

Tobias Breitling

Rechtsfolgen von sittenwidrigen Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen

Erblasserwille und objektives Recht

Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 12



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Rechtsfolgen von sittenwidrigen Bedingungen
in Verfügungen von Todes wegen

Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 12



PETER LANG

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Tobias Breitling

Rechtsfolgen
von sittenwidrigen
Bedingungen
in Verfügungen
von Todes wegen

Erblasserwille und objektives Recht



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2011

D 352

ISSN 1864-497X

ISBN 978-3-631-63233-8

ISBN 978-3-653-01372-6 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-01372-6

© Peter Lang GmbH
Internationaler Verlag der Wissenschaften
Frankfurt am Main 2012
Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

www.peterlang.de

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im April 2011 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 16.11.2011 statt. Mein Dank gilt: Herrn Prof. Dr. Rainer Hausmann für die Betreuung und die Erstellung des Erstgutachtens; Frau Prof. Dr. Eva Inés Obergfell für die Erstellung des Zweitgutachtens; Herrn Prof. Dr. Matthias Armgardt und Herrn Prof. Dr. Hans Theile für die Durchführung der mündlichen Prüfung sowie meinen Eltern für ihre unermüdliche Unterstützung.

Kiel, im November 2011

Tobias Breitling

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Kapitel 1: Einführung und Allgemeiner Teil	11
A. Einführung	11
B. Problemstellung.....	12
C. Forschungsstand und Notwendigkeit dieser Arbeit	14
D. Grundlagen.....	16
I. Die Bedingung	16
II. Testament und Erbvertrag.....	16
III. Alternative zum Alles-oder-Nichts-Prinzip	17
IV. Erbrechtliche Folgen	18
V. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit.....	19
1. Sittenwidrige Bedingungen in letztwilligen Verfügungen	20
2. Kriterien der Sittenwidrigkeit	21
3. Abgrenzung zur motivbezogenen Sittenwidrigkeit	23
E. Meinungsstand.....	25
I. Historischer Überblick	25
II. Gegenwärtige Auffassung	32
1. Literatur.....	34
2. Rechtsprechung	37
III. Rechtsvergleichend	39
F. Teilnichtigkeit durch favor testamenti.....	42
Kapitel 2: Teilnichtigkeit und Erblasserwille	45
A. Normierte Teilnichtigkeit; §§ 139 und 2085 BGB.....	45
I. Grundlagen zu §§ 2085 und 139 BGB.....	45
II. Die Voraussetzungen	48
1. Einheitliches Rechtsgeschäft	48
2. Teilnichtigkeit	49
3. Teilbarkeit	50
a) Objektiv oder subjektiv	52
b) Teilbarkeitskriterien	57
c) Teilbarkeit von Bedingung und letztwilliger Verfügung	60
B. Auslegung und Umdeutung.....	80
I. Auslegung	82
1. Ergänzende Auslegung	83
a) Voraussetzungen; die Lücke	85
b) Entstehungszeitpunkt der Lücke	86

2. Formbedürftigkeit	89
3. Sittenwidrige Bedingung und Auslegung	91
II. Umdeutung.....	92
1. Voraussetzungen	92
a) Nichtiges Rechtsgeschäft	92
b) Ersatzgeschäft.....	96
2. Formbedürftigkeit	97
3. Sittenwidrige Bedingung und Umdeutung	98
C. Eine Gesamtschau der Methoden.....	99
I. Verhältnis von normierter Teilnichtigkeit zur (ergänzenden) Auslegung.....	99
II. Verhältnis von normierter Teilnichtigkeit zur Umdeutung.....	100
III. Verhältnis von Umdeutung zur (ergänzenden) Auslegung.....	101
IV. Zusammenfassung und Ergebnis	103
D. „In die Seele der Partei“ – der hypothetische Wille	105
I. Der Schlüssel zum hypothetischen Willen	106
II. Zum Begriff des hypothetischen Willens	108
III. Methode der Ermittlung	110
IV. Willensvermutungen – spekulativer Erblasserwille	114
V. Ermittlungsergebnis.....	118
1. Teilnichtigkeit.....	119
2. Gesamtnichtigkeit	120
3. Non-Liquet.....	121
a) im Zweifelsfall § 139 oder § 2085 BGB.....	123
b) im Zweifelsfall entscheidet die Bedingungsart.....	127
E. Ergebnis des zweiten Kapitels: Teilnichtigkeit und Erblasserwille.....	129
 Kapitel 3: Verobjektivierte Teilnichtigkeit	131
A. Teilnichtigkeit und der Präventionsgedanke.....	132
B. Teilnichtigkeit durch Reduktion	134
C. Der Schutzzweck und sein Schutzbereich	135
D. Die Entschließungsfreiheit.....	136
I. Verbot der Vermengung ideeller und materieller Gesichtspunkte	137
II. Verbot verhaltensbezogener Bedingungen.....	137
III. Verbot von unzumutbarem Druck.....	140
E. Ergebnis des dritten Kapitels: verobjektivierte Teilnichtigkeit	145
 Kapitel 4: Erblasserwille und objektives Recht	147
A. Das Zusammenspiel von subjektiver und objektiver Ansicht	148
B. Der Zusammenhang zwischen dem Sittenwidrigkeitsverdict und der Rechtsfolge	150
C. Eine Gegenüberstellung – objektives und subjektives Recht	152

I. Bedingungsdruck und Interessenabwägung.....	153
II. Auf Umwegen zum Erblasserziel.....	155
III. Interessenjurisprudenz.....	157
Schlussbetrachtung.....	159
Literaturverzeichnis.....	163

Kapitel 1: Einführung und Allgemeiner Teil

A. Einführung

„Die Könige sind nur Sklaven ihres Standes,
Dem eignen Herzen dürfen sie nicht folgen.“

(Friedrich v. Schiller; *Maria Stuart* 2. Aufzug 2. Auftritt)

Ganz ähnlich der in *Maria Stuart* nachempfundenen Zeit präsentieren sich auch heute noch die ansässigen Adelshäuser, wenn es um die Herzensangelegenheiten ihrer Abkömmlinge geht.

Um den Stand und das Ansehen der durchlauchtigsten Häuser zu mehren, war und ist es nach wie vor erforderlich „*daß ein hohes Geblüt sich auch mit gleichen seines Standes und Herkommens verbinde, und nicht durch ungleich geringe Heyraten verkleinert und verächtlich gemacht werde.*“¹

Als Instrumente der Lenkung und Beeinflussung dienen u.a. so genannte Heiratsklauseln in letztwilligen Verfügungen. Die traditionsreichen Häuser *Hohenzollern* und *Leiningen* stellten auch noch im 20. Jahrhundert die Zuwendung zu Gunsten der Abkömmlinge unter die Bedingung der ebenbürtigen Herkunft und Ehe.²

Für die betroffenen Abkömmlinge wahrlich kein Leichtes, einen Ehepartner aus einer gleichgestellten hochadeligen Familie zu finden. Besonders der jeweils älteste Sohn unterlag besonderem Druck, die Bedingung zu erfüllen, denn ihm war im Erbfall der Thron versprochen.

Trotz der im Raum stehenden Drohung der Enterbung verloren in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts die bevorzugten Söhne aus dem Haus *Hohenzollern* und *Leiningen* ihr Herz und Ehegelöbnis an bürgerliche Frauen. Die Ernsthaftigkeit der Heiratsbedingung zeigte sich aber erst einige Jahre später – mit dem Tode beider Familienoberhäupter in den 1990er Jahren. Und so musste sich schlussendlich auch die Justiz mit dem Heiratsverhalten im deutschen Hochadel beschäftigen

In Rede stand ausschließlich besagte Bedingung, die den unebenbürtig verheirateten Sohn enterbte und damit den Weg frei machte für alle weiteren – ebenbürtig verheirateten bzw. unverheirateten – Abkömmlinge. Die Erstgeborenen beriefen sich auf Moral und Sitte und darauf dass die Heiratsklausel eine

1 *Schulze*, Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, Bd. 3, S. 615; vgl. auch LG Hechingen, Urteil v. 7.12.2000 = FamRZ 2001, 721, 724.

2 Zur Ebenbürtigkeit vgl. auch *Dungern*, Das Problem der Ebenbürtigkeit.

unzumutbare Beeinträchtigung ihrer grundrechtlich gesicherten Eheschließungsfreiheit darstellte. Die Bedingung sollte aufgrund ihrer Sittenwidrigkeit schlicht herausgestrichen werden, so dass sie am Nachlass uneingeschränkt partizipieren konnten. Dem hielten die Zweitplatzierten die Testierfreiheit³ des Erblassers entgegen, die eine solche einschränkende Heiratsbedingung legitimieren soll.

Zehn Instanzen und zehn Jahre später, nach Anrufung aller deutschen und europäischen Gerichte wurde die *Hohenzollernsche* Bedingung für sittenwidrig und unwirksam befunden. Im Gegenteil hierzu wurde die Bedingung aus dem Hause *Leiningen* für vollwirksam erachtet.

So ungerecht dieses Ergebnis auch erscheinen mag, im Ergebnis gehen dennoch beide Erstgeborenen leer aus. Denn das Gericht erklärte im Fall *Hohenzollern* nicht nur die Bedingung für nichtig, sondern gleichzeitig die gesamte letztwillige Verfügung und damit auch die eigentliche Erbeinsetzung des Erstgeborenen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wurde umsonst erstritten.⁴

B. Problemstellung

Rechtsgeschäftliche Bedingungen sind – wie es obige Fälle veranschaulichen – ein bedeutsames und mächtiges Gestaltungsmittel des Erblassers. Sie ermöglichen es, die Zuwendung seines Vermögens von dem künftigen Verhalten des Bedachten abhängig zu machen und somit über den Tod hinaus aktiv die Lebensführung des Bedachten mitzugestalten. *Schlüter* übertitelt die Machtposition des Erblassers sehr sinnig als „*Die Herrschaft aus dem Grabe*“⁵ und weist damit nicht zuletzt auch auf die damit verbundene Beeinflussung der persönlichen Lebensführung der Hinterbliebenen hin.

In manch einem Fall geht der Erblasser mit seiner aktiven Mitgestaltung zu weit und fordert im Gegenzug für die Zuwendung z.B., dass der Bedachte nicht heiraten dürfe⁶ oder nur ebenbürtig⁷ oder umgekehrt die Scheidung anstreben

3 „*das Werk der Testierfreiheit als Attacke auf die Eheschließungsfreiheit des Erbprätendenten.*“ *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 760.

4 Ausführlich zu den beiden Fällen *Führ*, Grundrechte und Testierfreiheit, S. 66 ff.

5 *Schlüter*, Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“, in: FG der Zivilrechtslehrer (1999), S. 575 ff.; vgl. auch *Hilgers*, MittRhNotK 1962, 381.

6 OLG Rostock, Urteil v. 8.12.1890 = SeuffArch, 5.

7 BayOblG, Urteil v. 4.08.1999 = FamRZ 1999, 380 f.; LG Hechingen, Urteil v. 27.9.2005 = FamRZ 2006, 1408 f.

müsse,⁸ die Religion nicht wechseln dürfe⁹ oder in den Priesterstand eintreten müsse.¹⁰

Unter dem weitreichenden Einfluss des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden wird regelmäßig die Frage nach den Grenzen der Testierfreiheit laut. Mit § 138 BGB ist dem Richter eine Generalklausel an die Hand gegeben, um unsittlichen Rechtsgeschäften die Durchsetzung zu verwehren. Mit diesem nicht ganz unproblematischen Schritt ist aber der Fall keineswegs zu Ende. Dem Ausspruch der gesellschaftlichen Missbilligung reiht sich die Rechtsfolge – Umfang der Nichtigkeit – hinten ein, welche zu meist ganz erhebliche praktische und damit auch finanzielle Bedeutung hat.

Zunächst einmal führt die Sittenwidrigkeit dem Gesetzeswortlaut nach zur unumstößlichen Nichtigkeit der Bedingung: *„Das erste und unzweifelhafteste bei ihnen [unsittlichen Bedingungen; Anm. des Verfassers] ist Dieses, daß der Bedingung keine Folge gegeben werden darf, weil sonst das Schlechte gefördert werden würde.“*¹¹

Die Verfügung von Todes wegen enthält aber nicht nur diese eine Bedingung, sondern zumindest noch die dazugehörige Zuwendung, also die eigentliche Einsetzung des Erben. Um den von *Savigny* formulierten Zweck (das Schlechte darf nicht gefördert werden) zu erreichen, sind zwei unterschiedliche Wege denkbar, *„entweder indem wir das ganze Rechtsgeschäft vernichten, oder indem wir die Bedingung als nicht vorhanden ansehen, und das Geschäft als unbedingt behandeln.“*¹²

Genau diese zwei Möglichkeiten stehen im Mittelpunkt der folgenden Untersuchung. Es geht um die Frage, ob die Bedingung für sich alleine wegfällt (**Teilnichtigkeit**¹³) oder ob die gesamte Verfügung der Nichtigkeit anheim fällt (**Gesamtnichtigkeit**¹⁴).

Geht man zunächst davon aus, dass die Nichtigkeit der Bedingung sich auch auf den Rest der Verfügung fortsetzt, so fällt die mit der Bedingung verbundene Erbeinsetzung ebenfalls weg. Der zunächst Bedachte verliert aufgrund der Gesamtnichtigkeit seine Erbenstellung und steht zwar damit ohne Bedingungsdruck, aber auch ohne Zuwendung da. Und selbst wenn er sich der Bedingung entsprechend freiwillig verhielte oder sogar bereits verhalten hat, die Nichtigkeit

8 BGH, Urteil v. 28.1.1956 = JZ 1956, 279 f.

9 RG, Urteil v. 24.04.1888 = RGZ, 279 f.

10 BayObLG, Urteil v. 29.10.1894 = SeuffArch, 171 f.

11 *Savigny*, System, Bd. 3, S. 197.

12 *Savigny*, System, Bd. 3, S. 197.

13 *Hermann*, Pro non scripta, S. 3 spricht von der Binnenteilnichtigkeit; aber auch Restgültigkeit und Restwirksamkeit sind synonym verwendbar.

14 Teilweise auch Totalnichtigkeit genannt, vgl. *Staudinger*¹³/*Roth*, § 139 Rn. 3.

aller Teile führt zwangsläufig auch zum Verlust der gewillkürten Erbenstellung.¹⁵

Demgegenüber isoliert die Teilnichtigkeit die Reichweite der Unwirksamkeit nur auf jenes, unmittelbar betroffene Element – die Bedingung – und die eigentliche Erbeinsetzung bleibt erhalten. Der Bedachte unterliegt zwar wiederum nicht der Bedingung, ist aber im Gegensatz zur Gesamtnichtigkeit weiterhin bzw. nunmehr Erbe und Zuwendungsempfänger.

Die Frage nach der Rechtsfolge einer sittenwidrigen Bedingung ist damit die letzte in einer langen Reihe, für den Erbprätendenten nahezu allein entscheidend und dazu noch höchst umstritten.

C. Forschungsstand und Notwendigkeit dieser Arbeit

Die Rechtsfolgen unwirksamer – sittenwidriger – Bedingungen im Allgemeinen und insbesondere im Erbrecht sind bereits den römischen Juristen als Problemfall bekannt gewesen.¹⁶ Dies hat sich im Laufe der Zeit nicht geändert und umso mehr verwundert die fehlende ausführliche Diskussion.

Ein wenig angeregt wurde die Thematik durch die in der Einführung vorgestellten erbrechtlichen Streitigkeiten, welche Ende der 1990er beinahe parallel die Gerichtsbarkeit beschäftigten. Damit verbunden war eine erhebliche Medienwirksamkeit – nicht nur in der juristischen Fachpresse¹⁷ – die meist die Schranken der Testierfreiheit durch sittliche Gebote zum Thema hatten.¹⁸ In diesem Bereich ist in den letzten Jahren auch ein nicht unerheblicher Anteil an tiefgehenden wissenschaftlichen Abhandlungen publiziert worden.¹⁹

15 Vgl. hierzu *Soergel*¹³/*Loritz*, § 2074 Rn. 33; *Schlüter*, Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“, in: FG der Zivilrechtslehrer (1999), S. 590.

16 Vgl. hierzu S. 25 ff.

17 Artikel im „Der Spiegel“ 48/1998, S. 159 ff. „Dallas in Amorbach“.

18 *Führ*, MittBayNot 2006, 461 ff.; *Gaier*, ZEV 2006, 2 ff.; *Goebel*, FamRZ 1997, 656 ff.; *Gutmann*, NJW 2004, 2347 ff.; *Hohloch*, JuS 1999, 606 ff.; *Horsch*, Rpfleger 2005, 433, 433 ff.; *Isensee*, DNotZ 2004, 754 ff.; *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 ff.; *Langenfeld*, ZEV 2007, 453, 455; *Meincke*, DEuFamR 1999, 75 ff.; *Muscheler*, ZEV 1999, 151 ff.; *Otte*, FamRZ 2006, 309 ff.; *Otte*, ZEV 2004, 393 ff.; *Probst*, JR 1999, 504, 508 ff.; *Scheuren-Brandes*, ZEV 2005, 185 ff.; *Schmoeckel*, JZ 1999, 517, 517 ff.; *Staudinger*, FamRZ 2004, 769, 768 ff.; *Staudinger*, JURA 2000, 467 ff.

19 *Gilbert*, Unmoralische Angebote, 2009; *Kroppenberg*, Privatautonomie, 2008; *Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, 2009.

Dennoch ist die Thematik – was insbesondere die Rechtsfolgen anbetrifft – keineswegs erschöpfend erörtert worden. Allen bisher publizierten Werken ist nämlich gemein, dass sie die Rechtsfolgen als weitreichendes Problem anerkennen, aber einen ausführlichen Disput meiden. Ausnahme ist laut Verlagsangaben lediglich die kürzlich erschienene Dissertation von *Albert Freiherr von Schrenck-Notzing*.²⁰ Dieser widmet den kompletten zweiten Teil (von drei) den Rechtsfolgen unerlaubter Bedingungen in letztwilligen Verfügungen. Mehr Schein als Sein möchte man sagen, denn besagtes Kapitel hat einen Umfang von sechs Buchseiten und kann bei weitem nicht die Komplexität und historische Verwurzelung der Problematik aufzeigen, geschweige denn ausführlich diskutieren.²¹

Andere Werke befassen sich in ähnlichem Umfang mit dieser Thematik, beschränken sich aber gerade deswegen meist auf eine Zusammenfassung bzw. oberflächliche Analyse:

Gilbert, Unmoralische Angebote, 2009, S. 110-112

Baumann, Verwirkungsklauseln, 2009, S. 99-102

Badouvakis, Fremdbestimmung, 1997, S. 191-198

Müller, Verwirkungsklauseln, 1996, S. 191-196

Rodermund, Vergangenheits- und Gegenwartsbedingungen, 1990, S. 97-104

Schlitt, Pflichtteilsberechtigte, 1990, S. 67-71

Kellenter, Bedingte Verfügungen, 1989, S. 171-182

Die Frage nach den Rechtsfolgen stellt sich naturgemäß erst nach eingehender Untersuchung des Sittenwidrigkeitsverdikts und dieser Themenkomplex genoss weit mehr Aufmerksamkeit in Rechtsprechung und Lehre. Trotz alledem verbirgt sich hinter der Rechtsfolge von sittenwidrigen Bedingungen ein Jahrtausende altes und bekanntes Problem, das sowohl in rechtsdogmatischer, historischer und vor allem praktischer Sicht überaus relevant ist.

20 Der Verlag Duncker & Humblot gibt zu dem Werk folgendes auf der Homepage bekannt: „Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit bildet die in diesem Zusammenhang ersichtlich relevante, jedoch weit weniger diskutierte Frage nach den Rechtsfolgen unerlaubter Bedingungen.“ (Stand: November 2011).

21 *Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen, S. 89-93.

D. Grundlagen

I. Die Bedingung

Ganz allgemein treten die Rechtsfolgen einer Norm ein, wenn ihre tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit einer Bedingung kann die Rechtsfolge zwingend an ein zukünftiges, ungewisses Ereignis gekoppelt werden (§ 158 BGB).²² Die Erfüllung der ausgedrückten Erwartung ist dabei Wesensmerkmal der Bedingung und auch gleichzeitig Abgrenzung zur bloßen Empfehlung und zum bloßen Wunsch, welche eben die Erwartung gerade nicht zur Voraussetzung machen.²³

Inhaltlich kann das zukünftige Ereignis ganz unterschiedlicher Art sein. Dabei kann es sich sowohl um vom menschlichen Willen unabhängige Ereignisse (wie z.B. Naturereignisse) als auch um die Handlung eines Dritten – des Bedachten – handeln. Im letzteren Fall besteht die Bedingung allein in einer Handlung, die vom Willensentschluss des Bedachten abhängig ist. Man spricht von einer Potestativbedingung (Willkürbedingung).²⁴ Der Bedachte ist nicht verpflichtet, der Bedingung nachzukommen, genießt jedoch Vorteile für den Fall des erstrebten Verhaltens. Ihre Zulässigkeit in Verfügungen von Todes wegen gründet in der Testierfreiheit, ergibt sich aber bereits aus § 2075 BGB.^{25, 26}

II. Testament und Erbvertrag

Die Problematik einer sittenwidrigen Bedingung und deren Rechtsfolgen kann jede Form einer Verfügung von Todes wegen betreffen, sowohl letztwillige Verfügungen (Testamente) als auch Erbverträge. Dabei gelten die hier entwickelten Prinzipien grundsätzlich sowohl für die erste als auch für die zweite Verfügungsform.

22 Ausführlich zu Bedingungen im Allgemeinen und insbesondere in Hinblick auf letztwillige Verfügungen *Hilgers*, MittRhNotK 1962, 381 ff.; *Rodermund*, Vergangenheits- und Gegenwartsbedingungen.

23 Vgl. u.a. *Staudinger*¹³/*Otte*, § 2074 Rn. 13; zur Abgrenzung von der Auflage und anderen Rechtsinstituten *Hilgers*, MittRhNotK 1962, 381 ff.; *Rodermund*, Vergangenheits- und Gegenwartsbedingungen, S. 4 ff.

24 Vgl. hierzu statt aller *Staudinger*¹³/*Otte*, § 2074 Rn. 27 f.

25 Statt aller *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 27 VI 2 a (S. 558).

26 Zur Vereinbarkeit einer Potestativbedingung mit § 2065 BGB: *Wagner*, ZEV 1998, 255 ff.

Zu beachten sind aber die Besonderheiten – was insbesondere die Auslegung betrifft – einer wechselbezüglichen und vertragsmäßig bindenden Verfügung, denn hier ist der Ehegatte bzw. der Vertragspartner schutzwürdig, so dass auch ggf. dessen Wille berücksichtigt werden muss.²⁷

III. Alternative zum Alles-oder-Nichts-Prinzip

Ausgangspunkt der bisherigen Überlegungen war, dass die Rechtsfolge einer sittenwidrigen Bedingung entweder Teil- oder Gesamtnichtigkeit lautet. Unbeachtet blieb der Gedanke einer Alternativlösung zum Alles (Teilnichtigkeit)- oder Nichts (Gesamtnichtigkeit)- Prinzip.

Ersatzweise könnte der Richter z.B. die Bedingung in der Gestalt abändern, dass sie den guten Sitten entspricht und zudem den Ansprüchen des Erblassers im größtmöglichen Maße genügt. Schwierigkeiten bereitet natürlich von vornherein die Frage, welcher Grad an Modifikation notwendig ist und ob die neu geschaffene Regelung auch wirklich dem Erblasserwillen entspricht.

Wesentlich problematischer ist jedoch die Legitimation für einen rechtsgestaltenden Eingriff des Richters in die letztwillige Verfügung. Im Gegensatz zur reinen Rechtsfolgenanordnung Teil- oder Gesamtnichtigkeit, schafft der Richter eine neue Bedingung und damit auch eine neue Verfügung, die allein von hypothetischen Erwägungen getragen wird. Dass dieses Prozedere mit den strengen erbrechtlichen Prinzipien – wie z.B. persönliche Errichtung und Formgebot – nur schwer in Einklang zu bringen ist, scheint offensichtlich.

Eine Form von milderer Modifikation ist die Umgestaltung der sittenwidrigen Bedingung zu einer reinen Empfehlung. Im Gegensatz zur Bedingung hat diese keinen rechtsverbindlichen Charakter, sondern ist vielmehr nur ein Wunsch.²⁸ So wurde z.B. vom Kammergericht 1968 eine Bedingung der Zuwendung, „*daß mein Sohn im Falle seiner Verheiratung für die Dauer seiner Ehe im Güterstand der Gütertrennung lebt*“²⁹ einfach als Empfehlung des Erblassers an den Sohn verstanden und die ausdrücklich als Bedingung betitelte Formulierung gestrichen.

Unzweifelhaft ist ein solcher Eingriff des Richters weitaus milder als die Neuschöpfung einer Bedingung. Keineswegs ist sie der Sache aber dienlicher. Ob die Verfügung nun mit oder ohne Empfehlung aufrechterhalten wird, kann im Ergebnis keinen nennenswerten Unterschied machen. Denn nach wie vor muss zunächst die Teilnichtigkeit der Verfügung ausgesprochen werden und die

27 Statt aller *Brox/Walker*, Erbrecht, Rn. 220 ff.

28 Vgl. hierzu bereits S. 16.

29 KG, Urteil v. 4.4.1968 = FamRZ 1968, 334.