



Testierfreiheit vs. „Besuchspflicht“

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

ist es sittenwidrig, die Erbeinsetzung an eine Bedingung zu knüpfen? In einem Fall des OLG Frankfurt a.M. (Beschl. v. 5.2.2019, ErbR 2019, 360 mit Anm. *Humm*) setzte der Erblasser seine Ehefrau und seinen Sohn jeweils zu 25% zu Erben ein. Seine beiden Enkelkinder, Kinder des anderen Sohnes, sollten nur dann jeweils 25% erben, wenn sie den Erblasser „regelmäßig, dh mindestens 6-mal im Jahr besuchen“. Unstreitig haben die Enkelkinder ihren Großvater eher selten besucht.

Das OLG Frankfurt erachtet eine an die Besuchspflicht geknüpfte bedingte Erbeinsetzung der Enkel für sittenwidrig und damit nichtig. Doch ist das richtig?

Der Senat stellt vorschnell die Sittenwidrigkeit der aufgestellten aufschiebenden Bedingung, die die Erbenstellung seiner Enkelkinder von der Erfüllung einer ihnen auferlegten Besuchspflicht bei dem Erblasser abhängig macht, fest. Die Einschränkung der Testierfreiheit durch die Anwendung der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB kommt nur in Betracht, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen kann (BGHZ 123, 368, 378). Dabei ist stets die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu beachten. Bei der Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs kommt ihnen daher als Ausdruck einer von der Verfassung vorgesehenen Werteordnung zentrale Bedeutung zu (*Lange*, Erbrecht, § 12 Rn. 57). Aufgrund der überragenden Bedeutung der Testierfreiheit im BGB muss man grundsätzlich mit der Annahme der Sittenwidrigkeit einer Verfügung gemäß § 138 Abs. 1 BGB sehr zurückhaltend sein. Zunächst bedarf es der Testamentsauslegung, um in objektiver und subjektiver Sicht zu ermitteln, wann nach dem Erblasserwillen ein sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten gegeben sein soll (BGH, Urt. v. 24.6.2009 – IV ZR 202/07 = NJW-RR 2009, 1455). Ausgangspunkt aller Überlegungen, insbesondere auch für eine mögliche Auslegung der letztwilligen Verfügung, muss stets der Erblasserwille sein. Hier wollte der Erblasser zweierlei: zum einen wollte er die Enkel am Nachlass partizipieren lassen und zum anderen wollte er sichergestellt wissen, dass sie ihn besuchen. Unstreitig ist die Bedingung der regelmäßigen Besuche nicht eingetreten. An dieser Stelle hätte der Senat aber überlegen müssen, welche Ursache den Bedingungseintritt verhindert hat und wie der Erblasser verfahren wäre, wenn er diese Ursache gekannt hätte. Wurde der Besuch, zB durch die Eltern der Enkel, verhindert und

damit der Bedingungseintritt vereitelt, könnte man nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB im Wege der ergänzenden Auslegung nach dem hypothetischen Erblasserwillen durchaus zum Ergebnis kommen, dass in diesem Fall der zweitgenannte Wunsch des Erblassers hinter dem erstgenannten, der Partizipation der Enkel am Nachlass, zurückzutreten hat. Der Senat hätte zumindest im Rahmen der Amtsermittlungspflicht, § 26 FamFG die Frage klären müssen, inwieweit der Besuch der Enkel von deren Eltern „verhindert“ worden ist. Dann hätte im Wege der erläuternden oder ergänzenden Auslegung ermittelt werden müssen, ob und in welchem Umfang die Zuwendung trotzdem als unbedingte fortgelten soll.

Nur, wenn der Erblasserwille weder durch erläuternde noch durch ergänzende Auslegung ermittelt werden kann, ist im Falle der Unmöglichkeit oder des Ausfalls der Bedingung auch die bedingte Verfügung unwirksam, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung handelt (*Litzenburger* ZEV 2008, 369). Dieses Ergebnis ist nicht ein Versagen der Rechtsordnung, sondern Ausdruck der der Testierfreiheit innewohnenden Eigenverantwortung des Erblassers dafür, seinen letzten Willen klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen.

Im vorliegenden Fall wendet sich der Senat erst nachdem die Sittenwidrigkeit festgestellt wurde der Frage der Nichtigkeitsfolgen, dem „im Einzelfall zu ermittelnden hypothetischen Willen des Erblassers“ zu. Die Auslegung hätte jedoch vor der Prüfung der Sittenwidrigkeit erfolgen müssen. Um das vom OLG gewünschte Ergebnis zu erzielen, hätte es dann auch nicht des „Schwertes der Sittenwidrigkeit“ bedurft.

Um Auslegungsproblemen vorzubeugen, gibt es für künftige Erblasser eine ganz einfache Möglichkeit: die Enkel könnten durch lebzeitige Schenkungen für ihre Besuche belohnt werden.

„Mit warmer Hand schenken ist besser, als mit kalter Hand!“

Ihr

Prof. Dr. Ludwig Kroiß