

## **Testierfreiheit**

**E v. 22.6.11**

### **1. Ausgangspunkt**

Die Testierfreiheit wird im deutschen wie auch in anderen modernen Rechten als eine Ausprägung der Geschäftsfähigkeit angesehen. § 2229 Abs. 4 BGB weicht zwar im Wortlaut von § 104 Nr 2 und § 105 Abs. 2 etwas ab. Es ist aber offenbar allgemeine Meinung, dass Testier- und Geschäftsfähigkeit praktisch dasselbe seien.

Es stellt sich aber entgegen dieser allgemeinen Meinung die Frage, ob diese Gleichsetzung richtig ist. Die letztwillige Verfügung ist das einzige Rechtsgeschäft, mit welchem eine Gesamtheit verschiedenster Vermögenstücke durch einen einzigen Rechtsakt übertragen werden kann. Das Maß an geistiger Präsenz, welches erforderlich ist, um ein Rechtsgeschäft des täglichen Lebens, oder vielleicht sogar auch die Anschaffung einer Immobilie, wozu ein notarieller Vertrag erforderlich ist, zu bewerkstelligen, reicht bei weitem nicht aus, um dem Testator deutlich zu machen, welche, vielleicht erst in Jahren und Jahrzehnten eintretenden, Folgen mit der Niederlegung seines letzten Willens verbunden sind. Über die ohnehin zu fordernde geistige Gesundheit des Testators hinaus ist also von diesem eine fürsorgende Voraussicht zu fordern, in Bezug auf die von ihm später nicht mehr zu beeinflussenden Folgen seiner als letztwillige Verfügung formulierten Willenserklärung. Diese Fürsorge ist umso notwendiger, je größer das Vermögen ist, über welches er verfügen kann; sie ist auch umso notwendiger, je weiter sich die letztwillige Verfügung aus dem normalen Erwartungshorizont der Rechtsgemeinschaft entfernt. Es stellt sich daher, um mit einem extremen Beispiel die Fragestellung zu beleuchten, die Frage: Soll es wirklich zulässig sein, wenn ein vom Leben und seiner Verwandtschaft enttäuschter Besitzer eines großen Industrievermögens sein Vermögen einem Tierheim vermacht?

Ein Blick auf die Entstehung und Entfaltung der Testierfreiheit, soll die Frage präzisieren und den Rahmen für ihre Beantwortung vorschattieren.

### **2. Entwicklung zur Testierfreiheit**

Die natürliche Form der Vererbung ist offenbar zeit – und kulturübergreifend das gesetzliche Erbrecht der Familie und der Kinder, oder, wenn solche fehlen, das der nächsten Agnaten. Die testamentarische Erbfolge, welche erst die Berufung fremder Erben zulässt, ist rechtsgeschichtlich eine spätere Erscheinung. Das ältere römische Recht kannte nur das öffentliche Testament vor der Volksversammlung. Wahrscheinlich deswegen, weil die Erbeinsetzung ursprünglich eine Art der Adoption war, eine Adoption nämlich, welche den eingesetzten Erben zum Sohn des Testators macht. Wie die Adoption, so fordert deshalb auch das Testament die Mitwirkung der Volksversammlung. Erst viel später ist das private Testament aufgekommen.

Der ursprüngliche Gedanke des Testaments ist also, (nur) demjenigen, welcher keinen Sohn hat, diesen zu schaffen. Diesen Rechtszustand zeigt das attische Recht. Wer eheliche Söhne hatte, konnte kein Testament machen. Späterhin wurde ihm gestattet, ein Testament zu machen für den Fall, dass seine Söhne ihn nicht überlebten oder nach seinem Tode vor Erreichung der Mündigkeit verstarben. Es ist wahrscheinlich, dass das altrömische Recht eine ganz ähnliche Entwicklung durchgemacht hat. Wer einen *filius suus* hatte, konnte ursprünglich überhaupt keinen anderen Erben haben; wer eine Tochter oder einen Enkel in unmittelbarer väterlicher Gewalt hatte, konnte nur neben denselben einen anderen Testamentserben berufen.

Doch in Rom wie in Athen hat sich die Möglichkeit der Testamentserrichtung auch beim Vorhandensein von Leibeserben durchgesetzt. Geschichtlich wird man darin einen langsamen Übergang von einem mythischen Familienbegriff zu immer stärkerer Betonung der individuellen Persönlichkeit sehen, eine Entwicklung, welche wir namentlich an der griechischen Antike bewundern. Die freie Testierfähigkeit ist wohl letztlich die endgültige rechtliche Anerkennung, dass der Wille des Einzelnen den Ansprüchen der Rechtsgemeinschaft Gemeinschaft, auch den Ansprüchen seiner Kinder und Verwandten, vorgeht.<sup>1</sup> Die Testierfreiheit ist Ausprägung individueller Freiheit zu Lasten der traditionellen gesellschaftlichen Bindung. Das öffnet den Blick für ganz vergleichbare Entwicklungen in unserer modernen Zivilisation, die zwar naturgemäß unterschiedlich bewertet werden, insgesamt aber doch Gegenstand der Kulturkritik sind.

## 2. Gesellschaftliche Entwicklungen

In Rom scheint das Recht des privaten Testaments erst in der späten Republik und zu Beginn der Kaiserzeit zur vollen Ausprägung gelangt zu sein, zu einer Zeit also, als die alten römischen Familien kinderarm und kinderlos ausstarben. Sie hielten sich noch eine Weile durch Adoptionen, die, wie auch bei uns heute, auch gerne nach exotischen Provenienzen griffen. Dann aber, gegen Ende des 1. Jahrhunderts, waren die Traditionsnamen aus dem öffentlichen, bald auch aus dem wirklichen, Leben ebenso verschwunden wie bei uns die Namen von Herzögen, Fürsten und des niederen Adels, welche Jahrhundertlang die führenden Stellen besetzten. Ein neureiches Kapitalistengeschlecht trat an deren Stelle.

Das war zugleich die Zeit, in der in Rom familiäre und religiöse Bindungen verloren gingen. Der Verlust von Zielsetzungen, die über die Lebenszeit des Individuums hinausreichten, läßt den Lebenssinn auf die kurze Dauer des eigenen Lebens zusammenschrumpfen. Was wir heute als Selbstverwirklichung bezeichnen, fand in den Kreisen der damals Neureichen in den Formen statt, die Petronius im Gastmahl des Trimalchio beispielhaft beschreibt. Die dort beschriebene unsinnige Schwelgerei ist unserer Zeit eigentlich so fremd nicht.

Angesichts des auch für Reiche unvermeidbaren Todes geschah terminale Selbstverwirklichung damals, und heute oft auch, durch letztwillige Verfügungen nach dem Motto: *Die* (= sich als Erben sehenden; die zur Nachwelt gewordene Mitwelt) *sollen noch lange an mich denken*. In der römischen Kaiserzeit wurde die testamentarische Einsetzung von Lustgefährten und *uno actu* freigelassenen Sklaven üblich. Der erwähnte Trimalchio war selbst auf diese Weise zu seinem fabulösen Reichtum gekommen. Martial und andere römische Autoren haben lebendige Bilder von Erbschleichern gemalt, die sich am Tage der Testamentseröffnung um ihr „Lebenswerk“ betrogen sahen.

Heutige Erblässer, die sich von Mensch und Welt enttäuscht fühlen, machen ebenfalls nicht selten überraschende Testamente. Der Frankfurter Zoo war, als sein fernsehberühmter Direktor B. Grzimek noch waltete, bei Testatoren besonders beliebt, und er ist es noch heute.

Es zeigt sich eine weitere Parallele. Nicht wenige Erbeinsetzung und Schenkungen von Todes wegen gehen an politische Institutionen oder Ziele, zu denen sich der Erblässer zu Lebzeiten nicht bekannt hätte. Nur im Tode kann man gefahrlos die wildesten Meinungen äußern und die abwegigsten Ziele fördern. Das Testament steht außerhalb des Drucks zur politischen Korrektheit. Ähnliches begegnet in Rom. Mit den mörderischen Parteikämpfen ab 100 v. Chr. entsteht in Rom schleichend ein Klima des Gesinnungszwangs, welches erst mit dem 2.

---

<sup>1</sup> Sohm, Rudolph, Institutionen des römischen Privatrechts, 17. Auflage Berlin 1949 S. 552 und passim, der aber nur, z.T wörtlich, wiedergibt : Corpus Iuris , Institutionen, 2. Buch X ff

Jahrhundert unter den Antoninen abklingt. Es war gefährlich, wie Tacitus etwa im *Agricola* berichtet, wie wir aber auch sonst lesen können, Meinungen zu haben oder gar zu äußern, die der Imperator nicht teilte. Viele Römer machten ihrem Herzen daher erst in ihren Testamenten Luft. Augustus ließ das, nachdem seine Stellung gefestigt war, entgegen dem servilen Rat des Senats, hingehen; seine Nachfolger nicht.<sup>2</sup>

### 3. Kirche

Ab etwa dem Jahre 200 wurde die Kirche ein immer wichtigerer gesellschaftlicher Faktor im römischen Reich. Das hatte nicht nur geistliche Gründe, sondern zunehmend auch wirtschaftliche. Die Kirche war in der Spätantike nach dem Kaisertum die reichste Institution im Reich. Kaiser Konstantin (um 300) hatte die Rechtsfähigkeit der Kirche anerkannt, wodurch testamentarische Verfügungen zu ihren Gunsten möglich wurden. Das Stiftungswesen zu Gunsten der Kirche gewann an Bedeutung.<sup>3</sup>

Frauen konnten zwar keine Ämter wahrnehmen, aber sie konnten unbeschränkt Vermögen besitzen. Es gab immer mehr Frauen, die über große und größte Vermögen verfügten. Diesen Besitz hat die Kirche an sich zu bringen versucht. Mit großem Erfolg. Die Kirche konnte dem Erblasser mit dem Ewigen leben eine Gegenleistung in Aussicht stellen, welcher die in Betracht kommenden irdischen Erben nichts entgegenzusetzen hatten. Die berühmtesten Stifterinnen wurden zur Ehre der Altäre erhoben. Reiche Senatorinnen spielten in der Korrespondenz der Kirchenväter, namentlich bei Hieronymus, eine bedeutende Rolle.<sup>4</sup> Demandt setzt bissig hinzu: *Wenn Frauen in der Korrespondenz heidnischer Autoren keine Rolle spielen, so darum, weil diese nicht die Absicht hatten, ihre Korrespondentinnen zu beerben.* Die Erbschleicherei der Geistlichkeit veranlasste Kaiser Valentinian 370 zu einem Gesetz, welches in der Zielsetzung unserem § 14 Heimgesetz entspricht. Es wurde den Priestern verboten, die Häuser von Witwen und Waisen zu betreten. Die Testierfreiheit zugunsten der Kleriker wurde beschränkt, aber im Jahre 455 wiederaufgehoben.

#### Ergebnis:

Vermögen ist das Ergebnis von Fleiß, Glück und Sparsamkeit des Vermögensträgers und ggfs seiner Väter, welche ihm ihr Vermögen als Erbe hinterließen. Das zu schützen, ist die berechtigte Absicht von Art. 14. Darüber soll der Vermögensträger auch von Todeswegen verfügen dürfen, Art. 15 GG. Es stellt sich aber die Frage, ob eine zwar rechtsgeschäftlich einwandfreie, aber in ihrer Motivation von unvernünftiger Willkür getragene letztwillige Verfügung von einer der sozialen Marktwirtschaft verpflichteten Verfassung geschützt werden soll.

Die Frage, was *unvernünftige Willkür* ist, bleibe hier unerörtert. Es wurden aber Entwicklungslinien aufgezeigt, die zur Auslegung dieses Begriffs genutzt werden können. Erbrecht ist die vermögensrechtliche Fortsetzung einer verstorbenen Person. Die Verfassung schützt aber nicht das Recht zu Clownerien oder das Recht, die Nachfolger zu ärgern.

M.A.

---

<sup>2</sup> Sueton, Augustus, Nr. 52

<sup>3</sup> Demandt, Alexander, Die Spätantike, C.H. Beck 1989, S.450 f

<sup>4</sup> Demandt, S. 298