

KATRIN VOM FELDE

Die Grenzen zulässiger Bedingungen in der Testierfreiheit nach der heutigen Rechtslage

1. Die Folgen der veränderten Gesellschaftsordnung

Die Gesellschaft in den Industrienationen hat sich im 20. Jahrhundert, insbesondere in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts, stark gewandelt. Der technische Fortschritt und die – jedenfalls teilweise – vermehrte Toleranz der fortentwickelten Gesellschaft gestatten in den verschiedensten Lebensbereichen eine enorme Vielfalt, indem über unterschiedliche Ansichten und Lebensformen informiert und ihre faktische Verwirklichung ermöglicht wird. In früheren Zeiten hatten die weitaus meisten Menschen wenig oder keine Gelegenheiten, über den eigenen Lebensbereich und Horizont hinauszuschauen, so daß sich keine Alternativen zu ihrer Daseinsform und ihren Einstellungen boten. Durch den heutigen Pluralismus in fast allen Lebensbereichen werden viele Möglichkeiten eröffnet, aber auch der überkommene, bekannte und übliche Lebensrahmen in Frage gestellt. Diese Lockerung festgefügtter Systeme verlangt und bewirkt auch häufig umfassende Toleranz gegenüber den Selbstverwirklichungswünschen des Individuums. Sie erfordert aber auch die kritische Auseinandersetzung mit den vielen Wegen, die sich öffnen, und die Wahl des jeweils geeigneten, zu der viele Menschen – zumindest nach der Ansicht anderer – nicht oder nicht ausreichend in der Lage sind, so daß insoweit der Wunsch nach Beeinflussung entsteht.

Für den hier untersuchten Bereich bedeutet das zunächst generell einen gegenüber früheren Zeiten erweiterten Schutzanspruch des Einzelnen vor gleichzeitig oft vermehrten Eingriffen in seine Lebensführung durch den Erblasser.

Vor diesem Hintergrund wird bei entsprechenden letztwilligen Anordnungen häufig vorab geprüft, ob tatsächlich eine rechtsgeschäftliche Bedingung vorliegt, oder ob nicht lediglich ein Wunsch, eine Empfehlung oder ein Ratschlag des Erblassers vorliegt, was besonders dann als naheliegend angesehen wird, wenn die Bedingung die persönliche Freiheit in der Weise beeinträchtigt, daß bei Annahme einer Bedingung deren Sittenwidrigkeit in Betracht käme.¹ Diese Handhabung wird als flexibel und wünschenswert betrachtet, weil damit den Umständen des Einzelfalls Rechnung

¹ So auch KELLENTER, WOLFGANG: *Bedingte Verfügungen von Todes wegen, insbesondere auch ein Beitrag zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Potestativbedingungen*. Diss. Bayreuth 1989, S. 34, 183 ff.

getragen werden,² insbesondere dadurch die Geltung der letztwilligen Verfügung erhalten werden könne, weil anderenfalls möglicherweise Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit vorläge. Das läuft auf den schon aus römischer Zeit bekannten favor testamenti hinaus. Für diese Sichtweise kann angeführt werden, daß der Erblasser vielleicht tatsächlich nur einen dringenden Wunsch oder Rat in seiner letztwilligen Verfügung festgehalten hat, um diesem besondere Eindringlichkeit zu verleihen, etwa, weil der Bedachte vor dem im letzten Willen geäußerten Wunsch mehr Respekt haben könnte oder diesen schlicht aus Pietät erfüllen werde.

Gegen eine solche flexible Beurteilung spricht aber die enorme Unsicherheit, die dadurch entsteht. Zum einen wird es oft schwierig, wenn nicht unmöglich sein, nach dem Tod den "wahren Willen" – freibleibender Ratschlag oder bindende Bedingung – zu ermitteln; zum anderen bleibt die danach erfolgte Entscheidung notgedrungen subjektiv, zweifelhaft, unvorhersehbar und deshalb angreifbar. Deshalb sollte eine als Bedingung gefaßte Anordnung auch wie eine Bedingung im juristischen Sinne bewertet werden, wenn nicht gravierende, aus dem Wortlaut ersichtliche Zweifel daran bestehen, daß eine Bedingung gewollt war, um eine Unberechenbarkeit der rechtlichen Würdigung und damit der Rechtsprechung zu vermeiden.

Eindeutig um einen Wunsch oder Rat handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung somit nur dann, wenn die Anweisung sehr generell gehalten ist, z.B. "wenn er immer anständig lebt", "wenn er sich nichts zuschulden kommen läßt" usf. Dann aber läßt sich häufig auch kaum objektiv feststellen, ob der Bedachte sich daran gehalten hat oder nicht, weil "anständig" aus der Sicht des Erblassers möglicherweise enger oder weiter gesehen wird als von den "billig und gerecht Denkenden". In diesen Fällen wird mangels konkreter Anhaltspunkte nur letzteres bzw. jedenfalls eine Lebensführung ohne strafrechtlich relevantes Verhalten zu fordern sein.

Wenig problematisch ist die Beifügung einer Potestativbedingung ferner dann, wenn der Bedachte ohnehin entschlossen ist, sich entsprechend der Bedingung zu verhalten,³ und der Testator dies weiß, z. B., wenn der Bedachte bereits verlobt und zur Ehe entschlossen ist, und der Testator ihm unter der Bedingung der Eheschließung mit der jetzigen Verlobten etwas zuwendet, oder wenn der Bedachte bereits die Ergreifung eines bestimmten Berufes beschlossen hat und der Testator eine Zuwendung unter die Bedingung stellt, daß er diesen Beruf ergreife. In solchen Fällen wird es selten zu Streitigkeiten kommen; nach überwiegender Ansicht entfällt damit eine Beeinträchtigung des Bedachten und damit die Sittenwidrigkeit.⁴

Im übrigen finden die den letztwilligen Verfügungen beigefügten Bedingungen ihre Grenzen in der allgemeinen Vorschrift des § 138 BGB, denn im Erbrecht sind hierfür keine speziellen Regelungen getroffen. Allerdings sind die erbrechtlichen Besonderheiten bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁵ Dabei sind nicht nur die Bedingungen wichtig, die eine strafbare oder sittenwidrige Handlung verlangen, sondern auch solche, die ein an sich neutrales Verhalten fordern, das aber nicht unter Beeinflussung

² MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 HGB Rz. 6.

³ Vgl. KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 77 ff.

⁴ So KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 77 ff. m.w. N.

⁵ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 2 m.w. N.

durch finanzielle Vorteile erfolgen soll.⁶ Dazu zählen hauptsächlich solche Handlungen, bei denen der freie Entschluß besonders, meist auch grundrechtlich, geschützt ist.

Eine allgemeine Formel läßt sich ebensowenig finden wie im römischen Recht, sondern die Beurteilung hängt von den bereits dargestellten Aspekten ab. Im folgenden wird näher untersucht, welchen Einfluß einzelne Aspekte im heutigen Recht auf die Beurteilung solcher Bedingungen haben.

II. Die einzelnen Aspekte

1. Erziehung, Familie und Vermögen

Im Bereich der Erziehung ist eine erhebliche Verringerung der Autoritäten der Eltern und älterer Personen im allgemeinen eingetreten. Eltern werden von den Kindern, aber auch von der Gesellschaft, zunehmend weniger als "Respektpersonen alten Stils", sondern mehr als "Partner" angesehen oder zumindest gewünscht. Sie sollen nach verbreiteter Ansicht weniger ein erstrebtes Verhalten erzwingen, sondern eher helfen, den richtigen Weg selbst zu finden und die Persönlichkeitsentfaltung fördern, statt die Persönlichkeit einzuengen oder in eine Richtung zu lenken. Im Hinblick darauf kann eine Bedingung, die die persönliche Lebensführung betrifft, heutzutage die Autorität nur mehr in geringem Umfang zu ihrer Legitimation anführen. Demgemäß hat der Aspekt des Gehorchens oder der Autorität im Sinne einer römischen Autorität bei der Beurteilung von Potestativbedingungen nunmehr ein weitaus geringeres Gewicht.

Dagegen wird eine gewisse Pietät durchaus noch anzutreffen sein, aufgrund derer manche Bedingungen – etwa die Grabpflege – gesellschaftlich akzeptiert und als zulässig angesehen werden, obschon sie in die persönliche Lebensführung eingreifen, aber doch meist in einem erträglichen Umfang.

Allgemein ist eine erhebliche Lockerung des Familienzusammenhalts festzustellen; die Großfamilie weicht mehr und mehr der Kleinfamilie; oft wohnen Verwandte weit entfernt. Damit verringert sich auch die persönliche Beziehung der Familienmitglieder mit der Folge, daß familiäre Erwägungen sowohl bei der Abfassung als auch bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen oft in den Hintergrund treten können, soweit die Betroffenen wenige persönliche Bindungen aneinander hatten.

Dennoch verbleibt der Wunsch, das Vermögen in der Familie bzw. für die eigenen Nachkommen zu erhalten, als wesentlicher Aspekt. Familientraditionen oder gar das Herkommen – eben das, was bei den Römern unter *mos maiorum* zusammengefaßt war – sind verblaßt oder nahezu völlig verschwunden.

Wenn überhaupt, sind sie im wesentlichen in adligen Familien oder Ausnahmefällen in reduziertem Umfang erhalten geblieben. Denkmäler werden in neuerer Zeit nicht mehr aufgrund letztwilliger Verfügungen errichtet, an ihre Stelle treten Stiftungen für öffentliche oder soziale Zwecke, und zwar nach wie vor auch mit dem

⁶ Statt aller MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 m.w. N.; SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 20 f.

Aspekt des Bekanntwerdens und der "Unsterblichkeit". Insoweit ist Bruck⁷ dahin zuzustimmen, daß sich die Menschen ihrer Persönlichkeiten und Eigenarten nach seit der Antike wenig verändert haben (was sich in vielerlei Bereichen als bedauerlich und als nachteilige mangelnde Lernbereitschaft aus der Geschichte und früheren Fehlern darstellt). Soweit solche Stiftungen, Spenden oder sonstige Zuwendungen als Bedingung beigefügt werden, werden diese als zulässig erachtet, weil sie sich nur auf das Vermögen beziehen.⁸ Dafür spricht auch, daß das Erbe angesichts der Möglichkeit des Verstorbenen, alles zu verbrauchen, die "Stiftung" zu Lebzeiten zu errichten bzw. zuzuwenden oder insgesamt anders zu testieren, als "unverdient erworben" angesehen werden kann. Im Hinblick darauf erscheint es nicht unbillig, daß der Bedachte von dieser Zuwendung einen Teil abtreten muß. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der Erblasser die Zuwendung auch selbst zu Lebzeiten oder von Todes wegen hätte vornehmen können.

2. Eheschließung

Anordnungen im Hinblick auf Eheangelegenheiten werden – wie schon seit dem römischen Recht durchgängig mit gewissen Ausnahmen während der nationalsozialistischen Zeit – grundsätzlich als unzulässig betrachtet.⁹ An der Begründung hat sich im wesentlichen nichts geändert; es wird darauf hingewiesen, daß es sich um eine höchstpersönliche Entscheidung handelt, die nicht unter Beeinflussung durch materielle Zuwendungen oder Wegfall solcher Zuwendungen erfolgen soll. Zusätzlich ist der Bereich der Eheschließung heute durch Art. 6 GG geschützt, so daß eine entsprechende Bedingung aufgrund von § 138 BGB, Art. 6 GG unzulässig ist. Zu den unzulässigen Bedingungen zählen auch und insbesondere solche, die die Eheschließung mit einer bestimmten Person oder einem Angehörigen einer bestimmten Personengruppe aus rassistischen Erwägungen fordern oder untersagen.¹⁰ Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Zuwendung unter der Bedingung der Heirat einer bestimmten Person erfolgt, sofern diese Heirat ohnehin geplant ist und damit kein Druck auf den Bedachten ausgeübt wird.¹¹

Wiederverheiratklauseln,¹² die nur der Sicherstellung des Lebensunterhalts für den überlebenden Ehegatten bis zur erneuten Heirat oder der Erhaltung des Vermögens für die Nachkommen dienen, sind weiterhin zulässig,¹³ ebenso wie vergleichbare Regelungen, die einer Person bis zur Eheschließung Leistungen gewähren, derer die Person in der Ehe nicht bedarf¹⁴ bzw. für den Fall der

⁷ BRUCK, EBERHARD FRIEDRICH: *Über römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954, S. 62 ff.

⁸ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22.

⁹ Statt aller MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w. N.; eingehend auch SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 26 ff. m. zahlr. w. N.

¹⁰ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 28 m.w. N.; MIKAT, FS Nipperdey, S. 581 (597 ff.).

¹¹ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 29.

¹² Dazu eingehend DIPPEL, AcP 177 (1977), S. 349 ff. m.w. N. und KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.

¹³ Etwa KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.

¹⁴ Statt aller SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 26 f. m. zahlr. w. N.

Eheschließung Leistungen für die zu gründende Familie gewähren, ohne aber insoweit Druck auszuüben.¹⁵

3. Religion, Beruf und Wohnort

a) Religion und Konfession, Kriegsdienstverweigerung

Bedingungen, die in diese grundgesetzlich geschützten Bereiche der persönlichen Entfaltung eingreifen, sind sittenwidrig. Der Grund für die Sittenwidrigkeit liegt in dem Versuch der Beeinflussung einer höchstpersönlichen Entscheidung.¹⁶

b) Wohn- bzw. Aufenthaltsort

Bedingungen hinsichtlich des Wohnorts sind grundsätzlich wegen Art. 11 GG unzulässig,¹⁷ sofern sich nicht ausnahmsweise im Hinblick auf den Inhalt des Zugewandten eine vernünftige sachliche Rechtfertigung findet.¹⁸ Das wird in der heutigen Zeit angesichts zunehmender Mobilität und moderner Kommunikationstechnologie nur noch selten der Fall sein.¹⁹ Dagegen können regelmäßige Besuche am Grab des Erblassers als Bedingung auferlegt werden, weil dies den Bedachten in seinen höchstpersönlichen Entscheidungen nicht wesentlich beeinträchtigt²⁰ und auch auf den grundsätzlichen Wohn- und Aufenthaltsort ohne Einfluß ist. Als Beispiel mag ein am 30.11.1964 vom BGH²¹ entschiedener Fall dienen: Eine Erblasserin bedachte die Behindertenfürsorge und wünschte für 100 Jahre einmal jährlich den Besuch ihrer Gruft mit musikalischer Untermalung, nach Möglichkeit einer Regimentskapelle; die Bedingung wurde zugelassen, obwohl die Gruft inzwischen abgebrochen war und die Grabstätte sich auf einem anderen Friedhof befand. Insoweit fand auch hier der Grundsatz des *favor testamenti* Anwendung.²²

In diesem Zusammenhang ist allerdings nicht zu verkennen, daß die Erfüllung solcher Bestimmungen nicht kontrolliert werden kann, so daß es sich möglicherweise auch um einen bloßen Wunsch des Erblassers, der ohne Einfluß auf den Erhalt des Zugewandten ist, handeln kann.

c) Beruf

Bedingungen, die die freie Berufswahl einschränken und damit den durch Art. 12 GG geschützten Bereich betreffen, sind ebenfalls nicht zulässig, weil sie in die

¹⁵ Zum Ganzen STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 33 ff.

¹⁶ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22, 29; KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 130 ff., zur Kriegsdienstverweigerung S. 140 f. m.w. N.

¹⁷ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 22, 29, jeweils m.w. N.

¹⁸ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 a. E.; SOERGEL/LORITZ § 2074 BGB Rz. 29 m.w. N.; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 41; KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 143 ff. m.w. N.

¹⁹ SOERGEL/LORITZ § 2074 BGB Rz. 29.

²⁰ SOERQEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 23 m.w. N.; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 29.

²¹ BGHZ 42, 327.

²² Vgl. dazu auch ZIMMERMANN, FS Kaser 1986, S. 395 (414) mit dem Hinweis auf den *favor testamenti* als "wiederkehrende Rechtsfigur"; zu letzteren auch MAYER-MALY, JZ 1971, S. 1 ff.

höchstpersönliche Lebensführung eingreifen, soweit sich nicht wiederum aus dem Vermachten sachliche Gründe dafür ergeben,²³ beispielsweise die Zuwendung eines Geldbetrages unter der Bedingung der Eröffnung einer Anwaltspraxis als Starthilfe. Rechtfertigungen aus dem Aspekt väterlicher bzw. familiärer Autorität entfallen aufgrund der oben bereits dargelegten Erwägungen.

d) Sonstiges

Alle weiteren Bedingungen, die in die persönliche Lebensführung und grundrechtlich geschützte Bereiche des Bedachten eingreifen, sind unzulässig, etwa das Verlangen, der Bedachte möge einer politischen Partei oder Gewerkschaft beitreten oder dies unterlassen, weil diese Entscheidungen in keinerlei Zusammenhang mit dem zugewandten Vermögen stehen.²⁴ Auch in diesem Zusammenhang macht sich die erhebliche Verringerung von Autorität bemerkbar, denn diese war oft die einzige Rechtfertigung für derartige Bestimmungen.

Das gilt grundsätzlich auch für die Bedingung, etwa das Rauchen oder Trinken aufzugeben oder eine Sucht zu bekämpfen. Solche Bedingungen betrachteten nach den Vorentwürfen die Redaktoren als zulässig;²⁵ heute dürfte das nicht ganz so eindeutig sein, eben aufgrund des gesteigerten Freiheitsschutzes des Bedachten. Im Ergebnis wird man aber die Bedingung wohl für zulässig halten, da es sich bei dem zu unterlassenden Verhalten um ein schädliches handelt.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß man heute bemüht ist, Potestativbedingungen soweit als möglich individuell auszulegen, d.h. nach den jeweiligen Motiven des Erblassers zu forschen. Wenn und soweit eine Bedingung – wie etwa die oben bei der Frage der Eheschließung erwähnten – erkennbar keiner Beeinflussung des Bedachten dient, sondern lediglich die Anpassung an eine durch freie Entscheidung geschaffene Situation bewirken sollte, soll sie gültig sein. Somit soll möglichst eine starre Regelung vermieden werden, doch bestehen naturgemäß häufig Schwierigkeiten, den Willen des Verstorbenen zu ermitteln, so daß insoweit eine feste Regelung verbleibt, als die Beeinträchtigung der freien Willensbildung des Bedachten in den beschriebenen geschützten Bereichen ohne konkrete Gründe grundsätzlich nicht zugelassen wird. Soweit der Bedachte das ihm angesonnene Verhalten ohnehin beabsichtigte, wird das Testament keine Probleme aufwerfen; soweit er sich beeinträchtigt fühlt, gilt der vorrangige Schutz der genannten Lebensbereiche.

Grundlage hierfür ist die vom Gesetz in § 2084 BGB geforderte *benigna interpretatio* – die wohlwollende, erhaltende Auslegung –, die ihrem Sinngehalt nach

²³ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w.N.; KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 152 ff. m.w.N.

²⁴ Vgl. nur MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 m.w.N.; zu weiteren Bedingungen vgl. THIELMANN, GEORG: *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*. Berlin 1973, und KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 142 ff., 160 ff., jeweils m. zahlr. w.N.

²⁵ SCHUBERT: *Vorentwürfe zum BGB*, Allg. Teil, § 73 a. E., S. 244.

dem römischen favor testamenti entspricht:²⁶ Die Auslegung hat so zu erfolgen, daß dem Willen des Verstorbenen möglichst weitgehend Geltung verschafft wird. Sie ist auch in der Weise vorzunehmen, daß übermäßige Schwierigkeiten bei der Abwicklung, Kosten und Steuern vermieden werden.²⁷

Auch andere römischrechtliche Grundsätze finden sich heute noch im BGB, so stellt § 2169 BGB eine Ausprägung des favor heredis dar. § 2169 verpflichtet bei Vermächtnissen den Erben grundsätzlich nur dazu, dieses aus dem Nachlaß zu erfüllen, und legt fest, daß grundsätzlich nicht von einem Verschaffungsvermächtnis auszugehen ist, z. B. ist ein Vermächtnis unwirksam, wenn der fragliche Gegenstand zum Erbfallszeitpunkt nicht zum Nachlaß gehört, es sei denn, der Gegenstand sollte auch für diesen Fall zugewandt sein. Der favor heredum legitimorum ist in Mot. V, 52 = Mugdan V, 2B enthalten.²⁸

III. Alternative Lösungsansätze in der Literatur

1. Das Kriterium des Eingriffs in die Privatsphäre

a) Lösungsansatz

Keuk²⁹ will die Unterscheidung der sittenwidrigen und damit unzulässigen Bedingungen von den zulässigen generell danach treffen, ob die Bedingung als Eingriff in die Privatsphäre des Bedachten anzusehen ist. Dann soll stets Sittenwidrigkeit vorliegen. Diese Auffassung rechtfertigt sie damit, daß Bedingungen bei letztwilligen Zuwendungen ausschließlich im vermögensbezogenen Bereich hinzugefügt werden könnten. Damit sind solche Bedingungen gemeint, die erkennbar und eindeutig in der Beschaffenheit oder dem Schicksal des Nachlasses ihre Berechtigung haben. Darüber hinaus könne der Erblasser nach seinem Tod weder ein schützenswertes Interesse am Schicksal seines Vermögens noch am Verhalten des Bedachten haben. Zudem sei mit seinem Tod der Einfluß auf den Bedachten beendet, dies müsse er hinnehmen und könne nicht versuchen, noch "aus dem Grab heraus" seine Vorstellungen durchzusetzen.

b) Reaktionen in der Literatur

Zustimmend äußert sich Leipold,³⁰ kritisch hingegen meint Otte,³¹ diese Differenzierung sei zu pauschal und überdies dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. Insgesamt stößt die Auffassung Keuks wohl häufig auf Ablehnung.³²

²⁶ Vgl. WIELING, HANS JOSEF: *Testamentsauslegung im römischen Recht*. München 1972, S. 251.

²⁷ WIELING, *Testamentsauslegung*, S. 253.

²⁸ Dazu auch WIELING: *Testamentsauslegung*, S. 252 f. m.w. N.

²⁹ KEUK, *FamRZ* 1972, S. 9 (14 f.).

³⁰ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 ff.

³¹ STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 27.

³² Etwa KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 59 m.w. N.

c) Wertung

Grundsätzlich erscheint die von Keuk vorgeschlagene Unterscheidung vernünftig – jedenfalls aus der Sicht des Bedachten – und hat den Vorteil der relativen Einfachheit für sich. Auch der Einwand, irgendwann müsse die Beeinflussung ein Ende haben, ist nicht von der Hand zu weisen. Dieser Gesichtspunkt ergibt sich bereits aus den Regelungen über die Nacherbschaft und die Testamentvollstreckung, wo § 2109 BGB für die Nacherbschaft, § 2044 BGB für die Ausschließung der Auseinandersetzung, § 2162 BGB für aufschiebende Bedingungen oder Anfangstermine und § 2210 BGB für die Dauertestamentvollstreckung jeweils eine Frist von 30 Jahren setzen. Auch die strenge Beschränkung auf vermögensbezogene Bedingungen kann sich auf die Rechtsgeschichte stützen: Sowohl im römischen als auch im deutschen Recht entwickelte sich die Testierfreiheit ursprünglich auch aus dem Wunsch, durch Auswahl eines Erben die Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden oder ganz allgemein zu bewirken, daß das Schicksal des Nachlasses dem Wunsch des Erblassers entsprach,³³ d.h. die Testierfreiheit entwickelte sich ursprünglich auch nachlaß- bzw. vermögensbezogen.³⁴

Die Ansicht Keuks liegt auch auf einer Linie mit der von Otto³⁵ zitierten Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 21, 279 ff.), das unter Berufung auf §§ 9, 136 I 4, 63 I 12 ALR die Bedingung der Beibehaltung des religiösen Bekenntnisses "pro non scripta" betrachtete, weil die Bekenntnisfreiheit auch nicht Gegenstand einer Willenserklärung sein könne. Gegenüber dieser stärker auf die Person des Bedachten abstellenden Auffassung ist indes zu berücksichtigen, daß der Erblasser ebensogut völlig anders hätte testieren können, etwa den Bedachten bis auf einen evtl. Pflichtteil vollkommen ausschließen konnte. Ferner ist die Tatsache, daß der Erwerb von Todes wegen ohne Rechtsanspruch und ohne Gegenleistung erfolgt,³⁶ in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen. Schließlich steht es dem Bedachten ebenso wie die Ausschlagung frei, die ihm unangenehm erscheinende Bedingung nicht zu erfüllen. In diesem Fall steht er nicht schlechter als wenn der Testator noch weitergelebt oder ihn nicht bedacht hätte. Er erleidet keinen Nachteil durch die Bedingung, sondern ihm ist lediglich eine Art Hürde zum Erwerb eines Vorteils gesetzt worden, den er ohne weitere Gegenleistung erhält. Bedenken bestehen ferner hinsichtlich des Begriffs der Privatsphäre, den Keuk nicht definiert. Der Bereich der Privatsphäre kann eng oder weit gezogen werden; deshalb können sich insoweit Unsicherheiten ergeben.

Hinsichtlich der von Otto angeführten Reichsgerichtsentscheidung schließlich ist zu berücksichtigen, daß diese Entscheidung vor Geltung des BGB erging. Seinerzeit konnte eine solche Bedingung gestrichen werden; nach heute geltendem Recht ist das nicht möglich, deshalb ergibt sich bereits eine wesentlich veränderte Ausgangsposition. Zudem wirken im BGB die – heute grundrechtlich geschützten – Rechtspositionen wie etwa die Gewissensfreiheit allein über die Generalklauseln ein.

Auch hier ist ferner zu bedenken, daß es sich gerade nicht um eine vertragliche Vereinbarung der Beteiligten handelt, eine synallagmatische Beziehung, die unter

³³ KIPP, THEODOR/COING, HELMUT: *Erbrecht*. Tübingen 1978, § 1 II 3, S. 6 f.

³⁴ KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 83 m.w.N.

³⁵ OTTE, HANSJÖRG: *Personale Freiheit und soziale Bindung*. München 1978, S. 6, 119 ff.

³⁶ So auch SIMON, FS Wolf, S. 627 (632); KELLENTER, *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 56.

Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ausgehandelt wird, sondern um eine einseitige Zuwendung des Erblassers, zu der keine Verpflichtung besteht und bei der auch nicht "fair" oder "vernünftig" gehandelt zu werden braucht. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

2. Das Kriterium des Eingriffs in den Kernbereich des Grundgesetzes

a) Lösungsansatz

Thielmann³⁷ wählt einen anderen Weg, indem er wesentlich auf die Wertungen des Grundgesetzes abstellt. Soweit demnach Kernbereiche der Grundrechte betroffen sind, sollen Bedingungen stets unzulässig sein. Das entspricht zwar vielleicht nicht methodisch, doch jedenfalls im Ergebnis im wesentlichen der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Lehre. Sein Ergebnis kann auch dem von Keuk nahekommen, wenn man die von ihr für maßgeblich gehaltene Privatsphäre in etwa mit dem grundrechtlich geschützten Bereich gleichsetzt.

Er weicht von der überwiegenden Ansicht jedoch insoweit ab, als er von einer weitergehenden Drittwirkung der Grundrechte zumindest im Bereich des Testamentsrechts ausgeht, insbesondere etwa den Gleichheitssatz als Beschränkung der Privatautonomie ansieht.³⁸

b) Reaktionen in der Literatur

Dieser Auffassung werden von der überwiegenden Ansicht, die die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht ablehnt, Bedenken entgegengehalten. Vor allem wird eingewandt, die Grundrechte richteten sich nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Sinngehalt in erster Linie als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat und nicht gegen andere Personen.³⁹ Dementsprechend haben die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Großteil der Literatur die Frage der Drittwirkung der Grundrechte stets sehr zurückhaltend beantwortet.⁴⁰

c) Wertung

In erster Linie im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Grundrechte erscheint die überwiegende Auffassung bezüglich der Drittwirkung vorzugswürdig. Gerade für die Grundrechte sind die Entstehungsgeschichte und ihre Zielrichtung von besonderer Bedeutung für die Auslegung und den Geltungsbereich. Damit ist eine generelle unmittelbare Anwendung der Grundrechte im Privatrecht, wie Thielmann sie

³⁷ THIELMANN, GEORG: *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin 1973.

³⁸ Dazu auch LINDACHER, WALTER F.: *Rezension zu Thielmann, Georg: Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, Berlin 1973, in: *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* Bd. 175 (1975), S. 257 f.

³⁹ Statt aller KELLENTER: *Letzwillige Potestativbedingungen*, S. 63 ff. m.w. N.; ferner LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

⁴⁰ Vgl. nur MIKAT, PAUL: *Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit*, in: *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München–Berlin 1965, S. 581 (584 ff.).

vorschlägt, nicht zu vereinbaren und infolgedessen zumindest im Erbrecht abzulehnen.⁴¹

3. Der kombinierte Ansatz

a) Lösungsansatz

Kellenter versucht, mit Hilfe einer Kombination der beiden dargestellten Methoden zum Ziel zu kommen. Er prüft die Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB zunächst anhand der Grundrechte, will allerdings – anders als Thielmann – den Kernbereich nicht grundsätzlich unangetastet lassen, sondern kommt im Einzelfall gegebenenfalls zu einem völligen Zurücktreten eines Grundrechts⁴² mit der Begründung, daß anderenfalls der Kernbereich der Testierfreiheit angetastet werden könne. Nach Kellenter soll keine generelle Bevorzugung der Rechte des Erblassers oder des Bedachten feststehen, sondern vielmehr im Fall einer entsprechend der obigen Prüfung festgestellten Grundrechtskollision jeweils eine Einzelfallabwägung stattfinden. Hierfür stellt Kellenter eine gewisse Rangfolge der verschiedenen Grundrechte auf. Wenn im Spannungsfeld der kollidierenden Grundrechte eine Lösung nicht zu finden ist, soll allein die vermögensbezogene Bedingung gemäß der Meinung von Keuk zulässig sein,⁴³ d.h. nur dann, wenn die Bedingung aufgrund des spezifischen Charakters des Vermögens vernünftig und nachvollziehbar und erkennbar aufgrund dessen beigefügt wurde, ist die Bedingung nicht sittenwidrig.

Ferner will Kellenter bei der Abwägung berücksichtigen, ob der Bedachte mit der Zuwendung rechnen durfte, etwa beim gesetzlichen Erbe, oder ob es sich um eine unverhoffte Zuwendung (des sprichwörtlichen "Erbonkels aus Amerika") handelt.

b) Reaktionen in der Literatur

Soweit ersichtlich, gibt es weniger konkrete Reaktionen als auf die zuvor geschilderten Auffassungen von Keuk und Thielmann. Es ist indes festzustellen, daß in diesem Bereich ohnehin kaum eine Auffassung sich völlig mit der anderen deckt, ohne daß dies unbedingt zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

c) Wertung

Soweit Kellenter nicht von den Kernbereichen der Grundrechte ausgeht, erscheint seine Ansicht einleuchtend. Denn die Grundrechte richten sich, wie schon oben bei der Stellungnahme zur Ansicht Thielmanns dargestellt, nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Sinngehalt in erster Linie als Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat und nicht gegen andere Personen.⁴⁴ Dementsprechend haben die Rechtsprechung des

⁴¹ So auch LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

⁴² KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 62 ff., 68 ff.

⁴³ KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 68 ff., 96 ff., 110 ff.

⁴⁴ Statt aller KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 63 ff. m.w. N.; ferner LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

Bundesverfassungsgerichts und die überwiegende Literatur die Frage der Drittwirkung der Grundrechte stets sehr zurückhaltend beantwortet.⁴⁵ Infolgedessen wird insoweit einer generellen Anwendung der Kernbereichslehre im Privatrecht, zumindest im Erbrecht, nicht zuzustimmen⁴⁶ und Kellenter insoweit zu folgen sein.

Dagegen erscheint die Berücksichtigung der Tatsache, ob der Bedachte mit der Zuwendung rechnen durfte, sehr zweifelhaft. Würde man dies berücksichtigen, so wäre eine erhebliche Beschränkung der Testierfreiheit die faktische Folge. Nach geltendem Recht bleibt es dem Erblasser mangels erbvertraglicher Bindung indes unbenommen, bis zu seinem Tod über sein Vermögen vollkommen frei zu verfügen, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen. Deshalb erwirbt der Bedachte vor dem Tod des Erblassers gerade keine schützenswerte Rechtsposition (Anwartschaft), und es ist nicht ersichtlich, weshalb bei der Bewertung der letztwilligen Anordnung darauf abgestellt werden sollte. Demnach kann Kellenter diesbezüglich nicht zugestimmt werden.

4. Gesamtabwägung und Wertung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß diese neueren und von der überwiegenden Ansicht abweichenden Meinungen häufig zu gleichen Ergebnissen gelangen, wenn auch auf dogmatisch unterschiedlichen Wegen. Allen ist gemeinsam, daß die Persönlichkeit des Bedachten, seine persönliche Lebensführung, nicht oder nur in geringem Umfang beeinträchtigt werden soll, ob nun besonders auf den grundrechtlich geschützten Bereich oder die Privatsphäre abgehoben wird, oder eine Einzelfallabwägung der Individualrechte vorgenommen wird. Bei diesen Kriterien gibt es teilweise weitgehende Überschneidungen.

Insgesamt erscheint der Lösungsvorschlag Kellenters vorzugswürdig. Die von Keuk herangezogene Privatsphäre ist ein zu undeutlicher Begriff, und der von Thielmann bevorzugten Zugrundelegung einer Drittwirkung der Grundrechte kann aus den oben erörterten entwicklungshistorischen Gründen nicht gefolgt werden. Dabei wird nicht verkannt, daß auch die von Kellenter vorgeschlagene Einzelfallabwägung unsicher und keine klare Lösung ist, doch kann für dieses Problem eine generelle Richtlinie nicht gefunden werden, eben weil jeder Einzelfall mit all seinen Facetten gewürdigt werden muß. Denn gerade hier kommt es auf die Motive des Erblassers besonders an, doch können diese kaum oder gar nicht mehr herausgefunden werden.

Letztlich wird bei aller Bemühung um angemessene Abwägung eine gewisse Subjektivität der Entscheidung im Einzelfall kaum zu vermeiden sein, womit sich faktisch eine Annäherung an die ebenfalls sehr einzelfallbezogene Bewertung im römischen Recht nicht leugnen läßt.

⁴⁵ Vgl. nur MIKAT, FS Nipperdey, S. 581 (584 ff.).

⁴⁶ So auch LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259).

IV. Rechtsfolgen bei unzulässiger Bedingung

1. Rechtsprechung und überwiegende Auffassung

Nach wohl überwiegender Meinung in der Rechtsprechung und teilweise auch der Literatur erfaßt die Sittenwidrigkeit der Bedingung auch die Verfügung, so daß diese regelmäßig insgesamt hinfällig wird.⁴⁷ Dieser Fall wird also anders als im römischen und im gemeinen Recht beurteilt. Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich auf die Motive,⁴⁸ aus denen sich ergebe, daß dem Willen des BGB-Gesetzgebers im Bereich der letztwilligen Verfügungen eine Untrennbarkeit von Grundgeschäft und beigefügter Bedingung mit der Folge der Gesamtnichtigkeit bei Unwirksamkeit der Bedingung entspreche.

2. Die Gegenmeinung

Demgegenüber sind andere Autoren – etwa Flume, Lindacher, Kellenter und Otto⁴⁹ – der Auffassung, daß die Zuwendung bedingungslos aufrechterhalten werden solle,⁵⁰ wenn ein bestimmter (entgegenstehender) Wille des Erblassers nicht erkennbar sei. Denn wenn der Erblasser eine allzu beeinträchtigende und damit unzulässige Bedingung beifüge und die Verfügung deshalb insgesamt als nichtig angesehen werde, werde dem Bedachten das Zugewandte unter Umständen – wenn er nicht gesetzlicher Erbe ist – entzogen. Man gebe dem zu Schützenden "Steine statt Brot".⁵¹ Der bedingt Bedachte verliere die Zuwendung, wenn er nicht auch gesetzlicher Erbe sei. Das entspreche zwar möglicherweise dem Erblasserwillen, nicht aber der heutigen Rechtsauffassung, weil insoweit ein verfassungsrechtlich legitimierter gesellschaftlicher Wertewandel stattgefunden habe, aufgrunddessen die Rechte des Bedachten durch den grundrechtlichen Schutz stärker berücksichtigt würden⁵². Kellenter⁵³ ist sogar der Ansicht, daß die Bedingung in jedem Fall pro non scripta zu halten ist, und zwar unabhängig davon, ob nach dem – möglicherweise ermittelbaren – Erblasserwillen bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit die Verfügung unbedingt aufrechterhalten worden wäre oder nicht.

Vermittelnd meinen andere, daß zumindest versucht werden solle, zu erforschen, ob dem Willen des Erblassers – bei Kenntnis der Unzulässigkeit – eher die unbedingte Zuwendung oder eher der Wegfall der Zuwendung entsprochen hätte. Wenn und

⁴⁷ Dazu statt aller PALANDT/EDENHOFER: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1996, § 2074 BGB Rz. 4 und § 2075 BGB Rz. 1; STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 55 ff.; THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 191 f. m.zahlr.w. N.; zur h. M. auch KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 171 ff. m.w. N.

⁴⁸ Mot. V, 19 = Mugdan, B. (Hrsg.): *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1899. V, S. 10 zu §§ 1759, 1760 und I, 267 f. = Mugdan I, S. 500 f. zu § 139.

⁴⁹ OTTE: *Personale Freiheit*, S. 120 f. m.w. N.

⁵⁰ FLUME, WERNER: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Berlin-Heidelberg, New York 1979, II, § 38, 4 d, S. 695 f. m.w. N.; ebenso LINDACHER, *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (260).

⁵¹ LINDACHER: *Rez. Thielmann*, AcP 175 (1975), S. 257 (259); in diesem Sinne auch MEINCKE: FS Kaser 1976, S. 437 (458) und KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 175 ff., 180 f.

⁵² MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 18 a. E.; ähnlich, allerdings einschränkend auch Soergel/Loritz, § 2074 BGB Rz. 33.

⁵³ KELLENTER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 180 ff.

soweit das nicht festzustellen sei, sei der Erblasser durch die Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung als unbedingte nicht beeinträchtigt, der Bedachte jedoch schützenswert.⁵⁴ Kellenter meint, der Erblasser sei weniger schützenswert, weil die Testierfreiheit nur in den Grenzen der guten Sitten garantiert werde und insoweit Verfügung und Bedingung getrennt zu beurteilen seien. Schließlich werde der Erblasser nicht stärker, sondern weniger stark beeinträchtigt, wenn lediglich die Bedingung gestrichen werde, weil immerhin die von ihm erwählte Person die Zuwendung erhalte.⁵⁵

3. Stellungnahme

Der letztgenannten Auffassung ist zunächst entgegenzuhalten, daß eine Bevorzugung der Individualfreiheitsrechte des Bedachten vor der Testierfreiheit des Erblassers weder nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers noch nach dem des Grundgesetzgebers ersichtlich ist. Eindeutig ist hingegen der Wille des letztwillig Verfügenden in besonderer Weise geschützt, was auch von den Vertretern der letztgenannten Ansicht anerkannt wird.⁵⁶ Diesem Willen entsprach aber gerade die bedingte Einsetzung. Deshalb besteht kein Grund, diesen Willen – wenn er nicht erfüllt werden kann – in sein Gegenteil zu verkehren. Sowenig ersichtlich ist, daß der Erblasser die Zuwendung ohne die Bedingung nicht verfügt hätte, so unklar ist häufig auch, ob er sie dann unbedingt zugewandt hätte.⁵⁷

Otte kann nicht dahin zugestimmt werden, daß der hypothetische Wille des Erblassers dahin gehe, die Zuwendung unbedingt aufrechtzuerhalten, weil der Bedachte andernfalls leer ausgehe.⁵⁸ Das kann in jedem Einzelfall anders sein und hängt von den nicht mehr aufklärbaren persönlichen Vorstellungen und Eigenarten des Testators ab. Das Gesetz hat jedoch für den Fall fehlender oder auch unwirksamer letztwilliger Verfügungen Bestimmungen getroffen, die für den Regelfall als angemessen angesehen werden. Mit dem Einwand, die gesetzliche Regelung sei im Einzelfall nicht angebracht, kann der nicht Bedachte, und damit auch der bedingt Bedachte, nach der Intention des Gesetzes gerade nicht gehört werden, wenn nicht ausnahmsweise nachweisbare Aspekte dafür sprechen. Solche fehlen aber in aller Regel.

Dem steht der Zweck der Nichtigkeitsvorschriften nicht entgegen, denn dem Erblasser bleibt die Anordnung der als sittenwidrig beurteilten Bedingungen rein faktisch unbenommen, er muß dann aber hinnehmen, daß sie möglicherweise als sittenwidrig angesehen werden. Letztwillige Verfügungen müssen auch nicht "verständlich" oder vernünftig getroffen werden; der Erblasser kann frei verfügen und ist vom Gesetz nur durch den Pflichtteil eingeschränkt. Diese Freiheit kann nicht dahin beschnitten werden, daß im Fall sittenwidriger Bedingungen diese einfach gestrichen werden. Damit würde dem Willen des Erblassers, der hier abgesehen von § 138 BGB oberster Maßstab ist, Gewalt angetan. Denn es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die

⁵⁴ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33, KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 175 f.

⁵⁵ KELLENTNER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 177 ff.

⁵⁶ Statt aller SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33.

⁵⁷ So schon Mot. V, 19 ff. = Mugdan V, 5. 10 ff. zu §§ 1759, 1760; v. LÜBTOW: *Erbrecht* I, S. 351 f.

⁵⁸ OTTE: JA 1985, S. 192 (200).

Streichung der Bedingung statt der Nichtigkeit des gesamten Testaments den Erblasserwillen weniger beeinträchtigt. Der Testator hat nicht umsonst die Bedingung beigefügt; sie war für ihn also wesentlich, es sei denn, das Gegenteil kann ermittelt werden. Soweit vorgeschlagen wird, danach zu differenzieren, ob eine aufschiebende Bedingung vorliegt – dann soll vorzugsweise die Zuwendung aufrechterhalten bleiben – oder eine auflösende – dann soll im Zweifel gegen den Bedachten entschieden werden⁵⁹ – erscheint dieser Weg kaum geeignet. Dann hinge alles von der zufällig gewählten Variante oder gar der Formulierung des oft laienhaft testierenden Erblassers ab, was weder in seinem Sinne noch im Sinne des Bedachten sein kann und überdies Rechtsunsicherheit schafft.

Auch der bis heute gültige Grundsatz *favor testamenti* kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen, weil die Zuwendung und die beigefügte Bedingung nach den heutigen allgemeinen Lehren für Rechtsgeschäfte und beigefügte Bedingungen regelmäßig eine untrennbare Einheit bilden,⁶⁰ während das römische Recht mit der *non-scripta*-Regel offenbar nicht von Untrennbarkeit ausging, wohl wesentlich basierend auf dem *favor testamenti* und dem *favor heredis*. Nur für das Gesamttestament, die Einheit aus Hauptgeschäft und Bedingung, gilt heute der genannte *favor*-Grundsatz, nicht aber für die unbedingte Zuwendung, denn diese ist nach heutiger Sicht gerade nicht Inhalt des Testaments. Außerdem gilt die Freiheit der Testamentsgestaltung – wie andere Freiheiten auch – nur im Rahmen des geltenden Rechts und damit der geltenden Regelungen über sittenwidrige Rechtsgeschäfte mit der Folge, daß ein etwaiger Verstoß im Einzelfall festzustellen ist.

Ob die Verfügung wegen einer beigefügten Bedingung wirksam ist oder nicht, ergibt sich zwar nicht direkt aus dem BGB. Indes ordnet § 138 BGB die Unwirksamkeit einer sittenwidrigen Vereinbarung an, so daß es gerechtfertigt erscheint, dies auf die vorliegend untersuchten Fälle sittenwidriger Bedingungen ebenfalls anzuwenden. Auch der historische Gesetzgeber ging insoweit von der Gleichbehandlung der Bedingungen bei Geschäften unter Lebenden und von Todes wegen aus,⁶¹ wobei nicht verkannt wird, daß letztwillige Verfügungen, soweit sie die hier untersuchten Bedingungen enthalten, sehr häufig einseitige Rechtsgeschäfte sind. Ist die Bedingung nicht wirksam, fällt sie fort, mit ihr die letztwillige Verfügung, und es tritt gesetzliche Erbfolge ein. Dann hängt das Ergebnis vom Zufall, nämlich davon ab, ob der Bedachte zu den gesetzlichen Erben gehört. Einen Mittelweg durch Streichen der unzulässigen Bedingung hat der BGB-Gesetzgeber bewußt nicht gewählt, obwohl er das römische Vorbild und die Partikularrechte, die diesem großenteils folgten, kannte.⁶² Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist zu respektieren. Eine derart gravierende gesellschaftliche Umwälzung, die diesbezüglich Bedenken aufwerfen könnte, hat bislang trotz der oben dargelegten Veränderungen noch nicht stattgefunden.

⁵⁹ So SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 33 f.

⁶⁰ Schon Mot. V, 19 f. = Mugdan V, S. 10 zu §§ 1759, 1760 und I, S. 267 f. = Mugdan I, S. 500 f. zu § 139; ferner etwa THIELMANN: *Sittenwidrige Verfügungen*, S. 194 ff.

⁶¹ STAUDINGER/OTTE: § 2074 BGB Rz. 7.

⁶² So auch RODERMUND, S. 97 m.zahlr.w. N. aus der Literatur.

Aber auch wenn das der Fall wäre, so fragte sich, ob eine gesellschaftliche Umwälzung allein Entscheidungen *contra legem* gestatten würde.⁶³

Letztlich müßte selbst dann eine Änderung des Gesetzes auf dem vorgesehenen, demokratischen Wege veranlaßt werden. Schließlich kann auf die oben bereits dargestellten Schwierigkeiten und Unsicherheiten verwiesen werden, die entstehen, wenn der hypothetische Wille des Erblassers zu ermitteln versucht wird: Eine solche Beurteilung wird in aller Regel willkürlich und schwer vertretbar sein, weil man ebensogut zum gegenteiligen Ergebnis hätte kommen können.⁶⁴

Allein dann, wenn ersichtlich die Verfügung vom Erblasser auch unbedingt gewollt wäre, wobei bei dieser Feststellung aufgrund der obigen Erörterungen Zurückhaltung geboten ist, kann wegen der Herrschaft des Erblasserwillens im Einzelfall eine faktische Streichung der Bedingung in Betracht kommen, weil die Vermutung für eine vollständige Nachlaßverteilung spricht.⁶⁵ Auch in diesem Fall ist aber zu untersuchen, ob der Testator, hätte er die Unzulässigkeit der Bedingung gekannt, genauso unbedingt verfügt hätte, was wohl oft kaum zuverlässig herausgefunden werden kann⁶⁶ bzw. für den bedingt Bedachten häufig kaum zuverlässig nachzuweisen sein wird.

Es kann auch nicht Kellenter dahin zugestimmt werden, daß der Erblasser aufgrund der Beifügung der sittenwidrigen Bedingung weniger schützenswert ist. Denn der Erblasser muß die Sittenwidrigkeit nicht unbedingt als solche erkannt haben. Auch ist die Beeinträchtigung des Erblasserwillens durch die Betrachtung der Zuwendung als unbedingte nicht zwingend geringer als im Fall der Nichtigkeit. Der Erblasser hat die Bedingung bewußt als solche beigefügt und nicht nur als Wunsch oder Empfehlung, es kam ihm also entscheidend auf die Erfüllung an. Genauso, wie es möglich ist, daß er bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit die Bedingung weggelassen hätte, ist denkbar, daß er in diesem Fall ganz anders, zugunsten einer anderen Person, testiert hätte. Daher kann Kellenters Argumentation nicht gefolgt werden.

Endlich kann der Freiheitsschutz des Bedachten zu keiner anderen Beurteilung führen. Der bedingt Bedachte wird genügend geschützt durch die Möglichkeit, der Bedingung keine Folge zu leisten.

Im Hinblick darauf, daß das Zugewandte ihm ohne Rechtsanspruch und ohne Gegenleistung zufällt, kann die Regelung auch nicht als unbillig empfunden werden.⁶⁷

⁶³ Ähnlich RODERMUND, WILFRIED: *Rechtsgeschäfte unter Vergangenheits- oder Gegenwartsbedingungen mit besonderer Berücksichtigung letztwilliger Verfügungen*. Diss. Münster 1990, S. 97 m.w. N.

⁶⁴ Entsprechend auch Mot. V, 19 ff. = Mugdan V, S. 10 zu §§ 1759, 1760.

⁶⁵ Dazu näher STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 56 f.

⁶⁶ Vgl. v. LÜBTOW, *Ulrich: Erbrecht* I. Berlin 1971, S. 352.

⁶⁷ So auch SIMON, DIETRICH v.: *Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie*. In: Festschrift für Rnst Woolf zum 70. Geburtstag, Köln–Berlin–Bonn–München 1985, S. 627 (632); OTTO: *Personale Freiheit*, S. 239; KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 56; ferner schon SPIEB: *Unsitliche Bedingungen*, S. 19 Fn. 19.

*V. Zusammenfassung**1. Abwägung der grundgesetzlich geschützten Rechtspositionen*

Generell kann gesagt werden, daß in der heutigen Zeit die Individualrechte stärker geschützt werden als je zuvor. Man kann sogar von einer besonderen Sensibilität sprechen. Das wirkt sich auch im hier untersuchten Komplex aus. Es werden nicht nur weitergehende Bereiche der Lebensführung des Bedachten der Beeinflussung durch den Testator entzogen, sondern diese Bereiche unterstehen durch die Grundrechte überdies in besonderer Weise staatlichem Schutz. Der Testator ist nicht mehr der weit überlegene Teil, weil er mit seinem Vermögen nach Belieben verfahren kann, aufgrund seiner Autorität beeinflussen darf und – wie in früheren Zeiten, entsprechend gesellschaftlichen Anliegen – sogar soll, sondern seine, allerdings ebenfalls grundrechtlich garantierte, Testierfreiheit steht nunmehr auf einer Stufe mit den Persönlichkeits- und Freiheitsrechten des Bedachten. Er darf zwar im Rahmen seiner Privatautonomie das Schicksal seines Vermögens bestimmen, aber grundsätzlich nicht die persönliche Lebensführung des Bedachten. Soweit in solchen Fällen die jeweiligen Rechte kollidieren, setzt die Rechtsordnung Grenzen.⁶⁸ Dabei treten Schwierigkeiten auf, wenn zweifelhaft ist, ob das Verhalten beeinflußt werden sollte, oder ob der Erblasser lediglich für den Fall bestimmter Entscheidungen des Bedachten anders disponieren wollte, ohne auf dessen freie Willensentschließung einwirken zu wollen.⁶⁹ Dann ist danach zu urteilen, ob ein erstrebtes Verhalten durch die Zuwendung "erkauft" werden soll.⁷⁰

Ist aber ein grundrechtlich geschützter Bereich betroffen, so sind besonders strenge Anforderungen an die Zulässigkeit der Bedingung zu stellen, so daß Bedingungen insoweit nur wirksam sind, wenn eine vernünftige sachliche und nachvollziehbare Rechtfertigung besteht.⁷¹ Dabei dürfte es sich allerdings weniger um einen positiv zu prüfenden Punkt als eher um eine Negativgrenze handeln.⁷² Die weitere "Erziehung" bereits erwachsener Nachkommen oder Verwandter wird in heutiger Zeit kaum mehr toleriert. Vielmehr soll der volljährige, mündige Bürger keine über das notwendige Maß hinausgehenden Beeinträchtigungen seiner Freiheitsrechte und seiner persönlichen Entfaltung hinnehmen müssen, insbesondere nicht mehr nach dem Tode des möglicherweise früher "Erziehungsberechtigten". Letztlich hat indes stets eine Abwägung im Einzelfall stattzufinden.

Allgemein kann festgestellt werden, daß nach überwiegender Auffassung eine Bedingung, die die persönliche Lebensführung des Bedachten betrifft, heute regelmäßig nur dann zulässig ist, wenn sie sich lediglich auf die Verwendung oder das Schicksal des Zugewandten bezieht, weil insoweit ein schutzwürdiges Interesse des Erblassers die Interessen des Bedachten überwiegt und der Verstorbene ebenso selbst die Verfügung über den betreffenden Vermögensteil hätte treffen können.

⁶⁸ Vgl. MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14 m.w. N.

⁶⁹ Beispiele bei MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14; dazu auch OTTE, JA 1985, S. 192 (199).

⁷⁰ Vgl. MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 14; Otte, JA 1985, S. 192 (199).

⁷¹ MÜNCH KOMM /LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16 a.E.

⁷² In diesem Sinne auch STAUDINGER/OTTE: § 2074 BGB Rz. 22, 51; MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 18.

Allein die Wiederverheirathungsklausel ist regelmäßig zulässig, soweit dadurch Abkömmlinge geschützt werden sollen.⁷³

2. Berücksichtigung der Erblassermotive

Ob die Motive des Testators bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Bedingung berücksichtigt werden können, ist sehr umstritten. Die Rechtsprechung vertritt die Ansicht, ein "achtbares Motiv" könne zu einer großzügigeren Bewertung führen⁷⁴ bzw. die "Berechtigung der Lenkung des Bedachten"⁷⁵ sei ausschlaggebend, weil alles "in seinem Interesse sei".⁷⁶ Dem wird in der Literatur entgegengehalten, daß die Entschließungsfreiheit immer gleich schützenswert ist.⁷⁷ Für die Literaturauffassung spricht, daß die grundrechtlich untermauerten Freiheiten nicht einmal durch achtenswerte Motive einer Privatperson eingeschränkt werden dürfen. Die persönlichen Freiheiten bedeuten gerade, sich nicht nach den Anweisungen anderer richten zu müssen, auch wenn diese "nur das Beste für den Betreffenden wollen". Hier liegt ein maßgeblicher Unterschied zur Beurteilung in früheren Zeiten, in denen Bedingungen aufgrund elterlicher bzw. familiärer Autorität nachsichtig behandelt wurden, weil nach früherer Ansicht die erziehende Beeinflussung auch bei erwachsenen Nachkommen fortgesetzt werden sollte oder durfte. Nach heutiger Wertung stellt sich die Beifügung der Bedingung dagegen oft bereits dann als verwerflich dar, wenn die Beschränkung der Willensfreiheit vom Erblasser bezweckt war,⁷⁸ und so eine an sich neutrale Verhaltensweise erst durch die Verknüpfung mit der materiellen Zuwendung zur Sittenwidrigkeit führt. Zudem erscheint die Beurteilung der "achtenswerten" Motive mehr als zweifelhaft und subjektiv, sie führt damit zur Unvorhersehbarkeit von Entscheidungen über derartige Bedingungen und damit zur Rechtsunsicherheit.⁷⁹

Maßgeblich ist weiterhin, ob mit der bedingten Zuwendung überhaupt Druck auf den Bedachten ausgeübt werden sollte. Diente die Zuwendung erkennbar dem Zweck, dem Bedachten die freie Entscheidung zu belassen und nur für den Fall des Bedingungseintritts etwa gewisse Nachteile, die mit dem frei gefaßten Entschluß verbunden sind, zu kompensieren, so ist die Bedingung zulässig.⁸⁰

Als Beispiel hierfür mag ein Fall dienen, in dem der Bedachte sich zwischen Lehre und Studium entscheiden soll und der Erblasser die Zuwendung unter die Bedingung des Studiums stellt, weil der Bedachte während des Studiums keine oder nur geringe Einkünfte hat, oder der Fall, daß der Bedachte die Heirat mit einem nicht vermögenden Partner erwägt, und der Erblasser für diesen Fall finanziell helfen will. Es wird indes im Einzelfall nach dem Tode des Erblassers schwer festzustellen sein, ob dieser Einfluß nehmen wollte, oder lediglich die Zuwendung von einer freien

⁷³ MÜNCH KOMM/LEIPOLD, § 2074 BGB Rz. 16; KELLETER: *Letztwillige Potestativbedingungen*, S. 116 ff.; Dippel, AcP 177 (1977), S. 349 ff.

⁷⁴ KG JFG 17, 306; BGH LM Nr. 5 zu § 138 BGB.

⁷⁵ LANGE/KUCHINKE, § 35 IV 2 c, S. 776 ff.

⁷⁶ RGRK/Johannsen, Vorbem. zu § 2064 BGB Rz. 22.

⁷⁷ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 24 m.w. N.

⁷⁸ STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 31.

⁷⁹ Zur mangelnden Praktikabilität auch STAUDINGER/OTTE, § 2074 BGB Rz. 30.

⁸⁰ SOERGEL/LORITZ, § 2074 BGB Rz. 28, 29.

Entscheidung abhängig machen wollte. Überdies kann die Freiheit der Entscheidung wiederum durch die Aussicht auf die Zuwendung beeinflusst werden.

3. Rechtsfolgen unzulässiger Bedingungen

Wie oben erörtert, führt die unzulässige Bedingung nach der hier vertretenen Auffassung im Einklang mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur zur Nichtigkeit der Verfügung im Ganzen mit der Folge, daß dann insoweit gesetzliche Erbfolge eintritt. Demgegenüber vertritt ein Teil der Literatur – wie dargestellt – die aus dem römischen Recht bekannte Behandlung der sittenwidrigen Bedingung als *non scripta*.

KATRIN VOM FELDE

A MEGENGEDETT FELTÉTELEK HATÁRAI NAPJAINK VÉGRENDELKEZÉSI SZABADSÁGÁBAN

(Összefoglalás)

A német szerző tanulmányában a polgári jog egyik legfontosabb területének, az öröklési jognak egy lényeges szeletét dolgozta fel. Az öröklési jog azért sarokköve, fordulópontja minden magánjogi rendszernek, mert a jogok és kötelezettségek átruházásának olyan speciális területe az öröklési jog, amikor az eredeti tulajdonos, a rendelkezési jogosultságok birtokosa már nincs életben. Abból a célból, hogy a túlélők ne saját kényük-kedvük szerint ragadják magukhoz a hagyaték javait, vagy hátríthassák el maguktól a terheket, az öröklési jog részletes és koherens rendszert dolgozott ki. A hatályos német jog több évszázados hagyományra támaszkodva bőven merít az antik római jogi megoldásokból, sok tekintetben arra épül.

A dolgozat arra keresi a választ, hogy melyek azok a megengedett, jogilag releváns körülmények, feltételek, amelyek mellett a végrendelezési szabadság nem sérül, és maximálisan biztosítható az egykori tulajdonos vélhető akarata, a *favor testamenti*. Megállapítja, hogy a mai német jog igen nagy hangsúlyt fektet az egyedi feltételek alapos vizsgálatára. Ennek megfelelően a munka részletesen kitér a nevelés, a család és a vagyon szempontjaira, a házasságkötés körülményeire, valamint a vallás, a hivatás és a lakóhely aspektusaira. A tanulmány a német BGB szigorú dogmatikájára épül, annak szemléleti elveit és intézményhasználati rendjét követi.

A szerző a hatályos normatív joganyag vizsgálata mellett számba veszi a szakirodalom fontosabb megállapításait is, amelyből kiderül, hogy a német szakmai közvélemény korántem áll teljesen egységes platformon számos árnyalat megítélésében.

A tanulmány foglalkozik a meg nem engedett feltételek problémakörével is, különös hangsúllyal a súlyosan erkölcstelen vonatkozásokra, amelyek már a római jog szerint is érvénytelen kikötésnek számítottak, és mint *non scriptum* tétel érvényesültek.