

Andreas Wacke (Köln)

**Mentalreservation und Simulation
als antizipierte Konträrakte
bei formbedürftigen Geschäften
insbesondere bei Testamentserrichtung und Heirat***

I. Nicht wirklich gewollte Verfügungen von Todes wegen

1. Die nachstehenden Zeilen dürfen auf das Interesse unseres Jubilars, meines verehrten ehemaligen Tübinger akademischen Lehrers DIETER MEDICUS hoffen, der als renommierter Autor unter mehreren gut eingeführten Lehrbüchern zum Bürgerlichen Recht auch ein solches zum Allgemeinen Teil des BGB in mehreren Auflagen verfaßte (vgl. u. Fn. 12, 30). Ausgehen wollen wir bei unseren Überlegungen von zwei Fällen, von einem theoretischen Kathederexempel (a) und von einem kürzlich gerichtlich entschiedenen praktischen Fall aus der deutschen Nachkriegsgeschichte (b).

(a) Der Erblasser setzt ostentativ eine Person zum Erben ein, will aber in Wahrheit nicht, daß sie ihn beerbe. Er tut dies vielmehr nur, um beispielsweise sich der fortwährenden Zudringlichkeiten eines lästigen Erbschleichers zu erwehren, oder um eine Haushälterin zum Bleiben zu bewegen.

(b) Die in der ehemaligen DDR lebende Eigentümerin eines Hausgrundstücks hatte sechs eheliche Kinder. Fünf von ihnen waren schon um 1950 oder bald danach nach Westdeutschland gegangen. Nur eine Enkelin (Tochter eines vorverstorbenen Sohnes) lebte damals noch mit ihrer Mutter in der DDR. Diese Enkelin hatte die im November 1952 verstorbene Erblasserin testamentarisch zur Alleinerbin eingesetzt. Im Grundbuch wurde die Enkelin dementsprechend als Alleineigentümerin eingetragen. 1961 (im Jahr des Baus der Berliner Mauer) siedelte auch die Enkelin nach Westdeutschland über.

Nach der Wiedervereinigung Deutschlands verlangen die fünf enterbten Kinder Grundbuchberichtigung zwecks Eintragung von Miteigentumsanteilen zu je 1/6. Auf gleichmäßige

* Aus: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag (Köln/ Berlin/ Bonn 1999) 651-673.

Beerbung durch alle sechs Kinder sei die wirkliche Absicht der Erblasserin gegangen. Eine Vererbung von Grundbesitz an in den Westen übersiedelte Abkömmlinge habe das Recht der DDR jedoch nicht gestattet. Die formal zugunsten der zunächst in der DDR verbliebenen Enkelin deklarierte Alleinerbschaft habe die Testatorin nicht wirklich gewollt; ihre stattdessen auf gleichmäßige Beerbung durch alle Abkömmlinge gerichtete Absicht sei der Enkelin auch gemäß § 116 Satz 2 BGB bewußt gewesen.¹

[652] 2. HEINZ HOLZHAUER schrieb 1983 einleitend zu seinem grundlegenden Beitrag über die Mentalreservation, zur Vorschrift des § 116 BGB sei seit dem Inkrafttreten des BGB keine Rechtsprechung ergangen.² Vermeintlich fehlende praktische Relevanz darf jedoch, wie unser 10 Jahre später vom OLG Frankfurt entschiedenes zweites Exempel (b) lehrt, kein Tabu sein für die Beschäftigung mit unserem Thema. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft besteht in vorausschauender Analyse auch ausgedachter Schulfälle, um der Praxis bei Bedarf mit einer möglichst vollständigen Palette von Lösungsangeboten dienen zu können. Schon die römischen Juristen unterschieden nicht grundlegend zwischen theoretischen und praktischen Fällen; und auf die theoretischen verwandten sie nicht weniger Scharfsinn als auf die praktischen. In ihrem Streben nach flächendeckender Vollständigkeit scheint uns die römische Jurisprudenz einem rein praktischen, bloß aus richterlicher Kognition hervorgehenden *case law* überlegen.³

In den römischen Rechtquellen findet sich für die Mentalreservation jedoch weder ein Begriff, noch enthalten sie eindeutig hierher gehörige Beispielfälle.⁴ Der Ausdruck *reservatio mentalis* entstammt der Moraltheologie; er diente zur Abgrenzung der als Sünde verworfenen Lüge von Fällen gerechtfertigten Verbergens der Wahrheit.⁵ Aus der

¹ Sachverhalt (etwas vereinfacht) nach OLG Frankfurt/M., FamRZ 1993, 858ff. Für eine Anfechtung wegen Motivirrtums gemäß § 2078 II BGB, weil die Testatorin möglicherweise mit einer Wiedervereinigung Deutschlands nicht rechnete, war die 30jährige Frist (§ 2082 III BGB) seit dem Erbfolge von 1952 jedenfalls längst verstrichen.

² HOLZHAUER, Dogmatik und Geschichte der Mentalreservation, Festschrift Rudolf Gmür (1983) 119ff. Über dieses Thema referierte Holzhauser auch im Mai 1981 in einem Vortrag vor dem Verein für Rheinische Rechtsgeschichte in Köln. Einzelne Urteile, in denen das Reichsgericht die Vorschrift eher beiläufig (im Zuge von Hilferwägungen) erwähnte, durchmustert GRUNDSCHOK (u. Fn. 5) 51ff.

³ Näher WACKE, Plus est in re quam in existimatione... Zur Relevanz vermeintlicher Wirksamkeitshindernisse, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 64 (1996) 309, 354 A. 168.

⁴ KASER, Das römische Privatrecht I/II (2. Aufl. 1971/75) geht bei Behandlung der Willensmängel darauf nicht ein; ebensowenig COING, Europäisches Privatrecht I/II (1985/89). Einzelne von den Pandektisten (meist zu Unrecht) hierzu gerechneten Fälle diskutiert K. WOLFF, Mentalreservation, Jherings Jb. 81 (n. F. 45, 1931) 53ff., 150ff.; vgl. n. Fn. 14. Historischer Überblick bei HOLZHAUER, Art. Reservatio mentalis, HRG IV (1990) 926ff.

⁵ ANTON GRAF VON PESTALOZZA, Der Begriff der Mentalreservation im Sinne des § 116 BGB, Diss. Würzburg (München 1904) 1-15; K. WOLFF (Fn. 4) 158ff.; LOTHAR GRUNDSCHOK, Der geheime Vorbehalt des § 116 BGB und seine gemeinrechtlichen Grundlagen, Diss. Frankfurt/M. (1965, betreut von H. PETER und H. COING) 9f.

deutschen Rechtsgeschichte wird uns nur beiläufig der Fall berichtet, daß „der Mund anders spricht als das Herze denkt“.⁶

[653] 3. Eine Willenserklärung ist nach § 116 Satz 1 BGB nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Eine Mentalreservation ist somit unbeachtlich; trotz des geheimen Vorbehalts gilt das Erklärte. Nichtig ist hingegen nach § 116 Satz 2 BGB eine empfangsbedürftige Willenserklärung, wenn der Empfänger den Vorbehalt kennt.

Die Vertreter der Erklärungstheorie betrachten diese Regelung als Bestätigung ihrer Lehre: In dem aus Willen und Erklärung zusammengesetzten Tatbestand liege das Schwergewicht auf der Erklärung, auf der geäußerten Geltungsanordnung. Ein bloß für sich behaltener gegenteiliger Wille kann die Gültigkeit des Erklärten nicht in Frage stellen: „Der geheime Vorbehalt ist ohnmächtig gegenüber dem wirklich Erklärten“.⁷ Kennt der Empfänger allerdings den Vorbehalt, dann vertraut er nicht auf die Gültigkeit des Erklärten und ist darum nicht schutzwürdig.⁸ Ist der Empfänger sogar damit einverstanden, daß das Erklärte nicht gelten solle, liegt gemäß § 117 BGB ein Scheingeschäft mit identischer Rechtsfolge (Nichtigkeit) vor. Vom Empfänger durchschaute Mentalreservation und Simulation liegen dicht beieinander; denn die „feine psychologische Unterscheidung“ zwischen bloßer Kenntnis und Einverständnis läßt sich praktisch kaum durchführen.⁹

⁶ JOH. FRIED. EISENHART, Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern (1759) erwähnt dieses Beispiel merkwürdigerweise bei der Erläuterung der Regel „Ehrenworte binden nicht“ (Nr. 154). Unter Ehrenworten verstand er „solche Versprechungen, die nur in der Absicht geschehen, jemanden auf höfliche Art loszuwerden, der etwas von uns verlangt, also nur um den äußerlichen Anstand zu beobachten...“ Hier zitiert nach der Neuausgabe von WALDMANN, Deutsches Recht in Sprichwörtern (1935) S. 138ff. Zu unserem Erbschleicher-Fall liegt der Zusammenhang nahe, zu den Ehrenworten liegt er allerdings fern, und die Ergebnisse stimmen nicht überein. sofern nicht ein Fall von § 2302 BGB gemeint war (ein generell unbeachtlicher *contract to make a will*). Unter den Naturrechtlern beschrieb die Unbeachtlichkeit der Mentalreservation zutreffend FRANZ VON ZEILLER: „Es kann dem Vorwande, anders geredet, und anders (innerlich) gewollt zu haben, nicht Raum gegeben werden“; zit. nach WESENER (u. Fn. 27) 351f.

⁷ FLUME, Allg. Teil des BGB II: Das Rechtsgeschäft (3. Aufl. 1979) 402 (§ 20.1). Dennoch sieht Flume in der Unbeachtlichkeit der Mentalreservation kein Argument gegen die Willenstheorie. - Auch das von der Willenstheorie ausgehende französische Recht gelangt zur Gültigkeit des Geschäfts trotz einer (vom Code civil nicht geregelten) *réserve mentale*, allerdings nur auf dem Umweg über das Schadensersatzrecht: Die von der *réserve* begleitete Erklärung wäre an sich *nulle*. Die Täuschung des Empfängers verpflichtet als *faute* jedoch zum Ersatz nach Art. 1382 Code civil. Der auf das positive Interesse gerichtete Ersatz besteht nach dem Grundsatz der Naturalrestitution in der Aufrechterhaltung der Erklärung. Bei Kenntnis des Empfängers erleidet dieser keinen Schaden; die Erklärung bleibt darum nichtig; FERID (u. Fn. 33) I E 194.

⁸ „Zum Schutze eines das Geflunker Durchschauenden liegt kein Grund vor, den Lügner zu bestrafen“: REGELSBERGER (u. Fn. 14). FLUME 403 m. Fn. 3 verteidigt die Vorschrift von Satz 2 zu Recht gegen zuweilen an ihr geübte Kritik.

⁹ VON TUHR, Allg. Teil des BGB II 1 (1914/1957) 554 (§ 66) Fn. 17. Weitere Hinweise bei KALLIMOPOULOS, Die Simulation im bürgerlichen Recht (1966) 40, der jedoch selber vor einer Verschmelzung der Anwendungsvoraussetzungen beider Vorschriften warnt.

Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen unterfallen nach der gesetzlichen Systematik somit allemal dem Satz 1 von § 116 BGB und sind trotz der Mentalreservation ausnahmslos gültig.¹⁰ Empfangsbedürftige sind, wie sich aus Satz 2 durch Umkehrschluß ergibt, gültig, falls der Empfänger den Vorbehalt nicht kennt.

Erbrechtliche Anordnungen im Testament sind keine empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Zwar sind sie zur Kenntnisnahme für andere bestimmt; insoweit unterscheiden sie sich von bloß für sich behaltenen Aufzeichnungen, insbesondere [654] von Entwürfen.¹¹ Mit dem Tode des Testators treten seine Verfügungen jedoch in Kraft, einerlei wer wann davon Kenntnis erhält. Bei Testamenten unterfällt ein geheimer Vorbehalt folglich der Grundregel von Satz 1 des § 116 BGB; die Ausnahmegvorschrift für empfangsbedürftige Erklärungen (Satz 2) gilt für Testamente nicht.

Auch eine analoge Anwendung von Satz 2 auf Testamente verneinte das OLG Frankfurt/M. (wie Fn. 1) im Ergebnis zu Recht. Sie würde tatbestandlich voraussetzen, daß nicht nur die zur Alleinerbin eingesetzte Person den Vorbehalt kannte, sondern sämtliche Personen, für die die Erklärung bestimmt ist.¹² Das sind außer den Nachlaßgläubigern insbesondere die von der Erbfolge ausgeschlossenen (*in casu* zahlreichen) Geschwister. Da ein formgerechtes Testament die Rechtsnachfolge nach dem Tode des Verfügenden gegenüber jedermann verbindlich zu regeln hat, verbietet die Rechtssicherheit nach zutreffender Ausführung des OLG Frankfurt eine Berücksichtigung des geheimen Vorbehalts. Eine Regelungslücke als Voraussetzung für eine Analogie liegt überdies (entgegen einer mißverständlichen beiläufigen Bemerkung des OLG Frankfurt) hier nicht vor (s. unten 5).

¹⁰ VON TUHR II 1, 554 Fn. 2.

¹¹ Bedenklich folgert darum die herrschende Lehre aus der Beliebbarkeit der zu verwendenden eigenhändigen Schriftzeichen die Gültigkeit eines in Kurzschrift (Stenographie) aufgesetzten Testaments. Stenographische Notizen macht man sich typischerweise bloß für den eigenen Gebrauch; zur Kenntnisnahme für Dritte sind sie regelmäßig nicht bestimmt. Bei stenographischen Aufzeichnungen spricht die Vermutung darum für einen bloßen Testamentsentwurf. Ähnliches gilt von der Verwendung einer Fremdsprache (zumal einer toten, wie Latein), die bloß der Testator persönlich beherrscht.

¹² Satz 2 von § 116 BGB gilt nicht, wenn von mehreren Empfängern nicht alle den Vorbehalt kennen oder wenn zwar der Empfänger ihn kennt, nicht aber sonstige Personen, für die die Erklärung bestimmt ist: FLUME 404; zust. MEDICUS, Allg. Teil des BGB (6. Aufl. 1994) Rz 593 aE. Kennenmüssen steht der Kenntnis nicht gleich: FLUME 403.

4. Diese nach Wortlaut und Systematik eindeutige gesetzliche Regelung möchte eine einflußreiche Lehre jedoch in Bezug auf Testamente korrigieren. Zugrunde liegt dieser Ansicht die an sich zutreffende Überlegung, daß ein Vertrauen auf die Bestandskraft von Testamenten schon angesichts ihrer jederzeitigen Widerruflichkeit (§ 2253 BGB) nicht schutzwürdig ist. Wegen der Irrelevanz des Vertrauensschutzes bei Testamenten hält diese Lehre entgegen Satz 1 von § 116 BGB einen geheimen Vorbehalt des Testators für beachtlich. Der Erbschleicher soll im Falle (a) demnach nicht Erbe werden. Eine Begründung dafür brachte in Kurzform GERHARD OTTE: Die Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts ordne Satz 1 von § 116 BGB nur um des Vertrauensschutzes willen an. Dies zeige sich insbesondere an Satz 2, wonach die Erklärung nicht gilt, wenn der Empfänger auf sie nicht vertraut, weil er den Vorbehalt kennt. Da nun ein Vertrauen auf Testamente nicht geschützt werde, könne der wirkliche Wille des Testators respektiert werden. Satz 1 von § 116 BGB passe auf Testamente [655] folglich nicht: Fehle dem Testator der Rechtsgeltungswille, so liege kein gültiges Testament vor.¹³

Für die Beachtlichkeit geheimer Vorbehalte bei Testamenten plädierte insbesondere HEINRICH LANGE¹⁴. In der Verwirklichung des wahren Willens des Testators sah er das oberste Ziel der Beurteilung jeder Verfügung von Todes wegen (S. 8). Hier habe sich im Unterschied zu Rechtsgeschäften unter Lebenden das Willensdogma allein durchzusetzen. Soweit die Vorschriften der §§ 116, 117 BGB auf Kosten der Willensherrschaft der Erklärungstheorie Zugeständnisse machen, seien sie darum nicht anwendbar. Abweichend vom Wortlaut des § 116 Satz 1 BGB und von der herrschenden Auslegung dieser Vorschrift¹⁵ sei eine letztwillige Verfügung unter dem geheimen Vorbehalt, das Niedergeschriebene nicht zu wollen, deshalb nichtig. Gegenüber einer inhaltlich

¹³ Soweit OTTE, Erbrecht in programmierter Form (1974) 29, 30.

¹⁴ H. LANGE, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, Jherings Jahrbücher 82 (2. Folge 46, 1932) 1-11, bes. 6-8. - Ein Vorläufer aus dem gemeinrechtlichen Schrifttum ist REGELSBERGER, Pandekten I (1893) 516. Im Abschnitt über die Mentalreservation schrieb er: „Letztwillige Verfügungen werden durch den Mangel der ernstlichen Verfügungsabsicht unwirksam“. Der dafür angeführte Digestentext D. 29,2,6,7 (für die Pandektisten eine Kardinalstelle zur Mentalreservation) betrifft allerdings den erzwungenen Erbschaftsantritt: „Wer eingeschüchert durch Worte oder aus sonstiger Furcht heraus *fallens* eine Erbschaft antritt, wird nicht Erbe“ (Celsus-Ulpian). Das deplaziert wirkende '*fallens*' gab Anlaß zu zahlreichen Konjekturen. Nach heute überwiegender Deutung wurde die Antretung wohl nur *pro forma* erklärt. Wegen des primär auf Zwang beruhenden Willensmangels kein eindeutiger Fall von Mentalreservation. Wegen der Formbedürftigkeit der *cretio* wohl auch nur auf formlosen Erbschaftsantritt zu beziehen. Zur älteren Lit. K. WOLFF (o. Fn. 4) 152ff., zur neueren HARTKAMP, Der Zwang im röm. Privatrecht (1971) 109ff. Nach letzterem erlaubt der Text nur „sehr unsichere“ Schlußfolgerungen, s. Rez. F. PETERS, SZ 90 (1973) 457. Angesichts der Unbeachtlichkeit des formlosen Widerrufs einer Erbeinsetzung nach klassischer Regel *hereditatem adimi non potest* ist REGELSBERGERS Behauptung gewiß unzutreffend. Die Erbenstellung, von der zahlreiche Rechte und Pflichten abhängen, mußte nach römischem Recht sicher sein.

¹⁵ Als Vertreter der herrschenden Meinung zitiert LANGE (S. 7 Fn. 1) KIPP, SIBER und BINDER.

vernünftigen und äußerlich als ernsthaft gemeint erscheinenden Verfügung sei der Nachweis der Nichternstlichkeit allerdings schwer zu führen. Eine vorher oder nachher mündlich gegenüber einer als Zeugen in Betracht kommenden Person geäußerte Erklärung der Nichternstlichkeit sei jedenfalls beachtlich. Eine spätere Niederschrift, man denke nicht daran, dem Erbschleicher etwas zuzuwenden, sei kein Widerruf, sondern bloßes Beweismittel für die Nichtigkeit. Äußerte der Testator allerdings seinen Vorbehalt niemandem gegenüber, so sei der Nachweis der Nichternstlichkeit mit seinem Tode unmöglich geworden (S. 7 Fn. 2).

Diese Ansicht übernahm H. LANGE auch in sein Lehrbuch des Erbrechts (1. Aufl. 1962 S. 370 f., § 34 II). K. KUCHINKE als Bearbeiter dreier weiterer Auflagen begründete [655] sie noch etwas näher.¹⁶ Die fehlende Schutzbedürftigkeit des Bedachten ergebe sich in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung aus der Einseitigkeit und Unentgeltlichkeit der testamentarischen Verfügung. Es sei darum folgewidrig, deren Nichtempfangsbedürftigkeit zu betonen und dadurch den Schutz des Bedachten durch die Anwendung von § 116 Satz 1 BGB zu übersteigern. Könne der Bedachte nicht auf den objektiven Gehalt (Erklärungswert) einer testamentarischen Verfügung vertrauen, dann bestehe kein Grund, sein Vertrauen auf deren Ernstlichkeit zu schützen.¹⁷

Die Grenzziehung zwischen Unbeachtlichkeit (Satz 1) und Beachtlichkeit (Satz 2) der Mentalreservation gemäß § 116 BGB will die geschilderte Ansicht somit verschieben: Bei letztwilligen Verfügungen solle der Anwendungsbereich von Satz 2 erweitert und der von Satz 1 entsprechend eingeschränkt werden (dagegen unten 6).

¹⁶ LANGE/KUCHINKE, Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl. (1978) 500f. § 34 I; jetzt 4. Aufl. (1995) 765f. § 35 I 1, je mit reichen weiteren Belegen.

¹⁷ Bei arglistigem Verhalten des Testators sei ein Beweis der Nichternstlichkeit allerdings nicht zuzulassen; damit werde einem Motiv des § 116 Satz 1 BGB Rechnung getragen. Ähnlich VON LÜBTOW, Erbrecht I (1971) 306f., weil die Rechtsordnung frivoles Verhalten nicht dulden dürfe: Daher sei zwar die Einsetzung des Erbschleichers nichtig, die der Haushälterin hingegen gültig. Gegen diese Unterscheidung wegen des unsicheren Abgrenzungskriteriums „frivoles Verhalten“ KUCHINKE, 4. Aufl. § 135 Fn. 6: Eine Verwerflichkeitsprüfung dürfe man in die Anwendung von § 116 BGB nicht hineinragen. In „hanebüchenern Fällen arglistigen Verhaltens“ wollte H. LANGE in der 1. Auflage allerdings doch Satz 1 von § 116 anwenden; nach KUCHINKE soll Arglist genügen. Über etwaige Grenzen der Mindermeinung sind sich deren Vertreter mithin nicht einig. Gegen VON LÜBTOWS Unterscheidung auch STAUDINGER/OTTE, (12. Aufl. 1989) Vorbem. zu §§ 2064ff. BGB Rz. 14. -Nach OTTE sei die Haushälterin nach einem geheimen Testamentswiderrief nur durch Delikts- oder Bereicherungsrecht zu schützen; ähnlich HOLZHAUER (o. Fn. 2) 134. Richtiger Ansicht nach hat die Haushälterin jedoch einen Vergütungsanspruch aus Dienstvertrag: Einen Lohnverzicht erklärte sie unter der Bedingung ihrer Erbeinsetzung. Erbt sie nicht, ist die Bedingung für den Verzicht ausgefallen; der Dienstvertrag bleibt jedoch gültig. Folglich hilft ihr die Vergütungsfiktion des § 612 BGB.

5. Ob der Gesetzesinterpret sich anmaßen darf, im dargelegten Sinne klüger zu sein als das Gesetz, fragt sich allerdings. Wie sich aus den Materialien zweifelsfrei ergibt, beruht die Unbeachtlichkeit der Mentalreservation auch bei letztwilligen Verfügungen gemäß § 116 Satz 1 BGB auf bewußter legislativer Entscheidung. Nach einer im 1. Entwurf vorgesehenen Ausnahmvorschrift sollte der nachmalige § 116 BGB auf letztwillige Verfügungen keine Anwendung finden. Begründet wurde dies mit der stärkeren Berücksichtigung des Willens bei Testamenten. Der zur Unbeachtlichkeit der Mentalreservation führende Gedanke, den Urheber zur Strafe an seine Erklärung zu binden, passe überdies nicht auf erbrechtliche Verfügungen, weil dadurch nicht der Erklärende gestraft werde, sondern seine gesetzlichen Erben. Die zweite BGB-Kommission verwarf jedoch diese Argumentation und strich die vorgesehene [657] Ausnahmvorschrift: Einem Testator dürfe man nicht gestatten, in Gestalt einer Mentalreservation mit seiner letztwilligen Erklärung gewissermaßen sein Spiel zu treiben.¹⁸

Das bereits aus der Gesetzessystematik gewonnene Ergebnis (oben 3) wird somit durch die Entstehungsgeschichte bestätigt.¹⁹ Der Gesetzgeber wollte die Mentalreservation bei letztwilligen Verfügungen nicht anders behandeln als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden (bei denen der Empfänger den Vorbehalt nicht kennt). Grammatikalisch-systematische und genetische Auslegungsmethode führen übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß keine Regelungslücke, nämlich keine planwidrige Unvollständigkeit vorliegt. Das Schweigen des Gesetzeswortlauts ist beredt: Die im Allgemeinen Teil durch § 116 Satz 1 für die Mentalreservation angeordnete Unbeachtlichkeit gilt grundsätzlich für alle Bücher des BGB, und das 5. Buch enthält bewußt keine abweichende Regelung. Eine anderweitige Rechtsfortbildung *praeter legem* im Sinne der dargestellten Mindermeinung ist darum nicht legitim.

Unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte rückte denn auch OTTE VON seiner oben dargestellten früheren Ansicht ab und schwenkte auf die herrschende Meinung ein.²⁰ Auch Zweckerwägungen rechtfertigen nach OTTE KEINE abweichende Beurteilung: Testiere jemand mit dem geheimen Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, dann sei es für ihn ein

¹⁸ Belege zum Vorstehenden bei MUGDAN, Die gesamten BGB-Materialien V 24, 539; vgl. HOLZHAUER (o. Fn. 2) 133.

¹⁹ In diesem Sinne repräsentativ für die herrschende Lehre: KIPP/COING, Erbrecht (13. Aufl. 1978) 181, § 24 VIII. Umfassende Nachweise für die h. M. sind nicht erforderlich.

²⁰ STAUDINGER/OTTE (o. Fn. 17) Vorbem. zu §§ 2064ff. BGB Rz 12-13, abweichend von OTTE o. Fn. 13.

leichtes, sein Testament zu widerrufen.²¹ Ein Widerruf sei für ihn jedenfalls nicht schwerer, als seinen von der Erklärung abweichenden Willen auf andere Weise so zum Ausdruck zu bringen, daß er auch nur einige Aussicht hat, im Streitfalle bewiesen werden zu können. Die von der Mindermeinung abgelehnte Anwendung von § 116 Satz 1 BGB brächte demnach praktisch keinen effektiven Schutz für den wahren Willen des Testators.

6. Der Zusammenhang mit dem Widerruf läßt sich allerdings präzisieren. Wer sich vorbehält, ein erklärtes Rechtsgeschäft nicht zu wollen, der verhält sich widerspruchsvoll. Erklärt jemand „ich will“, fügt er jedoch zugleich hinzu „ich will nicht“, so gibt er keine sinnvolle, sondern eine perplexen Erklärung ab; in Wahrheit erklärt er nichts. Der geheim gebliebene, für sich behaltene Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, kann nach einem von FLUME angedeuteten Vergleich (o. Fn. 7, S. 402 f.) jedoch noch weniger relevant sein als eine offene *protestatio facto contraria* gegenüber einer durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck gebrachten Erklärung. Sogar ein verbal [658] geäußertes Protest ist unbeachtlich gegenüber dem gewichtigeren Vollzug des Willensakts durch schlüssige Handlung.

Ob im Ergebnis nichts erklärt wird, ein gegenteiliger Wille also beachtlich ist, ist folglich eine Wertungsfrage und hängt ab von der Art und Weise, in der der Nichtgeltungswille geäußert wird. Gegenüber formbedürftigen Geschäften, zu denen das Testament gehört, kann ein etwaiger Nichtgeltungswille nur beachtlich sein, wenn er in qualifizierter Form erklärt wird. Die Vorschrift des § 116 BGB unterscheidet zwar nicht (ebensowenig wie dem Wortlaut nach § 117 BGB) zwischen formbedürftigen und formfreien Geschäften. Gegenüber einem formgerecht abgeschlossenen Geschäft kann aber ein etwaiger Nichtgeltungswille (etwa wegen Kenntnis des Empfängers gemäß Satz 2 von § 116 BGB) nur relevant sein, wenn er formal in einer Weise geäußert wird, die den für einen Widerruf vorgeschriebenen Anforderungen entsprechen. Dies entspricht auch dem Anliegen der mit Recht ganz herrschenden Andeutungstheorie bei der Testamentsauslegung. Mentalreservation und Simulation stehen darum in engstem Konnex mit dem Widerruf und dem *contrarius consensus*.

Diese Zusammenhänge erkannte (als einer der wenigen) ANDREAS VON TUHR. Er rückte die Simulationsabrede treffend in die Nähe einer Aufhebungsvereinbarung (*contrarius*

²¹ Ebenso HOLZHAUER 134. LANGE/KUCHINKE (o. Fn. 16) empfinden den Hinweis auf die Widerrufsmöglichkeit hingegen als unbefriedigend.

consensus): Es laufe praktisch auf dasselbe hinaus, ob die Parteien einen eben geschlossenen Vertrag wieder aufheben, oder ob sie sich schon beim Abschluß des Vertrages darüber einig sind, daß er nicht gelten solle.²² Die Simulationsabrede läßt sich somit als antizipierte Aufhebungsvereinbarung qualifizieren. Der Aufhebungswille wird vorgezogen auf den Zeitpunkt der Errichtung (Eingehung) des Rechtsgeschäfts; der Aufhebungswille kann folglich nicht in weiterem Umfang relevant sein als ein Widerruf bzw. eine spätere Aufhebungsvereinbarung. Diesen glücklichen Gedanken rezipierte das seitherige Schrifttum, wie es scheint, nicht in dem Maße, wie er es verdient;²³ er erweist sich jedoch als entfaltungsfähig, besonders im Hinblick auf die uns hier beschäftigenden formgebundenen Geschäfte. Nur in dem Umfang, wie eine formlose Wiederaufhebung statthaft ist, kann nämlich auch eine formlose Simulationsabrede relevant sein und gemäß § 117 Abs. 1 BGB den Vertrag vernichten. VON TUHR exemplifizierte diese Regel überzeugend an den Gegenbeispielen einer simulierten Eheschließung (dazu näher unten II), Adoption oder Vereinsgründung nach Eintragung ins Vereinsregister, bei denen die Simulationsabrede wirkungslos, das Rechtsgeschäft also gültig ist, weil diese Geschäfte auch nicht durch formlose Übereinkunft wieder aufhebbar sind.

[659] Nach dem Konträraktsprinzip (oder Grundsatz der formalen Korrespondenz)²⁴ gelten für die Aufhebung (Rückgängigmachung) eines Rechtsgeschäfts prinzipiell die gleichen formalen Anforderungen wie für dessen Eingehung (Begründung). Soweit für Aufhebungsverträge dieselbe Form vorgeschrieben ist wie für ihren Abschluß, kann sich dementsprechend auch eine formlose Simulationsabrede gegenüber ihrer formgerechten Eingehung nicht durchsetzen. Trotz § 117 Abs. 1 BGB sind solche Verträge, wenn zum Schein vorgenommen, gültig. Ehegüterrechtsverträge und Erbverträge können gemäß §§ 1408 Abs. 1 („aufheben“), 1410 und § 2290 (Abs. 4) BGB nur in notarieller Form bei gleichzeitiger Anwesenheit der Vertragspartner wieder aufgehoben werden. Das Konträraktsprinzip gilt für sie ohne Einschränkung. Die Formvorschrift für die Wiederaufhebung läßt es nicht zu, ihren Abschluß – wenn zum Schein vorgenommen – als

²² VON TUHR II 1, 564.

²³ Zustimmend zu VON TUHR: J. PARTSCH, Die Lehre vom Scheingeschäfte im röm. Recht, SZ 42 (1921) 227ff., 238. Ansonsten fand VON TUHRs These „in Lehre und Praxis kein Echo“, bemerkt KALLIMOPOULOS (o. Fn. 9) 40f. Dessen Kritik an VON TUHR erkennt jedoch nicht die Tragweite seiner These im Zusammenhang mit den formbedürftigen Geschäften.

²⁴ Auch Symmetrieprinzip genannt: *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*: D. 46,3,80; s. KNÜTEL, *Contrarius consensus* (1968) 3ff., 7ff.; DERS., SZ 88 (1971) 67-104; krit. gegenüber LIEBS, *Symptotica Wieacker* (1970) 110ff., 149ff.; weit. Lit. bei KASER, RP I² (u. Fn. 41) 40, 230.

nichtig zu behandeln.²⁵ Ebensovienig kann trotz § 116 Satz 2 BGB eine vom Vertragspartner erkannte Mentalreservation einen Erbvertrag vernichten.²⁶ Entgegen der bereits aus mehrfachen Gründen kritisierten Mindermeinung ist bei formbedürftigen Geschäften der Anwendungsbereich von Satz 2 einzuschränken; die Grenzziehung ist eher zugunsten der Rechtsfolge von Satz 1 (Unbeachtlichkeit selbst der durchschauten Mentalreservation) zu verschieben.

Für die Irrelevanz der Simulation gegenüber formgebundenen Geschäften liefert die Rechtsgeschichte reiches Anschauungsmaterial.²⁷ Der römischen *mancipatio* unterlegte man zahlreiche dem ursprünglichen Barkauf fremde Zwecke und verwendete sie so zu „nachgeformten Geschäften“ (im Sinne von ERNST RABEL) in weitem Umfang bis zur Gewaltentlassung von Hauskindern (*emancipatio*). Der Übergang von der Wirkform zur Zweckform hat an unserer These nichts geändert. Die Nichtigkeitsfolge aus § 117 Abs. 1 BGB beruht auf dem Gedanken, daß den Parteien die Herrschaft über die Vertragsgültigkeit im [660] Positiven wie im Negativen zusteht (soweit sie nicht zum Nachteile Dritter handeln: u. Fn. 32).²⁸ Soweit jedoch das Gesetz die Parteiherrschaft durch Formvorschriften beschränkt, muß diese Beschränkung spiegelbildlich im Positiven wie grundsätzlich auch im Negativen gelten.

Bis zu einem gewissen Stadium lassen sich formgebundene Geschäfte allerdings im beiderseitigen Einvernehmen wieder formlos aufheben,²⁹ ein Grundstückskauf etwa trotz Beurkundung (§ 313) und Auflassung (§ 925 BGB) noch bis zur Eintragung des Käufers.³⁰

²⁵ Für Ungültigkeit wegen Simulation hingegen mit der ganz herrschenden Meinung KALLIMOPOULOS 275f. und 286f.; jedoch S. 276 ohne hinreichende Gründe gegen die überzeugende Ansicht VON TUHRS (vgl. o. Fn. 23). Für die Nichtigkeit simulierter Erbverträge ebenso VON LÜBTOW (o. Fn. 17) I 443; MünchKomm.-MUSIELACK (3. Aufl. 1997) Vor § 2274 BGB Rz 30.

²⁶ Die herrschende Lehre wendet hingegen Satz 2 von § 116 BGB auf Erbverträge an: LANGE/KUCHINKE § 35 I 2 mit Fn. 4 (Nachw.); VON LÜBTOW aaO.

²⁷ Vgl. nur MICHAELIS, Scheingeschäft, verdecktes Geschäft und verkleidetes Geschäft, Festschrift Wieacker zum 70. Geb.Tag (1978) 444-462 (445f.). Weit. Lit. bei J. SCHRÖDER, Art. Scheingeschäft, HRG IV (1990) 1372ff. Erst die Glossatoren ließen die *exceptio simulationis* auch gegenüber notariellen Urkunden (sogar vollstreckbaren) durchgreifen, s. WESENER, Festschrift Hübner (1984) 337ff., 339. Fraglich war aber stets, wie sich eine Simulation zweifelsfrei beweisen ließ (WESENER 347). Ein Beweis *per confessionem*, der *regina probationum*, scheidet bei Geschäften *mortis causa* nach dem Tode des Erblassers aus. Und ein Beweisantritt durch Zeugen ist heute richtiger Ansicht nach nicht zulässig.

²⁸ MICHAELIS aaO.

²⁹ VON TUHR II 1, 508.

³⁰ Herrschende Meinung: MEDICUS, Bürgerliches Recht (17. Aufl. 1996) Rz 469a zutr. gegen die Vorverlegung der Formbedürftigkeit durch BGHZ 83, 395ff. zugunsten des Käufers als Anwartschaftsberechtigten. Die Nichtigkeit des simulierten Grundstückskaufs trotz eingetragener Vormerkung für den Käufer bildet sogar die Probe aufs Exempel für die Formfreiheit einer Vertragsaufhebung. Ansonsten bestünde kein Grund, notarielle Grundstückskaufverträge nach § 117 Abs. 1 BGB anders zu behandeln als simulierte Eheschließungen (unten II) und Güterrechtsverträge (o. Fn. 25).

Ein simulierter Grundstückskauf (Schwarzkauf) ist dementsprechend gemäß § 117 Abs. 1 (und Abs. 2) BGB trotz notarieller Beurkundung nichtig. Mit der Eintragung des Käufers wird das verdeckte Geschäft jedoch gemäß § 313 Satz 2 BGB (*ex nunc*) gültig; von da an (nach römischer Terminologie: *re secuta*) können die Parteien dementsprechend den Verkauf nicht mehr formlos durch *contrarius consensus* aufheben.³¹

7. Die Korrespondenz zwischen Konträraktsprinzip und Scheingeschäft findet beim einseitigen Testament ihre Parallele in der Korrespondenz zwischen Widerruf und Mentalreservation. Der Widerruf eines Testaments ist zwar verglichen mit dessen Errichtung bezüglich der Form erleichtert; rein formlos ist er jedoch nicht möglich. Nach § 2254 BGB bedarf ein Widerruf grundsätzlich der Form des Testaments. Gemäß § 2255 BGB genügen zum Widerruf aber auch vom Testator persönlich vorgenommene Veränderungen der Urkunde oder deren Vernichtung als schlüssiger Ausdruck seines Widerrufswillens. Ging die Testamentsurkunde jedoch durch Zufall (bei einem Brand oder einer Bombenexplosion) zugrunde, dann genügt ein mündlich geäußerter Widerruf des Testators nicht. Denn die Wirkung des Testierakts ist unabhängig von der Fortexistenz der Urkunde; und ein nur mündlicher Widerruf kann schnell und unüberlegt gefaßt werden. Die von § 2255 BGB geforderte persönlich vorzunehmende Vernichtung oder Veränderung der Urkunde enthält ein unverzichtbares Minimum an Form³². Solange der Testator nicht zur Tat schreitet, die Urkunde [661] vernichtet oder ändert bzw. ein neues Testament errichtet, sind formlos geäußerte Widerrufsbekundungen irrelevant. Da es keinen mündlichen Testamentswiderruf gibt, kann folglich entgegen der abzulehnenden Mindermeinung auch ein mündlicher Nichtgeltungsvorbehalt nie beachtlich sein. Um seinen Nichtgeltungswillen formgerecht zum Ausdruck zu bringen, müßte der Testator vielmehr im Erbschleicher-Fall das Original des Testaments zerreißen oder noch am Tage der Testamentserrichtung (oder auch zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt) ein gegenteiliges Testament errichten. Das Gegenteilestament kann geheim bleiben: Das Vertrauen des Erbschleichers wird nicht geschützt. Nichtgeltungs- bzw. Widerrufswille sind jedoch formgerecht erklärt. Unterläßt der Testator die formgerechte Vornahme solcher Gegenerklärungen,³³ ist unweigerlich vom

³¹ Zur *re integra*-Voraussetzung für die Beachtlichkeit des *contrarius consensus* eingehend KNÜTEL (o. Fn. 24) 23ff.

³² BROX, Erbrecht (16. Aufl. 1996) Rz 140. Von Dritten vorgenommene Veränderungen oder Vernichtungen sind wirkungslos, selbst wenn mit Ermächtigung des Testators geschehen: Die Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung (§§ 2064f. BGB) gilt *vice versa* auch für den Konträrakt des Widerrufs.

³³ Art. 1321 Code civil spricht für den Fall der *simulation* von '*contre-lettres*': Sie wirken allenfalls *inter partes*, nie gegen Dritte; dazu FERID, Das Französische Zivilrecht I (1971) Rz 1 E 197; 2. Aufl. bearb. von SONNENBERGER

Fortbestand der Erbeinsetzung auszugehen. Gegenüber einem formgerecht errichteten Rechtsgeschäft kann im Interesse der Rechtssicherheit der formlose geheime Vorbehalt nie durchgreifen, es sei nicht ernstlich gewollt.³⁴

Sämtliche Auslegungsmethoden sowie schließlich der Fallvergleich mit der Formbedürftigkeit des Widerrufs führen somit zu dem Ergebnis, daß ein geheimer Vorbehalt beim Testament gemäß Satz 1 von § 116 BGB unbeachtlich sein muß: *In testamentis ratio tacita non debet considerari, sed verba solum spectari debent, adeo per divinationem mentis a verbis recedere durum est.*³⁵

Verfügungen über Grundstücke erfordern gemäß § 873 Abs. 1 BGB einen Doppeltatbestand: Sie sind nur insoweit wirksam, als die Eintragung im Grundbuch von der Einigung gedeckt ist.³⁶ Beim Testament ist der Rechtsgeltungswille (Testierwille) hingegen kein selbständiges positives Tatbestandserfordernis wie die Einigung neben der Eintragung bei § 873 Abs. 1 BGB. Gegenüber einem formgerecht errichteten Testament ist ein etwa fehlender Rechtsgeltungswille vielmehr gemäß § 116 Satz 1 BGB grundsätzlich unbeachtlich. Relevant ist ein Nichtgeltungswille nur, falls [662] er formgerecht durch ein Gegentestament oder durch Handlungen, die für einen Widerruf genügen, zum Ausdruck gebracht wird.

II. Schein-Heiraten

1. „*Numerus clausus* als Ehestifter“: Unter dieser Überschrift berichteten studentische Blätter vor etlichen Jahren über den Fall einer Gießener Arzttochter und Biologiestudentin, die wegen unzureichender Abitur-Noten keinen Studienplatz in ihrem Wunschfach Medizin bekommen konnte. Zielstrebig durchkämmte sie gemeinsam mit ihrem Vater diverse Gießener Studenten-Lokale auf der Suche nach einem österreichischen Heiratskandidaten. In einem Jazz-Keller wurde

I 1 (1994) Rz 1 F 408ff. Die Drittwirkung des Scheingeschäfts behandeln die neueren Kodifikationen unterschiedlich, s. WESENER (o. Fn. 27) 353ff.

³⁴ In RGZ 104 (1922) 320ff. hatte der Erblasser im Jahre 1914 am Tage vor seiner Einberufung zum Militärdienst („*in procinctu*“) ein eigenhändiges Testament errichtet und seine Unterschrift vom Bürgermeister beglaubigen lassen; bestellte Zeugen waren offenbar ausgeblieben. Die enterbten Kläger behaupteten, der Testator habe nur ein binnen 3 Monaten kraftlos werdendes Dorf testament errichten wollen (§§ 2249, 2252 BGB) und dessen Widerruf in der Annahme unterlassen, es sei bereits außer Kraft getreten. Das RG hielt einen Willensmangel nicht für erwiesen.

³⁵ Zitat nach ANTE ROMAC, *Minerva: Florilegium sententiarum latinarum* (Zagreb 1988) 712. Die dort nicht angegebene Quelle ließ sich nicht ermitteln. FRANCESCA LAMBERTI macht mich darauf aufmerksam, daß sie aus dem Umkreis der *causa Curiana* stammen könnte. Die dafür einschlägigen Quellen jetzt bei LAMBERTI, *Studi sui postumi nell'esperienza giuridica romana I* (1996) 136ff.

³⁶ MünchKomm.-WACKE (3. Aufl. 1997) § 873 BGB Rz 51.

sie fündig: Gegen Zahlung von 5.000.-DM heiratete sie einen ihr bislang unbekanntem Wiener, erlangte so die österreichische Staatsbürgerschaft und damit den damals NC-freien Zugang zum Medizinstudium an einer dortigen Universität. Der „Bund fürs Leben“ (§ 1353 Satz 1 BGB) sollte in diesem Falle jedoch nur begrenzte Zeit halten: Bei Nichtgefallen sicherte man sich gegenseitig baldige Scheidung zu. Für den „angekauften“ Ehemann war dies schon die zweite einschlägige Liaison (eine Zeitungsmeldung bezeichnete ihn geradezu als „Profi für derartige Geschäfte“): Schon einmal hatte er gegen Zahlung eines entsprechenden Salärs einer Studentin aus einem östlichen Lande zur österreichischen Staatsbürgerschaft und damit zu einem Studienplatz verholfen.

Moshe Dayan, der nachmalige israelische Verteidigungsminister (geb. 1915) heiratete gegen Ende der 30er Jahre eine ihm ebenfalls unbekanntem deutsche Jüdin, um sie der Verfolgung durch die Nazis zu entziehen und ihr die Ausreise aus Hitler-Deutschland zu ermöglichen. Während der Teilung Deutschlands kam die Eingehung von Scheinehen zwecks Ermöglichung der Ausreise aus der DDR ebenfalls vor.³⁷

Kennzeichen für eine Scheinehe ist, daß die Nupturienten eine umfassende Lebensgemeinschaft (§ 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht aufnehmen wollen, sondern ausschließlich zur Erreichung sekundärer Zwecke heiraten: außer den beiden geschilderten Fällen etwa zwecks Namenserwerbs, zwecks Erlangung einer Steuerermäßigung, eines Erbrechts, eines Zeugnisverweigerungsrechts oder einer Strafvergünstigung, oder auch zwecks leichteren Erwerbs einer Wohnung in Zeiten der Wohnungszwangswirtschaft.³⁸ Praktisch ganz im Vordergrund stehen heute Scheinehen zwischen In- und Ausländern zwecks Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis oder zwecks Verhinderung der Abschiebung; dieser Problembereich beschäftigt wiederholt die Gerichte (dazu näher *sub* 5) und sogar die Tagespresse. Wegen der Anziehungskraft des deutschen Wirtschafts- und Sozialsystems versuchen zahllose [663] Einwanderungswillige und Zufluchtsuchende, die rechtlichen Barrieren für eine Einwanderung oder Anerkennung als Asylant durch Eingehung einer Scheinehe zu umgehen. Das liberalisierte Scheidungsrecht erleichterte es, den Ehestatus nach Erreichung des beabsichtigten Zwecks bald wieder aufzugeben (dazu u. Fn. 53); damit trug es bei zur Erniedrigung der sozialpsychologischen Schwellenangst vor einer Heirat *pro forma*. Familiensoziologisch bildet die Scheinehe die Kehrseite zum ehelosen

³⁷ Über zahlreiche weitere Fälle von Scheinehen, auch zwecks Lebensrettung, berichtet anschaulich STURM, Scheinehen: ein Mittel zur Gesetzesumgehung? Festschr. Ferid (1988) 519ff. mit sachkundigem rechtsvergleichendem Überblick (Frankreich, Schweiz, Österreich, Italien).

³⁸ Eine Papierheirat zwecks Mietrechtserwerb bildet meiner Erinnerung nach das Motiv einer Novelle des dänischen Schriftstellers FINN SØBORG. Eine gewisse dramatische Zuspitzung ergibt sich, als der glückliche Besitzer einer Wohnung, ein alter Herr, sich anschickt, die Ehe mit der ihm zum Schein angetrauten jungen Frau zu vollziehen. Sein Begehren übersteigt jedoch seine Kräfte...

Zusammenleben *more uxorio*: Bildet die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine „Ehe ohne Trauschein“, so verbindet die Partner einer Scheinehe umgekehrt bloß der vorzeigbare Trauschein; eine Ehe wird ansonsten nicht geführt, eine Lebensgemeinschaft nicht verwirklicht. Die eingebürgerten Ausdrücke ‘Scheinehe’, ‘Scheinheirat’ kennzeichnen das Phänomen wegen ihres beabsichtigten Doppelsinns treffend. Rechtsdogmatisch mag man darüber streiten, ob diese Erscheinung des Rechtsmißbrauchs eher der Kategorie der Scheingeschäfte (§ 117 BGB) oder der Umgehungsgeschäfte zuzuordnen und darum vielleicht eine andere Bezeichnung (wie „zweckwidrige Ehen“)³⁹ sinnvoller wäre.

2. Schon das römische Recht kannte mißbräuchliche Heiraten ohne die Absicht einer Eheführung,⁴⁰ z. B. einer jungen Frau mit einem Greis zwecks Befreiung von der Geschlechtsvormundschaft, oder um der von Augustus eingeführten Ehepflicht *pro forma* zu genügen und die an ihre Nichterfüllung geknüpfte Kaduzierung der Erbberechtigung zu vermeiden. Simulierte Ehen hielten die römischen Juristen für nichtig.⁴¹ Die jüngere deutsche Geschichte unseres Problems ist gekennzeichnet von merkwürdigen Schwankungen des Gesetzgebers. Der von PLANCK erstellte Vorentwurf zum BGB enthielt den Nichtigkeitsgrund „wenn die Eheschließung infolge einer Verabredung der Eheschließenden nicht in der Absicht, wirklich eine Ehe einzugehen, sondern zu dem Ende erfolgt ist, um den Schein einer Eheschließung hervorzurufen“.⁴² Die 1. BGB-Kommission lehnte diesen Vorschlag ab mit der Begründung, die Eingehung von Scheinehen dürfe im öffentlichen Interesse nicht geduldet werden; darum sei schon ein bloßer Hinweis darauf im Gesetz in hohem Maße bedenklich. Das Institut der Ehe vertrage keinen Mißbrauch; wer in gesetzlicher Form heirate, müsse zu seinem Worte stehen. Die gesetzlichen Scheidungsvoraussetzungen [664] würden ansonsten aufgeweicht und eine Ehe auf Zeit ermöglicht. Das Gegenargument, es sei zwecklos, Personen, welche die Form der Eheschließung mißbrauchen, zur Strafe an ihre Ehe zu binden, falle nicht ins Gewicht.⁴³ Die 2. Kommission folgte dieser Linie und wollte durch einen § 1259b überdies ausdrücklich klarstellen, daß ein geheimer Vorbehalt oder die Absicht zur Eingehung einer Scheinehe

³⁹ MÜLLER-FREIENFELS, StAZ 1962, 145ff.; MünchKomm.-WACKE (3. Aufl. 1993) § 1353 BGB Rz 11. „Limited purpose marriage“ nennt man sie in den USA: U. KARTZKE, Scheinehen zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile (München 1990; von HELDRICH, JAYME und D. COESTER-WALTJEN betreute Diss.) 8.

⁴⁰ Dazu fesselnd JHERING, Geist des römischen Rechts III (4. Aufl. 1988 = 8. Aufl. 1954) §§ 57, 58. Vgl. auch G. STREIBEL, Die Scheinehe in ihrer geschichtlichen Entwicklung (Diss. Greifswald 1917).

⁴¹ Gaius D. 23,2,30. Nichtig waren auch vorgetäuschte Scheidungen: KASER, Das röm. Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 243 m. Fn. 10-11.

⁴² § 41 Nr. 2 bei SCHUBERT, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht I (1983) 12. Zur Gesetzgebungsgeschichte KARTZKE 11ff.; JÖRG KRETSCHMER, Scheinehen (Frankfurt/M. 1993) 21ff.

⁴³ Motive zum 1. BGB-Entwurf IV 55, bei MUGDAN IV 31f.

auch bei Kenntnis oder Einverständnis des anderen Nupturienten außer Betracht zu bleiben habe. Diese Vorschrift wurde jedoch als entbehrlich letztlich nicht übernommen, da Scheinehen unzweifelhaft als gültig betrachtet wurden.⁴⁴

Im November 1933 wurde mit dem ins BGB eingefügten § 1325a die Nichtigkeitserklärung von Namenssehen als einer Unterart von Scheinehen eingeführt. Ausschließlich oder vorwiegend zu dem Zweck geschlossene Ehen, der Frau die Führung des Mannesnamens zu ermöglichen, ohne daß eine eheliche Lebensgemeinschaft begründet werden solle, waren danach vernichtbar. In der amtlichen Begründung heißt es, Adlige und sonstige Angehörige altbekannter Familien hätten mit ihrem Namen einen unwürdigen Handel getrieben und dadurch Eheschließung und Adoption zu Schachergeschäften mißbraucht.⁴⁵ Zur Bekämpfung des Mißbrauchs hätten die bisherigen Vorschriften nicht genügt.

Die Vernichtbarkeit der Namenshehe wurde ins Ehegesetz von 1938 als § 23 übernommen und um den Fall erweitert, daß allein zwecks Erwerbs der Staatsangehörigkeit geheiratet wurde. Diese Ausdehnung wurde der amtlichen Begründung zufolge besonders von Seiten Österreichs gewünscht, weil es gerade dort häufig vorgekommen sei, daß unerwünschte Ausländerinnen durch eine *pro forma*-Heirat die österreichische Staatsangehörigkeit zum Zwecke einer beruflichen Niederlassung in Wien erstrebten.⁴⁶ Kurz zuvor schon hatte das Reichsgericht den Nichtigkeitsgrund der Namenshehe aus § 1325a BGB auf einen Fall der Staatsangehörigkeitsehe analog angewendet.⁴⁷ Das Ehegesetz des Alliierten Kontrollrats von 1946 behielt in § 19 nur den Nichtigkeitsgrund der Namenshehe bei. Nach der Preisgabe des Prinzips der einheitlichen Staatszugehörigkeit der Familie ist der oben II 1 geschilderte [665] österreichische Fall des automatischen Erwerbs der Staatsangehörigkeit durch Heirat für das deutsche Recht irrelevant geworden.⁴⁸ Der ausländische Ehegatte eines Deutschen

⁴⁴ Protokolle der 2. Kommission IV 73, bei MUGDAN IV 721ff.

⁴⁵ Gesetz gegen Mißbräuche der Eheschließung und Annahme an Kindes Statt vom 23. Nov. 1933, RGBl. 1933 I 979; amtl. Begründung in DJ 1933, 765. LÜDERITZ drückt das so aus, daß sich „nach dem ersten Weltkrieg verarmte Adlige von geltungssüchtigen Frauen kaufen [d. h. ihren Namen abkaufen] ließen“: LÜDERITZ, Mißbräuchliche Personenstandsänderung - oder: spouse leasing in Germany, Festschr. Oehler (1985) 487ff., 491. Nach STURM (o. Fn. 37) 528 war das Verbot der Namenshehe ein Postulat aus „Adelskreisen“. Von einer „Adelsnamenschutzvorschrift“ spricht von SPOENLA-METTERNICH, Namenswerb, Namensführung etc. (Frankfurt/M. 1997) 87. Die frühe Novelle des NS-Gesetzgebers paßt tendenziell zu anderen seiner Maßnahmen gegen Rechtsmißbrauch, s. OTTE, NJW 1988, 2838f.

⁴⁶ Angeführt bei KARTZKE 13f.

⁴⁷ RG vom 7.4.1938, JW 1938, 1724. Allgemein zur (überwiegend abgelehnten) Analogiefähigkeit der Vorschriften über die Nichtigkeit von Namens- und Staatsangehörigkeitsehe KARTZKE 15ff.

⁴⁸ Obwohl auch Österreich 1965 den automatischen Erwerb der Staatsbürgerschaft durch Eheschließung beseitigte, wurde dort weiterhin nur zum Zwecke des Erwerbs geheiratet, s. STURM 525. Wegen zutage getretener Mißbräuche wurde das Antragsrecht der Ehefrau eines Österreicherers 1983 eingeschränkt, s. KRETSCHMER (o. Fn. 42) 29.

hat nach §§ 8-9 n. F. des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes nur ein Recht auf Einbürgerung unter bestimmten Voraussetzungen durch Dekret.

Das 1. Ehereformgesetz von 1976 beseitigte schließlich auch den Nichtigkeitsgrund der Namensehe.⁴⁹ Die seit 20 Jahren nicht mehr angewendete Vorschrift wurde als Relikt überholter gesellschaftlicher Verhältnisse betrachtet.⁵⁰ Übersehen wurde dabei, daß die gleichzeitig eingeführte Wahlmöglichkeit bei der Bildung des Ehenamens gemäß § 1355 BGB n. F. die Mißbrauchsgefahr eher steigerte, folglich das Bedürfnis für die Vernichtbarkeit solcher Scheinehen erhöhte.⁵¹ Die Sonderstellung der Namensehe als einzig vom Gesetz bekämpfter (wenngleich nicht besonders gefährlicher) Form der Scheinehe sprach nicht für deren Beseitigung;⁵² geboten war im Gegenteil die konsequente Ausdehnung der Vernichtbarkeit auf andere, nicht minder zu mißbilligende Ausprägungen der Scheinehe. Diesen Schritt vollzog unser Gesetzgeber jedoch erst 22 Jahre später mit der am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Neuregelung des Eheschließungsrechts (unten 6).

3. Wie die wechselvolle Gesetzgebungsgeschichte ergibt, nahm der Bundesgesetzgeber von 1976 die Gefahr einer rechtsmißbräuchlichen Ausnutzung der Eheschließung zu ehewidrigen Zwecken sehenden Auges in Kauf. Eine Nichtigerklärung oder Aufhebung von Scheinehen der beschriebenen Art kam bis zum 30. Juni 1998 wegen des *numerus clausus* der Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe (§§ 16, 28 EheG) nicht in Betracht. Zudem bewährt sich auch hier die durch VON TUHR gezogene Parallele zwischen Simulation und Aufhebungspaktum: Eine heute geschlossene Ehe kann ich nicht morgen wieder einvernehmlich auflösen. Die Simulationsabrede ist darum [666] statusrechtlich ebenso irrelevant wie eine Aufhebungsabrede. In Ermangelung eines gesetzlichen Aufhebungstatbestandes ist eine Scheinehe darum gültig. Und sie bleibt bestehen, bis ein Partner nach Einhaltung der Trennungsfristen (§ 1566 BGB)⁵³ ein Scheidungsurteil

⁴⁹ § 19 EheG wurde „außer Wirksamkeit“ gesetzt. Regelrecht aufheben konnte der Bundesgesetzgeber nämlich das höherrangige Recht des Alliierten Kontrollrats nicht. Die faktische Beseitigung durch den Bundesgesetzgeber erinnert an das Verfahren des römischen Prätors, soweit er formell fortgeltendes Zivilrecht *corrigendi causa* praktisch nicht mehr anwandte.

⁵⁰ Amtl. Begründung, bei KARTZKE 14f. Ähnlich LÜDERITZ 491: „praktisch totes Recht“. Aus Österreich gibt es zum dort fortgeltenden § 23 EheG von 1938 eine veröffentlichte und mehrere unveröffentlichte Entscheidungen, angeführt bei STURM 525 m. Fn. 48. Der Nachweis der subjektiven Voraussetzungen für eine Namens- oder Staatsangehörigkeitsehe ist allerdings äußerst schwierig.

⁵¹ Krit. WACKE, FamRZ 1977, 516; Münch-Komm.-WACKE § 1355 Rz 29 m. weit. Nachw. Über ein praktisches Beispiel (OLG Hamm, unveröff.) berichtet STURM 529: Junger Zuhälter heiratete verarmte adelige Greisin, um sich zwecks Geschäftsförderung gemäß § 1355 BGB n. F. deren wohlklingenden Namen zuzulegen.

⁵² Dies gegen GERNHUBER / COESTER=WALTJEN, Familienrecht (4. Aufl. 1994) § 3, 11.

⁵³ Nach verbreiteter Meinung sogar ohne Einhaltung der Trennungsfristen: MünchKomm.-A. WOLF (3. Aufl.) § 1565 Rz 73c stellt die Scheinehe ohne nähere Diskussion der von Anfang an gescheiterten Fehlehe (§ 1565 Abs.

erstreitet. Vor Rechtskraft des die Rechtslage gestaltenden Scheidungsurteils kann sich niemand auf den Willensmangel berufen (vgl. §§ 23, 29 EheG, § 1564 I 2 BGB).

Ein Fortschritt der mit dem BGB im Jahre 1900 in Kraft getretenen Regelung der Ehe bestand in der Abkehr von der Beachtlichkeit der Mentalreservation nach kanonischem Eheschließungsrecht.⁵⁴ Die vom Gesetzgeber gegenüber der Scheinehe eingenommene Position befriedigt jedoch nicht. Daß die Institution der Ehe keinen Mißbrauch verträge, sind hehre Worte. Einen möglichen Mißbrauch verhindert man jedoch nicht, indem man ihn totschweigt (wie von der 1. BGB-Kommission gewollt: o. Fn. 43). Mit dessen stillschweigender Duldung macht sich der Gesetzgeber vielmehr daran mitschuldig, er leistet dem Mißbrauch Vorschub.⁵⁵ Der nicht Gesetz gewordene Vorschlag der 2. BGB-Kommission hätte der Mißbrauchsmöglichkeit sogar ausdrücklich den Weg gewiesen. Das Ausmaß des Ansturms zuzugswilliger Ausländer in unser Wohlstandsland war vor über einem Jahrhundert allerdings noch nicht absehbar (wohl erkennbar war dies hingegen 1976); und die Nazi-Herrschaft zwang umgekehrt Tausende von Mitbürgern in die Emigration.

Die Zusage eines Entgelts für die *pro-forma*-Heirat ist ein sittenwidriges Versprechen (§ 138 BGB). Das Entgelt könnte etwa die zu erwartenden Scheidungskosten ausgleichen;⁵⁶ bei Erhebung der Scheidungsklage wird es aber oft schon verbraucht [667] sein. Auch wenn noch beim Empfänger vorhanden, ist es wegen § 817 Satz 2 BGB nicht rückforderbar.⁵⁷ Den Verlust der aufgewendeten Heiratsprämie wiegen die von unserem Sozialstaat für den zugezogenen Ausländer zu erbringenden Unterstützungsleistungen oft um ein vielfaches

2 BGB) gleich. Wer den Jongleuren die Entlassung aus der Ehe derart leicht macht, hängt die Scheu vor solchem Spiel mit dem Rechtsinstitut jedoch noch niedriger und degradiert den Staat zum Komplizen. Ein bewußt selbst herbeigeführter „Härtefall“ ist keine unzumutbare Härte im Sinne von § 1565 Abs. 2 BGB; *volenti non fit iniuria*. Für Einhaltung des Trennungsjahrs mit Recht auch KARTZKE 89ff. m. weit. Nachw. Der ausländische Ehegatte eines Deutschen erwirbt ein eigenständiges Aufenthaltsrecht gemäß § 19 des Ausländergesetzes ohnehin grundsätzlich erst nach mindestens 4jährigem rechtmäßigen Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet: eine faktische Bremse gegen von STURM 524 sogenannte „Ex-und-hopp“-Eheschließungen.

⁵⁴ Dazu HOLZHAUER (o. Fn. 2) 125ff.; STURM (Fn. 37) 536f.

⁵⁵ KALLIMOPOULOS (o. Fn. 9) 269.

⁵⁶ Aufgrund veröffentlichter Judikate von 1981-85 nennt LÜDERITZ (Fn. 45) 488 Preise zwischen 1.500 und 9.000 DM (was mit Zeitungsmeldungen übereinstimmt): relativ niedrige Beträge (auch nach LÜDERITZ) im Vergleich etwa zu den heutigen Kosten eines Neuwagens der Mittelklasse. Höhere Beträge (bis 15.000 Fr.) boten der Prostitution nachgehende Ausländerinnen Schweizer Bürgern: STURM 524.

⁵⁷ Ob nach dem Vorbild von Haustür- und Verbraucherkreditgeschäften nicht auch das Ja-Wort vor dem Standesbeamten binnen einer Woche widerrufbar sei, wurde aus Laienkreisen bereits gefragt - offenbar war das vereinbarte Entgelt nicht gezahlt worden. Die Abschaffung von Aufgebot und Trauzeugen-Erfordernis (§ 1312 BGB n. F.) beraubt die Eheschließung der Sollemnität und könnte der offenbar verbreiteten Mentalität künftig Vorschub leisten, keine Erklärung sei verbindlich und man könne sich alles nochmals überlegen.

auf. Prozeßkostenhilfe für das Scheidungsverfahren ist nicht zu bewilligen: Wer vorsätzlich eine Ehe zum Schein eingeht, hat die Notwendigkeit für deren Auflösung mutwillig provoziert.⁵⁸

4. Soweit die Verwirklichung ehelicher Rechte und Pflichten Privatsache der Partner bleibt, ist die Scheinehe nicht weiter aufregend. Daß aber die öffentlichen Stellen, Behörden und Ämter, deren Täuschung beabsichtigt ist, vom Bestand der Ehe ausgehen müssen, ist der eigentliche Mißstand. Die Streitfrage, ob ein Standesbeamter, der den Mißbrauch erkennt, den Vollzug der Trauung zu verweigern habe, ist zu bejahen.⁵⁹ Als Beamter ist es nicht seine Aufgabe, wie ein Statist an einer Komödie mitzuspielen, bei der die Schein-Verlobten zum ersten und zugleich letzten Male vor der beabsichtigten Scheidung einander begegnen. Wer als Ausländer bloß zwecks Erlangung öffentlichrechtlicher (Neben)zwecke eine Inländerin heiratet, erzeugt einen doppelten, wenn nicht gar dreifachen Verwaltungsaufwand: Den Standesbeamten veranlaßt er zur Vornahme der Trauung und Beurkundung (§ 14 EheG), damit erzeugt er den Rechtsschein einer Ehe. Der erlangte „Persilschein“ berechtigt zum Bezug von Sozialleistungen und belastet überdies die Ausländerbehörde mit zusätzlicher Argumentations- und Beweislast bei der Entscheidung über die beantragte Aufenthaltsbewilligung. Auf einen solchen, dem Grundsatz der Verfahrenskooperation zwischen den Behörden widersprechenden Verwaltungsaufwand besteht kein [668] legitimer Anspruch.⁶⁰ Die bisherige Gesetzeslage bot für die Weigerung des Standesbeamten allerdings nur eine höchst schwache Basis (zur Neuregelung unten 6). Die Argumentation mit der Bedingungsfeindlichkeit der Konsenserklärung gemäß § 13 Abs. 2 EheG war eher ein Ausdruck von Hilflosigkeit.⁶¹ Denn die Abrede alsbaldiger Scheidung wird nicht zur Bedingung erhoben, sondern wohlweislich verschwiegen, und sie müßte wegen Unanwendbarkeit des § 117 Abs. 1 BGB nach dem erklärten Willen des

⁵⁸ § 114aE ZPO analog: zutr. LÜDERITZ (o. Fn. 45) 494, mit reichen Rechtssprechungsnachweisen, auch S. 489 m. Fn. 27; streitig, differenzierend KARTZKE 91ff. Auszunehmen sind Heiraten „aus Mitleid“ oder von willensschwachen Personen. Die Judikatur ist großzügig: bejahend die OLGe Frankfurt und Nürnberg, FamRZ 1996, 615.

⁵⁹ Beifallswert MünchKomm./MÜLLER=GINDULLIS (3. Aufl.) § 13 EheG Rz 12 m. eingehender Begr.; a. A. GERNHUBER/COESTER=WALTJEN (o. Fn. 51) § 11 II 9; eingehend PAWLOWSKI, Überlegungen zur sog. Scheinehe, FamRZ 1991, 501ff. Über eine Umfrage über die Praxis der Standesbeamten berichtet FINGER, StAZ 1984, 89-94.

⁶⁰ Ähnlich LÜDERITZ (o. Fn. 45) 493f.

⁶¹ Ähnlich LÜDERITZ 492; STURM 535; ausführlich KARTZKE 18-33; Kretschmer (O. FN. 42) 69-90. Nur eine ausdrücklich hinzugefügte Bedingung oder Befristung verhindert im Interesse der Rechtssicherheit das Zustandekommen des *actus legitimus* einer Eheschließung (s. jetzt § 1311 S. 2 BGB n.F.) oder Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB), weil diese wichtigen Geschäfte wegen der von ihnen abhängigen Rechte und Pflichten keinen Schwebezustand vertragen. Das kanonische Eheschließungsrecht unterschied hingegen zwischen zulässigen Bedingungen (z.B. Konfessionswechsel) und unzulässigen (bes. sittenwidrigen), s. WEIGAND, Liebe und Ehe im Mittelalter (1993) 119ff. (*de lege ferenda* für Nichtzulassung einer suspensiv bedingten Heirat S. 127).

Gesetzgebers überdies irrelevant bleiben. Erfahren wird ein Standesbeamter von der Simulationsabsicht überdies eher zufällig: etwa wenn um das Aufgebot kurzfristig nacheinander mit verschiedenen Partnern nachgesucht wird⁶² (weil der ursprüngliche Heiratskandidat absprang), oder wenn sich (zusammen mit anderen Indizien) beide Partner in keiner gemeinsamen Sprache miteinander verständigen können. Zu vorherigen Ermittlungen, ob ernsthaft eine „regelrechte“ Ehe geführt werden sollte, ist der Standesbeamte jedoch nicht befugt.⁶³ Auf Anfragen in einem vorgeschalteten Gespräch würden auch nur Dumme hereinfliegen, die von profitgierigen Heiratsvermittlern nicht hinreichend präpariert wurden. Eine fortlaufende Überwachung wie nach US-amerikanischem Recht, ob nach der Heirat eine eheliche Lebensgemeinschaft geführt wird,⁶⁴ widerspräche unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Bei verbleibenden, jedoch für eine [669] Ablehnung der Trauung nicht hinreichenden Verdachtsgründen könnte dem ausländischen Heiratswilligen nach einem Vorschlag von LÜDERITZ (o. Fn. 45, S. 493f.) die vorherige Verpflichtungserklärung abverlangt werden, daß er aus seiner Eheschließung im Verfahren über seine Aufenthaltserlaubnis keinerlei Ansprüche herleiten werde. Würden die Verwaltungsgerichte eine solche Verzichtserklärung anerkennen, wäre die Freiheit der Eheschließung gewahrt und dem Heiratswilligen dennoch die Aussichtslosigkeit seines weiteren Bestrebens eingeschärft.⁶⁵

5. Eine geschlossene Ehe hat bis zur Auflösung durch Tod oder Gerichtsurteil jedermann zu respektieren (§§ 16, 23, 28f. EheG). Das gebietet die Tatbestandswirkung der Eheschließung und die Gestaltungswirkung des Auflösungsurteils. Daß sich ohne Gerichtsurteil „niemand auf die Nichtigkeit einer Ehe berufen kann“ (§ 23 EheG), gilt auch für die staatlichen Stellen. Für das Ausländerrecht läßt eine konsolidierte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte jedoch eine Ausnahme zu. Nach der Quintessenz dieser umfangreichen Judikatur wird einer Scheinehe ungeachtet ihrer zivilrechtlichen Gültigkeit

⁶² Beispiele bei LÜDERITZ 488f.

⁶³ OLG Hamburg, FamRZ 1983, 64f.; MünchKomm./MÜLLER=GINDULLIS § 13 EheG Rz 13; KARTZKE 79ff.

⁶⁴ Der US Immigration and Naturalization Service ermittelt regelmäßig durch getrennte Befragung der Eheleute (marriage fraud interview), ob ihre Heirat etwa bloß vorgetäuscht ist. Außer der Abgabe eidlicher Versicherungen umfaßt das Ermittlungsrecht auch Besuche in der ehelichen Wohnung einschließlich „bed-check“ (sogar Durchsuchung nach passenden Kleidern sowie getragener Wäsche), Befragung von Nachbarn und Arbeitgebern etc. Die Aufenthaltserlaubnis wird zunächst provisorisch (widerruflich) erteilt; bei der nach 2 Jahren zu beantragenden endgültigen Erlaubnis wird das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft nochmals überprüft („postmarital supervision“). Die Einzelheiten veranschaulicht der sehenswerte, vor einigen Jahren auch in Europa gezeigte Spielfilm „Green Card“ (mit GERARD DEPARDIEU und ANDY MCDOWELL). Die Überprüfungspraxis wird teilweise auch in den USA als verfassungswidriger Eingriff in die Privatsphäre der Eheleute kritisiert; zu allem fesselnd KARTZKE 130ff., 147ff.; KRETSCHMER 163ff., 206ff. Gegen amtliche Schnüffelei auch STURM (o. Fn. 37) 536, 545 m. Nachw.

⁶⁵ Dagegen jedoch beachtliche Gründe bei KRETSCHMER 127ff.

aufenthaltsrechtlicher Schutz versagt.⁶⁶ Begründet wird dies im wesentlichen mit einem abweichend vom bürgerlichen Recht definierten Schutzzweck des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG durch die Verwaltungsgerichte. Für die Herleitung eines Aufenthaltsrechts genüge nicht „die bloße Tatsache des Verheiratetseins, ...wenn die Eheleute keine eheliche Gemeinschaft beabsichtigen, sondern lediglich formell die Ehe eingingen, um dem Ausländer zu einem aus anderen Gründen angestrebten, ihm aber verwehrten Aufenthalt zu verhelfen“ (BVerwG 65, 174, 180). Diese Rechtsprechung führte zu einem besonderen „aufenthaltsrechtlichen“, vom herkömmlichen abweichenden (wenn man so will „materiellen statt formellen“) Ehebegriff: Zur bloßen „Tatsache des Verheiratetseins“ muß eine irgendwie faktisch gelebte Ehe hinzukommen, um aufenthaltsrechtlich relevant zu sein. Welcher Seite die Beweislast für oder gegen die materielle Führung einer Lebensgemeinschaft aufzubürden ist, bleibt als sekundär zu entscheidende Frage übrig (nach dem *favor matrimonii* der Behörde).⁶⁷ Die Indizien für mangelnde Seriosität des Eheschließungswillens gaben die Bundesländer bereits den Standesämtern in Kriterienkatalogen gesammelt kund.⁶⁸

[670] Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte bescherte uns damit einen gespaltenen Ehebegriff. Ihr Ziel, dem Rechtsmißbrauch Einhalt zu gebieten, ist legitim. Ihr Rückgriff auf das in bestimmter, vorgreiflicher Weise gedeutete Ehebild des Grundgesetzes schlägt jedoch eine Bresche ins gesetzliche Eherecht; darum ist sie von fragwürdiger Legalität. In scheinbar verfassungskonformer Weise desavouiert sie das mit der obligatorischen Zivilehe um der Tatbestandsklarheit willen geschaffene Eheschließungs- und Scheidungsmonopol. Dem Grundgesetz wird kurzerhand ein abweichender „materieller“ Ehebegriff „unterlegt“ (im Sinne Goethes: „legt ihr nichts aus, so legt was unter“: Zahme Xenien II). Das Verbot des Rechtsmißbrauchs (Art. 2 Abs. 2 Schweizer ZGB) wird damit entgegen der für unseren Fall bewußt abweichenden Entscheidung des deutschen Gesetzgebers angeblich von Verfassungs wegen von den Verwaltungsgerichten aktualisiert.⁶⁹ So wurde ein Ventil geschaffen (ähnlich wie im kanonischen Recht, welches

⁶⁶ BVerwGE 65, 174 (Grundsatzurteil von 1982); zahlr. weit. Ang. bei KARTZKE 115ff., 121ff.; KRETSCHMER 130ff., passim. Überblick über die umfangreiche Rechtsprechung bei SCHIEDERMAIR/ WOLLENSCHLÄGER, Handbuch des Ausländerrechts (4. Lief. 1988) Abt. 3 D Rz 120ff., 136ff. Zum Familienschutz im Ausländerrecht eingehend CL. MEISSNER, Jura 1993, 1-11, 113-118.

⁶⁷ Vgl. STURM 536. Für strenge Beweisforderungen SCHIEDERMAIR/ WOLLENSCHLÄGER Rz 137. Zur praktischen Beweisführung KRETSCHMER 137ff.

⁶⁸ Wiedergegeben bei STURM 534; KARTZKE 83ff. Ein Rundschreiben des Hessischen Innenministeriums in StAZ 1995, 253f.

⁶⁹ Das Schweizer Bundesgericht wandte Art. 2 Abs. 2 ZGB 1939 auf eine Staatsangehörigkeitsehe an: BGE 65 II 133. Ein späteres Gesetz (Art. 120 Abs. 4 ZGB) bestätigte diese Rechtsprechung; vgl. KARTZKE 67f.

aus theologisch-dogmatischen Gründen keine Ehescheidung anerkennt, in Gestalt der Mentalreservation als Nichtigkeitsgrund jedoch ein ähnliches Ventil zulassen mußte: o. Fn. 54). Angesichts des Versagens unserer staatlichen Ehegesetzgebung in diesem Punkte – ein gewiß legitimer – Schleichweg zwecks Abwehr der zahllosen Schliche zuzugswilliger Ausländer.⁷⁰ Zerrbilder der Ehe verdienen gewiß keinen verfassungsrechtlichen Schutz. Wer aber dem Grundgesetz einen materiellen Ehebegriff zugrunde legt, läuft Gefahr, über kurz oder lang *e contrario* nichtehelichen Partnerschaften als deren Kehrseite (o. II 1 a E), weil sie materiell dem Ehebild entsprächen, verfassungsrechtlichen Schutz zu gewähren, was zweifellos nicht erwünscht ist. Nichteheliches Zusammenleben wird von Art. 6 Abs. 1 GG bisher ignoriert.⁷¹

6. In dem seit mehr als zwanzig Jahren geplanten Gesetz zur Reform der Eheschließung war ein Verbot von Scheinehen nicht vorgesehen.⁷² Erst in der Schlußphase der Beratungen änderte der Gesetzgeber hierüber seine seit Jahrzehnten eingenommene [671] Haltung. Nach dem zum 1. Juli 1998 in Kraft getretenen § 1310 Abs. 1 BGB n. F. muß der Standesbeamte die Eheschließung verweigern, wenn offenkundig ist, daß die Ehe nach § 1314 Abs. 2 aufhebbar wäre. Damit ist die oben Ziff. 4 erörterte Streitfrage im auch hier bejahten Sinne entschieden. Die gleichzeitige Abschaffung des Aufgebots ist allerdings ein Kardinalfehler; dies erschwert die Erkenntnis der Heuchelei ebenso wie die Aufdeckung etwaiger Ehehindernisse.⁷³ Aufhebbar ist die Ehe nach der in Bezug genommenen Vorschrift des § 1314 Abs. 2 BGB n. F. bei Willensmängeln (Nr. 1-4) sowie insbesondere (Nr. 5) „wenn beide Ehegatten sich bei der Eheschließung darüber einig waren, daß sie keine Verpflichtung gemäß § 1353 Abs. 1 BGB begründen wollen“.⁷⁴ In der amtlichen

⁷⁰ STURM (o. Fn. 37) 534f. konstatiert ein „Versagen des Gesetzgebers in fast allen Ländern“ gegenüber der „Scheinehen-Seuche“, gegenüber dem an Sklavenhandel gemahnenden, von professionellen Schleusern, Hintermännern und Komplizen betriebenen schmutzigem Geschäft und berichtet über spektakuläre Fälle von Ausbeutung. - Die Vermittlung einer Scheinehe zwecks Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis ist strafbar als Beihilfe zu § 92 Abs. 1 Nr. 7 AuslG von 1990 (früher § 47 Abs. 1 Nr. 6): OLG Frankfurt/M. NStZ 1993, 394.

⁷¹ h. M.; Überblick bei MünchKomm.-WACKE, Nach § 1302 BGB Rz 4. Über Familiennachzug und Ausweisung nichtehelicher Lebenspartner J. WEGNER, FamRZ 1996, 587ff.

⁷² Dies kritisierten BOSCH, FamRZ 1982, 872f.; FINGER, JZ 1983, 130. Der deutsch-deutsche Arbeitskreis konnte sich auf einen Mißbrauchstatbestand nicht einigen: s. HOLZHAUER, Vorschlag eines Gesetzes zur Wiedereinfügung des Eheschließungsrechts in das BGB, in: RAMM/GRANDKE, Deutsche Wiedervereinigung: Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung (1995) 43ff., 57.

⁷³ Moderne Publizitätsmittel (Tagespresse, wie in manchen Ländern üblich) wurden stattdessen mit Recht für das Aufgebot schon lange gefordert von GERNHUBER (4. Aufl. von COESTER=WALTJEN) § 11 II 1. Im Vorschlag der deutsch-deutschen Kommission war noch eine „Anmeldung“ vor dem Standesbeamten enthalten: HOLZHAUER (vorige Fn.) 57.

⁷⁴ Mein Fakultätskollege ALEXANDER LÜDERITZ machte mich bald nach Verkündung der Gesetzesnovelle (8. Mai 1998) und kurz vor seinem Tode (4. Juli 1998) auf die versteckte Neuregelung aufmerksam. Trotz seiner heimtückischen Erkrankung blieb er bis zuletzt auf dem laufenden.

Begründung dazu heißt es lapidar, mit der Aufhebbarkeit einer einvernehmlich nur formal, ohne die Absicht zur Begründung einer Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft eingegangenen Scheinehe werde die Mißbilligung der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme des Instituts der Ehe mittels sach- und systemgerechter Sanktion zum Ausdruck gebracht.⁷⁵ Antragsberechtigt zur gerichtlichen Aufhebung ist außer jedem Ehegatten gemäß § 1316 BGB n. F. die von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung als zuständig bestimmte Verwaltungsbehörde (herkömmlich war dies die Staatsanwaltschaft).

Der von PLANCK im Vorentwurf zum BGB enthaltene Vorschlag (oben 2) wurde damit über ein Jahrhundert später (bloß in der Formulierung abweichend) endlich verwirklicht. Der Vorteil der Gesetzesnovelle liegt in der den Verwaltungsbehörden eingeräumten Befugnis, *ex officio* gegen Scheinehen einschreiten zu können und nicht vom Belieben einer beteiligten Privatperson abhängig zu sein, nämlich ob und wann ein Ehegatte das Scheidungsverfahren einleitet. Für das Privatinteresse der Partner an der Auflösung ihrer Scheinehe genügte das bisherige Scheidungsrecht völlig. Ihnen die Aufhebung zu erleichtern, lag nicht im Plan der Eheschließungsrechtsnovelle. Für den Aufhebungsantrag eines Partners einer Scheinehe müssen darum die Scheidungsvoraussetzungen entsprechend gelten. Wie der BGB-Gesetzgeber schon vor über 100 Jahren erkannte, muß eine Aufweichung der gesetzlichen Scheidungstatbestände auf dem Umweg über die Annullierungsklage verhindert werden (vgl. o. 2 vor Fn. 43). Die Bekämpfung des Mißbrauchs der Ehe darf nicht ihrerseits das Tor zu einem Mißbrauch, nämlich zu einer Umgehung der Scheidungsvoraussetzungen öffnen. Das Trennungsjahr ist darum, wenn ein Ehepartner die Aufhebung [672] aufgrund des neuen § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB beantragt, ebenso einzuhalten wie wenn er die Scheidung beantragt (o. Fn. 53). Die Partner müssen die Gelegenheit haben abzuwarten, ob sich ihre Ehe nicht vielleicht bewährt; solche Fälle kommen vor.⁷⁶

Gewissermaßen legitimiert die Neuregelung nachträglich die von den Verwaltungsgerichten gebilligte abweichende Praxis der Ausländerbehörden, welche den Scheinehen aufenthaltsrechtlichen Schutz versagt (oben 5). Abzuwarten bleibt, ob der spezielle aufenthaltsrechtliche Ehebegriff künftig beibehalten werden wird. Im Sinne der

⁷⁵ BT-Drucks. 13/9416 S. 28.

⁷⁶ Ein Beispiel bei STURM (o. Fn. 37) 519.

Einheit der Rechtsordnung wäre es zweifellos wünschenswert, den systemwidrigen gespaltenen Ehebegriff aufzugeben und zu einem einheitlichen Bild der Zivilehe zurückzukehren. Dies würde praktisch bedeuten, daß die Verwaltungsbehörden vor der Versagung von Aufenthaltsrechten für zugezogene Ehepartner zuerst das Gerichtsverfahren zur Aufhebung einer Scheinehe betreiben müßten. Da dieser Weg den Behörden das Prozeßkostenrisiko aufbürdet und wegen Überlastung der Familiengerichte zumal bei Ausschöpfung der Rechtsmittel einen Zeitverlust zur Folge hätte, besteht allerdings die Gefahr, daß die Ausländerbehörden ihre bisher erprobte Praxis fortsetzen werden. Könnte eine Scheinehe verwaltungsbehördlich weiterhin auch ohne Gerichtsurteil quasi als nicht existent behandelt werden, dann bestünde für das von Amts wegen einzuleitende, aber gemäß der Sollvorschrift des § 1316 Abs. 3 BGB n.F. nur eingeschränkt vom Legalitätsprinzip beherrschte gerichtliche Aufhebungsverfahren allerdings wenig Anwendungsdruck. Die Verfolgung von Scheinehen auf behördliche Initiative nach dem neu geschaffenen Aufhebungstatbestand des § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB könnte alsdann (wie nach dem früheren § 19 EheG) totes Recht bleiben. Das Prinzip, daß ohne Gerichtsurteil niemand sich auf das Nichtbestehen einer Ehe berufen darf, wird im Ausländerrecht voraussichtlich weiterhin durchbrochen werden. Das neue Eheschließungsrecht (welches die Nichtigkeitsklage beseitigte) proklamiert denn auch dieses Prinzip leider nicht mehr mit so wünschenswerter Klarheit wie das bisherige.⁷⁷

III. Zusammenfassung

Nach unserer Kernthese sind formgebundene Geschäfte wegen vom Empfänger erkannter Mentalreservation oder wegen Simulation entgegen §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 BGB nur insoweit nichtig, als sie einen formfreien Kontrakt in Gestalt eines Widerrufs oder Aufhebungsvertrages gestatten. Nach einem genialen, jedoch nicht genügend bekannt gewordenen Lehrsatz von TUHRs, dessen Richtigkeit und Tragweite es entgegen gelegentlichen Anzweiflungen (o. Fn. 23) zu verifizieren galt, sind Simulationsabreden

⁷⁷ Auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften sind laut Zeitungsmeldungen (FAZ Nr. 173 vom 29.7.98, S.4) nach einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts die ausländerrechtlichen Vorschriften über den Familiennachzug nicht anzuwenden. Nach vom Hessischen Innenministerium aufgestellten Richtlinien sollen für den Nachweis einer homosexuellen Lebensgemeinschaft eidestattliche Versicherungen der Partner genügen. Nach einer Rüge des Bundesinnenministers werden damit homosexuelle Partner günstiger behandelt als Ehegatten und nichteheliche Partnerschaften (o. Fn. 70). – Sollte nach dänischem Vorbild (s. den Bericht von WACKE, FamRZ 1990, 347ff.) auch bei uns eine amtliche Registrierung homosexueller Partnerschaften eingeführt werden (wofür sich eine *pressure group* stark macht), müßte analog zu den neuen §§ 1310 Abs. 1 a. E., 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB für Scheinregistrierungen ein entsprechender Mißbrauchstatbestand vorgesehen werden.

nämlich einem antizipierten Aufhebungspaktum gleichzusetzen, die Mentalreservation dementsprechend einem antizipierten Widerruf. Für das nicht empfangsbedürftige Testament folgt die Unbeachtlichkeit eines geheimen Vorbehalts nach der von uns verteidigten herrschenden Meinung schon aus der verbalen Anwendung von § 116 Satz 1 BGB, unterstützt durch einen Gegenschluß aus Satz 2. Erbverträge sind jedoch entgegen ganz herrschender Lehre (o. Fn. 25f.) trotz erkannter Mentalreservation oder Simulation gültig, weil ihre Aufhebung gemäß § 2290 Abs. 4 BGB gleichfalls der Form eines Erbvertrages bedarf. Ist eine formgerechte Aufhebung nicht mehr möglich (insbesondere nach dem Tode eines oder beider Erbvertragspartner), so ist im Interesse der Rechtssicherheit ein Simulationseinwand von vornherein unzulässig. Der einem Schuldvertrag fernstehende erbrechtliche Verfügungsvertrag verträgt den Einwand, bloß zum Schein abgeschlossen worden zu sein, ebensowenig wie die Eheschließung oder ein Ehegüterrechtsvertrag.⁷⁸ Auch bei Scheinehen bewährte sich schließlich VON TUHRS These: Entgegen § 117 Abs. 1 BGB sind sie gültig, weil auch deren Wiederaufhebung durch schlichten Parteikonsens ausscheidet; ihre Aufhebung kommt vielmehr nur in Betracht, soweit das positive Recht dies (wie gemäß der nach wechselvoller Geschichte zum 1.7.1998 in Kraft getretenen Neuregelung)⁷⁹ in einem gerichtlichen Verfahren ausdrücklich zuläßt.

⁷⁸ Spätestens seit dem Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung von 1875 (in Kraft getreten am 1.1.1876) gilt der Simulationseinwand gegenüber einer Heirat nicht mehr. Sobald die Ehe kein bloßer Vertrag mehr ist (vgl. zum römischen Recht o. Fn. 40), „sondern in publiker Weise vor einem staatlichen Organ vollzogen wird, müssen alle wesentlichen Elemente der Willenserklärung in dem Akte zutage treten. Daß die Parteien unter sich abgesprochen haben, eine Komödie aufzuführen, ist rechtlich unerheblich“ schrieb Jos. KOHLER, Studien über Mentalreservation und Simulation, Jherings Jb 16 (1878) 91ff., 126. Diese Ausführungen sind für andere Formalakte gleichermaßen richtig. Der Geltungsbereich eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ergibt sich aus den Grenzen des Erklärten. Ein etwa darüber hinausgehender, auch nicht durch Auslegung zu ermittelnder Parteiwille gilt im Sinne KOHLERS „als nicht vorhanden“.

⁷⁹ Zur Neufassung erschienen nach der Einsendung meines Manuskripts: HEPTING, FamRZ 1998, 713, 719 ff.; A. WOLF, FamRZ 1998, 1477 ff.