

## Testierfreiheit und Werteordnung

Eine rechtsvergleichende Untersuchung anstößiger letztwilliger Verfügungen  
in Deutschland, England und Südafrika

### *Zusammenfassung*

Die Testierfreiheit zählt zu den Grundprinzipien aller westlichen Erbrechtsordnungen. Gleichzeitig wird sie auf vielfältige Weise beschränkt. Die Arbeit untersucht in rechtsvergleichender Perspektive, wann eine Rechtsordnung dem letzten Willen eines Erblassers unter Berufung auf grundlegende Wertvorstellungen, Sitte oder Moral die Anerkennung versagt. Den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden drei Fallkonstellationen, die sich im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB als Fallgruppen potentiell sittenwidriger letztwilliger Verfügungen herausgebildet haben. Dazu zählen die Zurücksetzung naher Angehöriger zugunsten familienfremder Personen (insbes. die als Geliebtentestament bekannte gewordenen Fälle), letztwillige Bedingungen, mittels derer ein Erblasser den Erhalt der Zuwendung an ein bestimmtes Verhalten des designierten Empfängers knüpft sowie Fälle letztwilliger Diskriminierung. In all diesen Fällen tritt die Testierfreiheit in ein Spannungsfeld mit grundlegenden Wertvorstellungen – sei es mit Familiensolidarität und Sexualmoral in Fällen des Geliebten-testaments, mit den Freiheitsrechten einer bedingt bedachten Person oder mit den Diskriminierungs-verböten.

Dieses Spannungsfeld wird aus rechtsvergleichender Perspektive betrachtet – namentlich mit Blick auf Deutschland, England und Südafrika. Der Vergleich zwischen Deutschland als kontinentaleuropäischer Rechtsordnung mit kodifiziertem Zivilgesetzbuch, England mit seinem auf Präjudizien basierten *common law* und Südafrika als Mischrechtsordnung, die kontinentaleuropäische, britische und afrikanische Elemente vereint, erscheint als besonders reizvoll. Die Diskussion um den Einfluss der vergleichsweise jungen südafrikanischen Verfassung auf die Testierfreiheit sowie die Interaktion des europäisch-stämmigen Rechts mit dem *customary law* der afrikanischen *communities* machen den Vergleich mit Südafrika zusätzlich interessant.

Das rechtsvergleichende Erkenntnisinteresse der Arbeit betrifft die Frage, ob die Unterschiede, die sich in den drei untersuchten Rechtsordnungen beim Umgang mit den jeweiligen Fallkonstellationen zeigen, auf abweichenden Wertvorstellungen beruhen oder ob sie stattdessen durch Faktoren bedingt sind, die mit inhaltlichen Wertungen in keinem engeren Zusammenhang stehen. Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass signifikant divergierende Wertvorstellungen nicht bestehen, sondern dass vielmehr verschiedenste Einflüsse aus dem weiteren rechtlichen Kontext wirksam sind, die mit dem Maß der jeweils empfundenen Anstößigkeit wenig zu tun haben. Hierzu zählen beispielsweise historische (teils zufällige) Entwicklungen und darauf beruhende Pfadabhängigkeiten, Unterschiede in der Konzeption vordergründig ähnlicher Rechtsinstrumente wie Sittenwidrigkeit, *public policy* und *boni mores*, ein unterschiedliches Verfassungsverständnis, oder allgemeine Charakteristika einer Rechtsordnung wie die englische Präjudizienbindung. Die Erkenntnis über die Wirkmächtigkeit des größeren Kontextes für die Rechtsanwendung kann das Bewusstsein dafür schärfen, dass der Übersetzungsvorgang von einer allgemeinen gesellschaftlichen oder rechtlichen Wertung hin zu einer konkreten rechtlichen Lösung von einer Vielzahl von Faktoren geprägt sein kann.

Das zweite Ziel der Arbeit besteht darin, die Ansichten und Standpunkte zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen im geltenden deutschen Recht auf Grundlage der rechtsvergleichenden Erkenntnisse einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Bei letztwilligen Zuwendungen an einen außerehelichen Partner oder eine familienfremde Person lässt sich eine Sittenwidrigkeit weder über ein verwerfliches Motiv des Erblassers, noch über die wirtschaftlichen oder ideellen Auswirkungen auf die zurückgesetzten Angehörigen begründen. Einige Annahmen der Oberlandesgerichte – letztlich Relikte der früheren sittenstrengen Rechtsprechung des BGH – widersprechen dem Regelungsmodell des BGB. Denn das Verhältnis von Testierfreiheit und Familienerbfolge wird bei einer Zurücksetzung naher Angehöriger durch das Pflichtteilsrecht in abschließender Weise geregelt.

Da ein Erblasser mit einer letztwilligen Potestativbedingung über die bloße Verteilung des Nachlasses hinausgeht, indem er Einfluss auf die persönliche Lebensführung des Bedachten nehmen kann, ist die Sittenwidrigkeit einer solchen Anordnung im Wege einer gründlichen Abwägung zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und der Entscheidungsfreiheit der bedachten Person zu beurteilen. Dabei ist der im deutschen Diskurs geläufige Begriff des unzumutbaren Drucks geeignet, diesen Konflikt privatrechtlich zu operationalisieren. Die Rechtsfolge sittenwidriger Bedingungen sollte sich am Schutzzweck der verletzten Sittennorm orientieren, was dazu führt, dass nur die Bedingung gestrichen wird, der Rest der Verfügung aber bestehen bleibt (teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB).

Mit Blick auf Fälle letztwilliger Diskriminierung stellt sich die Frage nach der Privatrechtswirkung des Art. 3 Abs. 3 GG. Diese ist gerade in erbrechtlichen Konstellationen nur in Ausnahmefällen anzunehmen – insbesondere, wenn die letztwillige Verfügung einen gewissen Öffentlichkeitsbezug aufweist. In der privaten Sphäre sollte dagegen besonders zurückhaltend mit der Horizontalwirkung der Diskriminierungsverbote umgegangen werden. Eine Abwägung mit der Testierfreiheit erscheint dort allenfalls dann angezeigt, wenn die Würde der betroffenen Person tangiert ist. Differenziert der Erblasser pauschal nach verpönten Merkmalen, kann mittels Ausrichtung am Schutzzweck der Sittennorm lediglich das Merkmal aus der Verfügung entfernt werden; in allen übrigen Fällen muss es bei der Rechtsfolge der Gesamtnichtigkeit bleiben.

*Andreas Humm*