup>177</sup> Nach Würdigung der angebotenen Beweise muss es für das Gericht zur vollen Überzeugung feststehen, dass der Erblasser in maßgeblichen Zeitraum testierunfähig gewesen ist. Misslingt der Nachweis, ist folglich von der Wirksamkeit des Testaments auszugehen; dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn in Fällen eines *non liquet* letzte Zweifel nicht ausgeräumt werden konnten.<sup>178</sup> War der Erblasser allerdings nachweislich vor und nach der Vornahme des betrachteten Rechtsgeschäfts testierunfähig, spricht der erste Anschein dafür, dass er auch im maßgeblichen Zeitpunkt testierunfähig war.<sup>179</sup> Wer den Anscheinsbeweis erschüttern möchte, weil der Erblasser sich bei Errichtung des Testaments in einem lichten Zwischenraum (*lucidum intervallum*) befunden habe, muss dies beweisen.<sup>180</sup>

Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit gegeben sind, liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Wenn konkrete Anhaltspunkte sich erhärten, bedarf es in der Regel sorgfältiger Ermittlungen unter Einbeziehung der Vorgeschichte und aller äußeren Umstände, weil ein Ausschluss der Einsichts- und/oder Handlungsfähigkeit nicht anhand einzelner Erklärungen und Angaben festgestellt werden, sondern nur anhand des

<sup>174</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1997, 581; *Bartsch* NJW 2001, 861; *Brah*, Feststellung, S. 53; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 54; mit umfassender Kritik und eigenen Vorschlägen *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 88 ff., S. 192 ff. Siehe aber auch *Kuchinke*, in: FS Henckel (1995), S. 475-494, zum Feststellungsinteresse des Erblassers bei bindenden Verfügungen.

<sup>175</sup> Zur veränderten Rolle des psychiatrischen Sachverständigen durch das Betreuungsgesetz siehe *Diederichsen*, in: FS Henckel (1995), S. 125 ff.

<sup>176</sup> *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 73.

<sup>177</sup> Allgemeine Meinung, siehe statt aller nur BGH ZEV 2012, 100 (103); FamRZ 1958, 127; BayObLG FamRZ 1996, 1438; *Laimer* RabelsZ 77 (2013), 555 (570) mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

<sup>178</sup> Siehe BayObLGZ 1982, 309 (312); 2001, 289 (293); BayObLG FamRZ 1996, 1438 (1439); 2002, 62 (64); OLG Hamm FamRZ 1992, 729 (730); NJW-RR 1994, 396; KG Berlin NJW 2001, 903; *Grüneberg/Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 11, 12; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 67; umfassende Nachweise bei *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 57 mit Fn. 164-166.

<sup>179</sup> BayObLG FamRZ 1999, 819; OLG Köln FamRZ 1992, 729 (730); OLG Hamm FamRZ 2014, 1817 (1820); OLG Düsseldorf FamRZ 2013, 159 (160).

Anders ist dies, wenn aufgrund mangelnder Datierung des Testaments Zweifel nicht ausgeschlossen werden können, vgl. etwa BayObLG NJW-RR 2003, 297 (299 f.); FamRZ 2005, 308; OLG Jena FamRZ 2005, 2021. Dann ist wegen der Zweifelsregelung des § 2247 Abs. 5 BGB von Testierunfähigkeit auszugehen.

<sup>180</sup> Näher *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 22.

Gesamtverhaltens und des Gesamtbildes der Persönlichkeit in der fraglichen Zeit bewertet werden kann.<sup>181</sup> Als psychopathologische Auffälligkeiten werden von psychiatrischer Seite Bewusstseins- und Orientierungsstörungen, Aufmerksamkeits- und Gedächtnisstörungen, Intelligenzdefizite, formale und inhaltliche Denkstörungen, Sinnestäuschungen, Störungen der Affektivität, Persönlichkeitsveränderungen und dysexekutive Symptome sowie schließlich Fremdbeeinflussbarkeit genannt.<sup>182</sup> Für das entscheidende Gericht gilt es, diese tatsächlichen Feststellungen im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO angemessen zu würdigen.<sup>183</sup>

Inwiefern Rückschlüsse aus dem äußeren Erscheinungsbild und des Testamentsinhalts gezogen werden können, ist zweifelhaft. Manche vertreten, dass ein fehlerfrei und kohärent geschriebenes eigenhändiges Testament, dessen Inhalt plausibel und nachvollziehbar scheint, als tatsächliche Vermutung für die Testierfähigkeit gewertet werden könne.<sup>184</sup> Dabei ist jedoch Vorsicht geboten. Hiergegen spricht schon die allgemeine Lebenserfahrung, wonach Menschen selbst im Zustand der Verwirrtheit oder des Wahns noch in konsistenten, grammatikalisch korrekten Sätzen sprechen/schreiben und scheinbar logische Gedanken äußern können, obwohl sie den Bezug zu ihrer realen Umgebung in diesem Moment verloren haben.<sup>185</sup> Außerdem lässt sich in der Regel nicht sicher erkennen, welche Formulierungen wirklich vom Testator stammen, ob sie von Dritten diktiert wurden oder der Erblasser eventuell sogar mechanisch geführt wurde.<sup>186</sup> Andererseits kann ein auffälliges Schriftbild Hinweise auf eine geistige Erkrankung des Erblassers geben, beispielweise ungewöhnliche, grobe grammatische Fehler oder wenn der Testamentstext logisch nicht nachvollziehbar ist.<sup>187</sup>

Demgegenüber ist es entschieden abzulehnen, vom Inhalt des Testaments auf die Testierfähigkeit zu schließen.<sup>188</sup> Es entspringt dem Grundsatz der Testierfreiheit, dass der

<sup>181</sup> Insbesondere BayObLGZ 1979, 256 (263); BayObLG NJW-RR 1996, 457; FamRZ 1994, 593; OLG Hamm OLGZ 1989, 271 (273 ff.); siehe auch Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 32.

<sup>182</sup> Näher *Cording* ZEV 2010, 115 (117 ff.); *von Morgen/Cording*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 69 ff.; *Wetterling* ErbR 2010, 345 (347 ff.); *ders.*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 41; *ders.*, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, S. 159 ff.

<sup>183</sup> *Laimer* RabelsZ 77 (2013), 555 (570 ff., 579).

<sup>184</sup> Etwa Staudinger/*Baumann*, § 2229 BGB Rn. 68.

<sup>185</sup> So OLG Jena NJW-RR 2005, 1247 (1250). Vgl. auch OLG München FamRZ 2015, 689 (690 f.): „Inhalt und Form des Testaments stellen keine Indizien dafür dar, dass es dem Verfasser im Zeitpunkt der Errichtung möglich war, sich an Sachverhalt und Ereignisse zu erinnern, Zusammenhänge zu erfassen, Abwägungen vorzunehmen und insbesondere frei von den Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. Demgemäß ist ein Rückschluss von dem Inhalt und der Form des errichteten Testaments auf die Testierfähigkeit des Testators grundsätzlich nicht möglich [...]“

<sup>186</sup> Ebenso *Cording* ZEV 2010, 23 (25); *von Morgen/Cording*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 41; *Wetterling*, Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen, S. 162.

<sup>187</sup> BayObLG ZEV 2002, 234 (236); *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (49 f.); *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, Kapitel 32.3 (S. 549); diesen zustimmend *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 83 f.; vorsichtig in diese Richtung auch *Laimer* RabelsZ 77 (2013), 555 (575).

<sup>188</sup> Entgegen vereinzelt gebliebener Rechtsprechung, vgl. BayObLGZ 1991, 59 (64 f.) [s. aber auch BayObLGZ 1953, 195 (198)]. Die ständige Rechtsprechung zum Schweizer Recht sieht in der Unvernünftigkeit der Anordnungen ein Indiz für fehlende Urteilsfähigkeit, hierzu *Aebi-Müller* successio 2012, 4 (20 f.). Wie hier *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 85.

Erblasser nicht vernünftig handeln muss – solange er hierzu grundsätzlich fähig ist – und aus diesem Grund eine Angemessenheitskontrolle des Inhalts sowie der Motivation des Erblassers nicht stattfindet.<sup>189</sup> Der Inhalt des Testaments hat demnach für die Frage der Testierfähigkeit keine Bedeutung, abgesehen von den Fällen, in denen das Testament selbst offenkundig wahnhafte Motive, krankheitsbedingte Realitätsverkennungen oder andere relevante Pathologien des Testators beinhaltet.<sup>190</sup>

#### IV. Beurkundungsverfahren

In Ermangelung eines gerichtlichen Verfahrens, an dem der Erblasser selbst mitwirken kann, müssen die vom Nachlass- oder Prozessgericht regelmäßig heranzuziehenden Sachverständigen<sup>191</sup> den psychischen Gesundheitszustand des Erblassers – entgegen allgemeinen Standards ihrer Profession – posthum und folglich ohne persönlichen Kontakt auf der Basis der Feststellungen anderer Personen (Ärzte, Familie, Notar, Betreuer) beurteilen.<sup>192</sup> Neben den Ermittlungen des Betreuungsgerichts bei der Anordnung einer rechtlichen Betreuung des Erblassers und den Aussagen von behandelnden Ärzten liegt ein besonderes Augenmerk des Beweisverfahrens auf den Feststellungen des beurkundenden Notars.

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn einem Beteiligten nach seiner Überzeugung die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit sollen in der Niederschrift festgestellt werden (Satz 2) ebenso wie Feststellungen über die Auswirkungen einer schweren Krankheit des Beteiligten (Abs. 2). § 11 BeurkG ist die allgemeine Vorschrift, die für alle Beurkundungen von Willenserklärungen gilt. Sie wird ergänzt und modifiziert durch § 28 BeurkG, wonach der Notar seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken soll. Anders als der Wortlaut („erforderliche Geschäftsfähigkeit“) suggeriert, erfasst der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift indes nicht nur Erbverträge, sondern jede Verfügung von Todes wegen, wie sich aus der Teilüberschrift zu §§ 27-35 BeurkG und dem grundsätzlichen Gleichlauf von Testier- und Geschäftsfähigkeit ergibt.<sup>193</sup>

<sup>189</sup> Ganz herrschende Meinung, s. nur OLG Karlsruhe MittBayNot 2020, 511 (516); OLG München ZEV 2017, 148 (149); BayObLGZ 1999, 205 (211).

<sup>190</sup> So überzeugend OLG München FamRZ 2015, 689 (691); aus dem Schrifttum: *Cording* ZEV 2010, 23 (25); *Cording* Fortschr Neurol Psychiatr 2004, 147 (154); *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: *Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, Kapitel 32.3 (S. 549); *Wetterling*, *Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen*, S. 162.

<sup>191</sup> Vgl. BGH ZEV 2017, 278; BayObLG FamRZ 1985, 742; OLG München NJW-RR 2020, 199; NK-BGB/*Kroiß*, § 2229 BGB Rn. 30; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 38.

<sup>192</sup> Näher zu verwertbaren Beweismitteln *Cording* ZEV 2010, 23.

<sup>193</sup> Statt aller BT-Drucks. 5/3282, S. 34; OLG Celle MittBayNot 2008, 492; BeckOGK/*Grziwotz*, § 28 BeurkG Rn. 3; *Burandt/Rojahn/Egerland*, § 28 BeurkG Rn. 2; *MüKo/Sticherling*, § 28 BeurkG Rn. 4; *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, § 7 Rn. 25.

Die §§ 11, 28 BeurkG haben eine Beweissicherungsfunktion im Hinblick auf ein mögliches Bestreiten der Testierfähigkeit nach dem Tod des Erblassers. Sie sollen sicherstellen, dass der geistige Zustand des Erblassers von einem unabhängigen Dritten zum Zeitpunkt der Beurkundung eingeschätzt und dokumentiert wird.<sup>194</sup> Gemäß § 28 BeurkG soll der Notar nämlich unabhängig von Zweifeln an der Testier- oder Geschäftsfähigkeit bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen seine Wahrnehmungen in die Niederschrift, d.h. in die Urkunde, aufnehmen. Ist er sogar von der Testier- oder Geschäftsfähigkeit überzeugt, soll er die Beurkundung ablehnen, § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Obwohl es sich insofern um bloße Ordnungsvorschriften handelt, deren Missachtung nicht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, verletzt der Notar bei Missachtung eine Amtspflicht, die disziplinarrechtlich geahndet werden kann und unter Umständen sogar eine Schadensersatzpflicht auslöst.<sup>195</sup>

Der Notar ist allerdings medizinischer Laie, der eine zuverlässige Aussage zur geistigen Verfassung des Erblassers kaum je treffen kann.<sup>196</sup> §§ 11, 28 BeurkG verlangen aus diesem Grund nicht, dass der Notar eine sachverständige Einschätzung zur Testier- oder Geschäftsfähigkeit abgibt, sondern dass er als Zeuge des Geschehens seine tatsächlichen Wahrnehmungen dokumentiert. Schließlich ist es das Gericht, das letztverbindlich über die Testier(un)fähigkeit entscheidet. Die Dokumentationspflicht soll in dieser Hinsicht gewährleisten, dass ein unabhängiger Dritter dem Gericht Tatsachenmaterial zur Verfügung stellen kann, auf das sich die Entscheidung stützen kann.<sup>197</sup> Konsequenterweise werden daher nur die tatsächlichen Wahrnehmungen des Notars mit der Beweiskraft des § 418 ZPO bezeugt, während die juristische Einschätzung über das Vorliegen der Testierfähigkeit der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO unterliegt.<sup>198</sup> Das notarielle Urteil über die Testierfähigkeit kann allenfalls Indiz für oder gegen weitergehende Untersuchungen des Gerichts sein, wobei die standardmäßige Formulierung („Ich, der Notar, habe mich in einem längeren Gespräch von der Testier- /Geschäftsfähigkeit des Erblassers überzeugt.“) die auf konkrete Umstände gründenden Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers nicht entkräften kann.<sup>199</sup>

---

<sup>194</sup> *Bengel*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 28 BeurkG Rn. 1; *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 46.

<sup>195</sup> OLG Celle MittBayNot 2008, 492; BayObLG DNotZ 1993, 471; OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19; MüKo/Sticherling, § 28 BeurkG Rn. 26. – Gegen eine Schadensersatzpflichtigkeit BeckOGK/Grziwotz, § 28 BeurkG Rn. 18 mit weiteren Nachweisen.

<sup>196</sup> Besonders nachdrücklich *Cording/Foerster* DNotZ 2006, 329; siehe auch BeckOGK/Grziwotz, § 28 BeurkG Rn. 9.

<sup>197</sup> Vgl. *G. Müller* DNotZ 2006, 325 (326 f.); *Zimmermann* BWNotZ 2000, 97 (100).

<sup>198</sup> Allgemeine Meinung, siehe nur *Lichtenwimmer* MittBayNot 2002, 240 (242); *W. Kössinger*, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 25; NK-BGB/*Kroiß*, § 2229 BGB Rn. 30; *von Morgen/Cording*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, § 5 Rn. 39; umfassend *Brah*, Feststellung, S. 53 ff.

<sup>199</sup> Z.B. BayObLG FamRZ 2005, 658; OLG Hamm FamRZ 1997, 1026; NJW-RR 2021, 1310; KG Berlin NJW 2001, 903; ferner *Cording* ZEV 2010, 23 (27); Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 28 Rn. 20.

Welche konkreten Prüfungspflichten hat der Notar und welche Pflichten treffen ihn in Zweifelsfällen? Zunächst begründet § 11 Abs. 1 BeurkG in Übereinstimmung mit dem materiellen Recht eine tatsächliche Vermutung, dass ein testiermündiger Beteiligter auch testierfähig ist.<sup>200</sup> Der Notar genügt damit seiner Ermittlungspflicht<sup>201</sup>, wenn sich aufgrund einer Unterhaltung mit dem Erblasser keine Anhaltspunkte für ein Fehlen der Testierfähigkeit ergeben haben.<sup>202</sup> Zu weiteren Nachforschungen ist er allerdings verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens des Beteiligten oder sonstiger Umstände Zweifel an dessen Testierfähigkeit haben muss, beispielsweise wenn der Urkundsbeteiligte zeitlich und örtlich nicht orientiert ist, die Auswirkungen seiner Entscheidung nicht erkennen kann oder die intellektuelle Fähigkeit, der Beurkundung in wesentlichen Zügen zu folgen, nicht gegeben ist.<sup>203</sup>

Ein erster Anhaltspunkt für eine notwendige Prüfung kann sein, dass der Beteiligte unter rechtlicher Betreuung steht, obwohl dies die materiell-rechtlich an sich zu vermutende Testierfähigkeit nicht berührt.<sup>204</sup> Hohes Alter, Krankheit oder Behinderung des Beteiligten für sich begründen keinen Zweifel, können aber ebenfalls Anhaltspunkt für eine mögliche weitergehende Sachverhaltsaufklärung sein.<sup>205</sup>

Hat der Notar Zweifel an der erforderlichen Geschäfts- / Testierfähigkeit, muss er die ihm zugänglichen und zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nach seinem Ermessen ausschöpfen.<sup>206</sup> Die Befragung von Ärzten, des Betreuers bzw. die Hinzuziehung der Betreuungsakte wird oft aufschlussreich sein. Der Notar darf auch die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens empfehlen, dies ist aber weder erforderlich noch kann es zur Bedingung der Beurkundung gemacht werden.<sup>207</sup> Zur Durchführung medizinischer Schnelltests (Demenz-Screening) ist der Notar nicht verpflichtet.<sup>208</sup> Wichtigstes

---

Stellt der beurkundende Notar fest, dass Zweifel an der Testierfähigkeit bestehen, so hat das Nachlassgericht hierzu nähere Ermittlungen anzustellen, siehe OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 782.

<sup>200</sup> Umfassende Nachweise bei BeckOGK/*Grziwotz*, § 28 BeurkG Rn. 5.

<sup>201</sup> §§ 11, 28 BeurkG regeln eine Zeugnispflicht, während sich die Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts aus § 17 BeurkG ergibt, siehe nur *Winkler*, Anm. zu OLG Celle, Beschluss vom 9.11.2007 – Not 16/07, in: *MittBayNot* 2008, 492 (495 ff.).

<sup>202</sup> *Lichtenwimmer* *MittBayNot* 2002, 240 (244); *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 63; vgl. auch OLG Hamm *RNotZ* 2016, 60 (64 f.), demzufolge es nicht als ermessensfehlerhaft zu werten sei, dass sich der Notar bei hochbetagten Urkundsbeteiligten für die Überprüfung der Geschäftsfähigkeit auf eine normale Unterredung mit diesem beschränkt, solange sich in diesem Rahmen keine konkreten einen Zweifel begründenden Anhaltspunkte zeigen.

<sup>203</sup> OLG Celle *MittBayNot* 2008, 492 (493).

<sup>204</sup> Ebenso NK-BGB/*Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 49 ff., insb. Rn. 51; *Burandt/Rojahn/Egerland*, § 28 BeurkG Rn. 3.

<sup>205</sup> Strenger OLG Celle *MittBayNot* 2008, 492 (494), wonach sich die Beurkundung bei einer annähernd 83-jährigen Beteiligten nicht auf wenige Angaben zu ihren persönlichen Verhältnissen beschränken dürfe. Wie hier: *Brah*, Feststellung, S. 110-112; *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, *BeurkG*, § 28 Rn. 10; *MüKo/Sticherling*, § 28 BeurkG Rn. 18.

<sup>206</sup> Statt aller *MüKo/Sticherling*, § 28 BeurkG Rn. 17.

<sup>207</sup> *Grziwotz/Heinemann/Heinemann*, *BeurkG*, § 28 Rn. 10. Näher zu möglichen Erkenntnisquellen *Cording ZEV* 2010, 23.

<sup>208</sup> Dies erwägen indes *Stoppe/Lichtenwimmer* *DNotZ* 2005, 806; dagegen aus guten Gründen *Cording/Foerster* *DNotZ* 2006, 329; *G. Müller* *DNotZ* 2006, 325. – Ablehnend äußern sich etwa auch NK-BGB/*Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 104; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 63;

Erkenntnismittel für den Notar wird üblicherweise ein Gespräch mit dem Erblasser sein. Bei Anhaltspunkten für eine geistige Erkrankung muss regelmäßig (freilich mit der gebotenen Sensibilität) ein ausführliches Gespräch geführt werden, wobei die erforderlichen Feststellungen seitens des Notars hierbei nicht in erster Linie bei der Begrüßung oder dem einleitenden Gespräch, sondern im Rahmen des Beurkundungshauptverfahrens zu treffen sind, weil der Notar beim Verlesen und Erörtern im Rahmen seiner Belehrungen nach § 17 BeurkG die Verständnisfähigkeit des Erblassers am besten einzuschätzen vermag.<sup>209</sup> Um eine unzulässige Fremdbeeinflussung ausschließen zu können, ist es ratsam, das Gespräch mit dem Erblasser allein zu führen.<sup>210</sup>

Vor dem Hintergrund des Normzwecks der Zeugnispflicht sollte die Dokumentation der Wahrnehmungen in problematischen Fällen so konkret, anschaulich und ausführlich erfolgen, wie dies dem Notar möglich ist. Allgemeine und pauschale Formulierungen sollten hingegen vermieden werden.<sup>211</sup> Für das Gericht oder den psychiatrischen Sachverständigen sind die Wahrnehmungen seitens des Notars zu den Umständen der Beurkundung (Eilbedürftigkeit, eigenes Interesse des Erblassers an der Beurkundung, Beauftragung durch Dritten/Begünstigten, Ort der Beurkundung),<sup>212</sup> dem Erscheinungsbild des Testators (Alter, geistige Verfassung, zeitliche sowie örtliche Orientiertheit, äußerliches Erscheinungsbild, festgestellte Krankheiten), und dem Inhalt einer längeren Unterhaltung mit Fragen und Antworten von besonderer Bedeutung.<sup>213</sup> Dass Notare das Fehlen der erforderlichen Einsichts- oder Handlungsfähigkeit oft nicht sicher beurteilen können, weil ihre Wahrnehmungen sich punktuell auf einen nicht selten kurzen Zeitraum zwischen Vorbesprechung und Beurkundung beschränken und auch stark eingeschränkte Erblasser ihre kognitiven Einschränkungen möglicherweise zu verbergen vermögen (sogenanntes Fassadenphänomen), darf nicht übersehen werden.<sup>214</sup> Auf die Frage, was aus

---

Grziwotz/Heinemann/Heinemann, *BeurkG*, § 28 Rn. 11 mit weiteren Nachweisen in Fn. 44. Siehe ferner *Fries AcP* 216 (2016), 421 (454-456) für eine zusammenfassende, aber durchaus kritische Auseinandersetzung mit dem Thema.

<sup>209</sup> So OLG Celle *MittBayNot* 2008, 492 (493). Nach *Grziwotz DNotZ* 2020, 389 (391 f.) sollen auch Themen angesprochen werden, die außerhalb des Beurkundungsgegenstands liegen.

<sup>210</sup> Ebenso OLG Celle *MittBayNot* 2008, 492 (494); BeckOGK/*Grziwotz*, § 28 *BeurkG* Rn. 9; *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 52.

<sup>211</sup> Vgl. *Cording ZEV* 2010, 23 (27); *Lichtenwimmer MittBayNot* 2002, 240 (244).

<sup>212</sup> Ein lehrreiches Beispiel notarieller Nachlässigkeit bietet der Sachverhalt in OLG Hamburg *ZErb* 2018, 280: Der Notar wurde von dem später Begünstigten beauftragt, ein Testament der hochgradig dementen Erblasserin zu entwerfen und zwar nach den Angaben des Begünstigten. Das erste persönliche Gespräch wurde von dem Begünstigten vorbereitet, wobei dieser den Notar im Vorfeld darauf hingewiesen hat, die Erblasserin müsse erst mit der Situation vertraut werden, andernfalls wirke sie desorientiert. Im Gespräch machte die Erblasserin einen verwirrten Eindruck (kein Ausweis, desorientiert, fehlendes Vertrauen, Unsicherheit) und zeigte kein Interesse an der Beurkundung. Dennoch beurkundete der Notar, vermerkte indes keine seiner Wahrnehmungen, weil die Erblasserin ihre „Abwehrhaltung“ zunehmend abgebaut habe. Nach Ansicht des entscheidenden Senats – lag zu Recht Testierunfähigkeit vor; der Beurkundungsvorgang sei in höchstem Maße manipulativ vonstattengegangen. Der Notar habe die objektiv auffälligen Ausfallerscheinungen ausgeblendet und im Gespräch nur nach Belegen dafür gesucht, dass die Erblasserin doch testierfähig sei.

<sup>213</sup> *Huber/Schmieder/Dengler BWNotZ* 2012, 150 (153); *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 51 ff.

<sup>214</sup> Siehe zum Fassadenphänomen *Wetterling ErbR* 2015, 355 (auch zu Fragen, mit denen man die Fassade erkennen kann).

verfahrensrechtlicher Sicht unternommen werden könnte, um die Testierfähigkeit des Erblassers besser einschätzen und schützen zu können, wird jedoch erst an späterer Stelle eingegangen.<sup>215</sup>

## § 6. Die Auswirkungen des Demenzsyndroms auf die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen

Es ist heute bereits Realität, dass die meisten Fälle der Testierunfähigkeit auf den Demenzformen beruhen.<sup>216</sup> Aufgrund der – in der Mehrzahl anderer Industrieländer ebenfalls zu beobachtenden – Alterung der deutschen Gesellschaft wird die Bedeutung der Demenz für die Selbstbestimmungsfähigkeit (insbesondere) alter Menschen zudem stetig größer. Aus medizinischer Sicht ist das demenzielle Syndrom eine die Alltagsfähigkeiten beeinträchtigende, erworbene Störung des Gedächtnisses und weiterer kognitiver Funktionen, die über mindestens sechs Monate und nicht im Rahmen eines Delirs besteht.<sup>217</sup> Warum die Demenz eine so bedeutende Rolle für die Geschäfts- / Testierfähigkeit spielt, wird angesichts ihrer kennzeichnenden Merkmale klar. Zu ihnen zählen die Abnahme des Gedächtnisses (vor allem der Merkfähigkeit), die Abnahme anderer kognitiver und exekutiver Hirnfunktionen (Sprache, Rechnen, Planen) sowie die Verminderung der Urteilsfähigkeit und des Denkvermögens.<sup>218</sup> Eine Demenzerkrankung wirkt sich nämlich unmittelbar auf diejenigen geistigen Fähigkeiten aus, die zur selbstbestimmten Willensbildung aus rechtlicher Sicht entscheidend sind. Hinzu kommt, dass ein Großteil aller letztwilligen Verfügungen von hochbetagten Erblassern erstmals errichtet oder nochmals geändert werden, um auf die veränderte Lebenssituation (Pflegebedürftigkeit, Unterstützung, etc.) zu reagieren und sich die Frage nach ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit somit in besonderem Maße stellt.<sup>219</sup>

### I. Demenz und Demographie

Ein Großteil der erbrechtlichen Vorschriften im fünften Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches sind noch zur Jahrhundertwende des 20. Jahrhunderts entstanden und seit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1900 unverändert geblieben.<sup>220</sup> Eine von ihnen ist § 2229 Abs. 4 BGB. Zwar sind die Vorschriften zur Testierunfähigkeit mehrmals geändert und in andere Gesetze überführt worden, ihr Regelungskern entspricht allerdings noch immer dem Geschäftsfähigkeitsrecht.<sup>221</sup> Der Gesetzgeber hat sich insofern zuletzt bei der Redaktion des

<sup>215</sup> Unten § 9.IV.2.

<sup>216</sup> Siehe Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 39; Cording ZEV 2010, 115 (116) [„über 50 %“].

<sup>217</sup> Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Demenz.

<sup>218</sup> Wetterling, in: Schmoeckel (Hrsg.) Demenz und Recht, S. 34 ff.; ders., Freier Wille und neuropsychiatrische Krankheiten, S. 56.

<sup>219</sup> Hierauf weist Zimmer NJW 2007, 1713 zu Recht hin.

<sup>220</sup> Vgl. Röthel, Gutachten, A 9 ff.

<sup>221</sup> Zur Genese umfassend § 2.II.

Bürgerlichen Gesetzbuches mit der grundlegenden Ausrichtung der Geschäftsfähigkeits- und Testierfähigkeitsnormen befasst, abgesehen von der weitreichenden Betreuungsrechtsreform und der damit einhergehenden Abschaffung des Entmündigungsverfahrens.

Inzwischen hat sich die soziale Realität aufgrund des demografischen Wandels in Deutschland jedoch in einem Ausmaß verändert, dass rechtlicher Handlungsbedarf besteht.<sup>222</sup> Während die durchschnittliche Lebenserwartung um die Jahrhundertwende des 20. Jahrhunderts nur etwa 40-50 Jahre betragen hatte, hat es die fortschreitende medizinische Entwicklung geschafft, die Präventions- und Behandlungsmöglichkeiten von körperlichen Krankheiten kontinuierlich zu verbessern. Infolgedessen hat sich die Lebenserwartung eines heute geborenen Kindes beinahe verdoppelt. Die durchschnittliche Lebenserwartung bei der Geburt in Deutschland beläuft sich derzeit für Männer auf 78,6 und für Frauen auf 83,4 Jahre.<sup>223</sup> Mit steigendem Lebensalter erhöht sich nun zugleich das Risiko der Erkrankung an einem demenziellen Syndrom. Empirische Untersuchungen zeigen, dass bereits 8,6 % der über 65-jährigen Deutschen dement sind. Während die Prävalenzrate von Demenzerkrankungen unter den 65-69 Jahre alten Menschen nur 1,3 % beträgt, verdoppelt sie sich im Laufe aller fünf Jahre ungefähr. Das Risiko der Erkrankung an einer Demenz erhöht sich somit mit steigendem Lebensalter. In der Gruppe der 85 bis 89-Jährigen ist bereits jeder Fünfte betroffen (21,8 %) und sogar weit über ein Drittel (40,9 %) der über 90-Jährigen.<sup>224</sup> Insofern hat sich die soziale Realität seit Redaktion der Testier-/ Geschäftsfähigkeitsvorschriften enorm verändert. Während der altersbedingte Abbau geistiger Fähigkeiten für die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches keine gewichtige Rolle gespielt hatte, was auch daran liegt, dass sie teils nicht erforscht waren,<sup>225</sup> leben derzeit schon 1,53 Millionen Menschen (ca. 1,8 % Bevölkerungsanteil) mit einer Demenzerkrankung in Deutschland, wobei jedes Jahr 330 Tausend Neuerkrankungen verzeichnet werden.<sup>226</sup>

---

<sup>222</sup> In diesem Sinne ebenso *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 80 ff.; NK-BGB/*Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 10; zum Spannungsfeld von Autonomie und Heteronomie im Alter außerdem *Spickhoff* AcP 208 (2008), 344.

<sup>223</sup> Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland im Zeitraum der Jahre 1871 bis 2020, Juli 2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-der-lebenserwartung-nach-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

<sup>224</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Prävalenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246021/umfrage/praevaleanzrate-von-demenzerkrankungen-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

<sup>225</sup> Zur Einordnung: Die heute am weitesten verbreitete Demenzerkrankung ist die degenerative Demenz vom Typ Alzheimer [Experten gehen davon aus, dass etwa 60 % aller Betroffenen an ihr erkrankt sind] ist erstmals 1906, d.h. nach Inkrafttreten des BGB, durch Alois Alzheimer beschrieben worden. Zur Geschichte der Alzheimer-Krankheit etwa *Fangerau*, in: Jessen (Hrsg.), Handbuch Alzheimer-Krankheit, Kapitel 1 (S. 1-12).

<sup>226</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Anzahl der Demenzzkranken in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018 (in 1.000), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021); Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Inzidenz und Inzidenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Altersgruppe im Jahr 2018, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

Soweit kein medizinischer Durchbruch erzielt wird, wird sich diese Situation in den kommenden Jahrzehnten zudem erheblich verschärfen, denn statistischen Prognosen zufolge wird im Jahr 2060 aufgrund der gestiegenen Lebenserwartung und anhaltend niedriger Geburtenraten jeder dritte Deutsche (34 %) über 65 Jahre alt sein.<sup>227</sup> Einher mit der Alterung der Gesellschaft geht, dass sich die nominale und prozentuale Zahl der Demenzerkrankten nochmals signifikant erhöhen wird. Prognosen gehen davon aus, dass im Jahr 2060 etwa 2,31 Millionen Deutsche betroffen sein werden, was einem prognostizierten Bevölkerungsanteil der Demenzerkrankten von 3,8 % entspricht.<sup>228</sup>

Die meisten Formen der Demenz sind zudem degenerativer Art, was bedeutet, dass sich der körperliche und geistige Zustand des Betroffenen progressiv verschlechtert. Im Krankheitsverlauf sinkt dabei nicht nur die Widerstandsfähigkeit des Betroffenen, fremden Einflüssen standzuhalten, sondern auch dessen körperliche und geistige Fähigkeiten, so dass jeder Demente ab einem bestimmten Zeitpunkt auf die Pflege Dritter angewiesen ist.<sup>229</sup> Vor diesem Hintergrund sind Demenzerkrankte besonders stark der Fremdbeeinflussung und -bestimmung ausgesetzt, vor der sie zu schützen sind.

## II. Medizinische Einordnung nach ICD-10

Der Etymologie des Wortes zufolge bedeutet Demenz<sup>230</sup> übersetzt so viel wie „unvernünftig“, „ohne Verstand“ oder „Wahnsinn“. Das Wort beschreibt damit einen geistlosen Zustand, in welchem die betroffene Person das Denkvermögen verliert, wobei die geistige Sphäre für den Betroffenen infolge einer Demenz auf rationalem Weg nicht mehr zugänglich ist.

Es gibt aber nicht die eine Demenz. Entgegen umgangssprachlicher Verwendung stellt der Begriff Demenz eine Obergruppe für geistige Degenerationskrankheiten mit vergleichbarer Symptomatik dar. Demenz ist somit keine Krankheit im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr ein medizinisches Syndrom. In der Medizin versteht man unter dem Demenz-Syndrom eine chronische, weil länger als sechs Monate anhaltende Minderung des Gedächtnisses, die von weiteren kognitiven Störungen begleitet wird, zu einer Verminderung von Urteilsfähigkeit

<sup>227</sup> Statistisches Bundesamt u.a., Entwicklung des Anteils der über 65-Jährigen in Deutschland in den Jahren von 1960 bis 2060, September 2013, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/273409/umfrage/entwicklung-des-anteils-der-bevoelkerung-ueber-65-jahren-in-deutschland/> (Stand: 08.12.2021). Siehe auch Statistisches Bundesamt, Bevölkerung im Wandel: Ergebnisse der 14. Koordinierten Bevölkerungsberechnung, 2019, S. 48 (Tabelle 4.1), abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/_inhalt.html) (Stand: 08.12.2021).

<sup>228</sup> Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Prognostizierte Entwicklung der Anzahl von Demenzerkrankten im Vergleich zu den über 65-Jährigen in Deutschland von 2010 bis 2060 (in Millionen), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/245519/umfrage/prognose-der-entwicklung-der-anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland/> (Stand: 08.12.2021).

Zur demografischen Entwicklung und Demenz ferner *Doblhammer/Fink/Fritze/Nerius*, in: Jessen (Hrsg.), Handbuch Alzheimer-Krankheit, Kapitel 2 (S. 13-34), mit weiteren Nachweisen.

<sup>229</sup> *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 85.

<sup>230</sup> Von lateinisch *de-mens* [Abwesenheit von Geist, Verstand, Denkvermögen, Einsicht] beziehungsweise *dementia* [Wahnsinn, Torheit].

und Denkvermögen führt und so stark ausgeprägt ist, dass sie die Aktivitäten des täglichen Lebens einschränkt.<sup>231</sup> Beschrieben wird somit eine durch organische Hirnkrankheiten hervorgerufene Abnahme erworbener, geistiger Fähigkeiten.<sup>232</sup> Die kognitiven Beeinträchtigungen werden gewöhnlich von Veränderungen der emotionalen Kontrolle, des Sozialverhaltens oder der Motivation begleitet.<sup>233</sup> Gegenwärtig sind etwa 50 Krankheiten bekannt, die ein demenzielles Syndrom hervorrufen können, unter anderem Alzheimer-Krankheit, Lewy-Body-Demenz, Parkinson, Creutzfeldt-Jakob-Krankheit, Epilepsie, Multiple Sklerose, Subkortikale arteriosklerotische Enzephalopathie, HIV-Erkrankung oder Syphilis.<sup>234</sup>

Nach den international üblichen diagnostischen Leitlinien ICD-10 der Weltgesundheitsorganisation (WHO)<sup>235</sup> treten mindestens zwei der folgenden drei Symptome auf:<sup>236</sup> Erstens, Fortschreitende Störung der Gedächtnisleistung (vornehmlich des Neugedächtnisses) mit Beeinträchtigungen des täglichen Lebens, zweitens, Abnahme der kognitiven Fähigkeiten (intellektuelle Leistungsfähigkeit) wie Verminderung der Urteilsfähigkeit, des Denkvermögens (Störungen der Orientierung, Sprache, Rechenfähigkeit, Auffassungsgabe, Lernfähigkeit) und der Fähigkeit, zu planen, zu handeln und zu organisieren, drittens und schließlich, Verminderung der Affektkontrolle und des Antriebs oder eine Veränderung des Sozialverhaltens (emotionale Labilität, Reizbarkeit, Vergröberung von Persönlichkeitszügen). Außerdem ist der Betroffene von klarem Bewusstsein (Abgrenzung zum Delir) und das Syndrom besteht schon seit längerer Zeit.<sup>237</sup>

Die klinische Unterscheidung in primäre, d.h. die Ursache für die Demenz liegt unmittelbar in einer organischen Hirnstörung, und sekundäre Demenzen, d.h. die Ursache für die Demenz ist eine andere körperliche Erkrankung, ist insbesondere für die Möglichkeiten einer Therapierbarkeit entscheidend,<sup>238</sup> soll hier jedoch nicht vertieft dargestellt werden. Einerseits ist die Prävalenz primärer Demenzen deutlich höher (etwa 80-90 % aller Fälle) und andererseits ist die Feststellung des medizinischen Krankheitssyndroms für die Beurteilung der Testier(un)fähigkeit allenfalls von untergeordneter Bedeutung, weil aus rechtlicher Sicht

<sup>231</sup> Statt aller *Klockgether*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 25 f.

<sup>232</sup> Demenz ist insofern das Gegenstück zur angeborenen Minderbegabung (Intelligenzschwäche), vgl. *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 32.

<sup>233</sup> *Klockgether*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 26.

<sup>234</sup> Vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Demenz; *Wetterling/Neubauer/Neubauer ZEV* 1995, 46 (47) mit Fn. 9.

<sup>235</sup> *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – Revision 10*, hrsg. von der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Demenz ist klassifiziert in Kapitel V (Psychische und Verhaltensstörungen) unter F00 bis F03 (Organische, einschließlich psychischer Störungen).

Die deutsche Version für 2022 ist abrufbar unter: <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2022/block-f00-f09.htm> (Stand: 11.12.2021).

<sup>236</sup> Dazu *Wetterling* ErbR 2014, 94 (99).

<sup>237</sup> Statt aller *Paulitsch/Karwautz*, Grundlagen der Psychiatrie, S. 290 f.; *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 32; *ders.* ErbR 2014, 94 (99 ff.).

<sup>238</sup> Zur Unterscheidung siehe nur *Lieb/Tüscher*, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, Kapitel 4.1.1 (S. 132). Sekundäre Demenzen sind unter Umständen sogar reversibel, während primäre Demenzen nach derzeitigem Stand der Medizin nicht heilbar sind.

nur die Funktionsbeeinträchtigungen durch die geistige Krankheit entscheidend sind. Die häufigsten Ursachen für ein dementielles Syndrom sind die Alzheimer-Krankheit (rund 60 % aller Fälle) und die vaskuläre Demenz als Folge einer subkortikal-arteriosklerotischen Enzephalopathie (etwa 15-25 % aller Fälle), wobei allerdings gerade hochbetagte Betroffene nicht selten (10-20 %) von einer Mischform aus vaskulärer Demenz und Demenz bei Alzheimer-Krankheit betroffen sind.<sup>239</sup> Im Folgenden werden die beiden Krankheitsbilder angesichts ihrer besonderen Bedeutung in einem kurzen Überblick dargestellt. Freilich liegt der Fokus nicht auf der Beleuchtung der medizinischen Ursachen, von Risikofaktoren oder der Therapierbarkeit, sondern in den empirisch zu beobachtenden Funktionsbeeinträchtigungen, die mit der Erkrankung an einem dementiellen Syndrom typischerweise einhergehen und für die Fähigkeit zur freien Willensbildung entscheidende Bedeutung haben.

### 1. Alzheimer-Krankheit

Die Alzheimer-Krankheit ist gekennzeichnet durch extrazelluläre Ablagerungen eines Peptids (Amyloid- $\beta$ ) in Form neuritischer Plaques und die intrazelluläre Aggregation von hyperphosphoryliertem Tau-Protein in Form von Tangles. Die Ablagerungen in der Hirnrinde führen zu einem zunehmenden Verlust von Nervenzellen, Nervenkontakten und zu einer Verminderung des Hirnvolumens (Hirnatrophie).<sup>240</sup> Von der pathologischen Proteinablagerung in der Hirnrinde sind vor allem der Hippocampus, der Temporallappen und das basale Vorderhirn betroffen, d.h. diejenigen Orte des Gehirns, die mit Gedächtnis und Informationsverarbeitung zu tun haben.<sup>241</sup> Im Krankheitsverlauf kommt es daher durch den allmählichen Verlust von Nervenzellen und Nervenkontakten zu einer fortschreitenden Störung vieler psychischer Leistungen (Gedächtnis, Sprache, Denkvermögen, Verarbeitung von Mustern oder räumlichen Verhältnissen), weil die eintreffenden Sinneseindrücke nicht mehr richtig verarbeitet und mit dem bereits Gelernten nicht mehr sinnvoll verknüpft werden können.<sup>242</sup>

Der Verlauf der Erkrankung ist individuell, typischerweise setzen die Symptome aber schleichend ein und schreiten allmählich über einen Zeitraum von mehreren Jahren fort. Bei frühem Beginn (Betroffener ist jünger als 65 Jahre alt) weist der Verlauf insoweit vergleichsweise oft eine rasche Verschlechterung auf, während die (erheblich öfter anzutreffende) Alzheimer-Krankheit mit spätem Beginn von einer langsamen Progredienz

---

<sup>239</sup> *Lieb/Tüscher*, in: *Lieb/Frauenknecht* (Hrsg.), *Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie*, S. 138 mit Abbildung 4.2, S. 148; *Wetterling* ErbR 2010, 345 (346).

<sup>240</sup> Vgl. *Pschyrembel*, *Klinisches Wörterbuch*, Stichwort: Alzheimer-Krankheit; *Klockgether*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 26; näher zur Pathogenese der Alzheimer-Krankheit siehe *Lieb/Tüscher*, in: *Lieb/Frauenknecht* (Hrsg.), *Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie*, S. 141 f.

<sup>241</sup> *Lieb/Tüscher*, in: *Lieb/Frauenknecht* (Hrsg.), *Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie*, S. 141 f.

<sup>242</sup> Siehe nur *Zimmermann* BWNZ 2000, 97 (104); *Gatterer/Croy*, *Leben mit Demenz*, S. 23.

gekennzeichnet ist.<sup>243</sup> Weil es sich um eine progressive neurodegenerative Krankheit handelt, kann sie in verschiedene Phasen unterteilt werden, die nach der Schwere der Symptome und Beeinträchtigungen kategorisiert werden.<sup>244</sup>

Im frühen Stadium der Krankheit kommt es insbesondere zu leichten Störungen des Kurzzeitgedächtnisses bei ansonsten unauffälliger Motorik und Gefühlsempfindung. Die Betroffenen haben nur ein schwaches Erinnerungsvermögen an kurz zurückliegende Ereignisse, Fragen wiederholen sich, Vereinbarungen werden vergessen. Sie haben Schwierigkeiten, Neues zu erlernen und sich in ungewohnter Umgebung zurecht zu finden. Es treten vermehrt Sprachstörungen und Wortfindungsstörungen auf, das Sprachverständnis und der Informationsgehalt der Mitteilungen nimmt ab. Betroffene wirken zerstreut, ihr zeitliches und räumliches Vorstellungsvermögen ist gestört. Zudem haben sie Schwierigkeiten, anspruchsvolle Tätigkeiten auszuüben, die sie bisher beherrscht hatten (z.B. Kochen). Ihr Urteilsvermögen ist in dieser Phase bereits eingeschränkt.<sup>245</sup>

Das mittlere Stadium der Erkrankung ist von einer tiefgreifenden Störung des Kurzzeitgedächtnisses gekennzeichnet und es treten bereits vermehrt Störungen des Altgedächtnisses auf. Die Betroffenen sind hochgradig vergesslich, Erinnerungen an frühere Ereignisse gehen verloren, wobei länger zurückliegende Ereignisse (etwa präsenile Erinnerungen aus der Kindheit) auch länger erhalten bleiben. Sie finden sich auch zunehmend in vertrauter Umgebung nicht mehr zurecht, sie erkennen Familienangehörige, vertraute Gegenstände oder die Wohnung nicht mehr. In dieser Phase geht manchen Patienten bereits der Bezug zur Gegenwart völlig verloren. Sie verlieren zudem die Fähigkeit, sich selbständig zu versorgen (etwa Ankleiden, Hygiene, Einkaufen, Umgang mit Geld). Die mittelgradige Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten erreicht ein Ausmaß, das eine ernste Behinderung für ein unabhängiges Leben darstellt. Sprachstörungen und Wortfindungsstörungen häufen sich, Betroffene verwenden dieselben Floskeln und Satzbausteine immer wieder. Sie können Sinneswahrnehmungen nicht mehr sinnvoll einordnen, die Fähigkeit zu logischem Denken und zur Problemlösung geht zunehmend verloren und es kommt zu schweren Störungen des Urteilsvermögens. Besonders entscheidend für die Beurteilung der Testierfähigkeit ist, dass demente Personen in diesem Stadium typischerweise gerade aufgrund ihrer Defizite nicht mehr in der Lage sind, diese als Defizite wahrzunehmen. Zudem treten Verhaltensprobleme (rastloses Umherwandern,

---

<sup>243</sup> Vgl. die Klassifikation der Alzheimer-Demenz nach den Kriterien F00.0 und F00.1 der ICD-10; abrufbar unter <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2022/block-f00-f09.htm> (Stand: 11.12.2021).

<sup>244</sup> Hierzu und zum folgenden *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (104 f.); *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 41 f., S. 89 ff.; *Deutscher Ethikrat*, Selbstbestimmung und Demenz, S. 18 ff.; *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: *Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, S. 548 f.; *Gatterer/Croy*, *Leben mit Demenz* S. 36 f., S. 109 ff.; *Hofer-Ranz*, *Philosophisches Skandalon Demenz*, S. 25 ff.; *Kruse* NotBZ 2001, 448 (449-451); *Lieb/Tüscher*, in: *Lieb/Frauenknecht* (Hrsg.), *Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie*, S. 135 mit Tab. 4.3.; *Losch* ZErB 2017, 188 (190); *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (47 f.).

<sup>245</sup> Vgl. *Boehm*, *Der demenzkranke Erblasser*, S. 37 mit Fn. 59.

Ausbüchsen), Ruhe-, Rast- und Schlaflosigkeit, Misstrauen (Wahn), Depressionen und Halluzinationen auf. Die Betroffenen leben in der Vergangenheit, leben in ihrer eigenen Welt, sind aber emotional empfindsam (sie verspüren vor allem Scham, Angst, Trauer), was jedoch zu einer erhöhten Fremdbeeinflussbarkeit bei eingeschränktem Kontrollvermögen führt.<sup>246</sup> Gleichzeitig vergrößert sich ihr soziales Verhalten, sie werden oft aggressiv (auch gegenüber vertrauten Personen).

Bei einer weit fortgeschrittenen Erkrankung in der späten Phase der Demenzentwicklung kommt es zu schwersten Störungen des Gedächtnisses und anderer kognitiver Fähigkeiten. Nächste Angehörige oder vertraute Umgebungen werden gar nicht mehr erkannt, der Betroffene ist räumlich und zeitlich komplett desorientiert. Neue Informationen können gar nicht mehr behalten werden und es bleiben nur Fragmente von früher Gelerntem übrig. Der kognitive Abbau zeichnet sich dadurch aus, dass die Gedankengänge des Betroffenen von außen betrachtet so gut wie gar nicht mehr nachvollziehbar sind. Sie handeln nur noch zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung, zur Abwehr unangenehmer Empfindungen und negativer Gefühle oder aus Intuition. In dieser Phase ist der Betroffene vollständig von der Hilfe anderer abhängig.

Die Krankheitsdauer von Beginn der Symptomatik bis zum Tod des Betroffenen beträgt durchschnittlich etwa 5-8 Jahre, wobei sich das frühe Stadium durch eine relativ geringe Progression, das mittlere Stadium durch eine rasche Progression und das Spätstadium wieder durch eine langsame Progression auszeichnet.<sup>247</sup> Obwohl der Krankheitsverlauf stets individuell ist, ist festzustellen, dass jeder Betroffene nach einem bestimmten Zeitraum in das schwere Stadium der Krankheit gelangt, soweit er nicht vorher verstorben ist. Das bedeutet zugleich, dass grundsätzlich jeder Betroffene früher oder später die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung verlieren wird.<sup>248</sup>

## 2. *Subkortikal-arteriosklerotische Enzephalopathie*

Unter vaskulärer Demenz werden alle demenziellen Syndrome kategorisiert, die auf einer Erkrankung der Hirngefäße basieren.<sup>249</sup> Hierunter ist die subkortikal-arteriosklerotische

---

<sup>246</sup> Insbesondere *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (48 f.). Ein gutes Beispiel bietet die Entscheidung des OLG Hamburg, Beschluss vom 10.05.2012 – 2 W 96/11, BeckRS 2014, 15126: Dort hatte die Erblasserin mit Demenz im mittleren Stadium einer Zeugin wiederholt Geschenke angeboten, obwohl sie sie trotz mehrerer Besuche nicht wiedererkennt und im Rahmen desselben Gesprächs einige Male vergessen hatte, dass die Zeugin eine Tochter habe, der das Geschenk (eine nicht unerhebliche Geldsumme für den Hauskauf) zuteilwerden sollte. Ihr fehlte deshalb nach Ansicht des Senats die Kritik- und Urteilsfähigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt.

<sup>247</sup> *Lieb/Tüscher*, in: *Lieb/Frauenknecht* (Hrsg.), *Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie*, S. 140; *Wetterling*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 39; anders [durchschnittlich 8-10 Jahre] *Boehm*, *Der demenzkranke Erblasser*, S. 36 mit Fn. 53.

<sup>248</sup> Vgl. *Fries* AcP 216 (2016), 421 (426 f.); *Seibert*, *Testierfähigkeit und Willensfreiheit*, S. 84; *Wetterling*, *Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen*, S. 65.

<sup>249</sup> Vgl. die Klassifikation der vaskulären Demenz nach den Kriterien F01.- der ICD-10; abrufbar unter <https://www.dimdi.de/static/de/klassifikationen/icd/icd-10-gm/kode-suche/htmlgm2022/block-f00-f09.htm>

Enzephalopathie (auch Morbus Biswanger) die häufigste Krankheit, welche zu einer vaskulären Demenz führt.<sup>250</sup> Sie ist eine chronische Hirnerkrankung als Folge einer Arteriosklerose. Ursächlich für das demenzielle Syndrom sind Durchblutungsstörungen bzw. Verstopfungen kleiner Blutgefäße des Gehirns (zerebrale Mikroangiopathie), indem durch eine verminderte Sauerstoffversorgung von Gehirnarealen die Funktionen der betroffenen Areale gestört werden. Im Unterschied zur Alzheimer-Krankheit ist die Hirnrinde gewöhnlich intakt.<sup>251</sup>

Die betroffenen Bereiche sind besonders für Gedächtnis, Sprache und Lernfähigkeit verantwortlich, die Symptome allerdings abhängig davon, welches Areal betroffen ist.<sup>252</sup> Typische Symptome der subkortikalen Demenz sind Störungen von Aufmerksamkeit und Konzentration, Antrieb, Stimmung (Affektlabilität) sowie neurologische Symptome (z.B. Gangstörung, Inkontinenz). Im Vordergrund stehen Störungen der Exekutivfunktionen (Planung, Organisation, Zielsetzung) und eine Verlangsamung der Denkabläufe.<sup>253</sup>

Im Gegensatz zur progressiven Neurodegeneration der Alzheimer-Krankheit zeichnet es die vaskuläre Demenz aus, dass die kognitive Beeinträchtigung weniger gleichmäßig ist und stärker fluktuiert. Während es bei der Alzheimer-Krankheit zu einer schleichenden, aber stetigen Verschlechterung der geistigen Fähigkeiten kommt, beginnt die vaskuläre Demenz plötzlich und der Krankheitsverlauf ist stufenförmig.<sup>254</sup> Dabei wechseln sich Phasen der zeitweisen Stabilisierung mit Phasen rapider Verschlechterung.<sup>255</sup> Weil sich der geistige Zustand des Betroffenen sprunghaft verschlechtert, bleiben Einsichts- und Urteilsfähigkeit unter Umständen relativ lange erhalten.<sup>256</sup> In fortgeschrittenen Stadien kommen die für die Alzheimer-Krankheit typischen Gedächtnisstörungen hinzu. Zwar unterscheiden sich vaskuläre Demenzen somit von der Demenz aufgrund Alzheimer-Krankheit, gleichwohl können auch sie in die oben beschriebenen Stadien eingeordnet werden. Gerade in fortgeschrittenen Stadien unterscheiden sich Demenzen verschiedenen Ursprungs ohnehin nur noch wenig hinsichtlich ihrer psychopathologischen Symptomatik.<sup>257</sup> Dies führt auch dazu, dass bei vielen Patienten eine klare Trennung zwischen Alzheimer-Krankheit und

---

(Stand: 11.12.2021): „Die vaskuläre Demenz ist das Ergebnis einer Infarzierung des Gehirns als Folge einer vaskulären Krankheit, einschließlich der zerebrovaskulären Hypertonie. Die Infarkte sind meist klein, kumulieren aber in ihrer Wirkung. Der Beginn liegt gewöhnlich im späteren Lebensalter.“

<sup>250</sup> Wetterling ErbR 2014, 94 (100).

<sup>251</sup> Statt aller Lieb/Tüscher, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. 148; vgl. auch die Einordnung nach F01.2 der ICD-10.

<sup>252</sup> Vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort: Enzephalopathie, subkortikale arteriosklerotische; Gatterer/Croy, Leben mit Demenz, S. 27 f.; Klockgether, in: Schmoedel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 28; näher zur Pathogenese siehe Lieb/Tüscher, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. 148 ff.

<sup>253</sup> Lieb/Tüscher, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. 148; Wetterling ErbR 2014, 94 (100).

<sup>254</sup> Lieb/Tüscher, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. 149.

<sup>255</sup> Vgl. Gatterer/Croy, Leben mit Demenz, S. 28 mit Abbildung 3.6.

<sup>256</sup> Boehm, Der demenzkranke Erblasser, S. 40; Lieb/Tüscher, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. 149.

<sup>257</sup> Siehe Wetterling ErbR 2014, 94 (100).

subkortikal-arteriosklerotischer Demenz nur schwer möglich ist, zumal insbesondere hochbetagte Betroffene häufig an einer Mischform aus beiden erkrankt sind.<sup>258</sup>

### III. Die Testierfähigkeit Demenzkranker

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass Demenzerkrankungen zu einer mit der Zeit nachlassenden Testierfähigkeit führen, weil früher oder später jeder Betroffene – soweit er dies körperlich erlebt und nicht zuvor verstorben ist – das schwere Stadium der Demenz erreichen wird, in welchem er seinen Willen nur noch zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung, d.h. unreflektiert äußern kann. In diesem Stadium scheidet eine freie Willensbestimmung im rechtlichen Sinn aus, vielmehr geht es dann insoweit darum, dem natürlichen Willen des Betroffenen, wo dies sinnvoll möglich ist, Wirkung zu verleihen. Es verwundert daher nicht, dass es eine beinahe unüberblickbare Fülle an Literatur und gerichtlichen Entscheidungen gibt, die sich mit dem Thema der Selbstbestimmungsfähigkeit Demenzkranker befasst.<sup>259</sup>

Der objektivierbare Befund einer Geisteskrankheit reicht jedoch für sich allein nicht aus, um schon daraufhin den Erblasser für testierunfähig zu erklären. Die für die Beurteilung der Testierfähigkeit entscheidende Frage ist, ob und in welchem Maße sich die Geisteskrankheit auf die Einsichts- und Willensbildungsfähigkeit des Erblassers auswirkte. Für die Beurteilung entscheidend ist nicht die Diagnose einer organischen Störung, sondern Grad und Ausmaß der nachweisbaren psychopathologischen Auffälligkeiten.<sup>260</sup> Aus diesem Grund begründet das Vorliegen einer Demenz-Diagnose keine tatsächliche Vermutung für Testierunfähigkeit.<sup>261</sup>

Die Testierfähigkeit kann nicht aufgrund einzelner Erklärungen und Angaben bestimmt werden kann, denn es ist anerkannt, dass die Abbauerscheinungen vom Betroffenen häufig durch eine wohlgeordnet erscheinende Fassade verdeckt werden können. Entscheidend ist, ob der Erblasser im fraglichen Zeitraum generell noch zu einer selbständigen Entscheidung bei klarem Verstand fähig war. Das bedeutet, dass die Testierfähigkeit Demenzkranker stets individuell und anhand einer umfassenden Würdigung des Gesamtbildes und der Persönlichkeit des Erblassers festzustellen ist.<sup>262</sup> Ein wichtiger Indikator für die Beurteilung

<sup>258</sup> *Klockgether*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 28; vgl. auch *Gatterer/Croy*, *Leben mit Demenz*, S. 33, S. 36 ff.; *Hofer-Ranz*, *Philosophisches Skandalon Demenz*, S. 25 ff.

<sup>259</sup> Für die im Rahmen der vorliegenden Arbeit interessierende Testierfähigkeit siehe insbesondere: *Boehm*, *Der demenzkranke Erblasser*, 2017; *Busch* ErbR 2014, S. 90-94; *Christandl*, *Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft*, 2016; *Fries* AcP 216 (2016), S. 422-458; *Kruse* NotBZ 2001, S. 448-454; *Losch* ZErB 2017, S. 188-194; *Schmoeckel* NJW 2016, S. 433-439; *Seibert*, *Testierfähigkeit und Willensfreiheit*, 2015; *Spickhoff* AcP 208 (2008), S. 346-415; *Zimmermann* BWNNotZ 2000, S. 97-108. Siehe auch die im Tagungsband von *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, 2010, veröffentlichten Beiträge von *Wetterling* (S. 31-41) und *Zaczyk* (S. 89-98).

Für Nachweise aus der ober- und höchstgerichtlichen Rechtsprechung siehe § 5.I.1 mit Fn. 81-83.

<sup>260</sup> Repräsentativ BayObLG MittBayNot 2001, 571 (573); siehe bereits oben § 5.

<sup>261</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 566 (568); 2005, 555; *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 18.

<sup>262</sup> BayObLGZ 1979, 256 (263); 1995, 383 (390 f.); *Boehm*, *Der demenzkranke Erblasser*, S. 89; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 32.

ist dabei der diagnostizierte Schweregrad der Demenz. Innerhalb der drei Stadien (leicht, mittel, schwer) wurden insofern typische kognitive Funktionsbeeinträchtigungen kategorisiert, die das Wertungsurteil erleichtern. Gerade bei der progredienten Alzheimer-Demenz kommt es zu einem regelmäßig mehrere Jahre dauernden und schleichend verlaufenden Autonomieverlust, dessen Verlauf relativ gut abschätzbar ist. Gleichwohl verbietet sich eine schematische Anwendung in dem Sinne, dass aus dem Vorliegen einer mittelschweren Demenz immer und bei einer leichten Demenz nie Testierunfähigkeit anzunehmen sei.<sup>263</sup> Im Rahmen dieser Ausführungen kann die Dringlichkeit einer individuellen Beurteilung des betroffenen Erblassers nur nochmals betont werden.

Das frühe (leichte) Stadium der Demenz ist gekennzeichnet davon, dass es bei den Betroffenen vor allem zu Störungen des Kurzzeitgedächtnisses kommt. Die Alltagsfähigkeit des Kranken ist zwar beeinträchtigt,<sup>264</sup> allgemein wird aber angenommen, dass Willensbildungs- und Entscheidungsfähigkeit in diesem Stadium noch für alle Lebensbereiche erhalten bleiben.<sup>265</sup> Das liegt zum einen daran, dass die bloß graduelle Abnahme der geistigen Fähigkeiten aufgrund des Alterungsprozesses nicht zur Testierunfähigkeit führt.<sup>266</sup> Die gesetzliche Regelung fordert nämlich nicht volle Besonnenheit bzw. volle geistige Gesundheit. Und das bereits aus dem einfachen Grund, dass die Geschäfts- / Testierfähigkeit als die Fähigkeit zur „normalen Bestimmbarkeit des Willens durch vernünftige Erwägungen“<sup>267</sup> beschrieben wird. In diesem Zusammenhang würde es aber eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen, wenn – überspitzt formuliert – nur ein geistig und körperlich gesunder und besonnener Mensch im mittleren Lebensalter (30-60 Jahre) die gesetzlichen Anforderungen erfüllen könnte.<sup>268</sup> Gerade der alterstypische Abbau geistiger Fähigkeiten kann nämlich bis zu einer gewissen Grenze, und dies ist die Diagnose einer Geisteskrankheit, als normal angesehen werden. Wenngleich die Demenz-Diagnose, obwohl statistisch wahrscheinlich, nicht als „normal“ in diesem Sinne anzusehen ist, erreichen die geistigen Beeinträchtigungen im frühen Stadium regelmäßig nicht das zur Versagung der Testierfähigkeit notwendige Maß. Als einprägsames Bild für die Beeinträchtigungen in diesem Stadium dienen etwa die im Kühlschrank vergessene Brille oder der an einem ungewöhnlichen Ort abgelegte Schlüssel. Die Betroffenen realisieren ihre

---

<sup>263</sup> Eindringlich *Cording* ZEV 2010, 115 (116); ihm folgend OLG Hamburg ZErB 2018, 280 (282); MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 29 mwN. in Fn. 62.

<sup>264</sup> Ist die Alltagsfähigkeit nicht beeinträchtigt, spricht man klinisch von *Mild Cognitive Impairment* (MCI), was eine Vorstufe der Demenzerkrankung sein kann, die definitionsgemäß eine Beeinträchtigung der Alltagsfähigkeit voraussetzt; vgl. dazu die Klassifikation F.06.7 nach ICD-10. Die Ausführungen zum leichten Stadium der Demenz gelten für sie sinngemäß.

<sup>265</sup> Statt vieler Deutscher Ethikrat, Demenz und Selbstbestimmung, S. 18 ff.; *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer (Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung, S. 549; *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 89 ff.; *Zimmermann* BWNotZ 2000, 97 (104 ff.); BeckOGK/*Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 23.

<sup>266</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 163 ff. mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

<sup>267</sup> Zum Beispiel RGZ 103, 399 (401); vgl. auch *Schwimann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 44 f.

<sup>268</sup> So bereits *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 97.

„Defizite“ noch und können diese entsprechend kompensieren.<sup>269</sup> Zur Wahrung ihrer Autonomie bei eingeschränkter Urteilsfähigkeit ist allerdings eine gut informierte Entscheidung nötig. Der Betroffene kann umso eher eine (wirklich) selbstbestimmte Entscheidung treffen, wenn seine Entscheidung in einer unterstützenden Atmosphäre und mit ausreichend Bedenkzeit getroffen wird.<sup>270</sup> Prinzipiell sind aber Entscheidungen auf der Basis des eigenen Wertungssystems und unter Abwägung verschiedener Gesichtspunkte möglich, weil die Kontinuität der Person mit seinem „früheren Ich“ noch gegeben ist, d.h. dass der Betroffene im Rahmen der Entscheidungsfindung noch auf sein Altgedächtnis und prägende Erlebnisse zurückgreifen kann. Eine leichte Demenz schließt folglich einen Zustand normaler Geistestätigkeit, der eine freie Willensbildung zulässt, in der Regel nicht aus, wenn keine zusätzlichen Störungen wie Depression oder Wahn hinzutreten.<sup>271</sup>

Im mittleren Stadium der Demenzerkrankung ist die freie Willensbestimmung / Testierfähigkeit des Betroffenen dagegen bereits regelmäßig ausgeschlossen.<sup>272</sup> Betroffene sind auch in vertrauter Umgebung zeitlich und örtlich desorientiert. Die im frühen Stadium zu beobachtenden Störungen des Kurzzeitgedächtnisses nehmen immer weitreichendere Ausmaße an, zugleich treten schwerwiegende Störungen des Altgedächtnisses auf. Im Verlauf der Erkrankung geht allmählich das autobiografische Wissen um die eigene Person (Erlebnisse, Erfahrungen) verloren, aber auch langjährige Wegbegleiter des Erblassers (etwa Angehörige, Betreuer, Pfleger) werden zunehmend nicht mehr erkannt. Betroffene können regelmäßig nur noch sehr sorgfältig Erlerntes behalten und gleichzeitig Neues nur äußerst mühsam einordnen und in ihrer Erinnerung nur für kurze Zeit behalten. Willensentschlüsse weisen insofern keine zeitliche Beständigkeit mehr auf; sie sind immer mehr auf spontane, anschauungsgebundene Handlungen, auf Entscheidungen im Erlebnisraum und auf unmittelbare Bedürfnisbefriedigung beschränkt. Es wird daher angenommen, dass eine freie Willensbestimmung im mittlerem Verlaufsstadium ausgeschlossen ist, weil es maßgeblich darauf ankommt, ob der Erblasser sich an Sachverhalte und Ereignisse erinnern, Informationen aufnehmen, Zusammenhänge erfassen und Abwägungen vornehmen kann.<sup>273</sup> Alle diese kognitiven Fähigkeiten sind im Stadium der mittleren Demenz jedoch schon weitreichend beeinträchtigt. Ein schematisches Ablehnen der Testierfähigkeit verbietet sich aber, weil stets der konkrete Erblasser mit seinem individuellen Krankheitsverlauf und seinen

<sup>269</sup> Vgl. nur *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (104).

<sup>270</sup> Auf das Erfordernis einer unterstützenden Atmosphäre wird zurückzukommen sein; siehe § 9.II.2.

<sup>271</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1064 Rn. 45; im Ergebnis ebenso OLG München ZEV 2017, 148 (151 f.) im aufsehenerregenden Fall Gurlitt, wo eine nur leichtgradige Demenz festgestellt wurde.

<sup>272</sup> Vgl. aus dem Schrifttum: Deutscher Ethikrat, *Demenz und Selbstbestimmung*, S. 18 ff.; *Foerster/Passow/Habermeyer*, in: *Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer* (Hrsg.), *Psychiatrische Begutachtung*, S. 549; *Boehm*, *Der demenzkranke Erblasser*, S. 89 ff.; *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (48); *Wetterling*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 39 f.; *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (104 ff.); *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 23.

Aus der Rechtsprechung: BayObLG, Beschluss vom 30.06.2005 – 1Z BR 100/04, BeckRS 2005, 44199; OLG München NJW-RR 2008, 164; FamRZ 2015, 689; OLG Bamberg RNotZ 2015, 655 (657).

<sup>273</sup> OLG München NJW-RR 2009, 164 (166); ZEV 2013, 504 (505); ähnlich OLG Karlsruhe ZEV 2020, 221 (225); OLG Hamm FamRZ 2018, 1032 (1034); OLG Bamberg RNotZ 2015, 655 (657).

Symptomen zu beurteilen ist.<sup>274</sup> Der Krankheitsverlauf kann zudem bei einer mehrjährigen, progredienten Krankheit nicht immer sicher eingeordnet werden. Außerdem ist es nicht ausgeschlossen, dass der Betroffene bereits vor dem Erreichen des klinischen mittleren Stadiums die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung verloren hat, zum Beispiel aufgrund einer zugleich auftretenden Wahnstörung, Depressionsstörung oder Ähnlichem.<sup>275</sup>

Im schweren Stadium der Demenz kann der Betroffene nur noch zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung handeln. Die Testierfähigkeit ist – wohl unstrittig – ausgeschlossen, weil nur ein natürlicher, d.h. unreflektierter, spontaner Wille im unmittelbaren Erlebnisbereich geäußert werden kann.<sup>276</sup>

#### *IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse*

Testierunfähig ist, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegeben Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln (§ 2229 Abs. 4 BGB). Insofern muss der Erblasser grundsätzlich zu einer vernünftigen, reflexiven Entscheidung fähig sein. Er muss in der Lage sein, die für und gegen eine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe abzuwägen und sich aus eigener Überlegung, frei von Einflüssen Dritter, ein klares Urteil zu bilden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch fordert, dass der Testator Informationen aus seiner Umwelt aufnehmen, diese Informationen verarbeiten und sich ein Urteil über mögliche Varianten bilden kann. Um testierfähig zu sein, muss er wissen, wer er ist, dass er etwas letztwillig übertragen will, wem er etwas hinterlassen möchte und was wer erhalten soll. Die Testierunfähigkeit bezieht sich demnach auf solche Krankheitszustände, bei denen die Betroffenen vom Kontext ihrer biografischen Lebensentwicklung abgeschnitten sind, und zwar sowohl von ihrer bisher erworbenen Erfahrung ebenso wie von der Möglichkeit, durch neue Erfahrungen zu lernen. Bei der Abwägung der widerstreitenden Gesichtspunkte muss der Testator in der Lage sein, eine Entscheidung zu treffen, die mit seinem persönlichen Wertesystem in Einklang zu bringen ist; das heißt er muss fähig sein, nach seiner zutreffend gewonnenen Einsicht zu handeln. Die getroffene Entscheidung darf ihm nicht wesensfremd sein, sondern muss aus der Gesamtpersönlichkeit des Erblassers vor dem Hintergrund seiner biografischen Eigenheiten und seiner Erfahrungen ableitbar sein.

Insbesondere Demenzerkrankungen wirken sich nachteilig auf die geistige Verfassung des Erblassers aus und beeinträchtigen dessen erworbene Fähigkeiten. Kennzeichnend für

---

<sup>274</sup> Siehe Fn. 454.

<sup>275</sup> Zur Komorbidität etwa *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 38 f; *Wetterling/Neubauer/Neubauer ZEV* 1995, 46 (49).

<sup>276</sup> Statt aller *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 40.

Demenzerkrankungen sind die Abnahme des Gedächtnisses (vor allem der Merkfähigkeit), die Abnahme anderer kognitiver und exekutiver Hirnfunktionen (Sprache, Rechnen, Planen) sowie die Verminderung der Urteilsfähigkeit und des Denkvermögens. Es ist daher festzustellen, dass sie sich ganz erheblich auf die Testierfähigkeit des Betroffenen auswirken.

Ein Demenzkranker, dessen Krankheitsverlauf nach klinischen Messverfahren (*Clinical Dementia Rating*) in das leichte Stadium eingeordnet wird, ist regelmäßig noch in der Lage, selbstbestimmte Entscheidungen in allen Lebensbereichen zu treffen. Das liegt insbesondere daran, dass dieser seine „Defizite“ gegenüber dem früheren „Normalzustand“ realisiert, sich entsprechend durch rechtliche Beratung und Aufklärung über die Folgen des Rechtsgeschäfts informieren kann und dadurch seine Selbstbestimmungsfähigkeit erhalten bleibt.

Indes besteht in diesem Stadium bereits Handlungsbedarf. Verpasst der Testator den richtigen Zeitpunkt, kann es dazu kommen, dass der Abbau seiner geistigen Fähigkeiten bei Abschluss des Rechtsgeschäfts schon so weit fortgeschritten ist, dass eine selbstbestimmte Entscheidung nicht mehr möglich ist. Überwiegend wird nämlich angenommen, dass die Testierfähigkeit eines Demenzkranken im mittleren Stadium der Krankheit, das mit erheblichen Gedächtnis- und Orientierungsstörungen sowie stark eingeschränkter Urteils- und verminderter Widerstandsfähigkeit gegenüber Fremdbeeinflussbarkeit von außen einhergeht, bereits ausgeschlossen ist. Der mittelschwer Demenzkranke ist mithin regelmäßig testierunfähig.

Ist die Testierunfähigkeit infolge einer Demenzerkrankung einmal ausgeschlossen, ist der Betroffene für erbrechtliche Rechtsgeschäfte handlungsunfähig; ist er handlungsunfähig, bleibt er es auch – von eventuell möglichen, aber in ihrer Tatsächlichkeit bestrittenen luziden Intervallen abgesehen. Weder ist er in der Lage, rechtswirksam eine neue Verfügung von Todes wegen zu errichten, noch dazu, eine frühere letztwillige Verfügung aufzuheben oder zu ändern. Zudem wird vertreten, dass selbst ein Wechsel des anwendbaren Rechts, das nach Art. 21 Abs. 1, 24 Abs. 1 EuErbVO grundsätzlich an das Recht des Staates anknüpft, wo der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nicht möglich ist.<sup>277</sup> Ein Statutenwechsel scheint besonders in denjenigen Fallkonstellationen interessant, in denen das anvisierte Erbstatut nach seinem Sachrecht niedrigere Anforderungen an die Testierfähigkeit stellt oder das gesetzliche Erbrecht für den Erblasser oder möglicherweise – und das birgt eine nicht zu vernachlässigende Missbrauchsgefahr – für die potentiellen Erben „besser“ ist.

---

<sup>277</sup> Das ist umstritten, zur Diskussion MüKoBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 10 mit umfassenden Nachweisen. Einen Statutenwechsel ablehnend etwa Zimmer/Oppermann ZEV 2016, 126 (130); anschließend OLG München ZEV 2017, 333; vorsichtig in diese Richtung, aber nicht grundsätzlich ablehnend Odersky notar 2013, 3 (5); Döbereiner MittBayNot 2013, 358 (362); Solomon, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die europäische Erbrechtsverordnung, S. 29. – Einen Statutenwechsel bejahen MüKoBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 10 mit weiteren Nachweisen in Fn. 43; Grüneberg/Thorn, Art. 21 EuErbVO Rn. 6; Weber/Francastel DNotZ 2018, 163 (169).

Ein weiteres Problem resultiert daraus, dass es kein gerichtliches Verfahren gibt, in welchem die Testierfähigkeit des Erblassers zu dessen Lebzeiten mit Rechtssicherheit für die Zukunft geklärt werden könnte. Die Klärung der auf tatsächlichem Gebiet liegenden Frage der Testier(un)fähigkeit ist daher in besonderem Maße von Wahrnehmungen Dritter abhängig. Insofern kommt den Wahrnehmungen des beurkundenden Notars, obgleich er medizinischer Laie ist, eine besondere Bedeutung zu, auf die das Beurkundungsverfahren und die materiell-rechtliche Rechtslage abgestimmt werden sollte.

## Drittes Kapitel. Relative und Partielle Testierfähigkeit

Im zweiten Kapitel haben wir gesehen, dass die Testierfähigkeit ein Konstrukt ist, dessen normative Ausformung rechtspolitische, ethische und medizinische Fragen aufwirft. Es wurde bereits dargestellt, dass auf das Begriffsmerkmal des „freien Willens“ nicht verzichtet werden sollte. Wenn nun in diesem Kapitel relative und partielle Testierfähigkeit behandelt werden, muss das als Ausgangspunkt dienen. Insofern geht es im Folgenden um die Frage, in welchem Maße der freie Wille des Erklärenden erforderlich ist, um der Willenserklärung rechtsgeschäftliche Wirkung zu verleihen.<sup>1</sup>

### § 7. Relative Testierfähigkeit

Die Testier-/ Geschäftsfähigkeit ist eine Unterart der rechtlichen Handlungsfähigkeit, durch eigenes Handeln rechtsgeschäftliche Wirkungen herbeiführen zu können.<sup>2</sup> Sie wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt, sondern tritt durch bestimmte einzelne Ausformungen (Geschäftsfähigkeit, Deliktsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit) in Erscheinung. Sie hat folglich stets einen Bezug zur konkret in Rede stehenden Handlung oder Erklärung. Darum geht es auch bei der Frage, ob relative Testierfähigkeit anzuerkennen ist. In einfachen Worten beschrieben, beantwortet das folgende Teilkapitel die Frage, ob die Urteilsfähigkeit abstrakt für sämtliche Rechtsgeschäfte zu beurteilen ist, oder ob der Richter die Urteilsfähigkeit unter Berücksichtigung des konkreten (und nur dieses) Rechtsgeschäfts zu beurteilen hat.

Aus psychologischer Sicht kann nicht verleugnet werden, dass die Urteilsfähigkeit sich nicht in Ambivalenz aus voller Urteilsfähigkeit und voller Urteilsunfähigkeit, sondern graduell in verschiedenen Stufen mit jeweils mehr oder weniger verminderter Urteilsfähigkeit äußert.<sup>3</sup> In § 6 wurde das für das Demenz-Syndrom ausführlich dargestellt. Während Demenzkranke bei alltagsbezogenen Entscheidungen länger autonom handeln können, verlieren sie ihre Selbstbestimmungsfähigkeit im Hinblick auf hochabstrakte Geschäfte wesentlich früher. Daraus könnte man folgern, dass ein für die Begründung rechtsgeschäftlicher Wirkungen erforderlicher freier Wille je nach Lebensbereich unterschiedlich lange anzuerkennen ist. Aus juristischer Perspektive hingegen ist die Entscheidung über die Gültigkeit stets dichotomisch: Ein Rechtsgeschäft kann nur entweder (teilweise<sup>4</sup>) wirksam oder unwirksam sein. Die Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit ist eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung.

---

<sup>1</sup> *Neuner AcP* 218 (2018), 1 (26).

<sup>2</sup> Statt aller *Neuner*, AT, § 12 Rn. 1.

<sup>3</sup> Vgl. *Binder*, Urteilsfähigkeit, S. 30; *Hofer-Ranz*, Philosophisches Skandalon Demenz, S. 69.

<sup>4</sup> Die Teilungsgültigkeit aufgrund partieller (besser: gegenständlich beschränkter) Testierunfähigkeit wird in § 8 behandelt.

Indessen gibt es zwei unterschiedliche Wege, Zustände verminderter Urteilsfähigkeit rechtlich zu berücksichtigen. Einerseits durch ein absolutes Verständnis der Testierfähigkeit und andererseits durch ein relatives Verständnis der Testierfähigkeit.

Im Fall eines absoluten Verständnisses spielt das konkrete Rechtsgeschäft eine untergeordnete Rolle.<sup>5</sup> Das Vorliegen der Testierfähigkeit wird vom Vorliegen einer Geistesstörung mit erheblichen Funktionsdefiziten – wie in § 5 beschrieben – abhängig gemacht. Insofern wird die Selbstbestimmungsfähigkeit in abstrakter Weise an der Person und dem Geisteszustand des Erklärenden festgemacht. Stellt der Richter fest, dass der Erklärende nicht mehr fähig ist, einen freien Willen zu bilden, ist die betreffende Person hinsichtlich aller Rechtsgeschäfte, die einen freien Willen voraussetzen, als geschäfts- bzw. testierunfähig anzusehen.<sup>6</sup> Dabei wird die Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden, in typisierender Weise betrachtet, d.h. es kommt auf die typischerweise notwendigen Fähigkeiten zur Begründung rechtsgeschäftlicher Folgen an.

Anders ist das bei Zugrundelegung eines relativen Verständnisses der Testierfähigkeit. Man bezeichnet diese Auffassung als relativ, weil die Selbstbestimmungsfähigkeit in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft festgestellt wird, und die Entscheidung über dessen Gültigkeit keinen Rückschluss auf andere Rechtsgeschäfte zulässt. Auch insofern kommt es für mangelnde Selbstbestimmungsfähigkeit auf das Vorliegen einer Geistesstörung mit erheblichen Funktionsdefiziten an, aber darüber hinaus muss sich die Geistesstörung auch bei Erklärung des Willens in bestimmender Weise ausgewirkt haben.<sup>7</sup> Zu fragen ist demnach nicht nach der Urteilsfähigkeit schlechthin, sondern nach der Urteilsfähigkeit für die bestimmte, rechtlich in Frage stehende Willenserklärung. Ob der Erklärende geistig in der Lage ist, die Auswirkungen seiner Handlung zu überblicken, ist hierbei in besonderer Weise von der Komplexität des konkreten Rechtsgeschäfts abhängig. Dementsprechend ist es möglich, dass die Selbstbestimmungsfähigkeit für ein bestimmtes Rechtsgeschäft verneint und für ein zweites im gleichen Zeitpunkt vorgenommenes Rechtsgeschäft bejaht wird. Diese Auffassung entspricht der psychologischen Einsicht, dass geistige Störungen die verschiedensten Grade durchlaufen.<sup>8</sup>

In zeitlicher Hinsicht wird ein relatives Verständnis bereits allgemein praktiziert, weil die Testier-/ Geschäftsfähigkeit nur für den Zeitpunkt der Vornahme des gerichtlich

---

<sup>5</sup> Hierzu *Gebauer* AcP 153 (1954), 332 (343).

<sup>6</sup> Vgl. *Rabel* RheinZ1912, 135 (151 ff.); *Schwimann*, Institution der Geschäftsfähigkeit, S. 78; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 346 (380). Aus der Schweizer Literatur: *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, Art. 16 Rn. 6.

<sup>7</sup> Nach *Gebauer* AcP 153 (1954), 332 (343) müsse die Geistesstörung für die Handlung in ihrer speziellen Gestalt kausal gewesen sein; anschließend von *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 326. Besser sollte man hingegen davon sprechen, dass die Willenserklärung in entscheidender Weise von der Geistesstörung beeinflusst worden ist, so u.a. *Rabel* RheinZ 1912, 135 (158); *Holzhauser*, Gutachten, B52 f.; ähnlich *Binder*, Urteilsfähigkeit, S. 66 f.

<sup>8</sup> Letzteres räumen selbst Vertreter des absoluten Verständnisses ein, vgl. etwa *Planck/Flad*, § 104 BGB Anm. II.4; *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 21 f.

angegriffenen Rechtsgeschäfts beurteilt wird (bspw. das Testament vom 1. Januar 2022, der Kaufvertrag vom 15. Juli 2019, etc.).<sup>9</sup> Unter dem Begriff der relativen Testierfähigkeit wird im Folgenden nur die sachliche Relativität behandelt. Dahingehend ist umstritten, ob die § 104 Nr. 2 und § 2229 Abs. 4 BGB einem relativen Verständnis zugänglich sind. Gedanklicher Ausgangspunkt meiner weiteren Erörterung des Streitstands soll der ethische Grundsatz sein, dass jede Willenserklärung rechtsgeschäftliche Anerkennung verdient, welche nicht von der Geisteskrankheit in bestimmender Weise beeinflusst ist. Denn Individualismus und Autonomie nach modernem Verständnis heißt, dass jeder bei der Ausübung höchstpersönlicher Rechte so wenig wie möglich eingeschränkt werden soll.<sup>10</sup>

## *I. Herrschende Meinung: Keine relative Geschäfts- und Testierfähigkeit*

### *1. Unbestimmtheit der gesetzlichen Vorschriften*

Die unbestimmten Rechtsbegriffe der sprachlichen Fassung von §§ 104, 105 BGB („krankhafte Störung der Geistestätigkeit“, „freie Willensbestimmung“) waren zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches besonders auslegungsbedürftig. In Ermangelung klarer gesetzgeberischer Vorgaben zur Auslegung der Begriffe<sup>11</sup> war die Konturierung des Tatbestands in die Hände von Rechtsprechung und -wissenschaft gelegt.

Im zeitgenössischen Schrifttum offenbart sich die Tendenz, im Rahmen der Auslegung der natürlichen Geschäftsfähigkeit<sup>12</sup> von § 104 Nr. 2 BGB auf die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Entmündigung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF („Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“) zurückzugreifen. Wenn nämlich die gerichtlich festgestellte Entmündigung wegen Geisteskrankheit dieselbe Nichtigkeitsfolge (§ 104 Nr. 3 BGB aF) habe wie die natürliche zustandsbedingte Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 2 BGB), müssten die Tatbestandsmerkmale aufeinander abgestimmt werden. In der reichsgerichtlichen Rechtsprechung setzte sich auch früh die Auffassung durch, die Begriffe „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“ umfassten dieselben Krankheitszustände, jedoch graduell abgeschwächte Formen.<sup>13</sup> In beiden Fällen dürfte hingegen nur derjenige entmündigt werden, der nicht in der Lage sei, sämtliche seiner Angelegenheiten zu besorgen.<sup>14</sup> Nachdem das

---

<sup>9</sup> Näher oben bei § 5.II.4.

<sup>10</sup> Ebenso *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (355): „so viel Autonomie wie möglich, so viel Heteronomie wie nötig.“

<sup>11</sup> Näher unten § 7.II.1.

<sup>12</sup> Bis 1938 galt § 104 Nr. 2 BGB für die Testierfähigkeit unmittelbar, siehe oben § 2.II.

<sup>13</sup> RGZ 50, 203.

<sup>14</sup> RGZ 50, 203 (205): „Das Berufungsgericht übersieht sonach nicht, daß die Entmündigung in dem Falle des § 6 Nr. 1 [BGB] stets eine Unfähigkeit zur Besorgung aller Angelegenheiten erfordert, und das geistige Gebrechen, welche den davon Betroffenen etwa nur verhindern, einzelne seiner Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis seiner Angelegenheiten zu besorgen, [...] niemals aber die Entmündigung rechtfertigen können. Der von dem Vorderrichter hervorgehobene graduelle Unterschied hat an sich nur das größere oder geringere Maß derjenigen Einwirkungen im Auge, die in dem konkreten Falle durch die besondere Natur der Krankheit auf das Geistesleben des Kranken ausgeübt werden.“

Bürgerliche Gesetzbuch in § 104 Nr. 2 BGB noch einen weiteren Begriff („krankhafte Störung der Geistestätigkeit“) für dasselbe rechtliche Phänomen bereitstellte, umfasse dieser auch die unter das Merkmal der „Geistesschwäche“ subsumierten Geisteskrankheiten.<sup>15</sup> Viele Autoren haben sich infolgedessen einem absoluten Verständnis des § 104 Nr. 2 BGB angeschlossen. Es wurde vertreten, dass Geschäftsunfähigkeit erst angenommen werden dürfte, wenn die freie Willensbestimmung „in jeder Richtung, nicht nur auf gewissen Gebieten des Lebens fehlt.“<sup>16</sup> Gegensätzlich sprachen sich *Rabel* sowie *Rümelin* unter Hinweis auf das Schweizer Recht aus.<sup>17</sup> Das Reichsgericht hatte sich zur Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB hingegen nur vage geäußert.

„Der Gutachter spricht zunächst von Schwachsinn erheblichen Grades, dem Fehlen eigenen Urteils, der Unfähigkeit, ‚irgendwelche wirtschaftliche oder geldliche Transaktionen zu übernehmen‘. Später sagt er, der Kl. könne einfachste Geschäfte des täglichen Lebens vornehmen, so einen kleineren Geldbetrag weisungsgemäß durchaus zweckmäßig verwenden; dagegen habe er die wirtschaftliche Bedeutung des streitigen Vertrags nicht verstanden. In der in den Pflugschaftsakten befindlichen gutachterlichen Äußerung bezeichnet er den Kl. als beschränkt geschäftsfähig, da er zwar einfachere Verrichtungen aus eigener Überlegung heraus erledigen, dagegen kompliziertere Angelegenheiten nicht selbständig machen könne. Gegenüber der rechtlichen Auswertung dieser Gutachteräußerung durch das BG.<sup>[18]</sup> tritt das Bedenken auf, ob es sich bei dem, was der Kl. wirklich selbständig leisten kann, nicht nur um gedankenlose Betätigungen des täglichen Lebens handelt und ob nicht da, wo eigene Überlegung einsetzen sollte, die krankhafte Geistesschwäche eine solche hindert. [...] Dabei kann auch Geschäftsunfähigkeit für einen bestimmten Kreis von Geschäften vorliegen, ohne daß sie unumschränkt sein müßte.“<sup>19</sup>

## 2. Ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Die anfängliche Unsicherheit wurde schon bald nach dessen Gründung durch den Bundesgerichtshof beseitigt. Der Bundesgerichtshof vertritt nämlich den Standpunkt, dass der Wortlaut des § 104 Nr. 2 BGB einem relativen Verständnis nicht zugänglich sei. Der Wortlaut fokussiere sich auf das voluntative Element und stelle die intellektuelle Einsichtsfähigkeit, auf die es im Kontext eines relativen Verständnisses besonders ankomme, in den Hintergrund. In der vielfach rezipierten Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1953 betont der entscheidende V. Zivilsenat unter ausdrücklicher Abkehr vom vorhergehenden Reichsgerichtsurteil:

<sup>15</sup> RG JW 1908, 323; 1911, 179; RGZ 130, 69 (71); Planck/*Flad*, § 104 BGB Anm. II.2; RGRK-BGB/*Riehl*, 1. Auflage 1910, § 104 Anm. 4.

<sup>16</sup> Siehe *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 148-151, sowie die weiteren Nachweise bei *Rümelin*, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, S. 36 Fn. 2.

<sup>17</sup> *Rabel* RheinZ1912, 135 (151 ff.); *Rümelin*, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, S. 36 ff.

<sup>18</sup> Das Berufungsgericht hatte angenommen, dass der Kläger bei Abschluss des Kaufvertrags trotz erheblichen Schwachsinn nicht geschäftsunfähig gewesen sei, weil ihm die Fähigkeit zu freier Willensbestimmung nicht völlig gefehlt habe.

<sup>19</sup> RG JW 1938, 1590 (1591).

„Nach § 104 Ziff. 2 BGB sind für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit nicht so sehr die Fähigkeiten des Verstandes ausschlaggebend als die Freiheit des Willensentschlusses. Es kommt darauf an, ob eine freie Entscheidung auf Grund einer Abwägung des Für und Wider, eine sachliche Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte möglich ist, oder ob umgekehrt von einer freien Willensbildung nicht mehr gesprochen werden kann, etwa weil der Betroffene fremden Willenseinflüssen unterliegt, oder die Willenserklärung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen ähnlich einer mechanischen Verknüpfung von Ursache und Wirkung ausgelöst wird (RGZ 103, 400; 130, 69). Ein solcher Ausschluß der freien Willensbestimmung wird seiner Natur nach regelmäßig die ganze Persönlichkeit ergreifen und abgesehen von den oben erwähnten Sonderfällen nicht auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt bleiben. Eine auf besonders schwierige Geschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit kann daher grundsätzlich nicht anerkannt werden. Demzufolge hat die Rspr. sich durchweg auf den Standpunkt gestellt, daß das bloße Unvermögen, die Tragweite einer Willenserklärung zu erfassen, die Anwendung des § 104 Ziff. 2 BGB nicht begründen könne (RG, Warn. 1911, 164; OGHZ 2, 45 [54] = NJW 49, 544 [545]; OGHZ 4, 66 [70 ff.] und die dort angeführte Rspr.). Die Entsch. des RG, JW 38, 1590, die in vorsichtiger Form ausspricht, daß eine auf nicht alltägliche Geschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit anerkannt werden könne, ist vereinzelt geblieben, und der Senat vermag ihr nicht zu folgen.“<sup>20</sup>

Die Argumentation des Bundesgerichtshofs fußt erkennbar auf den Erwägungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone.<sup>21</sup> Dieser nahm an, dass die Testierfähigkeit „keine Qualifikation der einzelnen Willenserklärung, sondern eine solche des Erblassers sei“<sup>22</sup>, und befürwortete ein absolutes Verständnis. Es versteht sich, dass dieser Satz kein Argument ist, sondern das Auslegungsergebnis mitteilt. Entscheidend gegen ein relatives Verständnis führt der Oberste Gerichtshof aus, dass der Wortlaut von § 2 Abs. 2 TestG<sup>23</sup> „nicht von ‚dem‘ gerade in Rede stehenden Testament und ‚der‘ darin enthaltenen Willenserklärung, sondern allgemein von ‚einem‘ Testament und ‚einer‘ Willenserklärung“ spreche.<sup>24</sup>

Zudem leitet die herrschende Meinung aus dem Prinzip der Rechtssicherheit ein Argument für ihre Ansicht ab. Im Rechtsverkehr werde der gute Glaube des Erklärungsempfängers an die Geschäftsfähigkeit des in Wahrheit geschäftsunfähigen Erklärenden nicht geschützt. Weder sei das zweiseitige Rechtsgeschäft in diesem Falle wirksam noch könne der Gutgläubige Ersatz für vergebliche Aufwendungen vom geschäftsunfähigen Erklärenden verlangen.<sup>25</sup> In Anbetracht dessen habe die Anerkennung einer relativen Geschäftsfähigkeit eine unangemessene Rechtsunsicherheit zur Folge.

<sup>20</sup> BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342.

<sup>21</sup> Nach Besetzung der Bundesländer Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein war der OGHBrZ bis zum 30. September 1950 das letztinstanzliche Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit in der britischen Zone.

<sup>22</sup> OGHBrZ NJW 1949, 544 (545).

<sup>23</sup> Wie oben bei § 2.II.3 gesehen, entspricht der Wortlaut von § 2229 Abs. 4 BGB dem Wortlaut von § 2 Abs. 2 TestG.

<sup>24</sup> OGHBrZ NJW 1949, 544 (545).

<sup>25</sup> Siehe nur MüKo/Spickhoff, § 106 BGB Rn. 17 ff.; Soergel/Hefermehl, Vor § 104 BGB Rn. 10 mwN.

„[W]enn die Geschäftsfähigkeit einer Person je nach der Schwierigkeit des von ihm vorgenommenen Geschäftes beurteilt werden müßte, wäre jede klare Abgrenzung unmöglich und in zahlreichen Fällen die Entsch. über die Gültigkeit einer Erklärung davon abhängig, welches Maß von Schwierigkeiten dem einzelnen Geschäft beigemessen und welches Maß von Einsicht dem Erklärenden zugebilligt werden will. Damit wäre der Frage der intellektuellen Fähigkeiten entscheidende Bedeutung zuerkannt, was mit dem in § 104 Ziff. 2 BGB zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzes nicht vereinbar ist. Ein bloßes Versagen der intellektuellen Fähigkeiten würde unter den Begriff der Geistesschwäche zu bringen sein; zum Schutze des Geistesschwachen dient die Entmündigung (§ 6 Abs. 1), die den Entmündigten hinsichtlich seiner Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleichstellt, der das siebente Lebensjahr vollendet hat (§ 114 BGB) und damit ihm eine beschränkte Geschäftsfähigkeit beläßt. Nur wenn das Versagen des Intellekts so weit geht, daß von einer selbständigen freien Willensentscheidung nicht mehr gesprochen werden kann, reicht es aus, eine krankhafte Störung der Geistestätigkeit i.S. des § 104 Ziff. 2 BGB anzunehmen, die dann aber das gesamte Handeln der betr. Person beeinflußt und eine nur partielle Geschäftsunfähigkeit nicht zuläßt.“<sup>26</sup>

In Gefolgschaft der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben sich viele (Oberlandes-)Gerichte – meistens unkritisch – dieser Auslegung des § 104 Nr. 2 BGB angeschlossen.<sup>27</sup> Nachdem sich die ablehnende Haltung der Rechtsprechung zur Geschäftsfähigkeit durchgesetzt hatte, wurde das Rechtssicherheitsargument ebenfalls als Argument gegen relative Testierfähigkeit angeführt.<sup>28</sup> Insofern entspricht die Ablehnung des relativen Verständnisses ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung in der rechtswissenschaftlichen Literatur sowohl bei der Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB als auch bei der Auslegung von § 2229 Abs. 4 BGB.<sup>29</sup> Unter Hinweis darauf, dass sowohl Wortlaut-

<sup>26</sup> BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342. Ähnlich BGH NJW 1970, 1680 (1681): „Eine allgemein auf besonders schwierige Rechtsgeschäfte beschränkte Geschäftsunfähigkeit kann daher grundsätzlich nicht anerkannt werden. Eine Person, die in der Lage ist, ihren Willen frei zu bestimmen, deren intellektuelle Fähigkeiten aber nicht ausreichen, um bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht geschäftsunfähig. Es muß ihr vielmehr überlassen bleiben, auf welche Weise sie mit besonderen Lagen fertig werden will. Wenn sie sich dem Rat einer dritten Person fügt, so ist dies auf Grund einer vernünftigen freien Willensentschließung geschehen, sie steht dann auch insoweit nicht unter einem ihre eigene Willensfreiheit ausschließenden Einfluß eines anderen. Der entgegengesetzte, vom Berufungsgericht vertretene Rechtsstandpunkt, der insoweit eine partiell beschränkte Geschäftsunfähigkeit annimmt, würde zu einer für den Rechtsverkehr schwer erträglichen Rechtsunsicherheit führen. Es läßt sich dann keine klare Grenze zwischen Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit ziehen. Schon die geistigen Fähigkeiten einer Person werden von verschiedenen Beurteilern je nach den Anforderungen, die sie stellen, unterschiedlich beurteilt. Außerdem ist der Schwierigkeitsgrad einzelner Rechtsgeschäfte unbeschadet ihrer typischen rechtlichen Merkmale durchweg sehr unterschiedlich.“ – Vgl. außerdem NK-BGB/*Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 31; *Planck/Flad*, § 104 BGB Anm. II.4; *Soergel/Hefermehl*, § 104 BGB Rn. 7; *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 21 f., jeweils mwN.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 30, 112 (= NJW 1959, 1587 [1588]); 30, 294 (= NJW 1959, 1822); BGH NJW 1961, 261; 1970, 1680 (1681); DNotZ 1971, 53 Rn. 10; WM 1975, 1280; NJW 1996, 918 (919); NJW 2021, 63 Rn. 20; – BayObLGZ 1996, 100 (103 f.); BayObLG NJW 1989, 1678 (1679); 1992, 2100 (2101); BeckRS 2005, 44199 Rn. 56; – KG Berlin FamRZ 69, 440; BeckRS 1995, 12288 Rn. 36; NZFam 2014, 422; – OLG Brandenburg FamRZ 2011, 216; 2017, 1747; – OLG Düsseldorf BeckRS 2011, 6925; – OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2018, 468 (470); – OLG Hamburg MDR 1950, 731 (732); BeckRS 2014, 15126; – OLG Hamm MittBayNot 2016, 32; FamRZ 2018, 1032 (1034); – OLG Köln MDR 1975, 1017 (aA noch NJW 1960, 1389); – OLG München DNotZ 2008, 296 (297); BeckRS 2016, 6614 Rn. 13; BeckRS 2016, 19496 Rn. 36; – OLG Nürnberg WM 1958, 732; – OLG Saarbrücken NJW-RR 2019, 772 Rn. 19; – OLG Schleswig BeckRS 2009, 25741.

<sup>28</sup> Vgl. zuletzt *Damrau/Tanck/Trappe/Plottek*, § 2229 BGB Rn. 24; *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 21; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1671.

<sup>29</sup> Zur Geschäftsfähigkeit aus dem Schrifttum: *BeckOGK/Schneider*, § 104 BGB Rn. 33; *BeckOK/Wendtland*, § 104 BGB Rn. 10; *Bork*, BGB AT, Rn. 984; *Erman/Müller*, § 104 BGB Rn. 6; *Grüneberg/Ellenberger*, § 104 BGB Rn. 6; *Jauernig/Mansel*, § 104 BGB Rn. 7; *Köhler*, BGB AT, § 10 Rn. 4;

als auch Rechtssicherheitsargument im Rahmen von § 2229 Abs. 4 BGB nicht verfangen, spricht sich allerdings eine stetig wachsende Zahl von Autoren für die Relativität der Testierfähigkeit aus.<sup>30</sup>

## II. Die Defizite der gesetzlichen Regelung und ihrer Interpretation

Die Geschäftsfähigkeit ist also seit jeher mit der vormundschaftsgerichtlichen Entmündigung verwoben. Als rechtsgestaltender staatlicher Akt führte sie vor der Reform des Betreuungsrechts kraft Gesetzes zu absoluter Geschäftsunfähigkeit (§ 104 Nr. 3 BGB aF)<sup>31</sup> sowie absoluter Testierunfähigkeit (§ 2229 Abs. 3 BGB aF). Es ist wenig verwunderlich, dass ihre Tatbestandsmerkmale jeweils in Bezug aufeinander ausgelegt wurden/werden. Die nachfolgenden Ausführungen stellen die historische Entwicklung der Geschäftsfähigkeit sowie der Entmündigung/Betreuung dar, und üben Kritik am Konzept der natürlichen Geschäfts- und insbesondere Testierfähigkeit der herrschenden Meinung.

### 1. Historische Entwicklung

#### a) Skizze des Römischen und des Gemeinen Rechts

Die in den §§ 104 ff. BGB kodifizierte Geschäftsfähigkeit beruht im Wesentlichen auf römisch-rechtlichen Grundlagen.<sup>32</sup> Nach klassischem römischem Recht führte die Geisteskrankheit (*furor*) dazu, dass einem freien und mündigen Bürger die Handlungsfähigkeit abgesprochen wurde. Unterschieden wurde zwischen „Geisteskrankheit“

---

*Kötz*, Vertragsrecht, Rn. 138; NK-BGB/*Kunz/Baldus*, § 104 Rn. 31; RGRK-BGB/*Krüger-Nieland*, § 104 BGB Anm. 19; *Soergel/Hefermehl*, § 104 BGB Rn. 7; *Staudinger/Klumpp*, § 104 BGB Rn. 21; *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 15; *Wertenbruch*, BGB AT, § 17 Rn. 6; *Wolf/Neuner*, AT, 10. Auflage, § 34 Rn. 7. – aA indes *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 186 ff.; *Holzhauser*, Gutachten, B52 ff.; *Spickhoff AcP* 208 (2008), 345 (379 ff.); *MüKo/Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 55-59; *Neuner AcP* 216 (2016), 1 (26 f.); *Neuner*, AT, § 34 Rn. 7; *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 17; *Gut*, Die Geschäftsfähigkeit Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz, S. 153 ff.; für die Anerkennung *de lege ferenda Gebauer AcP* 153 (1954), 332 (343 ff.); *von Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 326 ff.

Zur Testierfähigkeit vgl. OGHBrZ NJW 1949, 544 (545); OLG Hamburg MDR 1950, 731 (732); BeckRS 2014, 15126; BayObLG BeckRS 2005, 44199 Rn. 56; OLG München DNotZ 2008, 296 (297); OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2018, 468 (470); OLG Hamm BeckRS 2016, 115426; FamRZ 2018, 1032 (1034); *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 63 ff.; *Brah*, Feststellung, S. 34; *Brox/Walker*, Erbrecht, § 9 Rn. 1; *Damrau/Tanck/Trappe/Plottek*, § 2229 BGB Rn. 24; *Grüneberg/Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 1; *Huber/Schmieder/Dengler BWNNotZ* 2012, 150 (153); *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 21; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1671; NK-BGB/*Kroiß*, § 2229 Rn. 2; *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn. 5. Zumindest kritisch aber *BeckOK/Litzenburger*, § 2229 BGB Rn. 4; *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 15.

<sup>30</sup> *Baumann ZEV* 2020, 193; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 19 ff.; *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 7; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 182 ff.; *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 7; *Fries AcP* 216 (2016), 421 (443 ff.); *Humm ZEV* 2022, 53; *Kappler NotBZ* 2019, 161 (165); *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, § 7 Rn. 15; *Leipold*, Erbrecht, Rn. 269; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 22; *MüKo/Hagena*, 7. Auflage 2017, § 2229 BGB Rn. 15; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1030 ff.); *Schmoekkel NJW* 2016, 433 (435); *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 292 ff.; *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 114 ff.; *Spickhoff AcP* 208 (2008), 345 (379 ff.); *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 12.

<sup>31</sup> Im Falle der Entmündigung wegen Geistesschwäche gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF wurde der Betroffene als beschränkt geschäftsfähig behandelt (§ 114 BGB aF).

<sup>32</sup> *Staudinger/Knothe*, [2012] Vor § 104 BGB Rn. 106.

(*furor*) und „bloßer Geistesschwäche“ (*demens, mente captus, insanus*). Der Geistesranke (*furiosus*) war von allen rechtlich relevanten Handlungen ausgeschlossen, weil er nicht verstehe, was er tut.<sup>33</sup> Insofern lag das Hauptaugenmerk auf einer Beurteilung der Urteilsfähigkeit (*intellectus*). Der Geistesschwache hingegen war „keineswegs immer unfähig zu freyen Handlungen“, wohl aber konnte „wenn [die bloße Geistesschwäche] einen hohen Grad erreicht, eine außerordentliche obrigkeitliche Vorsorge durch Anordnung einer Kuratel“ veranlasst werden.<sup>34</sup> Andererseits waren Rechtsgeschäfte von Geistesschwachen, die zwar grundsätzlich als geistig gesund galten, aber vorübergehend der Fähigkeit beraubt waren, ihr Tun zu verstehen, ebenfalls nichtig.<sup>35</sup> Es ist anzunehmen, dass nur schwerste Fälle geistiger Störung unter den Begriff des *furor* subsumiert<sup>36</sup> und solche die Willensfähigkeit auflebenden *lucida intervalla* großzügig bejaht worden waren.<sup>37</sup>

Die auf dem römischen Recht aufbauende Pandektistik des gemeinen Rechts gebrauchte anstelle des Begriffs der Geschäftsfähigkeit den übergeordneten Begriff der Handlungsfähigkeit i.w.S.<sup>38</sup> Die Fälle der „Geistesschwäche“ wurden als eine Form der „Geisteskrankheit“ angesehen und mithin weniger Gewicht auf ihre Unterscheidung gelegt.<sup>39</sup> Nach neuerer gemeinrechtlicher Doktrin sollte nicht die Subsumtion unter einen dieser Begriffe entscheidend sein, weil der „Einfluss auf die Handlungsfähigkeit [...] bei jeder geistigen Störung nur mit Rücksicht auf die konkrete Handlung bestimmt werden [könnte].“<sup>40</sup> Nichtsdestotrotz führte „Geisteskrankheit“ zu vollkommener Handlungsunfähigkeit, während „bloße geistige Schwäche“ Handlungsunfähigkeit nur für solche Handlungen zur Folge hatte, für deren rechtliche Bedeutung die Fassungskraft des Handelnden nicht ausreichte. Wie schon

<sup>33</sup> Gaius Institutiones 3, 106: „*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit, quid agat*“. Weiterführend HKK-BGB/Thier, §§ 104-115 Rn. 4; Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 132 Fn. 19.

<sup>34</sup> V. Savigny, System Bd. 3, § 112 (S. 85); Staudinger/Riezler, [10. Auflage 1936] § 6 BGB Rn. 2.

<sup>35</sup> HKK-BGB/Thier, §§ 104-115 Rn. 4; vgl. auch Staudinger/Klumpp, Vorb. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 151; Bruns, Kleinere Schriften II, S. 469 f.

<sup>36</sup> So Kaser/Knüthel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 25 Rn. 15; ebenfalls Levis, Entmündigung, S. 97. Zu den sprachlichen Ungewissheiten über die Begrifflichkeiten und deren Unterschiede vgl. Holzhauser, Gutachten, B12; Rümelin, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, S. 4 Fn. 1.

<sup>37</sup> Gebauer AcP 153 (1954), 332 (345). Die Berufung auf ein luzides Intervall war selbst bei Anordnung der *cura furiosi* nicht ausgeschlossen, vgl. HKK-BGB/Thier, §§ 104-115 Rn. 4.

<sup>38</sup> Vgl. Mugdan, Materialien I, S. 423 = Motive I 129.

<sup>39</sup> Etwa Regelsberger, Pandekten, § 64 (S. 259); Windscheid, Pandekten Bd. 1, § 71 (S. 182). Die schweren Grade der Geistesschwäche wurden in Fortsetzung der römisch-rechtlichen Tradition als Entmündigungsgrund angesehen, vgl. OLG Lübeck v. 22.11.1866 Seuff. Archiv 25, Nr. 245, das aber feststellt: „Es ist [...] immer nur ein außerordentlicher Fall, in welchem die Verstandesschwäche zu einem wider Willen angeordneten Curatel Anlaß geben darf. [...] Insbesondere muß dies da verneint werden, wo es Jemand nur für einzelne Seiten des Verkehrs- oder Rechtsleben an dem erforderlichen Verständnis fehlt, oder wo Jemand zwar die ihm durch Verstand Beruf und bisherigen Lebensgang zugewiesenen gewöhnlichen Geschäfte verstehen kann, freiwillig versuchten größeren und schwierigeren Unternehmungen aber nicht gewachsen ist.“

<sup>40</sup> Regelsberger, Pandekten, § 64 (S. 259).

nach römisches Recht wurde also die Einsichtsfähigkeit in den Vordergrund der Betrachtung gerückt.<sup>41</sup> Dementsprechend war die Relativität der Handlungsfähigkeit anerkannt.<sup>42</sup>

Für das Kammergericht Berlin zum Beispiel war nicht die medizinische Diagnose der Geistesschwäche, sondern vielmehr, „ob [der Erklärende] zur Zeit der Eingehung des Geschäfts fähig war, dasselbe zu begreifen und zu wollen“, die entscheidende Frage.<sup>43</sup>

Nach Meinung des OLG Stuttgart und des OLG Celle musste es

„als geltendes gemeines Recht angesehen werden, dass nicht jede Art und jeder Grad von Geisteskrankheit die Willens- und Handlungsfähigkeit einer Person ausschließt, daß vielmehr in jedem einzelnen Fall besonders zu prüfen ist, ob zwischen der geistigen Störung und der Rechtshandlung ein Zusammenhang besteht. Auch das Reichsgericht hat sich dahin ausgesprochen, daß trotz vorhandener Geisteskrankheit die Willens- und Handlungsfähigkeit einer Person auch dann noch angenommen werden kann, wenn die Person nur im Stande ist, die nächste und wesentliche Bedeutung der in Frage kommenden Rechtshandlung zu verstehen; vgl. [...]“<sup>44</sup>

Das OLG Braunschweig urteilte, es sei

„unerheblich, ob die Erkrankung sich fortwährend oder mit Unterbrechungen äußert (lucida intervalla), die geistigen Kräfte voll oder nur theilweise beherrscht, wenn sie nur derart ist, daß sie des Kranken freie Entschlusswahl, seine regelrechte Willensbestimmung in einem Grade beeinflusst, der Gefahr für ihn bei selbständiger Besorgung seiner Angelegenheiten mit sich bringt und begründet; dahin gehört selbst ein entsprechender Grad nur geistiger Schwäche; [...] Nach gemeinem Recht bleiben nur theilweise Erkrankte insoweit handlungsfähig, als ihre Vernunft reicht, auch wenn sie unter Vormundschaft stehen; vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 § 56 Note 8. 9. 10. Die verschiedenen Arten und Formen der Geisteskrankheiten machen keinen Unterschied, wenn nur ein Zusammenhang zwischen der geistigen Störung und den durch sie beeinflussten rechtlichen Handlungen des Kranken besteht, wobei dem Kläger Recht zu geben ist, daß die Annahme der neueren Seelenheilkunde, daß jede geistige Störung überhaupt geistig unfrei mache, da sie immer mehr oder weniger jede Handlung des Kranken beherrsche oder beherrschen könne, im bürgerlichen Recht noch nicht anerkannt ist [...]“<sup>45</sup>

Im gemeinen Recht war es indes so, dass die Handlungsunfähigkeit kraft Gesetzes auf das zustandsbedingte Fehlen des freien Willens gestützt wurde. Die Entmündigung hatte (nach umstrittener, aber wohl herrschender Meinung) keine die Handlungsunfähigkeit

---

<sup>41</sup> *Bruns*, Kleinere Schriften II, S. 460: „Da die Handlungsfähigkeit vorzugsweise auf der Urtheilsfähigkeit beruht, so ist sie wie diese kein absoluter Begriff, sondern läßt eine Verschiedenheit von Stufen und Graden zu.“

<sup>42</sup> Aus der zeitgenössischen Literatur: *Regelsberger*, Pandekten, S. 259; *Hardeland JheringsJ* 37 (1897), 95 (161 ff.). Weitere Nachweise bei *Gebauer AcP* 153 (1954), 332 (347).

<sup>43</sup> KG Berlin v. 20.10.1868 Seuff. Archiv 25, Nr. 117: „[...] daß bei einem Geistesschwachen seine Handlungsunfähigkeit im einzelnen Fall weniger in einem völligen Mangel an Verständnis für das Geschäft selbst, als vielmehr in der Verkehrtheit und Sinnlosigkeit des Entschlusses, ein solches Geschäft einzugehen und der dabei leitenden Motive, so wie in der Abhängigkeit Anderer hervortreten wird.“

<sup>44</sup> OLG Stuttgart v. 25.10.1889 Seuff. Archiv 47, Nr. 93; OLG Celle v. 4.1.1897 Seuff. Archiv 53, Nr. 2.

<sup>45</sup> OLG Braunschweig v. 3.6.1898 Seuff. Archiv 54, Nr. 2.

konstituierende, sondern eine nur deklaratorische Bedeutung.<sup>46</sup> Sie war vielmehr eine fürsorgerische Maßnahme, die nicht in erster Linie auf eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit gerichtet war.<sup>47</sup>

#### b) Verzahnung von Fürsorge und Entrechtung

Ausgehend von einer Vielzahl inkongruenter Partikularrechte<sup>48</sup> hatte der historische Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs kein in sich schlüssiges Konzept zur Harmonisierung der Entmündigung auf die „natürlichen Zustände“ der Geschäftsunfähigkeit entwickelt.

Nach dem Vorentwurf des Redaktors *Gebhard* und dem Entwurf der 1. Kommission waren die Entmündigung und die Geschäftsfähigkeit sprachlich aufeinander abgestimmt.<sup>49</sup> Gemäß § 28 Abs. 1 BGB-Entw. I konnte eine Person, welche des Vernunftgebrauchs beraubt ist, wegen Geisteskrankheit entmündigt werden. Die Geschäftsunfähigkeit stellte darauf ab, dass eine Person, welche des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ist, für die Dauer dieses Zustandes geschäftsunfähig sei (vgl. § 64 BGB-Entw. I). Den Motiven ist zu entnehmen, dass einerseits die Entmündigung an den Zustand tatsächlich fehlender Geschäftsunfähigkeit anknüpfen sollte. Unter den Begriff der „Geisteskrankheit“ sollten Sachverhalte subsumiert werden, die zur Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen führen.<sup>50</sup> Insofern könne „[b]loße Geistesschwäche, ungenügende Entwicklung der geistigen Kräfte im Gegensatz zum Mangel der Fähigkeit regelrechter Willensbestimmung, die natürliche Geschäftsfähigkeit nicht [ausschließen]“, weshalb es keinen Grund zur Entmündigung des Betroffenen wegen Geisteskrankheit gebe.<sup>51</sup> Andererseits wurde versucht, dem Schutzbedürfnis körperlich und geistig eingeschränkter Personen, die nicht in diesem Sinne als geisteskrank galten, durch das Institut der Pflegschaft (§ 1739 BGB-Entw. I) Abhilfe zu schaffen. Die Anordnung einer Pflegschaft sollte Beistand in Vermögensangelegenheiten gewähren, ohne auf die Geschäftsfähigkeit einzuwirken.<sup>52</sup> Die Entmündigung hatte – nach dem Vorbild des preußischen Partikularrechts – nun aber nicht nur die Funktion, den Zustand der natürlichen Geschäftsunfähigkeit für den Rechtsverkehr zu deklarieren, sondern darüberhinausgehend eine die Geschäftsunfähigkeit begründende (konstitutive) Funktion.<sup>53</sup> Hierin unterschied sich das vorgelegte Konzept vom römischen und gemeinen Recht. Damit

<sup>46</sup> So *Dernburg*, Pandekten Bd. 1, § 56; *Windscheid*, Pandekten Bd. 1, § 71 Anm. 3; *Regelsberger*, Pandekten, S. 485 mwN (auch zur Gegenansicht).

<sup>47</sup> Zum Wandel der Funktion der Entmündigung vgl. ausführlich *Weinriefer*, Entmündigung, S. 33 ff.

<sup>48</sup> Zur historischen Entwicklung der Geschäftsfähigkeit vgl. *Minzenmay*, Wurzeln der Geschäftsfähigkeit im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, insb. S. 113 ff.

<sup>49</sup> Vgl. zum folgenden *Mugdan*, Materialien I, S. LVII und LXXIV.

<sup>50</sup> Die heute als „Psychose“ bezeichneten Zustände waren mit dem Begriff der „Geisteskrankheit“ in diesem Kontext synonym, vgl. *Weinriefer*, Entmündigung, S. 33.

<sup>51</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 386 = Motive I 62.

<sup>52</sup> Hierzu *Mugdan*, Materialien IV, S. 652 f. = Motive IV 1229 ff. Nur die Vormundschaft umfasst hingegen die Personensorge.

<sup>53</sup> Weiterführend HKK-BGB/*Roth*, §§ 1896-1921 Rn. 20.

ein Schutzbedürftiger einen Vormund zur Seite gestellt bekommen könnte, war gem. §§ 1726, 1727 BGB-Entw. I die Entmündigung auszusprechen. Und diese wiederum sollte im Interesse der Rechtssicherheit die Geschäftsunfähigkeit des Entmündigten begründen, um die rechtliche Beachtlichkeit luzider Intervalle in diesem Zeitraum auszuschließen.

„Tritt Entmündigung wegen Geisteskrankheit ein (§ 28), so wird durch den bezüglichen richterlichen Spruch nicht nur der die Geschäftsunfähigkeit bedingende tatsächliche Zustand klargestellt, sondern zugleich für die Folgezeit ein rechtlicher Zustand der Geschäftsunfähigkeit begründet, für den das tatsächliche Vorhandensein oder der tatsächliche Mangel regelrechter Geistesbeschaffenheit nicht in Betracht kommt, und welcher, ohne Rücksicht auf eine inzwischen erfolgte Genesung oder auf lichte Zwischenräume, bis zur Aufhebung der Entmündigung andauert.“<sup>54</sup>

Nichtsdestotrotz wurden unterschiedliche Bezugspunkte hervorgehoben. Während die natürliche Geschäftsunfähigkeit sich auf die Beurteilung der Gültigkeit eines in der Vergangenheit vorgenommenen Rechtsgeschäfts beschränke, sei die Entmündigung zukunftsgerichtet.

„Voraussetzung dieser Entmündigung ist, daß eine Person des Vernunftgebrauchs beraubt ist. Das StGB. § 51 [55] bezeichnet die Geisteszustände, welche die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit aufheben, als Zustände von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit, durch welche die freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird. Für die Bestimmung der Vorbedingung der Entmündigung ist diese Ausdrucksweise nicht verwendbar. Das StGB. hat vorzugsweise die in der Vergangenheit liegende Zeit der That ins Auge zu fassen und namentlich auch die vorübergehend die Geistesthätigkeit beeinträchtigenden Zustände zu berücksichtigen [...]. Die Entmündigung ist für die Zukunft und für eine gewisse Dauer berechnet; Zustände, welche in vorübergehenden Verhältnissen ihren Grund haben, kommen nicht in Betracht.“<sup>56</sup>

In den Beratungen der 2. Kommission wurde auf Kritik medizinischer Sachverständiger hin allerdings die Funktion der Entmündigung mit derjenigen der Geschäftsunfähigkeit vermengt. Es wurde kritisiert, dass der Geistesschwache allenfalls einen Pfleger erhalten konnte, obwohl gerade dieser am dringendsten den vormundschaftlichen Schutz in nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten benötigte.<sup>57</sup> Infolgedessen wurde die „Geistesschwäche“ in § 14 Nr. 1a BGB-Entw. II (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF) als Entmündigungsgrund aufgenommen, wobei die Entmündigung nach dem Vorbild des preußischen Rechts nur beschränkte Geschäftsunfähigkeit konstituierte (§ 114 BGB aF).

Der historische Gesetzgeber hat sich zur Unterscheidung der Begriffe „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“ hingegen nicht hinreichend geäußert. Fest steht, dass die

<sup>54</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 423 = Motive I 130; vgl. außerdem *Mugdan*, Materialien I, S. 386 = Motive I 62.

<sup>55</sup> Die spätere Fassung von § 104 Nr. 2 BGB lehnt sich an jene Formulierung an. Dazu bereits § 2.II. Fn. 110.

<sup>56</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 386 = Motive I 62.

<sup>57</sup> Vgl. *Mugdan*, Materialien I, S. 585; *Jakobs/Schubert*, Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil - 1. Teilband, S. 40 f. Näher *Weinriefer*, Entmündigung, S. 33. Die Perspektive der Mediziner lag allerdings nicht auf der Entrechtung, sondern der Gewährung von Schutz für „Kranke“, hierzu *Holzhauser*, Gutachten, B22 ff.

„Geistesschwäche“ eine andere Bedeutung bekommen hatte, als der Redaktor *Gebhard* und die 1. Kommission zugrunde gelegt hatten. Die Zustände der „Geistesschwäche“ wurden daraufhin zu einer Untergruppe der „Geisteskrankheit“, wobei letztere graduell schwerere geistige Defizite umfassen sollte.<sup>58</sup> Zugleich wurde die Entmündigung trotz ihrer die Geschäftsunfähigkeit konstituierenden Wirkung von der natürlichen Geschäftsunfähigkeit losgelöst. Denn die natürliche Geschäftsunfähigkeit wurde, wie es Eingang in den § 104 Nr. 2 BGB gefunden hat, im Anschluss an § 51 RStGB definiert als ein die freie Willensbestimmung ausschließender Zustand krankhafter geistiger Störung.

„Der Unterschied, der im Leben zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche gemacht werde, genüge, um ihn zum Gegenstande zweier verschiedener Entmündigungsfälle zu machen. Es besteht kein Bedürfnis, den Gegensatz besonders scharf hervortreten zu lassen dadurch, daß man unter die Entmündigung wegen Geisteskrankheit nur solche Fälle subsumiere, die auch schon vor der Entmündigung die natürliche Geschäftsunfähigkeit des Kranken zur Folge hatten.“<sup>59</sup>

Ferner ist kritisiert worden, dass nicht alle Geisteskranken des Vernunftgebrauchs beraubt seien, wohl aber stets aus fürsorgerischen Gründen entmündigt werden müssten.<sup>60</sup> Legt man die natürliche Geschäftsunfähigkeit relativ mit Bezug auf das einzelne Rechtsgeschäft aus, erscheint diese Schlussfolgerung nur folgerichtig.<sup>61</sup> Im Hinblick auf die Entmündigung dagegen liegt es auf der Hand, dass ein relatives Verständnis im Sinne des „Fehlens des Vernunftgebrauchs“ kein hinreichendes Merkmal für die Rechtmäßigkeit der Entrechtung als Vorbereitung fürsorgerischer Maßnahmen ist. Daher wurde unterschieden zwischen Entmündigungsreife (dauernder Krankheitszustand) und Entmündigungsbedürftigkeit (normatives Kriterium der Schutzbedürftigkeit), indem das Tatbestandsmerkmal eingefügt worden ist, dass der Geisteskranke oder Geistesschwache nicht in der Lage sein durfte, „seine Angelegenheiten zu besorgen“.<sup>62</sup> Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlichen Willensfähigkeit in Vermögensangelegenheiten muss das Augenmerk der Entmündigung aufgrund ihrer Verknüpfung mit der Vormundschaft jedoch von vornherein auch die Personensorge und dementsprechend *alle Angelegenheiten* umfassen.

Nachdem die Zustände vorübergehender Störung der freien Willensbestimmung aus dem Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit gestrichen und ein Zustand der bloßen

<sup>58</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 586 = Protokolle I, S. 72.

<sup>59</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 673 f. = Protokolle I, S. 120 f.

<sup>60</sup> Siehe HKK-BGB/*Roth*, §§ 1896-1921 Rn. 19 f. mwN.

<sup>61</sup> Vgl. zum Schweizer Recht *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, Art. 16 Anm. 2b) (S. 48): „Begrifflich ist damit ein scharfer Gegensatz zwischen Urteilsfähigkeit und – unfähigkeit statuiert. Die natürlichen Zustände widersprechen aber einer solchen scharfen Scheidung. Es muß von Fall zu Fall entschieden werden. Der Gegensatz deckt sich nicht mit den Gegensätzen unentwickelt – entwickelt, geistesgesund – geisteskrank, normal – anormal. Der Geisteskranke kann urteilsfähig sein. Ferner entscheidet sich die Frage selbst in Hinsicht auf die gleiche Person und die gleiche Zeit keineswegs stets im gleichen Sinn. Entscheidend ist die Urteilsfähigkeit in Hinsicht auf die konkreten Handlungen. Darin liegt die Relativität des Begriffes.“

<sup>62</sup> Aus dem frühen Schrifttum nachdrücklich *Levis*, Entmündigung Geisteskranker, S. 85 ff.

Erklärungsunfähigkeit geschaffen worden war,<sup>63</sup> war die Verwirrung komplettiert. Insoweit hat man der natürlichen Geschäftsunfähigkeit noch eine Verkehrsschutzfunktion beigemessen, die nach dem Konzept des Redaktors sowie der 1. Kommission nur von der gerichtlichen Entmündigung erfüllt werden konnte. Da nun sowohl die Entmündigung als auch die Geschäftsunfähigkeit einen dauernden Zustand erforderten, wurden ihre Tatbestandsmerkmale bald weitgehend gleichgesetzt. So beschreibe die „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“ im Sinne von § 104 Nr. 2 BGB als Oberbegriff jeglichen rechtlich relevanten psychischen Defektzustand, dem sowohl die „Geisteskrankheit“ als auch die „Geistesschwäche“ im Sinne von § 6 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF subsumiert werden konnten.<sup>64</sup> Und diese Auslegung wiederum provozierte manch eigenartige Schlussfolgerung. So meinte etwa *Endemann*, dass die Entmündigung die Handlungsfähigkeit des Geistesschwachen verbessere, weil dieser statt geschäftsunfähig zu sein vielmehr gem. § 114 BGB aF beschränkt geschäftsfähig sei.<sup>65</sup>

### c) *Verpasste Chance: Die Betreuungsrechtsreform*

Die unterschiedliche Funktion der Entmündigung zur Vorbereitung fürsorgerischer Maßnahmen und der natürlichen Geschäftsunfähigkeit wurde erst in den Beratungen zur Reform des Betreuungsrechts wiedererkannt.<sup>66</sup> Infolgedessen ist die Fürsorge für Kranke und Hilfsbedürftige zurecht von der rechtsgeschäftlichen Willensfähigkeit losgelöst worden. Dabei wurde allerdings eine Reform des Geschäftsfähigkeitsrechts ausgespart. Und das, obwohl *Holzauer* in seinem Gutachten zur Reform des Entmündigungsrechts mit beachtlicher rechtshistorischer Argumentation dargelegt hatte, dass die Ablehnung der relativen Geschäftsfähigkeit wesentlich auf der irrigen Verzahnung von Fürsorge und Entrechtung beruht.<sup>67</sup> Der Gesetzgeber hat aus Zeitgründen die Möglichkeit verstreichen lassen, die Anerkennung nur teilweise fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit im Sinne relativer Geschäftsfähigkeit zu fördern, obwohl den Argumenten gegen ihre Anerkennung im Zuge der Betreuungsrechtsreform der Boden entzogen worden ist.<sup>68</sup> Eine eindeutiger „Wille

<sup>63</sup> Hierzu § 2.II.

<sup>64</sup> Prominent vertreten von *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, § 31. Weitere Nachweise bei *Holzauer*, Gutachten, B25 ff.

<sup>65</sup> *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 134.

<sup>66</sup> Vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 49 ff.

<sup>67</sup> Vgl. *Holzauer*, Gutachten, B44 ff.

<sup>68</sup> Dazu mehr unter II.3. Vgl. BT-Drs. 11/4528, S. 59 f.: „Ein Betreuungsrecht, das verbliebene Fähigkeiten des Betroffenen berücksichtigen und in seine Rechte nur eingreifen will, soweit dies erforderlich ist [...]. Für Betreute gelten zunächst die allgemeinen Regelungen, die auch für die Teilnahme Nichtbetreuter am Rechtsverkehr maßgebend sind. [...] Die ‚natürliche‘ Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB muß sich allerdings nicht auf alle Angelegenheiten erstrecken. Die Rechtsprechung hat vielmehr eine sogenannte partielle Geschäftsunfähigkeit anerkannt, also eine Geschäftsunfähigkeit, die sich nur auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten beschränkt. Ganz überwiegend lehnt es die Rechtsprechung aber ab, bei der Geschäftsunfähigkeit nach dem Schwierigkeitsgrad der einzelnen Geschäfte zu differenzieren (sogenannte relative Geschäftsunfähigkeit). Sie macht hierfür Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit geltend. Hieran ist ebenso Kritik laut geworden wie an dem Umstand, daß die Nichtigkeit der Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen automatisch und auch bei vorteilhaften Rechtsgeschäften eintritt und eine Genehmigung

des Gesetzgebers“ gegen relative Geschäfts- und Testierfähigkeit ist demnach zu keiner Zeit der Gesetzgebungsgeschichte erkennbar.

## 2. *Grammatische Auslegung*

### a) *Das Wortlautargument im historischen Kontext der Norm*

Nach § 104 Nr. 2 BGB ist geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Nachdem folglich nur dauerhafte Zustände geistiger Störung die Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen rechtfertigen können, nimmt die herrschende Meinung an, dass die Geschäftsunfähigkeit nicht eine einzelne Willenserklärung betrifft, sondern als eine dauerhafte Eigenschaft der Person anzusehen ist. Besonders prägend für diese Auffassung war die Kommentierung von *Flad* in der vierten Auflage des Planck'schen Kommentars.

„Angesichts der Tatsache, daß ein solcher Geisteskranker möglicherweise vollkommen in der Lage ist, die Angelegenheiten seines Berufs und des täglichen Lebens befriedigend zu erledigen, solange keine Berührung mit den fraglichen Wahnvorstellungen eintritt, erhebt sich die Frage, ob solche Kranke für geschäftsunfähig zu, oder ob, wenn dies nicht zutrifft, wenigstens die von ihrer krankhaften Geistesstörung betroffenen einzelnen Geschäfte deshalb als nichtig zu betrachten sind. Das Bedürfnis, jene Kranke nicht für schlechthin geschäftsunfähig zu erklären, andererseits aber auch ein offenbar auf der Geistesstörung beruhendes, vielleicht unsinniges Geschäft nicht gelten zu lassen, ist nicht zu verkennen. Das gemeine Recht (Windscheid-Kipp I § 71 Anm. 3; OLG. Stuttgart in SeuffA. 47 Nr. 93; RG. das. 51 Nr. 89, 55 Nr. 129; vgl. auch RG. 38, 191) nahm in diesen Fällen an, es komme darauf an, ob die Handlung im Zusammenhange mit der geistigen Störung stehe; danach konnte der Kranke, wie er in lichten Zwischenräumen handlungsfähig war, auch zu einer und derselben Zeit die einen Handlungen gültig vornehmen, die anderen nicht. Für das Recht des BGB. wird in Fällen dieser Art davon auszugehen sein, daß die Voraussetzungen des § 104 Ziff. 2 BGB nicht erfüllt sind, daß insbesondere keine die freie Willensbestimmung allgemein ausschließende Geistesstörung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. [...] Aber man wird die Annahme einer nach manchen Richtungen vorhandenen, nach manchen nicht vorhandenen, nur ‚partiellen‘ Geschäftsunfähigkeit nach den Vorschriften des BGB. (vgl. noch §§ 131, 206, 1780) als diesem fremd ablehnen müssen: entweder liegen die in § 104<sup>2</sup> bestimmten Voraussetzungen erfüllt vor, dann ist völlige Geschäftsunfähigkeit, oder sie liegen nicht vor, dann ist überhaupt seine Geschäftsunfähigkeit gegeben. Das ist keine *petitio principii*, wie Oertmann Erl. 3 fy zu § 104 meint. Schon der Wortlaut des § 104 Ziff. 2 legt jene Auffassung nahe: das Gesetz sagt nicht, eine Person sei geschäftsunfähig, (wenn und) soweit sie sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Geistesstörung befindet. Eine solche Umdeutung wäre auch mit der ganz generellen Fassung und Regelung in

---

durch den gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen nicht zur Wirksamkeit der Willenserklärung führt. Im Rahmen dieses Gesetzgebungsvorhabens und der dafür zur Verfügung stehenden Zeit können diesbezügliche Gesetzesänderungen jedoch nicht verwirklicht werden [...].“

§§ 131, 206, 1780 nicht zu vereinigen. Die Fassung, geschäftsunfähig ist, wer sich ... befindet, geht vielmehr auf eine generelle Geschäftsunfähigkeit, die das Gesamtgebiet rechtsgeschäftlicher Betätigung umfaßt.“<sup>69</sup>

Diese Auslegung hat eine Diskontinuität mit dem gemeinen Recht zur Folge, die auf gesetzgeberische Defizite zurückzuführen ist. Betrachtet man die Fassung des ersten Entwurfs zeigt sich, dass § 64 BGB-Entw. I noch als Fortgang der gemeinrechtlichen relativen Handlungsfähigkeit ausgelegt werden konnte. Erstens spricht der Wortlaut von „Vernunftgebrauch“, wodurch die Beurteilung, wie es schon das römische Recht (*intellectus*) getan hatte, das Erkenntnisvermögen des Erklärenden in den Vordergrund stellt.<sup>70</sup> Außerdem umfasste die natürliche Geschäftsunfähigkeit auch bloß vorübergehende Zustände. Die Unterscheidung in dauerhafte Geschäftsunfähigkeit und vorübergehende Erklärungsunfähigkeit war noch nicht gemacht. Es war zweifellos das einzelne Rechtsgeschäft zu betrachten. Diese nachträgliche Änderung war ausschlaggebend, dass eine relative Geschäftsunfähigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit abgelehnt worden war, weil dem Erklärungsempfänger im Stadium eigener vorübergehender Erklärungsunfähigkeit eine fremde Willenserklärung zugehen können sollte, im Stadium dauernder Geschäftsunfähigkeit hingegen nicht (§ 131 Abs. 1 BGB).<sup>71</sup> Nach dem Entwurf der 1. Kommission hingegen erfüllte die Entmündigung die Verkehrsschutzfunktion: Bei dauerhafter, erheblicher Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten des Betreffenden, *konnte und sollte* der gerichtliche Entmündigungsbeschluss herbeigeführt werden, wodurch der Kranke einen Vormund erhielt und der Rechtsverkehr bis zur Aufhebung der Entmündigung auf fehlende Geschäftsfähigkeit vertrauen konnte.

Andererseits lässt sich in den Gesetzgebungsmaterialien nirgends ein Anhaltspunkt dafür finden, dass die neue Kodifikation der Geschäftsfähigkeit vom Begriffsverständnis der früheren gemeinrechtlichen Doktrin abweichen sollte. In Anbetracht des Grundsatzes der Kontinuität liegt daher die Annahme näher, dass der BGB-Gesetzgeber nur insofern vom früheren Recht abweichen wollte, als dies in den Gesetzgebungsmaterialien angedeutet ist.<sup>72</sup> Nichtsdestotrotz stellt § 104 Nr. 2 BGB auf einen dauerhaften Zustand der Person ab und weicht vom gemeinen Recht ab. Dass die Geschäftsfähigkeit als eine Qualifikation des Erklärenden als dessen dauerhafte Eigenschaft angesehen wird, und nicht als Fehler der

<sup>69</sup> Planck/*Flad*, § 104 BGB Anm. II.4.

<sup>70</sup> *Per definitionem* beschreibt Vernunft das geistige Vermögen des Menschen, Einsichten zu gewinnen, Zusammenhänge zu erkennen, etwas zu überschauen, sich ein Urteil zu bilden und sich in seinem Handeln danach zu richten. Vom Begriff umfasst ist somit auch die Handlungsfähigkeit i.e.S.

<sup>71</sup> Zur Argumentation repräsentativ Planck/*Flad*, § 104 BGB Anm. II.4; siehe außerdem *Rümelin*, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, S. 36 ff.

<sup>72</sup> Vgl. allgemein zum Kontinuitätsgedanken im Rahmen der historischen Auslegung *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 4 Rn. 152. – aA Planck/*Flad*, § 104 BGB Anm. II.4: „Die gegenteilige Annahme muß auch deshalb bedenklich erscheinen, weil die oben erwähnten Entscheidungen der hier fraglichen Fälle aus der gemeinrechtlichen Praxis zur Zeit der Abfassung des Gesetzes bereits vorlagen und eine dementsprechende Fassung des Gesetzes unschwer möglich gewesen wäre.“

Willensbildung hinsichtlich einer einzelnen Willenserklärung, ist allerdings selbst nach der neuen sprachlichen Fassung keineswegs zwingend.<sup>73</sup>

Die Testierfähigkeit hingegen ist durch Ausgliederung in das Testamentgesetz vom 31. Juli 1938<sup>74</sup> als spezielle Unterart der Geschäftsfähigkeit normativ ausgeformt worden. Ihr materieller Regelungsgehalt entspricht zwar grundsätzlich demjenigen der Geschäftsfähigkeit. Anders als Letztere unterscheidet sie jedoch zu Recht nicht zwischen dauerhaften und vorübergehenden Zuständen fehlender Selbstbestimmungsfähigkeit, so dass nach § 2229 Abs. 4 BGB auch die vorübergehende Testierunfähigkeit anzuerkennen ist. Darüber hinaus wird der Begriff der freien Willensbestimmung präzisiert, indem die beiden wesentlichen Komponenten (Einsichtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit i.e.S.) benannt werden. Wenn es aber explizit auf die Fähigkeit, die Bedeutung einer abgegebenen Willenserklärung einzusehen, ankommt und auch bloß vorübergehende Zustände ausgeschlossener Willensbestimmung zu beachten sind, impliziert der Wortlaut ein relatives Verständnis.<sup>75</sup> Dass die herrschende Meinung aus dem Umstand, es komme auf „eine“ und nicht „die“ Willenserklärung an, ein Argument gegen relative Testierfähigkeit herleitet, überzeugt nicht. Denn die herrschende Auslegung zur Geschäftsfähigkeit wurde unbesehen auf § 2229 Abs. 4 BGB übertragen, allerdings ohne zu bedenken, dass die Gründe, die gegen das relative Verständnis im Rahmen jener Vorschrift vorgebracht wurden (dauerhafter Zustand, kein explizites Abstellen auf Einsichtsfähigkeit), für die sprachliche Fassung der speziellen Testierfähigkeit nicht verfangen. Meines Erachtens drückt die singulär gehaltene sprachliche Fassung („ein Testament“) auch eher die Beachtlichkeit zeitlicher Relativität aus als die Ablehnung der sachlichen Relativität.<sup>76</sup>

#### *b) Ein Blick auf die Rechtslage in der Schweiz*

Die Schwäche des Wortlautarguments soll an dieser Stelle durch einen Blick auf die Urteilsfähigkeit nach Schweizer Recht untermauert werden, deren historische Entwicklung interessante Parallelen zum deutschen Recht aufweist.

Nach Schweizer Recht ist die Geschäftsfähigkeit ein Teil der in Art. 12 ZGB geregelten Handlungsfähigkeit (der Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen).<sup>77</sup> Die Handlungsfähigkeit besitzt nach Art. 13 ZGB, wer volljährig und urteilsfähig ist. Die Mündigkeit stellt ebenso wie im deutschen Recht das formale (Eingangs-

<sup>73</sup> So auch *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 187; *Schmidt RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1030) mwN.

<sup>74</sup> Zur Genese bereits § 2.II.

<sup>75</sup> Ebenso bereits *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 187 f.

<sup>76</sup> D.h., ich lese § 2229 Abs. 4 BGB so, dass die Vorschrift für den Rechtsanwender die Richtlinie enthält, immer nur das eine, in Rede stehende Testament zu betrachten.

<sup>77</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden insbesondere *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, S. 36 ff. (Art. 12-19 ZGB).

) Kriterium und die Urteilsfähigkeit das materielle Kriterium dar (vgl. Art. 467 ZGB). Diese ist in Art. 16 ZGB derzeit wie folgt ausgeformt:

„Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäß zu handeln.“

Die vor Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs bundeseinheitlich geltende Regelung war in Art. 4 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 und in Art. 31 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881 enthalten. Hiernach waren Personen, welche keinen bewussten Willen haben oder des Vernunftgebrauchs beraubt sind, gänzlich handlungsunfähig. An dieser Formulierung des französischen *code civil*<sup>78</sup> hatte sich auch der BGB-Redaktor *Gebhard* orientiert. Die Kodifikation des Zivilgesetzbuchs war maßgeblich von der Pandektistik deutscher Juristen im 19. Jahrhundert beeinflusst. Hierbei ist § 104 Nr. 2 BGB insbesondere aufgrund seiner Unbestimmtheit kritisiert worden. Wenn die Umschreibung der Urteilsunfähigkeit eine psychologische, auf die durch einen geistigen „Defekt“ hervorgerufenen Funktionsbeeinträchtigungen bezugnehmende sein sollte, dürfe sie nicht einseitig auf eine einzelne psychische Funktion abstellen.<sup>79</sup> Deshalb hatte *Eugen Huber* es sich als Redaktor des Vorentwurfs zur Aufgabe gemacht, eine angemessene Formulierung zu suchen. Er meinte, diese Formel in Zusammenarbeit mit einer aus Medizinern zusammengesetzten Kommission in Art. 10 VE-ZGB gefunden zu haben:

„Wer sich infolge von Kindesalter, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder aus ähnlicher Ursache außer Stande befindet, die Beweggründe und die Folgen seines Verhaltens richtig zu erkennen oder einer richtigen Erkenntnis gemäß zu handeln, ist handlungsfähig.“<sup>80</sup>

Schließlich hielt die Große Expertenkommission diese Fassung für zu umständlich. Sie wollte ausgesprochenermaßen deren wesentliche Merkmale in allgemeinverständlicher Kürze wiedergeben, weshalb die „Fähigkeit, vernunftgemäß zu handeln“, gewählt wurde. Zur Auslegung des Inhalts von Art. 16 ZGB soll es jedoch zulässig und geboten sein, auf die Fassung des Vorentwurfs abzustellen.<sup>81</sup>

Für die vorliegende Untersuchung lässt sich feststellen, dass die Umschreibung der Urteilsfähigkeit derjenigen von § 2229 Abs. 4 BGB – nicht nur zufälligerweise – entspricht. Interessanterweise meinen Autoren im deutschen Schrifttum, dass der Wortlaut des § 2229

<sup>78</sup> Siehe Art. 901 S. 1 C.C.: „*Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit.*“

<sup>79</sup> Vgl. *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, Art. 16 Anm. 2a). Aus dem deutschen Schrifttum kritisch auch etwa *Oertmann*, BGB, § 104 Anm. 3b).

<sup>80</sup> Siehe Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartment, Erläuterungen zum Vorentwurf, Band 1, S. 55.

<sup>81</sup> Statt aller *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, Art. 16 Anm. 2a).

Abs. 4 BGB eine gegenüber § 104 Nr. 2 BGB fortschrittliche Formulierung anbietet.<sup>82</sup> Hingegen ist die Relativität der Urteilsfähigkeit im Schweizer Recht unbestritten.<sup>83</sup> Auch dort lässt sich der Grundsatz der Relativität nicht aus dem Wortlaut des Gesetzestextes entnehmen; „er ist indessen in der Tradition verwurzelt, sachlogisch überzeugend und in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, sodass kein Anlass besteht, ihn infrage zu stellen.“<sup>84</sup> Für die Testierfähigkeit nach deutschem Recht folgt aus der Parallelität, dass die ablehnende Haltung gegenüber dem Grundsatz der Relativität nicht unter Hinweis auf den Wortlaut gerechtfertigt werden kann.<sup>85</sup>

### 3. Systematische Auslegung

#### a) Das Rechtssicherheitsargument

Ein weiteres, vermutlich sogar das gewichtigste Argument, welches von Vertretern der herrschenden Meinung angeführt wird, ist das Rechtssicherheitsargument. Auf die wesentliche Aussage heruntergebrochen, soll es unerträglich rechtsunsicher sein, wenn die Testierfähigkeit einer Person je nach der Schwierigkeit des von ihr vorgenommenen Geschäftes beurteilt werden müsste, weil jede klare Abgrenzung unmöglich sei.<sup>86</sup> Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass dieses Argument nicht verfängt, sondern von Vertretern der herrschenden Meinung gewissermaßen als Totschlagargument zur Beendigung des Meinungsstreits in den Raum geworfen wird.

#### b) Verkehrsschutz und Rechtssicherheit im Rahmen testamentarischer Verfügungen

Einerseits ist die Bedeutung des Verkehrsschutzes für lebzeitige Rechtsgeschäfte kaum zu verkennen. Dass die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Erklärenden (auch im Rahmen einseitiger Rechtsgeschäfte, vgl. § 131 BGB) möglicherweise Nachteile für den Erklärungsempfänger hervorbringt, der beispielsweise im Vertrauen auf einen (vermeintlichen) Vertragsschluss gutgläubig Aufwendungen tätigt und letztlich auf diesen „sitzen bleibt“, ist unverkennbar. Nicht verwunderlich ist es daher, dass schon seit

<sup>82</sup> So u.a. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 187 f.; *Vogels/Seybold*, Testamentsgesetz, § 2 Rn. 5; *Holzhauser*, Gutachten, B 52; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (383); *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1028); zur schweizerischen Gesetzgebung auch *Rabel* RheinZ1912, 135 (156 f.).

<sup>83</sup> Statt vieler BGE 109 II 273 (276); 117 II 231 (232); 124 III 5 (8); unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung *Aebi-Müller* successio 2012, 4 (11-14). Außerdem *Bucher/Aebi-Müller*, in: Berner Komm. ZGB, 2. Aufl. 2017, Art. 16 Rn. 87 ff.; *Binder*, Urteilsfähigkeit, S. 30 f.; grundlegend bereits *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB Art. 16 Anm. 2b).

<sup>84</sup> So *Bucher/Aebi-Müller*, in: Berner Komm. ZGB, 2. Aufl. 2017, Art. 16 Rn. 114; zit. bei *Humm* ZEV 2022, 253 (258).

<sup>85</sup> Untermauert wird dieses Argument, wenn man die amtliche Gesetzesbegründung von § 2 Abs. 2 TestG einbezieht, dass für die sprachliche Fassung explizit auch auf § 566 ABGB verwiesen wurde (für den Nachweis siehe oben § 2.II.2. Fn. 104) und das österreichische Recht ebenfalls die Relativität praktiziert (vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 181).

<sup>86</sup> Nochmals statt aller BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342.

Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches um die Berücksichtigung des guten Glaubens des Erklärungsempfängers an die Geschäftsfähigkeit gestritten worden ist.<sup>87</sup>

Andererseits ist im Laufe dieser Arbeit bereits festgestellt worden, dass Verkehrsschutz im Rahmen testamentarischer Verfügungen eine nur geringe Bedeutung hat.<sup>88</sup> Dies liegt an wesentlichen Besonderheiten des Erbrechts. Zunächst ist das Testament ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es löst Rechtsfolgen aus, weil sie vom Erblasser (und nur von ihm) gewollt sind. Der Erblasser muss seinen Willen nicht mit anderen aushandeln, nicht zu einem Konsens kommen. Die Testierfreiheit ist einseitige Privatautonomie und insofern folglich ein wirkliches *Selbstbestimmungsrecht*.<sup>89</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzes gibt es keinen Empfänger, der von dem Testament wissen muss. Folglich wird das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Bestand und Inhalt der Willenserklärung nicht geschützt.<sup>90</sup>

Ein Testament löst im Todesfall des Erblassers Rechtsfolgen aus. Das lässt sich nicht bestreiten. Rechtssicherheit ist insbesondere im Zusammenhang mit der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten, der sachenrechtlichen Zuordnung des Eigentums beziehungsweise der schuldrechtlichen Zuordnung von Forderungen zu den Erben wichtig. Die Wichtigkeit der Rechtssicherheit wird nun allerdings dadurch relativiert, als ein Erblasser im Laufe seines Lebens typischerweise nur wenige Testamente errichtet und sich die Rechtslage grundsätzlich nur nach dem Inhalt der zuletzt errichteten letztwilligen Verfügung richtet (vgl. §§ 2253-2258 BGB).<sup>91</sup> Außerdem spricht der Umstand, dass ein Erblasser im Stadium (wenigstens) verminderter geistiger Gesundheit mehrere, einander widersprechende, nicht von einer stabilen Willensbildung getragene Testamente errichtet (sog. Kurswechseltestamente), indiziell gegen das Vorhandensein der Testierfähigkeit.<sup>92</sup> Für das Gericht kommt es folglich nur selten auf die Gültigkeit mehrerer Testamente eines Erblassers an (auch wegen der zeitlichen Relativität der Beurteilung). Insofern dürfte die Feststellung, ob der Erblasser gerade die konkreten Verfügungen geistig-willensmäßig zutreffend erfasst und vor dem Hintergrund seiner eigenen Biografie richtig bewertet und eingeordnet hat, leichter fallen, wenn man die Relativität auch in sachlicher Hinsicht anerkennt.<sup>93</sup>

Wenn nun das im Rahmen der Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB entwickelte Rechtssicherheitsargument von Vertretern der herrschenden Meinung unbesehen auf die

---

<sup>87</sup> Beispielsweise *Rümelin*, Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, S. 54 ff., mit weiteren Nachweisen aus dem zeitgenössischen Schrifttum.

<sup>88</sup> Hierzu oben § 1.III.3.

<sup>89</sup> Vgl. nur den Wortlaut des § 1937 BGB: „Der Erblasser kann durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament, letztwillige Verfügung) den Erben bestimmen.“

<sup>90</sup> *Staudinger/Otte*, Vor § 2064 BGB Rn. 5 mwN; *Grüneberg/Ellenberger*, § 133 BGB Rn. 13.

<sup>91</sup> Vgl. die empirische Arbeit von *Metternich*, Verfügungsverhalten, S. 34 f., der zufolge etwa 84 % aller Erblasser höchstens eine Verfügung von Todes wegen errichtet, etwa 12,5 % der Erblasser zwei, und nur ca. 4 % der Erblasser mehr als drei letztwillige Verfügungen.

<sup>92</sup> So *Aebi-Müller* *successio* 2012, 4 (9). Vgl. auch *Auckland*, The Cusp of Capacity, S. 185 f. („Many mental illnesses are characterized by unstable preferences, changeable behavior and shifting value systems.“).

<sup>93</sup> Ebenso schon *Holzhauser*, Gutachten, B54; ihm zustimmend *Schmidt* *RabelsZ* 76 (2012), 1022 (1031 f.).

Testierfähigkeit übertragen wird, fragt sich – wie *Schröder*<sup>94</sup> zutreffend aufzeigt –, wessen Schutz bezweckt ist. Da der Erblasser eines Schutzes vor sich selbst durch nachteilige Folgen seines Rechtsgeschäfts nicht bedarf,<sup>95</sup> kann nur der Schutz der gesetzlichen Erben gemeint sein, deren Interessen im Hinblick auf die Testierfreiheit des Erblassers gerade nicht schutzwürdig sind.<sup>96</sup> Bereits den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Aspekt der Rechtssicherheit im Rahmen der Testierfähigkeit nicht so schwer wiegt.

„[Man] behielt [...] späterer Erwägung vor, ob etwa von der Regel fortdauernder Geschäftsunfähigkeit während der Entmündigung hinsichtlich der Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen eine Ausnahme zu machen sein werde, da dabei die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit nicht in Betracht komme, während die unbedingte Entziehung der Testierfähigkeit während der Dauer der Entmündigung eine erhebliche Unbilligkeit gegen diejenigen enthalte, welche der Entmündigte letztwillig bedenken wollte und in einem lichten Zwischenraume bedachte habe.“<sup>97</sup>

§ 2253 Abs. 2 BGB aF bestätigt diese Schlussfolgerung zusätzlich. Nach § 2229 Abs. 3 BGB aF konnte ein Entmündigter eine testamentarische Verfügung nicht wirksam errichten. Allerdings war es einer Person, die lediglich aufgrund von Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht entmündigt worden ist – Entmündigung wegen Geisteskrankheit folglich ausgenommen – weiterhin fähig, ein vor der Entmündigung errichtetes Testament zu widerrufen. Beide Vorschriften sind zwar seit Inkrafttreten der Betreuungsrechtsreform aufgehoben worden, ihr Zusammenspiel zeigt allerdings, dass testamentarisch bestimmte Erben keine Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer „Anwartschaft“ (im untechnischen Sinn) haben. Aus der Existenz des § 2253 Abs. 2 BGB aF kann zwar nicht gefolgert werden, dass der Gesetzgeber die Aufhebung eines früheren Testaments (negative Testierfähigkeit) als intellektuell weniger anspruchsvoll als die Abfassung eines neuen Testaments (positive Testierfähigkeit) gehalten hat.<sup>98</sup> Denn der Entmündigte musste, weil es sich bei dem Widerruf eines Testaments ebenfalls um ein erbrechtliches Rechtsgeschäft handelt, die natürliche Testierfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB besitzen.<sup>99</sup> Was allerdings sehr wohl gefolgert werden kann ist, dass die die Entmündigung rechtfertigende Geisteskrankheit nur bei so schweren, geistigen Defiziten zur Anwendung kommen sollte, als dies die natürliche Selbstbestimmungsfähigkeit ausschließt. Im Gegensatz hierzu verbleibe der betroffenen Person bei Entmündigung wegen (u.a.) Geistesschwäche zumindest auf dem

<sup>94</sup> *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 293.

<sup>95</sup> Hierzu umfassend § 1.III.2.

<sup>96</sup> Vgl. oben § 1.III.4.

<sup>97</sup> *Mugdan*, Materialien I, S. 675 = Protokolle I, S. 122.

<sup>98</sup> Unzutreffend *Humm* ZEV 2022, 253 (256); *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1032).

<sup>99</sup> Angedeutet in *Mugdan*, Materialien I, S. 675 = Protokolle I, S. 122 und *Mugdan*, Materialien V, S. 694 ff. = Protokolle V, S. 323 ff. Vgl. BayObLGZ 1975, 212 (213) mwN; zustimmend *Canaris* JZ 1987, 993 (999 f.).

Papier ein Rest Selbstbestimmungsfähigkeit, der es mit Blick auf den höchstpersönlichen Charakter des Erbrechts nicht rechtfertige, die Widerrufsmöglichkeit abstrakt zu verneinen.<sup>100</sup>

*aa. Wesentliche Änderung der Rechtslage: Die Betreuungsrechtsreform*

Von der Rechtsprechung kaum beachtet wurde, dass sich infolge der Betreuungsrechtsreform die Rechtslage so wesentlich geändert hat, dass tragende Prinzipien des Grundsatzurteils nicht mehr haltbar sind. Allen voran die Verzahnung von Entrechtung und Fürsorge. Als der Bundesgerichtshof in den Jahren 1953 und 1970 zur Geschäftsfähigkeit urteilte,<sup>101</sup> gab es mit dem gerichtlichen Verfahren der Entmündigung ein konstitutives Verfahren zur Feststellung des geistigen Zustands einer Person. Seit Inkrafttreten und anlässlich der Betreuungsrechtsreform wurde auf dieses Verfahren sowie die damit einhergehende Rechtssicherheit aber gerade verzichtet. Denn ausweislich der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige stellte die Entmündigung „wegen ihrer automatischen Rechtsfolge der Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit einen unverhältnismäßige[n] und zu starre[n] Eingriff“ in die Handlungsfreiheit des Betroffenen dar.<sup>102</sup> Grund hierfür sei, dass verbleibende Selbstbestimmungsfähigkeiten nicht ausreichend berücksichtigt werden könnten. Die Entmündigung einer Person führe zu Stigmatisierung und Diskriminierung, was insbesondere an der für den Betroffenen besonders sensiblen, weil persönlichkeitsrechtlich relevanten Versagung der Ehe- und Testierfähigkeit erkennbar werde.<sup>103</sup>

Die Betreuungsrechtsreform machte sich dementsprechend zum Ziel, die Betroffenen in ihrer Eigenschaft als Mitbürger ernst zu nehmen sowie ihre Rechte und ihre verfahrensrechtliche Position zu stärken. Zur Erreichung dieses Zwecks wurden die Vorschriften der Vormundschaft über Entmündigte und über die Gebrechlichkeitspflegschaft durch das neue einheitliche Institut der Betreuung ersetzt.<sup>104</sup> In den Motiven der Betreuungsrechtsreform ist sogar die Bedeutung eines konstitutiven Verfahrens für den Schutz des Rechtsverkehrs in Abrede gestellt worden.<sup>105</sup>

Das heißt jedoch nicht, dass das deutsche Recht den Aspekt des Verkehrsschutzes völlig vernachlässigt. Verwirklicht wird er freilich nicht durch ein konstitutives Verfahren, sondern

---

<sup>100</sup> Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet ist die Ansicht von *Schmidt Rabels* Z 76 (2012), 1022 (1032), der Widerruf sei intellektuell weniger fordernd, überzeugend.

<sup>101</sup> Vgl. die beiden Grundsatzentscheidungen, auf denen die h.M. aufbaut, BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342; BGH NJW 1970, 1680 (1681).

<sup>102</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 49.

<sup>103</sup> Ebenda.

<sup>104</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 52.

<sup>105</sup> BT-Drucks. 11/4528, S. 61 (Arg.: Die Entmündigung sei im privaten Rechtsverkehr regelmäßig – trotz Verlautbarung im Bundeszentralregister – nicht erkennbar gewesen).

durch eine adäquate Verteilung der Beweislast.<sup>106</sup> Denn nach § 2229 Abs. 4 BGB ist von demjenigen, der sich auf die Nichtigkeit des Testaments beruft, zu beweisen, dass der Erblasser im entscheidenden Moment testierunfähig war.<sup>107</sup>

*ab. Zeitliche Relativität und luzide Intervalle*

Darüber hinaus wird die Rechtssicherheit auch durch den anerkannten Grundsatz der zeitlichen Relativität ebenso geschwächt. Ausdruck der zeitlichen Relativität ist außerdem, dass luzide Intervalle während eines dauerhaften Zustands von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zu berücksichtigen sind. Auch dies führt zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit.

Letztlich sind Rechtssicherheit und Verkehrsschutz bloß Abwägungsfaktoren in der Argumentation. Das Rechtssicherheitsargument muss vor dem Hintergrund, dass jedes Absprechen der Selbstbestimmungsfähigkeit zu einer Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie der Testierfreiheit führt, geeignet sein, einen schweren Eingriff in Grundrechte des Betroffenen zu rechtfertigen.<sup>108</sup> Dies allerdings erscheint nach dem Gesagten äußerst zweifelhaft. Es zeigt sich vielmehr, dass unsere Rechtsordnung im Interesse der umfassenden Wahrung von Selbstbestimmungsmöglichkeiten auf klare Abgrenzungskriterien und somit Rechtssicherheit verzichtet hat. *Baumann* folgert zutreffend, dass dem individuell anzuerkennenden Erblasserwillen, mithin der Einzelfallgerechtigkeit, Vorzug vor der Rechtssicherheit einzuräumen ist, weshalb relative Testierfähigkeit anzuerkennen ist.<sup>109</sup>

*ac. Abgrenzungsschwierigkeiten als Gegenargument*

Gegen die Ablehnung der relativen Testierfähigkeit spreche ferner, dass es ansonsten zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen „leichten“ und „schweren“ letztwilligen Verfügungen komme. Insofern verkennen Vertreter dieser Ansicht, was die Anerkennung sachlicher Relativität zur Folge hätte. Keineswegs ist damit eine schematische Unterteilung möglicher Inhalte letztwilliger Verfügungen anhand abstrakter Kriterien gemeint.<sup>110</sup> Entscheidend wäre vielmehr, ob der betreffende Erblasser gerade mit Blick auf den Inhalt des konkreten

<sup>106</sup> Vgl. zum Verkehrsschutzaspekt der Beweislastverteilung statt aller nur *Staudinger/Klumpp*, Vorb. zu §§ 104 ff. BGB Rn. 29.

<sup>107</sup> Näher zur Beweislast oben § 5.III.1.

<sup>108</sup> In diesem Sinne *Spickhoff AcP* 208 (2008), 346 (355); vgl. auch *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 292 ff. – Zum Eingriffscharakter bereits oben § 1.II.

<sup>109</sup> *Baumann ZEV* 2020, 193 (197); ähnlich *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 131.

<sup>110</sup> Zum Beispiel: Enterbung – leicht; Wiederherstellung der gesetzlichen Erbfolge – leicht; Nacherbfolge – schwer; Behindertentestament – schwer.

Testaments einen freien Willen hatte, mithin selbstbestimmt gehandelt hat.<sup>111</sup> Dass dies bedeutend schwieriger zu beurteilen sei, als nach bisheriger absoluter Handhabung der Testierfähigkeit, ist nicht ersichtlich. Auch dieses Argument überzeugt nicht.

c) *Spickhoffs Argument der Methodenehrlichkeit*

Das zeigt sich zudem daran, dass in der Rechtsprechung zwar die Relativität *expressis verbis* abgelehnt, aber dennoch teilweise faktisch praktiziert wird. Vom Erblasser wird nämlich verlangt, dass er in der Lage ist, sich ein klares Urteil über die Tragweite und Auswirkungen seiner Anordnungen zu machen. Eine nur vage Vorstellung von der Errichtung eines Testaments oder dessen Inhalts genüge für die Testierfähigkeit nicht.<sup>112</sup> Im Rahmen dieser Beurteilung nimmt die Rechtsprechung wiederum Bezug auf die konkrete letztwillige Verfügung, was sie nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre für lebzeitige Rechtsgeschäfte allerdings gerade nicht tut. Folglich müssen konsequenterweise in die Bewertung auch der Umfang und die Komplexität der letztwilligen Verfügung einzubeziehen sein.<sup>113</sup>

In manchen Entscheidungen ist sogar erkennbar, dass das Gericht bei der Beurteilung explizit auf die Komplexität des Testaments abstellt, obgleich es die sachliche Relativität ablehnt. In einer Entscheidung stellt das OLG Hamm<sup>114</sup> zunächst fest, dass allein aufgrund des Umstands, dass die Erblasserin zumindest in der Lage war, die Einsetzung des Alleinerbens zu verstehen, nicht automatisch Testierfähigkeit angenommen werden könne. Denn eine nach der Schwierigkeit des Testaments abgestufte Testierfähigkeit gebe es nicht. Im Anschluss daran führt es jedoch aus, dass die Erblasserin nach Auffassung des Senats als insgesamt testierunfähig anzusehen sei, wenn sie „im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die durchaus vergleichsweise komplexen Ausführungen im Text des Testaments insbesondere zur Werthaltigkeit der Vermögensbestandteile [...] nicht verstanden hat [...]“. <sup>115</sup> Letzteres konnte im Rahmen des Verfahrens nicht bewiesen werden, weswegen die Erblasserin nach der Vermutungsregel von § 2229 Abs. 4 BGB als testierfähig anzusehen war.

In dieselbe Richtung rückt selbst der Bundesgerichtshof. Nach dessen Rechtsprechung ist die Errichtung eines Testaments durch mündliche Erklärung eines Erblassers, der einen Schlaganfall erlitt, nachdem er im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte die Einzelheiten eines

<sup>111</sup> So überzeugend *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 189; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 184 ff.; *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (435); *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 294. – Näheres unten bei III.1.

<sup>112</sup> OLG München DNotZ 2008, 296 (297); ZEV 2017, 148 (149). Vgl. auch BGH FamRZ 1958, 127; NJW 1959, 1822; BayObLGZ 1962, 219 (223); 1999, 205 (211); 2004, 237 (241); OLG München ErbR 2021, 870; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 870; OLG Rostock ZEV 2009, 332; OLG Frankfurt a.M. FamRZ 1996, 635; OLG Köln NJW-RR 1994, 396; OLG Hamm FamRZ 1989, 439; ZEV 1997, 75; OLG Jena ZEV 2005, 343.

<sup>113</sup> *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 7; auch *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 12; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 22 f.

<sup>114</sup> OLG Hamm BeckRS 2016, 115426 Rn. 172 ff.; zitiert bei *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 23.

<sup>115</sup> OLG Hamm BeckRS 2016, 115426 Rn. 174.

zu errichtenden Testaments dem Notar angegeben hatte, wirksam, wenn der (nun bewusstseinsgetrübte) Erblasser die Bedeutung des vom Notar angefertigten und verlesenen Testaments noch erkennen und sich frei entschließen konnte. Die Bejahung der Testierfähigkeit habe in diesem Fall nicht zur Voraussetzung, dass der Erblasser bei der Verlesung und Genehmigung in der Lage war, den Inhalt des Testaments von sich aus zu bestimmen und zum Ausdruck zu bringen.<sup>116</sup> Hat demnach der Testator im urteilsfähigen Zustand dem Notar seinen letzten Willen zur Niederschrift erklärt, genüge es für die Wirksamkeit des Testaments, wenn er im Zeitpunkt der Genehmigung die Fähigkeit besitzt, über die Geltung oder Nichtgeltung der Erklärung mit ihrem konkreten Inhalt zu entscheiden, auch wenn er nicht mehr dazu fähig wäre, seinen letzten Willen zu formulieren oder zu ändern.<sup>117</sup> Erkennbar liegt den Erwägungen die Annahme zugrunde, dass es einem geistig geschwächten Erblasser einfacher fällt, ein eigenes früheres Testament zu erkennen als ein neues Testament nach der aktuellen Geistesverfassung zu errichten. Lehnt man allerdings, wie es die Rechtsprechung tut, eine relative Testierfähigkeit ab, erscheint das Absenken der Anforderungen systemwidrig.<sup>118</sup>

Daher fordern einige Autoren von Vertretern der herrschenden Meinung mehr Methodenehrlichkeit.<sup>119</sup> Ohnehin bestimmen sich Umfang und Inhalt der notariellen Aufklärungs- und Belehrungspflichten gem. § 17 BeurkG nach der Komplexität des Beurkundungsgegenstands.<sup>120</sup> Würde man relative Testierfähigkeit mit einem Beurkundungserfordernis (z.B. für betreute Erblasser) verbinden,<sup>121</sup> hielte sich außerdem die Beeinträchtigung der Rechtssicherheit in Grenzen.<sup>122</sup>

#### *d) Ein Vergleich mit der Einwilligungsfähigkeit*

Die Geschäftsfähigkeit ist die Selbstbestimmungsfähigkeit im Hinblick auf das rechtsgeschäftliche Selbstbestimmungsrecht, das aus der Anerkennung der Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG (und bei der Testierfreiheit zusätzlich aus Art. 14 Abs. 1 GG) hergeleitet wird. Die Geschäftsfähigkeit ist jedoch nicht die einzige Kategorie der Handlungsfähigkeit; diese ist vielmehr in Geschäfts-, Einwilligung- und Deliktsfähigkeit

<sup>116</sup> BGHZ 30, 394 = NJW 1959, 1822.

<sup>117</sup> So verfährt auch das die Relativität der Urteilsfähigkeit anerkennende Schweizer Recht, vgl. BGer 5A\_12/2009 Tz. 4.2, wonach der Erblasser im eigentlichen Beurkundungsvorgang „an sich nur mehr kontrolliert, was hier wenige Stunden zuvor abgemacht wurde, d.h. den vorbereiteten Entwurf selbst liest oder sich vorlesen lässt, darin seinen eigenen Willen wiedererkennt und ihn genehmigt“.

<sup>118</sup> Vom Standpunkt der h.M. aus kritisch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 18.II.1 (S. 346 mit Fn. 10).

<sup>119</sup> Zurückgehend auf *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (382 f.); zustimmend *Fries* AcP 216 (2016), 422 (445); vgl. auch *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 184; *Voit*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 12; *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 22 f.; anschließend *HKK-BGB/Boosfeld*, § 2229 BGB, im Erscheinen, Rn. 41.

<sup>120</sup> Vgl. OLG Celle MittBayNot 2008, 492.

<sup>121</sup> Siehe unten § 9.II.2.

<sup>122</sup> Wie hier *W. Kössinger*, in: *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 7 Rn. 15.

geteilt.<sup>123</sup> Für die vorliegende Arbeit besonders interessant ist der Vergleich mit der Einwilligungsfähigkeit, da diese, wie sich zeigen wird, relativ ausgelegt wird. Angesichts dessen soll der Grund für das abweichende Verständnis untersucht werden.

#### *aa. Relative Einwilligungsfähigkeit*

Die rechtfertigende Einwilligung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch erst jüngst kodifiziert worden (§ 630d BGB). Nichtsdestotrotz ist sie als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts seit langem allgemein anerkannt. Da im Privatrecht jede Person innerhalb gewisser Schranken die Macht hat, ihre Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten, darf sie anderen Personen auch die Erlaubnis erteilen können, in ihre Rechtsgüter einzugreifen. Bei der Einwilligung geht es somit um die Erlaubnis in den Eingriff eigener Rechtsgüter durch jemand anderes, deren Notwendigkeit vor allem im medizinrechtlichen Kontext evident ist.<sup>124</sup>

Wirksamkeitsvoraussetzung der rechtfertigenden Einwilligung ist die Einwilligungsfähigkeit, wobei sich deren Beurteilung im bekannten Spannungsverhältnis zwischen Selbstbestimmung mit der Gefahr der Selbstschädigung einerseits und der Fürsorge für Betroffene mit der Gefahr der Fremdbestimmung andererseits bewegt.<sup>125</sup> Der Streit um die Rechtsnatur der Einwilligung führte zu der Frage, ob auf die Einwilligungsfähigkeit die Regeln der Geschäftsfähigkeit (§ 104 ff. BGB) direkt oder zumindest analog anzuwenden sind.<sup>126</sup> Nach heute gesicherter Meinung stellt die Einwilligung „eine Willensäußerung [...], die bedeutsame Rechtsfolgen nach sich ziehen kann“, aber keine Willenserklärung im Sinne der Rechtsgeschäftslehre dar.<sup>127</sup> Auf die Einwilligung finden demnach die Vorschriften der Geschäftsfähigkeit keine direkte Anwendung. Nach überwiegender Meinung sind die §§ 104 ff. BGB aufgrund der Verschiedenheit von Geschäftsfähigkeit mit vermögensrechtlichem sowie Einwilligungsfähigkeit mit höchstpersönlichem Charakter auch nicht analog anzuwenden. Insofern werden die Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit autonom bestimmt.<sup>128</sup>

Im Ausgangspunkt wird die Einwilligungsfähigkeit durch die natürliche Willensfähigkeit bestimmt.<sup>129</sup> Nicht zu verwechseln ist die „natürliche Willensfähigkeit“ mit dem in § 2 beschriebenen „natürlichen Willen“, denn sie setzt Einsichts- und Handlungsfähigkeit und folglich einen „freien Willen“ voraus.<sup>130</sup> Dieser Begriff ist demnach so zu verwenden wie die

<sup>123</sup> Vgl. statt aller MüKo/*Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 37.

<sup>124</sup> *Kohte* AcP 185 (1985), 105 (108 ff.).

<sup>125</sup> *Damm* MedR 2015, 775 ff.

<sup>126</sup> Zum Streitstand von *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 333 ff.

<sup>127</sup> Grundlegend BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811. Vgl. MüKo/*Wagner*, § 630d BGB Rn. 9; Staudinger/*Gutmann*, § 630d BGB Rn. 5, jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>128</sup> *Damm* MedR 2015, 775 (776 f.); von *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 336 ff.

<sup>129</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 23; MüKo/*Wagner*, § 630d BGB Rn. 21 mwN.

<sup>130</sup> Siehe bereits § 2.III.1. Vgl. BT-Drucks. 15/2494, S. 28: „Terminologisch ist dieser allgemein verwendbare Begriff des natürlichen Willens von bereichsspezifisch gebrauchten Begriffen, wie der natürlichen

von § 104 Nr. 2 BGB erfasste „natürliche Geschäftsfähigkeit“. „Natürlich“ heißt in diesem Kontext, dass die Beurteilung auf den tatsächlichen Geisteszustand des Betroffenen bezogen ist, ohne dass normative Kriterien wie beispielsweise ein gewisses Mündigkeitsalter zu beachten sind. In diesem Aspekt unterscheidet sich die Einwilligungsfähigkeit auch von der Geschäftsfähigkeit, weil sie kein Mindestalter zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts kennt.<sup>131</sup> Einwilligungsfähig ist die betreffende Person, wenn sie geistig-willensmäßig in der Lage ist, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Maßnahme zu erfassen, und ihren Willen hiernach zu bestimmen vermag.<sup>132</sup> Anders als die Geschäftsfähigkeit wird die Einwilligungsfähigkeit jedoch situativ-relativ festgestellt; sie wird nicht als eine der Person anhaftende Eigenschaft verstanden.<sup>133</sup>

Das relative Verständnis ist eine Konsequenz der Abwesenheit von festen Altersgrenzen, denn zur Beurteilung der Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger wurde maßgeblich darauf abgestellt, ob der Eingriff schwerwiegende Risiken für die Gesundheit birgt, ob er irreversible physische oder psychische Veränderungen bewirkt, oder nur ein kleiner, jedenfalls medizinisch indizierter Eingriff ist. Anerkannt ist, dass der Minderjährige umso weniger Selbstbestimmungsfreiraum hat, je schwerwiegender die Risiken und erwartbaren Folgen der Maßnahme sind. Auf Volljährige ist der Grundsatz der Relativität ebenfalls anzuwenden. Das heißt, dass die Anforderungen an die Einsichtsfähigkeit in Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken der Maßnahme höher sind, je schwerwiegender die Maßnahme ist, und umgekehrt.<sup>134</sup> Die Einwilligungsfähigkeit wird folglich immer mit Blick auf den konkret anstehenden Eingriff beurteilt und nicht abstrakt für „Eingriffe nach Typ x oder y“.

Damit drängt sich die Frage, worin sich die Einwilligungsfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit unterscheidet, dass diese sachlich-absolut und jene relativ beurteilt wird. Wie gesehen, liegt es nicht daran, dass die Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens voraussetzt, weil das auch die Einwilligungsfähigkeit tut.<sup>135</sup> Vielfach wird der Unterschied damit begründet, dass die Einwilligung einen höchstpersönlichen Charakter hat und deshalb Verkehrsschutzerwägungen zurücktreten.<sup>136</sup>

---

Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen im Rahmen medizinischer Eingriffe, zu unterscheiden. Nach den bereits dargestellten Kriterien ist die „natürliche“ Einwilligungsfähigkeit nur bei Vorliegen eines freien Willens gegeben.“; vgl. außerdem BeckÖGK/*Brilla*, § 1904 BGB Rn. 33 f.

<sup>131</sup> Spickhoff/*Spickhoff*, § 630d BGB Rn. 4 f.

<sup>132</sup> BGH NJW 1964, 1177 f.; BT-Drs. 17/10488, S. 23; BT-Drs. 16/8442, S. 13; BT-Drs. 11/4528, S. 71; außerdem statt vieler Grüneberg/*Weidenkaff*, § 630d BGB Rn. 3; Staudinger/*Gutmann*, § 630d BGB Rn. 52 ff. mwN; *Seewald*, Rechtsgeschäftlicher Schutz vor sich selbst, S. 83 f. mwN.

<sup>133</sup> So zutreffend *Damm MedR* 2015, 775 (777).

<sup>134</sup> *Damm MedR* 2015, 775 (776 f.); *Spickhoff AcP* 208 (2008), 345 (385); MüKo/*Wagner*, § 630d BGB Rn. 21, 43; MüKo/*Schneider*, § 1904 BGB Rn. 16; *Lipp*, in: Susanne Beck (Hrsg.), Krankheit und Recht, S. 185 f.; von *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 347 f., 351 f.

<sup>135</sup> Missverständnis BGH NJW-RR 2021, 1086 Rn. 19.

<sup>136</sup> Vgl. *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 300; *Damm MedR* 2015, 775 (776). Weitere Nachweis bei von *Sachsen Gessaphe*, Der Betreuer, S. 337 mit Fn. 194.

Zwar mag die Ausrichtung der jeweiligen Selbstbestimmungsfähigkeit mit einerseits höchstpersönlichem und andererseits vermögensrechtlichem Bezug eine autonome Bestimmung der Anforderungen begründen. Allerdings gehen selbst Vertreter einer autonomen Einwilligungsfähigkeit davon aus, dass sie – ebenso wie die Geschäfts- und Testierfähigkeit – eine Ordnungs- und Schutzfunktion habe. Rechtliche Selbstbestimmung wäre sinnlos, wenn ein vom Recht anerkennenswerter Wille nicht gebildet werden kann (Ordnungsfunktion), und die Versagung des Selbstbestimmungsrechts dient dem Einzelnen zum Schutz vor Nachteilen, die aus mangelnder Selbstverantwortung resultieren (Schutzfunktion).<sup>137</sup> Trotz ihrer Unterschiede sind Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit also funktionsgleich,<sup>138</sup> indes nicht deckungsgleich. Jüngst hat der Bundesgerichtshof betont, dass Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit nicht in dem Sinne kongruent sind, dass aus der Feststellung der Geschäftsunfähigkeit auch die Einwilligungsunfähigkeit der betroffenen Person folgt und umgekehrt, sondern Bezugspunkt der Einsichtsfähigkeit jeweils ein anderer ist.<sup>139</sup> Zwar ist es richtig, dass die Einsicht in die Notwendigkeit eines medizinischen Eingriffs einen anderen Bezugspunkt hat als die Einsicht in Tragweite und Folgen eines Testaments. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die psychologische Beurteilung beider Vorgänge auf der gleichen Basis fußt. Die situationsbezogene Feststellung der Einwilligungsfähigkeit folgt der Realität des menschlichen Willens, dass die Beurteilung je nach Komplexität, Zeitpunkt und momentanem Zustand des Betroffenen Schwankungen unterlegen ist, sodass dies im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit berücksichtigt gehört. Andererseits wird für die rechtliche Handlungsfähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften die Einzelfallgerechtigkeit normativ vernachlässigt, wenn bei deren Beurteilung zur vermeintlichen Stärkung der Rechtssicherheit nur noch zeitliche Schwankungen berücksichtigt werden. Nun haben wir aber bereits gesehen, dass der Aspekt des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit im Rahmen des Testamentsrechts ebenfalls zurückzutreten haben.<sup>140</sup> Dann überzeugt es freilich nicht, die Testierfähigkeit nicht ebenfalls im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit auch im Hinblick auf das konkrete Testament relativ festzustellen. Zumal der Aspekt der Höchstpersönlichkeit ein zentraler Eckpfeiler des Erbrechts ist.

#### *ab. Funktionsgleichheit der Selbstbestimmungsfähigkeiten im Schweizer Recht*

Der gemeinsame Kern aller zivilrechtlichen Selbstbestimmungsfähigkeiten offenbart sich bereits darin, dass sie jeweils als Kategorien der rechtlichen Handlungsfähigkeit (i.w.S.)

<sup>137</sup> Zu diesen Aspekten allgemein siehe oben § 1.III.

<sup>138</sup> Ebenso *Kohte* AcP 185 (1985), 105 (152-156); *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 62 („gemeinsamen Kern als punktuelle Ausnahme von der mit der Mündigkeit verbundenen rechtlichen Anerkennung der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung des einzelnen“).

<sup>139</sup> BGH NJW-RR 2021, 1086 Rn. 19. Vgl. auch BeckOGK/*Brilla*, § 1904 BGB Rn. 35.

<sup>140</sup> Hierzu oben II.3. in diesem Teilkapitel.

angesehen werden. Die Beurteilung dreht sich stets um die Frage, ob der Handlung einer natürlichen Person, sei es die Äußerung einer Willenserklärung im rechtstechnischen Sinn, die Äußerung der Zustimmung zu einem Eingriff als Einwilligung oder die Vornahme einer schädigenden Handlung als vertragliche Pflichtverletzung oder Delikt, eine rechtliche Konsequenz folgt. Nicht bestreiten lässt sich, dass die Beurteilung zumindest im Prinzip an den tatsächlichen geistigen Zustand der Person anknüpft und ein freier Wille vorliegen muss. Es ist keineswegs zufällig, dass die Kategorien des freien Willens im Zusammenhang mit der „natürlichen Selbstbestimmungsfähigkeit“<sup>141</sup> stets auf zwei kumulativen Voraussetzungen basieren: Einsichtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit im engeren Sinn / Steuerungsfähigkeit.<sup>142</sup> Während für die Handlungsfähigkeit (i.e.S.) eine Definition gefunden wurde, die grundsätzlich für Geschäfts-, Testier-, Einwilligungs- und Deliktsfähigkeit dieselben Maßstäbe aufweist,<sup>143</sup> hebt die Relativität der Einsichtsfähigkeit die untereinander bestehenden Unterschiede hervor. Die verschiedenen Rechtshandlungen beanspruchen die Fähigkeit der Person, Folgen und Tragweite der Handlung zu überblicken, nicht mit der gleichen Intensität und mit jeweils anderem Blickwinkel. Das bedeutet, dass die Voraussetzungen an die Einsichtsfähigkeit je nach der Natur und Bedeutung der konkreten Handlung verschieden sind. Aber die im Bürgerlichen Gesetzbuch vorzufindende Parzellierung der rechtlichen Handlungsfähigkeit (i.w.S.) verschleiert die gemeinsame Beurteilungsbasis.

Das Schweizer Zivilgesetzbuch hat einen eleganteren Weg eingeschlagen. Die Art. 12-19d ZGB regeln alle Facetten der Handlungsfähigkeit als Oberkategorie aller Selbstbestimmungsfähigkeiten im Hinblick auf zivilrechtlich relevantes Handeln. Dadurch kommt die Funktionsgleichheit der Selbstbestimmungsfähigkeit besser zutage. Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung von Geschäfts-, Einwilligungs- und Deliktsfähigkeit ist stets die Urteilsfähigkeit des Handelnden (vgl. Art. 16, 18 und 19 Abs. 3 ZGB).<sup>144</sup> Darin wird die gemeinsame, psychologische Beurteilungsbasis kenntlich. Die bestehenden Unterschiede der einzelnen Selbstbestimmungsfähigkeit werden durch Anerkennung der Relativität berücksichtigt.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> D.h. zustandsbedingte Selbstbestimmungsfähigkeit, vgl. die „natürliche Einwilligungsfähigkeit“, die „natürliche Geschäftsfähigkeit“ nach § 104 Nr. 2 BGB oder die „natürliche Testierfähigkeit“ im Sinne von § 2229 Abs. 4 BGB.

<sup>142</sup> Vgl. BVerfGE 91, 341 (351 ff.): „Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus. Nur wenn der Einzelne in der Lage ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, können seine letztwilligen Verfügungen grundrechtlichen Schutz beanspruchen. Der Einzelne muß demzufolge die für die Testamentserrichtung erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen.“

<sup>143</sup> Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit, nach der zutreffend gewonnen Einsicht zu handeln, vgl. § 2229 Abs. 4 BGB; § 20 StGB; MüKo/*Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 47; MüKo/*Wagner*, § 630d BGB Rn. 21; MüKo/*Wagner*, § 828 BGB Rn. 10.

<sup>144</sup> BGE 134 II 235 (239 f.). Vgl. *Aebi-Müller* MedR 2018, 785 (786).

<sup>145</sup> Vgl. *Egger*, in: *Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland* (Hrsg.), ZGB, Art. 12 Anm. 1a): „Das d. BGB. regelt die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit. Das Bedürfnis nach einem einheitlichen umfassenden Begriff wird aber lebhaft empfunden und von der Doktrin deshalb ein allgemeiner Begriff der Handlungsfähigkeit geprägt. Er liegt darin, daß Willen und Wissen einer Person von Rechtsordnung selbständig betrachtet werden

#### 4. *Telos der Selbstbestimmungsfähigkeit*

Es bleibt festzuhalten, dass die Suche nach dem Willen des Gesetzgebers ergebnislos verlaufen ist, weil die Gesetzesmaterialien zur Auslegungsfrage schweigen. Nachdem die von der herrschenden Meinung vorgebrachten Argumente entkräftet wurden, ist schließlich nur noch das *Telos* der Selbstbestimmungsfähigkeit zu betrachten. Der teleologischen Auslegung kommt in diesem Fall eine besondere Wichtigkeit zu,<sup>146</sup> wobei das *Telos* der Selbstbestimmungsfähigkeit derzeit noch zu wenig berücksichtigt, da die herrschende Meinung eine unzutreffende Perspektive einnimmt.

##### a) *Unzutreffende Perspektive: Ausschluss vom Rechtsverkehr statt Wahrung vorhandener Fähigkeiten*

Ausgangspunkt aller Überlegungen muss sein, dass der Mensch wegen seiner Vernunftbegabung grundsätzlich selbstbestimmungsfähig ist. Die Kritik der Rechtsprechung an relativer Testierfähigkeit fußt hierauf. Dennoch nimmt sie eine unzutreffende Perspektive ein und verkennt die dichotomische Feststellung der Testierunfähigkeit hierbei. So heißt es, die ungenügende Erkenntnis der rechtlichen und wirtschaftlichen Tragweite des Erklärten rechtfertigt allein nicht die Annahme einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit und damit einer Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden.<sup>147</sup> Gemeint ist, dass relative Testierunfähigkeit nicht bloß mit einem Hinweis auf mangelnde Einsicht bezüglich der rechtsgeschäftlichen und wirtschaftlichen Folgen behauptet und bejaht werden darf. Obwohl das völlig richtig ist, wird hierdurch ersichtlich, dass die Rechtsprechung nur die Testierunfähigkeit betrachtet. Vom Regelungsanliegen der Selbstbestimmung her müsste allerdings nicht die Unfähigkeit, sondern die Wahrung verbleibender Fähigkeiten gesucht werden. Es geht nicht darum, jemandem unter Hinweis auf die Komplexität seines Rechtsgeschäfts die Handlungsfähigkeit *abzusprechen*, sondern sie bestmöglich zu *erhalten*.<sup>148</sup> Die Selbstbestimmungsunfähigkeit ist kein Nichtigkeitsgrund, der aus Reue vor den Folgen einer Erklärung geltend gemacht werden kann. Wie *Flume* richtig aufzeigt, ist die Testierunfähigkeit dem Schutz des Kranken verschrieben.<sup>149</sup> Das Argument der

---

[...].“; Art. 16 Anm. 2b).: „Die Urteilsfähigkeit ist das Maß in der Fähigkeit vernunftgemäßen Handelns, das in Hinsicht auf eine einzelne Handlung oder einen Komplex von Handlungen erforderlich ist, um das Handeln einer Person noch als ein freies [...] erscheinen zu lassen.“

Vgl. auch das US-amerikanische Recht, das einen ähnlichen Weg eingeschlagen hat: *Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates*, S. 268 f.; *Simmons South Dakota Law Review* 60 (2015), 175 (178 f.) mwN.

<sup>146</sup> *Spitzlei JuS* 2022, 315 (318); *Möllers, Juristische Methodenlehre*, § 5 Rn. 7 ff.

<sup>147</sup> Vgl. BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342; OGHZ 4, 66 (72) mwN; anschließend *Boehm, Der demenzkranke Erblasser*, S. 64 f.; *Wolf/Neuner, AT*, 10. Auflage, § 34 Rn. 7 Fn. 11.

<sup>148</sup> *Schröder, Grenzen der Testierfreiheit*, S. 294.

<sup>149</sup> *Flume, Rechtsgeschäft*, S. 187: „Es kann allerdings nicht in Frage kommen, daß jedermann, also auch der ‚Normale‘, nur insoweit geschäftsfähig ist, als er seine Erklärung in ihrer Bedeutung erfaßt. Das Problem der relativen Geschäftsunfähigkeit besteht nur für den Geistesschwachen.“

Rechtsprechung berücksichtigt grundlegende Eckpfeiler der Testierfähigkeit nicht. Erstens spielt es von vornherein keine Rolle, ob der Erklärende tatsächlich die Folgen seines Handelns verstanden hat. Vielmehr dreht sich die Beurteilung um die Frage, ob der Erklärende nach seiner geistigen Verfassung grundsätzlich in der Lage gewesen wäre, die Folgen vorauszusehen.<sup>150</sup> Derjenige, der geistig fit ist, aber im einzelnen Falle die Tragweite seines Handelns verschätzt hat, handelt dennoch eigenverantwortlich. Und als Folge seiner Eigenverantwortlichkeit ist ihm zuzumuten, an seine Willenserklärung gebunden zu sein, wenn er es verpasst hat, sich im Vorfeld seiner Handlung selbst zu schützen, denn er hätte dies nach rechtlicher/wirtschaftlicher Beratung tun können. Unter Umständen kann der Betroffene sich durch Anfechtung von seiner grundsätzlich bindenden Willenserklärung lösen.<sup>151</sup> Andererseits ist derjenige vor rechtsgeschäftlicher Bindung und den einhergehenden Folgen zu schützen, der aufgrund einer angeborenen oder entwickelten Störung seiner geistigen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, eigenverantwortlich zu handeln. Vom Regelungsziel der Testierfähigkeit gedacht, ist es mithin sinnvoll, dem Erklärenden die rechtliche Handlungsfähigkeit nur insoweit zu versagen, wie seine Unfähigkeit zur Bildung eines selbstbestimmten Willens reicht.

#### *b) Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs*

Mehrfach wurde betont, dass die auf Testierunfähigkeit gestützte Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Erklärenden darstellt.<sup>152</sup> Als Inhalts- und Schrankenbestimmung der Testierfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG muss die gesetzliche Regelung des § 2229 BGB und ihre Anwendung auf den Einzelfall jeweils die durch das Verhältnismäßigkeitsgebot gezogenen Schranken wahren. Die Unwirksamkeit des Testaments muss folglich zur Erreichung des Ziels erforderlich und angemessen sein.

Die sachlich-absolut verstandene Selbstbestimmungsfähigkeit verfehlt den Grundsatz der Erforderlichkeit insofern, als dieser durch Relativität besser verwirklicht werden könnte.<sup>153</sup> Nach sachlich-absolutem Verständnis wird die Testierunfähigkeit nur vom Vorliegen einer Geistesstörung mit erheblichen Funktionsdefiziten abhängig gemacht. Dabei wird die Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden, in typisierender Weise betrachtet, d.h. es kommt auf die typischerweise notwendigen Fähigkeiten zur Begründung rechtsgeschäftlicher Folgen an. Aufgrund dieser typisierenden Betrachtung des geistigen Zustands können zwei Fallgruppen

---

<sup>150</sup> Zu dieser grundlegenden Unterscheidung bereits § 5.II.1.

<sup>151</sup> So im Fall des RGZ 70, 391, wo die Erblasserin testamentarisch anordnete, dass im Schlusserbfall die gesetzliche Erbfolge eintreten solle, dabei aber verkannte, welche Personen hierdurch berufen werden würden.

<sup>152</sup> Siehe nochmals § 1.II.

<sup>153</sup> Es steht eine das Selbstbestimmungsrecht besser schützende, weniger grundrechtseingreifende Auslegung zur Verfügung.

identifiziert werden, wo Selbstbestimmung und Schutz vor Fremdbestimmung nicht verwirklicht ist.

Es kann sein, dass die geistige Verfassung des Erblassers beeinträchtigt ist, die „Eingangsschwelle“ zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs nach herrschender Konzeption jedoch nicht erreicht ist und somit Testierfähigkeit bejaht wird. Das liegt daran, dass der Bundesgerichtshof die Fähigkeit, einfache Geschäfte zu verstehen, zur Aufrechterhaltung der Geschäfts-/ Testierfähigkeit als ausreichend erachtet; es müsse der betroffenen Person selbst überlassen bleiben, wie sie mit dieser Situation umgehen soll.<sup>154</sup> Wenn die Person allerdings die Bedeutung des konkreten Rechtsgeschäfts aufgrund der hiermit verbundenen Komplexität und rechtsfolgenseitigen Tragweite nicht verstehen kann, verfehlt die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts mit dem Argument, sie sei zur Erfassung eines leichteren Rechtsgeschäfts noch in der Lage gewesen, die dargelegten Grundsätze der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.<sup>155</sup> Anders als der Bundesgerichtshof annimmt, ist der dahingehend gebildete Wille mit Blick auf das tatsächlich abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht mehr frei.

Andererseits zeigt die soziale Realität einer alternden Gesellschaft, dass die kognitiven Fähigkeiten beispielsweise infolge einer Demenzerkrankung im Laufe des Lebens stetig, schrittweise und unaufhaltsam nachlassen können. Im Kapitel zur Testierfähigkeit Demenzkranker (§ 6) wurde dargestellt, dass die Beurteilung Schwierigkeiten bereitet, zumindest bis das schwere Stadium der Krankheit nicht erreicht ist. Der typische Verlauf von Demenzerkrankungen zeigt, dass die kognitiven Fähigkeiten bei alltagsbezogenen Entscheidungen dem Betroffenen länger erhalten bleiben, während sie ihre Selbstbestimmungsfähigkeit im Hinblick auf hochabstrakte Geschäfte wesentlich früher verlieren. Das sachlich-absolute Verständnis der Testierfähigkeit birgt dabei die Gefahr, Nichtigkeit wegen kognitiver Beeinträchtigungen anzunehmen, obwohl der betroffene Erblasser bei Abfassung seines Testaments, das im Einzelfall als einfaches Rechtsgeschäft zu werten wäre, geistig in der Lage ist.<sup>156</sup> Die Rechtsprechung kann diese Realität nicht ausreichend berücksichtigen, weil es nicht auf das konkrete Rechtsgeschäft, sondern den abstrakten Zustand des Erblassers ankommt. Es ist zwar richtig, dass die Willenserklärung einer Person, die bereits so eingeschränkt ist, dass sie eine komplexe letztwillige Verfügung in ihrer Tragweite nicht verstehen kann, zu ihrem eigenen Schutz nichtig sein muss. Nimmt man allerdings Testierunfähigkeit an, obwohl der Erblasser trotz seiner eingeschränkten Fähigkeiten sehr wohl in der Lage war, Tragweite und Rechtsfolgen seines konkreten

---

<sup>154</sup> BGH NJW 1970, 1680 (1681): „Eine Person, die in der Lage ist, ihren Willen frei zu bestimmen, deren intellektuelle Fähigkeiten aber nicht ausreichen, um bestimmte schwierige rechtliche Beziehungen verstandesmäßig zu erfassen, ist deswegen noch nicht geschäftsunfähig.“; jüngst bestätigt durch BGH NJW 2021, 63 Rn. 18-22.

<sup>155</sup> Vgl. *Humm* ZEV 2022, 253 (257).

<sup>156</sup> *Humm* ZEV 2022, 253 (257) mwN.

Testaments zu überblicken, schränkt das die Testierfreiheit in unverhältnismäßiger und nicht gerechtfertigter Weise ein.<sup>157</sup>

Beide Nachteile des sachlich-absoluten Verständnisses ließen sich durch die Relativität beseitigen. Ob der Erklärende geistig in der Lage ist, die Auswirkungen seiner Handlung zu überblicken, ist dementsprechend in besonderer Weise von der Komplexität des konkreten Rechtsgeschäfts abhängig, sodass es möglich wird, geistige Störungen der verschiedensten Grade angemessen zu erfassen. Dadurch ließen sich die Zwecke der Geschäfts / Testierfähigkeit besser verwirklichen. Viele betonen daher zu Recht, dass Rechtssicherheit zur bestmöglichen Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts im Einzelfall zurückzutreten hat und der Grundsatz der Relativität anzuerkennen ist.<sup>158</sup>

### III. Folgen der Relativität

Es wurde gezeigt, dass relative Testierfähigkeit die graduellen Zustände geistiger Beeinträchtigungen besser zu berücksichtigen imstande ist. Das nachfolgende Kapitel soll die rechtlichen Folgen und Spannungsfelder erörtern, die bei Anerkennung der Relativität – nach hier vertretener Ansicht *de lege lata* für die Testierfähigkeit – hervorgerufen würden. Im Einzelnen geht es um die Fragen, wie die Beurteilung der Testier(un)fähigkeit zu erfolgen hätte, wie die Gefahr einer Motivkontrolle vermieden werden könnte und ob das Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit verändert würde.

#### 1. Beurteilung der Testier(un)fähigkeit anhand des konkreten Testaments

Zunächst ist festzustellen, wie komplex das konkrete Rechtsgeschäft ist, um das objektive Mindestmaß an Einsichtsfähigkeit bestimmen zu können (objektives Element). Anschließend ist zu prüfen, ob der Erblasser die objektiven Mindestanforderungen tatsächlich subjektiv erfüllte (subjektives Element).<sup>159</sup>

Sachliche Relativität der Testierfähigkeit bedeutet demnach, dass die Einsichtsfähigkeit in Bezug auf die konkrete Handlung, d.h. das durch eine Willenserklärung hervorzubringende testamentarische Rechtsgeschäft, festgestellt wird.<sup>160</sup> Zu berücksichtigen sind dabei namentlich die Komplexität des Rechtsgeschäfts und dessen Auswirkungen.<sup>161</sup> Von der Schweizer Gerichtsbarkeit, welche die Relativität der Urteilsfähigkeit in ständiger

<sup>157</sup> Gleichsinnig *Humm* ZEV 2022, 253 (257); *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1030 ff.); *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 292 ff.; *Seibert*, Testierfähigkeit und Willensfreiheit, S. 114 ff.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (379 ff.); BeckOGK/*Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 7; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 19 ff.;

<sup>158</sup> Siehe oben Fn. 30 [zur Geschäftsfähigkeit als aA zur hM] und Fn. 31 [zur Testierfähigkeit].

<sup>159</sup> Vgl. *Binder*, Urteilsfähigkeit, S. 31 ff.

<sup>160</sup> Vgl. nur die Schweizer Rechtsprechung: BGE 124 III 5 (8).

<sup>161</sup> *Wolf/Setz*, in: Institut für Notariatsrecht Bern (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, S. 41.

Rechtsprechung anerkennt, wird vorgetragen, dass die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen allgemein „zu den eher anspruchsvolleren Geschäften“ zu zählen sei, jedenfalls „wenn komplizierte Anordnungen getroffen werden.“<sup>162</sup> Die Komplexität des Rechtsgeschäfts ist aber keineswegs gleichbedeutend mit der Schwierigkeit juristischer Klauseln und deren Auswirkungen im Einzelnen. Die gesetzlichen Anforderungen an den freien Willen wären sicherlich überspannt, wenn man eine genaue Kenntnis der Einzelheiten der rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge verlangte.<sup>163</sup> *Christandl* weist zutreffend darauf hin, dass nicht selten Sachverhalte auftreten werden, wo im Einzelnen höchst komplizierte juristische Konstruktionen verlangt sind, um einen einfachen Nachfolgewillen umzusetzen.<sup>164</sup> Betrachtet man beispielsweise die Anordnungen im Rahmen eines sog. „Behindertentestaments“, das durch allerlei schwierige juristische Konstruktionen (Quotale Vor- und Nacherbschaft; Bedingungen; Testamentsvollstreckung) gekennzeichnet ist. So schwer die rechtlichen Folgen jeder Klausel im Detail zu verstehen sind, so einfach ist doch der Wunsch des Erblassers, einem behinderten Abkömmling so viel wie möglich zuzuwenden, ohne dass von Seiten Dritter auf die Substanz des Nachlasses zugegriffen werden kann. Im Interesse des Selbstbestimmungsrechts fällt die Anerkennung dieses Willens umso leichter, wenn man auf die „lebenspraktische Bedeutung“<sup>165</sup> der Anordnungen und ihrer Komplexität abstellt. Im Beispiel des Behindertentestaments hieße das, dass der Erblasser geistig fit genug sein müsste, zu verstehen, dass sein Nachlass zuerst dem behinderten Kind und danach, um eine Weitervererbung über den eigenen Nachlass des Kindes zu verhindern, an eine zweite Person vererbt wird, und die Anordnung der Testamentsvollstreckung den Zugriff auf die Nachlasssubstanz verhindern soll.

Also muss der Erblasser die Bedeutung seiner Verfügung hinsichtlich der wesentlichen Merkmale und Umstände des Geschäfts überblicken können. Aus der Höhe des Nachlassvermögens lässt sich nicht auf die Kompliziertheit eines Testaments schließen.<sup>166</sup> Dementsprechend kann es bei der Frage nach der Komplexität des Rechtsgeschäfts auch nur darum gehen, dass die Willenserklärung auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruht und schwierig zu beurteilende Auswirkungen hat.<sup>167</sup> Entgegen der Befürchtung des

<sup>162</sup> BGE 124 III 5 (8) im Unterschied zu alltäglichen Geschäften und Besorgungen. Vgl. auch *Wolf/Setz*, in: Institut für Notariatsrecht Bern (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, S. 41.

<sup>163</sup> Ebenso *Soergel/Mayer*, [2003] § 2229 BGB Rn. 11; *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 15. *Zaczyk*, in: *Schmoeckel* (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 96, weist zutreffenderweise darauf hin, dass die Folgen einer Handlung stets unabsehbar, bloß wahrscheinlich sind und eine genaue Kenntnis vom Erblasser somit gar nicht gefordert werden kann. – Anders wohl *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 61 („Nicht ihr sachlicher Inhalt oder ihre wirtschaftlichen und persönlichen Auswirkungen, sondern allein ihre *rechtliche Ausgestaltung* bestimmt die rechtlichen Anforderungen an die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.“).

<sup>164</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 184 f. mit weiteren Beispielen.

<sup>165</sup> Zurückgehend auf *Aebi-Müller* *successio* 2012, 4 (13).

<sup>166</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 185. Vgl. BGer 5C.193/2004 v. 17.1.2005: „Die Argumentation der Vorinstanz, von der Komplexität des Nachlassvermögens könne nicht auf die Kompliziertheit des Verfügungsinhaltes geschlossen werden, ist nicht zu beanstanden.“; aA *Aebi-Müller* *successio* 2012, 4 (14).

<sup>167</sup> Vgl. BGer 5C.193/2004 v. 17.1.2005: „Entgegen der Auffassung des Klägers ist der angeführten Rechtsprechung nicht zu entnehmen, eine letztwillige Verfügung sei generell als anspruchsvolles Geschäft zu

Bundesgerichtshofs kommt es dabei nicht zu Abgrenzungsschwierigkeiten.<sup>168</sup> Eine schematische Anwendung verbietet sich nämlich gerade. So kann selbst die Enterbung eines gesetzlichen Erbens, obwohl die Folgen dieser Verfügung allgemein als leicht zu erfassen gelten dürften, im Einzelfall schwierig sein.<sup>169</sup>

Die Willensbildungsfähigkeit setzt ein Mindestmaß an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit, an Denkvermögen und Urteilskraft voraus, das je nach Komplexität des Rechtsgeschäfts unterschiedlich zu beurteilen ist. Der Erblasser muss in der Lage sein, „die für und gegen eine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe abzuwägen und sich aus eigener Überlegung, frei von Einflüssen Dritter, ein klares Urteil zu bilden.“<sup>170</sup> Dazu gehört die Fähigkeit, die Folgen des Testaments realitätsbezogen einschätzen zu können sowie die Fähigkeit zur Bildung nachvollziehbarer Motive. Voraussetzung der Willensbildung ist weiterhin, dass der Betroffene in der Lage ist, Informationen, die in Bezug auf ein Rechtsgeschäft an ihn herangetragen werden, zu erfassen und diese in ihrer Bedeutung zu bewerten, sie also in sein eigenes Wertesystem einzuordnen.<sup>171</sup> Die Testierunfähigkeit bezieht sich demnach auf solche Krankheitszustände, bei denen die Betroffenen vom Kontext ihrer biografischen Lebensentwicklung abgeschnitten sind, und zwar sowohl von ihrer bisher erworbenen Erfahrung ebenso wie von der Möglichkeit, durch neue Erfahrungen zu lernen.<sup>172</sup> Konkret bezogen auf ein Testament bedeutet das, dass der Erblasser den Kreis erbberechtigter Personen überblicken und Einsicht in den Zweck und die Wirkungen der Verfügung von Todes wegen, zumindest in groben Zügen, haben muss. Er muss in der Lage sein, die Motive vernünftig und kohärent zu formulieren und die anvisierte Nachfolgeregelung in den Kontext seiner Lebensumstände sowie seiner familiären und anderen Beziehungen zu setzen.<sup>173</sup> Zwar lässt sich aus der Größe des Vermögens nicht auf die Kompliziertheit des Testaments schließen, nichtsdestotrotz muss der Erblasser mindestens in den Grundzügen über die

---

qualifizieren. Wenn das Bundesgericht festgehalten hat, dass ein solches insbesondere dann vorliege, wenn komplizierte Verfügungen getroffen würden, gibt es vielmehr zu erkennen, dass ein Testament unter gewissen Umständen ein Geschäft einfacherer Natur sein kann. Anordnungen von Todes wegen sind keine typisierten Rechtsgeschäfte, und innerhalb der Kategorie der letztwilligen Verfügungen gibt es solche von unterschiedlichem Schwierigkeitsgrad. Bei einem einfachen Testament sind die Anforderungen an die Verfügungsfähigkeit weniger hoch als bei einer komplizierten Anordnung (Peter Breitschmid, Basler Kommentar, 2. Auflage, N. 13 zu Art. 467/468 ZGB; vgl. auch BGE 117 II 231 E. 2a S. 233). Eine komplizierte Verfügung liegt insbesondere dann vor, wenn sie auf komplexen Entscheidungsgrundlagen beruht und schwierig zu beurteilende Auswirkungen hat (Eugen Bucher, Berner Kommentar, N. 90 zu Art. 16 ZGB). Wohl ist ein Testament hinsichtlich seiner Tragweite im Vergleich zu einem sogenannten Alltagsgeschäft regelmässig anspruchsvoll, und der Erblasser wird es sich nicht leicht machen, zum Beispiel einen Erben auf den Pflichtteil zu setzen. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Erblasser seine Ziele durch eine komplexe oder einfache Verfügung anzustreben sucht.“

<sup>168</sup> Ebenso *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (435).

<sup>169</sup> Vgl. den vorstehenden Nachweis.

<sup>170</sup> OLG München DNotZ 2008, 296 (297); ZEV 2017, 148 (149). Vgl. auch BGH FamRZ 1958, 127; NJW 1959, 1822; BayObLGZ 1962, 219 (223); 1999, 205 (211); 2004, 237 (241); OLG München ErbR 2021, 870; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1998, 870.

<sup>171</sup> *Zimmermann* BWNotZ 2000, 97 (102).

<sup>172</sup> *Cording/Roth* NJW 2015, 26 (28). Vgl. zum Ganzen § 5.II.1. (allerdings nur aus Perspektive der herrschenden Meinung).

<sup>173</sup> *Aebi-Müller successio* 2012, 4 (7 ff.).

Zusammensetzung seines Vermögens im Bilde sein, um einen freien Willen bilden zu können.<sup>174</sup> Die Grundlinien der Relativität sollen anhand des folgenden Beispiels illustriert werden.

*Beispielfall 1:*<sup>175</sup> *Der Erblasser, ein wortkarger, intelligenter Mann, hat sein Leben lang einen größeren Bauernhof bewirtschaftet, der sich seit zwei Jahrhunderten im Familienbesitz befindet. Er hatte zwei Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Während der Sohn stets auf dem Bauerngut verblieb, eine Bauerntochter heiratete und gemeinsam mit dieser tüchtig auf dem Hof arbeitete, hatte sich die Tochter früh von ihrer Familie und von der bäuerlichen Tradition gelöst. Sie zog ins Ausland und heiratete einen reichen Industriellen. Zum Sohn und dessen Familie hatte der Erblasser ein gutes Verhältnis, während die Beziehung zur Tochter nachhaltig gestört war. Etwa vom 70. Lebensjahr an machte sich beim Erblasser eine demenzielle Erkrankung bemerkbar. Er wurde langsamer, schwerbesinnbarer, stumpfer, vergesslicher, war sehr ermüdbar und litt gelegentlich unter nächtlichen Verwirrtheitszuständen. Nach Fortschreiten seiner Symptome schickte der mittlerweile 77-jährige Erblasser sich an, die Nachfolge am Bauernhof testamentarisch zu regeln. Als Nachfolger auserkoren wurden sein Sohn und der 19-jährige Sohn seines Sohnes, welcher kurz vor Abschluss der landwirtschaftlichen Schule stand, Freude am Bauernberuf hatte und willens war, den Hof weiterzuführen. Die testamentarische Regelung sollte ein Notar aufsetzen. Bei den Besprechungen machte sich bemerkbar, dass der Erblasser verschiedene Einzelheiten, über welche diskutiert wurde, nicht mehr richtig begriff und für manche anderen nicht mehr genügend Anteilnahme aufzubringen vermochte. Dagegen bekundete er seine der bäuerlichen Tradition folgende Grundeinstellung durchaus vernünftig. Er wollte nicht, dass der Hof verkauft werde, selbst wenn dabei ein hoher Preis erzielt werden könnte. Das Gewerbe solle zunächst sein Sohn und anschließend sein Enkel weiterführen, wobei seiner (des Erblassers) Frau eine aus der Bewirtschaftung des Grundstücks zu zahlende „Rente“ zukommen sollte, damit auch diese nach seinem Tod abgesichert sei. Die Tochter hingegen sollte nichts erhalten. Diesen Intentionen entsprechend wurde ein kompliziertes Testament mit vielen Einzelheiten (Vorerbschaft des Sohnes, Nacherbschaft des Enkels, Vermächtnis eines Quotenneißbrauchs und Wohnungsrecht zugunsten der Ehefrau, Testamentsvollstreckung) aufgesetzt. Die Tochter machte nach Versterben des Erblassers die Nichtigkeit des Testaments wegen Testierunfähigkeit geltend. Die psychiatrische Begutachtung ergab, dass sich der Erblasser bei Errichtung des notariellen Testaments im mittleren Stadium einer demenziellen Erkrankung befand. Seine Auffassungsgabe, Frischgedächtnis, zeitliche Orientierung und Aufmerksamkeit sind beeinträchtigt gewesen. Außerdem hat der Erblasser zu einer Teilnahmelosigkeit geneigt in Angelegenheiten, die nicht Grundinteressen seiner Person direkt widerspiegeln. Von den zahlreichen Einzelheiten des Vertrags erfasste der Erblasser allerlei kompliziertere nicht mehr richtig; vor allem aber fehlten ihm Interesse und Konzentration, um sich über die vielen Details, insbesondere auch über die Zahlen des Vertrags hinreichend Rechenschaft zu geben. Dagegen war er sehr wohl in der Lage, seinen Willen hinsichtlich der Grundintention der Nachfolgeregelung vernünftig und zusammenhängend zu erklären.*

Für die Beurteilung der Testierfähigkeit lässt sich feststellen, dass der Erblasser im Beispielfall infolge einer Demenz unter Ausfallerscheinungen litt, die seine

---

<sup>174</sup> Aebi-Müller successio 2012, 4 (7); Wolf/Setz, in: Institut für Notariatsrecht Bern (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, S. 38.

<sup>175</sup> Abgewandelt nach Binder, Urteilsfähigkeit, S. 88 ff.

Willensbildungsfähigkeit einschränkten. Eine Geisteskrankheit im Sinne von § 2229 Abs. 4 BGB ist unzweifelhaft gegeben.<sup>176</sup> Die entscheidende Frage ist jedoch, ob das konkrete Testament in entscheidender Weise von der geistigen Störung des Erblassers beeinflusst war, sodass ein freier Wille nicht mehr vorlag. So ungenügend der Erblasser die eher nebensächlichen Einzelheiten des Testaments verarbeiten konnte, so deutlich stellt sich doch heraus, dass er seine Grundmotivation (Weiterführung der bäuerlichen Tradition, Absicherung seiner Ehefrau, Enterbung der die bäuerliche Tradition ablehnenden Tochter) vernünftig und kohärent äußern konnte und sich dies nicht um einen komplizierten Gedächtnisstoff handelte, sondern um die innersten Grundtendenzen seiner Person. Insofern fügt sich der Zweck seines Rechtsgeschäfts nahtlos in den biografischen Kontext des Erblassers ein, von dem dieser folglich noch nicht abgeschnitten war, obwohl seine Fähigkeit zur Aufnahme neuer Information aufgrund seiner Demenz mittleren Grades beeinträchtigt war. Trotz der rechtlich komplizierten Umsetzung der konkreten Verfügungen von Todes wegen ist die lebenspraktische Bedeutung derselben für den Erblasser demnach noch voll einsehbar gewesen. Denn er war in der Lage, eine voll einfühlbare, seiner früheren Persönlichkeit entsprechende, der ganzen Situation angemessene (sozusagen vernünftige) Stellung einzunehmen. Versteht man die Einsichtsfähigkeit als Bedeutungskennntnis<sup>177</sup> wusste der Erblasser, wer er ist, dass er etwas letztwillig übertragen will, wem er etwas hinterlassen möchte und was wer erhalten soll.<sup>178</sup> Richtigerweise muss das Testament daher in Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts der Testierfreiheit wirksam sein, da die Fähigkeit zur Bildung eines freien, auf Regelung seiner Nachfolge gerichteten Willens keineswegs *ausgeschlossen* war.<sup>179</sup> Würde man denselben Fall nach dem herrschenden, sachlich-absoluten Verständnis beurteilen, geriete das Gericht in die Gefahr, eine „allgemeine Intelligenzkontrolle“ durchzuführen.<sup>180</sup>

## 2. Gefahr der Motivkontrolle

Die Schweizer Rechtspraxis beurteilt zwar die Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB relativ, gerät jedoch in die Gefahr einer Motivkontrolle dadurch, dass die Unvernünftigkeit des Geschäfts als Indiz der Urteilsunfähigkeit herangezogen werden darf.<sup>181</sup> Vom Schutzzweck der Vorschriften werden allerdings gerade diejenigen Personen nicht erfasst, die zwar urteilsfähig sind, aber im Einzelfall einem Irrtum unterlagen oder sich nicht ausreichend beraten ließen. Zum deutschen Recht hat sich daher zu Recht die Ansicht durchgesetzt, dass das Gericht auf die Anwendung des Rechts beschränkt und es dem Richter

<sup>176</sup> Zur Einordnung der Demenzformen § 6.

<sup>177</sup> Vgl. oben § 5.II.1.c).

<sup>178</sup> Vgl. *Zaczyk*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 89; *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (434).

<sup>179</sup> So auch die Bewertung von *Binder*, *Urteilsfähigkeit*, S. 89 f. (im Originalfall).

<sup>180</sup> In diese Richtung gerät das OLG München NJW-RR 2008, 164 (166 f.). Vgl. *Schmoeckel* NJW 2016, 433 (436): „An Stelle einer solchen entwürdigenden Prüfung des Allgemeinwissens muss das Gericht ermitteln, was die Person konkret will, wie gut dieser Wille begründet werden kann und wie klar ihre Motive sind.“

<sup>181</sup> BGE 44 II 447 (449 ff.); 124 III 5 (17 ff.). Kritisch *Thier*, in: Schmoeckel (Hrsg.), *Demenz und Recht*, S. 76.

verwehrt ist, auf außerrechtliche Maßstäbe zurückzugreifen. Das heißt, eine inhaltliche Kontrolle des Rechtsgeschäfts auf seine „objektive Vernünftigkeit“ darf selbst bei Anerkennung der Relativität nicht stattfinden.<sup>182</sup> Mit der Anerkennung eines Selbstbestimmungsrechts im Sinne der allgemeinen Privatautonomie nach Art. 2 Abs. 1 GG und der Testierfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG wäre es unvereinbar, das durch autonome Willensbildung hervorgebrachte Rechtsgeschäft einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Selbstbestimmung heißt, die Vernünftigkeit seines rechtsgeschäftlichen Handelns nach eigenen Maßstäben beurteilen zu dürfen.<sup>183</sup> Daher ist eindringlich zu betonen, dass der zur Nichtigkeit führende Mangel<sup>184</sup> nur darin bestehen kann, dass dem Entscheidungsträger die Selbstbestimmungsfähigkeit fehlt, wobei es „nicht darum [geht], den Inhalt letztwilliger Verfügungen auf seine Angemessenheit zu beurteilen“.<sup>185</sup> Dementsprechend ist es entschieden abzulehnen, vom Inhalt des Testaments auf die Testierunfähigkeit zu schließen.<sup>186</sup> Der Inhalt des Testaments darf für die Frage der Testierfähigkeit keine Bedeutung haben, abgesehen von den Fällen, in denen das Testament selbst offenkundig wahnhafte Motive, krankheitsbedingte Realitätsverkennungen oder andere relevante Pathologien des Testators beinhaltet.<sup>187</sup>

### 3. *Relative Geschäftsfähigkeit?*

Die Testierfähigkeit ist eine spezielle Ausprägung der Geschäftsfähigkeit für testamentarische Rechtsgeschäfte.<sup>188</sup> Die Argumentation für relative Testierfähigkeit fußt wesentlich auf der erbrechtlichen Besonderheit, dass Vertrauen im Hinblick auf testamentarische Verfügungen nicht oder nur sehr eingeschränkt geschützt wird. Gleiches kann für lebzeitige Rechtsgeschäfte nicht gesagt werden. Zwar wird der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit nicht geschützt, die Betonung des Rechtssicherheitsaspekts steht dort hingegen auf soliderem Fundament. Es fragt sich deshalb, welche Auswirkungen die Anerkennung relativer Testierfähigkeit auf das Verhältnis zur Geschäftsfähigkeit hätte.

Einerseits wäre es möglich, nur die Testierfähigkeit relativ und die Geschäftsfähigkeit, wie gewohnt, abstrakt zu beurteilen, was der Charakter der besonders geregelten Testierfähigkeit

<sup>182</sup> Vgl. *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 60 f.

<sup>183</sup> *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 60 f.

<sup>184</sup> Nach hier vertretenem Verständnis ist die Geschäfts-/ Testierunfähigkeit keine Eigenschaft der Person, sondern ein Mangel der jeweiligen Handlung. Ebenso *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 60.

<sup>185</sup> OLG Karlsruhe MittBayNot 2020, 511 (516); OLG München ZEV 2017, 148 (149); BayObLGZ 1999, 205 (211). Für weitere Nachweise vgl. oben § 1.III.2. und § 5.II.1.b). – In der gemeinrechtlichen Literatur finden sich vereinzelt [siehe z.B. *Hardeland* JheringsJ 37 (1897), 95 (182 f.)] Ansätze, wonach die rechtsgeschäftliche Handlungsunfähigkeit anhand der ‚Normalität‘ bzw. ‚Vernünftigkeit‘ des Rechtsgeschäfts festgestellt werden sollte. Diese Meinung konnte sich zurecht nicht durchsetzen, vgl. dazu *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 63 mit Fn. 234.

<sup>186</sup> Entgegen vereinzelt gebliebener Rechtsprechung, vgl. BayObLGZ 1991, 59 (64 f.) [s. aber auch BayObLGZ 1953, 195 (198)]. Wie hier *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 85.

<sup>187</sup> So überzeugend OLG München FamRZ 2015, 689 (691); *Cording* ZEV 2010, 23 (25).

<sup>188</sup> Umfassende Nachweise bei § 2.I.

als *lex specialis* erlauben würde.<sup>189</sup> Angesichts des gleichen Kerns der zivilrechtlichen Selbstbestimmungsfähigkeit<sup>190</sup> wäre eine „gespaltene Auslegung“ jedoch weder praktisch noch überzeugend. Man stelle sich vor, eine Person möchte zum gleichen Zeitpunkt ein Testament und beispielsweise eine transmortale Vorsorgevollmacht für den Erben errichten. Für den Rechtsanwender und die betroffene Person wäre es wohl kaum nachvollziehbar, warum die Geschäftsunfähigkeit als eine Eigenschaft der Person abstrakt und die Testierunfähigkeit als ein Mangel der rechtlichen Handlung konkret beurteilt werden würde. Das wird umso deutlicher, wenn man bedenkt, dass § 2275 BGB für die Fähigkeit zur Errichtung eines Erbvertrags auf die allgemeine Geschäftsfähigkeit abstellt. Im Interesse der Einheit der Rechtsordnung sollte die Handhabung parallel erfolgen, d.h. auch die Geschäftsfähigkeit ist meines Erachtens relativ zu verstehen.

Das besondere Problem, das die relative Geschäftsfähigkeit birgt, sei die Unvereinbarkeit mit den Vorschriften zum Zugang einer fremden Willenserklärung.<sup>191</sup> Für den Empfang einer Willenserklärung regeln nämlich die §§ 130 Abs. 1 S. 1, 131 Abs. 1 BGB, dass eine Willenserklärung dem *Geschäftsunfähigen* gegenüber nur wirksam wird, wenn sie dessen gesetzlichem Vertreter zugeht. Wenn die Geschäftsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB anhand des konkreten Rechtsgeschäfts beurteilt wird, müsse dies spiegelbildlich für den Zugang gelten, d.h. es wäre zu prüfen, ob der Erklärungsempfänger selbst geistig-willensmäßig befähigt ist, Auswirkungen und Tragweite der fremden Willenserklärung auf seine Rechtssphäre hinreichend zu erfassen. Im Falle einer negativen Beurteilung dahingehend müsste der Erklärende den Zugang seiner Erklärung beim gesetzlichen Vertreter bewirken; andernfalls ist und bleibt seine Willenserklärung unwirksam. Für den Erklärenden, so wird argumentiert, sei die Ungewissheit über die Wirksamkeit seiner Erklärung nicht hinnehmbar.<sup>192</sup>

Andererseits sprechen sich Einige auch für relative Geschäftsfähigkeit aus. Sie betonen zurecht, dass die Rechtssicherheit ein absolutes Verständnis keineswegs zwingend fordert, weil dieser Aspekt vielmehr nur einen Abwägungsfaktor im Auslegungsvorgang darstellt.<sup>193</sup> Die Argumentation zur Anerkennung relativer Testierfähigkeit<sup>194</sup> lässt sich weitgehend übertragen. Um ein Argument herauszugreifen, ist zu bemerken, dass auch das absolute Verständnis der Geschäftsfähigkeit hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale von § 104 Nr. 2 BGB nicht rechtssicher ist, sodass der Erklärende bei Abgabe seiner Willenserklärung an den geschäftsunfähigen Erklärungsempfänger ebenfalls nicht auf die Wirksamkeit vertrauen

<sup>189</sup> Vgl. allgemein *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 22 Rn. 771.

<sup>190</sup> Vgl. oben § 7.II.3.d).

<sup>191</sup> Siehe schon § 2.II.3.

<sup>192</sup> *Planck/Flad*, § 104 BGB Anm. II.4; *Staudinger/Knothe*, [2012] § 104 BGB Rn. 15; vgl. auch *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 276.

<sup>193</sup> *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 186 ff.; *Holzhauer*, Gutachten, B52 ff.; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (379 ff.); *MüKo/Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 55-59; *Neuner* AcP 216 (2016), 1 (26 f.); *Neuner*, AT, § 34 Rn. 7; *Leipold*, BGB I, § 11 Rn. 17.

<sup>194</sup> Vgl. § 8.

kann. Das liegt daran, dass die mit der Feststellung der Geschäftsunfähigkeit einhergehenden Probleme sowieso mehr auf tatsächlichen als auf rechtlichen Gründen beruhen.<sup>195</sup> Ein rechtssicheres Ergebnis lässt sich auch hier nur durch Anordnung rechtlicher Betreuung erreichen. Zwar berührt die Betreuung die natürliche Geschäftsfähigkeit des Betroffenen nicht, dem Erklärenden wird dadurch aber in der Person des Betreuers ein Adressat gegeben, bei dem der Zugang und folglich die Wirksamkeit der Willenserklärung unstrittig ist, solange dies vom Aufgabenkreis der Betreuung umfasst ist (vgl. §§ 1823, 164 Abs. 3 BGB). Nachdem aber die allgemeine Rechtsgeschäftslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwischen dauernder Geschäfts- und vorübergehender Erklärungsunfähigkeit unterscheidet (vgl. §§ 104 Nr. 2, 105 Abs. 2 BGB), kann die Geschäftsfähigkeit wohl – anders für die Testierfähigkeit befürwortet – nicht *de lege lata* im Wege der Auslegung, sondern nur *de lege ferenda* durch den Gesetzgeber anerkannt werden.<sup>196</sup>

### § 8. Partielle Testierfähigkeit

In Abgrenzung zur relativen Testierfähigkeit erfasst der Begriff der partiellen Testierfähigkeit „die Fälle, in denen der Erblasser die Bedeutung einer Testamentserrichtung nur zum Teil nicht erkennen kann.“<sup>197</sup> Charakteristisch für diese Sachverhalte ist, dass der Erblasser nur hinsichtlich bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten (Personen, Gegenstände) unfähig ist, einen freien, selbstbestimmten Willen zu bilden; abseits der singular gestörten Lebensbereiche ist ein freier Wille hingegen vorhanden.<sup>198</sup> Man spricht daher auch von gegenständlich beschränkter Testierfähigkeit.<sup>199</sup> Ein Beispiel, das im Zusammenhang einer sich nur partiell auswirkenden geistigen Insuffizienz vorgetragen wird, sind die als Geisteskrankheit im Sinne von § 2229 Abs. 4 BGB einzuordnenden Wahnvorstellungen<sup>200</sup> in Bezug auf Personen, die als gesetzliche Erben in Betracht kommen.<sup>201</sup>

In einem neueren Urteil des OLG München ging es beispielsweise um die Wirksamkeit der Enterbung des Sohnes durch den Erblasser, der wahnhaft die Vaterschaft leugnete, und darüber hinaus annahm, der Sohn trachte ihm nach dem Leben. Außerdem soll der Sohn das Auto der testamentarischen Erbin durch „schwarzmagische Kräfte“ manipuliert haben. In Wirklichkeit konnte eine Manipulation des Autos jedoch, wie auch die anderen Motive, nicht objektiv bestätigt werden. Der entscheidende Senat nahm Unwirksamkeit des Testaments an.

<sup>195</sup> So auch von der Rechtsprechung anerkannt, vgl. insbesondere BayObLGZ 1962, 219 (220); 1979, 256 (261); explizit zu § 104 Nr. 2 BGB vgl. RGZ 162, 223 (230); BayObLG RPfleger 1982, 286.

<sup>196</sup> Ebenso *Gebauer* AcP 153 (1954), 332 (343 ff.); anders und für die Möglichkeit, dieses Ergebnis im Wege der Auslegung *de lege lata* zu gewinnen, vgl. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 187 und *Holzauer*, Gutachten, B52.

<sup>197</sup> *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1665.

<sup>198</sup> Vgl. *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 16; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 13, 18.

<sup>199</sup> So etwa *BeckOGK/Grziwotz*, § 2229 BGB Rn. 5.

<sup>200</sup> Hierzu oben § 5.I.1. Fn. 87.

<sup>201</sup> Vgl. *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1665 ff.

Der Erblasser sei im Zeitpunkt der Testamentserrichtung krankheitsbedingt nicht in der Lage gewesen, den Abwägungsprozess des Für und Wider einer Enterbung in freiem Willen zu vollziehen, weil der Willensbildungsprozess nicht unbeeinflusst von wahnhaften Vorstellungen bezüglich seines Sohnes erfolgte.<sup>202</sup>

Testierunfähigkeit aufgrund einer partiellen geistigen Störung ist nach allgemeiner Meinung nur dann zu bejahen, wenn die letztwillige Verfügung den gestörten Lebensbereich (zumindest auch) betrifft. Wirkt sich die partielle Störung hingegen nicht in der konkreten Verfügung von Todes wegen aus, ist ein freier Wille vorhanden, der die Anerkennung des Testaments rechtfertigt.<sup>203</sup> In Literatur und Rechtsprechung ist hingegen umstritten, ob die anderen Teile der Verfügung, die sich nicht auf den gestörten Lebensbereich beziehen, hinsichtlich derer die partielle geistige Insuffizienz besteht, wirksam sein können oder ob dann Testierunfähigkeit hinsichtlich der gesamten Verfügung anzunehmen ist.<sup>204</sup> Wandelte man den eingangs beschriebenen Sachverhalt des OLG München dahingehend ab, dass die testamentarische Verfügung des Erblassers neben der auf wahnhaften Motiven beruhenden Enterbung des Sohnes eine weitere letztwillige Anordnung enthielte, die nicht in den durch die Wahnvorstellungen umgrenzten Lebensbereich einzuordnen sind, fragt sich, ob das Testament insgesamt nichtig ist.<sup>205</sup> Genauso wie zur relativen Testierfähigkeit beobachtet, trifft der Wortlaut von § 2229 Abs. 4 BGB keine eindeutige Aussage zur Behandlung dieser Fälle. Es hat sich allerdings eine auf ständiger Rechtsprechung aufbauende herrschende Meinung gebildet, die nachfolgend dargestellt wird.

## *I. Auslegung durch die herrschende Meinung*

### *1. Partielle Geschäftsfähigkeit, aber keine partielle Testierfähigkeit*

Während das frühe Schrifttum zur Entstehungszeit des BGB zur Verneinung einer nur auf bestimmte Bereiche beschränkten geistigen Erkrankung neigte, was auf die zeitgenössisch herrschend vertretene psychiatrische Theorie von der Einheit des Seelenlebens zurückzuführen war,<sup>206</sup> ist heute nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Meinung anerkannt, dass die Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2 BGB sich auf einen

<sup>202</sup> OLG München ErbR 2021, 870; ähnlich BayObLG FamRZ 2000, 701; 2005, 658; OLG Celle FamRZ 2003, 1700.

<sup>203</sup> BayObLG NJW 1992, 248 f.; OLG Frankfurt a.M. FGPrax 2017, 273 (275) mwN („Hinzu kommen muss für die Bejahung einer Testierunfähigkeit dann aber weiterhin, da eine von Wahnvorstellungen besessene Person in Bereichen, die mit diesen Wahnvorstellungen nicht zusammenhängen, durchaus normal und vernünftig handeln und denken kann, dass sich die Wahnvorstellungen inhaltlich auf Themen beziehen, die für die Willensbildung in Bezug auf die Testamentserrichtung relevant sind“). Vgl. auch Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 16.

<sup>204</sup> Statt aller vgl. MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 25.

<sup>205</sup> Vgl. Muscheler, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1666 mit Beispiel.

<sup>206</sup> Ausführlich Staudinger/Knothe, [2012] § 104 BGB Rn. 14; Gebauer AcP 153 (1954), 332 (343 ff.).

gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränken kann.<sup>207</sup> Von der Rechtsprechung wurde eine teilweise Geschäftsunfähigkeit vornehmlich bei themenbezogenen Wahnkrankheiten bejaht. So kann sich die Geschäftsunfähigkeit bei Querulantenwahn auf die Prozessfähigkeit, unter Umständen auch nur im Hinblick auf begrenzte Prozessbereiche auswirken.<sup>208</sup> Darüber hinaus kommt partielle Geschäftsunfähigkeit in Bezug auf Angelegenheiten einer Ehe oder eines Scheidungsrechtsstreits in Betracht, zum Beispiel bei krankhafter Eifersucht.<sup>209</sup> Spiegelbildlich, d.h. nicht als Ablehnung der Geschäftsfähigkeit auf einem abstrakt abgrenzbaren Gebiet gedacht, sind auch Fälle der partiellen Geschäftsfähigkeit anerkannt. Jüngst hat der BGH entschieden, dass „die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung zu bejahen sein [kann], wenn keine Zweifel bestehen, dass der Vollmachtgeber das Wesen seiner Erklärung begriffen hat und diese in Ausübung freier Willensentschließung abgibt, sollte auch seine Geschäftsfähigkeit im allgemeinen Rechtsverkehr nicht mehr gesichert sein.“<sup>210</sup> Außerdem kann eine partielle Geschäftsfähigkeit für die Eheschließung trotz erheblicher Zweifel an der Geschäftsfähigkeit im allgemeinen Rechtsverkehr gegeben sein.<sup>211</sup>

Mehrheitlich wird auch die Testierfähigkeit als eine auf die Angelegenheiten der Testamenterrichtung gegenständlich beschränkte Geschäftsfähigkeit verstanden.<sup>212</sup> Nach herrschender Meinung, die sich wesentlich auf ständige Rechtsprechung des BayObLG stützt, ist die Testierfähigkeit selbst einer weiteren Parzellierung aber nicht mehr zugänglich. Die Testierfähigkeit könne nur in vollem Umfang entweder gegeben oder ausgeschlossen sein; partielle Testierfähigkeit sei demnach abzulehnen.<sup>213</sup>

## 2. Rechtfertigung der divergierenden Auslegung

Das BayObLG hat indes zunächst partielle Testierunfähigkeit angenommen, wenn krankhafte Wahnvorstellungen (Eifersuchtswahn) eines Ehegatten, der sich von dem anderen Ehegatten hintergangen fühlt, zur Enterbung des anderen Ehegatten als gesetzlichen Erben durch

<sup>207</sup> BGH NJW 2021, 63 Rn. 20; 2000, 289 (290 f.); vgl. auch Grüneberg/*Ellenberger*, § 104 BGB Rn. 6; Staudinger/*Klumpp*, § 104 BGB Rn. 23, jeweils mwN.

<sup>208</sup> BGHZ 143, 122 = NJW 2000, 289; MüKo/*Spickhoff*, § 104 BGB Rn. 52 Fn. 52 f.

<sup>209</sup> BGHZ 18, 184 = NJW 1955, 1714 mwN.

<sup>210</sup> BGH NJW 2021, 63 Rn. 20; im Anschluss an OLG München NJW-RR 2009, 1599 (1602 f.).

<sup>211</sup> BayObLGZ 1996, 100 (102 ff.); vgl. auch BVerfG NJW 2003, 1382 (1383).

<sup>212</sup> Vgl. u.a. *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 64 f.; *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, S. 19 Fn. 85; *Spickhoff* AcP 208 (2008), 325 (382); *Weser* MittBayNot 1992, 161 (169); *Soergel/J. Mayer*, [2003] § 2229 BGB Rn. 12.

<sup>213</sup> BayObLGZ 1991, 59 = NJW 1992, 248 (249) und die Nachweise in der vorigen Fußnote. Vgl. außerdem *Burandt/Rojahn/Lauck*, § 2229 BGB Rn. 4; *Jauernig/Stürner*, § 2229 BGB Rn. 6; *Grüneberg/Weidlich*, § 2229 BGB Rn. 1; *NK-BGB/Kroiß*, § 2229 Rn. 2. – aA indes *Voit*, in: *Reimann/Bengel/Dietz*, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 16 (mwN auch zur hM); *MüKo/Sticherling*, § 2229 BGB Rn. 25; *Muscheler*, *Erbrecht* Bd. 1, Rn. 1665 ff.; *Christandl*, *Selbstbestimmtes Testieren*, S. 186 ff.; *Schröder*, *Grenzen der Testierfreiheit*, S. 289 ff.; *Erman/S./T. Kappler*, § 2229 BGB Rn. 7; *Staudinger/Baumann*, § 2229 BGB Rn. 18; nun auch *Soergel/Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 16; zumindest in seltenen Ausnahmefällen partielle Testierunfähigkeit erwägend *BeckOK/Litzenburger*, § 2229 BGB Rn. 5; und ebenso *Lange*, *Erbrecht*, § 11 Rn. 21.

Alleinerbeinsetzung eines Dritten führten.<sup>214</sup> Im Sachverhalt fühlte sich die Erblasserin von ihrem Ehemann hintergangen, jedoch war von Sachverständigen ein Eifersuchtswahn diagnostiziert worden, weshalb sie nicht in der Lage gewesen sei, wesentliche Teilaspekte ihrer Realität hinsichtlich ihrer Beziehung zum Ehemann richtig wahrzunehmen. Der Ehemann focht das Testament an, worin die Erblasserin ihre Nichte zur Alleinerbin eingesetzt hatte. Die daraufhin erfolgte Nichtigerklärung des Testaments hielt das BayObLG als Beschwerdegericht für rechtsfehlerfrei.

„Dabei ist es für die Testierfähigkeit als Sonderfall der allgemeinen Geschäftsfähigkeit möglich, dass sie wegen Vorliegens einer geistigen Störung für einen bestimmten gegenständlich abgegrenzten Lebensbereich gleichwohl ganz fehlen kann [...]. Das ist insbesondere für den Fall krankhafter Eifersucht im Bereich der Ehe anerkannt [...]. Nur wenn der von der Krankheit beeinträchtigte Überblick in einem bestimmten Lebensbereich in einem Testament nicht berührt würde, könnte insoweit auch die Testierfähigkeit gegeben sein. Im vorliegenden Fall wurde aber zugleich mit der Einsetzung der [Nichte] als Alleinerbin der Beteiligte zu 1, der als Ehegatte grundsätzlich gesetzlicher Erbe war (§ 1931 BGB), schlechthin von der Erbfolge ausgeschlossen. Der von den Sachverständigen angenommene Zusammenhang zwischen dem krankhaften Eifersuchtswahn und der Enterbung des Ehemanns ist sonach gegeben. [...] Es genügt die Feststellung, dass die Erblasserin auf Grund gesteigerten Eifersuchtswahns im Bereich ihrer Ehe an einer geistigen Störung litt, die ihre Testierunfähigkeit bei der Errichtung des ihren Ehemann enterbenden Testaments vom 17.3.1977 bewirkte.“<sup>215</sup>

Ob das BayObLG wirklich meinte, dass Teilnichtigkeit aufgrund einer sich nur partiell auswirkenden geistigen Störung bejaht werden dürfe, kann dieser Passage nicht zweifellos entnommen werden.<sup>216</sup> Eindeutiger wäre die Aussagekraft des Urteils, wenn die zur Enterbung führende Alleinerbeinsetzung nicht die einzige letztwillige Anordnung der Erblasserin gewesen wäre. Sicher lässt sich der Passage nur entnehmen, was allgemeine Meinung ist, dass die letztwillige Verfügung den gestörten Lebensbereich (zumindest auch) betreffen muss. Auch hielt das in Bayern letztinstanzlich zuständige Gericht die Anerkennung partieller Testierunfähigkeit nicht lange aufrecht, denn bereits 1991 kehrte es von der vorigen Rechtsprechung ab.

„Diese [Anm.: die Geschäftsfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB] kann sich auf einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Kreis von Angelegenheiten beschränken [...], somit auf einzelne oder mehrere Rechtsgeschäfte. Die Testierfähigkeit kann sich hingegen nur allgemein auf die Errichtung und Aufhebung von Testamenten beziehen, nicht auf einen bestimmten Teil oder eine bestimmte Art von Testamenten, insbesondere auch nicht auf Testamente mit einem bestimmten Inhalt. Der Gesetzgeber hat die Testierfähigkeit unabhängig von der Geschäftsfähigkeit geregelt, dabei auf alle Fälle krankhafter Störung der Geistestätigkeit, auf die Geistesschwäche und die Bewußtseinsstörung abgestellt sowie gefordert, daß der Testierende deshalb nicht in

<sup>214</sup> Vgl. BayObLG FamRZ 1985, 539.

<sup>215</sup> BayObLG FamRZ 1985, 539 f.

<sup>216</sup> Vgl. aber den amtlichen Leitsatz: „Krankhafte Wahnvorstellung (Eifersuchtswahn) eines Ehegatten, der sich von dem anderen Ehegatten hintergangen fühlt, können eine (partielle) Testierunfähigkeit zur Folge haben [...]“

der Lage gewesen sein dürfe, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln [...]. Diese Fähigkeit kann für ein Testament nur in vollem Umfang entweder gegeben oder ausgeschlossen sein. Wirken sich krankhafte Geistesstörungen nur in einzelnen Lebensbereichen aus, kann die Testierfähigkeit bei der Testamentserrichtung nur ganz, nicht aber teilweise (partiell) fehlen. Sollte der Senat in früheren Entscheidungen, nämlich im Beschluß vom 22. 10. 1984 (FamRZ 1985, 539) oder in dem Beschluß vom 27. 12. 1977 (BReg. 1 Z 126/77, S. 8) eine teilweise (partielle) Testierunfähigkeit für möglich gehalten haben [...], so wird hieran nicht festgehalten. Wird der Lebensbereich, in dem krankhafte Störungen der Geistestätigkeit auftreten, in dem Testament berührt [...], kann im Einzelfall die Testierfähigkeit ausgeschlossen sein, dann aber völlig. Dies hat der Senat im 1984 entschiedenen Fall bejaht, in dem von 1977 hingegen verneint. Ein Begriff der partiellen Testierunfähigkeit kann jedenfalls nur dahin verstanden werden, daß eine Geistesstörung, die sich lediglich auf einen bestimmten Lebensbereich auswirkt, zur Testierunfähigkeit führen kann. Diese darf dann aber nur bejaht werden, wenn die Voraussetzungen des § 2229 IV BGB in vollem Umfange erfüllt sind.<sup>217</sup>

Nach *J. Mayer* ist in dieser Auffassung auch kein Unterschied zwischen der Geschäfts- und der Testierfähigkeit zu sehen, weil der Begriff der partiellen Geschäftsunfähigkeit nicht eine (nur) partielle Störung der Geistestätigkeit meine, sondern man die Rechtsfolgen, dass sich die Störung nur sektoriell auf eine bestimmte Art von Geschäften auswirkt, betrachte. Insofern könne der ohnehin eng abgegrenzte Geschäftsbereich „Fähigkeit, ein Testament zu errichten“ nicht weiter eingeschränkt werden.<sup>218</sup> Von anderer Seite wird argumentiert, dass bei Anerkennung einer Teilunwirksamkeit unter teilweiser Aufrechterhaltung des Testaments der Wille des Erblassers im Ganzen verfälscht werde, weil infolgedessen ein anderes Ergebnis zustande käme, „als es der Erblasser bestimmt hätte, wenn er vollumfänglich testierfähig gewesen wäre.“<sup>219</sup>

## II. Kritische Auseinandersetzung

Als Eingriff in die Testierfreiheit ist die Ablehnung der Teilwirksamkeit rechtfertigungsbedürftig, umso mehr, wenn man bedenkt, dass dem Erklärenden die rechtliche Handlungsfähigkeit nach dem Regelungsziel der Testierfähigkeit (Sicherung der Selbstbestimmung) nur insoweit zu versagen ist, wie seine Unfähigkeit zur Bildung eines selbstbestimmten Willens reicht.<sup>220</sup> Angesichts der psychiatrischen Erkenntnis, dass die Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens teilweise beeinträchtigt sein kann, – ein Umstand, der von der ständigen Rechtsprechung zur Geschäftsfähigkeit auch berücksichtigt wird – ist der apodiktischen Haltung der herrschenden Meinung zur Testierfähigkeit nicht zu folgen.

<sup>217</sup> BayObLGZ 1991, 59 = NJW 1992, 248 (249).

<sup>218</sup> Vgl. Soergel/*J. Mayer*, [2003] § 2229 BGB Rn. 12 (aA nun Soergel/*Klingseis*, § 2229 BGB Rn. 16).

<sup>219</sup> *Von Morgen/Cording*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), *Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, § 5 Rn. 32.

<sup>220</sup> Gleichsinnig *Schröder*, *Grenzen der Testierfreiheit*, S. 289 ff.

Denn die letztwillige Verfügung als Rechtsgeschäft ist nicht zwingend als Einheit zu betrachten. Davon geht die herrschende Meinung bereits bei Anfechtung des Testaments aus. Nach § 2078 Abs. 1, Abs. 2 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, *soweit* sich der Erblasser bei der Errichtung geirrt hatte. Die Anfechtung erfasst nicht das gesamte Testament, sondern nur diejenigen Verfügungen, auf die sich der Anfechtungsgrund bezieht.<sup>221</sup> Ob die anderen Verfügungen wirksam bleiben, beurteilt sich unter Beachtung des Grundsatzes *favor testamenti* nach § 2085 BGB.<sup>222</sup> Die Wirkung der Anfechtung des Widerrufs eines Testaments, das Erbeinsetzungen und Vermächtnisse enthält, erstreckt sich nach Ansicht des BayObLG grundsätzlich nur auf die Verfügungen, deren Wiederherstellung dem Anfechtungsberechtigten unmittelbar zustattenkommt. Die Anfechtung seitens eines Vermächtnisnehmers mache daher den Widerruf der in dem Testament enthaltenen Erbeinsetzungen lediglich dann unwirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser das Testament in seiner Gesamtheit widerrufen hätte.<sup>223</sup> Auch den §§ 2161, 2195 BGB liegt die Wertung zugrunde, dass es sich im Verhältnis zwischen einem Vermächtnis bzw. einer Auflage und der beschwerten Zuwendung (dem Erbe) um selbständige Verfügungen handelt.<sup>224</sup>

Der Zweck der Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung, die im Erbrecht unter Umständen sowohl vom Erblasser (im Falle lebzeitiger Bindung) als auch von Dritten erklärt werden kann, zielt darauf ab, die Willensfreiheit des Erblassers zu schützen.<sup>225</sup> Weil die Vorschriften der Testierfähigkeit denselben Schutzzweck verwirklichen,<sup>226</sup> ist die Möglichkeit der Teilgültigkeit aufgrund partieller Testierfähigkeit ebenfalls anzuerkennen.<sup>227</sup> Das soll anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden.

*Beispielsfall 2.*<sup>228</sup> Erblasserin E lebte seit Jahren in der vollkommen unbegründeten Angst, ihr einziger Sohn wolle sie umbringen. Aufgrund der ihren Sohn betreffenden Wahnvorstellungen konnte sie bei Angelegenheiten,

---

<sup>221</sup> BGH NJW 1985, 2025 (2026): „Nach der Rechtsprechung des RG, der sich der Senat anschließt, ist im Rahmen des § 2078 I, II BGB nicht das Testament als solches, sondern es sind immer nur einzelne in ihm enthaltene letztwillige Verfügungen (RGZ 70, 391 (394)) anfechtbar; dabei geht die Anfechtbarkeit im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut des § 2078 BGB nur so weit, wie der Irrtum gereicht und auf den Inhalt der Erklärung eingewirkt hat (RGZ 70, 391 (395)). In diesem Zusammenhang tritt bei Vorliegen auch der Voraussetzungen der §§ 2081, 2082 BGB gem. § 142 I BGB im allgemeinen lediglich Teilnichtigkeit ein.“

<sup>222</sup> Vgl. MüKo/Leipold, § 2078 BGB Rn. 61.

<sup>223</sup> Vgl. BayObLGZ 1960, 490.

<sup>224</sup> Staudinger/Otte, § 2085 Rn. 7; vgl. auch BayObLG NJW-RR 1999, 946.

<sup>225</sup> BeckOGK/Harke, § 2078 BGB Rn. 7; *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1961 mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (Protokolle V, S. 64).

<sup>226</sup> Zwar auf einer vorgelagerten Stufe, denn ohne einen rechtlich aner kennenswerten freien Willen kommt auch die Anfechtung der Erklärung nicht in Betracht. Vgl. oben § 1 und § 5.I.1.a). Nachdrücklich auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1670.

<sup>227</sup> Mit gleichsinniger Argumentation *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 188 f.; *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 289 ff. Vgl. zum Schweizer Recht auch *Aebi-Müller* successio 2012, 4 (14 f. mit Fn. 92: „anerkannt ist die teilweise Ungültigerklärung im Übrigen auch bei Motivirrtum [...], wo sich die gesetzliche Ausgangslage identisch präsentiert wie bei der Testierunfähigkeit.“).

<sup>228</sup> Angelehnt an *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1666. Vgl. auch die Sachverhalte von BayObLGZ 1991, 59 = NJW 1992, 248; OLG München ErbR 2021, 870; BayObLG FamRZ 2000, 701; 2005, 658; OLG Celle FamRZ 2003, 1700.

*die eine Verbindung zu ihm aufweisen, keine rationalen Entscheidungen mehr treffen. In einem von ihr in diesem Zustand errichteten Testament enterbte sie den Sohn geleitet von den Wahnideen, entzog ihm auch den Pflichtteil (vgl. § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und setzte stattdessen ihre Nichte als Alleinerbin ein, die sie auch unabhängig von der Enterbung des Sohnes als ihr ‚Fleisch und Blut‘ schätzte und liebte. Außerdem war die Erblasserin interessierte Sammlerin von Pastellkunstwerken aus dem 18. Jahrhundert. Da sie die Gemälde nicht im Keller der Nichte verstauben sehen wollte, vermachte sie ihre Sammlung dem Münchener Pinakothek-Verein, damit dieser sich um die Erhaltung und Ausstellung ihrer liebsten Stücke kümmere.*

Nach eingangs dargestellter Meinung wäre das gesamte Testament nichtig. Mag die Erblasserin zwar in der Lage gewesen sein, die Bedeutung der Willenserklärung einzusehen, fehlte ihr dennoch aufgrund krankhafter Störung der Geistestätigkeit die Fähigkeit, sich ein von den Wahnvorstellungen unbeeinflusstes Urteil über die Rechtsnachfolge zu bilden.<sup>229</sup> Zudem betrifft die letztwillige Verfügung den gestörten Lebensbereich, weil zumindest die Enterbung des Sohnes nicht auf freiem Willen der Erblasserin beruht.

Richtigerweise sollten nur diejenigen Verfügungen nichtig sein, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Lebensbereich stehen, aus dem die krankhaften Störungen entspringen, da sich insoweit der ungenügend gebildete Wille nicht isolieren lässt. Andererseits sind die weiteren Teile der letztwilligen Verfügung, die nicht in unmittelbarer Wechselwirkung zum gestörten Willen und mithin Ausdruck freier Willensbestimmung sind, von der Nichtigkeitsfolge auszunehmen.<sup>230</sup> Im Beispiel wäre folglich jedenfalls die Enterbung (und der Entzug des Pflichtteils<sup>231</sup>) nichtig. Ob der Sohn aufgrund gesetzlicher Erbfolge als Erbe berufen ist, würde sich anschließend danach beurteilen, ob die Alleinerbeinsetzung der Nichte ebenfalls unwirksam ist. Fraglich ist daher, ob dieser Teil in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Lebensbereich steht, aus dem die krankhaften Störungen entspringen. Das ist zu bejahen, weil die Erblasserin zugleich mit der Einsetzung der Nichte als Alleinerbin ihren Sohn von der Erbfolge ausgeschlossen hat. Mag zwar die Motivbildung im Hinblick auf die Nichte selbst nicht gestört gewesen sein, so lässt sich ihr Motiv allerdings nicht aus dem Zusammenhang mit der Wahnvorstellung hinsichtlich des Sohnes isolieren.<sup>232</sup> Anders aber ist hinsichtlich der Wirksamkeit des Vermächtnisses zu entscheiden. Weil die dahingehende Willensbildungsfähigkeit der Erblasserin den gestörten Lebensbereich nicht direkt betrifft, jedenfalls ist keine unmittelbare Wechselwirkung festzustellen, ist das Vermächtnis als wirksam zu behandeln. Beschwert wäre nach Anerkennung der

<sup>229</sup> Vgl. BayObLGZ 1999, 205 (210 f.); 2001, 289 (294 f.); Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 19h.

<sup>230</sup> So überzeugend Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2229 BGB Rn. 16; MüKo/Sticherling, § 2229 BGB Rn. 25; Muscheler, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1665 ff.; Christandl, Selbstbestimmtes Testieren, S. 186 ff.; Schröder, Grenzen der Testierfreiheit, S. 289 ff.; Erman/S./T. Kappler, § 2229 BGB Rn. 7; Staudinger/Baumann, § 2229 BGB Rn. 18; nun auch Soergel/Klingseis, § 2229 BGB Rn. 16; zumindest in seltenen Ausnahmefällen partielle Testierunfähigkeit erwägend BeckOK/Litzenburger, § 2229 BGB Rn. 5; und Lange, Erbrecht, § 11 Rn. 21.

<sup>231</sup> Dieser ist ohnehin nicht wirksam, da § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB tatbestandlich voraussetzt, dass der Pflichtteilsberechtigte ernsthaft den Willen betätigt, den Tod einer geschützten Person herbeizuführen. Die subjektive Vorstellung der Erblasserin genügt nicht, vgl. zum Ganzen MüKo/Lange, § 2333 BGB Rn. 21.

<sup>232</sup> So hat im Übrigen das BayObLG (FamRZ 1985, 539 f.) zutreffend in einem ähnlichen Fall entschieden.

Teilwirksamkeit nicht die als Alleinerbin eingesetzte Nichte, sondern der Sohn als gesetzlicher Alleinerbe.

Wie *Christandl* nachdrücklich betont, muss, „[w]er Selbstbestimmung als Geltungsgrundlage des Testaments ernst nimmt, [...] jene Verfügungen anerkennen, die sich auf einen selbstbestimmt geäußerten Willen stützen können.“<sup>233</sup> Soweit sich aus den Besonderheiten einer bestimmten geistigen Krankheit ergibt, dass die Unfähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung sich nur in Bezug auf einen gegenständlich abgrenzbaren Lebensbereich äußert und andere Teile der letztwilligen Verfügung sich von diesem Lebensbereich isolieren lassen, sollten diese Teile in Anerkennung eines teilweisen freien Willens gültig sein. Die von der herrschenden Meinung praktizierte Alles-oder-Nichts-Lösung ist zu unflexibel und mit der Testierfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nicht vereinbar.<sup>234</sup>

Wenn von der Gegenmeinung vorgetragen wird, dass sich schwer beweisen ließe, ob eine geistige Störung sich nur partiell auswirke,<sup>235</sup> stellt das kein überzeugendes Argument gegen die Anerkennung von Teilwirksamkeit dar. Die durch die Besonderheiten der posthumen Begutachtung ausgelöste Rechtsunsicherheit kann nicht durch eine restriktive Auslegung mit den Schutzinteressen des Erblassers oder Dritter – deren Interessen überhaupt nicht schutzwürdig sind – begründet werden.<sup>236</sup> An dieser Stelle bleibt zu betonen, dass sich das Interesse nach Rechtssicherheit (auch für den Erblasser selbst) am besten durch ein konstitutives Verfahren mit lebzeitiger Begutachtung verwirklichen ließe, und dass in Ermangelung eines rechtssicheren Verfahrens bei Beweisnot zugunsten der Wirksamkeit des Testaments entschieden werden muss. Das gilt folgerichtig auch für die weiteren Teile einer letztwilligen Verfügung, wenn Testierunfähigkeit nur für einen abgrenzbaren Lebensbereich sicher bewiesen werden kann, aber nicht darüber hinaus für alle vom Testament berührten Lebensbereiche, die sich gedanklich von der gestörten Verfügung isolieren ließen.

---

<sup>233</sup> *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 216.

<sup>234</sup> Ebenso *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 292; vgl. auch *Muscheler*, Erbrecht Bd. 1, Rn. 1669 („Zu beachten bleibt in unserem Zusammenhang ferner, dass partielle Geschäftsunfähigkeit jedenfalls bei § 1304 anerkannt werden muss, und zwar wegen des Grundrechts der positiven Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG). Dann muss dasselbe wegen des hier tangierten Grundrechts der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) auch im Rahmen des § 2229 Abs. 4 BGB gelten.“).

<sup>235</sup> Im Zusammenhang von neben einer demenziellen Erkrankung auftretenden Wahnvorstellungen etwa *Wetterling/Neubauer/Neubauer* ZEV 1995, 46 (50); *Wetterling*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 38.

<sup>236</sup> Zu diesem Aspekt ausführlich § 1.III. und nochmals im Rahmen der relativen Testierfähigkeit oben § 7.II.3. und § 7.II.4.

## § 9. Zwischenergebnis: Anerkennung relativer und partieller Testierfähigkeit

### I. *Zusammenspiel aus relativer und partieller Testierfähigkeit*

In den nachfolgenden Erörterungen soll dargestellt werden, mit welchen Folgen die Anerkennung der Teilfähigkeiten rechtspraktisch einhergeht. Vom Schrifttum noch weitgehend vernachlässigt, auch von denjenigen, die sich für relative und partielle Testierfähigkeit aussprechen, ist die Rechtsfrage, ob ein Nebeneinander von relativer Beurteilung und gegenständlich beschränkter Teilwirksamkeit möglich und sinnvoll ist. Soweit ersichtlich, hat nur *Holzhauer* sich in seinem Gutachten für den 57. Deutschen Juristentag hiermit befasst. Seiner Meinung nach führe die heute anerkannte herrschende Auffassung gegenständlich beschränkter Geschäftsfähigkeit<sup>237</sup> häufig zum gleichen Ergebnis, indes sei die relative Auslegung „sachgerechter als die Definition zusätzlicher Teilbereiche, auf die sich eine Störung soll beschränken können“, weil hierdurch, anders als mit Hilfe der Vorstellung unterschiedlicher geistiger Gegenstandsbereiche, „dem mehr oder minder krankhaften Zustand des Erklärenden und der größeren oder geringeren Kompliziertheit des Rechtsgeschäfts“ Rechnung getragen werden könne.<sup>238</sup> Richtigerweise kann gegenständlich beschränkte Testierfähigkeit nicht mit relativer Testierfähigkeit gleichgesetzt werden.<sup>239</sup> Bei dogmatischer Betrachtung wurde die Lehre von der Teilgeschäftsfähigkeit vor dem Hintergrund einer sachlich-absoluten Auslegung entwickelt. Daher sei die Geschäfts-/ Testierunfähigkeit trotzdem keine „Qualifikation der einzelnen Willenserklärung, sondern eine solche des Erblassers“.<sup>240</sup> Indessen bevorzugt die relative Auffassung das Verständnis, wonach die Geschäfts-/ Testierunfähigkeit als Fehler der Willensbildung hinsichtlich einer konkreten einzelnen Willenserklärung einzuordnen ist.<sup>241</sup> In Anbetracht dessen meint *Holzhauer*, dass die Anerkennung gegenständlich beschränkter Wirksamkeit vollständig in der Anwendung des relativen Verständnisses aufgehe.

„Die materiellen Vorteile der relativen Auffassung der natürlichen Geschäfts(un)fähigkeit liegen einmal darin, daß die immer noch problematische Annahme einer partielle Geistesstörung und die darauf aufbauende Lehre von der partiellen Geschäftsunfähigkeit entbehrlich wird. Diese Annahme bedeutet bereits eine gewisse Annäherung der den Gegenstand der Beurteilung bildenden Willenserklärung an den Geisteszustand des Erklärenden. Sie ginge daher völlig auf in eine Auffassung, wonach es darauf ankommt, daß sich die Geistesstörung auf das getätigte Rechtsgeschäft ausgewirkt hat.“<sup>242</sup>

---

<sup>237</sup> *Holzhauers* Erwägungen betreffen nur die Auslegung von § 104 Nr. 2 BGB. Sie können entsprechend auf die Testierfähigkeit übertragen werden, wenn man – wie hier vertreten – partielle Testierfähigkeit und relative Testierfähigkeit bejaht.

<sup>238</sup> *Holzhauer*, Gutachten, B53.

<sup>239</sup> Ebenso *Holzhauer*, Gutachten, B54.

<sup>240</sup> Vgl. OGHBrZ NJW 1949, 544 (545).

<sup>241</sup> Vgl. *Holzhauer*, Gutachten, B54.

<sup>242</sup> *Holzhauer*, Gutachten, B54.

Davon geht ebenfalls *Binder* in seinen Darlegungen zur Urteilsfähigkeit nach Schweizer Recht aus.

„Sowohl die temporären Schwankungen der Urteilsfähigkeit wie die partielle Urteilsunfähigkeit stellen keine neuen prinzipiellen Probleme, wenn man sich strikt an die Lehre von der Relativität der Urteilsfähigkeit hält und deshalb jede einzelne kritische Rechtshandlung und die zu dieser Zeit vorhandene subjektive Besinnungsfähigkeit besonders ‚in das Rampenlicht rückt‘ (Gebauer, S. 343). Dabei werden dann eben bei verschiedenen Handlungen zeitliche und partielle Unterschiede der Fähigkeit zur Besinnung festgestellt und entsprechend bei jeder einzelnen Tat ausgewertet; Schwierigkeiten können nur bei der individuellen Beurteilung des Einzelfalles entstehen. In Deutschland jedoch, wo eine psychische Störung höheren Grades *sämtliche* in diesem Zustande vollzogenen Rechtshandlungen ohne weiteres, also ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles der Nichtigkeit preisgibt [...], bereitet die rechtliche Behandlung einer nur *partiellen* psychischen Störung erhebliche prinzipielle Schwierigkeiten.“<sup>243</sup>

Also können partielle geistige Störungen angemessen berücksichtigt werden, wenn man eine relative, auf das konkrete Rechtsgeschäft bezogene Beurteilung vornimmt. Die Rechtsfigur der partiellen Testierfähigkeit würde dadurch obsolet werden. Eine andere Frage jedoch ist, ob ein Testament bei Zugrundelegung der Relativität ebenfalls teilgültig sein kann. Anerkennt man, dass ein Testament zugleich aus mehr oder weniger komplexen letztwilligen Anordnungen zusammengesetzt sein kann, fragt sich, ob diejenigen Anordnungen, bei denen der Erblasser über die notwendige Einsichts- und Handlungsfähigkeit verfügt hat, wirksam sind, auch wenn seine Testierfähigkeit nicht für alle Verfügungen vorliegt. Sollte eine Teilungültigkeit, die nur auf den zu komplexen Teil beschränkt ist, angenommen werden oder sollte das Testament insgesamt nichtig sein, wenn der Erblasser auch nur einen Teil verstandesmäßig nicht hinreichend erfassen und verarbeiten kann?<sup>244</sup> Hierbei darf die Ansicht von der Relativität wiederum nicht auf eine Betrachtung der Komplexität reduziert werden. Die Relativität stellt nämlich stets die Verbindung von der Beurteilung des freien Willens mit dem konkreten Rechtsgeschäft her. Bei konsequenter Beurteilung nach diesem Maßstab käme man im Beispielsfall 2 ebenso zu der Schlussfolgerung, dass die geistige Störung sich nur hinsichtlich eines Teils des Testaments in bestimmender Weise auswirkt, während die nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Teile als wirksam zu betrachten sind. Im Ergebnis ist Teil(un)gültigkeit dementsprechend bei relativer Beurteilung der Testierfähigkeit anzuerkennen.

---

<sup>243</sup> *Binder*, Urteilsfähigkeit, S. 66 f.

<sup>244</sup> Diese Frage wirft *Aebi-Müller* für das Schweizer Recht auf. Sie nimmt Teilungültigkeit an, vgl. *dies. successio* 2012, 4 (14 f.).

## II. Das Selbstbestimmungsrecht sichernde und fördernde Konzepte

In der Literatur werden neben der Relativität weitere Konzepte dargestellt und diskutiert, anhand derer die Testierfreiheit besser auf die tatsächlichen Gegebenheiten nachlassender Selbstbestimmungsfähigkeit abgestimmt werden soll. Vorgeschlagen werden feste Altersgrenzen der Testierfähigkeit, die Umkehr der Beweislast für das positive Vorliegen der Testierfähigkeit oder die Sicherung der Testierfähigkeit durch ein Beurkundungsverfahren.<sup>245</sup>

### 1. Altersgrenzen und Beweislastumkehr

Sowohl dem Verlangen nach (festen oder flexiblen) Altersgrenzen der Testierfähigkeit als auch dem Verlangen nach einer Beweislastumkehr für hochbetagte Erblasser liegt der Aspekt der Rechtssicherheit zugrunde. Beide Konzepte sollen es jeweils erleichtern, die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung festzustellen. Im Folgenden sollen diese Konzepte anhand der grundrechtlichen Bedeutung der Testierfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG auf ihre Tauglichkeit und Verhältnismäßigkeit untersucht werden.

#### a) Altersgrenzen im Sinne einer spiegelbildlichen Testierunmündigkeit

Eine Altersgrenze der Testierfähigkeit würde – *de lege ferenda* – so funktionieren wie eine spiegelbildliche Umkehr der von § 2229 Abs. 1 BGB erfassten Testiermündigkeit. Während diese das formale Eingangskriterium zur Ausübung der Selbstbestimmung regelt,<sup>246</sup> würde die Verankerung einer Altersgrenze, vorgeschlagen werden Grenzen jenseits von 70 Jahren,<sup>247</sup> die Testierfähigkeit eines dieser Personengruppe unterstehenden Erblassers normativ, d.h. unabhängig von dessen tatsächlichem Geisteszustand, ausschließen.

Ursprünglich entstammt die Idee dieses Vorschlags nicht dem deutschen Recht.<sup>248</sup> Auch fällt das Meinungsbild um eine starre Altersgrenze deutlich ablehnend aus.<sup>249</sup> Eine derartige Regelung würde das grundgesetzlich vorgegebene Selbstbestimmungsrecht in ihr Gegenteil verkehren und zu einer unverhältnismäßigen Benachteiligung älterer Menschen führen.<sup>250</sup> Der wesentliche Unterschied zur Testiermündigkeit nach § 2229 Abs. 1 BGB ist folgender: Während zweifellos jede Person von der Geburt an bis zum Erwerb der ausreichenden geistigen Fähigkeiten herangezogen werden muss, verneint die Altersgrenze das grundsätzliche, mit Vollendung der Erziehung zum Rechtsverkehr vorauszusetzende Selbstbestimmungsrecht, wobei jedoch nicht einmal die Hälfte aller der Personengruppe

<sup>245</sup> Siehe die konzise Zusammenstellung von *Fries* AcP 216 (2016), 422 (440 ff.).

<sup>246</sup> Vgl. oben § 3.

<sup>247</sup> Vgl. *Fries* AcP 216 (2016), 422 (441).

<sup>248</sup> *Sonnekus*, Freedom of Testation and the Ageing Testator, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Exploring the Law of Succession, S. 88 ff.

<sup>249</sup> *Fries* AcP 216 (2016), 422 (441); *Röthel*, Gutachten, A84 f.; *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1042).

<sup>250</sup> Näher *Fries* AcP 216 (2016), 422 (441) zur grundrechtlichen Rechtfertigungsbedürftigkeit.

unterfallenden Personen tatsächlich dement sind bzw. ihre Testierfähigkeit tatsächlich nachlässt.<sup>251</sup> Man würde demnach auch denjenigen Personen die Testierfreiheit nehmen, die selbst in hohem Alter noch zur Bildung eines freien Willens ohne Weiteres in der Lage sind.

*b) Beweislastumkehr ab Vollendung einer bestimmten Altersgrenze*

Andererseits könnte man die Beweislast ab Vollendung einer bestimmten Altersgrenze umkehren. Dann wäre im Falle eines *non liquet* nicht wie bislang gemäß § 2229 Abs. 4 BGB von Testierfähigkeit und Wirksamkeit des Testaments, sondern umgekehrt von Testierunfähigkeit und demnach Unwirksamkeit des Testaments auszugehen. Gleichwohl stellt die Beweislastumkehr einen weniger schweren Eingriff in die Testierfreiheit der betroffenen Personengruppe dar, weil sie anders als starre Altersgrenzen durch positiven Beweis überwunden werden kann. Freilich obliegt dieser Beweis nicht mehr dem Erblasser; ein lebzeitiges Verfahren zur Feststellung der Testierfähigkeit stellt das deutsche Recht, wie gesehen, nicht bereit.<sup>252</sup> Es wären vielmehr diejenigen Personen, die Rechte aus der Wirksamkeit eines nach Überschreiten der Altersgrenze errichteten/geänderten/widerrufenen Testaments für sich geltend machen wollen, mit der Obliegenheit belastet, die Abwesenheit von Umständen zu beweisen, die nach derzeitiger Rechtslage zum Ausschluss der Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) führen.<sup>253</sup>

Auch dieser Vorschlag wird von der überwiegenden Literatur zurecht abgelehnt.<sup>254</sup> Die vorgebrachten Argumente sind bereits bekannt. Erstens, entspricht die Vermutung der Selbstbestimmungsunfähigkeit nicht dem Leitbild des mündigen Menschen.<sup>255</sup> Der Gesetzgeber hat davon auszugehen, dass der Mensch in der Lage ist, eigenverantwortlich und selbstbestimmt zu handeln. Die Testierunfähigkeit muss daher negativ bestimmt werden und für Ausnahmefälle vorbehalten sein.<sup>256</sup> Zweitens, gilt das auch für hochbetagte Erblasser, wobei wiederum darauf hinzuweisen ist, dass die Testierfähigkeit der ganz überwiegenden Mehrheit an Testatoren nie ernsthaften Zweifeln begegnet.<sup>257</sup> Und schließlich birgt der Vorschlag die Gefahr, wie *Fries* überzeugend anführt, erhebliche Transaktionskosten zu verursachen. Denn ein betagter Erblasser könnte sich trotz seiner selbst empfundenen geistigen Klarheit nicht mehr sicher sein, dass dies auch so bewiesen würde, ohne dass bereits bei Errichtung/Änderung/Widerruf des Testaments ein Gutachten hierüber erstattet worden

<sup>251</sup> *Röthel*, Gutachten, A84 f.

<sup>252</sup> Dazu oben § 5.III.1.

<sup>253</sup> *Sonnekus*, Freedom of Testation and the Ageing Testator, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Exploring the Law of Succession, S. 90: „A provision which stated that ‘it is presumed that a testator who is 70 years or older is no longer capable of appreciating the nature and effect of his act unless otherwise proven’ would shift the burden of proof to those interested parties who want to rely on the suspicious will.”

<sup>254</sup> Vgl. u.a. *Fries* AcP 216 (2016), 422 (441); *Kroppenberg*, in: FS Bengel/Reimann, S. 213; *Röthel*, Gutachten, A84 f.; *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 397; auch *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 154 ff.; NK-BGB/Kunz/Baldus, § 104 Rn. 52. Eine Beweislastumkehr für Demenzkranke befürwortet *Krispenz* ErbR 2015, 525.

<sup>255</sup> NK-BGB/Kunz/Baldus, § 104 Rn. 52 [zur Geschäftsfähigkeit].

<sup>256</sup> Vgl. *Lange*, Erbrecht, § 11 Rn. 1 ff. und Rn. 16 ff.

<sup>257</sup> Zutreffend *Röthel*, Gutachten, A84 f.

ist. Der Transaktionsaufwand seinerseits würde eine Hürde darstellen, wodurch die Testierfreiheit zu stark eingeschränkt wäre.<sup>258</sup>

Im Ergebnis kann das abstrakte Anknüpfen an Altersgrenzen nicht überzeugen und dahingehende Vorschläge werden zurecht abgelehnt. Vorzugswürdig ist es, durch gesetzgeberische Maßnahmen der Rechtsfürsorge auf Situationen nachlassender Testierfähigkeit zu reagieren und die Handlungsfähigkeit des Betroffenen zu fördern anstelle sie einzuschränken.

## 2. Beurkundungserfordernis: Beschränkung der ordentlichen Testierform für Betreute

Ein Vorschlag, der schon in den 1980er Jahren im Zusammenhang mit der Betreuungsrechtsreform<sup>259</sup> diskutiert worden ist, ist die Beschränkung der Formfreiheit auf die Errichtung eines öffentlichen Testaments. Obwohl der Gesetzgeber sich explizit dagegen ausgesprochen hat,<sup>260</sup> werden die Vorzüge dieses Vorschlags hier erneut aufgegriffen, weil die Verknüpfung aus relativem Verständnis und Beschränkung der Testierform eine angemessene Lösung der dargestellten tatsächlichen Probleme bereitstellt.

Angelehnt an § 2233 Abs. 1 BGB, wonach ein minderjähriger, testiermündiger Erblasser ein Testament nur durch Erklärung gegenüber dem Notar oder durch Übergabe einer offenen Schrift errichten kann, wird vorgeschlagen eine ähnliche Formvorschrift für „vulnerable Erblasser“ einzuführen.<sup>261</sup> Ein Vorbild fanden die Vertreter im österreichischen Erbrecht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Gemäß § 568 ABGB in der Fassung bis zum 31.12.2016 konnte eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren, sofern dies im Einzelfall durch das PflEGschaftsgericht angeordnet worden ist.<sup>262</sup> In seiner ursprünglichen Fassung vom 1.7.1984 wurde die Formenwahlfreiheit unter Sachwalterschaft stehender Personen noch generell auf das öffentliche Testament beschränkt, dies allerdings im Jahr 2004 durch eine flexiblere Einzelfallregelung ersetzt.<sup>263</sup>

Der Normzweck einer derartigen Beschränkung wird vielfach in ihrer Schutzfunktion gedeutet. Das Beurkundungserfordernis gewährleistet eine fachkundige erbrechtliche Beratung durch einen neutralen Dritten in der Person des Notars als staatliches Organ und beugt dadurch der Gefahr der Formnichtigkeit und Willensbeeinflussung vor.<sup>264</sup> Gelegentlich

<sup>258</sup> So *Fries* AcP 216 (2016), 422 (447).

<sup>259</sup> Zur Reform oben § 4.

<sup>260</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 66.

<sup>261</sup> Für einen Überblick aktueller Vorschläge siehe *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 145 ff. und *Fries* AcP 216 (2016), 422 (448 f.).

<sup>262</sup> Zur Gesetzeshistorie *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 243-246.

<sup>263</sup> Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 742 BlgNR XV. GP, S. 21; Erläuterungen zur Regierungsvorlage 471 BlgNR XXII. GP, S. 11.

<sup>264</sup> *Staudinger/Baumann*, § 2233 BGB Rn. 8; *BeckOGK/Grziwotz*, § 2233 BGB Rn. 2: Schutz durch Verfahren.

wird zwar kritisiert, dass notarielle Testamente häufig schwierige rechtliche Klauseln enthalten, auf die der Erblasser von sich aus nicht gekommen wäre, deren Funktionieren er und unter Umständen auch die Urkundsperson nicht voll überschaut hat, und infolgedessen gerade die öffentlichen Testamente vermehrt zu Rechtsstreitigkeiten führen.<sup>265</sup> Dem ist wohl zuzustimmen. Darum geht es in diesem Zusammenhang allerdings nicht, denn gestritten wird um rechtliche Auslegungsfragen; durch das Beurkundungserfordernis soll aber die Tatsachenfrage vorgreifend gesichert werden. Wie der österreichische Gesetzgeber zurecht herausstellte, soll das Beurkundungserfordernis die Forderung nach Rechtssicherheit berücksichtigen, weil sich nach dem Tod des Testators nur schwer beweisen lässt, dass die letztwillige Verfügung im Zustand der Testierunfähigkeit getroffen worden ist.<sup>266</sup>

Die Vorzüge des öffentlichen Testaments sind mithin darin zu sehen, dass der Notar gem. § 17 Abs. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt aufzuklären, den Testator über die rechtlichen Auswirkungen zu belehren und dessen Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben hat. Außerdem hat der Notar das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass eine Fremdbeeinflussung des Willens durch einen Dritten ausgeschlossen ist (vgl. § 17 Abs. 2a BeurkG).<sup>267</sup> Ebenso wichtig ist die, an vorangehender Stelle angesprochene, aus §§ 11, 28 BeurkG folgende Dokumentationspflicht des Notars.<sup>268</sup> Sie hat eine wichtige Beweissicherungsfunktion im Hinblick auf ein mögliches Bestreiten der Testierfähigkeit nach dem Tod des Erblassers.<sup>269</sup> Gemäß § 28 BeurkG soll der Notar nämlich unabhängig von Zweifeln an der Testier- oder Geschäftsfähigkeit bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen seine Wahrnehmungen in die Niederschrift, d.h. in die Urkunde, aufnehmen. Ist er sogar von der Testier- oder Geschäftsfähigkeit überzeugt, soll er die Beurkundung ablehnen, § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Vor dem Hintergrund des Urkundsgewährungsanspruchs sollte die Ablehnung ohnehin nur sehr restriktiv gebraucht und in Zweifelsfällen mehr Gewicht auf eine gründliche Dokumentation gelegt werden. Eine sachverständige Einschätzung des geistigen Zustands wird vom Notar keineswegs gefordert, aber die Dokumentationspflicht soll gewährleisten, dass ein unabhängiger Dritter dem Gericht Tatsachenmaterial zur Verfügung stellen kann, auf das sich die Entscheidung stützen kann.<sup>270</sup>

<sup>265</sup> Vgl. nur *Otte*, in: Schmoeckel/Otte (Hrsg.), Europäische Testamentsformen, S. 43.

<sup>266</sup> Erläuterungen zur Regierungsvorlage 742 BlgNR XV. GP, S. 21

<sup>267</sup> Zum Schutz vor Fremdbeeinflussung durch Form ausführlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 256 ff. Er übt zwar Kritik an der rechtstatsächlichen Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens (vgl. S. 264 ff.), stellt allerdings abschließend eine Handreichung mit Richtlinien zur Seite, wodurch das Beurkundungsverfahren sehr wohl den Schutzzweck erfüllen kann (vgl. S. 280 f.; S. 390 ff.).

<sup>268</sup> Oben § 5.III.2.

<sup>269</sup> *Bengel*, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 28 BeurkG Rn. 1; *Lichtenwimmer*, in: Schmoeckel (Hrsg.), Demenz und Recht, S. 46.

<sup>270</sup> Vgl. *G. Müller* DNotZ 2006, 325 (326 f.); *Zimmermann* BWNNotZ 2000, 97 (100).

Verknüpft mit der vorzugswürdigen Anerkennung der Relativität der Testierfähigkeit hieße das, dass der Notar die in seinem Gespräch mit dem Beteiligten<sup>271</sup> gewonnenen Erkenntnisse über den geistigen Zustand des Erblassers im Hinblick auf den konkreten Inhalt der letztwilligen Verfügung festzustellen hat. Wird die Dokumentationspflicht konsequent von den Notaren erfüllt, stellt das ein besonders wichtiges und zuverlässiges Beweismittel für das Gericht dar. Wer könnte besser *wahrnehmen*, ob der Erblasser im Rahmen des Beurkundungshauptverfahrens in der Lage war, die konkreten Anordnungen zu verstehen, als die Urkundsperson. Bei Zweifeln wird unter Umständen auch bereits ein medizinisches Gutachten eingeholt werden, um noch mehr Sicherheit zu erlangen. Das setzt gewiss voraus, dass die Dokumentation der Wahrnehmungen in problematischen Fällen so konkret, anschaulich und ausführlich wie möglich erfolgt und pauschale Formulierungen vermieden werden sollten.<sup>272</sup> Hat der Notar Zweifel an der erforderlichen Geschäfts-/ Testierfähigkeit, muss er die ihm zugänglichen und zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nach seinem Ermessen ausschöpfen.<sup>273</sup> Zweifel können sich etwa daraus ergeben, dass der Betroffene zeitlich und örtlich nicht mehr orientiert ist, wenn er die Auswirkungen seiner Entscheidung nicht mehr erkennen kann oder die intellektuelle Fähigkeit, der Beurkundung in wesentlichen Zügen zu folgen, nicht mehr gegeben ist.<sup>274</sup> Das teils auftretende „Fassadenproblem“ kann durch gezielte Fragen aufgedeckt werden.<sup>275</sup>

Die Beschränkung der Formenwahlfreiheit ist als Inhalts- und Schrankenbestimmung ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Testierfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings bereits geurteilt, dass der Gesetzgeber zur Konkretisierung des Prinzips der Testierfreiheit Vorschriften über die zulässigen Testamentsformen und über die Anforderungen an die Testierfähigkeit zu erlassen hat und es seiner Wahl überlassen bleibt, ob er die Fälle mangelnder Selbstbestimmungsfähigkeit unmittelbar durch Vorschriften über die Testierfähigkeit oder mittelbar durch die Einführung zwingender Formvorschriften regelt, wobei er für unterschiedliche Situationen und Personengruppen je eigene Testamentsformen schaffen darf.<sup>276</sup> In diesem Sinne werden die aus Beweisnot resultierenden tatsächlichen Probleme nach hier vertretenem Vorschlag nicht durch eine unmittelbare Beschränkung der Testierfähigkeit, sondern mittelbar durch Formvorschriften gelöst. Der damit, auch im Interesse der Rechtssicherheit, bezweckte

---

<sup>271</sup> Das Gespräch wird für die Urkundsperson regelmäßig das wichtigste Erkenntnismittel darstellen, vgl. oben § 5.III.2.

<sup>272</sup> Vgl. *Cording* ZEV 2010, 23 (27); *Huber/Schmieder/Dengler* BWNotZ 2012, 150 (153); *Lichtenwimmer* MittBayNot 2002, 240 (244). Für das Gericht oder den psychiatrischen Sachverständigen sind die Wahrnehmungen seitens des Notars zu den Umständen der Beurkundung (Eilbedürftigkeit, eigenes Interesse des Erblassers an der Beurkundung, Beauftragung durch Dritten/Begünstigten, Ort der Beurkundung), dem Erscheinungsbild des Testators (Alter, geistige Verfassung, zeitliche sowie örtliche Orientiertheit, äußerliches Erscheinungsbild, festgestellte Krankheiten), dem Inhalt einer längeren Unterhaltung mit Fragen und Antworten sowie eventuell eingeholten Auskünften von Ärzten oder Pflegepersonal von besonderer Bedeutung.

<sup>273</sup> Statt aller MüKo/*Sticherling*, § 28 BeurkG Rn. 17.

<sup>274</sup> OLG Celle MittBayNot 2008, 492 (493).

<sup>275</sup> So *Wetterling* ErbR 2015, 355 ff.

<sup>276</sup> Vgl. BVerfGE 99, 341 (351 f.).

Schutz durch Verfahren stellt zwar eine Hürde für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, aber einen vergleichsweise geringeren Grundrechtseingriff dar. Denn das relative Verständnis bietet gegenüber der unmittelbaren Begrenzung der Testierfähigkeit eine Möglichkeit, Einzelfälle angemessen zu lösen.<sup>277</sup>

Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Formenwahlbeschränkung für betreute Erblasser mit dem Gegenargument abgelehnt, dass die mit dem Beurkundungserfordernis zwingend einhergehende Erschwerung der Aufhebung eines bestehenden Testaments „tendenziell zu einer Verstetigung früherer Verfügungen von Todes wegen [führe], für die sich eine sachliche Rechtfertigung nicht finden lässt.“<sup>278</sup> Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass das Beurkundungserfordernis zu höherem Transaktionsaufwand führt. Um die Intensität des Grundrechtseingriffs teilweise zu entschärfen, könnte (und sollte) man erwägen, die Rückkehr zur gesetzlichen Erbfolge zu privilegieren, indem der Widerruf einer testamentarischen Verfügung im Ganzen dem Formzwang nicht unterliegt. Das frühere Entmündigungsrecht kannte mit § 2253 Abs. 2 BGB aF eine ähnliche Regelung. Deren Sinnhaftigkeit wurde im Laufe der Arbeit zwar angesichts des Testierfähigkeitserfordernisses in Abrede gestellt.<sup>279</sup> Dennoch erscheint eine Rückausnahme vom Beurkundungserfordernis für den gänzlichen Widerruf einer früheren testamentarischen Verfügung sinnvoll und angemessen, da die Rechtssicherheit bei Wiederherstellung der gesetzlichen Erbfolge eine strenge Dokumentation des Geisteszustands nicht fordert.<sup>280</sup>

Damit stellt sich abschließend noch die Frage, welche Personengruppe von der Beschränkung erfasst sein sollte. Das Abstellen auf eine bestimmte Altersgrenze kann mit den oben dargestellten Argumenten nicht überzeugen.<sup>281</sup> Vorzugswürdig und im Einklang mit dem Gleichheitsgebot von Art. 3 GG stehend ist die Formenwahlbeschränkung für „Erblasser in Gefährdungslagen“.<sup>282</sup> Zur Erfüllung des Schutzzwecks des Beurkundungserfordernisses (Stärkung der Rechtssicherheit) empfiehlt sich das generelle Abstellen auf die Anordnung rechtlicher Betreuung für den Erblasser, weil eine flexible Lösung nach dem Vorbild des

---

<sup>277</sup> Zu diesem Argument bereits ausführlich § 7.II.4. Ebenso für seinen eigenen, indes ähnlichen Vorschlag *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 395 ff. (ferner S. 377: „Weder ein Eingriff in die Testierfähigkeit noch die inhaltliche Beschränkung der Testierfreiheit mittels gesetzlicher Testierverbote gegenüber nicht am Testierakt mitwirkender Personen sind daher geeignete Instrumente, um die selbstbestimmte Willensbildung des Erblassers zu sichern.“).

<sup>278</sup> BT-Drs. 11/4528, S. 66 [Rechtschreibweise aktualisiert durch den Verf.]. Vgl. auch *Fries* AcP 216 (2016), 422 (448 f.).

<sup>279</sup> Vgl. oben § 4 mit Fn. 53; auch § 7.II.3.a) mit Fn. 100-102.

<sup>280</sup> Der Widerruf erfordert nur Einsicht in gesetzliche Erbfolge und Abwahl der früheren Erben. Gleichsinnig *Schmidt* RabelsZ 76 (2012), 1022 (1032). Freilich kann der Widerruf im Einzelfall als schwierig zu erfassen gelten, vgl. oben § 9.I.1.

<sup>281</sup> So aber *Busch* ErbR 2014, 90 (93); wie hier indes *Fries* AcP 216 (2016), 422 (448).

<sup>282</sup> Mit Unterschieden in Nuancen ebenso *Baumann* ZEV 2020, 193 (198); *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 379 ff.; *Hahn* FamRZ 1991, 27 (28); *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, S. 101 ff.; *Röthel*, Gutachten, A85; vorsichtig in diese Richtung auch *Klingelhöffer* ZEV 2010, 385 (387); *Spickhoff* AcP 208 (2008), 345 (376); weitergehend (zusätzlich konstitutive Feststellung fordernd) *Dieckmann* JZ 1988, 789 (795 f.). Generell ablehnend *Boehm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 152 f.; *Schröder*, Grenzen der Testierfreiheit, S. 402 f.

späten, österreichischen Rechts (§ 865 ABGB in der Fassung vom 1.1.2005 bis zum 31.12.2016) den Schutzzweck nicht erfüllen kann.<sup>283</sup> Zur Wahrung des Erforderlichkeitsgrundsatzes muss die Betreuung allerdings (zumindest auch) in vermögensrechtlichen Angelegenheiten angeordnet sein; eine Beschränkung der Formenwahlfreiheit für (nur) körperlich eingeschränkte Betreute ist nicht gerechtfertigt. Aus rechtstatsächlicher Sicht ist zu bemerken, dass eine Betreuung nicht angeordnet wird, wenn der Betroffene zuvor in geschäftsfähigem Zustand eine wirksame Vorsorgevollmacht errichtet hat (vgl. § 1814 Abs. 3 BGB). Um einer Umgehung des Formzwangs durch Errichtung einer Vorsorgevollmacht entgegenzukommen, müsste das Beurkundungserfordernis wohl auf alle Fälle der grundsätzlichen Betreuungsreife aufgrund des psychischen Zustands des Betroffenen erweitert werden. Das heißt, der Formzwang würde auch diejenigen Personen erfassen, die grundsätzlich im Sinne der § 1814 Abs. 1 und Abs. 2 BGB eines Betreuers bedürften, diese jedoch in Anbetracht des Vorhandenseins eines Vorsorgebevollmächtigten nicht angeordnet wird. Dadurch würde leider die gewonnene Rechtssicherheit wiederum in gewisser Weise einschränkt werden. Letztlich lässt sich dennoch festhalten, dass die Schwächen der relativen Lösung durch eine erhöhte Förmlichkeit aufgefangen werden können, wodurch das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers und sein freier Wille am besten gewahrt und geschützt werden.

---

<sup>283</sup> Vgl. *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 243-245 mit Fn. 526.

# Viertes Kapitel. Testamentary Capacity im englischen Common Law

## § 10. Einführung

### I. *Privatautonomie und Testierfreiheit im englischen Recht*

*Autonomy* ist das Fundament des englischen Privatrechts – tatsächlich sogar jeder westlichen Rechtsordnung. Die besondere Charakteristik des Privatrechts besteht nämlich darin, unser soziales Leben zu strukturieren; seine Lehren betreffen die Art und Weise, wie wir als Menschen in der Welt leben und interagieren. Es bildet die Grundlage für ein gesellschaftliches Leben, das auf der Maxime gegenseitiger Achtung der Selbstbestimmung aufbaut.<sup>1</sup> Unter dem Begriff der *personal autonomy* versteht man demnach im Allgemeinen die Fähigkeit einer Person zur Selbstverwaltung in dem Sinne, ihr Leben selbst in die Hand zu nehmen.<sup>2</sup> Am einfachsten ausgedrückt bedeutet das, sich selbst zu regieren, sich von Überlegungen, Wünschen, Bedingungen und Eigenschaften leiten zu lassen, die einem nicht von außen auferlegt werden, sondern Teil dessen sind, was man als sein authentisches Selbst betrachten kann.<sup>3</sup> Sie bildet das Gegenstück zur *liberty*. Diese verbürgt der Person das Recht, ohne Einmischung eines Dritten handeln zu können; sozusagen das tun zu können, was man will.<sup>4</sup> Demgegenüber bezieht sich jene auf die freie Willensbestimmungsfähigkeit der Person in diesem Freiheitsraum.<sup>5</sup>

Das impliziert die Kernverantwortung des Staates, durch öffentliches Recht die materiellen Bedingungen zu schaffen und sicherzustellen, die es den Bürgern ermöglicht, selbstbestimmt zu handeln. Deshalb möchte ich zunächst die Testierfreiheit („*testamentary freedom*“) als Freiheitsraum vorab behandeln, in dessen Grenzen der Einzelne seinem letzten Willen Geltung verschaffen kann. Das Recht von England legt großen Wert auf die Freiheit, eine letztwillige Verfügung nach den eigenen Vorstellungen anfertigen zu dürfen. Die Testierfreiheit ist der wichtigste Grundsatz des Erbrechts und spiegelt eine fest verwurzelte Überzeugung wider.<sup>6</sup> Diese Entwicklung wurde insbesondere durch die Philosophie *John Stuart Mills* beeinflusst.<sup>7</sup> Dieser argumentierte in seinem berühmten Essay „*On Liberty*“, dass

---

<sup>1</sup> *Dagan*, in: Gold et al. (Hrsg.), *Oxford Handbook of New Private Law*, S. 177 ff.

<sup>2</sup> Siehe statt aller nur *Griffin*, *On Human Rights*, 8.4; *Coggon/Miola C.L.J.* 70 (2011), 523 (524 f.); *Skowron Med.L.Rev.* 27 (2019), 32 (34). Die Definition ist ebenfalls in der englischen Gerichtsbarkeit zu finden, vgl. in einem Fall zum Recht auf selbstbestimmtes Sterben *R (Nicklinson) v Ministry of Justice* [2014] UKSC 38.

<sup>3</sup> Vgl. *Christman*, *Autonomy in Moral and Political Philosophy*, 2020, in: Zalta (Hrsg.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, abrufbar unter: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/autonomy-moral/>>.

<sup>4</sup> Vgl. *Griffin*, *On Human Rights*, 8.2; *G. Dworkin*, *Theory and Practice of Autonomy*, S. 13 ff.

<sup>5</sup> *Coggon/Miola C.L.J.* 70 (2011), 523 (529 f.): „Turning to liberty, as a political construct, liberty’s importance comes in its affording individuals the requisite freedom to act in accordance with their autonomy. To respect the value of autonomous agents, we must permit people to *act* freely, not merely to *reason* freely.“ [Hervorhebung im Original].

<sup>6</sup> Zurückgehend auf die Lehren der Naturrechtler, so *Waldron*, in: Patterson (Hrsg.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, S. 16 ff.; *Bix*, in: Coleman et al. (Hrsg.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, S. 61 ff.

<sup>7</sup> Zur Rechtfertigung paternalistischer Eingriffe in das Freiheitsrecht siehe auch *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung*, S. 16 ff.

der einzige Zweck, wozu staatliche Gewalt über Personen gegen deren Willen ausgeübt werden kann, darin besteht, Schaden von anderen abzuwenden.<sup>8</sup> Im Kontext des Erbrechts scheint dieser Grundsatz für eine unbeschränkte Testierfreiheit zu sprechen, da Beschränkungen nur zulässig sind, um Schaden abzuwenden, und die Errichtung eines Testaments bringt offenbar Vorteile und kein Übel für andere mit sich. Dieses Argument verfängt jedoch nicht vollkommen, da die gewillkürte Erbfolge eindeutig auch Personen benachteiligen kann.<sup>9</sup> Die Geschichte des Testierens reicht freilich weiter zurück als das viktorianische Zeitalter. Wie in Deutschland,<sup>10</sup> hat sich das Rechtsinstitut des Testaments aus lebzeitigen Schenkungen (*post obit gifts*) heraus entwickelt.<sup>11</sup> Zwar schwankte die Reichweite der Testierfreiheit je nach herrschendem Monarchen, vor allem unter dem Einfluss der Kirche; indes ist die Verfügungsfreiheit jedenfalls seit dem 16. Jahrhundert grundsätzlich unbeschränkt, sodass das angelsächsische und das angloamerikanische Rechtssystem auf eine lange Tradition einer umfassenden Verfügungsfreiheit zurückblicken.<sup>12</sup> Das Rechtsinstitut der *family provision*, wonach ein Hinterlassener des Erblassers unter bestimmten Umständen eine Unterhaltsleistung („*maintenance*“) aus dem Nachlass verlangen kann, wurde erst mit dem Inheritance (Family Provision) Act 1938 eingeführt und findet seine Rechtsgrundlage seither im Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975<sup>13,14</sup>. Allerdings ist diese Beschränkung auch in ihrer Intensivität kaum mit dem deutschen Pflichtteilsrecht zu vergleichen, denn die *family provision* ist kein bedarfsunabhängiger Teilhabeanspruch. Vielmehr begründen die gesetzlichen Vorschriften nur einen Ermessensanspruch, der das Gericht dazu ermächtigt, im Einzelfall einen bedarfsabhängigen Unterhalt zur Versorgung eines begrenzten Kreises von möglichen Anspruchstellern<sup>15</sup> festzusetzen, wenn die

---

<sup>8</sup> *Mill*, *On liberty*, passim, vgl. insb. S. 9 f. („But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that portion of a person’s life and conduct which only affects himself, or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation. [...] This, then, is the appropriate region of human liberty. It comprises, first, the inward domain of consciousness; demanding liberty of conscience, in the most comprehensive sense; liberty of thought and feeling; absolute freedom of opinion and sentiment on all subjects, practical or speculative, scientific, moral, or theological. [...] Secondly, the principle requires liberty of tastes and pursuits; of framing the plan of our life to suit our own character; of doing as we like, subject to such consequences as may follow: without impediment from our fellow-creatures, so as long as what we do does not harm them, even though they should think our conduct foolish, perverse, or wrong. Thirdly, from this liberty of each individual, follows the liberty, within the same limits, of combination among individuals; freedom to unite, for any purpose not involving harm to others: the persons combining being supposed to be of full age, and not forced or deceived.“).

<sup>9</sup> So zutreffend *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 2 f.

<sup>10</sup> Siehe oben § 1.II.1.

<sup>11</sup> Siehe *Holdsworth*, *History of English Law*, Bd. 2, S. 90 ff.; *Pollock/Maitland*, *History of English Law before the Time of Edward I*, Bd. 2, Kapitel VI § 3.

<sup>12</sup> *Holdsworth*, *History of English Law*, Bd. 3, S. 584 ff.; *Pollock/Maitland*, *History of English Law before the Time of Edward I*, Bd. 2, Kapitel VI § 3 (vor allem S. 352 f.); vgl. ferner *De Waal*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 1073 ff.

<sup>13</sup> Der Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 wurde nachfolgend durch den Law Reform (Succession) Act 1995 und den Civil Partnership Act 2004 geändert.

<sup>14</sup> Vgl. *Kerridge*, in: *Burrows* (Hrsg.), *English Private Law*, 7.219; ausführlich *Cooke*, in: *Zimmermann* (Hrsg.), *Freedom of Testation*, S. 128 ff.

<sup>15</sup> Sec. 1 (1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975: „the spouse or civil partner of the deceased“, „a former spouse“, „a child of the deceased“, „dependants of the deceased“.

Nachlassverteilung keine angemessene finanzielle Versorgung („*reasonable financial provision*“) für den bedürftigen Antragsteller bereitstellt.<sup>16</sup>

In seiner Autonomie kann der Erblasser die Nachfolger in sein Vermögen vor allem durch Testament („*will*“<sup>17</sup>) oder mittels eines *trust*<sup>18</sup> bestimmen. Allerdings sind mit der rechtlichen Anerkennung der Testierfreiheit allgemeine Grenzen verbunden, die immer zum Tragen kommen, wenn das dispositive Recht sich dem privatautonomen Willen des Einzelnen unterordnet. Andernfalls würde das Axiom des Rechtssystems, dass der Einzelne im Allgemeinen die normative Kompetenz für seine Entscheidungen besitzt, ihre Grundlage verlieren.

## II. „*Competence*“ und „*Authenticity*“ als Grenzen der Selbstbestimmung

So setzt selbstbestimmtes Handeln neben der Gewährung eines Freiheitsraums, innerhalb dessen der Handelnde eine Auswahl zwischen geeigneten Optionen treffen kann, zwei Bedingungen voraus: ausreichende geistige Fähigkeiten sowie die Abwesenheit von Zwang und Manipulation.<sup>19</sup> Diese Bedingungen werden als *competence* und *authenticity* begriffen.<sup>20</sup> Hierbei geht es zum einen um den Besitz der geistigen Fähigkeiten, die notwendig sind, um über die grundlegenden Elemente des eigenen Selbst reflektieren zu können, und zum anderen darum von den Werten, Sehnsüchten und Eigenschaften geleitet zu werden, die der eigenen Person authentisch sind, was wiederum Selbstreflexion hinsichtlich der eigenen diachronischen Identität und seiner Lebensumstände voraussetzt.<sup>21</sup> Zur Abgrenzung des autonomen freien Willens zum natürlichen Willen wurde ein hierarchisches Modell entwickelt, das bereits erwähnt wurde.<sup>22</sup>

Die rechtlichen Kategorien zur unmittelbaren Sicherstellung der Privatautonomie sind die Testierfähigkeit („*mental capacity*“), die Irrtumslehre („*knowledge and approval*“), die Auslegungsregeln („*interpretation and rectification*“<sup>23</sup>) und der Schutz vor unlauterer Beeinflussung sowie Missbrauch („*undue influence and fraud*“). Mittelbar wird die Privatautonomie auch durch Formvorschriften geschützt.<sup>24</sup> Wenn der Erblasser verstorben ist

<sup>16</sup> Näher *Cooke*, in: Zimmermann (Hrsg.), *Freedom of Testation*, S. 128 ff.

<sup>17</sup> Für eine allgemeine Definition siehe *Baird v Baird* [1990] 2 AC 548, 566, per Lord Oliver („[a] will is an instrument by which a person makes a disposition of his property to take effect after his decease and which is in its own nature ambulatory and revocable during his life. [...] It is not, however, the case that every revocable instrument which creates interests taking effect on the death of the person executing the instrument is necessarily a will.“ – Siehe auch *Re Berger* [1990] Ch 118, 129, per Mustill LJ.

<sup>18</sup> Zum „*trust*“ aus dem deutschen Schrifttum: *Dutta*, *Warum Erbrecht?*, S. 85 ff.

<sup>19</sup> *Raz*, *Morality of Freedom*, S. 372 ff.; ebenso *Dagan*, in: Gold et al. (Hrsg.), *Oxford Handbook of New Private Law*, S. 181; *Benn*, *A Theory of Freedom*, S. 311 f.

<sup>20</sup> Vgl. *Christman*, *The Politics of Persons*, S. 133 ff.; *Auckland*, *The Cusp of Capacity*, S. 162.

<sup>21</sup> *Christman*, *The Politics of Persons*, S. 155 f.

<sup>22</sup> Siehe § 2.III.1. – Vertreter dieses Modells sind *Harry Frankfurt* (s. § 2 Fn. 136) und *G. Dworkin*, *Theory and Practice of Autonomy*, S. 12 ff.

<sup>23</sup> Jüngst aus rechtsvergleichender Perspektive *Beck*, *Erblasserwille und Testamentswortlaut*, S. 101 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Langbein* *Harv.L.Rev.* 88 (1975), 489 ff.

und ein Testament hinterlassen hat, gibt es drei Rechtsinstitute und Wirksamkeitsvoraussetzungen, um den wahren Willen des Erblassers zu erforschen. Erstens, muss der Erblasser die geistige Fitness gehabt haben, um das Testament errichten zu können. Zweitens, muss das Testament die tatsächlichen Absichten des Erblassers widerspiegeln. Und drittens, müssen diese Motive frei gebildet worden sein. Auf den ersten Blick scheint jedes dieser Merkmale sich auf eine unterschiedliche Frage zu beziehen. Die erste Frage wird durch die Vorschriften der Testierfähigkeit beantwortet. Die zweite Frage wird durch die Vorschriften über *knowledge and approval* geregelt, die sich mit dem Verhältnis zwischen dem Willen des Erblassers und dem Inhalt des Testaments sowie mit den Vorschriften über die Berichtigung und Auslegung von Testamenten befassen. Der dritte Aspekt findet sich in der Lehre von der *undue influence (coercion)* wieder, welche sich auf den Ablauf der Testamentserrichtung konzentriert. Tatsächlich sind die Rechtsinstitute jedoch eng miteinander verwoben, denn jedes von ihnen spielt eine Rolle beim Schutz des Erblassers, indem es sicherstellt, dass ein Testament nur wirksam ist, wenn es den wahren Willen als Ausdruck der Testierfreiheit abbildet.<sup>25</sup>

„Lord Penzance once said of the issues of testamentary capacity, knowledge and approval, undue influence and fraud, that they very often merged into one another.“<sup>26</sup>

Privatautonomes Handeln ist nur möglich, wenn der Handelnde einen freien Willen hat. Insofern bildet die *mental capacity* den Ausgangspunkt, worauf die weiteren Rechtsinstitute logisch aufbauen. So konzentriert sich die Fallgruppe der unlauteren Beeinflussung des Erblassers auf den Schutz vor Gefahren, die nicht aus erhöhter Suggestibilität resultieren, sondern auf Zwang beruhen. Der handlungsfähige Erblasser ist nämlich in der Lage, Meinungen und Einflüsse Dritter in kritischer Abwägung in seine eigenständige Urteilsbildung einzubeziehen. Freilich genügt es jedoch nicht, dass das Testament von einem urteilsfähigen Erblasser ordnungsgemäß errichtet wurde. Daher bedeutet *undue influence* in diesem Zusammenhang, dass der Wille des Erblassers durch Zwang oder Betrug überwunden wurde, ohne dass die testamentarische Verfügung dem eigenen Urteil des Erblassers entspringt.<sup>27</sup> Hierbei ist, wie in ‚*Wharton v Bancroft*‘ entschieden, für die Unterscheidung zwischen zulässiger Beeinflussung und unzulässigem Zwang sicherlich auch maßgeblich, wie es um die körperliche und geistige Beschaffenheit des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung stand.<sup>28</sup> In gleicher Weise setzt die Irrtumslehre („*knowledge and approval*“) voraus, dass – in deutscher Terminologie gesprochen – ein rechtlich erheblicher

<sup>25</sup> Zum Ganzen vgl. *Law Commission, Making a will*, 7.64 ff.

<sup>26</sup> *In the Estate of Fuld* [1968] P. 675, 722, per Scarman J.

<sup>27</sup> Vgl. *Hall v Hall* (1868) L.R. 1 P. & D. 481, 482, per Sir J.P. Wilde („Pressure of whatever character [...] if so exercised as to overpower the volition without convincing the judgment.“); sowie *Re Edwards* [2007] EWHC 1119 (Ch) Tz. 47, per Lewinson J („Coercion is pressure that overpowers the volition without convincing the testator's judgment. It is to be distinguished from mere persuasion, appeals to ties of affection or pity for future destitution, all of which are legitimate.“).

<sup>28</sup> *Wharton v Bancroft* [2011] EWHC (Ch) 3250; vgl. auch *Kerridge*, in: Burrows (Hrsg.), *English Private Law*, 7.93 ff.; *ders.* C.L.J. 59 (2000), 310 ff.

Geschäftswille geäußert wurde.<sup>29</sup> Diese logische Verknüpfung wurde jüngst durch ‚*Perrins v Holland*‘ bestätigt.<sup>30</sup>

Das in England geltende Testamentsrecht ist zum großen Teil ein Produkt des viktorianischen 19. Jahrhunderts, namentlich der Wills Act 1837 ist das wichtigste kodifizierte Gesetz. Um den gesellschaftlichen, technischen und medizinischen Veränderungen gerecht zu werden, die sich seither ergeben haben, muss sich auch das englische Recht auf die demographischen Gegebenheiten, den größeren Einfluss nachlassender Selbstbestimmungsfähigkeiten im Alter und die gestiegene Lebenserwartung der Bürger einstellen. Einerseits muss der Erblasser vor unzulässigen Einwirkungen auf seine Willensfreiheit geschützt werden, andererseits darf das Rechtssystem nicht so restriktiv sein, dass einem bedeutenden Teil der Bevölkerung von vornherein die Möglichkeit zum Testieren genommen wird. Vor diesem Hintergrund sollen die nachfolgenden Erörterungen gesehen werden.

#### § 11. Die rechtliche Gemengelage zwischen *case law* und *Mental Capacity Act 2005*

Eine Eigenheit des Common Law ist seine Rechtstechnik, „die primär nicht an Gesetzestexten und ihrer Interpretation, nicht an der begrifflichen Zergliederung eines Lebenssachverhalts und an seiner ‚Einordnung in das System‘ interessiert ist, sondern vorrangig in Präjudizien und Fallgruppen denkt, auf sorgfältige und lebenszugewandte Problemdiskussion bedacht ist und lieber konkret und historisch als abstrakt und systematisch argumentiert.“<sup>31</sup> Stattdessen ist der englische Jurist auf die schrittweise Entwicklung des Rechts von Fall zu Fall bedacht.<sup>32</sup> Das bedeutet, dass sich das Common Law in erster Linie als ein aus richterlichen Entscheidungen entwickeltes Recht darstellt. Die Lösung eines Falles wird nicht aus einem vorgegebenen, allgemeinen Rechtssatz deduziert, sondern es werden frühere Einzelfälle analysiert und fortentwickelt, bis sich aus ihnen eine angemessene Lösung der vorgefundenen rechtlichen Fragestellung ergibt.<sup>33</sup> Ein weiteres typisches Merkmal des Common Law ist die grundsätzliche Bindung des Richters an Präzedenzfälle (*stare decisis*), wonach den Entscheidungen früherer Richter in vergleichbaren Fällen Folge zu leisten ist, wenn die frühere Meinung an den ausschlaggebenden Entscheidungsgründen teilhat (*ratio decidendi*),

<sup>29</sup> Siehe weiterführend § 12 unten sowie *Law Commission, Making a will*, 7.64 ff.

<sup>30</sup> *Perrins v Holland* [2010] EWCA Civ 1430 Tz. 64, per Moore-Bick LJ („Testamentary capacity includes the ability to make choices, whereas knowledge and approval requires no more than the ability to understand and approve choices that have already been made.“).

<sup>31</sup> *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 177; vgl. auch *Kischel, Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 15 („sehr viel mehr von Pragmatismus als von dem Bedürfnis nach Vereinheitlichung und Systematisierung geprägt“).

<sup>32</sup> *Law Commission, Making a will*, 2.42 („*piecemeal developments*“).

<sup>33</sup> Vgl. *Kischel, Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 4 f.; ausführlich *Postema*, in: Coleman et al. (Hrsg.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, S. 588 ff.

die Entscheidungen des Gerichts in Fall A hierarchisch bindend für das Gericht in Fall B sind und es keine relevanten Unterschiede zwischen den Sachverhalten von A und B gibt.<sup>34</sup>

### I. Die grundlegende Definition in ‚Banks v. Goodfellow‘

Obwohl sich das englische Recht schon vor ‚Banks v Goodfellow‘ – im Folgenden abgekürzt durch ‚Banks‘ – aus dem Jahr 1870 mit der Testierfähigkeit („*testamentary capacity*“) eines Erblassers befasste, vermochte sich die hierin niedergelegte Definition von Sir Alexander Cockburn durchzusetzen. Das Urteil ist so bedeutend und grundlegend, dass es als „*landmark case*“<sup>35</sup> sowie „*classic statement*“<sup>36</sup> beschrieben wird, auf dem die Rechtsprechung seither aufbaut.

#### 1. Rechtlicher Hintergrund der Entscheidung

Um die Entscheidung und ihre Bedeutung zu verstehen, ist ein wenig Wissen über den rechtlichen Hintergrund erforderlich. Die (unbeschränkte) Testierfreiheit ist in England schon seit dem 16. Jahrhundert anerkannt, jedoch können nur volljährige Personen ein wirksames Testament errichten.<sup>37</sup> Obwohl sich der Wills Act 1837 nicht ausdrücklich hiermit befasst, war Personen mit geistigen Beeinträchtigungen/Störungen seither die Möglichkeit genommen, wirksam letztwillig über ihr Vermögen zu verfügen.<sup>38</sup> Denn das Testament eines Erblassers konnte nach den Contentious Probate Rules 1862 (amended 1865) mit der Behauptung, der Erblasser sei geisteskrank gewesen, angefochten werden.<sup>39</sup> Welchen Grad die geistige Störung aufweisen musste, ob insbesondere partielle Störungen die Nichtigkeit begründen konnten, blieb der Auslegung durch die Rechtsprechung offen.

„The text writers throw no light upon the point. They content themselves with stating in general terms that to be capable of making a will a man must be of sound disposing mind and memory, and that persons non compotes, cannot make a will; but they are silent as to the degree of mental disturbance which will amount to a want of disposing mind and memory.“<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Näher zum Ganzen *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 21 ff.

<sup>35</sup> *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 51 ff.

<sup>36</sup> *Parry/Kerridge*, *The Law of Succession*, Rn. 5-04; *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 78; ebenso *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 Tz. 34.

<sup>37</sup> Siehe Wills Act 1837 sec. 7 („No will made by any person under the age of eighteen years shall be valid.“). – Ursprünglich ist auf ein Mindestalter von 21 Jahren abgestellt und dieses durch den Family Law Reform Act 1969 (c. 46), s. 3 (1) auf 18 Jahre herabgesetzt worden. Neuerdings wird um eine weitere Herabsetzung auf das 16. Lebensjahr diskutiert. Befürwortend *Law Commission*, *Making a will*, 8.1 ff. Zur entsprechenden Diskussion in Deutschland vgl. oben § 3.II.

<sup>38</sup> Vgl. *Blackstone*, *Commentaries on the laws of England*, S. 496 f.; und weiterführend *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 51 ff. mit Fn. 9 f., 24 f.

<sup>39</sup> Zitiert nach *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 53 Fn. 25.

<sup>40</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 51, per Cockburn CJ.

In der zeitgenössischen Rechtsprechung setzte sich die Auffassung durch, dass es nicht ausreichte, wenn der Erblasser sich erinnern und vertraute Fragen beantworten kann. Vielmehr müsse er fähig sein, mit Verstand und Gewissheit eine Verfügung über sein Vermögen zu treffen,<sup>41</sup> was voraussetze, dass er den Umfang seines Vermögens und die begünstigten Personen einzuschätzen in der Lage ist.

„And I take it a mind and memory competent to dispose of property, when it is a little explained, perhaps may stand thus: having that degree of recollection about him that would enable him to look about the property he had to dispose of, and the persons to whom he wished to dispose of it. If he had a power of summoning up his mind so as to know what his property was, and who those persons were that then were the objects of his bounty, then he was competent to make his will.“<sup>42</sup>

Die Möglichkeit eines schwankenden Geisteszustands wurde auch bereits erkannt. In der Rechtssache ‚*Cartwright v Cartwright*‘ hatte der Erblasser während seines Aufenthalts in einer psychiatrischen Klinik („*lunatic asylum*“) testiert. Obwohl das Gericht den Erblasser in den Zeiten vor und nach Errichtung des Testaments ohne Zweifel für urteilsunfähig befand, war das Testament wirksam, da es während eines luziden Intervalls errichtet worden sei. Hierbei stellte das Gericht maßgeblich auf die Sinnhaftigkeit der letztwilligen Anordnungen des Erblassers ab.<sup>43</sup> Dementsprechend vermutete man die Testierfähigkeit, wenn das Testament inhaltlich nicht auf Raserei oder Unsinn („*frenzy or froolly*“) schließen ließ.<sup>44</sup>

Welche Rechtsfolgen es habe, wenn die geistige Störung sich gegenständlich abgrenzbar auswirkt, war demgegenüber noch nicht sicher entschieden. Dass geistige Störungen die verschiedensten Grade durchlaufen und die mit ihnen einhergehenden Auswirkungen stark variieren können, war bereits im Jahr 1826 den Erwägungen von ‚*Dew v Clark*‘ zugrunde gelegt worden.<sup>45</sup> Es ist zugleich das erste Urteil, das sich im Rahmen von monothematischen Wahnvorstellungen eines Erblassers mit partiellen Störungen befasst. Im Sachverhalt vermachte der Erblasser Mr. Scott seiner einzigen Tochter Mrs. Dew eine im Vergleich zum Umfang des Nachlasses äußerst geringe jährliche Rente, während er seine Neffen, die er kaum wirklich kannte, zu Miterben einsetzte. Nach der auf die Anfechtung des Testaments folgenden Beweisaufnahme stellte das Gericht fest, dass der Erblasser seine Tochter in ungewöhnlicher und irrationaler Weise behandelte, was sich unter anderem darin zeigte, dass er sie als „*a fiend, a monster, an incarnate devil*“ bezeichnet hatte.<sup>46</sup> Daraufhin stellte das

---

<sup>41</sup> Vgl. *Marquis of Winchester's Case* (1598) 6 Co Rep 23a, zitiert in *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 51.

<sup>42</sup> *Greenwood v Greenwood* (1790) 3 Curt App 1, 30 = 163 ER 930, 943, per Lord Kenyon.

<sup>43</sup> Siehe *Cartwright v Cartwright* (1793) 1 Phillim 90, 100 = 161 ER 923, 927: „Now I think the strongest and best proof that can arise as to a lucid interval is that which arises from the act itself; that I look upon as the thing to be first examined, and if it can be proved and established that it is a rational act rationally done the whole case is proved.“, per Sir William Wynne.

<sup>44</sup> *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 54 Fn. 30. Diese Ansicht wurde schließlich in *Waring v Waring* (1848) 13 ER 715 PC, per Lord Brougham, aufgegeben.

<sup>45</sup> Vgl. *Dew v Clark* (1826) 3 Add 79, 87 f. = 162 ER 410, 413, per Sir John Nicholl.

<sup>46</sup> *Dew v Clark* (1826) 3 Add 79, 181 = 162 ER 410, 446.

Gericht eine Wahnvorstellung des Erblassers („*insane delusion*“) in den seine Tochter betreffenden Lebensbereichen fest. So führe „*partial insanity*“ zwar nicht eo ipso zur Nichtigkeit, wohl aber wenn das Testament im Einzelfall den gestörten Lebensbereich unmittelbar betrifft.<sup>47</sup> Aus diesem Grund müsste das Testament in seiner Gesamtheit für nichtig („*null and void*“) erklärt werden.

„[...] the deceased is proved, in my judgment, [...] to have been insane at, and long prior to, that time (throughout nearly his whole life) in many particulars – still that he is also proved (indeed, was never denied) to have been sui juris at all times, and sane upon all ordinary subjects, and in all ordinary respects; [...] The deceased’s state of mind at the time of his making his will is intimately, I think, connected with his state of mind on the subject matter of his will – understanding by this the disposal by will of his property. If the deceased were at all times of unsound mind on the subject matter of his will, he must have been of unsound mind at the time of making his will. To suppose the contrary would be to suppose the deceased both sane and insane at the same time on the same subject; a supposition, I apprehend, equally absurd in a legal [...] and moral point of view.“<sup>48</sup>

Dementgegen hat sich in der Folgezeit die Lehre von der Unteilbarkeit des Seelenlebens<sup>49</sup> durchzusetzen vermocht. Den Grundstein legte Lord Brougham in ‚*Waring v Waring*‘.<sup>50</sup> Unter Auseinandersetzung mit ‚*Dew v Clark*‘ und der zeitgenössischen psychiatrischen Literatur wurde es als fehlerhaft erachtet, das Testament eines Erblassers, der unzweifelhaft zumindest teilweise geisteskrank war, aufrechtzuerhalten. Weil der Verstand einer Person nicht teilbar sei, beeinträchtige jede geistige Störung, auch wenn sie sich nur in abgrenzbaren Lebensbereichen auswirkt, die Testierfähigkeit im Ganzen.<sup>51</sup> Im Jahr 1867 schloss sich ‚*Smith v Tebbitt*‘ dieser Meinung an.

„A person who is the subject of monomania, however apparently sensible or prudent on all subjects and occasions other than those which are the special subject of his apparent infirmity, is not in law capable of making a will. This has been clearly decided in the several cases [...], of which it is only necessary to name that of *Waring v Waring*. [...] I conceive the decided cases to have established this proposition: that, if disease be once shown to exist in the mind of the testator, it matters not that the disease be discoverable only on a certain subject, or that on all other subjects the action of the mind is apparently sound, and the conduct even prudent, the testator

---

<sup>47</sup> *Dew v Clark* (1826) 3 Add 79, 204 f. = 162 ER 410, 454: „[...] the question [...] is – not whether the deceased’s insanity in certain other particulars, as proved by the daughter, should have the effect of defeating a will generally of the deceased, or even this identical will – but it is, whether his insanity on the subject of his daughter, as also proved by the daughter, should have the effect of defeating, not so much any will (a will generally) of the deceased, as this identical will [...]“, per Sir John Nicholl.

<sup>48</sup> *Dew v Clark* (1826) 3 Add 79, 203 f. = 162 ER 410, 453 f., per Sir John Nicholl.

<sup>49</sup> Vgl. auch oben zu § 8.I.1. die Betrachtung des deutschen Rechts.

<sup>50</sup> *Waring v Waring* (1848) 13 ER 715 PC.

<sup>51</sup> *Waring v Waring* (1848) 13 ER 715 PC, Leitsatz und 718 f.: „If the mind is unsound on one subject, provided that unsoundness is, at all times, existing upon that subject, it is erroneous to suppose such a mind is really sound on other subjects; [...] any act, therefore, done by such a person, however apparently rational that act may appear to be, is void, as it is the act of a morbid or unsound mind.“, per Lord Brougham.

must be pronounced incapable. Further, that the same result follows, though the particular subjects upon which the disease is manifested have no connection whatever with the testamentary disposition before the court.”<sup>52</sup>

Dieser Hintergrund ist für die Aussagekraft von ‚Banks‘ von Wichtigkeit, insofern als Sir Alexander Cockburn die gängigen Definitionen zur „*testamentary capacity*“ um ein weiteres Tatbestandsmerkmal (sog. „*fourth limb*“) erweiterte, das nachfolgend dargestellt wird.<sup>53</sup>

## 2. Sachverhalt der Entscheidung

Wie der vorstehende Überblick in den rechtlichen Hintergrund des Urteils vermuten lässt, dreht sich der Sachverhalt von ‚Banks‘ um monothematische Wahnvorstellungen. Der Erblasser John Banks Sr. verstarb im Juli 1865 und wurde von seiner Nichte Margaret Goodfellow – Tochter seiner vorverstorbenen Schwester –, die bei ihm lebte, und seinem Neffen John Banks Jr. – Sohn seines vorverstorbenen Halbbruders – überlebt. Er hatte am 2. Dezember 1863 nach dem Muster seines Solicitors ein Testament errichtet, das im Beisein von Zeugen unterzeichnet und am 27. Dezember 1863 ordnungsgemäß vollzogen wurde.<sup>54</sup> Es enthält die logische Fortführung seines früheren letzten Willens aus dem Jahr 1838, worin seine Schwester zur Alleinerbin auserwählt war, insofern als er nach deren Vorversterben seine Nichte als Alleinerbin einsetzte. Nach seinem Ableben wurde das Testament zunächst für wirksam gehalten und entsprechend ausgeführt. Den Rechtsstreit um die Nichtigkeit des Testaments sollte erst der nachfolgende Tod von Margaret Goodfellow im Jahr 1867 auslösen. Denn in Anbetracht der Tatsache, dass sie minderjährig und unverheiratet verstorben war, fragte sich, wer Eigentümer der zum Nachlass von John Banks Sr. gehörenden, vermieteten Immobilien geworden ist. Wenn das Testament wirksam ist, wäre der Nachlass über das Vermögen von Margaret Goodfellow an ihre Verwandten übergegangen, während andererseits, wenn das Testament unwirksam ist, das Eigentum an den unbeweglichen Gegenständen den (weiteren) gesetzlichen Erben des Erblassers zugekommen wäre. Einer derjenigen, der von der Unwirksamkeit des Testaments profitieren konnte, war John Banks Jr., der letzte verbliebene Verwandte des Erblassers.<sup>55</sup> Vor dem Hintergrund, dass Edward Goodfellow – ein Halbbruder und gesetzlicher Erbe von Margaret Goodfellow – wohl zum Eigentümer geworden und dieser mit dem Erblasser weder verwandt war noch ein enges Verhältnis zu ihm pflegte, bemühte John Banks Jr. daraufhin die gerichtliche Nichtigkeitsklärung des Testaments. Konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers ergaben sich aufgrund einer monothematischen Wahnvorstellung. In moderner Terminologie gesprochen, würde man John Banks Sr. mit einer schizophrenen Psychose

<sup>52</sup> *Smith v Tebbitt* (1867) 16 LT 841, 843, per Sir Wilde.

<sup>53</sup> Vgl. *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 67 f.

<sup>54</sup> Zur (form-) wirksamen Errichtung eines Testaments vgl. *Kerridge*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Testamentary Formalities*, S. 305 ff.

<sup>55</sup> Zu „*intestacy rules*“ im historischen Kontext vgl. *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 52 f.

diagnostizieren. Denn er war bereits 1841 freiwillig in einer Irrenanstalt („*lunatic asylum*“) untergebracht gewesen, weil er eine heftige Abneigung gegen einen Mann namens Alexander Featherstone entwickelte, und obwohl dieser schon verstorben war, glaubte John Banks Sr. weiterhin, von diesem verfolgt und belästigt zu werden. Die bloße Erwähnung des Namens von Alexander Featherstone reichte aus, um ihn in einen Zustand heftiger Erregung („*violent excitement*“) zu versetzen. Zudem glaubte er, wiederkehrend von Teufeln oder bösen Geistern verfolgt und belästigt zu werden. Ab September 1863 hatte der Erblasser schließlich eine Reihe von epileptischen Anfällen, wobei der behandelte Arzt feststellte, dass der geistige Zustand von den Anfällen beeinträchtigt wurde. Andererseits verwaltete der Erblasser seine finanziellen Angelegenheiten, die sich auf einen begrenzten Umfang beschränkten, selbständig und sorgfältig.<sup>56</sup>

Das erstinstanzliche Verfahren wurde vor einer *jury* gehört. Die Geschworenen wurden vom verfahrensleitenden Richter in den rechtlichen Rahmen eingewiesen.<sup>57</sup> Anschließend kamen sie zu dem Verdikt, dass das Testament wirksam sei. Gegen das Urteil legte John Banks Jr. Berufung vor dem *Court of the Queen's Bench* mit der Begründung ein, dass der erstinstanzlich zuständige Richter die Geschworenen durch seine rechtlichen Ausführungen fehlgeleitet habe, weil der Geisteszustand des Testators latent von Wahnvorstellungen beeinflusst worden sei und er daher keinen freien Willen („*free from delusions*“) habe bilden können.

### 3. Das Urteil

Das Rechtsmittel wurde vor einem Senat gehört, der Urteilsspruch enthält aber ausschließlich die Meinung von Chief Justice Sir Alexander Cockburn. Letztlich akzeptierte der *Court of the Queen's Bench* die erstinstanzliche Entscheidung, da es keinen Zusammenhang zwischen letztwilliger Verfügung und den Wahnvorstellungen des Testators gegeben habe. Bei genauer Betrachtung drehte sich die rechtliche Wertung des Falls einzig um die Frage, ob jede geistige Störung die Testierfähigkeit ausschließt oder sich diese unmittelbar im konkreten Testament auswirken muss. Dies arbeitete Sir Alexander Cockburn zu Beginn seines Urteils heraus. Für ihn stand es fest, dass der Erblasser zwar während bestimmter Phasen seines Lebens geisteskrank gewesen sei, dass sich aber bei der Errichtung des Testaments keine geistige Störung manifestiert habe, was für ihn entscheidende Voraussetzung für die Nichtigkeit desselben sei.

---

<sup>56</sup> Vgl. *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47 ff., per Cockburn CJ.

<sup>57</sup> „the mere fact of his being able to recollect things, or to converse rationally on some subjects, or to manage some business would not be sufficient to show he was sane, while, on the other hand, slowness, feebleness, and eccentricities would not be sufficient to show he was insane [...]“, zitiert bei *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 49.

„We must take it for the present purpose as a fact that the testator, though generally of weak intellect, was able to manage his own affairs, and, apart from the delusions under which he laboured, was, at all events, at the time of executing one or both of the testamentary instruments in question, of sufficient testamentary capacity. We must also take it that no delusion manifested itself at the time of making the will. On the other hand, there is ample proof that the delusions existed in the interval between the making of the will and the death of the testator, as they had done before, and it is, therefore, quite possible that these delusions may have remained at the time of making the will uncured and latent in the testator's mind, and capable of being evoked and reproduced at any moment if anything had occurred to lead his thoughts to the subject. [...] We must assume for the present purpose that the testator laboured under insane delusions ascribed to him, but, on the other hand, that these delusions had not, nor were calculated to have, any influence on him in the disposal of his property, and that of his property, and that irrespective of these delusions the state of his mental faculties was such as to render him capable of making a will.”<sup>58</sup>

Die Entscheidung reflektiert die vorhergehenden Urteile, wobei Sir Alexander Cockburn mit ‚*Dew v Clark*‘ sympathisiert und die Auffassung von der Unteilbarkeit des Seelenlebens, wie ‚*Waring v Waring*‘ sowie ‚*Smith v Tebbitt*‘ vertreten, nicht teilt.<sup>59</sup> Allerdings unterscheidet sich der Sachverhalt von ‚*Banks*‘ insoweit von den vorangegangenen Urteilen, als tatsächlich entscheidungserheblich war, ob zwischen der partiellen Störung und der letztwilligen Verfügung ein kausaler Zusammenhang bestehen muss.

„The question whether partial unsoundness not affecting the general faculties, and not operating on the mind of a testator in regard to the particular testamentary disposition will be sufficient to deprive a person of the power of disposing of his property, presents itself in the present case for judicial decision, so far as we are aware, for the first time.”<sup>60</sup>

Auf diese Frage fand er keine Antwort in Gesetzgebung oder bisheriger Rechtsprechung. In einer rechtsvergleichenden Umschau, die insbesondere das römische und französische Recht betrachtet, versuchte er daraufhin herauszuarbeiten, auf welche Weise das Problem durch fremde Rechtsordnungen gelöst wird. Dabei schlussfolgerte er jedoch, dass eine große Meinungsverschiedenheit zu beobachten sei, und entwickelte eine eigene Definition der Testierfähigkeit, welche den Grund für die Versagung des Selbstbestimmungsrechts besser

---

<sup>58</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 50, per Cockburn CJ.

<sup>59</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 53: „We do not think it necessary to consider the position assumed in *Waring v Waring* that the mind is one and indivisible. It is not given to man to fathom the mystery of the human intelligence, or to ascertain the constitution of man's sentient and intellectual being.“, per Cockburn CJ; vgl. kurz zuvor ebenfalls *Smee v Smee* (1879) 5 P.D. 84, 90 f.

– Alexander Cockburn war 1843 als *Counselor* bei *R. v M'Naghten* (1843) 10 Cl. & Fin. 200 tätig, wo es um die analoge Frage nach der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit infolge partieller Störungen ging. Im Schrifttum wird daher spekuliert, dass er auf einen Fall zur Testierfähigkeit gewartet hat, um seine Kritik an der herrschenden Theorie zu äußern, vgl. *Frost, A Victorian Tragedy*, S. 133.

<sup>60</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 50 f.: „But in both those cases as we shall presently show, the wide doctrine embraced in the judgments was wholly unnecessary to the decision, and we, therefore, feel ourselves warranted, and, indeed, bound, to consider the question as one not concluded by authority on which we are called upon to form our own judgment.“, per Cockburn CJ.

berücksichtigen könnte.<sup>61</sup> Diesen leitete er – ähnlich wie es im deutschen Recht getan wird – aus der Testierfreiheit selbst ab.

„The law of every civilized people concedes to the owner of property the right of determining by his last will either in whole or in part, to whom the effects which he leaves behind him shall pass. Yet it is clear that, though the law leaves to the owner of property absolute freedom in this ultimate disposition of that of which he is thus enabled to dispose, a moral responsibility of no ordinary importance attaches to the exercise of the right thus given. The instincts and affections of mankind in the vast majority of instances will lead men to make provision for those who are the nearest to them in kindred, and who in life have been the objects of their affection. Independently of any law, a man on the point of leaving the world would naturally distribute among his children or nearest relatives the property which he possessed. The same motives will influence him in the exercise of the right which the law secures to him. Hence arises a reasonable and well warranted expectation on the part of a man's kindred surviving him that on his death his effects shall become theirs, instead of being given to strangers. To disappoint the expectation thus created, and to disregard the claims of kindred to the inheritance, is to shock the common sentiment of mankind, and to violate what all men concur in deeming an obligation of the moral law. [...] The English law leaves everything to the unfettered discretion of the testator, on the principle that though in some instances caprice, or passion, or the power of new ties, or artful contrivance, or sinister influence may lead to the neglect of claims that ought to be attended to, yet the instincts, affections, and common sentiments of mankind may be safely trusted to secure on the whole a better disposition of the property of the deed, and one more accurately adjusted to the requirements of each particular case, than could be obtained through a distribution prescribed by the stereotyped and inflexible rules of a general law.”<sup>62</sup>

Für die Ausübung eines Selbstbestimmungsrechts, das derart eng mit moralischer Verantwortung verknüpft sei, müsste der Erblasser die entsprechenden kognitiven und moralischen Fähigkeiten aufweisen können. Das liegt nicht zuletzt daran, dass das Urteilsvermögen die Befähigung umfasst, eine gedankliche Konzeption der moralischen Folgen eines möglichen Verhaltens zu formen und den Effekt auf den eigenen Charakter zu antizipieren.<sup>63</sup>

„It is unnecessary to consider whether the principle of the foreign law or that of our own is the wiser. It is obvious in either case that to the due exercise of a power involving a moral responsibility thus grave the possession of the intellectual and moral faculties common to our nature should be insisted on as an indispensable condition. It is essential to the exercise of such a power that a testator [1.] shall understand the nature of the act and its effects; [2.] shall understand the extent of the property of which he is disposing; [3.] shall be able to comprehend and appreciate the claims to which he ought to give effect; [4.] and with a view to the latter object that no disorder of the mind shall poison his affections, pervert his sense of right, or prevent the exercise of his

<sup>61</sup> Vgl. *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 54: „In our day the doctrine has sprung up of the unity and indivisibility of the mind; but the ground on which insanity should cause incapacity appears to have become overlooked in the reasoning on which it is founded.”, per Cockburn CJ.

<sup>62</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 54 ff., per Cockburn CJ.

<sup>63</sup> *Kronman Yale L.J.* 92 (1983), 763 (790 ff.): „Judgment, then, is a form of imagination; it is the creative ability to anticipate, in thought, the moral effects of an action viewed in the context of a person's character and aspirations.“.

natural faculties; that no insane delusion shall influence his will on disposing of his property, and bring about a disposal of it which would not have been made otherwise.”<sup>64</sup>

Auf den ersten Blick enthält die Definition keine bahnbrechende Neuerung, weil die ersten drei Elemente des Tests an die bisherige Rechtsprechung angelehnt sind. Es ist jedoch das vierte Element, welches der Definition zum Durchbruch verholfen hat und der Grund dafür ist, dass ‚*Banks*‘ auch heute noch standardmäßig herangezogen wird.<sup>65</sup> Hiernach ist ein Erblasser nicht testierunfähig, wenn die geistige Störung seinen letzten Willen nicht beeinflusst hat; es darf keine letztwillige Verfügung herbeigeführt worden sein, die der Erblasser in Abwesenheit der geistigen Beeinträchtigung nicht gewollt hätte.<sup>66</sup> Im Mittelpunkt des Interesses steht folglich nicht die Frage, welche Eigenschaften und Fähigkeiten der Erblasser infolge der geistigen Störung verloren hat, sondern im Gegenteil, welche Fähigkeiten ihm verblieben sind. Das ist die Kernaussage des Urteils, die Sir Alexander Cockburn nicht nur auf Wahnvorstellungen des Erblassers, sondern überdies auf Fälle verminderter Einsichtsfähigkeit anwenden möchte, wodurch wiederum die Testierfreiheit des Einzelnen weitestmöglich vor Eingriffen geschützt werde.

„It may be here not unimportant to advert to the law relating to unsoundness of mind arising from another cause, namely, from want of intelligence arising from defective organisation, or from supervening physical infirmity or the decay of advancing age, as distinguished from mental derangement, such defeat of intelligence being equally a cause of incapacity. In these cases it is admitted on all hands that, though the mental power may be reduced below the ordinary standard, yet, if there be sufficient intelligence to understand and appreciate the testamentary act in its different bearings, the power to make a will remains.“<sup>67</sup>

Seit der anerkennenden Entscheidung von ‚*Boughton v Knight*‘ wird das Urteil als *case law* zur Beurteilung der Testierfähigkeit angewendet.<sup>68</sup> Indes wurde in jüngerer Zeit mit dem Mental Capacity Act 2005 (MCA) ein neues Regelwerk verabschiedet. Leider geht aus dem Gesetz nicht deutlich hervor, inwieweit es sich auf die Anwendung und Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung auswirkt. Während einige davon ausgehen, dass der MCA im Großen und Ganzen die in der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen übernimmt und als vergleichbare Regelung alternativ angewandt werden könnte, heben andere dogmatische

---

<sup>64</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56 [Hervorhebung eingefügt], per Cockburn CJ.

<sup>65</sup> Zur Rechtsprechung im 21. Jahrhundert vgl. *Sharp v Adam* [2005] EWCA Civ 449; *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280; *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch). Vgl. auch *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 59.

<sup>66</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56: „If it be conceded, as we think it must be, that the only legitimate or rational ground for denying testamentary capacity to persons of unsound mind, is the inability to take into account and give due effect to the considerations which ought to be present to the mind of a testator in making his will and influence his decision as to the disposal of his property, it follows that a degree or form of unsoundness which neither disturbs the exercise of the faculties necessary for such an act, nor is capable of influencing the result, ought not to take away the power of making a will or place a person so circumstanced in a less advantageous position than others with regard to his rights.“, per Cockburn CJ.

<sup>67</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56, per Cockburn CJ.

<sup>68</sup> Vgl. *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, 72 ff., per Sir J Hannen, der als ehemaliger Richter des *Court of the Queen’s Bench* direkt an *Banks v Goodfellow* mitgewirkt hat.

Unterschiede hervor und befürworten, das *case law* weiterhin selbständig heranzuziehen.<sup>69</sup> Deswegen soll die weitere Auslegung von ‚*Banks*‘ derweil hintangestellt (s. unten § 12) und zunächst der MCA sowie ihr Normverhältnis und ihre Unterschiede dargestellt werden.

## II. „*Persons who lack capacity*“ im Sinne des *Mental Capacity Act 2005*

Das Gesetz fußt auf einer Empfehlung der *Law Commission*, die im Februar 1995 nach umfangreichen Beratungen veröffentlicht wurde,<sup>70</sup> und enthält ein übergreifendes Beurteilungsverfahren zur Feststellung der Handlungsfähigkeit einer Person, welcher für die unterschiedlichsten Zwecke eingesetzt werden kann. *Mental capacity* ist das normative Kriterium, das über die rechtliche Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Willenserklärung entscheidet und das für die Ausübung von individueller Autonomie von zentraler Bedeutung ist.<sup>71</sup> Vom Anwendungsbereich des Gesetzes ist ausweislich des *Code of Practice*<sup>72</sup> ein breites Spektrum von Entscheidungen oder Maßnahmen erfasst, die im Namen von entscheidungsunfähigen Menschen getroffen werden. Das können sowohl Entscheidungen im medizinisch-personalen als auch im finanziellen Kontext sein,<sup>73</sup> so bestimmt sich insbesondere die Geschäftsfähigkeit einer Person („*capacity to buy and sell*“) teilweise nach dem Verfahren des MCA.<sup>74</sup>

### 1. *Die Dichotomie der Mental Capacity*

In Section 1 MCA<sup>75</sup> sind allgemeine Grundsätze aufgelistet. Sie vermitteln die Werte, die den rechtlichen Rahmen des Gesetzes bilden, und zielen einerseits auf Schutz und andererseits

<sup>69</sup> Vgl. zum Streitstand statt aller *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 78 f.

<sup>70</sup> *Law Commission*, *Mental Incapacity*, S. 32 ff.

<sup>71</sup> *Herring/Wall Legal Studies 2015*, 698 (699).

<sup>72</sup> Der gesetzliche Rahmen des MCA wird durch den Verhaltenskodex (*Code of Practice*) untermauert, der vermittelt über sec. 42 MCA auch teils selbst eine rechtssetzende Funktion hat.

<sup>73</sup> Vgl. Department for Constitutional Affairs, *MCA 2005 Code of Practice*, 1.8 und 4.1 (“*Mental capacity is the ability to make a decision. [...] It also refers to a person’s ability to make a decision that may have legal consequences – for them or others. Examples include agreeing to have medical treatment, buying goods or making a will.*“).

<sup>74</sup> Vgl. sec. 3 (1) *Sale of Goods Act 1979*; *Merkin/Saintier*, *Poole’s Textbook on Contract Law*, S. 163.

<sup>75</sup> In aktueller Fassung (Stand: 1.5.2023): „Sec. 1: The principles

(1) The following principles apply for the purposes of this Act.  
 (2) A person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity.  
 (3) A person is not to be treated as unable to make a decision unless all practicable steps to help him to do so have been taken without success.  
 (4) A person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision.  
 (5) An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.  
 (6) Before the act is done, or the decision is made, regard must be had to whether the purpose for which it is needed can be as effectively achieved in a way that is less restrictive of the person’s rights and freedom of action.”

auf Hilfe/Fürsorge ab.<sup>76</sup> So stellte man die Vermutung der Selbstbestimmungsfähigkeit an den Anfang des Gesetzes (sec. 1 (2) MCA). Hierdurch werde zwischen Gewährung von Freiheit zur Entfaltung der Persönlichkeit und staatlichem Eingriff zum Schutz der Person abgewogen und die entgegengesetzten Interessen in einen angemessenen Ausgleich gebracht.<sup>77</sup> Mit Section 2 MCA versucht der englische Gesetzgeber sich an einer übergreifenden Definition, wonach die „*Inability to make a decision*“ das maßgebliche Kriterium fehlender *mental capacity* ist, deren Begriff sodann durch Section 3 MCA erfasst wird.

Sec. 2 (1) MCA: For the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain.

Sec. 3 (1) MCA: For the purposes of section 2, a person is unable to make a decision for himself if he is unable — (a) to understand the information relevant to the decision, (b) to retain that information, (c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or (d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means).

Bei Betrachtung dieser Vorschriften stechen Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Recht ins Auge. Die Beurteilung der Handlungsfähigkeit erfolgt ebenfalls dichotomisch. Zum einen enthält die Definition ein funktionales Element, zum anderen ein diagnostisches Element.<sup>78</sup> Insoweit ist eine Person zur Eigenbestimmung unfähig, wenn sie nicht in der Lage ist, die für die Entscheidung relevante Information zu verstehen, diese Information zu behalten (Erinnerungsvermögen), die gegebenen Informationen in die Willensbildung einzubeziehen und abzuwägen oder schließlich ihren Willen zu kommunizieren. Von diesen Anforderungen würde man die ersten drei Voraussetzungen nach deutscher Terminologie als „natürliche Selbstbestimmungsunfähigkeit“ und die vierte als „faktische Selbstbestimmungsunfähigkeit“ einordnen, wobei der *Code of Practice* davon ausgeht, dass die erstgenannten drei Voraussetzungen zusammen angewendet werden sollten und die vierte Voraussetzung nur in den seltensten Fällen zur Verneinung des Selbstbestimmungsrechts führen wird.<sup>79</sup> Außerdem muss die Ursache der Handlungsunfähigkeit kausal auf „*impairments or disturbances in the functioning of the mind or brain*“ zurückzuführen sein. Dabei kann es sich um eine Reihe von Störungen und Krankheiten handeln, wie beispielsweise psychiatrische Erkrankungen,

---

<sup>76</sup> Vgl. Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 2.1 (“[The statutory principles] aim to assist and support people who may lack capacity to make particular decisions, not to restrict or control their lives.”). Die Handhabung der Werte wird insoweit zusätzlich durch den *Code of Practice* angeleitet.

<sup>77</sup> Vgl. Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 2.4; Explanatory Notes: Mental Capacity Act 2005, Rn. 10-16 (abrufbar unter <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes/contents>> – zuletzt abgerufen am 4.2.2023).

<sup>78</sup> Vgl. *A Local Authority v TZ* [2013] EWHC 2322 (COP) Tz. 17, per Justice Baker; *Herring/Wall Legal Studies* 2015, 698 (707).

<sup>79</sup> Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 4.15.

Lernstörungen, Demenz, Hirnschäden oder Verwirrungszustände, sofern sie sich auf die Funktionsweise des menschlichen Verstands auswirken.<sup>80</sup>

Umstritten ist, in welcher Reihenfolge die beiden Elemente der Handlungsfähigkeit anzuwenden sind. Manche meinen, dass zunächst zu klären sei, ob die betroffene Person eine geistige Beeinträchtigung aufweist, und auf zweiter Stufe die Auswirkungen der vorgefundenen geistigen Beeinträchtigung auf die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung untersucht werden sollen.<sup>81</sup> Überwiegend wird jedoch vertreten, dass gegensätzlich hierzu der funktionale Test an erster Stelle steht („*Is the person unable to make a decision for him- or herself in relation to the matter?*“) und anschließend gefragt wird, ob die Handlungsunfähigkeit auch durch eine geistige Beeinträchtigung verursacht wird oder nicht („*Is the person unable to make the decision because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, his or her mind or brain?*“).<sup>82</sup> Dadurch werde die kausale Verknüpfung hervorgehoben, wodurch zur Fallgruppe der *undue influence* abgegrenzt werden könne.<sup>83</sup>

## 2. Relativität und Fokussierung auf Einsichtsfähigkeit

Die Beurteilung der Handlungsfähigkeit nach dem MCA erfolgt sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht relativ. Es kommt nämlich auf die Entscheidungsfähigkeit „*in relation to a matter at the material time*“ an (sec. 2 (1) MCA). Darüber hinaus ist es irrelevant, ob die Handlungsunfähigkeit auf einem dauerhaften oder vorübergehenden Zustand beruht (sec. 2 (2) MCA). Insoweit wird nicht der globale Geisteszustand beurteilt, sondern vielmehr die konkret in Rede stehende Erklärung. Demgemäß kann eine Person zur Selbstbestimmung in einer Angelegenheit fähig und zugleich zur Selbstbestimmung in einer anderen Angelegenheit unfähig sein.<sup>84</sup>

„This [section 2] sets out the Act’s definition of a person who lacks capacity. It focuses on the particular time when a decision has to be made and on the particular matter to which the decision relates, not on any theoretical ability to make decisions generally. It follows that a person can lack capacity for the purposes of the Act even if the loss of capacity is partial or temporary or if his capacity fluctuates. It also follows that a person may lack capacity in relation to one matter but not in relation to another matter.“<sup>85</sup>

<sup>80</sup> Explanatory Notes: Mental Capacity Act 2005, Rn. 22 (abrufbar unter <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes/contents>> – zuletzt abgerufen am 4.2.2023).

<sup>81</sup> Vgl. Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 4.10 ff.; *Mackenzie/Rogers International Journal of Law in Context* 2013, 37 (39).

<sup>82</sup> *PC v City of York Council* [2013] EWHC Civ 478 Tz. 58-60, per McFarlane LJ; *Kings College Hospital NHS Foundation Trust v C* [2015] EWCOP 80 Tz. 33, 93, per Justice MacDonald; *Law Commission, Making a will*, 2.50; *Herring/Wall Legal Studies* 2015, 698 (707).

<sup>83</sup> *PC v City of York Council* [2013] EWHC Civ 478 Tz. 58, per McFarlane LJ; anschließend *Law Commission, Making a will*, 2.51.

<sup>84</sup> Statt aller *Dunhill v Burgin* [2014] UKSC 18 Tz. 13, per Lady Hale.

<sup>85</sup> Explanatory Notes: Mental Capacity Act 2005, Rn. 21 (abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/notes/contents> – zuletzt abgerufen am 4.2.2023).

Der Hintergrund für diese Vorgehensweise wird darin gesehen, dass sich das Beurteilungsverfahren des MCA wesentlich auf die Einsichtsfähigkeit („*decision-making competence*“) fokussiert.<sup>86</sup> Zum Teil wird kritisiert, dass sich das Verfahren zu einseitig auf die intellektuelle Seite der Willensfähigkeit konzentriert und deswegen Störungen, die sich auf das voluntative Element auswirken, nicht angemessen zu erfassen imstande ist.<sup>87</sup> Das wiederum liegt offenbar daran, dass die Begriffe der *competence* einerseits und der *capacity* andererseits im englischen Recht meist synonym verwendet werden, ohne dass diese jedoch komplett deckungsgleich sind.<sup>88</sup> Diese Debatte können wir hier ausklammern, da ‚*Banks*‘, wie wir später sehen werden, explizit den voluntativen Aspekt des freien Willens hervorhebt.<sup>89</sup> Anschließend stellt sich aber die Frage, worin sich der MCA vom Fallrecht unterscheidet.

### III. *Worin unterscheiden sich die Verfahren und welches wird angewendet?*

In welcher Rolle sich die vom Parlament erlassenen *statutes* in das durch *case law* geprägte englische Common Law<sup>90</sup> einfügen, ist der Ausgangspunkt einer geradezu klassischen Debatte.<sup>91</sup> Während sich die Gesetzgebungstätigkeit des britischen Parlaments ursprünglich auf eine punktuelle Beseitigung konkreter – sozialer oder wirtschaftlicher – Missstände beschränkte, hat das englische Recht im Zuge der Europäisierung seit Ende des 20. Jahrhunderts zunehmend an Statute Law gewonnen.<sup>92</sup> Verbreitet findet sich, wie *Häcker* darstellt, die Ansicht, dass Fallrecht und Statute Law völlig separate Normwelten seien,<sup>93</sup> doch ergebe sich bei genauerer Betrachtung, dass *statutes* das hergebrachte Fallrecht oft impliziert voraussetzen, indem sie hierauf aufbauen oder es in einzelnen Aspekten ändern.<sup>94</sup>

Folglich muss der Mental Capacity Act 2005 in das rechtliche Gefüge eingeordnet werden. Unabhängig vom Kontext der Beurteilung kann die rechtliche Handlungsfähigkeit stets auf das geistige Vermögen, die zur Verfügung stehenden Informationen bewerten und Optionen

<sup>86</sup> *Bielby Medicine, Health Care and Philosophy* 2005, 357 (366).

<sup>87</sup> Insbesondere jüngst *Auckland, The cups of capacity*, S. 167 ff.

<sup>88</sup> So *Bielby Medicine, Health Care and Philosophy* 2005, 357 (362).

<sup>89</sup> Vgl. unten § 12.II.4.

<sup>90</sup> In dieser Passage verwende ich den Begriff, wie es die englische Rechtsprechung gelegentlich macht, als Synonym für das richterlich entwickelte Fallrecht. Common Law ist dann nicht mehr die Beschreibung einer Rechtsfamilie, die im Gegensatz insbesondere zum kontinentaleuropäischen Recht steht, sondern die Beschreibung des Rechts aus einer bestimmten Rechtsquelle im Gegensatz zum Gesetzesrecht (*statutory law*). Vgl. *Kischel, Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 2.

<sup>91</sup> Siehe etwa *Atiyah MLR* 1985, 1 ff.; aus der deutschen Literatur jüngst *Häcker ZEuP* 2023, 10 (13 ff.). Siehe auch *Postema*, in: Coleman et al. (Hrsg.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, S. 595 ff.

<sup>92</sup> Vgl. *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 259 ff.; *Kischel, Rechtsvergleichung*, § 5 Rn. 33.

<sup>93</sup> *Häcker ZEuP* 2023, 10 (16) mit weiteren Nachweisen zum sog. „oil and water“-approach.

<sup>94</sup> Näheres bei *Häcker ZEuP* 2023, 10 (16) mit Verweis auch auf *Atiyah MLR* 1985, 1 (5 f.).

abwägen zu können, reduziert werden.<sup>95</sup> Schließlich geht der *Code of Practice* davon aus, dass die im MCA enthaltene Definition mit dem geltenden Common Law<sup>96</sup> harmoniert.

„The Act’s new definition of capacity is in line with the existing common law tests, and the Act does not replace them. When cases come before the court on the above issues, judges can adopt the new definition if they think it is appropriate. The Act will apply to all other cases relating to financial, healthcare or welfare decisions.“<sup>97</sup>

Jedoch findet sich weder im Gesetz noch in den begleiteten Auslegungshinweisen eine explizite Stellungnahme zu der Frage, ob und wie sich das Gesetz auf ‚*Banks*‘ auswirkt. Sollten die Sections 1-3 MCA den anerkannten Common Law-Test lediglich auf eine gesetzliche Grundlage stellen, ohne eine nennenswerte Abweichung zu erhalten, dürfte sich die Beantwortung dieser Frage in der Rechtsanwendung erübrigen. Freilich ist eine vollkommene Übereinstimmung nicht gegeben, sodass zunächst die bestehenden Unterschiede dargestellt werden. In ‚*Re Walker*‘ arbeitete Nicholas Strauss als Richter des *High Court* die bestehenden Differenzen heraus.

Erstens, sieht Section 1 (2) MCA eine tatsächliche Vermutung der Handlungsfähigkeit vor, wohingegen die Darlegungs- und Beweislast nach dem Common Law zunächst demjenigen obliegt, der aus der Wirksamkeit eines Testaments für sich günstige Folgen herleiten möchte.<sup>98</sup> Die Beweislast kann allerdings leicht verschoben werden. Das Grundprinzip wurde in der Rechtssache ‚*Barry v Butlin*‘ niedergelegt, wonach letztlich anhand einer Abwägung von Wahrscheinlichkeiten („*balance of probabilities*“) entschieden wird.<sup>99</sup> Hält das Gericht das streitgegenständliche Testament oberflächlich betrachtet für vernünftig, besteht die Vermutung, dass der Erblasser geistig in der Lage war, das Testament zu errichten. Die Beweislast verlagert sich dann auf die Partei, die das Testament ablehnt, um die Vermutung durch einen Gegenbeweis zu widerlegen. Wird ein solcher Beweis erbracht, verlagert sich die Beweislast wiederum auf den Begünstigten („*propounder of the will*“).<sup>100</sup> Im umgekehrten Fall, wenn das Testament offensichtlich unvernünftig erscheint, wird hingegen vermutet, dass der Erblasser testierunfähig war, wobei aber der Gegenbeweis leichter zu erbringen sein wird.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> *Auckland*, *The Cusp of Capacity*, S. 167; *Bielby* *Medicine, Health Care and Philosophy* 2005, 357 (359): „[...] the concept of competence [...] has five constitutive requirements: understanding, reasoning, communication, freedom of the will and deliberation.“

<sup>96</sup> Siehe unter anderem *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549 (*Capacity to make a will*); *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64 (*Capacity to enter into contract*); *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595 (*Capacity to make a gift*); *Masterman-Lister v Jewell* [2002] EWHC 417 (QB) (*Capacity to litigate*); *Sheffield City Council v E & S* [2005] 1 FLR 965 (*Capacity to enter into marriage*).

<sup>97</sup> Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 4.33.

<sup>98</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 21-25, per Nicholas Strauss; ähnlich zuvor *Scammell v Farmer* [2008] EWHC 1100 (Ch) Tz. 24, per Stephen Smith.

<sup>99</sup> *Barry v Butlin* (1838) 12 ER 1089, 1090.

<sup>100</sup> Siehe *Symes v Green* (1859) 164 ER 785; *Re Key* (Deceased) [2010] EWHC 408 (Ch), per Briggs J; *Schrader v Schrader* [2013] EWHC 466 (Ch) Tz. 74 ff., per Mann J; *Burgess v Hawes* [2013] EWCA Civ 94.

<sup>101</sup> Siehe näher § 12.III. sowie *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 88.

Zweitens, stelle Section 3 (1) MCA größere Anforderungen an die geistige Fitness des Betroffenen, weil dieser in der Lage sein müsse, sämtliche für sein rechtliches Handeln relevanten Informationen zu verstehen.<sup>102</sup> Nach dem tradierten Common Law müssen keineswegs sämtliche Informationen bis ins letzte Detail verstanden werden können,<sup>103</sup> ebenso wie der Erblasser lediglich fähig sein muss, die unmittelbaren – nicht aber nebensächliche – Folgen seines Testaments zu verstehen.<sup>104</sup> Zum Teil wird jedoch bestritten, ob diese Unterschiede sich bei der praktischen Beurteilung eines Falles überhaupt auswirken.<sup>105</sup> Im *Code of Practice* heißt es beispielsweise, dass das Verständnis der relevanten Informationen nach Section 3 (1) (a) MCA auch lediglich erfordert, die Natur sowie die absehbaren Folgen der Entscheidung verstehen zu können.<sup>106</sup> Ebenso wandte der *High Court* die Sections 1-3 MCA in ‚*Fischer v Diffley*‘ auf die retrospektive Beurteilung der Testierfähigkeit mit dem Argument an, dass das Common Law durch das Gesetz ergänzt werde.<sup>107</sup>

Es stellen sich daher zwei Fragen: Erstens, sind die richterrechtlich gewonnenen Grundsätze des Common Law in ‚*Banks*‘ oder die Sections 1-3 des MCA oder sogar eine Kombination aus beiden auf die Beurteilung der Testierfähigkeit anzuwenden? Zweitens, wie ist die Beweislast angemessen zu verteilen?

Die Diskussion findet ihren Ausgangspunkt in sec. 1 (1) und sec. 2 (1) MCA, wonach die Definition für die Zwecke des Gesetzes („*for the purposes of this Act*“) gilt. Soweit es folglich um die Befugnis des *Court of Protection* geht, ein „*statutory will*“ nach Maßgabe von sec. 16 (2) und sec. 18 (1) (i) MCA zu errichten, ist unstreitig das immanente Verfahren des MCA anzuwenden.<sup>108</sup> Hierbei geht es indes um die Beurteilung der Handlungsfähigkeit einer lebenden Person. Obwohl der *High Court* erkennt, dass es zu einem unbefriedigenden Zwiespalt führen kann, wenn sich die prospektive und die retrospektive Beurteilung nach zwei disruenten Tests richtet,<sup>109</sup> entspricht es mittlerweile ständiger Rechtsprechung, dass sich die retrospektive Beurteilung der Testierfähigkeit nur nach ‚*Banks*‘ richtet. Das Leiturteil

<sup>102</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 21-25, per Nicholas Strauss; zustimmend *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 168 f.

<sup>103</sup> Hierzu *Fuller v Strum* [2001] EWCA Civ 1879, [2001] 1 WLR 1097 Tz. 65.

<sup>104</sup> Siehe *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 Tz. 44 f.: „I do not believe that previous authority goes to the length of requiring an understanding of the collateral consequences of a disposition as opposed to its immediate consequences. Nor do I think it desirable that the law should go that far.“, per Lord Justice Lewison.

<sup>105</sup> *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-005 ff.; vgl. auch *Law Commission*, *Making a will*, 2.55.

<sup>106</sup> Department for Constitutional Affairs, MCA 2005 Code of Practice, 4.16, 4.19 („likely effects of deciding or not making a decision at all“).

<sup>107</sup> *Fischer v Diffley* [2013] EWHC 4567 (Ch) Tz. 25 ff., Tz. 34 („modern statement of the principles“), per HHJ Dight; vgl. auch *Perrins v Holland* [2009] EWHC 1945 (Ch) Tz. 40, per Lewison J; *Gorjat v Gorjat* [2010] EWHC 1537 (Ch) Tz. 130-132, per Sarah Asplin.

<sup>108</sup> Siehe statt aller *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 28, per Nicholas Strauss; *Kicks v Leigh* [2014] EWHC 3926 (Ch) Tz. 35, per Stephen Morris.

<sup>109</sup> Im Übrigen ist auch die Gerichtsbarkeit gespalten. Die Befugnisse des MCA werden durch den *Court of Protection* wahrgenommen. Die Entscheidung über die Wirksamkeit eines Testaments hingegen unterliegt der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die regelmäßig der *Chancery Division* zukommt. Vgl. *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 29, per Nicholas Strauss; *Law Commission*, *Making a will*, 2.57.

ist ‚*Re Walker*‘. Zum einen sei die retrospektive Beurteilung so wesensverschieden von den gesetzgeberischen Zwecken des MCA, dass sie nicht mehr von dessen Anwendungsbereich erfasst werde.<sup>110</sup>

„[...] the nature of the two decisions is quite different. In a case of the present kind, what the court is doing is to decide whether the testator had capacity to make the dispositions which he has made in the past. In an application under the Act, the court has to decide whether the person has capacity with a view, if he has not, to making dispositions which are in his best interests, but not necessarily those which he would himself have made if he had had capacity [...] The Act provides no machinery for taking a decision, during the testator’s lifetime, as to whether a will he has executed is valid.“<sup>111</sup>

Zum anderen sind die Anforderungen an die geistigen Fähigkeiten des Erblassers nach dem Common Law klassischerweise niedrig angesetzt, um die Autonomie betagter Personen nicht übermäßig einzuschränken.<sup>112</sup> Daher erscheine es unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber das ausdifferenzierte *case law* durch eine allgemeine Definition ersetzen wollte, die überdies auf ein breites Spektrum unterschiedlicher Situationen anwendbar sei.<sup>113</sup> ‚*Re Walker*‘ wurde daraufhin sowohl durch ‚*James v James*‘<sup>114</sup> als auch durch ‚*Re Clitheroe*‘<sup>115</sup> bestätigt, sodass es nun gefestigter Meinung entspricht, dass ‚*Banks*‘ weiterhin maßgeblich bleibt. Konsequenterweise hat der *High Court* in ‚*Kicks v Leigh*‘ seine Rechtsprechung auf die Geschäftsfähigkeit für eine Schenkung unter Lebenden übertragen, insofern als diese ebenfalls nicht vom Anwendungsbereich des MCA erfasst werde und dementsprechend der Common Law Test nach ‚*Re Beaney*‘ anzuwenden ist.<sup>116</sup> Es bleibt zwar zu erwähnen, dass die Rechtsprechung des *High Court* durch ein höherrangiges Gericht in der Hierarchie geändert werden könnte.<sup>117</sup> Gleichwohl ist eine Tendenz zur Anwendung von ‚*Banks*‘ auch in der Rechtsprechung des *Court of Appeal* zu erkennen, der zu ‚*Hughes v Pritchard*‘ schlicht über das Verhältnis hinwegging und stattdessen auf das gewohnte Fallrecht rekurrierte.<sup>118</sup>

Die *Law Commission* hingegen bedauert die rechtliche Disparität und kritisiert die Rechtsprechung mit dem einleuchtenden Argument, dass es anormal erscheine, wenn ein und dieselbe Rechtsfrage je nach den Umständen, unter denen die Frage aufgeworfen wird, nach anderen Kriterien beurteilt wird.<sup>119</sup> In ihrer Funktion ist es Aufgabe der unabhängigen *Law*

<sup>110</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 48: „[...] there is simply nothing in the provisions of the Act to suggest that, as regards wills, it had to do with anything other than enabling the court to make decisions for living, incapable, persons.“, per Nicholas Strauss; vgl. im Ergebnis ebenso *Scammell v Farmer* [2008] EWHC 1100 (Ch) Tz. 25, per Stephen Smith.

<sup>111</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 31, per Nicholas Strauss.

<sup>112</sup> Siehe *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, 566, per Cockburn CJ.

<sup>113</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 32-34, per Nicholas Strauss.

<sup>114</sup> *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch) Tz. 68-87, per Paul Matthews HHJ.

<sup>115</sup> *Re Clitheroe* (deceased) [2021] EWHC 1102 (Ch) Tz. 51 ff., per Falk J.

<sup>116</sup> Vgl. *Kicks v Leigh* [2014] EWHC 3926 (Ch) Tz. 31 ff., per Stephen Morris.

<sup>117</sup> Zum Aspekt der Bindung an Präzedenzfälle siehe *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 21.

<sup>118</sup> Vgl. *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 62 ff.

<sup>119</sup> Vgl. *Law Commission*, Making a will, 2.57 f.: „The fundamental difficulty in the existence of two tests is that it leads to a risk of conflicting conclusions being drawn by the Court of Protection applying the MCA and

*Commission* die Entwicklung des Rechts voranzutreiben, indem sie das geltende Recht überprüft und dem Parlament Reformen und Gesetzesänderungen vorschlägt, um die Rechtslage einfacher, zugänglicher, gerechter und moderner zu gestalten.<sup>120</sup> Dementsprechend schlussfolgert sie in einem 2017 veröffentlichten Bericht, dass Reformbedarf besteht.<sup>121</sup> Aber welchen Umfang sollte die Reform haben?

Zunächst wird verworfen, dass ‚*Banks*‘ durch eine der anerkannten medizinischen Testverfahren ersetzt werden sollte. Diese liefern der Einfachheit halber meist einen numerischen Wert, der entlang eines Spektrums von kognitiven Fähigkeiten kategorisiert werden kann. Folglich handele es sich um eher oberflächliche Maßnahmen, die keine detaillierte oder kontextbezogene Bewertung des Geistesvermögens liefern und die Komplexität der Willenserklärung nicht berücksichtigen könnten. In anderen Worten ist diese Art der Beurteilung weder nuanciert noch genau genug.<sup>122</sup> Außerdem komme hinzu, dass von Richtern entschieden wird, ob eine Person testierfähig war oder nicht. Indessen sei ein Gericht besser in der Lage, einen juristischen Tatbestand auszulegen und anzuwenden als einen medizinischen Test zu beurteilen, zumal medizinische Testverfahren ohnehin nicht auf die rückwirkende Beurteilung der Handlungsfähigkeit nach dem Tod der betroffenen Person zugeschnitten sind.<sup>123</sup> Drittens, meint die *Law Commission*, verletzte das alleinige Abstellen auf das Ergebnis eines medizinischen Testverfahrens das Recht auf Gleichbehandlung nach Art. 12 CRPD, weil das Verfahren nicht berücksichtigen könne, wie sich die Störung tatsächlich auf die Willensfähigkeit auswirkt.<sup>124</sup>

Anschließend geht der Diskussionsbericht der Kommission auf einen zweiten Vorschlag ein, den sie jedoch ebenfalls verwirft. Der zweite Ansatz verfolgt das Ziel, einen neuen Test zur Beurteilung der Testierfähigkeit vorzuschlagen, der nicht auf ‚*Banks*‘, dem MCA oder einem bestehenden medizinischen Test beruht. Wohl zurecht sieht die Kommission aber keinen so dringenden Handlungsbedarf, insofern „*as it does not seem necessary or desirable to create a legal test of capacity out of thin air.*“<sup>125</sup> Zudem erschiene es leichtsinnig, die Arbeit einer

---

other courts applying the common law. For example, although rarely used in isolation, Section 15 of the MCA gives the Court of Protection power to make declarations as to a person’s capacity to make a decision (including to make a will). It is unclear whether the Court of Protection should apply the MCA test or the common law test. As a statutory court empowered by the MCA, it is not evident that the Court of Protection can apply the common law test. But a declaration by the Court that the testator had capacity under the MCA may not prevent a will from being challenged after death on the grounds that the testator lacked capacity under the common law test.“ – Diesen Missstand vermögen freilich auch die Erwägungen von Nicholas Strauss in *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 35 nicht auszuräumen; kritisch äußert sich auch *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 175.

<sup>120</sup> Vgl. insbesondere *Law Commissions Act 1965* (c.22), ss. 1, 3(1).

<sup>121</sup> *Law Commission*, *Making a will*, 2.59 ff.

<sup>122</sup> *Law Commission*, *Making a will*, 2.61; vgl. auch *Burns v Burns* [2016] EWCA Civ 37.

<sup>123</sup> *Law Commission*, *Making a will*, 2.62.

<sup>124</sup> Vgl. *Law Commission*, *Making a will*, 2.63.

<sup>125</sup> *Law Commission*, *Making a will*, 2.64.

jahrhundertalten Rechtsprechung zu ignorieren, um einen unerprobten neuen Weg einzuschlagen.<sup>126</sup>

Damit stellt sich nun die Frage, was die *Law Commission* andernfalls zur Lösung des dargestellten Konflikts beiträgt. Ihr erster vorläufiger Vorschlag besteht darin, den MCA neben dem *Code of Practice* anzuwenden. Das hätte den Vorteil, die Rechtslage konsistent, kohärent und moderner zu gestalten, weil nur dieses Vorgehen ermögliche, die Rechtsprechung von ‚*Banks*‘ zu erhalten und zugleich die Konflikte mit dem MCA und den Befugnissen des *Court of Protection* zu lösen.<sup>127</sup> Angesichts der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des *High Court*, die auch nach Veröffentlichung des Diskussionspapiers nicht den MCA anwenden möchte, dürfte sich diese Meinung wohl nicht mehr durchzusetzen vermögen. Andererseits bietet ihr alternativer Vorschlag, die ‚*Banks*‘-Rechtsprechung selbst auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, perspektivisch gesehen einige Vorteile. Vorausgeschickt, dass der Vorschlag auf eine Reform der gegenwärtigen Rechtslage hinausläuft und sich nicht auf eine bloße Kodifikation erstrecken würde, meint die *Law Commission*, die Definition in einfachen und modernen Begriffen neu formulieren zu können, die der aktuellen psychiatrischen Forschung und ihren Begriffen besser entsprechen könnte.<sup>128</sup> Zweitens, biete sich hierdurch die Möglichkeit der Klarstellung, dass nicht nur „*disorders of the mind*“ und „*delusions*“ als mögliche Ursache fehlender Testierfähigkeit in Betracht kommen, sondern darüber hinausgehend eine Reihe verschiedener Krankheiten und Symptome.<sup>129</sup> Drittens, werde der Streit gelöst, der die Auslegung der Tatbestandsmerkmale von ‚*Banks*‘ betrifft.<sup>130</sup> Gemeint ist die Streitigkeit um das sog. „*fourth limb*“ des Tests.<sup>131</sup> Die Antwort auf diese Frage geht aus der Rechtsprechung nicht eindeutig hervor, und es ist wenig überraschend, dass es unterschiedliche Auffassungen über die Auslegung einer unklaren Formulierung in einem Fall gibt, der mittlerweile 150 Jahre alt ist. Schließlich ließe sich auch eine Beweislastregel in Form einer tatsächlichen Vermutung nach dem Vorbild von sec. 1 (2) MCA gesetzlich verankern, deren Zweck darin bestehe, einer stereotypen Behandlung von Menschen mit einer psychischen Krankheit oder Behinderung entgegenzuwirken. Dadurch werde kenntlich gemacht, dass in jedem Verfahren ein funktionaler und kein statusbezogener Ansatz verfolgt wird.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> Ebenda.

<sup>127</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.66 ff. sowie Consultation Question 3. Vgl. in diesem Kontext auch *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 35.

<sup>128</sup> Vgl. *Law Commission*, Making a will, 2.74 ff., insb. 2.76, 2.82.

<sup>129</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.77.

<sup>130</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.78 ff.

<sup>131</sup> Statt aller *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), Landmark Cases in Succession Law, S. 67 f.; vgl. unten § 12.II.4.a).

<sup>132</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.88: „The question is then: what does a presumption of capacity add to the analysis? In our view, the presumption of capacity draws attention to the functional nature of the capacity analysis. Since it would be presumed that every testator had capacity at the time the will was executed, the presumption would make clear that a person’s medical status, diagnosis or condition is not determinative of capacity. No disability or impairment is, by itself, proof that the testator lacks capacity. Consequently, the presumption channels the analysis towards the effects of any impairment on the mental state of the testator at

#### IV. Zwischenergebnis

Zurückblickend und vorgehend für den weiteren Gang der Darstellung bleibt festzuhalten, dass die grundlegenden Voraussetzungen der Selbstbestimmungsfähigkeit eines Testators, welcher höchstpersönlich testiert, sich nach ‚*Banks v Goodfellow*‘ des *Court of the Queen’s Bench* aus dem Jahr 1870 richten. Es ist zwar möglich, dass die Rechtsprechung des *High Court* zur Nicht-Anwendbarkeit des MCA durch ein höherrangiges Gericht geändert wird.<sup>133</sup> Indes ist es als gesichert anzusehen, dass ‚*Banks*‘ weiterhin maßgeblich bleibt. Im folgenden Kapitel soll deswegen die weitere Entwicklung und Auslegung der Rechtsprechung zur Testierfähigkeit dargestellt werden. Dabei wird ein besonderes Augenmerk darauf liegen, wie die Rechtsprechung auf geänderte medizinische und demografische Gegebenheiten im Laufe der Zeit seit Ende des 19. Jahrhunderts reagierte.

#### § 12. Die Weiterentwicklung und Auslegung von ‚*Banks*‘

„It is essential to the exercise of such a power that a testator [1.] shall understand the nature of the act and its effects; [2.] shall understand the extent of the property of which he is disposing; [3.] shall be able to comprehend and appreciate the claims to which he ought to give effect; [4.] and with a view to the latter object that no disorder of the mind shall poison his affections, pervert his sense of right, or prevent the exercise of his natural faculties; that no insane delusion shall influence his will on disposing of his property, and bring about a disposal of it which would not have been made otherwise.“<sup>134</sup>

Um den Inhalt dieser Aussage geht es im folgenden Abschnitt. Testierfreiheit setzt Testierfähigkeit voraus, also ein hinreichendes Verständnis der Auswirkungen der letztwilligen Verfügung, des Vermögens sowie der begünstigten Personen. Der Erblasser muss im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte sein („*of sound and disposing mind and memory*“).<sup>135</sup> Vorausgeschickt ist anzumerken, dass die Rechtsprechung jedoch keine allzu strengen Anforderungen aufstellt.<sup>136</sup> Keineswegs wird ein „*perfectly balanced mind*“ vorausgesetzt.<sup>137</sup> Schon Sir Alexander Cockburn zitierte in ‚*Banks*‘ zwei Urteile der US-amerikanischen Gerichtsbarkeit, worin jeweils angedeutet wurde, dass die Anforderungen

---

the time the will was executed.“ – Vgl. auch *British Columbia Law Institute*, Report on Common-Law Tests of Capacity, S. 43 ff.

<sup>133</sup> *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 175.

<sup>134</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56 [Hervorhebung eingefügt], per Cockburn CJ.

<sup>135</sup> Vgl. *Solomon*, in Burandt/Rojahn (Hrsg.), *Erbrecht, Länderbericht England und Wales (Vereinigtes Königreich)* Rn. 52.

<sup>136</sup> Vgl. *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-008; *Ford*, in *Learmonth/Ford/Clark/Martyn* (Hrsg.), *Williams Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Rn. 10-03.

<sup>137</sup> *Ball v Ball* [2017] EWHC 1750 (Ch) Tz. 41.

nicht zu streng angesetzt sein dürften, um einer vorschnellen Einschränkung der Testiermöglichkeit älterer und kranker Menschen zu verhindern.

„By the terms 'a sound and disposing mind and memory,' it has not been understood that a testator must possess these qualities of the mind in the highest degree, otherwise very few could make testaments at all; neither has it been understood that he must possess them in as great a degree as he may have formerly done, for even this would disable most men in the decline of life. The mind may have been in some degree debilitated, the memory may have become in some degree enfeebled, and yet there may be enough left clearly to discern and discreetly to judge of all those things, and all those circumstances which enter into the nature of a rational, fair, and just testament. But if they have so far failed as that these cannot be discerned and judged of, then he cannot be said to be of sound and disposing mind and memory. [...] A man in whom this faculty is totally extinguished cannot be said to possess understanding to any degree whatever, or for any purpose. But his memory may be very imperfect: it may be greatly impaired by age or disease; he may not be able at all times to recollect the names, the persons, or the faculties of those with whom he had been intimately acquainted; [...].“<sup>138</sup>

Ungeachtet des zweideutigen Wortlauts ist es allgemeine Meinung, dass es um die Fähigkeit geht, einen Geschäftswillen zu äußern.<sup>139</sup> Zu fragen ist deshalb, ob der Testierende grundsätzlich einen vernünftigen Willen bilden kann.<sup>140</sup> Da „*knowledge and approval*“<sup>141</sup> nach dem Common Law eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung selbstbestimmten Testierens ist, behandelt ‚*Perrins v Holland*‘ die logische Verknüpfung untereinander, wonach die Testierfähigkeit eine vorgelagerte Frage zu beantworten sucht.

„Testamentary capacity includes the ability to make choices, whereas knowledge and approval requires no more than the ability to understand and approve choices that have already been made.“<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> *Den v Vancleve* (1819) 2 Southard 660 sowie *Stevens v Vancleve* (1822) 4 Washington 267, zitiert in *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 57; ebenfalls aufgegriffen von *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449 Tz. 71 und *Burns v Burns* [2016] EWCA Civ 37 Tz. 43; vgl. auch *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-008.

<sup>139</sup> *Hoff v Atherton* [2004] EWCA Civ 1554 Tz. 62: „[...] the requirements of testamentary capacity and knowledge and approval are conceptually distinct. A finding of capacity to understand is, of course, a prerequisite to a finding of knowledge and approval. A testator cannot be said to know and approve the contents of his will unless he is able to, and does, understand what he is doing and its effect.“, per Chadwick LJ.

<sup>140</sup> Eindringlich *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280 Tz. 40: „In other words, capacity depends on the potential to understand. It is not to be equated with a test of memory.“, per Lewinson LJ; ähnlich *Goss-Custard v Templeman* [2020] EWHC 632 (Ch) Tz. 135.

<sup>141</sup> Der Erblasser muss den Inhalt seines Testaments kennen und billigen, siehe *Gill v Woodall* [2010] EWCA Civ 1430 Tz. 14: „Knowing and approving of the contents of ones will is traditional language for saying that the will ‚represented [one`s] testamentary intentions“; per Lord Neuberger; sowie a.a.O. Tz. 71: „On the basis that she did have the necessary capacity to make a will, therefore, the question is whether she knew, understood and accepted the terms of the particular document to which she put her signature on 27 April 1993. [...] It may not be useful to analyse the traditional phrase at all, but at any rate one can say that it covers the propositions both that the testator knows what is in the document and that he approves of it in the sense of accepting it as setting out the testamentary intentions to which he wishes to give effect by execution.“, per Lloyd LJ.

<sup>142</sup> *Perrins v Holland* [2010] EWCA Civ 840 Tz. 64, per Moore-Bick LJ. – Würden die Testierfähigkeit des Erblasser und die Formwirksamkeit des Testaments bewiesen, so wird *knowledge and approval* vermutet, vgl. *Barry v Butlin* (1838) 12 ER 1089; *Megarry/Wade*, The Law of Real Property, Rn. 13-017.

### I. Ursachen und medizinische Hintergründe der Handlungsunfähigkeit

„*Banks*“ bezieht sich vor allem auf „*delusions*“, allerdings gibt es nach dem Stand der modernen Forschung vielfältige medizinische Ursachen der Handlungsunfähigkeit. Die Ursachen können grob in zwei Kategorien eingeteilt werden. Zum einen „*learning disabilities*“, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Betroffene die notwendigen Fähigkeiten nicht ausreichend entwickelte, zum anderen „*impairments of the mind*“, wobei die Selbstbestimmungsfähigkeit des Betroffenen im Laufe des Lebens durch eine geistige Beeinträchtigung unter das geforderte Ausmaß absinkt.<sup>143</sup> Zu letzteren zählen vor allem jegliche Formen des Demenzsyndroms.<sup>144</sup> Während diese im Jahr 1870 nicht erforscht waren, sind sie heute Dreh- und Angelpunkt eines Großteils der gerichtlichen Fälle.<sup>145</sup> Aus diesem Grund ist das Fallrecht auf die moderne Forschung auszurichten. Ein Beispiel hierfür liefert „*Key v Key*“, demzufolge auch ein kurz zurückliegender schwerer Trauerfall zur Testierunfähigkeit führen könne.<sup>146</sup>

„Without in any way detracting from the continuing authority of *Banks v Goodfellow*, it must be recognised that psychiatric medicine has come a long way since 1870 in recognising an ever widening range of circumstances now regarded as sufficient at least to give rise to a risk of mental disorder, sufficient to deprive a patient of the power of rational decision-making, quite distinctly from old age and infirmity. [...] Accordingly, although neither I nor counsel has found any reported case dealing with the effect of bereavement on testamentary capacity, the *Banks v Goodfellow* test must be applied so as to accommodate this, among other factors capable of impairing testamentary capacity, in a way in which, perhaps, the court would have found difficult to recognise in the 19th century. *Banks v Goodfellow* was itself mainly a case about alleged insane delusions. Many of the cases which have followed it are about cognitive impairment brought on by old age and dementia. The test which has emerged is primarily about the mental capacity to understand or comprehend. The evidence of the experts in the present case shows, as I shall later describe, that affective disorder such as depression, including that caused by bereavement, is more likely to affect powers of decision-making than comprehension. A person in that condition may have the capacity to understand what his property is, and even who his relatives and dependants are, without having the mental energy to make any decisions of his own about whom to benefit.“<sup>147</sup>

Andererseits folgt der medizinischen Diagnose nicht, dass die betroffene Person urteilsunfähig ist. Unter Umständen kann der Eintritt eines Krankheitssyndroms sogar erst Anlass für die Errichtung eines Testaments sein, so beispielsweise im frühen Stadium einer

<sup>143</sup> Umfassend *Ford*, in *Learmonth/Ford/Clark/Martyn* (Hrsg.), *Williams Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Rn. 10-10 ff.

<sup>144</sup> Siehe bereits § 6. zu den Demenzformen.

<sup>145</sup> Vgl. nur *Hoff v Atherton* [2004] EWCA Civ 1554; *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94; *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280; *Burns v Burns* [2016] EWCA Civ 37; *Walters v Smea* [2008] EWHC 2029 (Ch); *Re Walker (deceased)* [2014] EWHC 71 (Ch); *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch); *Goss-Custard v Templeman* [2020] EWHC 632 (Ch); *Re Clarke* [2023] EWHC 147 (Ch).

<sup>146</sup> Vgl. *Re Key* [2010] EWHC 408 (Ch). – Zu Alkoholismus vgl. *Edkins v Hopkins* [2016] EWHC 2542 (Ch); *Bishop v Bishop* [2009] 4 WLUK 329.

<sup>147</sup> *Re Key* [2010] EWHC 408 (Ch) Tz. 95 f., per Briggs J; bestätigt von *Re Wilson* [2013] EWHC 499 (Ch) und *Re Dharamshi* [2013] EWHC 3917 (Ch).

Alzheimer-Krankheit, wenn die Person noch testieren möchte, bevor es zu spät ist.<sup>148</sup> Aus juristischer Perspektive sind immer die Auswirkungen auf die Funktionsweise der geistigen Fähigkeiten der Person maßgeblich.<sup>149</sup> Um diese geht es in der Definition nach ‚*Banks*‘, die insgesamt vier Säulen umfasst.

## II. Die vier Säulen der Definition

### 1. Einsicht in die Natur des Testierens und absehbare Rechtsfolgen

Zunächst muss der Erblasser nach ‚*Banks*‘ fähig sein, die Bedeutung sowie die Rechtsfolgen der Errichtung eines Testaments zu verstehen. Damit stellt das englische Recht auf die Einsichtsfähigkeit ab. Es besteht Einigkeit darüber, dass diese sowohl zeitlich als auch sachlich relativ ist,<sup>150</sup> die Abwesenheit des freien Willens also stets im Kontext des jeweiligen Rechtsgeschäfts beurteilt werden muss. Insofern fehlt dem Erblasser die Einsichtsfähigkeit jedenfalls dann, wenn er sich keine Vorstellungen von der Tatsache der Errichtung eines Testaments, von dessen Inhalt sowie den Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag.<sup>151</sup> Freilich muss er nicht die genauen Rechtsfolgen mit juristischer Penibilität verstehen können, sondern es genügt im Grundsatz, wenn er sich darüber im Klaren ist, dass ein Testament sich erst ab dem Zeitpunkt seines Todes auswirkt und es frei widerruflich sowie änderbar ist.<sup>152</sup>

‚*Re Beaney*‘ untersucht das Tatbestandsmerkmal näher. Allerdings geht es im Sachverhalt gar nicht um ein Testament, sondern eine lebzeitige Schenkung. Eine Mutter, deren geistiger Zustand sich infolge demenzieller Symptome seit der Diagnose im Jahr 1970 stetig verschlechterte, hatte im Mai 1973 ihrer ältesten Tochter das selbstgenutzte Eigenheim übergeben, ohne ihre beiden weiteren Abkömmlinge zu bedenken. Die Motivation der Übergeberin war offenbar von dem Gedanken bestimmt, dass nur die älteste Tochter einer Absicherung bedurfte. Während die beiden nicht begünstigten Abkömmlinge jeweils

<sup>148</sup> Vgl. etwa den Sachverhalt von *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386.

<sup>149</sup> Siehe statt aller *Law Commission*, Making a will, 2.16.

<sup>150</sup> *The Vegetarian Society v Scott* [2013] EWHC 4097 (Ch) Tz. 26, per Simon Barker; *Masterman-Lister v Jewell* [2002] EWCA Civ 1889, [2003] 1 WLR 1511 Tz. 23 ff., per Kennedy LJ, Tz. 58, per Chadwick LJ; *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch) Tz. 186, per Nicholas Strauss („Less cognitive ability would be required by a testator with a limited range of potential beneficiaries and straightforward assets”); *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch) Tz. 116, per Paul Matthews HHJ („The simpler the estate and the fewer claimants, the less difficult it is to dispose of, and accordingly the less acute the faculties required to do so successfully.“).

<sup>151</sup> Vgl. *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595 (*Capacity to make a gift*), [1978] 1 WLR 770, 774, per Martin Nourse.

<sup>152</sup> *Parry/Kerridge*, The Law of Succession, Rn. 5-04; *Mellows*, The Law of Succession, Rn. 5.6.

Die Natur des Testierens wird klassischerweise auf diese Elemente reduziert, vgl. *Pollock/Maitland*, History of English Law before the Time of Edward I, Bd. 2, S. 313: „[...] a will or testament should have at least one of three qualities: In the first place, it should be a revocable instrument. Secondly, it should be an ambulatory instrument. By this we mean that it should be capable of conveying [...] property which does not belong to the testator when he makes his will, but which does belong to him at the moment of his death. For the third quality that we would like to describe we have no technical term; but perhaps we may be suffered to call it the ‘hereditary’ quality of the testament; it can make an heir, or [...] it can make a representative of the testator.“

verheiratet sowie weggezogen waren und in stabilen wirtschaftlichen Verhältnissen lebten, zog die Begünstigte im Jahr 1971 zur Übergeberin, um nach dem Tod des Vaters für ihre Mutter zu sorgen. Gleichwohl wurde gerichtlich die Feststellung der Nichtigkeit dieser Übertragung begehrt, weil die Übergeberin nicht habe verstehen können, dass sie die Verfügungsbefugnis im Zuge der Übertragung unbeschränkt verlieren würde. Es wurde argumentiert, dass sich das Vermögen der Übergeberin im Wesentlichen aus dem Wert der Immobilie zusammensetzte und die Übertragung der einzig werthaltigen Vermögensposition einer Erbschaft gleichkomme.<sup>153</sup> Je nach der Einordnung des Geschäfts ändern sich mit der Relativität des Willens nämlich auch die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit. Die Begünstigte machte im Verfahren geltend, dass es sich um eine einfache Schenkung gehandelt habe. In diesem Fall müsste die Übergeberin nur in der Lage gewesen sein, zu verstehen, dass sie ein Geschenk ohne Gegenleistung erbringt, dass Gegenstand dieses Geschenks ihr Haus ist, und dass die begünstigte Person ihre Tochter ist. Hierzu war die Übergeberin trotz ihrer demenziellen Erkrankung fähig. Die Kläger hingegen meinten, ihre Mutter hätte verstehen müssen, dass sie ihren einzigen wertvollen Vermögenswert verschenkte und ihren beiden anderen Kindern jeden realen Anteil an ihrem Vermögen vorenthielt.<sup>154</sup> Auf diese Frage hin untersuchte das Gericht die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit. Es kam hierbei zu der Schlussfolgerung, dass das konkrete Rechtsgeschäft höhere Voraussetzungen an die Einsichtsfähigkeit erforderte, welche die Übergeberin nicht erfüllt habe.<sup>155</sup>

„In the circumstances, it seems to me that the law is this. The degree or extent of understanding required in respect of any instrument is relative to the particular transaction which it is to effect. In the case of a will the degree required is always high. In the case of a contract, a deed made for consideration or a gift inter vivos, whether by deed or otherwise, the degree required varies with the circumstances of the transaction. Thus, at one extreme, if the subject matter and value of a gift are trivial in relation to the donor's other assets a low degree of understanding will suffice. But, at the other extreme, if its effect is to dispose of the donor's only asset of value and thus, for practical purposes, to pre-empt the devolution of his estate under his will or on his intestacy, then the degree of understanding required is as high as that required for a will, and the donor must understand the claims of all potential donees and the extent of the property to be disposed of. On this view, and in the circumstances which I have mentioned, the plaintiffs must succeed.“<sup>156</sup>

<sup>153</sup> Vgl. *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595 (*Capacity to make a gift*), [1978] 1 WLR 770 ff.

<sup>154</sup> *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595, [1978] 1 WLR 770, 773.

<sup>155</sup> *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595, [1978] 1 WLR 770, 773: „Authority apart, and with regard to the present case, I would be surprised to find that the law allowed a lower degree of understanding, on the part of Mrs. Beaney, for the execution of the transfer dated May 16, 1973, than it would have required for her to make a will on the same date. In either case, she was, in practice, or would have been in fact, disposing of the whole of her estate. In either case I would have thought it necessary for her to understand that that was what she was doing and to appreciate the claims of the other potential beneficiaries, namely, her two younger children.“, per Martin Nourse mit Verweis auf *Birkin v. Wing* (1890) 63 L.T. 80; *Manches v. Trimborn* (1946) 115 L.J.K.B. 305; und *Gibbons v. Wright* (1954) 91 C.L.R. 423.

<sup>156</sup> *Re Beaney* (deceased) [1978] 2 All ER 595, [1978] 1 WLR 770, 774, per Martin Nourse; bestätigt durch *Hoff v Atherton* [2004] EWCA Civ 1554 Tz. 35, per Peter Gibson LJ.

Ein weiteres Urteil, welches zur Auslegung der Definition beiträgt, ist ‚*Simon v Byford*‘. Die Erblasserin Mrs. Simon hatte anlässlich ihres 88. Geburtstags im Dezember 2005 ein Testament errichtet, demgemäß der Nachlass, abgesehen von einem Vermächtnis an ihre Haushälterin, zu gleichen Teilen unter ihren vier Kindern aufgeteilt werden sollte. Nach früheren Testamenten aus den 1990er Jahren sollte jedoch ein Sohn – Robert Simon – einen größeren Anteil als seine Geschwister erhalten: eine Wohnung im Southend und ihre Anteile am Familienunternehmen sollten ihm zusätzlich vermacht sein. In einem Schreiben der Erblasserin hieß es damals, dass sie ihn wegen seiner „unermüdlichen Hilfe“ und weil er sich „als derjenige erwiesen hat, der die Zügel des Unternehmens in der Hand halten sollte“, begünstigt habe. Mrs. Simon legte zeitlebens großen Wert darauf, ihre Kinder gleich zu behandeln. Dass ein Sohn gegenüber seinen Geschwistern bevorzugt wurde, sollte einen Stillstand des Familienunternehmens durch Stimmgleichheit verhindern. Aus diesem Grund hatte sie sich im Zuge der vorhergehenden Beteiligung der Kinder am Unternehmen so wenige Anteile vorbehalten, dass sie durch ihre Stimme einen „*deadlock*“ verhindern konnte. Als sie im Jahr 2005 nochmals testierte, konnte sie sich allerdings nicht mehr an diese Motivation erinnern. Vielmehr dachte sie, ihren Nachlass bereits zu gleichen Teilen aufgeteilt zu haben. Vom Gericht hinzugerufene Sachverständige waren sich einig, dass Mrs. Simon an einer leichten bis mittelschweren Demenz litt, so dass ihre Testierfähigkeit in Frage stand. Nach Befragung von Zeugen kam der Richter in erster Instanz zu dem Schluss, sie habe eine bewusste Entscheidung getroffen, das Vermögen in Übereinstimmung ihrer lebenslangen Philosophie nach gleichen Teilen zu verteilen und nicht auf frühere Verfügungen zurückzublicken.<sup>157</sup> Der *Court of Appeal* setzte sich daraufhin mit der Frage auseinander, ob Testierfähigkeit nach ‚*Banks*‘ erfordert, dass ein Erblasser nicht nur die unmittelbaren, sondern auch die mittelbaren Folgen der letztwilligen Verfügung verstehen können muss.<sup>158</sup> Das Berufungsgericht stellte fest, dass die Erblasserin jedenfalls die unmittelbaren Konsequenzen verstanden hatte.<sup>159</sup> Sie wusste, dass sie Anteile an dem Unternehmen besaß, dass das Testament auch ihre Aktien zu gleichen Teilen aufteilte und dies eine für den Sohn nachteilige Abweichung war. Andererseits konnte sie die Bedeutung der Verteilung dieser Gesellschaftsanteile aufgrund ihrer fortgeschrittenen Demenz nicht mehr erfassen. Hierzu musste sie nach Ansicht des *Court of Appeal* indes gar nicht fähig gewesen sein. Nebensächliche Rechtsfolgen, die mit der Vererbung eines Nachlassgegenstands für den Erben verbunden sind, müssen vom Erblasser nicht erfasst werden.

„I do not believe that previous authority goes to the length of requiring an understanding of the collateral consequences of a disposition as opposed to its immediate consequences. Nor do I think it desirable that the law should go that far. [...] The significance of the shares on their own was slight. What gave them significance (at

---

<sup>157</sup> Vgl. *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 sowie *Simon v Byford* [2013] EWHC 1490 (Ch), [2013] WTLR 1615.

<sup>158</sup> *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 Tz. 44.

<sup>159</sup> Ebd.

least to Robert) was the fact that, combined with his existing shareholding in the company, acquisition of Mrs Simon's shares would give him the power to avoid deadlock. But that would have required Mrs Simon to have understood (and remembered) not only what her own estate was, but also what Robert's assets were. I do not think that any of the authorities requires as a condition of testamentary capacity that the testator should understand or remember the extent of anyone else's property. Again, what Ms Reed's submission really amounts to is a memory test. In fact the classic formulations of testamentary capacity (quoted above) limit themselves to requiring the testator to understand no more than the extent of his property. They do not require him to understand the significance of his assets to other people.<sup>160</sup>

Das Urteil wurde wiederum in dem Licht entschieden, dass es sich um ein einfaches Testament handelte.<sup>161</sup> Eine Ansicht, die in der Rechtsprechung des *High Court* und des *Court of Appeal* regelmäßig wiederkehrt.<sup>162</sup>

## 2. Zusammensetzung des Nachlasses

Des Weiteren muss der Testator den Umfang des Vermögens, über das er letztwillig verfügt, kennen.<sup>163</sup> Auch dieses Element der Testierfähigkeit verlangt jedoch keineswegs eine detaillierte Kenntnis aller einzelnen Vermögensgegenstände und des respektiven Werts.<sup>164</sup> Entsprechend den obigen Grundsätzen handelt es sich um eine relative Voraussetzung, die anzeigt, dass der Erblasser den Umfang des Nachlasses im Auge haben sollte.<sup>165</sup> Schließlich ist das Erfordernis der Selbstbestimmungsfähigkeit nicht mit einem Gedächtnistest gleichzusetzen.<sup>166</sup> Ein Erblasser ist urteilsunfähig, wenn er nicht über ausreichende Fähigkeiten verfügt, um den tatsächlichen Umfang seines Vermögens richtig zu erfassen. So wurde in *Wood v Smith*<sup>167</sup> entschieden. Dort hatte der Erblasser einem anwesenden Zeugen bei der Errichtung seines Testaments mitgeteilt, dass er letztwillig über ein Vermögen in Höhe von 17.000 GBP verfügen wollte, während es sich tatsächlich auf weit über 100.000 GBP

<sup>160</sup> *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 Tz. 45 f., per Lewison LJ; anschließend *Kunicki v Hayward* [2016] EWHC 3199 (Ch); *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch) Tz. 114, per Paul Matthews HHJ; *Law Commission*, Making a will, 2.24.

<sup>161</sup> *Simon v Byford* [2013] EWHC 1490 (Ch), [2013] WTLR 1615: „[She] had been capable of understanding, and had understood, the nature of a will and the effect of the 2005 will, which was a very simple one.“, per Nicholas Strauss; bestätigt von *Simon v Byford* [2014] EWCA Civ 280, [2014] WTLR 1097 Tz. 35.

<sup>162</sup> Siehe [neben den Nachweisen in Fn. 120] auszugsweise *Hoff v Atherton* [2004] EWHC 177 (Ch) sowie *Hoff v Atherton* [2004] EWCA Civ 1554 Tz. 18, 35, per Peter Gibson LJ; *Burns v Burns* [2016] EWCA Civ 37 Tz. 46 ff., per McCombe LJ; *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 65, per Asplin LJ; *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch) Tz. 209 f., per Nicholas Strauss; *McClintock v Calderwood* [2005] EWHC 836 (Ch) Tz. 136, per George Bompas; vgl. auch *In the Estate of Park* [1953] 3 WLR 1012 (*Capacity to enter into marriage*).

<sup>163</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56 per Cockburn CJ („shall understand the extent of the property of which he is disposing“).

<sup>164</sup> Vgl. *Waters v Waters* (1848) 2 De G & Sm 591, 621: „he ought to know generally the state of his property and what it consists of“, per Coleridge J; *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-014 mit Nachweisen in Fn. 53.

<sup>165</sup> *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, S. 79; *Mellows*, The Law of Succession, Rn. 5.6.

<sup>166</sup> Nachdrücklich *Scammell v Farmer* [2008] EWHC 1100 (Ch) Tz. 93 ff., per Stephen Smith; ebenso *Minns v Foster* [2002] 12 WLUK 402 Tz. 115, per Michael Briggs.

<sup>167</sup> *Wood v Smith* [1993] Ch 90.

belief. Nach Ansicht des *Court of Appeal* offenbarte sich dadurch, dass der Erblasser über die Zusammensetzung seines Vermögens ernsthaft verwirrt gewesen war und dies seine Testierunfähigkeit indizierte.<sup>168</sup>

### 3. Abwägung und Berücksichtigung fremder Interessen

Das dritte Element erfordert eine Abwägung und Berücksichtigung fremder Interessen.<sup>169</sup> Was genau hierunter subsumiert wird, verdient einer näheren Untersuchung.

#### a) Testierunfähigkeit infolge moralischer Verfehlungen?

Ein Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Frage, ob es bei der rechtlichen Würdigung eine Rolle spielt, ob der Erblasser vermeintlich unmoralisch handelt. Ähnliche Erwägungen finden sich zum Merkmal der „sittlichen Berechtigung“ nach der klassischen Definition der Testierunfähigkeit im deutschen Recht.<sup>170</sup> Im englischen Recht hingegen dürfte die Frage noch dringlicher zu beantworten sein, was an der Besonderheit liegt, dass die Verfügungsfreiheit des Erblassers traditionell weniger strikt begrenzt ist als im kontinentalen Recht.<sup>171</sup> In *Banks*<sup>172</sup> argumentierte Sir Alexander Cockburn, dass die Ausübung der Testierfreiheit einer moralischen Verantwortung unterliege.

„The law of every civilised people concedes to the owner of property the right of determining by his last will, either in whole or in part, to whom the effects which he leaves behind him shall pass. Yet it is clear that, though the law leaves to the owner of property absolute freedom in his ultimate disposition of that of which he is thus enabled to dispose, a moral responsibility of no ordinary importance attaches to the exercise of the right thus given. The instincts and affections of mankind in the vast majority of instances will lead men to make provision for those who are the nearest to them in kindred, and who in life have been the objects of their affection. Independently of any law, a man on the point of leaving the world would naturally distribute among his children or nearest relatives the property which he possessed. The same motives will influence him in the exercise of the right which the law secures to him. Hence arises a reasonable and well warranted expectation on the part of a man's kindred surviving him that on his death his effects shall become theirs, instead of being given to strangers. To disappoint the expectation thus created, and to disregard the claims of kindred to the inheritance, is to shock the common sentiment of mankind, and violate what all men concur in deeming an obligation of the moral law.“<sup>172</sup>

Nichtsdestotrotz erlaubt das englische Recht keine Motivkontrolle.<sup>173</sup> Es wird demnach keineswegs vom Erblasser gefordert, ein „vernünftiges Testament“ zu errichten. Denn es

<sup>168</sup> Vgl. *Wood v Smith* [1993] Ch 90, 114.

<sup>169</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 56: „The testator [...] shall be able to comprehend and appreciate the claims to which he ought to give effect.“, per Cockburn CJ.

<sup>170</sup> Siehe § 5.II.1.b.); BGH NJW 1959, 1822.

<sup>171</sup> Vgl. *Humm*, Testierfreiheit und Werteordnung, S. 53 ff.

<sup>172</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 55, per Cockburn CJ.

<sup>173</sup> Vgl. *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, S. 82 f.

obliegt allein dem Erblasser, zu entscheiden, welche Nachfolgeregelung er für vernünftig hält. Er darf auch aus unüberlegten, außergewöhnlichen, willkürlichen und gar schlechten Motiven heraus entscheiden. Auch dies hatte Sir Alexander Cockburn bereits seiner Entscheidung zugrunde gelegt.

“The Roman law, and that of the continental nations which have followed it, have secured to the relations of a deceased person, in the ascending and descending line, a fixed portion of the inheritance. The English law leaves everything to the unfettered discretion of the testator, on the principle that though in some instances caprice, or passion, or the power of new ties, or artful contrivance, or sinister influence may lead to the neglect of claims that ought to be attended to, yet the instincts, affections, and common sentiments of mankind may be safely trusted to secure on the whole a better disposition of the property of the deed, and one more accurately adjusted to the requirements of each particular case, than could be obtained through a distribution prescribed by the stereotyped and inflexible rules of a general law.”<sup>174</sup>

Schließlich bringt der im Jahr 1873 entschiedene Fall *Boughton v Knight* ‘Licht ins Dunkel.<sup>175</sup> Hierin legte Sir John Hannen, der selbst als Richter des *Court of the Queen’s Bench* an *Banks* ‘ mitwirkte, das Tatbestandsmerkmal so aus, dass der Erblasser sich im Rahmen des erforderlichen Abwägungsvorgangs seiner Entscheidungsfreiheit und der daraus möglicherweise erwachsenden Benachteiligung der Erwartungen und Bedürfnisse anderer bewusst sein müsse. Fehlt ihm die Fähigkeit, sich mit den Erwartungen anderer kritisch auseinanderzusetzen, ist er testierunfähig.<sup>176</sup>

„In one sense, the first phrase, sound mind, covers the whole subject; but emphasis is laid upon two particular functions of the mind, which must be sound in order to create a capacity for the making a will; there must be a memory to recall the several persons who may be fitting objects of the testator’s bounty, and an understanding to comprehend their relationship to himself and their claim upon him.”<sup>177</sup>

### b) Überblick über die Rechtsprechung

In diesem Kontext ist erneut zu betonen, dass es für die Beurteilung der Testierfähigkeit nur um ein potenzielles Bewusstsein geht. Demzufolge schadet es nicht, wenn der Erblasser aufgrund einer geistigen Erkrankung die Namen seiner Vertrauten vergisst.<sup>178</sup> Anders aber, wenn er diese nicht mehr identifizieren oder erkennen kann, und sich somit ihrer Erwartungen

<sup>174</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 55 f., per Cockburn CJ.

<sup>175</sup> Vgl. *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64 ff.

<sup>176</sup> *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-015; *Sloan*, Borkowski’s Law of Succession, S. 82 f.

<sup>177</sup> *Boughton v Knight* (1873) LR 3 P&D 64, 65 f., per Sir J Hannen.

<sup>178</sup> So wurde in *Edkins v Hopkins* [2016] EWHC 2542 (Ch) entschieden, wo der Erblasser den Großteil seines Vermögens an einen Freund und langjährigen Kollegen hinterließ, ohne seine Familie zu bedenken, vgl. insbesondere Tz. 46: „the test is not one of degree of memory, which may be impaired by disease, and a testator who forgets family names may nevertheless have a disposing memory.“, per Jarman HHJ; siehe auch *The Vegetarian Society v Scott* [2013] EWHC 4097 (Ch).

nicht bewusst sein kann.<sup>179</sup> Ein Beispiel hierfür liefert ‚*Harwood v Baker*‘, wo der Erblasser den gesamten Nachlass an seine Ehefrau vererbte, aber testierunfähig gewesen ist, weil er über die Existenz weiterer Familienangehöriger nicht ausreichend im Bilde war, um sie zu enterben.<sup>180</sup>

Aus jüngerer Zeit wurde die Entscheidung ‚*Sharp v Adam*‘ vielbeachtet.<sup>181</sup> Der Erblasser Mr. Adam hatte zwei Mitarbeitern per Testament den Großteil seines Vermögens hinterlassen, seine beiden Töchter, die nach früheren Testamenten erben sollten, hingegen nicht bedacht. Er litt an multipler Sklerose in fortgeschrittenem Stadium und war in seinen Kommunikationsmöglichkeiten aufgrund schwerer körperlicher Beeinträchtigungen stark eingeschränkt. Während er zweifelsfrei über die Natur des Testierens, die mit seinem Testament verbundenen Rechtsfolgen für seine Töchter und die Zusammensetzung des Nachlasses im Bilde gewesen ist, fragte der Instanzrichter, auf welche Motive die Enterbung der Töchter zurückzuführen war und ob diese von der Krankheit beeinflusst wurden.<sup>182</sup> Nicholas Strauss folgerte, dass Mr. Adam nicht testierfähig gewesen sei, weil ihm infolge seiner Erkrankung die Fähigkeit abhanden ging, ein rationales Urteil unter Berücksichtigung aller Umstände zu fällen, sodass seine natürliche Zuneigung zu seinen Töchtern gestört gewesen sei.<sup>183</sup>

Umgekehrt entschied Nicholas Strauss in ‚*Re Walker*‘.<sup>184</sup> Dieses Urteil dreht sich um die Testierfähigkeit von Mrs. Walker. Sie hatte zwei Töchter aus erster Ehe sowie zwei Enkelkinder, die sie äußerst schätzte. Im Jahr 2007 verließ die 50-jährige Erblasserin ihren Ehemann, um stattdessen mit dem 23 Jahre jüngeren Mr. Badmin zu leben. Dieser war im selben Alter wie die Töchter und lebte zwischenzeitlich in einer Wohngemeinschaft mit der ältesten Tochter der Erblasserin. Im Juni 2009 wurde Mrs. Walker ein bösartiger Hirntumor diagnostiziert, an dessen Folgen sie im Frühjahr 2010 verstarb. Kurze Zeit vorher am 3. Januar 2010 änderte sie ihr Testament dahingehend, dass Vorerbe ihres Nachlasses Mr. Badmin und Nacherben ihre beiden Töchter zu gleichen Teilen werden sollten. Daraufhin fochten die Töchter das Testament mit der Begründung an, ihre Mutter hätte in Abwesenheit der Krankheit niemals ein Testament mit diesen Rechtsfolgen errichtet. Es war insbesondere streitig, ob die Erblasserin verstanden hatte, dass die Auswirkungen ihres Testaments wesentlich von unvorhersehbaren zukünftigen Entwicklungen abhingen. Die Klage war auf den Umstand gerichtet, dass die Töchter aufgrund der Gleichaltrigkeit mit dem begünstigten

<sup>179</sup> So *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-015 mwN.

<sup>180</sup> *Harwood v Baker* (1840) 13 ER 117; hierzu auch *Law Commission*, Making a will, 2.26.

<sup>181</sup> Vgl. *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch); bestätigt durch *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449.

<sup>182</sup> *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch) Tz. 19.

<sup>183</sup> *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch) Tz. 254, per Nicholas Strauss („in my judgment it is likely that there was a temporary poisoning of his natural affection for his daughters, or a perversion of his sense of right“). Das Urteil wurde auf die Berufung hin durch den *Court of Appeal* nicht beanstandet, siehe *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449 Tz. 66 ff.

<sup>184</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493. Siehe hierzu bereits die umfassenden Erörterungen bei § 11.III.

Vorerben wohl erst in hohem Alter, wenn überhaupt, vom Nachlass profitieren würden, und die Erblasserin dies nicht verstehen konnte.<sup>185</sup> Gleichwohl hielt der *High Court* das Testament aufrecht mit der Begründung, dass die Erblasserin sehr wohl in der Lage war, die verschiedenen Positionen und vermeintlichen Ansprüche ihrer Abkömmlinge zu berücksichtigen, sich aber dafür entschieden hatte, ihren neuen Partner umfassend zu bedenken. Vieles spricht demnach dafür, dass es der Testierfähigkeit nur schadet, wenn ein Abwägungsausfall vorliegt.<sup>186</sup>

#### 4. Das vierte Merkmal: Handlungs-/ Steuerungsfähigkeit

Zuletzt möchten wir das vierte Tatbestandsmerkmal der Definition beleuchten, das erstmals durch ‚*Banks*‘ eingeführt worden ist.<sup>187</sup> Es besteht allerdings Uneinigkeit darüber, ob es eine eigenständige Voraussetzung oder bloß eine Subkategorie des dritten Merkmals ist. Das Problem wird durch die *Law Commission* wie folgt beschrieben:

„Specific ambiguities exist in respect of the relationship between the third and fourth limbs of the test. The ambiguity relates to the requirement ‚that no disorder of the mind shall poison his affections, pervert his sense of right, or prevent the exercise of his natural faculties – that no insane delusion shall influence his will in disposing of his property‘. As noted above, it is unclear whether these words form part of the third limb of the test or (as we have presented them) are a fourth limb. The point may have practical significance on the scope of the test. If the reference to disorders of the mind and delusions is part of the third limb of the test, then the question is whether the testator’s understanding of the claims on him or her is affected by a disorder or delusions. If the test consists of four limbs, however, then the question is whether the testator’s decision generally was affected in this way.“<sup>188</sup>

##### a) Zusammengehörigkeit oder Eigenständigkeit des Tatbestandsmerkmals?

Angestoßen wurde die Diskussion aufgrund zwei divergierender Urteile des *Court of Appeal*. Der Gerichtshof folgte mit seinem Urteil zu ‚*Hawes v Burgess*‘ einem dreigliedrigen Aufbau, enthielt sich bei der Beurteilung des Falls aber einer expliziten Ablehnung der Testierfähigkeit, da das in Rede stehende Testament ohnehin materiell unwirksam war.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 1-11, Tz. 175.

<sup>186</sup> Vgl. *Re Walker* (deceased) [2014] EWHC 71 (Ch), [2015] WTLR 493 Tz. 10, 174 ff., per Nicholas Strauss; *Re Watson* (deceased) [2008] EWHC 2582 (Ch): Übergehen der Kinder zugunsten der zweiten Ehefrau; *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94: Übergehen eines vorhergehend berücksichtigten Sohnes; *James v James* [2018] EWHC 43 (Ch) Tz. 113 ff.: erneut Übergehen eines Sohnes, der zuvor im Wege einer lebzeitigen Übergabe bedacht worden ist; *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 92 ff., per Asplin LJ: Bezug auf ein früheres Testament genügt in der Regel, um sich der Erwartungen eines nicht mehr Bedachten bewusst zu sein. – Ähnlich das deutsche Recht siehe oben § 5.II.1.b).

<sup>187</sup> Siehe § 11.I.

<sup>188</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.37.

<sup>189</sup> *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94 Tz. 11: „As for testamentary capacity, the law is as laid down by Cockburn CJ in *Banks v. Goodfellow* (1869–70) LR 5 QB 549 at 565 in three limbs, so that the relevant questions to ask in this case about the Deceased’s mental capacity to understand what she was doing when she

Indes hat die gegenteilige Ansicht einen entscheidenden Vorteil, der in ‚*Sharp v Adam*‘ beschrieben wird. Dort hatte der Erblasser Mr. Adam zwei Mitarbeitern per Testament den Großteil seines Vermögens hinterlassen, seine vorhergehend bedachten Töchter hingegen nicht mehr begünstigt.<sup>190</sup> Der *High Court* entschied in erster Instanz, dass der Erblasser zwar in der Lage gewesen sei, die Auswirkungen des neuen Testaments zu erfassen und die Belange seiner Töchter abzuwägen, aber aufgrund seiner fortgeschrittenen Erkrankung an multipler Sklerose eine Entscheidung getroffen habe, die seiner Gesamtpersönlichkeit vor dem Hintergrund seiner biografischen Eigenheiten und Erfahrungen nicht mehr entsprach.<sup>191</sup> Das auf die Berufung folgende Urteil des *Court of Appeal* beschrieb die Funktion, die mit der Eigenständigkeit des letzten Merkmals verbunden ist, daraufhin so, dass es nicht nur auf die intellektuelle Einsichtsfähigkeit gerichtet, sondern auch ein voluntatives Element erfasse.<sup>192</sup> Daher wird es überwiegend als eigenständige Voraussetzung angesehen.<sup>193</sup>

#### b) *Das voluntative Element*

„The fourth limb of the test may therefore be needed to account for illnesses affecting a testator’s personality rather than his or her cognitive ability.“<sup>194</sup>

Demnach ist auch die Frage zu ermitteln, ob der Testator im Einklang mit beständigen Werten seiner Gesamtpersönlichkeit handelt oder ob sein Wille infolge einer geistigen Beeinträchtigung durch unkontrollierte Triebe und Vorstellungen beherrscht wird, so dass sein Verhalten nicht mehr seinen eigenen Überlegungen und Überzeugungen entspricht.<sup>195</sup> Um einen derartigen Sachverhalt drehte es sich in ‚*Kostic v Chaplin*‘, wo der Erblasser sein umfangreiches Vermögen testamentarisch unter einer Auflage vollumfänglich an eine kommunale Vereinigung der *Conservative Party* vererbte. Dabei erwies sich als problematisch, dass der geistige Zustand des Erblassers von Wahnvorstellungen beeinflusst war, wobei diese Wahnvorstellungen von einer Verschwörung finsterner Mächte („*international conspiracy of dark forces*“) handelten, in denen die Ehefrau, Mutter sowie

---

made the 2007 Will are– i) Did the Deceased understand the nature of the act of making the 2007 Will and its effects? The judge said Yes.’ ii) Did the Deceased understand the extent of the property of which she was disposing? The judge said ‚Yes.’ iii) Was the Deceased able to comprehend and appreciate the claims to which she ought to give effect? The judge said ‚No.’ The judge added a ‚Yes‘ answer to the sub-question whether a disorder of the mind of the Deceased influenced her disposals of property in the 2007 Will, so that they were not what she would have done, absent that disorder.“

<sup>190</sup> Zum Sachverhalt näher zuvor bei 3.b).

<sup>191</sup> Mit anderen Worten scheiterte die Wirksamkeit des Testaments lediglich am vierten Tatbestandsmerkmal, siehe *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch), per Nicholas Strauss.

<sup>192</sup> Siehe insbesondere *Sharp v Adam* [2006] EWCA Civ 449 Tz. 93: „For in our view, the fourth element [...] is concerned as much with mood as with cognition.“, per May LJ.

<sup>193</sup> Vgl. *Law Commission*, Making a will, 2.37 ff.; *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), Landmark Cases in Succession Law, S. 67 f.; *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), Current Issues in Succession Law, S. 170 f.; *Sloan*, Borkowski’s Law of Succession, S. 80; *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-016; anders offenbar *Parry/Kerridge*, The Law of Succession, Rn. 5-04.

<sup>194</sup> *Law Commission*, Making a will, 2.39.

<sup>195</sup> Ausdrücklich *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), Landmark Cases in Succession Law, S. 61.

die Schwester (als Täter) und der Sohn des Erblassers (als Opfer) verwickelt gewesen sein würden.<sup>196</sup> Unter Berücksichtigung von ‚*Sharp v Adam*‘ befand der *High Court*, dass das Testament unwirksam sei, weil der Erblasser infolge seines Wahns weder die Interessen seiner Verwandten habe abwägen noch eine von seinen Wahnideen unbeeinflusste Entscheidung haben treffen können.<sup>197</sup> Das Verhalten des einst hingebungsvollen Familienvaters wurde nämlich im Zuge seiner Erkrankung unterwandert und anschließend völlig umgestürzt, sodass das Gericht nicht negativ feststellen konnte, dass die letztwillige Verfügung im Sinne von ‚*Banks*‘ nicht hiervon beeinflusst worden ist.<sup>198</sup> Im Anschluss fragte der *High Court*, ob die testamentarische Begünstigung der *Conservative Party* ebenfalls auf den wahnhaften Vorstellungen beruhte. Der Gerichtshof folgerte schließlich, dass die Handlungsunfähigkeit des Erblassers unabhängig von dieser Frage habe festgestellt werden müssen, aber die Erbeinsetzung doch in unmittelbarem Zusammenhang mit den Wahnideen stehe.<sup>199</sup>

Ähnliche Gesichtspunkte legt das Urteil zu ‚*Walters v Sme*e‘ zugrunde. Aufgrund fortgeschrittener Demenz war die Erblasserin nicht in der Lage, zwischen Gerüchten und Fakten zu unterscheiden, wodurch sie ihre Verwandten irrtümlich des körperlichen und seelischen Missbrauchs bezichtigte. Deshalb erklärte das Gericht ihr kurz vor dem Tod errichtetes Testament für nichtig mit der Begründung, dass sie nicht unbeeinflusst von ihrer geistigen Erkrankung habe testieren können.<sup>200</sup> Entsprechend ging es bei ‚*Re Richtie*‘ darum, ob die Erblasserin, der eine paranoide Persönlichkeitsstörung diagnostiziert wurde, bei der Errichtung ihrer letztwilligen Verfügung, wodurch sie ihre Abkömmlinge zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung übergangen hatte, ihrem authentischen Selbst gemäß gehandelt

---

<sup>196</sup> Vgl. *Kostic v Chaplin* [2007] EWHC 2298 (Ch) Tz. 2 ff. Das genaue Ausmaß dieser angenommenen Verschwörung lässt sich nicht angemessen herunterbrechen, allerdings litt der Erblasser unter Verfolgungswahn und Eifersuchtswahn.

<sup>197</sup> *Kostic v Chaplin* [2007] EWHC 2298 (Ch) Tz. 197 ff., per Henderson J.

<sup>198</sup> Siehe insb. *Kostic v Chaplin* [2007] EWHC 2298 (Ch) Tz. 222: „To conclude, I am fully satisfied on the basis of all the evidence that Bane's decision to disinherit Zoran in the 1988 and 1989 Wills was heavily influenced by his delusions, and in particular by his belief that Zoran was implicated in the global conspiracy he saw around him. In the language of *Banks v Goodfellow*, his natural affection for Zoran had been poisoned by the disorder of his mind, and his insane delusions brought about a disposal of his property which would not have been made if he had been of sound mind. In saying that I am fully satisfied, I wish to make it clear that my decision does not turn on the burden of proof. In my judgment the cumulative weight of the evidence on this question is very considerable, and it leaves me in no real doubt about the answer. Furthermore, my decision does not turn in any way on the fine distinction noted in paragraph 15 above. I am satisfied that Bane's delusions did in fact influence his decision to exclude Zoran, and not just that they were likely to do so.“, per Henderson J.

<sup>199</sup> Vgl. *Kostic v Chaplin* [2007] EWHC 2298 (Ch) Tz. 223 ff.: „The conclusion which I have reached means that Bane inevitably lacked testamentary capacity when he made the 1988 and 1989 Wills. It is therefore not strictly necessary for me to go on to consider whether Bane's choice of the CPA as the beneficiary under those wills was itself influenced by his delusions. However, as the matter was fully argued, and as it is very much the other side of the same coin as the decision to exclude Zoran, I will state my conclusions on it.“, per Henderson J.

<sup>200</sup> *Walters v Sme*e [2008] EWHC 2029 (Ch).

habe.<sup>201</sup> Letztlich habe die Enterbung ihrer gesetzlichen Erben jedoch auf wahnhaften Motiven beruht, weshalb sie testierunfähig gewesen sei.<sup>202</sup>

Freilich darf ein Erblasser – auch kurz vor seinem Ableben – eine neue letztwillige Verfügung errichten, die eventuell von früheren Testamenten abweicht.<sup>203</sup> Gleichwohl wird besonders häufig in diesen Fällen darum gestritten, warum der Erblasser seine Meinung im Hinblick auf die Verteilung seines Vermögens geändert hat, und ob das neue Testament Ausdruck eines beständigen Willens ist.<sup>204</sup>

### III. *Burden of proof*

Außerdem muss die Beweislastverteilung betrachtet werden. Einerseits steht es dem Erblasser offen, willkürlich und sogar ungerecht zu handeln, solange die vier Tatbestandsmerkmale der Testierfähigkeit erfüllt sind.<sup>205</sup> Andererseits kann es für die gerichtliche Beurteilung sehr wohl von Bedeutung sein, wenn das Testament einen überraschenden oder außergewöhnlichen Inhalt hat.<sup>206</sup> Wie bereits aufgeworfen, kennt das Common Law anders als der jüngere Mental Capacity Act 2005 nämlich keine Vermutung der Handlungsfähigkeit.<sup>207</sup> Dennoch wird eine formwirksame letztwillige Verfügung üblicherweise als Titel der Erben zugelassen („*granting of probate*“), ohne dass die Testierfähigkeit des Erblassers besonders festgestellt werden müsste.<sup>208</sup> Wenn jedoch die materielle Wirksamkeit des Testaments mit der Begründung bestritten wird, dass der Erblasser testierunfähig gewesen sei, obliegt die Beweislast demjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Testaments beruft.<sup>209</sup> Hierzu hat sich im Common Law eine diffizile Rechtsprechung herausgebildet. Der Ausgangspunkt ist also zunächst, dass die Beweislast dem „*propounder of the will*“ obliegt. Die Anforderungen an den zu erbringenden Beweis werden insoweit abgeschwächt, als das Gericht die Testierfähigkeit vermutet, wenn das Testament ordnungsgemäß errichtet ist und es von außen

<sup>201</sup> *Re Ritchie* [2009] EWHC 709 (Ch) Tz. 5.

<sup>202</sup> *Re Ritchie* [2009] EWHC 709 (Ch) Tz. 190 f.: „To my mind the evidence plainly points to the fact that Mary's motive in making the Will was to cut out her children rather than to benefit NOS. This emerges clearly from the file notes. There was no rational reason for her to cut out all her children. Plainly therefore her affections to her children were poisoned. [...] In addition there are references to the children ,not deserving her money'. As set above the allegations she made about her children which she gave as a reason for cutting them out were untrue but were believed by Mary to be true. They were, in my view delusions. Those beliefs did so poison her mind so as to cause her to cut her children out of her Will. There was a strong moral obligation in all the circumstances of the case to leave the estate to the family. In my view she would not have cut out her family but for those beliefs.“, per Behrens J.

<sup>203</sup> *Brook*, in: Sloan (Hrsg.), *Landmark Cases in Succession Law*, S. 61 mwN.

<sup>204</sup> Siehe beispielsweise *Parker v Litchfield* [2014] EWHC 1799 (Ch): sechsmal testiert in 13 Jahren, testierfähig; *Re Dharamshi* [2013] EWHC 3917 (Ch): dreimal testiert in drei Monaten, testierfähig.

<sup>205</sup> *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, 55 f., per Cockburn CJ.

<sup>206</sup> So *Cowderoy v Cranfield* [2011] EWHC 1616 (Ch) Tz. 133, per Morgan J.

<sup>207</sup> Siehe oben § 11.III.

<sup>208</sup> *Symes v Green* (1859) 164 ER 785; *Sutton v Sadler* (1857) 140 ER 671. – Zum Verfahren ausführlich *Kerridge*, in: Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), *Testamentary Formalities*, S. 317 ff.; *Sloan*, *Borkowski's Law of Succession*, S. 375 ff.; *Learmonth/Ford/Clark/Martyn* (Hrsg.), *Williams Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Rn. 8-01 ff.

<sup>209</sup> *Barry v Butlin* (1838) 12 ER 1089.

betrachtet vernünftig – d.h. nicht inkohärent, irrational oder anstößig – erscheint. In einem solchen Fall verlagert sich die Beweislast anschließend auf den Widersprechenden, der anhand konkreter Anhaltspunkte einen echten Zweifel („*real doubt*“) geltend machen muss. Wird ein echter Zweifel geäußert, verlagert sich die Beweislast wieder auf den „*propounder*“ zurück, der das Vorhandensein der positiven bzw. die Abwesenheit der negativen Tatbestandsmerkmale des ‚*Banks*‘-Tests nachzuweisen hat.<sup>210</sup> Demnach kann es bei Beweisnot („*non liquet*“) dazu kommen, dass aufgrund der Betrachtungsweise entschieden wird, ob das Testament nach dem Dafürhalten des Richters einen vernünftigen Inhalt hat oder nicht.<sup>211</sup>

Um einen Fall der Beweisnot von vornherein zu vermeiden, wurde die „*golden rule*“ aufgestellt.<sup>212</sup> Hierbei handelt es sich um eine Best Practice-Handhabung, die besagt, dass ein Solicitor, der mit der Erstellung eines Testaments für einen betagten oder geistig eingeschränkten Erblasser beauftragt wird, sich zunächst von der Urteilsfähigkeit durch Beratung mit einem medizinischen Experten überzeugen und seine eigenen Wahrnehmungen dahingehend dokumentieren soll.<sup>213</sup> Dazu gehöre es auch, die Motivation für Änderungen im Vergleich zu früheren letztwilligen Verfügungen zu hinterfragen.<sup>214</sup> Freilich ist das Befolgen der goldenen Regel weder eine echte Wirksamkeitsvoraussetzung, noch ist ihre Missachtung umgekehrt ein Indiz für die Nichtigkeit. Sie soll lediglich dazu beitragen, Streitigkeiten zu vermeiden oder zumindest deren Folgen zu minimieren. Der Hintergrund dieser Empfehlung ist offenbar, dass Personen mit nachlassenden oder beeinträchtigten geistigen Fähigkeiten oftmals aus durchaus verständlichen Gründen versuchen, ihr „Defizit“ zu verbergen, sodass die Problematik im Vorhinein übersehen wird, indessen aber von einem geschulten Gutachter erkannt werden würde.<sup>215</sup> Sie dient somit letztlich der Stärkung der Rechtssicherheit.

---

<sup>210</sup> Statt aller nur *Re Key* [2010] EWHC 408 (Ch) Tz. 97, per Briggs J; *Sharp v Adam* [2005] EWHC 1806 (Ch) Tz. 206 ff., per Nicholas Strauss; *Schrader v Schrader* [2013] EWHC 466 (Ch) Tz. 74 ff., per Mann J; *Re Ashkettle* [2013] EWHC 2125 (Ch) Tz. 42-44, per Christopher Pymont; *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 64, per Asplin LJ; vgl. auch *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, Theobald on Wills, Rn. 4-020 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>211</sup> So bspw. *Ledger v Wootton* [2007] EWHC 2599 (Ch); *Re D* [2009] EWHC 1951 (Ch); *Bateman v Overy* [2014] EWHC 432 (Ch). Nach *Hoff v Atherton* [2004] EWCA Civ 1554 wird anhand einer „*balance of probabilities*“ entschieden, sodass nicht jeder noch so geringe tatsächliche Zweifel zur Ungültigkeit des Testaments führen muss.

<sup>212</sup> Erstmals erwähnt in *Kenward v Adams* The Times, 29. November 1975, [1975] 1 WLUK 39 sowie *Re Simpson* [1977] 121 Sol. J. 224, jeweils per Templeman J.

<sup>213</sup> Gut zusammengefasst bei *Re Key* [2010] EWHC 408 (Ch) Tz. 7: „The substance of the golden rule is that when a solicitor is instructed to prepare a will for an aged testator, or for one who has been seriously ill, he should arrange for a medical practitioner first to satisfy himself as to the capacity and understanding of the testator, and to make a contemporaneous record of his examination and findings.“, per Briggs J.

<sup>214</sup> *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 92 ff., per Asplin LJ, aber Änderungen müssen keinesfalls gerechtfertigt werden. Es soll die Motivation erforscht und dem Erblasser offengelegt werden, dass es sich um ein abänderndes Testament handelt. Insoweit genügt der Bezug auf ein früheres Testament in der Regel, um sich der Erwartungen eines nicht mehr Bedachten bewusst zu sein.

<sup>215</sup> So *Re Key* [2010] EWHC 408 (Ch) Tz. 8, per Briggs J; nachfolgend *Burns v Burns* [2016] EWCA Civ 37; *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 84 ff., per Asplin LJ. – Ausführlich *Ford*, in *Learmonth/Ford/Clark/Martyn* (Hrsg.), *Williams Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate*, Rn. 10-08 f.; kritisch aber *Law Commission, Making a will*, 2.96 ff.

Jüngst ist die Frage aufgekommen, ob den Feststellungen eines erfahrenen Solicitors, der in Beachtung der goldenen Regel die Meinung eines medizinischen Experten hinzugezogen hatte, ein besonderer Beweiswert zukommen sollte. Ihren Ursprung findet die Diskussion in einem Urteil des *Court of Appeal* aus dem Jahr 2013. Im Sachverhalt von „*Hawes v Burgess*“ ging es um eine demente Erblasserin, die 2007 im Alter von 78 Jahren ihr vorheriges Testament ändern wollte. Hiermit hatte sie einen erfahrenen, örtlichen Solicitor beauftragt, der anlässlich seines Beratungsgesprächs ein minutiöses Protokoll anfertigte und dokumentierte, er schätze die Erblasserin als „*entirely compos mentis*“ (im Vollbesitz ihrer geistigen Kräfte) ein. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte habe er von der Hinzuziehung eines medizinischen Experten abgesehen. Nichtsdestotrotz hatte der *County Court* die im Zuge des gerichtlichen Verfahrens eingebrachten Beweise dahingehend gedeutet, dass der Erblasserin die Fähigkeit fehlte, sich mit den Erwartungen ihres nun enterbten Sohnes auseinanderzusetzen, und sie dementsprechend urteilsunfähig gewesen sei.<sup>216</sup> Im Rahmen der Berufungsverhandlung äußerte Lord Justice Mummery als Richter des *Court of Appeal* die Meinung, dass ein starker Anscheinsbeweis für die Urteilsfähigkeit des Erblassers spreche, wenn die Testamentserrichtung durch einen unabhängigen und erfahrenen Solicitor vorbereitet und begleitet werde.<sup>217</sup> Diesen ersten Anschein zu widerlegen, erfordere eine strenge Beweiswürdigung der medizinischen Expertise.

„That said, it is, in my opinion, a very strong thing for the judge to find that the Deceased was not mentally capable of making the 2007 Will, when it had been prepared by an experienced and independent solicitor following a meeting with her; when it was executed by her after the solicitor had read through it and explained it; and when the solicitor considered that she was capable of understanding the will, the terms of which were not, on their face, inexplicable or irrational. [...] My concern is that the courts should not too readily upset, on the grounds of lack of mental capacity, a will that has been drafted by an experienced independent lawyer. If, as here, an experienced lawyer has been instructed and has formed the opinion from a meeting or meetings that the testatrix understands what she is doing, the will so drafted and executed should only be set aside on the clearest evidence of lack of mental capacity. The court should be cautious about acting on the basis of evidence of lack of capacity given by a medical expert after the event, particularly when that expert has neither met nor medically examined the testatrix, and particularly in circumstances when that expert accepts that the testatrix understood that she was making a will and also understood the extent of her property.“<sup>218</sup>

Letztlich enthielt sich das Berufungsgericht einer definitiven Beurteilung der Testierfähigkeit, weil das Instanzgericht ohnehin zutreffend die Nichtigkeit des Testaments festgestellt hatte. Ob das Vorgehen des Solicitors tatsächlich die „*golden rule*“ beachtete,

<sup>216</sup> Vgl. *Hawes v Burgess* [2012] WTLR 423 sowie *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94 Tz. 15 ff.

<sup>217</sup> Vgl. *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94 Tz. 54 ff., per Mummery LJ.

<sup>218</sup> Siehe *Hawes v Burgess* [2013] EWCA Civ 94 Tz. 57, 60, per Mummery LJ, sowie Tz. 69: „Where a will is drafted by an experienced solicitor who oversees its execution and records at or close to the time that the testatrix was *compos mentis* and able to give instructions persuasive evidence to the contrary is required.“, per Sir Scott Baker; angewendet in der nachfolgenden Entscheidung *Re Ashkettle* [2013] EWHC 2125 (Ch) Tz. 43: „Any view the solicitor may have formed as to the testator’s capacity must be shown to be based on a proper assessment and accurate information or it is worthless.“, per Christopher Pymont.

scheint zweifelhaft, weil eine Beeinflussung durch die im Beratungsgespräch anwesende Tochter im Raum stand, die offenbar sogar als treibende Kraft im Hintergrund der Testamentserrichtung wirkte. Zuletzt hatte der *Court of Appeal* seine Position mit der Entscheidung zu ‚*Hughes v Pritchard*‘ ohnehin relativiert, wonach sich aus der Rechtsprechung keine tatsächliche Vermutung ableiten lasse. Die Dokumentationen des Solicitors seien zwar von erheblicher Bedeutung für das entscheidende Gericht, aber sie hätten auch im Verhältnis zu retrospektiven Gutachten medizinischer Experten keinen erhöhten Beweiswert, den ein Richter besonders berücksichtigen müsste.<sup>219</sup>

#### IV. Beurteilungszeitpunkt und Nichtigkeitsfolge

Man könnte sich nun fragen, wieso den zeitlich koinzidenten Wahrnehmungen eines erfahrenen Praktikers überhaupt ein besonderer Stellenwert zukommen sollte. Sicherlich wird diese Frage von Schwierigkeiten der Beweisführung in tatsächlicher Hinsicht sowie vom maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt des Gerichts beeinflusst. Ausgangspunkt ist die zeitliche Relativität der Testierfähigkeit. Nach allgemeiner Meinung muss der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung – und nur während dieses Zeitpunkts – testierfähig sein. Die Tatsache, dass der Erblasser dies vor und/oder nach dem Beurteilungszeitpunkt nicht war, führt nicht zur Ungültigkeit des Testaments. Demnach ist ein im Verlauf eines luziden Intervalls errichtetes Testament wirksam.<sup>220</sup> Außerdem wird dieses Prinzip durch die ‚*Parker v Felgate rule*‘ zugunsten des Testators gelockert. Demgemäß wird der Beurteilungszeitpunkt ausnahmsweise auf den Zeitpunkt vorgelagert, als dem Solicitor oder Notar die Anweisungen zur Entwurfserstellung erteilt wurden, wenn der Erblasser zwischenzeitlich vor dem Testamentsvollzug – durch Unterzeichnung ggf. im Beisein von Zeugen („*execution*“) – seine Handlungsfähigkeit verliert. In diesem Fall genüge es, wenn der Erblasser bei der Anweisung urteilsfähig war, sofern das rechtskundig angefertigte Testament seine Anweisungen korrekt widerspiegelt und es weiterhin als letzter Wille erkannt wird.<sup>221</sup> Sollte der Erblasser jedoch nicht mehr an seinen früher geäußerten Wünschen festhalten wollen, ist das angefertigte Testament nichtig.<sup>222</sup> Gelegentlich wird diese Ausnahme im Schrifttum kritisiert, weil sie das Gericht vor eine schwierige Aufgabe stelle, anstelle des Erblassers zu

<sup>219</sup> *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386 Tz. 75 ff., per Asplin LJ; vgl. auch *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 180.

<sup>220</sup> Siehe statt aller nur *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 85.

<sup>221</sup> *Parker v Felgate* (1883) 8 P.D. 171, 173: „If a person has given instructions to a solicitor to make a will, and the solicitor prepares it in accordance with those instructions, all that is necessary to make it a good will, if executed by the testator, is that he should be able to think thus far, ‚I gave my solicitor instructions to prepare a will making a certain disposition of my property. I have no doubt that he has given effect to my intention, and I accept the document which is put before me as carrying it out.‘“, per Sir James Hannen; angewendet in *Perera v Perera* [1901] AC 354; *Clancy v Clancy* [2003] EWHC 1885 (Ch); siehe auch *Re Watson* [2008] EWHC 2582 (Ch); *Singellos v Singellos* [2010] EWHC 2353 (Ch).

<sup>222</sup> *Sloan*, *Borkowski’s Law of Succession*, S. 87.

entscheiden, ob der später unterzeichnete Entwurf tatsächlich dem letzten Willen entspricht.<sup>223</sup> Andere betonen zurecht, die Ausnahme müsse für außergewöhnliche Fallkonstellationen vorbehalten bleiben.<sup>224</sup> Jedenfalls wurde das Fortwirken von ‚*Parker v Felgate*‘ vor Kurzem durch den *Court of Appeal* mit dem Hinweis bestätigt, dass in Achtung der Testierfreiheit Rechtsgeschäfte weitestmöglich aufrechterhalten werden sollten.<sup>225</sup>

Hierzu ist ebenfalls eine Tendenz bei der Rechtsfolge zu erkennen. Zwar ist grundsätzlich das gesamte Testament eines Erblassers, der im maßgeblichen Zeitpunkt nicht testierfähig gewesen ist, nichtig.<sup>226</sup> Einer in der englischen Gerichtsbarkeit vereinzelt gebliebenen Entscheidung zufolge, kann der restliche Teil ausnahmsweise aufrechterhalten werden, wenn nachgewiesen werden kann, dass sich die Handlungsunfähigkeit nur auf einen abgrenzbaren Teil des Testaments ausgewirkt hat. Und zwar ist in ‚*Re Bohrmann Estate*‘ die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung auf die Vermächtnisanordnung beschränkt worden, weil sich eine bestimmte Wahnvorstellung des Erblassers nur dahingehend ausgewirkt habe.<sup>227</sup> Wie sich in der Verhandlung herausstellte, war der Erblasser verschroben, aber nach genereller Betrachtung wohl testierfähig. Andererseits hatte er paranoide Wahnideen gegen eine örtliche Behörde, den *London County Council*, die ihn dazu motivierten, eine frühere Vermächtnisanordnung zugunsten von gemeinnützigen Stiftungen in England zu ändern, insoweit als mit der Änderung in allgemeiner Weise die gemeinnützigen Stiftungen der Vereinigten Staaten von Amerika bedacht wurden, deren Auswahl dem „*executor*“ überlassen blieb. Im Ergebnis entschied das Gericht, dass die Änderung nichtig sei, der Rest des Testaments jedoch in seiner ursprünglichen Form bestehen bleiben sollte. Es begründete seine Ansicht mit einem analogen Verweis auf die teilweise Aufrechterhaltung im Rahmen der Irrtumslehre (zum Erfordernis von „*knowledge and approval*“).

„It has been practice in this court for many years to delete from instruments of testamentary disposition anything which the court is satisfied is not brought to the knowledge and approval of the testator. I conceive that I am doing no more now in declaring for this codicil without clause 2 than I should be doing in deleting from the codicil something which I believe was never brought to his knowledge and approval as a sane, balanced man.“<sup>228</sup>

Aufgrund der Einmaligkeit dieses Vorgehens bleibt die Autorität des Urteils allerdings ungeklärt.<sup>229</sup>

---

<sup>223</sup> Vgl. *Reed*, in: Häcker/Mitchell (Hrsg.), *Current Issues in Succession Law*, S. 177-179 mit Verweis auf das „*statutory will*“-Verfahren; aA *Law Commission*, *Making a will*, 2.89 ff.

<sup>224</sup> So etwa *Parry/Kerridge*, *The Law of Succession*, Rn. 5-07.

<sup>225</sup> *Perrins v Holland* [2010] EWCA Civ 840 Tz. 23, per Sir Andrew Morritt; ähnlich schon *Mellows*, *The Law of Succession*, Rn. 5.21-23; vgl. auch *Hughes v Pritchard* [2022] EWCA Civ 386.

<sup>226</sup> Hiervon geht schon *Banks v Goodfellow* (1870) LR 5 QB 549, [1861-73] All ER Rep 47, per Cockburn CJ, aus.

<sup>227</sup> Vgl. *Re Bohrmann Estate* [1938] 1 All ER 271.

<sup>228</sup> *Re Bohrmann Estate* [1938] 1 All ER 271, 282, per Langton J, zitiert bei *Sloan*, *Borkowski's Law of Succession*, S. 89.

<sup>229</sup> So *Learmonth/Clarke/Shuman/Ford/Fletcher*, *Theobald on Wills*, Rn. 4-017.

## V. Zwischenergebnis

Die rechtlichen Anforderungen an einen freien Willen werden im englischen Recht zur Testierfähigkeit niedrig angesetzt. Nach der Common Law Rechtsprechung muss der Erblasser lediglich in der Lage sein, die unmittelbaren Rechtsfolgen des Testierens zu verstehen, wobei das geforderte Maß an Einsichtsfähigkeit mit der Komplexität des konkreten Testaments zusammenhängt; außerdem muss er eine grobe Vorstellung von der Größe des Nachlasses haben können und sich mit den Interessen Dritter, insbesondere der gesetzlichen Erben, zumindest insoweit auseinandersetzen, dass er deren Erwartungen in seinem Urteil abwägen kann. Schließlich muss sich die geistige Störung, aufgrund derer das geistige Vermögen des Erblassers beurteilt wird, unmittelbar bei der Testamentserrichtung ausgewirkt haben. Im folgenden Teil wollen wir abschließend die Möglichkeiten erörtern, wie ein Testament trotz der Urteilsunfähigkeit des Erblassers errichtet oder geändert werden kann.

### § 13. Statutory Wills

Ein „*statutory will*“ ist eine letztwillige Verfügung, welche vom zuständigen Gericht für eine handlungsunfähige Person nach Maßgabe des Mental Capacity Act 2005 errichtet wird.<sup>230</sup> Die gesetzliche Rechtsgrundlage hierfür wurde erstmals mit dem Administration of Justice Act 1969 (sec. 17) geschaffen und später in den Mental Health Act 1983 (sec. 95 f.) verlagert. Seit der Reform durch den MCA findet sich die Befugnis des *Court of Protection*<sup>231</sup> in Sections 16 und 18 MCA, ergänzt durch die Bestimmungen von Schedule 2.

„Section 16 powers: property and affairs: (1) The powers under section 16 as respects P's property and affairs extend in particular to — [...] (i) the execution for P of a will. (2) No will may be made under subsection (1)(i) at a time when P has not reached 18.“<sup>232</sup>

Die Einführung der Befugnis sollte die Nachteile einer harten Grenze des Selbstbestimmungsrechts abfedern.<sup>233</sup> In der Gerichtspraxis haben sich einige typische Situationen herausgebildet. Zum Beispiel der Antrag auf Änderung eines vorigen Testaments infolge wesentlich veränderter Lebensumstände des Erblassers, auf welche aufgrund der

<sup>230</sup> Nach *Sloan*, Borkowski's Law of Succession, S. 351.

<sup>231</sup> Zunächst war der *Court of Protection* bis zur endgültigen Umsetzung des MCA zum 1. Oktober 2007 eine Abteilung des *Supreme Court* (genannt *Office of the Commissioners in Lunacy*; später umbenannt in *Office of the Master in Lunacy*). Durch sec. 45 ff. MCA wurde schließlich der *Court of Protection* als „*superior court of record*“ in die Gerichtsbarkeit eingeführt. Zur Historie vgl. *Lush Elder Law Journal* 2014, 173 ff.

<sup>232</sup> Auszug aus Section 18 (1) und (2) MCA in aktueller Fassung (Stand: 1.5.2023).

<sup>233</sup> *Harding* MLR 2015, 945 (951 ff.), auch mit Beispielen aus der Rechtsprechung. – Vgl. zur Rechtsordnung von New South Wales/AU mit ähnlichen Erwägungen *Böhm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 276 ff.

eigenen Handlungsunfähigkeit nicht mehr reagiert werden konnte.<sup>234</sup> Dazu kann es etwa kommen, wenn sich eine Veränderung (z.B. einerseits durch den Tod des Ehepartners oder eines Abkömmlings, andererseits durch Geburt eines Abkömmlings) ergibt, einschließlich einer veränderten Beziehung des Erblassers zu den Begünstigten.<sup>235</sup> Ein weiterer Beweggrund für die Errichtung eines „*statutory will*“ könnte darin liegen, dass sich Zweifel an der Wirksamkeit eines vorhergehenden Testaments ergeben haben.<sup>236</sup> Schließlich kann es eine Rolle spielen, ob die „*intestacy rules*“ eine angemessene Verteilung des Nachlasses darstellen würde, wo der Erblasser nicht selbst testiert hat und unter Umständen zu testieren nie in der Lage war.<sup>237</sup>

### I. Formalitäten des Verfahrens

Statistiken zufolge werden jährlich rund 400 dahingehende Anträge beim *Court of Protection* eingereicht.<sup>238</sup> Das Verfahren wird durch den Antrag eingeleitet, wodurch erbeten wird, der Testamenterrichtung durch einen Dritten („*the authorised person*“) für den Erblasser zuzustimmen. Die Zulassung des Antrags bedarf hingegen im Regelfall keiner Genehmigung durch den *Court of Protection*.<sup>239</sup> Im Grundsatz kann jede Person den verfahrenseinleitenden Antrag stellen, wobei allerdings in außergewöhnlichen Fällen als Rückausnahme doch ein Zulassungsverfahren vorgeschaltet ist.<sup>240</sup> In der Praxis wird der Antrag durch einen Betreuer („*deputy*“), den das Gericht nach sec. 16 (2) MCA mit einem entsprechenden

---

<sup>234</sup> Vgl. *Re Davey* [1980] 3 All ER 342, [1981] 1 WLR 164: 92-jährige Erblasserin wurde im Juni 1979 in ein Pflegeheim verlegt. Dort hatte sie zunächst in urteilsfähigem Zustand testiert. Im Oktober hatte sie ohne Kenntnis ihrer Verwandten mit dem 48-jährigen Pfleger und Angestellten des Heims die Ehe geschlossen, wodurch ihr Testament nach dem Wills Act 1837 (sec. 18) eo ipso widerrufen wurde. Auf Antrag des *Official Solicitor* hin wurde das frühere Testament durch den *Court of Protection* wiederhergestellt, weil die Erblasserin mittlerweile selbstbestimmungsunfähig war.

Vgl. auch *Re D (J)* [1982] Ch 237: Disproportionale Begünstigung einer Tochter im Verhältnis zu weiteren Abkömmlingen durch Immobilien- und Hausratvermächtnis. Wegfall des Vermächtnisgegenstands durch nachfolgenden Verkauf. Durch Errichtung eines „*statutory will*“ wurde die vorherige Begünstigung der Tochter mit Blick auf den Gesamtnachlass wiederhergestellt, um den Wünschen der Erblasserin weiterhin Geltung zu verschaffen.

<sup>235</sup> Vgl. *Re HMF* [1976] Ch. 33: Erblasserin vererbte ihr Vermögen an zwei Stiftungen durch ein Testament aus dem Jahr 1960. Seit ihrer Betreuung durch den *Court of Protection* im Jahr 1969 äußerte sie aufgrund eines verstärkten Interesses an verbliebenen Verwandten den Wunsch, ihren zwei Neffen jeweils eine Geldsumme vermachen zu wollen. Siehe auch *Law Commission, Making a will*, 3.6.

<sup>236</sup> Siehe etwa *Re D (Statutory Will)* [2010] EWHC 2159 (Ch), auch bei Zweifeln an der Testierfähigkeit.

<sup>237</sup> *Re C (a patient)* [1991] 3 All ER 866; *Re S (Gifts by Mental Patient)* [1997] 2 FCR 320. Hierzu mit kritischer Anmerkung *Harding MLR* 2015, 945 (954-956).

<sup>238</sup> Siehe den Nachweis bei *Law Commission, Making a will*, 3.1 Fn. 2.

<sup>239</sup> Section 50 MCA regelt, dass für Anträge zwar generell ein Zulassungsverfahren vorgesehen ist, aber keine Genehmigung von Anträgen des Erblassers („*P*“) oder seines Vertreters („*deputy*“) erforderlich ist. Siehe auch *Court of Protection Rules* 2017, rule 8.1 sowie 8.2 (b). Ein Zulassungsverfahren muss lediglich vorgeschaltet sein, wenn nicht der Erblasser, sein Betreuer („*deputy*“), ein Bevollmächtigter mit Generalvollmacht („*lasting power of attorney*“ im Sinne von sec. 9 ff. MCA), ein „*Public Guardian*“ (öffentliches Amt) oder ein Begünstigter (sowohl durch früheres Testament als auch durch Intestaterbfolge) den Antrag stellt.

– Anders sieht z.B. das Recht von New South Wales/AU generell ein zweigliedriges Verfahren (Zulassungs- und Hauptverfahren) vor, vgl. *Böhm, Der demenzkranke Erblasser*, S. 279 f.

<sup>240</sup> Siehe die vorige Fußnote.

Aufgabenkreis<sup>241</sup> bestellt hat, einen Bevollmächtigten mit „*lasting power of attorney*“ nach Maßgabe von sec. 9 MCA oder einen Verwandten des Erblassers gestellt.<sup>242</sup> Erblasser-ferne Personen werden nämlich bei Antragstellung keinen Zugriff auf die umfangreichen persönlichen Dokumente haben, die dem Antrag beizufügen sind. Während das „*statutory will*“ eigentlich durch den *Court of Protection* errichtet wird, muss der Testamentsentwurf, den das Gericht abzuändern befugt ist, bereits durch den Antragsteller eingereicht werden.<sup>243</sup> Außerdem müssen dem Antragsformular neben der Begründung für den Handlungsbedarf des *Court of Protection* weitere Dokumente angehängt werden, darunter unter anderem eine Kopie sämtlicher letztwilliger Verfügungen des Erblassers, der gerichtlichen Bestellung des Betreuers oder die Registrierung der Generalvollmacht des Bevollmächtigten, eine Aufstellung der persönlichen Verhältnisse des Erblassers durch einen Stammbaum und eine Darstellung seiner finanziellen Situation (samt Einkünften und Ausgaben) sowie schließlich ein sachverständiges Gutachten, das die Handlungsunfähigkeit des Erblassers testiert.<sup>244</sup>

Um die Interessen der handlungsunfähigen Person zu wahren, ist der *Court of Protection* angehalten, den Erblasser angemessen am gerichtlichen Verfahren zu beteiligen. Hierzu wird das Gericht ihn im Regelfall als Beteiligten aufnehmen, wenn nicht das beantragte Testament eine äußerst marginale Änderung vornimmt.<sup>245</sup> Außerdem ist sicherzustellen, dass dem Betroffenen rechtlicher Beistand zur Seite steht. Unter Umständen kann der öffentliche bestellte „*Official Solicitor*“ im Amt des *Office of the Official Solicitor*<sup>246</sup> bei der Testamentserrichtung und als „*litigation friend*“ mitwirken.<sup>247</sup> Durch die persönliche Beteiligung sollen die Wünsche und Interessen des Betroffenen möglichst gerecht umgesetzt werden.<sup>248</sup>

---

<sup>241</sup> Gemäß sec. 20 (3) (b) MCA hat der *Court of Protection* die alleinige Befugnis, ein „*statutory will*“ für den Erblasser zu errichten.

<sup>242</sup> Für diese Personen ist überdies, wie gesehen in Fn. 240, kein Zulassungsverfahren vorgeschaltet.

<sup>243</sup> Court of Protection Practice Direction 9E, Absatz 6 (a) [i.V.m. Court of Protection Rules 2017, rule 9.11 i.V.m. sec. 52 MCA].

<sup>244</sup> Für Einzelheiten siehe Court of Protection Practice Direction 9E, Absatz 6 [i.V.m. Court of Protection Rules 2017, rule 9.11 i.V.m. sec. 52 MCA]. Vgl. auch die Antragsformulare „COP1“ und „COP1C“, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/apply-statutory-will/how-to-apply> (Stand: 1.5.2023).

<sup>245</sup> Vgl. allgemein die Handlungsanweisungen zur Beteiligung der betroffenen Person nach Court of Protection Rules 2017, rule 1.2; für den Fall einer marginalen Änderung nennt *Law Commission, Making a will*, 3.11, die Auswechslung des „*executors*“ unter einem früheren Testament.

<sup>246</sup> *Official Solicitor*: „the officer of the court who acts for a person who is unable to represent him or herself through a lack of capacity, where no other suitable person or agency is able and willing to act.“, siehe *Law Commission, Making a will*, S. 2.

<sup>247</sup> Ausführlich *Terrell/Bielanska/Holmes/Frimston, A Practitioner's Guide to the Court of Protection*, S. 98 ff.

<sup>248</sup> Vgl. Court of Protection Rules 2017, rule 1.2 (2): „The directions are that — (a) P should be joined as a party; (b) P's participation should be secured by the appointment of an accredited legal representative to represent P in the proceedings and to discharge such other functions as the court may direct; (c) P's participation should be secured by the appointment of a representative whose function shall be to provide the court with information as to the matters set out in Section 4(6) of the Act and to discharge such other functions as the court may direct; (d) P should have the opportunity to address (directly or indirectly) the judge determining the application and, if so directed, the circumstances in which that should occur; (e) P's interests and position can properly be secured without any direction under sub-paragraphs (a) to (d) being made or by the making of an alternative direction meeting the overriding objective.“

Wenn die Testamentserrichtung genehmigt wird – die Kriterien hierfür werden folgend behandelt –, muss der gerichtlich genehmigte Entwurf durch den Antragsteller als befugte Person formal errichtet werden, wozu der Vollzug durch „*execution*“ erforderlich ist. Das Gesetz stellt hierfür einige Voraussetzungen auf, wonach das „*statutory will*“, erstens, namens des Erblassers durch die befugte Person, zweitens, durch die befugte Person mit seinem eigenen Namen in gleichzeitiger Gegenwart von zwei Zeugen, und drittens, durch die Zeugen unterschrieben werden muss. Schließlich muss das Testament noch mit dem Amtssiegel des Gerichts versehen werden.<sup>249</sup> Ansonsten gelten die allgemeinen formalen Anforderungen nach dem Wills Act 1837 mit wenigen Ausnahmen, die auf die Besonderheiten des gerichtlichen Verfahrens zugeschnitten sind.<sup>250</sup>

## II. *Umfang und Grenzen der Befugnis*

Das auf diese Weise errichtete oder geänderte Testament kann jegliche Art von letztwilligen Verfügungen enthalten, die der Erblasser in testierfähigem Zustand selbst hätte anordnen können. Ebenso hat es dieselben Rechtsfolgen wie ein nach Maßgabe des Wills Act 1837 errichtetes Testament.<sup>251</sup> Allerdings kann mithilfe eines „*statutory will*“ nicht über unbewegliches Vermögen außerhalb von England und Wales verfügt werden.<sup>252</sup> Im Wesentlichen ist die gerichtliche Befugnis von zwei Tatbestandsmerkmalen abhängig. Zum einen die Urteilsunfähigkeit des Erblassers, zum anderen muss das „*statutory will*“ seine Interessen und Wünsche wahren („*Best-Interest-Approach*“).

### 1. *Handlungsunfähigkeit nach Maßgabe des MCA*

Section 16 (1) in Verbindung mit Section 18 (1) (i) MCA zufolge ist die Eingangsvoraussetzung, die durch den *Court of Protection* zu prüfen ist, dass der Erblasser handlungsunfähig ist. Wie oben gesehen, sind hierfür die Sections 2 und 3 MCA maßgeblich, wobei das Gesetz aufgrund der Vermutung nach sec. 1 (2) MCA einen negativen Beweis fordert.<sup>253</sup> Außerdem haben wir bereits festgestellt, dass die „*Inability to make a decision*“ entscheidend ist. Dieses Kriterium lässt sich in zwei Elemente aufteilen: ein funktionales Element und ein diagnostisches Element.<sup>254</sup> Im Rahmen des funktionalen Tests kommt es in erster Linie auf intellektuelle Fähigkeiten an, nämlich auf die Auffassungsgabe, das

<sup>249</sup> Siehe Schedule 2, sec. 3 (1) und (2) MCA. Die Court of Protection Practice Direction 9E, Absatz 6 (a) [i.V.m. Court of Protection Rules 2017, rule 9.11 i.V.m. sec. 52 MCA] enthält einen Vordruck. Nach *Re Hughes* The Times, 8. January 1999, [1998] 12 WLUK 57 ist die Versiegelung keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sodass der zwischenzeitliche Tod des Erblassers nicht mehr schadet. Ausführlich zum Ganzen vgl. *Terrell/Bielanska/Holmes/Frimston*, A Practitioner’s Guide to the Court of Protection, S. 401 ff.

<sup>250</sup> Vgl. Schedule 2, sec. 4 MCA.

<sup>251</sup> Vgl. Schedule 2, sec. 2 und 4 (3) MCA.

<sup>252</sup> Vgl. Schedule 2, sec. 4 (4) (a) MCA.

<sup>253</sup> Siehe zum Ganzen und zum Folgenden oben § 11.II.

<sup>254</sup> Vgl. statt aller *A Local Authority v TZ* [2013] EWHC 2322 (COP) Tz. 17, per Justice Baker.

Erinnerungs- und das Beurteilungsvermögen der Person.<sup>255</sup> Daher wird zum Teil kritisiert, dass der MCA diejenigen geistigen Störungen, die sich nicht auf die Einsichtsfähigkeit, sondern auf die voluntative Willensumsetzungsfähigkeit auswirken, nicht angemessen zu erfassen imstande ist.<sup>256</sup>

## 2. *Best-Interest-Approach*

Vor dem Inkrafttreten des MCA zielte die Rechtsprechung des *Court of Protection* darauf ab, wie der Erblasser während eines hypothetischen luziden Intervalls testiert hätte, um die Ersetzung des hypothetischen Testaments durch gerichtliches Tätigwerden zu rechtfertigen.<sup>257</sup> Diese Art des „*substituted decision-making*“ vermochte den Richtern jedoch umso schwerer zu fallen, wenn der Erblasser lebzeitig zu keinem Zeitpunkt selbst testiert hatte.<sup>258</sup> Jedoch hat sich die Perspektive des Gerichts mit dem Inkrafttreten des MCA zum 1. Oktober 2007 gewandelt. Nach den reformierten gesetzlichen Vorschriften muss jedes Tätigwerden und jede Entscheidung im Einklang mit den „*best interests*“ der selbstbestimmungsunfähigen Person stehen.<sup>259</sup> Zur Auslegung des Begriffs befasst sich Section 4 MCA,<sup>260</sup> der erstmals im Jahr 2009 von der Rechtsprechung zu ‚*Re P (Statutory Will)*‘ aufgegriffen wurde.

---

<sup>255</sup> Vgl. sec. 3 (1) MCA.

<sup>256</sup> Siehe vor allem *Auckland, Cusp of Capacity*, S. 152 ff., S. 162 ff.

<sup>257</sup> Vgl. *Re D (J)* [1982] Ch 237, [1982] 2 All ER 37: „The court in drafting a will for a patient under Section 103 (1) (dd) of the [Mental Health Act 1959] assumes that the patient is having a brief lucid interval at the time when the will is made. During that lucid interval, the patient is assumed to have a full knowledge of the past, and a full realisation that as soon as the will is executed he will relapse into the mental state that previously existed. The court considers not a hypothetical patient but the actual patient, with all the antipathies and affections that he had while of full capacity, and seeks to make the will which he, acting reasonably, would have made. The patient is to be envisaged during the hypothetical lucid interval as being advised by a competent solicitor and, in normal cases, the patient is to be envisaged as taking a broad brush to the claims on his bounty rather than an accountant's pen.“, per Sir Robert Megarry VC. – Siehe hierzu *Lush Elder Law Journal* 2014, 173 (175 f.).

<sup>258</sup> Zum Beispiel *Re C (a patient)* [1991] 3 All ER 866: Erblasserin wurde mit schweren Störungen der Gehirnfunktionen geboren, war allerdings aufgrund einer Erbschaft äußerst wohlhabend. Auf Antrag des *Official Solicitor* wurde ein „*statutory will*“ in ihrem Namen errichtet, wodurch einer gemeinnützigen Stiftung eine halbe Million GBP vermacht wurden. Der Richter, Lord Hoffmann, hatte diese Spende mit der Erwägung gerechtfertigt, dass die Erblasserin, wäre sie testierfähig gewesen, die gemeinnützige Gemeinschaft, in der sie zeitlebens untergebracht und versorgt worden war, unter Berücksichtigung der zeitgenössischen moralischen Vorstellungen bedacht hätte. Außerdem seien ihrer Familie und Verwandten noch genug Vermögen zur Lebenssicherung übriggeblieben.

<sup>259</sup> Sec. 1 (5) MCA: „An act done, or decision made, under this Act for or on behalf of a person who lacks capacity must be done, or made, in his best interests.“

<sup>260</sup> Auszug aus sec. 4 MCA (Stand: 1.5.2023): „Sec. 4 Best interests

(1) In determining for the purposes of this Act what is in a person's best interests, the person making the determination must not make it merely on the basis of — (a) the person's age or appearance, or (b) a condition of his, or an aspect of his behaviour, which might lead others to make unjustified assumptions about what might be in his best interests.

(2) The person making the determination must consider all the relevant circumstances and, in particular, take the following steps.

(3) He must consider — (a) whether it is likely that the person will at some time have capacity in relation to the matter in question, and (b) if it appears likely that he will, when that is likely to be.

(4) He must, so far as reasonably practicable, permit and encourage the person to participate, or to improve his ability to participate, as fully as possible in any act done for him and any decision affecting him.

[...]

„The 2005 Act marks a radical change in the treatment of persons lacking capacity. [...] the overarching principle is that any decision made on behalf of P must be made in P's best interests. This is not (necessarily) the same as inquiring what P would have decided if he or she had had capacity. As the explanatory notes to the Mental Capacity Bill explained: ‚Best interests is not a test of ‚substituted judgement‘ (what the person would have wanted), but rather it requires a determination to be made by applying an objective test as to what would be in the person's best interests.‘ [...] It follows from this, in my judgment, that the guidance given under the Mental Health Acts 1959 and 1983 about the making of settlements or wills can no longer be directly applied to a decision being made under the 2005 Act. I say this for a number of reasons: i) The 2005 Act does not require the counterfactual assumption that P is not mentally disordered. The facts must be taken as they are. It is not therefore necessary to go through the mental gymnastics of imagining that P has a brief lucid interval and then relapses into his former state. ii) The goal of the enquiry is not what P ‚might be expected‘ to have done; but what is in P's best interests. This is more akin to the ‚balance sheet‘ approach than to the ‚substituted judgment‘ approach. The code of practice makes this clear in that it points out that the test of best interests was one that was worked out by the courts mainly in decisions relating to the provision of medical care (para 5.1); iii) The previous guidance was concerned with deciding what P would have wanted if he were not mentally disordered. But the 2005 Act requires the decision maker to consider P's present wishes and feelings, which *ex hypothesi* are wishes and feelings entertained by a person who lacks mental capacity in relation to the decision being made on his behalf; iv) The same structured decision making process applies to all decisions to be made on P's behalf, whether great or small, whereas the previous guidance was specific to the making of a will, gift or settlement. Moreover, it is a decision making process which must be followed, not only by the court, but by anyone who takes decisions on P's behalf. v) In making his decision the decision maker must consider ‚all relevant circumstances‘. vi) The Act expressly directs the decision maker to take a number of steps before reaching a decision. These include encouraging P to participate in the decision. He must also ‚consider‘ P's past and present wishes, and his beliefs and values and must ‚take into account‘ the views of third parties as to what would be in P's best interests.“<sup>261</sup>

Nichtsdestotrotz lässt die derzeitige Rechtslage eine klare Struktur zur Auslegung, wie das Kriterium der „*best interests*“ zu handhaben ist, vermissen. Zwar setzt Section 4 (6) MCA voraus, dass sowohl frühere als auch gegenwärtige Wünsche, Emotionen, Überzeugungen und Werte der betroffenen Person zu berücksichtigen sind. Jedoch bleibt unklar, welches Gewicht diesen Faktoren zukommt.

---

(6) He must consider, so far as is reasonably ascertainable — (a) the person's past and present wishes and feelings (and, in particular, any relevant written statement made by him when he had capacity), (b) the beliefs and values that would be likely to influence his decision if he had capacity, and (c) the other factors that he would be likely to consider if he were able to do so.

(7) He must take into account, if it is practicable and appropriate to consult them, the views of — (a) anyone named by the person as someone to be consulted on the matter in question or on matters of that kind, (b) anyone engaged in caring for the person or interested in his welfare, (c) any donee of a lasting power of attorney granted by the person, and (d) any deputy appointed for the person by the court, as to what would be in the person's best interests and, in particular, as to the matters mentioned in subsection (6).

[...]“

<sup>261</sup> *Re P (Statutory Will)* [2009] EWHC 163 (Ch) Tz. 36-38, per Lewinson J, auch mit nachfolgendem Verweis auf die unveröffentlichte Entscheidung *Re S and S (Protected Persons)* vom 25. November 2008, per Marshall HHJ.

Einerseits heißt es ‚*Re M (Statutory Will)*‘ zufolge, dass die Wünsche des Betroffenen ein entscheidender Faktor sein müssen, ihnen aber je nach Verfahren und tatsächlichen Gegebenheiten ein unterschiedliches Gewicht im Rahmen der Abwägung („*case-specific and fact-specific*“) zukommen werde und die Gewichtigkeit sogar vom Grad der Selbstbestimmungsunfähigkeit, der Rationalität sowie der Beständigkeit und den Folgen einer Vernachlässigung des zu berücksichtigenden Wunsches abhängen könne.<sup>262</sup> Im Ergebnis wurde gerichtlich eine zwischenzeitlich überholte testamentarische Verfügung wiederhergestellt, weil dies aus der Perspektive der Erblasserin „*the right thing to do*“<sup>263</sup> gewesen wäre.<sup>264</sup>

Andererseits lassen manche Urteile den Verdacht aufkommen, dass das Gericht eigene moralische Vorstellungen den Wünschen des Erblassers vorzieht, vor allem in der Situation, wo nicht auf ein früheres Testament zurückgegriffen werden kann.<sup>265</sup> In ‚*NT vs FS*‘ ging es um einen wohlhabenden und dementen Erblasser, der aufgrund gesetzlicher Erbfolge beerbt worden wäre, hätten nicht eine Vielzahl von Verwandten – nichteheliche Lebensgefährtin, Sohn, Mutter, drei Geschwister und ein Halbnkel – ihre eigenen Ansprüche und Interessen mithilfe des „*statutory will*“-Verfahrens durchzusetzen gesucht. Nach der gesetzlichen Erbfolge hätte der Sohn einen Großteil des Vermögens und die nichteheliche Lebenspartnerin einen kleinen Restanteil – im Rahmen des Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 – geerbt.<sup>266</sup> Im Kern dreht sich die Entscheidung des *Court of Protection* um die relativen Anteile am Nachlass, die den einzelnen Familienmitgliedern zufallen sollten, wobei die endgültige Entscheidung erheblich von den Regeln der gesetzlichen Erbfolge abweicht.<sup>267</sup> Also profitierten von der Errichtung des „*statutory will*“ im Namen des Erblassers insbesondere die nichteheliche Lebensgefährtin und die Geschwister. Seine Erwägungen hatte der Richter zum einen darauf gestützt, dass der Erblasser eine nicht zu vernachlässigende moralische Verpflichtung („*large moral obligation*“) gegenüber seiner langjährigen Lebensgefährtin habe, zum anderen, dass die Geschwister für ihre Beteiligung am Aufbau des Vermögens zu belohnen gewesen sein würden.<sup>268</sup> Allerdings wirft das Vorgehen Bedenken gegen die Wahrung der „*best interests*“ auf. So geht das Gericht über die Notwendigkeit eines ersetzenden Urteils hinweg. Vielmehr setzt es anfangs im Einvernehmen mit den Beteiligten voraus, dass der Erblasser testierunfähig sei und ein

<sup>262</sup> *Re M (Statutory Will)* [2009] EWHC 2525 (Fam) Tz. 35, per Munby J.

<sup>263</sup> Zu diesem Kriterium vgl. *Re P (Statutory Will)* [2009] EWHC 163 (Ch) Tz. 44, per Lewinson J, und nachfolgend *Re M (Statutory Will)* [2009] EWHC 2525 (Fam) Tz. 38, per Munby J. Kritisch aber *Re G (TJ)* [2010] EWHC 3005 (COP), per Morgan J.

<sup>264</sup> Vgl. *Re M (Statutory Will)* [2009] EWHC 2525 (Fam) Tz. 44 ff., per Munby J.

<sup>265</sup> Ähnlich *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 316 f. („Es geht vor allem um die Herstellung einer für die betroffene Familie annehmbaren Regelung, die in der Lage ist, im behaupteten Interesse des Erblassers den Familienfrieden zu wahren.“).

<sup>266</sup> Vgl. *Harding* MLR 2015, 945 (960 ff.) mit eingehender Besprechung des Urteils.

<sup>267</sup> *NT vs FS* [2013] EWHC 684 (COP) Tz. 80 ff. – Nichteheliche Lebensgefährtin: 35 %; Sohn: 43 %; Verwandte in seitlicher Linie: 22 % (drei Geschwister: jeweils 6,25 % und Onkel: 3,25 %).

<sup>268</sup> Vgl. *NT vs FS* [2013] EWHC 684 (COP) insb. Tz. 84-95, per Behrens HHJ.

„*statutory will*“ errichtet werden müsse.<sup>269</sup> Indes müsste eine Vorfrage eigentlich sein, warum es den „*best interests*“ in diesem Einzelfall besser entspreche, von der gesetzlichen Ausgangslage der Intestaterbfolge und des Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 abzuweichen.<sup>270</sup> Ebenso lassen die Erwägungsgründe jegliche Auseinandersetzung mit aktuellen Wünschen des Erblassers vermissen. Zumindest hatte sich das Gericht mit dem Inhalt eines früheren, formal ungültigen Testaments auseinandergesetzt,<sup>271</sup> aber der Betrachtungsweise der Verwandten, die gemäß Section 4 (7) MCA ebenfalls zu berücksichtigen ist, den Vorzug gegeben. Somit lässt sich festhalten, dass ein zentraler Beweggrund die Belohnung des treuen Verhaltens seitens der Familienmitglieder war. Ebenso gibt es umgekehrte Entscheidung, in denen ein „*statutory will*“ zur Bestrafung von Fehlverhalten genutzt wurde. Ein Beispiel hierfür liefert der Sachverhalt von ‚*Re Meek*‘, wo gerichtlich bestellte „*deputies*“ in unredlicher – vielleicht sogar strafbarer – Weise ihre Position zu eigenen Gunsten und zu Lasten der finanziellen Situation der selbstbestimmungsunfähigen Erblasserin ausnutzten. Der *Court of Protection* nutzte die Gelegenheit, um die bestehende Aussicht auf Begünstigung der gesetzlichen Erben durch eine testamentarische Verfügung im Namen der Erblasserin zu verhindern.<sup>272</sup> Man könnte im Schutz des Interesses vor finanzieller Ausnutzung einer Hilfslage durchaus einen Abwägungsfaktor des „*best interests*“ sehen. Hierbei ist allerdings interessant, dass die Begründung des Gerichts keinen Hinweis darauf enthält, ob es den Wünschen und Überzeugungen der Erblasserin tatsächlich entsprochen hatte, das Testament mit diesem Inhalt zu errichten. Erneut wirft das Verfahren die Frage auf, ob nicht die Verteilung des Nachlasses auf Basis der gesetzlichen Erbfolge besser beibehalten worden wäre.<sup>273</sup>

Ein klares, am Willen des Erblassers ausgerichtetes Urteil bietet hingegen ‚*D v JC*‘, das den Antrag eines vernachlässigten Abkömmlings mit der Begründung ablehnte, dass der Erblasser zeitlebens in allen seinen zwischenmenschlichen Beziehungen den falschen Weg eingeschlagen habe und es auskoste, die Pläne seiner Kinder für den Nachlass zu durchschlagen.<sup>274</sup> Schließlich äußert sich auch ‚*Re Jones*‘ deutlich zur Notwendigkeit des

---

<sup>269</sup> *NT vs FS* [2013] EWHC 684 (COP) insb. Tz. 1: „This is an application by NT (‘the Deputy’) for authority to execute a statutory will on behalf of FS (‘F’). There is no dispute that F lacks the capacity to make such a will. There is equally no dispute that it is in his best interests that such a will be made. There are a large number of Respondents to the application each of whom are potential beneficiaries under such a will. There are, however significant disputes between them as to the provisions of such a will.“, per Behrens HHJ.

<sup>270</sup> Kritisch äußert sich v.a. *Harding* MLR 2015, 945 (961 f.).

<sup>271</sup> Vgl. *NT vs FS* [2013] EWHC 684 (COP) insb. Tz. 77, per Behrens HHJ.

<sup>272</sup> Vgl. *Re Meek* [2014] EWCOP 1, insbesondere Leitsatz (2) nach [2014] 4 WLUK 449: „Both had demonstrated a lack of understanding of the seriousness and unacceptability of their conduct, together with a complete lack of remorse. But for their misconduct, they would have been obvious people to benefit from G’s estate. However, it was a serious case of breach of trust and neither should benefit above the level of gifts already ratified. Balancing all of the factors, it would be inappropriate to include either L or X in any statutory will; it would not be in G’s best interests to benefit them. The only people who had any real continuing claim on G’s bounty were two of G’s family friends. They were entitled to a quarter of the estate. The remainder would pass to charity (paras 57-59, 64, 71, 77, 79-81, 95).“, per Hodge J.

<sup>273</sup> So kritisch *Harding* MLR 2015, 945 (963).

<sup>274</sup> *D v JC* [2012] 3 WLUK 800, [2012] WTLR 1211, per Denzil Lush SJ.

Verfahrens.<sup>275</sup> Die Frau des dementen 81-jährigen Erblassers beantragte die Befugnis zur Errichtung eines Testaments im Namen ihres Ehemannes. Die Antragstellerin versuchte die 56-jährige Tochter aus einer früheren Ehe des Erblassers zu enterben, die in Kanada lebte, unter Suchtproblemen und psychischen Störungen litt und nur äußerst sporadischen telefonischen Kontakt zu ihrem Vater pflegte. Denn nach der gesetzlichen Ausgangslage des Inheritance and Trustee's Powers Act 2014 wären, ohne ins Einzelne zu gehen, die Tochter und die Ehefrau Miterben mit gleichen Anteilen.<sup>276</sup> Unter sorgfältiger Berücksichtigung des Erblasserwillens kam das Gericht zwar zum Ergebnis, dass es im besten Interesse sei, ein „*statutory will*“ zu errichten. Dies allerdings nur vor dem Hintergrund, dass durch Ernennung eines unabhängigen, erfahrenen Solicitors als „*executor*“ des Nachlasses ein nachfolgender Streit zwischen den Erben vermieden werden könne. Das Testament sollte hingegen den Inhalt haben, dass im Ergebnis eine gleiche Teilhabe am Vermögen des Erblassers gerecht sei, weil dies dem vielfach geäußerten Wunsch entsprochen habe, auch die Tochter absichern zu wollen.<sup>277</sup>

An dieser Stelle lässt sich für die weitere Darstellung festhalten, dass die Berücksichtigung der besten Interessen des Erblassers den Richter vor keine leichte Aufgabe stellt. Andererseits sollte die Befugnis des ersetzenden Tätigwerdens nicht als Gelegenheit für eine moralisch begründete „Richtigstellung“ der Ausgangssituation genutzt werden.<sup>278</sup>

### III. Diskussionsbedarf über die Übernahme in das deutsche Recht

Neben der Möglichkeit, die harte juristische Konsequenz der Testierunfähigkeit in bestimmten Einzelfällen abzufedern, kann das „*statutory will*“ unter Umständen einer Erbstreitigkeit der potenziellen Begünstigten vorbeugen.<sup>279</sup> Jedoch wurde bereits festgestellt, dass die Wahrung der persönlichen Wünsche und Interessen kein einfaches Unterfangen ist, weshalb ein ersetzendes Urteil durch das Gericht sorgfältig begründet werden muss. Im Folgenden möchte ich die Übernahme des „*statutory will*“-Verfahrens in das deutsche Recht betrachten.

---

<sup>275</sup> *Re Jones* [2014] EWCOP 59 Tz. 59: „The relevant statutory provisions and case law were set out in the position statements filed by counsel. Briefly: (a) Section 18 (1)(i) of the MCA 2005 confers on the Court of Protection jurisdiction to authorise the execution of a will on behalf of a person (,P‘) who lacks capacity to make a Will personally. (b) The statutory Will jurisdiction does not simply allow the court to make such Will as might appear objectively reasonable. Subject to the limits imposed by the Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, English law recognises testamentary freedom and the freedom not to make a Will. (c) Any decision to authorise or not to authorise a Will must be made in Mr Jones's best interests. [...]“, per Eldergrill J.

<sup>276</sup> Vgl. *Re Jones* [2014] EWCOP 59 Tz. 40.

<sup>277</sup> Vgl. *Re Jones* [2014] EWCOP 59 Tz. 94 ff., per Eldergrill J.

<sup>278</sup> So zurecht *Re Jones* [2014] EWCOP 59 Tz. 64-67, per Eldergrill J; *Harding* MLR 2015, 945 (960 ff.); *Hewitt/Richards/Stourton* Elder Law Journal 2012, 264 ff.

<sup>279</sup> So *Law Commission*, Making a will, 3.7.

### 1. Durchbrechung der formellen Höchstpersönlichkeit durch „substituted decision-making“

Im deutschen Erbrecht ist der Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit (vgl. § 2064 BGB) traditionell stark verwurzelt.<sup>280</sup> Freilich ist die Berufung auf eine Rechtstradition kein durchschlagendes Argument gegen eine Reform. Im Kontext dieser Frage muss man sich aber stets vor Augen führen, dass die Ersetzung des freien Willens einer Person durch eine hoheitliche Maßnahme – auch wenn sie zum vermeintlichen Schutz der Person ausgeübt wird – die negative Seite der Testierfreiheit beeinträchtigt und somit einen Grundrechtseingriff darstellt. Der Gefahr einer moralischen Bevormundung des Erblassers hat sich das deutsche Recht seit anfangs erwehrt. Erkennbar wird dies beispielsweise daran, dass es keine beschränkte Testierfähigkeit Minderjähriger nach dem Vorbild der beschränkten Geschäftsfähigkeit mit Zustimmungserfordernis gibt.<sup>281</sup> Außerdem kommt hinzu, dass sich der Erblasser einer gerichtlichen Entscheidung in seinem Namen – und sollte sie auch unzutreffend seine Wünsche und Interessen abbilden – nicht erwehren könnte. Anders als Versuche, die handlungsunfähige Person so zu unterstützen, dass sie unter Umständen trotz ihrer prekären Lage einen rechtlich anerkennenswerten Willen bilden und äußern kann, ist das „*statutory will*“-Verfahren nicht geeignet, das *Selbstbestimmungsrecht* zu fördern.<sup>282</sup> Im Gegenteil sogar scheinen die wenigen, bereits entschiedenen Fälle der englischen Gerichtsbarkeit darauf hinzudeuten, dass das Verfahren von Familienangehörigen und Vertrauten genutzt wird, um eine Kompromisslösung hinsichtlich der Nachlassverteilung untereinander zu erreichen.<sup>283</sup> Im Übrigen wird selbst im englischen Recht um die Vereinbarkeit dieser Form des „*substituted decision-making*“ mit den Vorgaben von Art. 12 UN-Behindertenrechtskonvention (CRPD) gestritten.<sup>284</sup>

### 2. Verfahrens- und Kostenaufwand

Zudem ist der Verfahrens- und Kostenaufwand zu berücksichtigen. Die Länge des Verfahrens und hierdurch entstehende Kosten, insbesondere bei anwaltlicher Beratung mehrerer Beteiligter, kann den Wert des Nachlasses in einigen Fällen übersteigen. Das liegt nicht zuletzt daran, dass bereits der Antrag durch die Beibringungspflicht diverser Gutachten und Dokumente einen erheblichen Aufwand darstellt.<sup>285</sup> Die Befugnis zur Errichtung eines

<sup>280</sup> Monographisch hierzu jüngst *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 293 ff.

<sup>281</sup> Siehe § 3.II.

<sup>282</sup> Zutreffend *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 317 f.

<sup>283</sup> Vgl. *Harding* MLR 2015, 945 (962) mit Verweis auf *Re Treadwell (Deceased)* [2013] EWHC 2409 (COP) Tz. 38, per Denzil Lush SJ („As often happens in statutory will proceedings, a compromise was reached among the parties, who invited the court to make an order authorising the execution of a will [...]“).

<sup>284</sup> Siehe unter anderem: *Martin* Elder Law Journal 2015, 32 ff.; *Harding* MLR 2015, 945 ff.; *Law Commission*, Making a will, 3.16 ff. – Vorgabe des *UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities* ist es nämlich, die Formen des „*substituted decision-making*“ durch adäquaten „*support*“ zu ersetzen. Vgl. hierzu auch die Erwägungen der *Law Commission*, Making a will, 4.1 ff.

<sup>285</sup> Nach *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 315 f., liegt der durchschnittlich zu erwartende Kostenaufwand eines schnellen Verfahrens bei knapp unter 10.000 GBP, wobei ein langes Verfahren mit vielen Beteiligten auch einen sechsstelligen Betrag aufzehren kann.

Testaments namens des Erblassers zu beantragen, wird sich dementsprechend nur lohnen, wenn der Erblasser über ein ausreichend großes Vermögen verfügen kann.<sup>286</sup> So schlägt die *Law Commission* als möglichen Bezugspunkt einer Reform vor, das „*statutory will*“-Verfahrens zu beschleunigen und die Kosten für die Beteiligten zu senken.<sup>287</sup> Das es sich nicht um ein Streitiges Verfahren handelt, würde man es in Deutschland der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuordnen, sodass die Beteiligten im Regelfall selbst für die Gerichtskosten und die durch anwaltliche Beratung entstandenen Kosten aufkommen müssten.<sup>288</sup> Ein nicht zu unterschätzendes Zugangshindernis.

### 3. Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteilsrecht

Letztlich sind die Gründe für die Vertretungsbefugnis einer historischen Besonderheit des Common Law geschuldet, die sich nicht ohne Weiteres auf das deutsche Recht übertragen lässt. So haben wir bereits festgestellt, dass der Beweggrund für die Verfahrenseinleitung oftmals in der – vermeintlich – unangemessen Absicherung von Familienangehörigen und Vertrauten des Erblassers durch die gesetzliche Erbfolge liegt. Anders als das englische Recht sieht das deutsche Recht mit dem Pflichtteilsanspruch eine bedarfsunabhängige Beteiligung nächster Verwandter vor, mithilfe dessen die Folgen privatautonomer Gestaltungsfreiheit abgefangen werden sollen.<sup>289</sup> Andererseits können nach dem Testierakt entstehende Lücken zuverlässig durch Auslegungsregeln geschlossen werden, wodurch sich wiederum ein vorgreifliches Verfahren erübrigt.<sup>290</sup> In Anbetracht dessen halte ich es für vorzugswürdig, das „*statutory will*“-Verfahren nicht in das deutsche Recht zu übernehmen.<sup>291</sup> Vielmehr sollte ein gesetzgeberisches Anliegen die Reform der gesetzlichen Erbfolge sein, um die aktuellen demographischen und soziologischen Entwicklungen angemessen abdecken zu können, wie auf dem 68. Deutschen Juristentag bereits vorgeschlagen wurde<sup>292</sup>. Damit bleibt nur noch die herausragende Bedeutung unterstützender Maßnahmen im Kontext der Handlungsunfähigkeit hervorzuheben.

„One of the key issues in future will be not whether a person with a disability has testamentary capacity, or lacks it, but the extent to which they can be supported to exercise their legal right to make a will for themselves,

---

<sup>286</sup> Ebenso *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 315 f.; ähnlich *Böhm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 339.

<sup>287</sup> *Law Commission*, Making a will, 3.39 mit Consultation Question 13.

<sup>288</sup> Vgl. Burandt/Rojahn/Rojahn, Erbrecht, § 81 FamFG Rn. 1 ff.

<sup>289</sup> Das englische Recht kennt hingegen nur einen bedarfsabhängigen Anspruch nach dem Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975.

<sup>290</sup> So zutreffend *Böhm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 337 f.

<sup>291</sup> Im Ergebnis ebenso *Böhm*, Der demenzkranke Erblasser, S. 335 ff.; *Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren, S. 317 f.

<sup>292</sup> Vgl. *Röthel*, Gutachten, A50 ff.

and this will present an enormous challenge to everyone, including the medical profession, the legal profession and, not least, the judges of the Court of Protection.<sup>293</sup>

---

<sup>293</sup> *Lush Elder Law Journal* 2014, 173 (180).

# Ergebnisse

*I.* Das Rechtsinstitut der Privatautonomie bildet das Fundament des Privatrechts, dessen Charakteristik darin besteht, unser soziales Leben zu strukturieren. Die Lehren des Privatrechts betreffen die Art und Weise, wie wir als Menschen in der Welt leben und interagieren. Es bildet die Grundlage für ein gesellschaftliches Leben, das auf der Maxime gegenseitiger Achtung der Selbstbestimmung aufbaut.

*II.* Das Erbrecht perpetuiert das lebzeitige Eigentum. So hat es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Funktion, das Privateigentum als Grundlage einer eigenverantwortlichen Lebensgestaltung nicht mit dem Tod untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die private Vermögensordnung.

*III.* Um seine Angelegenheiten selbst regeln zu können, sich von Überlegungen, Wünschen, Bedingungen und Eigenschaften leiten zu lassen, die einem nicht von außen auferlegt werden, sondern Teil dessen sind, was man als sein authentisches Selbst betrachtet, ist ein Freiheitsraum vorausgesetzt, in dessen Rahmen der Einzelne grundsätzlich tun darf, was er beliebt. In Deutschland ist dieser Freiheitsraum durch die Grundrechte der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Testierfreiheit gezogen. Sie anzuerkennen und ihr in Gestalt der privaten Rechtsordnung einen Ausübungsrahmen zu geben, ist ein elementares Mittel zur freien Entfaltung der Persönlichkeit. Denn das Erbrecht ist nicht nur ein Vehikel zur Perpetuierung des lebzeitig erworbenen Eigentums. Die Testierfreiheit ist vielmehr ein Recht des Lebenden und ihre Wahrnehmung stellt sich zudem als Ausdruck des verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts dar.

*IV.* Allerdings sind mit der rechtlichen Anerkennung der Testierfreiheit allgemeine Grenzen verbunden, die immer zum Tragen kommen, wenn das dispositive Recht sich dem privatautONOMEN Willen des Einzelnen unterordnet. Andernfalls würde das Axiom des Rechtssystems, dass der Einzelne im Allgemeinen die normative Kompetenz für seine Entscheidungen besitzt, ihre Grundlage verlieren. Entscheidende Basis der Privatautonomie ist daher die freie Willensbildung und infolgedessen die Achtung des Willens durch die Rechtsordnung, indem mit der freien Willenserklärung unmittelbar Rechtsfolgen verknüpft werden. Hierbei geht es zum einen um den Besitz der geistigen Fähigkeiten, die notwendig sind, um über die grundlegenden Elemente des eigenen Selbst reflektieren zu können, und

zum anderen darum von den Werten, Sehnsüchten und Eigenschaften geleitet zu werden, die der eigenen Person authentisch sind, was wiederum Selbstreflektion hinsichtlich der eigenen diachronischen Identität und seiner Lebensumstände voraussetzt. Ohne Selbstbestimmung kann es keine Selbstverantwortung geben und Selbstbestimmung setzt Selbstbestimmungsfähigkeit voraus.

*V.* Das impliziert die Kernverantwortung des Staates, durch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Freiheitsraums die materiellen Bedingungen zu sichern, die es den Menschen ermöglicht, selbstbestimmt zu handeln. Die normative Ausformung des Rechts bewegt sich damit stets im Spannungsverhältnis zwischen der Fürsorge für sowie des Schutzes des hilfsbedürftigen Menschen und der Einschränkung sowie Entziehung seines Selbstbestimmungsrechts. In Bezug auf die Testierfähigkeit ist festzustellen, dass sich ihre Regelung als Inhalts- und Schrankenbestimmung der Testierfreiheit im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erweist und vor dem Hintergrund des besonders persönlichkeitsrechtlich relevanten Einschlags des Testierens rechtfertigungsbedürftig ist.

*VI.* Die Testierfähigkeit ist somit ein integraler Bestandteil für die Freiheitsausübung im grundrechtlichen Bereich. Selbstverantwortung im Erbrecht meint dabei allerdings nicht lebzeitige Einstandspflicht des Erblassers für die Rechtsfolgen seiner Verfügung, sondern ist eine moralische Kategorie. Mittels Beschränkungen, die das Gesetz durch Formerfordernisse, den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit und die Testierfähigkeit vorsieht, soll sichergestellt werden, dass der Erblasser Verantwortung vor sich selbst übernimmt und die Entscheidung mit seinem Gewissen ausmacht. Mit moralischer Verantwortung vor sich selbst ist jedoch keine sittliche Verantwortung gegenüber den nächsten Verwandten gemeint. Die Ausübung der Testierfreiheit ist nicht pflichtengebunden. Aus diesem Grund ist die letztwillige Verfügung nicht auf ihre inhaltliche Angemessenheit zu prüfen. Im Ausgangspunkt soll die Testierfähigkeit vielmehr die Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie sicherstellen.

*VII.* Die rechtliche Handlungsfähigkeit („Urteilsfähigkeit“, „mental capacity“) setzt nach jeder der betrachteten Rechtsordnungen, unabhängig von der Ausdifferenzierung in weitere Unterkategorien (Testierfähigkeit, Geschäftsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit usw.) stets zwei Elemente voraus. Zum einen die Einsichtsfähigkeit, das Vermögen, die Art und Folgen seiner Entscheidung verstehen und diese Information im Lichte der eigenen Werte, Überzeugungen oder Wünsche bewerten zu können. Zum anderen die Handlungsfähigkeit (im engeren Sinne), das Vermögen, nach dem zutreffend gewonnenen eigenen Urteil handeln zu können. Das sind die Merkmale, die einen freien Willen ausmachen. Sie gehen auf die Abgrenzung zum natürlichen Willen zurück und basieren auf einem hierarchischen Modell

der Willensbildung. Die Grundlage dieses Modells ist das reflexive Selbstverständnis des Menschen, die Fähigkeit, sich kritisch zu den eigenen Einstellungen zu verhalten. Damit geht es bei der Beurteilung der Willensfreiheit im Kern um die Frage, ob jemand wusste, was er wollte und wollte, was er wollte. Grundlegend geht das rechtliche Erfordernis der Selbstbestimmungsfähigkeit der Frage nach, ob ein rechtlich anerkennenswerter Geschäftswille vorliegt, auf dem die weiteren Rechtsinstitute zur Sicherung des Selbstbestimmungsrechts (insb. Irrtumslehre, Auslegung, Schutz vor Zwang und Manipulation) aufbauen.

*VIII.* Vor diesem Hintergrund setzen die Errichtung, Änderung und Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen, erstens, ein gewisses Mindestalter als Ausdruck hinreichender geistiger Reife des Erblassers (formales Kriterium) sowie, zweitens, die Abwesenheit von geistigen Insuffizienzen voraus (materielles Kriterium). Hierbei haben wir gesehen, dass die Testiermündigkeit die Rechtssicherheit stärkt. Die Funktion eines starren Mindestalters liegt darin, die Vermutungsbasis für die Grundannahme des Rechtssystems zu schaffen, dass jede Person mit Vollendung dieses Alters fähig ist, selbstbestimmt zu handeln und im wirtschaftlichen Bereich eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen. Im Rahmen der Ausgestaltung der Testiermündigkeit muss der Gesetzgeber allerdings die Besonderheiten des Testierens aufgreifen, um den Grundrechtseingriff angemessen zu bewältigen. Angesichts der persönlichkeitsrechtlichen Relevanz des Vererbens ist deshalb eine Tendenz erkennbar, die formalen Eingangsvoraussetzungen unterhalb der Schwelle für den allgemeinen Geschäftsverkehr anzusetzen bzw. generell abzusenken.

*IX.* Der Anknüpfung an ein Mindestalter folgt die Mündigkeit des Einzelnen. Diesem formalen Kriterium steht die korrektive Komponente der Testierunfähigkeit im Einzelfall entgegen, welche die materiellen Kriterien der erforderlichen Einsichts- und Handlungsfähigkeit umfasst. Welche tatsächlichen Voraussetzungen aber im Einzelfall gefordert werden, unterliegt der juristischen Auslegung, obwohl sie in gewisser Hinsicht von der medizinischen Forschung abhängig sind. Demnach kommt es in erster Linie nicht auf die Diagnose an, sondern darauf, ob die Krankheit des Betroffenen zu einem Ausschluss der freien Willensbestimmung führt. Nach jeder der betrachteten Rechtsordnungen – mit unterschiedlichen Nuancen – muss der Testierende wissen können, wer er ist, dass er etwas letztwillig übertragen will, wem er etwas (oder nichts) hinterlassen möchte, und den Umfang des Zugewendeten kennen. Schließlich muss der Testator bei der Abwägung der widerstreitenden Gesichtspunkte in der Lage sein, eine Entscheidung zu treffen, die mit seinem persönlichen Wertesystem in Einklang zu bringen ist, mithin ein eigenes Urteil fällen können.

X. Die entscheidungserheblichen Kriterien beziehen sich hauptsächlich auf Einbußen an Selbstvergegenwärtigung, Selbstreflexivität, Selbstverfügbarkeit, an Realitätsbezug, an der Fähigkeit zur kritischen Distanzierung von bestimmten Vorstellungen sowie an Abwägenkönnen. Der (ggf. vorübergehende) Zustand der Selbstbestimmungsunfähigkeit bezieht sich demnach auf solche Krankheitszustände, bei denen die Betroffenen vom Kontext ihrer biografischen Lebensentwicklung abgeschnitten sind, und zwar sowohl von ihrer bisher erworbenen Erfahrung ebenso wie von der Möglichkeit, durch neue Erfahrungen zu lernen. Angesichts dessen ist es keine Überraschung, dass bereits heute die meisten Fälle der Testierunfähigkeit auf die verschiedenen Formen des Demenzsyndroms zurückzuführen sind. Hinzu kommt, dass die Bedeutung der Demenz aufgrund der Alterung der deutschen Gesellschaft zudem stetig größer wird. Demenzerkrankungen führen zu einer mit der Zeit nachlassenden Testierfähigkeit, weil früher oder später jeder Betroffene das schwere Stadium erreichen wird, in welchem er seinen Willen nur noch zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung, d.h. unreflektiert äußern kann. In diesem Stadium scheidet eine freie Willensbestimmung im rechtlichen Sinn aus, vielmehr geht es dann lediglich darum, dem natürlichen Willen des Betroffenen, soweit dies sinnvoll möglich ist, Wirkung zu verleihen.

XI. Aus medizinischer Sicht kann es nicht verleugnet werden kann, dass die Urteilsfähigkeit sich nicht in Ambivalenz aus voller Urteilsfähigkeit und voller Urteilsunfähigkeit, sondern graduell in verschiedenen Stufen mit jeweils mehr oder weniger verminderter Urteilsfähigkeit äußert. Für das Recht hingegen kommt nur die Dichotomie – Wirksamkeit oder (zumindest teilweise) Unwirksamkeit des Testaments – in Betracht. Um die Autonomie des Einzelnen bestmöglich zu achten, empfiehlt sich ein relatives Verständnis der Testierfähigkeit, das geeignet ist, einzelfallgerechte Entscheidungen zu treffen.

XII. Die Ablehnung der relativen Beurteilung durch die herrschende Meinung im deutschen Recht kann angesichts des Regelungsziels der Testierfähigkeitsregeln nicht überzeugen. Wenn das Privatrecht nämlich der Achtung des Selbstbestimmungsrechts gewidmet ist, sollte die Auslegung des Gesetzes ebenfalls anstreben, die Selbstbestimmung des Einzelnen bestmöglich zu fördern. Demgemäß sollte dem Erklärenden – trotz seines „geistigen Defizits“ gegenüber dem vermuteten „Normalzustand“ – die rechtliche Handlungsfähigkeit nur insoweit versagt werden, wie seine Unfähigkeit zur Bildung eines selbstbestimmten Willens tatsächlich reicht. Ob der Erklärende geistig in der Lage ist, die Auswirkungen seiner Handlung zu überblicken, ist dementsprechend in besonderer Weise von der Komplexität des konkreten Rechtsgeschäfts abhängig, sodass es möglich wird, geistige Störungen der verschiedensten Grade angemessen zu erfassen. Die ablehnende

Haltung der deutschen Gerichtsbarkeit kann darauf zurückgeführt werden, dass der historische Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vorschriften der Geschäftsfähigkeit ohne überzeugendes Konzept mit den Vorschriften der Entmündigung verwoben hatte. So wurden infolgedessen die gegenläufigen Interessen der Fürsorge für den kranken Menschen mit der bürgerlichen Entrechtung und Bevormundung verbunden, worauf ein unzutreffendes Verständnis der Geschäftsfähigkeit entwickelt worden ist, das selbst einen Bruch mit dem gemeinen Recht darstellt. Infolge der Betreuungsrechtsreform wurde zwar die Fürsorge für Kranke und Hilfsbedürftige zurecht von der rechtsgeschäftlichen Willensfähigkeit losgelöst; das unschlüssige Konzept der Geschäfts / Testierfähigkeit ist allerdings verblieben. Letztlich sprechen auch weder der Wortlaut des Gesetzes noch das Interesse nach Rechtssicherheit gegen ein relatives Verständnis. Das konnten wir unter rechtsvergleichender Betrachtung des schweizerischen und des englischen Rechts belegen. Denn in beiden Rechtsordnungen wird es für selbstverständlich gehalten, im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit die Selbstbestimmungsfähigkeit relativ zu betrachten, ohne dass das Erfordernis der Rechtssicherheit auch nur diskutiert wird. Das eigentliche Problem der Testierfähigkeit ist schließlich nicht ihre juristische Auslegung, sondern die mit der posthumen Begutachtung verbundenen tatsächlichen Beweisschwierigkeiten, die in Ermangelung eines lebzeitigen Verfahrens zur Sicherung des Erblasserwillens entstehen.

*XIII.* In gleichsinniger Weise haben wir festgestellt, dass die partielle Testierfähigkeit ebenfalls anzuerkennen ist. Diese würde zwar bei Anwendung eines relativen Verständnisses in dieser mitaufgehen. Andererseits sprechen die besseren Gründe auch bei einem sachlich-absoluten Verständnis für die partielle Testierfähigkeit. Erneut geht es nämlich darum, dem Willen einer Person nur insoweit die rechtliche Geltung zu versagen, wie die Selbstbestimmungsunfähigkeit tatsächlich reicht. Soweit sich aus den Besonderheiten einer bestimmten geistigen Krankheit ergibt, dass die Unfähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung sich nur in Bezug auf einen gegenständlich abgrenzbaren Lebensbereich äußert und andere Teile der letztwilligen Verfügung sich von diesem Lebensbereich isolieren lassen, sollten diese Teile in Anerkennung eines teilweisen freien Willens gültig sein. Dass dies rechtlich möglich und anderweitig bereits praktiziert wird, zeigt ein Vergleich mit der Anfechtung infolge eines Irrtums – ein Rechtsinstitut, das ebenso dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts / der Willensfreiheit dient.

*XIV.* Das eigentliche Problem resultiert aus dem Umstand, dass es kein gerichtliches Verfahren gibt, in welchem die Testierfähigkeit des Erblassers zu dessen Lebzeiten mit Rechtssicherheit für die Zukunft geklärt werden könnte. Die Klärung der auf tatsächlichem Gebiet liegenden Frage ist daher in besonderem Maße von Wahrnehmungen Dritter abhängig.

Insofern kommt den Wahrnehmungen des beurkundenden Notars, obgleich er medizinischer Laie ist, eine besondere Bedeutung zu, auf die das Beurkundungsverfahren und die materiell-rechtliche Rechtslage abgestimmt werden sollte. Vorzugswürdig ist es, durch gesetzgeberische Maßnahmen der Rechtsfürsorge auf Situationen nachlassender Testierfähigkeit zu reagieren und die Handlungsfähigkeit des Betroffenen zu fördern, anstatt sie einzuschränken. Die Maxime des Privatrechts sollte auf der Unterstützung des Erblassers in prekären Situationen liegen. Insoweit wurde in dieser Arbeit vorgeschlagen, die Formenwahlfreiheit von „Erblassern in Gefährdungslagen“ einzuschränken. Das Selbstbestimmungsrecht sollte verfahrensrechtlich durch einen neutralen Rechtsberater abgesichert werden; am besten geeignet hierfür ist das notarielle Beurkundungsverfahren, das durch die Wahrnehmungs- und Dokumentationspflicht des Notars die Rechtssicherheit einer nachfolgenden gerichtlichen Entscheidung stärkt.

XV. Das englische Recht stellt ein Verfahren bereit, mit dessen Hilfe im Wege des „*substituted decision-making*“ namens des Erblassers durch einen Dritten letztwillig verfügt werden kann. Die „*statutory wills*“ mögen zwar grundsätzlich Unbilligkeiten beseitigen können, die infolge der Handlungsunfähigkeit des Erblassers entstehen. Letztlich ist es jedoch nicht geeignet, das Selbstbestimmungsrecht zu fördern. Vielmehr werden hierdurch offenbar eigene moralische Vorstellungen des Gerichts im Interesse der Verwandten und Vertrauten des Erblassers umgesetzt oder zumindest umzusetzen versucht, ohne dass es in erster Linie auf die Interessen und den Willen des handlungsunfähigen Erblassers ankommt. Eine Übertragung des Verfahrens ins deutsche Recht empfiehlt sich daher nicht.

## Literaturverzeichnis

- Abraham, Dirk-Felix*: Der Begriff der Testierfähigkeit. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OGH, Österreichische Notariatszeitung (ÖNZ) 1993, S. 25-31.
- Aebi-Müller, Regina*: Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, *successio* 2012, S. 4-32.
- , Patientenverfügung und Entscheidungsbefugnisse am Lebensende aus Schweizer Sicht, *MedR* 2018, S. 785-790.
- Atiyah, P.S.*: Common Law and Statute Law, *The Modern Law Review* 48 (1985), S. 1-28.
- Auckland, Cressida*: *The Cusp of Capacity. Empowering and protecting people in decisions about treatment and care*, Oxford 2019.
- Auer, Marietta*: Eigentum, Familie, Erbrecht. Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, *AcP* 216 (2016), S. 239-276.
- , *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen 2014.
- Bartsch, Herbert*: Die postmortale Schweigepflicht des Arztes beim Streit um die Testierfähigkeit des Patienten, *NJW* 2001, S. 861-863.
- Baumann, Wolfgang*: Die relative Testierfähigkeit, *ZEV* 2020, S. 193-199.
- Beck, Marcel*: *Erblasserwille und Testamentwortlaut. Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und englischen Rechts zur Reformation und Kassation einseitiger testamentarischer Verfügungen*, Tübingen 2020.
- Beckmann, Rainer*: Der „natürliche Wille“ — ein unnatürliches Rechtskonstrukt, *JZ* 2013, S. 604-608.
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, hrsg. von Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann, München 2023, letzte Aktualisierung: 1.4.2023 (zitiert als: *BeckOGK/Bearbeiter*, § ... BGB Rn. ...).
- Beck'scher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BeckOK BGB, hrsg. von Wolfgang Hau/Roman Poseck, 65. Edition, München 01.02.2023 (zitiert als: *BeckOK/Bearbeiter*, § ... BGB Rn. ...).
- Benn, Stanley*: *A Theory of Freedom*, Cambridge 2009.
- Beudant, Charles*: *Le Droit individuel et l'Etat: Introduction à l'étude du droit*, 3. Auflage, Paris 1920.

- Bielby, Philip*: The conflation of competence and capacity in English medical law: A philosophical critique, *Medicine, Health Care and Philosophy* 2005, S. 357-369.
- Bienwald, Werner/Bienwald, Christa/Sonnenfeld, Susanne/Harm, Uwe (Hrsg.)*: *Betreuungsrecht – Materielles und Verfahrensrecht, Vergütungsrecht, BtBG und Landesrecht. Kommentar*, 6. Auflage, Bielefeld 2016 (zitiert als: *BHS/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
- Binder, Hans*: *Die Urteilsfähigkeit in psychologischer, psychiatrischer und juristischer Sicht*, Zürich 1964.
- Bix, Brian*: *Natural Law: The Modern Tradition*, in: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, hrsg. von Jules L. Coleman/Kenneth Einar Himma/Scott J. Shapiro, Oxford 2004, S. 61-103.
- Blackstone, William*: *The Commentaries on the Laws of England. Zweites Buch: The Rights of Things*, 1. Auflage, Oxford 1765-1769.
- Boehm, Laura*: *Der demenzkranke Erblasser*, Baden-Baden 2017.
- Boemke, Burkhard/Schönfelder, Johanna*: *Wirksamwerden von Willenserklärungen gegenüber nicht voll Geschäftsfähigen (§ 131 BGB)*, *JuS* 2013, S. 7-12.
- Bork, Reinhard*: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4. Auflage, Tübingen 2016.
- Brah, Bärbel*: *Die Feststellung der Testierunfähigkeit durch den Notar*, Frankfurt 2013.
- Breit, James*: *Die Geschäftsfähigkeit*, Leipzig 1903.
- British Columbia Law Institute*, *Common-Law Tests of Capacity*, BCLI Report No. 73, 2013, abrufbar unter: [www.bcli.org](http://www.bcli.org) (Stand: 1.5.2023).
- Brook, Juliet*: *Banks v Goodfellow (1870). Defining Testamentary Capacity*, in: *Landmark Cases in Succession Law*, hrsg. von Brian Sloan, Oxford/London 2019, S. 51-70.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*: *Erbrecht*, 29. Auflage, München 2021.
- Bruns, Georg Carl*: *Kleinere Schriften. Zweiter Band*, Weimar 1882.
- Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina (Hrsg.)*: *Berner Kommentar ZGB. Die natürlichen Personen, Rechts- und Handlungsfähigkeit*, erläutert von Eugen Bucher und Regina Aebi-Müller, 2. Auflage, Bern 2017 (zitiert als: *Bucher/Aebi-Müller*, in: *Berner Komm. ZGB*, 2. Aufl. 2017, Art. ... Rn. ...).
- Bung, Jochen*: *Rekonstruktion der Schuld*, in: *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Peter-Alexis Albrecht/Stefan Kirsch/Ulfrid Neumann/Stefan Sinner, 2. Auflage, Berlin 2020, S. 65-72.

*Burandt, Wolfgang/Rojahn, Dieter (Hrsg.):* Erbrecht, 4. Auflage, München 2022 (zitiert als: Burandt/Rojahn/Bearbeiter, § ... BGB Rn. ...).

*Bürgle, Helmut:* Auf dem Weg zu einem neuen Betreuungsrecht, NJW 1988, S. 1881-1888.

*Burrows, Andrew (Hrsg.):* English Private Law, 3. Auflage, Oxford 2013 (zitiert als: Bearbeiter, in: Burrows (Hrsg.) English Private Law, Rn. ...).

*Busch, Klaus-Peter:* Testierfähigkeit und Demenz, ErbR 2014, S. 90-94.

*Busche, Jan:* Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1999.

*Canaris, Claus-Wilhelm:* Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.

–, Grundrechte und Privatrechte, AcP 184 (1984), S. 201-246.

–, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993-1004.

*Christandl, Gregor:* Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft. Eine Untersuchung zum Schutz des Erblassers vor Fremdbestimmung, Tübingen 2016.

*Christman, John:* The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves, Cambridge 2009.

–, Autonomy in Moral and Political Philosophy, 2020, in: The Stanford Encyclopedia of Philosophy, hrsg. von Edward N. Zalta, abrufbar unter: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/autonomy-moral/>> (Stand: 1.6.2023).

*Coggon, John/Miola, José:* Autonomy, Liberty, and Medical Decision-Making, The Cambridge Law Journal 70 (2011), S. 523-547.

*Cooke, Elizabeth:* Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, in: Freedom of Testation/Testierfreiheit. Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier, hrsg. von Reinhard Zimmermann, Tübingen 2012, S. 125-142.

*Cording, Clemens:* Die Begutachtung der Testier(un)fähigkeit. The Assessment of (In)Competence to Make a Will, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie (Fortschr Neurol Psychiat) 2004, S. 147-159.

–, Beweismittel zur Klärung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, S. 23-28.

–, Kriterien zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit, ZEV 2010, S. 115-121.

*Cording, Clemens/Foerster, Klaus:* Psychopathologische Kurztests durch den Notar – ein im Grundsatz verfehelter Vorschlag. Erwiderung zum Beitrag von

- Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2006, S. 329-333.
- Cording, Clemens/Nedopil, Norbert (Hrsg.):* Psychiatrische Begutachtungen im Zivilrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Lengerich 2014.
- Cording, Clemens/Roth, Gerhard:* Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Neurobiologie – ein Widerspruch?, NJW 2015, S. 26-31.
- Cornils, Matthias:* Die Ausgestaltung der Grundrechte. Untersuchung zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005.
- Creifelds Rechtswörterbuch, hrsg. von Klaus Weber, 26. Edition, München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, Stichwort, in: Creifelds, Rechtswörterbuch 26. Edition 2021).
- Cypionka, Bertram:* Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars, DNotZ 1991, S. 517-590.
- Czeguhn, Ignacio:* Geschäftsfähigkeit – beschränkte Geschäftsfähigkeit – Geschäftsunfähigkeit. Grundlagen – Rechtsfolgen – Sonderfragen, Berlin 2003.
- Dagan, Hanoch:* Autonomy and Pluralism in Private Law, in: The Oxford Handbook of the New Private Law, hrsg. von Andrew S. Gold/John C.P. Goldberg/Daniel B. Kelly/Emily Sherwin/Henry E. Smith, Oxford 2021, S. 177-194.
- Damrau, Jürgen/Tanck, Manuel (Hrsg.):* Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage, Bonn 2020 (zitiert als: *Damrau/Tanck/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
- Damm, Reinhard:* Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, MedR 2015, S. 775-785.
- Dauner-Lieb, Barbara:* Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, S. 460-465.
- De Waal, Marius:* Comparative Succession Law, in: The Oxford Handbook of Comparative Law, hrsg. von Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann, 2. Auflage, Oxford 2019, S. 1058-1087.
- Dernburg, Heinrich:* Pandekten. Erster Band, Berlin 1884.
- Department for Constitutional Affairs, Mental Capacity Act 2005 Code of Practice (issued by the Lord Chancellor on 23 April 2007 in accordance with sections 42 and 43 of the Act), London 2007 (zitiert als: Department for Constitutional Affairs, MCA Code of Practice, Rn. ...).

Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Anzahl der Demenzkranken in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018 (in 1.000), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-derdemenzkranken-in-deutschland-nachalter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Inzidenz und Inzidenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Altersgruppe im Jahr 2018, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246028/umfrage/anzahl-derdemenzkranken-indeutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Prävalenzrate von Demenzerkrankungen in Deutschland nach Alter und Geschlecht im Jahr 2018, Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246021/umfrage/praevalenzrate-vondemenzerkrankungen-indeutschland-nach-alter-und-geschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

Deutsche Alzheimer Gesellschaft (Hrsg.), Prognostizierte Entwicklung der Anzahl von Demenzkranken im Vergleich zu den über 65-Jährigen in Deutschland von 2010 bis 2060 (in Millionen), Juli 2020, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/245519/umfrage/prognose-derentwicklung-der-anzahl-derdemenzkranken-in-deutschland/> (Stand: 08.12.2021).

Deutscher Ethikrat: Selbstbestimmung und Demenz. Stellungnahme, Berlin 2012.

*Dieckmann, Albrecht:* Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, JZ 1988, S. 789-900.

*Diederichsen, Uwe:* Die Veränderung der Rolle des psychiatrischen Sachverständigen durch das Betreuungsgesetz, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, hrsg. von Walter Gerhardt, Berlin 1995, S. 125-143.

*Döbereiner, Christoph:* Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil I), MittBayNot 2013, S. 358-366.

*Doblhammer, Gabriele/Fink, Anne/Fritze, Thomas/Nerius, Michael:* Demografische Entwicklung und Epidemiologie von Demenzerkrankungen, in: Handbuch Alzheimer-Krankheit. Grundlagen – Diagnostik – Therapie – Versorgung – Prävention, hrsg. von Frank Jessen, Berlin u.a. 2018, S. 13-34.

*Dodegge, Georg:* Das 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz, NJW 2005, S. 1896-1899.

*Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert:* Grundgesetz-Kommentar, hrsg. von Roman Herzog/Matthias Herdegen/Rupert Scholz/Hans H. Klein, Bd. 1, 101. Lieferung,

- München 2023 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Art. ... GG Rn. ...).
- Dutta, Anatol*: Warum Erbrecht?. Das Vermögensrecht des Generationswechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014.
- Dworkin, Gerald*: The Theory and Practice of Autonomy, 1. Auflage, Cambridge 1988.
- Egger, August/Escher, Arnold/Oser, Hugo/Reichel, Alexander/Wieland, Karl (Hrsg.)*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band. Einleitung und Personenrecht, 1. Auflage, Zürich 1911 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Egger/Escher/Oser/Reichel/Wieland, ZGB, Art. ... Rn. ...).
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartment: Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Erster Band: Einleitung, Personen-, Familien- und Erbrecht, 2. Auflage, Bern 1914.
- Endemann, Friedrich*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erster Band: Einleitung; Allgemeiner Theil; Recht der Schuldverhältnisse, 6. Auflage, Berlin 1899.
- Erman: Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG, WEG und ausgewählten Rechtsquellen des IPR. Band 1, hrsg. von Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer/Harm Peter Westermann, 16. Auflage, Köln 2020 (zitiert als: *Erman/Bearbeiter*, § ... BGB Rn. ...).
- Fangerau, Heiner*: Geschichte der Alzheimer-Krankheit, in: Handbuch Alzheimer-Krankheit. Grundlagen – Diagnostik – Therapie – Versorgung – Prävention, hrsg. von Frank Jessen, Berlin u.a. 2018, S. 1-12.
- Krätzschel, Holger/Falkner, Melanie/Döbereiner, Christoph (Hrsg.)*: Nachlassrecht. Handbuch der Rechtspraxis, 12. Auflage, München 2022 (zitiert als: *Firsching/Graf/Bearbeiter*, Nachlassrecht, Kapitel ... Rn. ...).
- Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 1979.
- Frankfurt, Harry*: Freedom of the will and the concept of a person, The Journal of Philosophy Vol. 68 (1971), S. 5-20.
- , Willensfreiheit und Begriff der Person, in: Freiheit und Selbstbestimmung. Ausgewählte Texte, hrsg. von Monika Betzler und Barbara Guckes, Berlin 2001, S. 65-83.
- Fries, Martin*: Nachlassende Testierfähigkeit. Zum rechtlichen Umgang mit dem schwindenden letzten Willen, AcP 216 (2016), S. 422-458.

- Frieser, Andreas*: Schutz des Erblassers vor unangemessener Beeinflussung – ein Vorschlag, ErbR 2020, S. 309-313.
- Frost, Martyn*: A Victorian Tragedy. The extraordinary case of Banks v Goodfellow, London 2018.
- Ganner, Michael*: Selbstbestimmung im Alter. Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien/New York 2005.
- Gatterer, Gerald/Croy, Antonia*: Leben mit Demenz. Praxisbezogener Ratgeber für Pflege und Betreuung, 2. Auflage, Berlin 2020.
- Gebauer, Gerhard*: Die Lehre von der Teilgeschäftsunfähigkeit und ihre Folgen, AcP 153 (1954), S. 333-372.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*: Familienrecht, 7. Auflage, München 2020.
- Goebel, Joachim*: Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Berlin 2004.
- Gold, Andrew S./Goldberg, John C.P./Kelly, Daniel B./Sherwin, Emily/Smith, Henry E. (Hrsg.)*: The Oxford Handbook of the New Private Law, Oxford 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Gold et al. (Hrsg.), Oxford Handbook of New Private Law, S. ...).
- Graf Wolffskeel v. Reichenberg, Luitpold*: Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 07.01.2021 – 6 U 22/20, NJW 2021, S. 1681-1686.
- Griffin, James*: On Human Rights, Oxford 2008.
- Groll, Klaus Michael (Begr.)/Steiner, Anton (Hrsg.)*: Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Auflage, Köln 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Groll/Steiner (Hrsg.), Praxishandbuch Erbrechtsberatung, Kapitel ... Rn. ...).
- Großfeld, Bernhard*: Höchstpersönlichkeit der Erbenbestimmung und Auswahlbefugnis Dritter, JZ 1968, S. 113-122.
- Grüneberg, Christian (Hrsg.)*: Bürgerliches Gesetzbuch – Mit Nebengesetzen. Kommentar, 82. Auflage, München 2023 (zitiert als: *Grüneberg/Bearbeiter*, § ... BGB Rn. ...).
- Grunsky, Wolfgang*: Testierfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, Baden-Baden 2009.
- Grziwotz, Herbert*: Notarielle Feststellungen zur Geschäftsfähigkeit von betagten Erblassern, DNotZ 2020, S. 389-396.
- Grziwotz, Herbert/Heinemann, Jörn*: BeurkG – Beurkundungsgesetz. Kommentar, 3. Auflage, Köln 2018 (zitiert als: *Grziwotz/Heinemann/Bearbeiter*, BeurkG, § ... Rn. ...).

- Gutch, Elizabeth*: Die Geschäftsfähigkeit Erwachsener in Deutschland und in der Schweiz. Ein Plädoyer für die Anerkennung einer relativen Geschäfts(un)fähigkeit, Baden-Baden 2019.
- Gutmann, Thomas*: Die Dogmatik des „natürlichen Willens“ im Medizinrecht, MedR 2021, S. 949-957.
- Häcker, Birke*: Die Rolle der Rechtsprechung im Zivilrecht: Eine rechtsvergleichende Etüde, ZEuP 2023, S. 10-41.
- Hahn, Christoph*: Die Auswirkungen des Betreuungsrechts auf das Erbrecht, FamRZ 1991, S. 27-29.
- Hardeland, Adolf*: Die Behandlung der Geisteskranken im Privatrecht, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Band 37 (1897), S. 95-190.
- Harding, Rosie*: The Rise of Statutory Wills and the Limits of Best Interests Decision-Making in Inheritance, Modern Law Review 2015, S. 945-970.
- Hattenhauer, Hans*: Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung, 2. Auflage, München 2000.
- Von Hayek, Friedrich August*: The constitution of liberty: the definitive edition, hrsg. von Ronald Hamowy, Chicago 2011.
- Heckschen, Heribert/Herrler, Sebastian/Münch, Christof (Hrsg.)*: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Auflage, München 2019 (zitiert als: BeckNotar-HdB/Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Helms, Tobias*: Erbrechtliches Drittbestimmungsverbot und kautelarjuristische Praxis, ZEV 2017, S. 1-6.
- Herrler, Sebastian (Hrsg.)*: Münchener Vertragshandbuch. Band 6: Bürgerliches Recht II, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: MVHdB BürgerlR II/Bearbeiter Form. ... Anm. ...).
- , Testament, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. 2, Tübingen 2009, S. 1472-1477.
- Herring, Jonathan/Wall, Jesse*: Autonomy, capacity and vulnerable adults: filling the gaps in the Mental Capacity Act, Legal Studies 2015, S. 698-719.
- Herzog, Stephanie*: Das streitige Erbscheinsverfahren aus anwaltlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung des Einwands der Testierunfähigkeit, ZErB 2016, S. 36-46.
- Hewitt, Paul/Richards, Stephen/Stourton, Natasha*: The Court of Protection, Charities and the Evolution of Best Interest, Elder Law Journal 2012, S. 264-271.

*Hillenkamp, Thomas*: „Freie Willensbestimmung“ und Gesetz, JZ 2015, S. 391–401.

*Hillgruber, Christian*: Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, in: Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, hrsg. von Karl Riesenhuber, Tübingen 2011, S. 165-186.

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen 2003 (zitiert als: *HKK-BGB/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Band 4: Familienrecht, §§ 1297-1921, Tübingen 2018 (zitiert als: *HKK-BGB/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann, Band 5: Erbrecht, §§ 1922-2385, Tübingen (noch unveröffentlicht) (zitiert als: *HKK-BGB/Boosfeld*, § 2229 BGB, im Erscheinen, Rn. ...).

*Hofer-Ranz, Gabriel*: Philosophisches Skandalon Demenz. Eine ethische Reflexion selbstbestimmter Umgangsmöglichkeiten mit dem drohenden Autonomieverlust, Baden-Baden 2017.

*Höfling, Wolfram*: Vertragsfreiheit. Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg 1991.

*Holdsworth, William*: A History of English law. Bd. 2; Bd. 3, 3. Auflage, London 1923.

*Holzauer, Heinz*: Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?. Gutachten B für den 57. Deutschen Juristentag, München 1988.

–, Betreuungsrecht in der Bewährungsprobe, FamRZ 1995, S. 1463-1473.

*Horn, Claus-Henrik*: Materialienkommentar Erbrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2020 (zitiert als: *Horn*, Materialienkommentar, § ... BGB Rn. ...).

*Huber, Jonas/Schmieder, Andrea/Dengler, Wilhelm*: 312-und-20 Jahre (Dreihundertzwölfundzwanzig Jahre) Geschäftsfähig/testierfähig oder fremdbestimmt?, BWNotZ 2012, S. 150-159.

*Humm, Andreas*: Relative Geschäfts- und Testierfähigkeit, ZEV 2022, S. 253-258.

–, Testierfreiheit und Werteordnung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anstößiger letztwilliger Verfügungen in Deutschland, England und Südafrika, Tübingen 2022.

- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.):* Handbuch des Staatsrechts. Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg 2009 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), § ... Rn. ...).
- Janda, Constanze:* Grundfragen der Einschränkung der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit. Das Rechtsinstitut der Betreuung im Spiegel der allgemeinen Regeln zu Geschäftsfähigkeit und gesetzlicher Vertretung, FamRZ 2013, S. 16-22.
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner:* Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Allgemeiner Teil, §§ 1-240. 1. Teilband, Berlin 1985.
- Jarass, Hans/Pieroth, Bodo:* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, hrsg. von Hans Jarass/Martin Kment, 17. Auflage, München 2022 (zitiert als *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth, Art. ... GG Rn. ...).
- Jauernig, Othmar (Begr.):* Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO. Kommentar, hrsg. von Rolf Stürner, 18. Auflage, München 2021 (zitiert als: *Jauernig/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
- Jürgens, Andreas:* Betreuungsrecht. Kommentar, 6. Auflage, München 2019 (zitiert als: *Jürgens/Bearbeiter*, Betreuungsrecht, § Rn.).
- Kant, Immanuel:* Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2. Aufl. 1798, zitiert nach: Kant's gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. VI, Berlin 1907/14, S. 203-372.
- , Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1786, zitiert nach: Kant's gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Bd. IV, Berlin 1903/11, S. 385-463.
- Kalscheuer, Fiete:* Autonomie als Grund und Grenze des Rechts, Berlin 2014.
- Kanzleiter, Rainer:* Der Irrtum über die Bindungswirkung als Grundlage der Selbstanfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasser, MittBayNot 2012, S. 264-267.
- Kappler, Tobias:* Testierfreiheit und Testierfähigkeit, NotBZ 2019, S. 161-169.
- Kaser, Max:* Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 1. Auflage, München 1955.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian:* Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 22. Auflage, München 2021.

*Keim, Christopher*: Die Selbstanfechtung durch den Erblasser beim gemeinschaftlichen Testament und ihre fatalen Folgen, notar 2019, S. 147-152.

*Kerridge, Roger*: Wills made in suspicious circumstances: The problem of the vulnerable testator, *The Cambridge Law Journal* 59 (2000), S. 310-334.

–, Testamentary Formalities in England and Wales, in: *Comparative Succession Law, Volume 1: Testamentary Formalities*, hrsg. Kenneth Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann, Oxford 2011, S. 305-328.

–, Succession, in: *English Private Law*, hrsg. von Andrew Burrows, 3. Auflage, Oxford 2013, S. 417-477.

*Kerridge, Roger/Brierley, A.H.R.*: Parry and Kerridge: The Law of Succession, 13. Auflage, London 2016 (zitiert als: *Parry/Kerridge, The Law of Succession*, Rn. ...).

*Kipp, Theodor*: Das Erbrecht, 8. Auflage, Marburg 1930.

*Kischel, Uwe*: Rechtsvergleichung, 1. Aufl., München 2015.

*Klingelhöffer, Hans*: „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß“, *ZEV* 2010, S. 385-388.

*Klockgether, Thomas*: Biologie und Klinik der Demenz, in: *Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit*, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 25-30.

*Knothe, Hans-Georg*: Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung, Frankfurt am Main 1983.

*Köhler, Helmut*: BGB Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 22. Auflage, München 2022.

*Kohte, Wolfhard*: Die rechtfertigende Einwilligung, *AcP* 185 (1985), S. 105-161.

*Kötz, Hein*: Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen 2012.

*Krebber, Sebastian*: Die Sicherung erbrechtlicher Erwerbsaussichten im Lichte erbrechtlicher Prinzipien, *AcP* 204 (2014), S. 149-176.

*Krispenz, Ann*: Der Schutz dementer Erblasser nach § 2229 Abs. 4 BGB – Vorschlag zur Neuregelung, *ErbR* 2015, S. 525-526.

*Kronman, Anthony T.*: Paternalism and the Law of Contracts, *The Yale Law Journal* 92 (1983), S. 763-798.

*Kroppenberg, Inge*: Privatautonomie von Todes wegen. Verfassungs- und zivilrechtliche Grundlagen der Testierfreiheit im Vergleich zur Vertragsfreiheit unter Lebenden, Tübingen 2008.

- , Pflichtteilsrecht, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus Hopt/Reinhard Zimmermann, Bd. 2, Tübingen 2009.
- , Die Testierfähigkeit betagter Erblasser *de lege lata* und *de lege ferenda*, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge: System, Struktur, Vertrag. Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Jürgen Damrau u.a., München 2012, S. 199-215.
- Kruse, Britta*: Zur Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar – Teil 1, NotBZ 2001, S. 405-409.
- , Zur Feststellung der Testierfähigkeit durch den Notar – Teil 2, NotBZ 2001, S. 448-454.
- Kuchinke, Kurt*: Zur Sicherung des erbvertraglich oder letztwillig bindend Bedachten durch Feststellungsurteil, Vormerkung und Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes, in: Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, hrsg. von Walter Gerhardt, Berlin 1995, S. 475-494.
- Laimer, Simon*: Die Feststellung der Geschäfts- beziehungsweise Testier(un)fähigkeit: Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, RabelsZ 77 (2013), S. 555-591.
- Langbein, John*: Substantial Compliance with the Wills Act, Harvard Law Review 88 (1975), S. 489-531.
- Lange, Heinrich*: Das Recht des Testamentes. 1. Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1937 (zitiert als: *Lange*, Denkschrift).
- Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt*: Erbrecht. Ein Lehrbuch, 5. Auflage, München 2001.
- Lange, Knut Werner*: Erbrecht, 2. Auflage, München 2017.
- Larenz, Karl*: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989 (zitiert als: *Larenz*, AT).
- Law Commission*: Mental Incapacity (Law Com Report No. 231), London 1995, abrufbar unter [www.lawcom.gov.uk](http://www.lawcom.gov.uk) (Stand: 1.5.2023).
- Law Commission*: Making a will (Consultation Paper 231), London 2017, abrufbar unter: [www.lawcom.gov.uk](http://www.lawcom.gov.uk) (Stand: 1.5.2023).
- Learmonth, Alexander/Clarke, Julia/Shuman, Karen/Ford, Charlotte/Fletcher, Thomas*: Theobald on Wills, 19. Auflage, London 2021.
- Leenen, Detlef*: BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2. Auflage, Berlin u.a. 2015.
- Leipold, Dieter*: BGB I. Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Tübingen 2017.
- , Erbrecht. Ein Lehrbuch mit Fällen und Kontrollfragen, 22. Auflage, Tübingen 2020.

–, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180 (1980), S. 160-237.

*Lerche, Peter:* Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, in: Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, hrsg. von Joachim Burmeister, München 1997, S. 197-210.

*Levis, Otto:* Die Entmündigung Geisteskranker. Das Entmündigungs-Beschlussverfahren gegen Geisteskranke und Geistesschwache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche und der Zivilprozessordnung, Leipzig 1901.

*Lichtenwimmer, Andrea:* Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit durch den Notar, MittBayNot 2002, S. 240-244.

–, Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Praxis des Notars, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 43-56.

*Lieb, Klaus/Tüscher, Oliver:* Kapitel 4 – Organische psychische Störungen/neurokognitive Störungen, in: Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, hrsg. von Klaus Lieb und Sabine Frauenknecht, 9. Auflage, München 2019, S. 131-162 (zitiert als: *Lieb/Tüscher*, in: Lieb/Frauenknecht (Hrsg.), Intensivkurs Psychiatrie und Psychotherapie, S. ...).

*Lipp, Volker:* Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson. Zur Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000.

–, Erwachsenenschutz und Verfassung. Betreuung, Unterbringung und Zwangsbehandlung, FamRZ 2013, S. 913-923.

–, Krankheit und Autonomie im Zivilrecht, in: Krankheit und Recht. Ethische und juristische Perspektiven, herausgegeben von Susanne Beck, Berlin u.a. 2017, S. 171-196.

*Litzenburger, Wolfgang:* OLG Celle: Sittenwidrigkeit eines zugunsten einer Berufsbetreuerin und eines „Seniorenbetreuers“ errichteten notariellen Testaments. Anmerkung zu OLG Celle, Urteil vom 07.01.2021 – 6 U 22/20, BeckRS 2021, 2415, in: FD-ErbR 2021, 437206.

*Löhnig, Martin:* Zur Testierfähigkeit Minderjähriger, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge: System, Struktur, Vertrag. Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Jürgen Damrau u.a., München 2012, S. 231-239.

*Löhnig, Martin/Schärtl, Christoph:* Zur Dogmatik des § 105a BGB, AcP 204 (2004), S. 25-58.

- Lorenz, Stephan*: Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München 1997.
- Losch, Isabelle*: Testierfähigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Krankheitsbildes der Demenz und ihrer postmortalen Begutachtung, ZErB 2017, S. 188-194.
- Lübtow, Ulrich von*: Erbrecht. Eine systematische Darstellung, Halbband 1, Berlin 1971.
- Lugani, Katharina*: Einwilligung in Schwangerschaftsabbruch durch Minderjährige, NJW 2020, S. 1330-1332.
- Lush, Denzil*: The evolution of the statutory will jurisdiction, Elder Law Journal 2014, S. 173-180.
- Mackenzie, Catriona/Rogers, Wendy*: Autonomy, vulnerability and capacity: a philosophical appraisal of the Mental Capacity Act, International Journal of Law in Context 2013, S. 37-52.
- Mankowski, Peter*: Beseitigungsrechte. Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Tübingen 2003.
- , Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?, AcP 211 (2011), S. 153-195.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Begr.)*: Grundgesetz-Kommentar. Band 1: Präambel, Artikel 1–19, hrsg. von Peter Huber/Andreas Voßkuhle, 7. Auflage, München 2018 (zitiert als: v. Mangoldt/Klein/Starck/Bearbeiter, Art. ... GG Rn. ...).
- Martin, Wayne*: The MCA under scrutiny: meeting the challenge of CRPD compliance, Elder Law Journal 2015, S. 32.37.
- Mayer, Jörg*: Der entgeltliche Erbvertrag – Wer erben will, soll auch gelten. Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH v. 5. 10. 2010 - IV ZR 30/10, DNotZ 2012, S. 89-99.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*: Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2016.
- Megarry, Robert/Wade, William (Begr.)*, The Law of Real Property, hrsg. von Stuart Bridge/Elizabeth Cooke/Martin Dixon, 9. Auflage, London u.a. 2019.
- Mellows, Anthony*: The Law of Succession, 5. Auflage, London u.a. 1993.
- Merkin, Robert/Saintier, Séverine*: Poole's Casebook on Contract Law, 15. Auflage, Oxford 2021.
- Meston, Michael*: The power of the will, Juridical Review 1982, S. 172-185.

*Metternich, Gabriele*: Verfügungsverhalten von Erblassern. Eine empirische Untersuchung als Beitrag zur Rechtstatsachenforschung und Reformdiskussion auf dem Gebiet des Erbrechts, Frankfurt am Main 2010.

*Mill, John Stuart*: On Liberty, 1859 (Originalausgabe).

*Minzenmay, Stefanie*: Die Wurzeln des Instituts der Geschäftsfähigkeit im Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts, Hamburg 2003.

*Möllers, Thomas M.J.*: Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, München 2021.

*Mugdan, Benno*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899 (zitiert als: *Mugdan, Materialien I, S. ...*).

*Mugdan, Benno*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899 (zitiert als: *Mugdan, Materialien II, S. ...*).

*Mugdan, Benno*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 4: Familienrecht, Berlin 1899 (zitiert als: *Mugdan, Materialien IV, S. ...*).

*Mugdan, Benno*: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 5: Erbrecht, Berlin 1899 (zitiert als: *Mugdan, Materialien V, S. ...*).

*Müller (-Engels), Gabriele*: Betreuung und Geschäftsfähigkeit, Bielefeld 1998.

–, Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer, Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2006, S. 325-328.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240 ua., hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 9. Auflage, München 2021 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter, § ... Rn. ...*).

–, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535-630h ua., hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter, § ... Rn. ...*).

–, Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853 ua., hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter, § ... Rn. ...*).

–, Band 8: Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter, § ... Rn. ...*).

- , Band 10: Familienrecht II, §§ 1589–1921, SGB VII, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Band 11: Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Band 10: Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 7. Auflage, München 2017 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter*, 7. Auflage 2017, § ... Rn. ...).
  - , Band 9: Erbrecht, §§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 6. Auflage, München 2013 (zitiert als: *MüKo/Bearbeiter*, 6. Auflage 2013, § ... Rn. ...).
  - , Band 12: Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26), hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg, 8. Auflage, München 2020 (zitiert als: *MüKoBGB/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
- Muscheler, Karlheinz*: Erbrecht. Bd. 1; Bd. 2, Tübingen 2010.
- Musielak, Hans-Joachim*: Der Irrtum des Erblassers und der Erben, ZEV 2016, S. 353-360.
- Naczinsky, Simon*: Auswirkungen der Testierfähigkeit auf die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger, NZFam 2018, S. 713-719.
- Neuner, Jörg*: Die Stellung Körperbehinderter im Privatrecht, NJW 2000, S. 1822-1833.
- , Natürlicher und freier Wille. Eine Studie zum Bürgerlichen Recht, AcP 218 (2018), S. 1-31.
  - , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Auflage, München 2020.
  - , Pro libertate? – Zur Freiheitsbegünstigung durch Recht und Methodik, ZfPW 2022, S. 257-284.
- Nieder, Heinrich/Kössinger, Reinhard (Hrsg.)*: Handbuch der Testamentsgestaltung. Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemaßnahmen, 6. Auflage, München 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung*, § ... Rn. ...).
- NomosKommentar BGB. Band 1: Allgemeiner Teil; EGBGB, hrsg. von Thomas Heidel/Rainer Hüßtege/Heinz-Peter Mansel/Ulrich Noack, 4. Auflage, Baden-Baden 2021 (zitiert als: *NK-BGB/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

- NomosKommentar BGB. Band 5: Erbrecht; §§ 1922-2385, hrsg. von Ludwig Kroiß/Christoph Ann/Jörg Mayer, 5. Auflage, Baden-Baden 2018 (zitiert als: NK-BGB/Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Odersky, Felix*: Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis, notar 2013, S. 3-9.
- Oertzen, Christian von/Windeknecht, Philipp*: Demenz als Feind der Nachfolgeplanung, ZEV 2019, S. 8-13.
- Oertmann, Paul*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927 (zitiert als: *Oertmann, BGB*, § ... Anm. ...).
- Ohly, Ansgar*: „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002.
- Otte, Gerhard*: Das Pflichtteilsrecht. Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002), S. 317-362.
- , Das eigenhändige Testament als ordentliche Errichtungsform nach dem BGB – Gründe und Einwände, in: Europäische Testamentsformen, hrsg. von Mathias Schmoeckel/Gerhard Otte, Baden-Baden 2011, S. 31-46.
- Papantoniou, Nik*: Die soziale Funktion des Erbrechts, AcP 173 (1973), S. 385-401.
- Paulitsch, Klaus/Karwautz, Andreas*: Grundlagen der Psychiatrie, 2. Auflage, Wien 2019.
- Planck, Gottlieb (Begr.)*: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), hrsg. von E. Brodmann/J. Ebbecke/L. Busch/E. Strohal, 4. Auflage, Berlin 1913 (zitiert als: *Planck/Bearbeiter*, § ... Anm. ...).
- Postema, Gerald J.*: Philosophy of the Common Law, in: The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law, hrsg. von Jules L. Coleman/Kenneth Einar Himma/Scott J. Shapiro, Oxford 2004, S. 588-622.
- Pollock, Frederick/Maitland, Frederic William*: The History of English law before the Time of Edward I, Bd. 2, Cambridge 1895.
- Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, begründet von Willibald Pschyrembel, herausgegeben von der Pschyrembel-Redaktion unter der Leitung von Michaela Bilic/Julia Miagat, 268. Auflage, Berlin 2020 (zitiert als: Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort).
- Rabel, Ernst*: Streifgänge im schweizerischen Zivilgesetzbuch, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht des In- und Auslandes (RheinZ) 1912, S. 135-195.
- Raz, Joseph*: The Morality of Freedom, Oxford 1986.

*Reed, Penelope: Capacity and Want of Knowledge and Approval*, in: *Current Issues in Succession Law*, hrsg. von Birke Häcker und Charles Mitchell, Oxford u.a. 2016, S. 169-188.

*Regelsberger, Ferdinand: Pandekten. Erster Band. Leipzig 1893.*

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band 1; Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Berlin 1910 (zitiert als: RGRK-BGB/*Bearbeiter*, 1. Auflage 1910, § ... Rn. ...).

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band 1; Teil 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 11. Auflage, Berlin 1959 (zitiert als: RGRK-BGB/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V; Teil 1: Erbrecht, §§ 1922–2146, 12. Auflage, Berlin 1974 (zitiert als: RGRK-BGB/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V; Teil 2: Erbrecht, §§ 2147–2385, 12. Auflage, Berlin 1974 (zitiert als: RGRK-BGB/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

*Reimann, Matthias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.): The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Auflage, Oxford 2019 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, S. ...).

*Reimann, Wolfgang/Bengel, Manfred/Dietz, Florian (Hrsg.): Testament und Erbvertrag*, 7. Auflage, Köln 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Reimann/Bengel/Dietz, *Testament und Erbvertrag*, § ... BGB Rn. ...).

*Rossack, Erich: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 19.1.1999 - 1 BvR 2161/94*, in: DNotZ 1999, S. 416-420.

*Röthel, Anne: Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts*, in: *Familienrechtlicher Status und Solidarität*, hrsg. von Volker Lipp/Anne Röthel/Peter Windel, Tübingen 2008, S. 85-120.

–, *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*. Gutachten A zum 68. Deutschen Juristentag, München 2010, S. 1-111.

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

–, Erbrecht. Ein Studienbuch, 18. Auflage, München 2020.

*Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.

*Rümelin, Max*: Die Geisteskranken im Rechtsgeschäftsverkehr, Tübingen 1912.

*Rühlers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Auflage, München 2022.

*Sachsen-Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts, Tübingen 1999.

*Sammet, Sebastian/Graf Wolffskeel von Reichenberg, Luitpold*: Wechselbezügliche Verfügungen Minderjähriger und das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, ZEV 2019, S. 510-516.

*von Savigny, Friedrich Carl*: System des heutigen Römischen Rechts. Erster Band: Rechtsquellen, Berlin 1840 (zitiert als: *Savigny*, System Bd. 1, S. ...).

–, System des heutigen Römischen Rechts. Dritter Band: Anwendung der Rechtsregeln auf die Rechtsverhältnisse, Berlin 1840 (zitiert als: *Savigny*, System Bd. 3, S. ...).

*Schapp, Jan*: Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 1986.

*Schiemann, Gottfried*: Familiensinn und Erbfolge, in: Erbrecht und Vermögensnachfolge: System, Struktur, Vertrag. Festschrift für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Jürgen Damrau u.a., München 2012, S. 331-343.

*Schmidt, Jan Peter*: Grundlagen der Testierfähigkeit in Deutschland und Europa, *RabelsZ* 76 (2012), S. 1022-1050.

*Schmidt-Recla, Adrian*: Einführung in das deutsche Betreuungsrecht, in: Selbstbestimmung durch und im Betreuungsrecht, hrsg. von Josef Franz Lindner, Baden-Baden 2018, S. 9-24.

*Schmoeckel, Mathias*: Die Geschäfts- und Testierfähigkeit von Demenzkranken, *NJW* 2016, S. 433-439.

–, Einleitendes: Demenzerkrankungen als gesellschaftliche Herausforderung und Aufgabe für Juristen, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 13-24.

- Schmolke, Klaus Ulrich*: Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht. Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2014.
- Schröder, Noel*: Grenzen der Testierfreiheit. Eine Untersuchung der Beschränkungen des individualschützenden Freiheitsrechtes durch Gesetz, Rechtsprechung und Literatur, Tübingen 2022.
- Schwimann, Michael*: Die Institution der Geschäftsfähigkeit. Ein Beitrag zu den Grundlagen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Wien 1965.
- Seibert, Ann*: Testierfähigkeit und Willensfreiheit. Die Problematik der beweisrechtlichen Vermutung der Testierfähigkeit, Hamburg 2015.
- Seewald, Kerstin*: Der rechtsgeschäftliche Schutz vor sich selbst. Eine zivilrechtliche Betrachtung des Selbstpaternalismus, Berlin 2020.
- Simmons, Thomas*: Testamentary incapacity, undue influence, and insane delusions, South Dakota Law Review 60 (2015), S. 175-230.
- Singer, Reinhard*: Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995.
- Sitkoff, Robert/Dukeminier, Jesse*: Wills, Trusts, and Estates, 10. Auflage, New York 2017.
- Skowron, Paul*: The Relationship between Autonomy and Adult Mental Capacity in the Law of England and Wales, Medical Law Review 27 (2018), S. 32-58.
- Sloan, Brian*: Borkowski's Law of Succession, 4. Auflage, Oxford 2020.
- Solomon, Dennis*: Das allgemeine Kollisionsrecht, in: Die europäische Erbrechtsverordnung. Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg, hrsg. von Anatol Dutta und Sebastian Herrler, München 2014, S. 19-45.
- Spickhoff, Andreas*: Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 346-415.
- , Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit von Minderjährigen im Kontext medizinischer Behandlungen, FamRZ 2018, S. 412-425.
- , (Hrsg.): Medizinrecht, 3. Auflage, München 2018 (zitiert als: Spickhoff/Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Spilgies, Gunnar*: Ohne welchen freien Willen? – zur Frage einer präjudiziellen Wirkung der Geschäfts- und Deliktsunfähigkeit nach den §§ 104 Nr. 2, 827 S. 1 BGB für die Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB, HRRS 2015, S. 177-186.

*Spitzlei, Thomas*: Die Gesetzesbegründung und ihre Bedeutung für die Gesetzesauslegung, JuS 2022, S. 315-319.

*Soergel, Hans Theodor (Begr.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2: Allgemeiner Teil 2; §§ 104-240, hrsg. von Manfred Wolf, 13. Auflage, Stuttgart 1999 (zitiert als: *Soergel/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

–, Band 22: Erbrecht 2; §§ 2064-2273; §§ 1-35 BeurkG, hrsg. von Jürgen Damrau, 13. Auflage, Stuttgart 2003 (zitiert als: *Soergel/Bearbeiter*, [2003] § ... Rn. ...).

–, Band 33: Erbrecht 2; §§ 2147-2385, hrsg. von Martin Löhnig, 14. Auflage, Stuttgart 2020 (zitiert als: *Soergel/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

*Sonnekus, JC*: Freedom of Testation and the Ageing Testator, in: Exploring the Law of Succession, hrsg. von Kenneth Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann, Cambridge 2012, S. 78-98.

Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Bevölkerung im Wandel: Ergebnisse der 14. Koordinierten Bevölkerungsberechnung, 2019, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/_inhalt.html) (Stand: 08.12.2021).

Statistisches Bundesamt u.a., Entwicklung des Anteils der über 65-Jährigen in Deutschland in den Jahren von 1960 bis 2060, September 2013, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/273409/umfrage/entwicklung-desanteils-der-bevoelkerung-ueber65-jahren-in-deutschland/> (Stand: 08.12.2021).

Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Lebenserwartung von Männern und Frauen bei der Geburt in Deutschland im Zeitraum der Jahre 1871 bis 2020, Juli 2021, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/185394/umfrage/entwicklung-derlebenserwartung-nachgeschlecht/> (Stand: 08.12.2021).

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1: Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Berlin u.a. 1936 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, [10. Auflage 1936] § ... Rn. ...).

–, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–124; 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), Berlin 2021 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).

–, Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 90–124; 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), Berlin 2012 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, [2012] § ... Rn. ...).

- , Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 630a-630h (Behandlungsvertrag), Berlin 2021 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 3: Sachenrecht – Einleitung zum Sachenrecht, §§ 854–882 (Besitz und allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Berlin 2018 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 4: Familienrecht, §§ 1896-1921 (Rechtliche Betreuung und Pflegschaft), Berlin 2017 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht – Einleitung zum Erbrecht, 11. Auflage, Berlin 1954 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, [11. Auflage 1954] § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht – Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922–1966 (Erbfolge), Berlin 2017 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter* § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht §§ 2064–2196 (Testament 1), Berlin 2019 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht §§ 2229–2264 (Errichtung und Aufhebung eines Testaments), Berlin 2018 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht §§ 2265–2302 (Gemeinschaftliches Testament, Erbvertrag), Berlin 2019 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
  - , Buch 5: Erbrecht §§ 2303-2345 (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit), Berlin 2015 (zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*, § ... Rn. ...).
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Auflage, Berlin 2020 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: *Staudinger/Eckpfeiler*, Kapitel ... Rn. ...).
- Steenbreker, Thomas*: Identität und Freiheit. Studien zur Zeitlichkeit der Person im Strafrecht, Tübingen 2020.
- Stehlin, Philipp*: Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912. Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern 2018.
- Stoppe, Gabriela/Lichtenwimmer, Andrea*: Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag, DNotZ 2005, S. 806-813.
- Strobel, Benedikt*: Bedarf das gemeinschaftliche Testament des BGB einer Reform?, AcP 221 (2021), S. 399-432.
- Terrell, Martin/Bielanska, Caroline/Holmes, Justin/Frimston, Richard*: A Practitioner's Guide to the Court of Protection, London 2018.

- Thier, Andreas*: Entmündigung, Betreuung und Handlungsfähigkeit: Rechtshistorische Perspektiven, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 75-87.
- Venzlaff, Ulrich/Foerster, Klaus/Dreßing, Harald/Habermeyer, Elmar*: Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, hrsg. von Harald Dreßing/Elmar Habermeyer, 7. Auflage, München 2021 (zitiert als: *Bearbeiter*, in: Venzlaff/Foerster/Dreßing/Habermeyer, Psychiatrische Begutachtung).
- Vogels, Werner (Begr.)/Seybold, Karl (Hrsg.)*: Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen vom 31. Juli 1938, 4. Auflage, Berlin 1949 (zitiert als: *Vogels/Seybold*, Testamentsgesetz, § ... Rn. ...).
- Waldhoff, Christian*: Die Testierfähigkeit Demenzkranker im Lichte des Verfassungsrechts, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 57-74.
- Waldron, Jeremy*: Property Law, in: A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, hrsg. von Dennis Patterson, 2. Auflage, Oxford u.a. 2010, S. 9-28.
- Weber, Johannes/Francastel, Julie*: Der gewöhnliche Aufenthalt pflegebedürftiger Erblasser im Kontext von EuErbVO und FamFG, DNotZ 2018, S. 163-176.
- Weiler, Frank*: Die beeinflusste Willenserklärung. Eine Untersuchung der rechtlichen Auswirkungen fremder Einflüsse auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung, Bielefeld 2002.
- Weinriefer, Gertrud*: Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche. Bestandsaufnahme und Versuch einer begrifflichen Klärung, Berlin 1987.
- Wertenbruch, Johannes*: BGB Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2021.
- Weser, Hans-Herrmann*: Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die notarielle Praxis, MittBayNot 1992, S. 161-172.
- Wetterling, Tilman*: Organische psychische Störungen. Hirnorganische Psychodrome, Darmstadt 2002.
- , Psychopathologische Auffälligkeiten bei Demenz und deren Auswirkungen auf die Willensbildung – aus Sicht eines Neuropsychiaters, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 31-41.
- , Was hat der Erbrechtler mit Fragen der Medizin zu tun?, ErbR 2010, S. 345-350.

- , Beeinträchtigung der Geschäfts-/Testierfähigkeit durch Medikamente, Alkohol oder Drogen, ErbR 2015, S. 179-182.
  - , Mehr Schein als Sein – zum sogenannten Fassadenphänomen, ErbR 2015, S. 355-357.
  - , Gibt es medizinische Anhaltspunkte für eine Beeinflussung durch Dritte?, ErbR 2015, S. 544-547.
  - , Freier Wille und neuropsychiatrische Erkrankungen. Ein Leitfaden zur Begutachtung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, Stuttgart 2016.
  - , Erbschleicherei – aus psychiatrischer Sicht, ErbR 2017, S. 125-128.
  - , Geschäfts- und Testierfähigkeit bei Wahn?, ErbR 2018, S. 10-13.
- Wetterling, Tilman/Neubauer H./Neubauer W.:* Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, S. 46-50.
- Williams, Mortimer and Sunnucks on Executors, Administrators and Probate, hrsg. von Alexander Learmonth/Charlotte Ford/Julia Clark/John Ross Martyn, 21. Auflage, London 2018.
- Windscheid, Bernhard:* Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 6. Auflage, Frankfurt am Main 1887.
- Winkler, Karl:* Anmerkung zu OLG Celle, Beschluss vom 9.11.2007 – Not 16/07, in: MittBayNot 2008, S. 495-497.
- Wolf, Manfred:* Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg:* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10 Auflage, München 2012.
- Wolf, Stephan/Setz, Lea:* Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, hrsg. vom Institut für Notariatsrecht Bern, Bern 2012, S. 31-64.
- Zaczyk, Rainer:* Kriterien der Selbstbestimmung bei Errichtung eines Testaments – Ein Beitrag aus rechtsphilosophischer Sicht, in: Demenz und Recht. Bestimmung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, hrsg. von Mathias Schmoeckel, Baden-Baden 2010, S. 89-98.
- Zimmer, Maximilian:* Demenz als Herausforderung für die erbrechtliche Praxis, NJW 2007, S. 1713-1717.

*Zimmer, Maximilian/Oppermann, Karl Felix:* Geschäftsunfähigkeit, „Demenztourismus“ und gewöhnlicher Aufenthalt nach der EuErbVO am Beispiel der Schweiz, ZEV 2016, S. 126-131.

*Zimmermann, Reinhard:* Testamentary Formalities in Germany, in: Comparative Succession Law. Volume 1: Testamentary Formalities, hrsg. von Kenneth Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann, Oxford u.a. 2011, S. 176-218.

–, Kulturelle Prägung des Erbrechts?, JZ 2016, S. 321-332.

*Zimmermann, Theodor:* Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit, BWNNotZ 2000, S. 97-108.

*Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996.