

freierung.<sup>151</sup> In der Literatur werden hierzu viele Auffassungen vertreten.<sup>152</sup>

Hinsichtlich der Bindungswirkung für die letztwilligen Verfügungen des Längerlebenden geht die herrschende Meinung vom Wegfall der Bindung ab Wiederheirat aus, sofern kein anderer gemeinsamer Wille ersichtlich ist.<sup>153</sup>

**Schlussbetrachtung:**

Der Beitrag belegt, dass Testamentsauslegung systematisch anhand einer Prüfungsreihenfolge zu erfolgen hat. Es bestehen anerkannte Methoden, um den tatsächlichen Erblasserwillen zu ermitteln. Im Grundsatz ist jedes Testament daraufhin zu überprüfen, ob es nicht auslegungs-

bedürftig ist. Das gilt auch bei einem vermeintlich klaren Wortlaut. Die Rechtsprechung und Rechtsliteratur hat Kriterien zur Abgrenzung geschaffen, die in diesem Beitrag für besonders praxisrelevante Konstellationen erörtert werden. Dennoch ist es oftmals nicht ganz leicht, vielleicht Jahrzehnte nach der Testamentserrichtung zu erforschen, was der Erblasser tatsächlich mit seiner Verfügung erreichen wollte.

151 BayObLGZ 1966, 277.

152 *Firsching/Graf*, Nachlassrecht, Rn. 1.226.

153 OLG Zweibrücken, ZEV 2013, 395; BayObLG, FamRZ 2002, 640, 641; Palandt/*Weidlich*, § 2269 Rn. 20.

## Ergänzende Testamentsauslegung: Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens

Rechtsanwalt Dr. Hans Hammann, Reutlingen\*



*Die ergänzende oder auch berichtigende Auslegung<sup>1</sup> verfolgt das Ziel, den rechtlich maßgeblichen Willen des Erblassers zu ermitteln und ihm Geltung zu verschaffen.<sup>2</sup> Dieses Ziel teilt sie mit der erläuternden Auslegung (siehe hierzu den Aufsatz von Horn, in diesem Heft, S. 410). Gleichwohl besteht kein Konkurrenzverhältnis und damit auch kein klassisches Stufenverhältnis, wie dies etwa im Verhältnis der (erläuternden und ergänzenden) Auslegung zu den subsidiär anwendbaren gesetzlichen Auslegungs- und Zweifelregelungen des BGB und zur Testamentsanfechtung der Fall ist („Auslegung vor Anfechtung“). Denn die beiden Formen der Testamentsauslegung<sup>3</sup> haben völlig unterschiedliche Anwendungsbereiche. Die erläuternde Auslegung dient der Klarstellung dessen, was der Erblasser mit seinen Worten hat sagen wollen. Demgegenüber geht es bei der ergänzenden Testamentsauslegung um die Vervollständigung einer Lücke (im Sinn einer unbewusst planwidrigen Unvollständigkeit) in einer Verfügung von Todes wegen.<sup>4</sup> Die ergänzende Testamentsauslegung fragt damit nicht nach dem wirklichen, sondern nach dem hypothetischen Willen des Erblassers.<sup>5</sup> Hiermit beschäftigt sich der nachfolgende Beitrag.*

### I. Ziel, Anwendungsbereich und Abgrenzung

Ermittelt wird bei der ergänzenden Auslegung der hypothetische Erblasserwille auf der Basis der auszulegenden (lückenhaften) Verfügung von Todes. Die ergänzende Testamentsauslegung steht damit in einem mehrfachen Abhängigkeitsverhältnis zu der auszulegenden Verfügung von Todes wegen. Letztere, genauer gesagt die in ihr – z.T. evident, z.T. aber auch erst im Rahmen der (erläuternden) Auslegung – zum Ausdruck kommenden praktisch/wirtschaftlichen Ziele des Erblassers bilden die Voraussetzung, die Grundlage und die Grenze der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens.<sup>6</sup> So scheitert eine ergänzende Testamentsauslegung, wenn ein mögliches (gewolltes) „Auslegungsergebnis“ nicht die Fortschreibung der konkreten Erblasserziele darstellt, mag es auch noch so sinnvoll sein.<sup>7</sup>

Die ergänzende Auslegung greift grds. bei jedem Irrtum des Erblassers über die seiner Verfügung zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse und alle zeitlich später eintretenden Veränderungen.<sup>8</sup> Liegt allerdings keine planwidrige Unvollständigkeit vor,<sup>9</sup> enthält das Testament also eine vollständige,

- 1 Vgl. zur Terminologie *Muscheler*, ErbR Bd. I Rn. 1862, der zutreffend feststellt, dass die Bezeichnung „berichtigende Auslegung“ zwar vorzugswürdig wäre, sich der Begriff „ergänzende Testamentsauslegung“ aber durchgesetzt hat.
- 2 Vgl. zu den unterschiedlichen dogmatischen Herleitungen der in Rechtsprechung und Literatur unstreitig zulässigen ergänzenden Testamentsauslegung etwa MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 74; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 34; *Rudolf/Seiler-Schopp*, in: *Rudolf/Bitler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, § 1 IV, S. 24 f.; *Muscheler*, ErbR Bd. I Rn. 1866 ff.
- 3 Vgl. zur Frage, ob es sich bei ergänzender Testamentsauslegung um eine Form der Auslegung handelt *Muscheler*, ErbR Bd. I Rn. 1862: „(...) muss (...) bezweifelt werden, ob man es überhaupt mit einer Frage der Auslegung zu tun hat.“
- 4 Vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2084 Rn. 34; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 73, 77 ff.; Palandt/*Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 8; *Horn*, in: *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 101; *Muscheler*, ErbR Bd. I Rn. 1862.
- 5 Vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 34; Palandt/*Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 10; *Horn*, in: *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 80.
- 6 Vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 9.
- 7 Vgl. etwa OLG München, Beschl. v. 19.12.2012 – 31 Wx 434/12, ZErB 2013, 33 (35). Das Gericht verneinte zutreffend eine ergänzende Testamentsauslegung mit der Begründung, dass keine auf den konkreten Erbfall bezogene letztwillige Verfügung vorlag, die hätte ausgelegt werden können.
- 8 Vgl. BayObLG, ZEV 1997, 339 (340).
- 9 So etwa im Fall OLG München, Beschl. v. 13.06.2013 – 31 Wx 267/12, ZErB 2013, 239.

\* Der Autor ist Fachanwalt für Erbrecht und Wirtschaftsmediator bei VOELKER&Partner in Reutlingen.

wenn auch irrtumsbedingte Regelung, so scheidet die ergänzende Auslegung aus. In Betracht kommt dann nur noch eine Anfechtung wegen Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB.<sup>10</sup> Ebenso findet die ergänzende Auslegung keine Anwendung, wenn der Erblasser bewusst nur eine Teilregelung getroffen hat,<sup>11</sup> oder wenn es darum geht, eine unterlassene letztwillige Verfügung zu ersetzen.<sup>12</sup>

#### Beispiel:

E betritt einen vereisten See und bricht ein. A rettet den bereits ohnmächtigen E, reanimiert ihn und bittet B bei dem verunglückten E zu bleiben, solange Lebensretter A Hilfe holt. Als E kurz darauf das Bewusstsein wiedererlangt, sieht er B und denkt, B habe ihm das Leben gerettet. Daraufhin errichtet E formwirksam das folgende Testament:

**Variante 1:** „B soll mein Erbe sein.“

**Variante 2:** „Mein Lebensretter soll mein Erbe sein.“

**Variante 3:** „B hat mir das Leben gerettet. Er soll mein Erbe sein.“

In der **Variante 1** kann das Testament nur angefochten werden (sofern die übrigen Voraussetzungen der Testamentsanfechtung vorliegen). Der knappe und eindeutige, wenn auch irrtumsbedingte Wortlaut lässt weder eine erläuternde Auslegung zu, noch bietet das Testament Raum für eine ergänzende Testamentsauslegung.

Bei der **Variante 2** geht es um die Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte, also um eine klassische erläuternde Auslegung. Das Testament kann unproblematisch in dem Sinn ausgelegt werden, dass Lebensretter A Erbe des E wird.

Nur und ausschließlich die **Variante 3** eröffnet den Raum für die ergänzende Testamentsauslegung. Irrtumsbedingt nennt das Testament B als Lebensretter und nicht A. Gleichzeitig geht aus dem Testament deutlich hervor, dass E seinen Lebensretter als Erben einsetzen wollte. Damit liegt eine irrtumsbedingte planwidrige Unvollständigkeit des Testaments vor. Gemessen an den Zielen des E, seinen Lebensretter als Erben einsetzen zu wollen (= Zweck des Testaments), kann das Testament in dem Sinn weiter und zu Ende gedacht werden, dass der tatsächliche Lebensretter A im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung berichtigend aus dem formwirksam errichteten Testament des E „herausgelesen“ werden kann und die Erbinsetzung des B entfällt.

## II. Planwidrige Unvollständigkeit: Lücken im Testament

Eine jede ergänzende Testamentsauslegung setzt voraus, dass (erstens) eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die (zweitens) eine Lücke im Sinn einer planwidrigen Unvollständigkeit<sup>13</sup> enthält. Die Gründe für die Lückenhaftigkeit spielen keine Rolle, sei es, dass dem Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die gegenwärtigen Umstände unbekannt waren, sei es, dass er die zukünftige Entwicklung nicht berücksichtigt hat oder dass er sie schließlich nicht hat vorhersehen können.<sup>14</sup>

Ob eine Verfügung von Todes wegen lückenhaft ist, zeigt sich an Hand eines Soll-Ist-Vergleichs. Die Kernfrage lautet: Wird der verfolgte Zweck / werden die Ziele des Erblassers durch

die Verfügung von Todes wegen erreicht werden oder nicht? In vielen Fällen ist die Antwort evident. Z.T. müssen allerdings erst die Erblasserziele, also der „Soll-Zustand“ (im Wege einer erläuternden Auslegung) ermittelt werden, bevor ein Abgleich mit dem „Ist-Zustand“, den Folgen bei einer Umsetzung des problematischen Testaments, möglich ist. Insofern ist die erläuternde Auslegung inzident vorzunehmen und kann – je nach Ergebnis – zum Ausschluss der ergänzenden Testamentsauslegung führen.<sup>15</sup> Denn steht der im Wege der erläuternden Auslegung ermittelte Erblasserwille fest, kann von ihm nicht im Wege der ergänzenden Auslegung abgewichen werden.<sup>16</sup>

### 1. Lücken nach Testamentserrichtung: nachträgliche Lücke

Unstreitig und vor allem erfasst die ergänzende Auslegung nachträgliche Lücken, d.h. auf den Zeitraum nach Testamentserrichtung bezogene Lücken. Sie können sich dadurch ergeben, dass sich nach Testamentserrichtung die Verhältnisse ändern oder die erwartete Entwicklung der Verhältnisse nicht eintritt und die getroffene Verfügung aus diesem Grund undurchführbar wird oder den vom Erblasser verfolgten Zweck nicht mehr erfüllt.<sup>17</sup>

Die unberücksichtigt gebliebenen Änderungen können unterschiedlichster Natur sein.<sup>18</sup> In Betracht kommen unvorhergesehene oder nicht berücksichtigte Veränderungen personeller oder sachlicher Art, bspw.

- Vorversterben eines Bedachten,<sup>19</sup>
- Geburt eines weiteren Kindes,<sup>20</sup>
- negative Entwicklung der Beziehung zu einem Begünstigten,<sup>21</sup>
- Scheidung und ggf. anschließende Wiederheirat,

10 Das Vorliegen einer ergänzungsbedürftigen Lücke grenzt die ergänzende Auslegung von der Anfechtung wegen Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB ab; vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 34; Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 86.

11 Vgl. Muscheler, ErbR Bd. I, Rn. 1863. Das gleiche gilt, wenn der Erblasser die bei Errichtung des Testaments maßgeblichen Umstände kannte und gleichwohl ein nicht dazu passendes Testament verfasste; vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 77.

12 Vgl. OLG München, FamRZ 2010, 1941, 1943 = ZErB 2010, 217; OLG München, Beschl. v. 19.12.2012 – 31 Wx 434/12, ZErB 2013, 33, 34.

13 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 34; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 38.

14 Vgl. OLG München, ZErB 2006, 315; KG, ZErB 2006, 100 = ZEV 2006, 173; Rudolf/Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 25 („Fehlen einer Regelung, die der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte, sie aber irrtumsbedingt nicht getroffen hat“).

15 Vgl. die krit. Auseinandersetzung von Muscheler, ErbR Bd. I, Rn. 1865 mit der Entscheidung BayObLG, FamRZ 1991, 982.

16 Vgl. BGH, FamRZ 1983, 380 (382); MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 78. Das ändert nichts daran, dass zwischen der erläuternden und der ergänzenden Testamentsauslegung aufgrund des unterschiedlichen Anwendungsbereichs kein klassisches Stufen- oder Abhängigkeitsverhältnis besteht.

17 Vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 8.

18 Vgl. näher Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 90 f.; Rudolf/Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 26 f.

19 Vgl. die grundlegende Entscheidung RGZ 99,82. Vgl. weiter OLG Nürnberg, ZEV 2010, 411 (414) = ZErB 2010, 216.

20 BayObLG, FamRZ 1991, 982.

21 OLG Hamm, JurionRS 2011, 19682; OLG Nürnberg, ZEV 2010, 411 (414) = ZErB 2010, 216.

- Auswirkung einer Scheidung auf letztwillige Zuwendungen an Schwiegerkinder,<sup>22</sup>
- frühes Ableben eines Ehegatten und ggf. anschließende Wiederheirat des länger Lebenden,
- Veränderungen in der Vermögenslage,
- Erhalt einer unerwarteten Erbschaft<sup>23</sup> oder Schenkung,
- Veräußerung eines zugewandten Gegenstands,<sup>24</sup>
- Wertveränderungen der durch Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstände.

Daneben können Änderungen im Bereich der Rechts- und Wirtschaftsordnung eine ergänzende Testamentsauslegung legitimieren, so

- Einführung der Zugewinnngemeinschaft,
- Einführung des Erbrechts nicht ehelicher Kinder durch das NEhelG,<sup>25</sup>
- Erweiterung des Erbrechts nicht ehelicher Kinder durch das Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nicht ehelicher Kinder v. 12.04.2011,<sup>26</sup>
- Währungsreform,
- Deutsche Wiedervereinigung,<sup>27</sup>
- Erhöhung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge zum 01.01.2009 durch das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts v. 24.12.2008.<sup>28</sup>

Erfasst werden also Bereiche, die bei Verträgen unter Lebenden typischerweise dem Rechtsinstitut des Fehlens oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB zuzuordnen wären. Die Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage sind im Erbrecht allerdings nicht anwendbar, da letztwillige Verfügungen weder entgeltliche Zuwendungen noch einen gegenseitigen Leistungsaustausch beinhalten.<sup>29</sup>

**Beispiel:**

Sieht ein Berliner Testament aus dem Jahr 2002 oder ein entsprechender Erbvertrag neben der gegenseitigen Alleinerbeinsetzung der Testierenden vor:

„(...) erhalten unsere Kinder und Enkelkinder im Vermächtniswege jeweils eine Beteiligung an den Immobilien oder Immobilien in Höhe des jeweiligen steuerlichen Freibetrages“,

und tritt der Erbfall in der Zeit nach dem 01.01.2009 ein, stellt sich die Frage nach der ergänzenden Testamentsauslegung. Denn im Zuge der Erbschaftsteuerreform<sup>30</sup> wurden die Freibeträge per 01.01.2009 pro Kind von 205.000,00 € auf 400.000,00 € und pro Enkel von 51.200,00 € auf 200.000,00 € erhöht. Würde man die zitierte Passage mit ihrer dynamischen Verweisung wörtlich nehmen, könnte die Vermächtnislust bei einem Erbfall bspw. im Jahr 2014 im Vergleich zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments je nach Zahl der Kinder und Enkelkinder geradezu explodieren, ohne dass dies im Zeitpunkt der Testamentserrichtung auch nur im geringsten abzusehen war. Das Testament ist daher im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung auslegungsbedürftig (und auslegungsfähig). Anders wäre dies nur, wenn ausdrücklich (oder im Wege der erläuternden Auslegung) der Wille der Erblasser feststehen würde, eine dynamische Verweisung ungeachtet der Folgen gewollt zu haben.

**2. Lücken vor Testamentserrichtung: ursprüngliche Lücke**

Nach h.M. rechtfertigt auch eine ursprüngliche Lücke die Anwendung der ergänzenden Testamentsauslegung.<sup>31</sup> Denn die Interessenlage bei einem von Anfang an lückenhaften Testament unterscheidet sich nicht wesentlich von den Fällen der nachträglichen Änderung<sup>32</sup>.

Ein ursprüngliche Lücke liegt vor, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung

- bereits vorhandene Umstände oder Entwicklungen außer Acht gelassen hat, etwa weil er sie nicht kannte,
- bereits vorhandene Verhältnisse falsch beurteilt hat,<sup>33</sup>
- einen tatsächlichen Umstand zwar kannte, hieraus aber fehlerhafte rechtliche oder tatsächliche Schlussfolgerungen gezogen hat,<sup>34</sup>
- sich über den Inhalt eines Vertrages geirrt und deshalb falsche Schlussfolgerungen gezogen hat.<sup>35</sup>

Nicht zur Anwendung kommt die ergänzende Auslegung regelmäßig dann, wenn es allein darum geht, dass die Rechtsfolgen einer erklärten Verfügungen unklar oder unvollständig geregelt sind. Denn dann kann regelmäßig im Wege der einfachen Auslegung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der wohlwollenden Auslegung (§ 2084 BGB) und der gesetzlichen Auslegungsregeln ein zufriedenstellendes Ergebnis erzielt werden.<sup>36</sup> Zudem ist auf die Grenzziehung zur Irrtumsanfechtung zu achten, damit § 2078 BGB nicht gegenstandslos wird.<sup>37</sup>

22 Reimann, ZEV 2011, 636.  
 23 OLG München, NJW-RR 2011, 1020 (1022).  
 24 LG Stuttgart, Urt. v. 07.05.2010 – 14 O 542/09 (nicht veröffentlicht).  
 25 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 78.  
 26 Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung v. 12.04.2011 (BGBl. I S. 615). Vgl. OLG München, ZErB 2013, 35 (verneint, weil keine auf den konkreten Erbfall bezogene letztwillige Verfügung vorlag, die im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung hätte ausgelegt werden können).  
 27 Vgl. Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 91 m.w.N. in Fn. 276.  
 28 BGBl. I S. 3018.  
 29 Vgl. BGH, NJW 1993, 850; OLG Düsseldorf, ZEV 1996, 466 m. Anm. Medicus, FamRZ 1996, 1302; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 35.  
 30 Vgl. Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts v. 24.12.2008 (BGBl. I S. 3018). Weitere Änderungen des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts erfolgten insbesondere durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz v. 22.12.2009 (BGBl. I 2009 S. 3950) und das Jahressteuergesetz 2010 v. 08.12.2010 (BGBl. I 2010 S. 1768).  
 31 Vgl. etwa Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 8.  
 32 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 82; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 36; BayObLG, FamRZ 1996, 1509 (1510); a.A. Kipp/Coing, ErbR, 11. Aufl. 1960, § 21 III 5 a.  
 33 BayObLG, NJW-RR 1997, 1438 (1439).  
 34 Vgl. BGH, NJW 1978, 264 (265 f.), wo der Gesellschaftsvertrag einer OHG einen nur vorübergehenden Eintritt als Gesellschafter ausschloss, der Erblasser aber aus Unkenntnis den Eintritt des endgültig Bedachten erst mit Vollendung des 40. Lebensjahres testamentarisch angeordnet hatte. Der BGH hat hier den Eintritt auf den Zeitpunkt des Erbfalls vorverlegt.  
 35 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 1438; OLG Zweibrücken, ZEV 2001, 27; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 36.  
 36 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 81; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 36.  
 37 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 36; Rudolf/Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bitler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 29.

### 3. Lücken nach Eintritt des Erbfalls

Streitig ist schließlich, ob auch Umstände, die zeitlich erst nach dem Erbfall eingetreten sind, für eine ergänzende Auslegung herangezogen werden können. Dafür spricht, dass es bei der ergänzenden Testamentsauslegung allgemein um die Feststellung des (hypothetischen) Erblasserwillens geht, den der Erblasser gebildet und formgerecht erklärt hätte, wenn er die Möglichkeit der Veränderung mitberücksichtigt hätte. Gleichwohl wird teilweise die Heranziehung nach dem Erbfall eingetretener Umstände unter Hinweis auf den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes der Erben abgelehnt.<sup>38</sup>

Die wohl h.M. differenziert demgegenüber – zu Recht – danach, ob die letztwillige Verfügung mit dem Erbfall ihre volle Wirkung entfaltet hat oder ob sie nach dem erklärten Willen des Erblassers erst mit einem gewissen zeitlichen Abstand zum Erbfall wirksam werden soll. Im ersteren Fall steht die Rechtssicherheit im Vordergrund, letzteren falls können tatsächliche Veränderungen, die zwischen dem Erbfall und der vollen Wirkung der letztwilligen Verfügung eingetreten sind, berücksichtigt werden.<sup>39</sup> Bspw. kommt die ergänzende Testamentsauslegung in Betracht bei

- Anordnung einer Nacherbfolge für Veränderungen der Verhältnisse zwischen Vor- und Nacherbfall,<sup>40</sup>
- aufschiebend bedingten Verfügungen vor Eintritt der Bedingung,<sup>41</sup>
- hinausgeschobener Fälligkeit eines Vermächtnisses oder einer Auflage,<sup>42</sup>
- der vermächtnisweisen Zuwendung laufender Zahlungen,<sup>43</sup>
- einem auch längere Zeit nach dem Erbfall ausübbareren Übernahmerecht,<sup>44</sup>
- Anordnung einer noch längere Zeit ab dem Erbfall dauernden Testamentsvollstreckung.<sup>45</sup>

### III. Auslegungsmethodik

Die ergänzende Testamentsauslegung erfolgt in vier (Prüfungs-)Schritten:

#### 1. Vorliegen einer Lücke

Erste Voraussetzung ist das Vorliegen einer Lücke. Methodisch muss hierfür zunächst die wirkliche Willensrichtung des Erblassers, die nicht mit seinem hypothetischen Willen zu verwechseln ist, anhand der für die einfache/erläuternde Auslegung geltenden Grundsätze ermittelt werden.<sup>46</sup> Was der Erblasser wollte, ergibt sich aus den praktisch/wirtschaftlichen Zielen<sup>47</sup>, die er mit seiner letztwilligen Verfügung treffen wollte, und nicht aus seinen rechtlichen Absichten.<sup>48</sup> Der Sache nach geht es um die Vorstellungen und Wünsche, die ein Erblasser mit seinem Testament verbindet, also um den dem mit der Erklärung verbundenen Zweck.<sup>49</sup> Bspw. wünschen Ehegatten im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments regelmäßig

- den länger lebenden Ehegatten möglichst gut abzusichern,
- dass die Kinder den länger lebenden Elternteil zu gleichen Teilen beerben,
- dass die Kinder „mit dem Erben“ bis zum Ableben des länger lebenden Elternteils warten und bis dahin keine Ansprüche stellen.<sup>50</sup>

Dementsprechend können praktisch-wirtschaftliche Ziele z.B. sein:

- Absicherung des Bedachten,
- Gleichbehandlung der Kinder / der Abkömmlinge,
- Schutz vor Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen,
- Ausgleich von Vorempfängen bei den Kindern,
- Fortführung des Unternehmens,
- Belohnung für die Pflege im Alter,
- Ausschluss einer bestimmten Person von der Erbfolge.<sup>51</sup>

Hierzu gehören auch die Vorstellungen des Erblassers über

- seine Nachlassgegenstände und ihr Schicksal bis zum Eintritt des Erbfalls sowie über
- die Lebenszeit, das Verhalten und die künftige wirtschaftliche Entwicklung des oder der Bedachten.<sup>52</sup>

Diese Vorstellungen und Ziele bilden den Vergleichsmaßstab für die Prüfung der Vollständigkeit oder Lückenhaftigkeit der einzelnen Verfügungen. Zeigt sich, dass das von dem Erblasser mit seinem Testament angestrebte Ziel in Folge der Umstände, die er nicht berücksichtigt hat, nicht erreicht werden kann, liegt eine Lücke vor. Der Testamentsinhalt ist dann an die veränderten Umstände anzupassen.

Bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen muss differenziert werden, da sie sowohl einseitige wie auch wechselseitige/vertragsmäßige Verfügungen enthalten können.<sup>53</sup>

38 Vgl. OLG Frankfurt/M., OLGZ 1993, 382; R. Meyer, ZEV 1994, 12 (13).

39 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 117 f.; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 37; Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 8 und 10; Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 95; Rudolf/Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 28.

40 BGH, LM § 2084 Nr. 5; BayObLG, NJW-RR 1991, 1094.

41 BayObLG, NJW-RR 1991, 1094 (Geburt eines weiteren Enkels); OLG Köln, OLGZ 1969, 290 (291) (Grundbesitzzuwendung eines Heimatvertriebenen für den Fall der Rückkehr; Berücksichtigung der Entstehung von Lastenausgleichsansprüchen nach dem Erbfall).

42 BGH, WM 1971, 533.

43 BGH, FamRZ 1962, 256.

44 RGZ 108, 83 (inflationbedingte Änderung eines Anrechnungsbetrages); MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 118; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 41.

45 Erweist sich der Testamentsvollstrecker als ungeeignet oder fällt er weg, kann die ergänzende Testamentsauslegung dazu führen, dass eine andere Person als Testamentsvollstrecker bestimmt wird, vgl. BayObLG, FamRZ 1988, 325 für den Fall des Vorversterbens des TV. Vgl. weiter BayObLG, ZEV 1997, 338; OLG Zweibrücken, FamRZ 2006, 891. Vgl. auch OLG Düsseldorf, ZErB 2013, 127 (im konkreten Fall mit unzureichender Begründung verneint).

46 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 38. Im Ergebnis auch Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 9.

47 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 38; Rudolf/Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 29.

48 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 38.

49 Muscheler, ErbR Bd. I, Rn. 1870.

50 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, FamRZ 2012, 331, 332; BayObLG, FamRZ 1990, 969.

51 OLG München, Beschl. v. 19.12.2012 – 31 Wx 434/12, ZErB 2013, 33.

52 Vgl. Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 38; Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 97 f.

53 Vgl. für Erbverträge einerseits § 2278 BGB („Zulässige vertragsmäßige Verfügungen“) und andererseits § 2299 BGB („Einseitige Verfügungen“).

Soweit es um die ergänzende Auslegung einseitiger Verfügungen geht, kommt es auf den hypothetischen Willen allein des Erblassers an, dessen Verfügung auszulegen ist. Bei der (erläuternden oder ergänzenden) Auslegung von wechselbezüglichen/vertragsmäßigen Verfügungen bildet dagegen die gemeinsame bei der Testamentserrichtung bestehende Willensrichtung die Basis für die Auslegung und nicht nur der hypothetische Wille des längerlebenden Ehegatten.<sup>54</sup>

## 2. Ungewollte Lücke

Nachdem eine ergänzende Auslegung nur in Fällen einer ungewollten<sup>55</sup> Lücke in Betracht kommt, ist weiterhin zu prüfen, ob die Lücke planwidrig oder ob sie gewollt war. Planwidrig ist sie, wenn der Erblasser für den Fall, dass er sich ihrer bewusst gewesen wäre, sein Testament anders gestaltet hätte. Im Ergebnis geht es also um die Feststellung der Kausalität.<sup>56</sup>

## 3. Ausfüllen der Lücke

In einem dritten Schritt ist auf der Basis des in dem Testament zum Ausdruck gebrachten Willens, also auf der Basis der erkennbar praktisch/wirtschaftlichen Ziele danach zu fragen, welche Anordnungen der Erblasser getroffen oder unterlassen hätte, wenn er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die nicht in Erwägung gezogenen Umstände gekannt oder sie wenigstens als möglich vorausgesehen hätte.<sup>57</sup> Das Testament ist „weiter und zu Ende zu denken“,<sup>58</sup> oder anders formuliert: In Weiterentwicklung des realen Testaments ist nach dem unterstellten, irrealen oder hypothetischen Willen des Erblassers zu fragen. Die ergänzende Testamentsauslegung erfolgt also nicht losgelöst von dem auszulegenden Testament. Vielmehr setzt sie voraus und basiert auf den in der Verfügung von Todes wegen erkennbaren festgelegten Zielen des Erblassers und damit auf dem/einem realen Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.<sup>59</sup> Hier von ausgehend geht es um die Ermittlung eines irrealen oder hypothetischen Willens. So hat das OLG München zutreffend formuliert:

*„Zu fragen ist, wie E seine Verfügung inhaltlich gestaltet hätte, wenn er bei Errichtung des Testaments die später eingetretene Entwicklung der für ihn relevanten Verhältnisse vorausschauend berücksichtigt hätte. Eine Voraussicht der Zukunft in allen Einzelheiten, d.h. einen allwissenden Erblasser, hat man sich dabei nicht vorzustellen; denn ein solcher hypothetischer Wille wäre realitätsfremd und würde daher nicht dem Sinn der an das Testament und die reale Willensrichtung anknüpfenden ergänzenden Auslegung entsprechen. Vielmehr ist zu erwägen, wie E testiert hätte, wenn er die Möglichkeit der späteren Entwicklung in ihren wesentlichen Zügen bedacht hätte.“<sup>60</sup>*

Wie bei der erläuternden Testamentsauslegung ist bei der ergänzenden Testamentsauslegung ausschließlich die Perspektive des Erblassers maßgeblich und nicht die des Auslegenden.<sup>61</sup> Zur Ermittlung des hypothetischen Willens sind auch die außerhalb des Testaments liegenden Umstände sowie die allgemeine Lebenserfahrung mit heranzuziehen.<sup>62</sup> Weiterhin kommt es nach absolut herrschender Meinung allein auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an (ex-ante-Betrachtung).<sup>63</sup> Als Folge hiervon ist ein später gebildeter Wille unbeachtlich und die spätere Kenntnis des Erblassers beseitigt nicht die Lücke.<sup>64</sup> Er kann allenfalls als Indiz bei der Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens gewertet werden.<sup>65</sup> Die Grenzen sind allerdings fließend, zumal späteren Äußerungen eines Erblassers über seine Verfügung von Todes we-

gen generell mit Vorsicht zu begegnen ist. Das gilt noch mehr für den Fall, dass der Erblasser seinen Irrtum später erkannt hat, ohne die Lücke selbst geschlossen zu haben.<sup>66</sup> Das darf allerdings nicht mit dem Parallelproblem des „gefissentlichen Stehenlassens“ im Rahmen der Testamentsanfechtung nach § 2079 Satz 2 BGB verwechselt werden. Hier ist es unter bestimmten weiteren Voraussetzungen gerade möglich, aus dem „gefissentlichen Stehenlassen“ auf einen bestimmten hypothetischen (Fortgeltungs-)Willen des Erblassers schließen zu können.<sup>67</sup>

Kann die Lücke auf unterschiedliche Weise geschlossen werden, ist diejenige Alternative zu wählen, die die vorgefundenen Zwecke und Motive des Erblassers am besten/am umfassendsten verwirklicht. Lässt sich kein vom Wortlaut der Verfügung abweichender realer oder hypothetischer Wille ermitteln, verbleibt es bei der Auslegung entsprechend dem Wortlaut.<sup>68</sup>

Die ergänzende Auslegung kann aber nicht zu einer völlig neuen Verfügung führen, für die die auszulegende Verfügung keine ausreichende Basis bietet. Daher kommt die ergänzende Testamentsauslegung in dem Ausgangsfall („Lebensretterbeispiel“) bei der Variante 1 nicht in Betracht. Hier bleibt nur die Irrtumsanfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB.<sup>69</sup> Das

54 Vgl. etwa *Muscheler*, ErbR, Bd. I, Rn. 1880. U.a. hieran scheiterte die ergänzende Testamentsauslegung im Fall OLG München, Beschl. v. 13.06.2013 – 31 Wx 267/12, ZERB 2013, 239 (240); *Rudolf/Seiler-Schopp*, in: *Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 36.

55 Vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 38; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 77, 81.

56 Vgl. *Damrau/Seiler/Rudolf*, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 39.

57 Vgl. BGH, NJW 1963, 1150 (1151); BayObLG NJW 1988, 2744; FamRZ 1990, 439 (440); OLG Hamm, FamRZ 1998, 122; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 39; *Muscheler*, ErbR Bd. I, Rn. 1870

58 Vgl. BayObLG FamRZ 1986, 606 (608); NJW 1988, 2744; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 84 ff. und 91.

59 Vgl. etwa *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 9.

60 OLG München, ZEV 2006, 456 (457) unter Bezugnahme auf *MünchKomm-BGB/Leipold*, 4. Aufl. 2004, § 2084 Rn. 78. Vgl. auch BayObLG NJW-RR 2002, 367, 370.

61 Vgl. *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 10.

62 BayObLG, FamRZ 1988, 986 (988); *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 39; *Horn*, in: *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 105; *Rudolf/Seiler-Schopp*, in: *Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 29.

63 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 1438 (1439). Statt aller *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2084 Rn. 10. Kritisch *Muscheler*, ErbR Bd. I, Rn. 1876.

64 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 1438 (1439); *Muscheler*, ErbR Bd. I, Rn. 1876.

65 BGH, FamRZ 1962, 256; BayObLG, FamRZ 1995, 1446; BayObLG, ZEV 1995, 331.

66 Nach *Muscheler*, ErbR Bd. I, Rn. 1878 „dürfte dies gegen die Annahme sprechen, der Erblasser hätte zum Testierzeitpunkt die Lücke geschlossen.“ Für ein derartiges, quasi umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis s. auch *MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 95; *Rudolf/Seiler-Schopp*, in: *Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 32.

67 Vgl. hierzu etwa sehr instruktiv AG Bad Freienwalde, Beschl. v. 07.11.2011 – 40 VI 4/09 (nicht veröffentlicht); OLG Düsseldorf, Urt. v. 06.11.1998 – 7 U 42/98.

68 OLG Hamm, FamRZ 1997, 121 (123).

69 Vgl. *MünchKomm-BGB/Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 92.

gleiche gilt, wenn die ergänzende Auslegung zum Wegfall der letztwilligen Verfügung insgesamt führen würde.<sup>70</sup> Im Übrigen aber kann die Lücke auf unterschiedlichste Art und Weise geschlossen werden. Bspw. hat die Rechtsprechung – ohne jeglichen Anspruch auf Vollständigkeit – entschieden über

- den Wegfall eines Vorausvermächtnisses,<sup>71</sup>
- Änderung der Erbquoten,<sup>72</sup>
- den Kaufpreis als Surrogat für ein vermachtetes Grundstück, das vor dem Erbfall verkauft wurde,<sup>73</sup>
- die Ergänzung eines Vermächtnisses durch eine auflösende Bedingung,<sup>74</sup>
- den Eintritt einer Bedingung über ihren Wortlaut hinaus,<sup>75</sup>
- den Wegfall einer Nacherbeneinsetzung,<sup>76</sup>
- die Einfügung eines Änderungsvorbehalts in einen Erbvertrag,<sup>77</sup>
- den Umfang eines Änderungsvorbehalts in einem notariellen gemeinschaftlichen Testaments,<sup>78</sup>
- den Wegfall der Wechselbezüglichkeit in einem gemeinschaftlichen Testament,<sup>79</sup>
- die Ergänzung der Nacherbfolge durch einen nach Testamenterrichtung geborenen Abkömmling,<sup>80</sup>
- den Wegfall eines Vorausvermächtnisses und einer von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden gewillkürten Erbfolge.<sup>81</sup>

#### 4. Andeutung im Testament

Aufgrund des strengen Formzwangs ist schließlich zu prüfen, ob das Auslegungsergebnis, also die hypothetische Willensrichtung des Erblassers bzw. seine allgemeine Motivation, aus dem Testament wenigstens andeutungsweise hervorgeht.<sup>82</sup> Eine Ergänzung ist nur zulässig, wenn das Testament hierfür eine Grundlage in Form einer Willensrichtung des Erblassers bietet, die anhand des Testaments sowie aufgrund von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellen ist.<sup>83</sup> Dies ist nach h.M. im Bereich der ergänzenden Testamentsauslegung nicht anders als bei der erläuternden Testamentsauslegung. Gleichwohl hat die Andeutungstheorie bei dieser einen anderen Gehalt, als bei jener.

Der BGH knüpft an die dem Testament erkennbar zugrunde liegende Willensrichtung des Erblassers an.<sup>84</sup> Diese Willensrichtung stellt allerdings nicht den hypothetischen Willen selbst dar, sondern seine Einstellung im Zeitpunkt der Errichtung seines Testaments, seine Motivation oder Zielsetzung. Es muss also weder für das Auslegungsergebnis selbst noch für den hypothetischen Willen ein Anhaltspunkt im Testament vorhanden sein.<sup>85</sup> Zutreffend und auf den Punkt gebracht formuliert z.B. das OLG Köln in seinem Beschluss v. 10.11.2008:

*„Würde man einen Anhaltspunkt für das Ergebnis der ergänzenden Testamentsauslegung im Testament fordern, wäre dies widersinnig: Wenn ein solcher Anhaltspunkt im Testament zu finden wäre, hätte der Erblasser die mögliche Entwicklung bereits berücksichtigt, so dass es sich nicht um eine ergänzende, sondern um eine einfache Auslegung handeln würde. Auch für den hypothetischen Willen kann es angesichts der Irrealität dieses Willens keine Andeutung im Testament geben. Dem Formerfordernis ist deshalb bereits dann Rechnung getragen, wenn sich für die Willensrichtung des Erblassers, seine Motivation oder Zielsetzung ein – auch noch so geringer – Anhaltspunkt oder ein – noch so unvollkommener Ausdruck aus dem Testament selbst ergibt.“<sup>86</sup>*

Ausreichend, aber auch erforderlich ist folglich, dass sich das Testament in seiner konkreten Form als Ausdruck der Willensrichtung des Erblassers verstehen lässt. Wenn die Willensrichtung des Erblassers auf der Grundlage des Testaments festzustellen ist, so bedeutet dies, dass die Auslegung beim Wortlaut des Testaments zu beginnen hat. Dies schließt allerdings nicht die Feststellung einer sich nicht aus dem Testament selbst unmittelbar ergebenden Willensrichtung aus.<sup>87</sup>

70 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 91 und Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 105 entgegen BayObLG, NJW 1967, 729 (730): „Die Anfechtung kommt sodann nur in Betracht, wenn sich aus dem Testament selbst im Zusammenhang mit weiteren Auslegungsbehelfen ergibt, dass der Erblasser in einem Irrtum gehandelt hat und die Verfügung bei richtiger Vorstellung nicht getroffen hätte.“

71 BayObLG, ZEV 1997, 339 = FamRZ 1997, 1509.

72 BayObLG, ZEV 1997, 339.

73 LG Stuttgart, Urt. v. 07.05.2010 – 14 O 542/09 (nicht veröffentlicht).

74 BGH, FamRZ 1962, 256.

75 OLG Karlsruhe, ZErB 2009, 208: Dem Wortlaut eines Erbvertrages zu Folge sollte der als Vorerbe eingesetzte länger lebende Ehegatte von den gesetzlichen Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit werden, wenn der enterbte Sohn des Erblassers „trotz der im heutigen Erbertrag angeordneten Pflichtteilsentziehung den Pflichtteil verlangt und durch ein Gericht zugesprochen erhält.“ Das OLG lehnte es ab, die Bedingung auf den Fall auszudehnen, dass die Witwe des Erblassers den Pflichtteil auf anwaltlichen Rat ohne gerichtliches Verfahren an den pflichtteilsberechtigten Sohn zahlte, nachdem der Erblasser („autoritärer Patriarch“; „habe unbedingten Gehorsam (...) verlangt“) im Rahmen der Beurkundung des Erbvertrages ausdrücklich belehrt worden war, dass gegen die Wirksamkeit der Pflichtteilsentziehung erhebliche Bedenken bestehen würden.

76 BGH, LM Nr. 5 zu § 2084.

77 BayObLG, FamRZ 1996, 898.

78 OLG Hamm, ZEV 2005, 484 (LS).

79 KG, NJW 1963, 766 (768).

80 Vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 982.

81 Vgl. BayObLG, ZEV 1997, 339 = NJW-RR 1997, 1438 = FamRZ 1997, 1509.

82 In der Literatur wird das Erfordernis einer derartigen Schranke zum Teil entschieden abgelehnt, vgl. Brax, ErbR, 25. Aufl. 2012, Rn. 200 f.; Gerhards, JuS 1994, 643 (648 f.); eingehend MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 87 ff.

83 Vgl. BGH, FamRZ 1983, 380 (382); BayObLG, FamRZ 1991, 982 (984). Muscheler, ErbR Bd. I, Rn. 1872 und 1875, verweist auf die Selbstverständlichkeit dieser Aussage und zieht hieraus ebenso zutreffend wie konsequent den Schluss, dass eine ergänzende Testamentsauslegung nie an fehlenden Anhaltspunkten scheitern wird.

84 Vgl. BGH, FamRZ 1957, 97; NJW 1963, 1150 (1151 f.); BayObLG, FamRZ 1988, 986 (988); NJW-RR 1989, 326 (327); ZEV 1994, 47; eingehend MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 88 f.; s. auch Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 116; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 36 verlangt zusätzlich, dass sich überhaupt ein Anhalt für eine Lücke in dem Testament findet.

85 Vgl. OLG Köln, ZEV 2009, 241 (im Anschluss an MünchKomm-BGB/Leipold, 4. Aufl. 2004, § 2084 Rn. 81.) mit zust. Anm. v. Perau, ZEV 2009, 243; a.A. OLG Hamm, FamRZ 1976, 552; FamRZ 1987, 639. So auch Rudolf Seiler-Schopp, in: Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 33. Kritisch Muscheler, ErbR Bd. I Rn. 1872 ff. unter Hinweis auf die uferlosen und beliebigen möglichen Folgen.

86 Vgl. OLG Köln, ZEV 2009, 241. Siehe auch BayObLG, NJW 1988, 2744; BayObLG, ZEV 2001, 24; BGH, FamRZ 1983, 380; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 87 ff.

87 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 89.

Gemessen an dem hier vertretenen Verständnis sind die Entscheidungen des OLG Hamm v. 28.02.2013<sup>88</sup>, des OLG Düsseldorf v. 22.03.2013<sup>89</sup> und die des OLG Schleswig v. 13.05.2013<sup>90</sup> daher zumindest missverständlich. Alle drei Gerichte haben eine ergänzende Auslegung mangels ausreichender Andeutung im Testament scheitern lassen. Das OLG Hamm führte aus:

*„Zwar können sich wechselbezüglich testierende Ehegatten das Recht einräumen, eigene wechselbezügliche Verfügungen nach dem Erbfall aufzuheben oder abzuändern (...). Eine solche Befugnis kann sich auch im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ergeben; sie muss dann allerdings in der letztwilligen Verfügung der testierenden Eheleute irgendeinen – wenn auch nur unvollkommenen – Anklang gefunden haben (...).“<sup>91</sup>*

In der Entscheidung des OLG Schleswig heißt es:

*„Das Amtsgericht (...) hat (...) angenommen, dass die Eheleute (...) für die Versorgung der schwerbehinderten Tochter (...) vermutlich eine andere Form der Erbeinsetzung bzw. (...) eine Testamentsvollstreckung vorgesehen hätten. Indes ist zu bedenken, dass eine ergänzende Testamentsvollstreckung nur dann in Betracht kommt, wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände bestimmen lässt, wie die jeweiligen Erblasser testiert hätten, wenn sie den ihnen im Zeitpunkt des Testierens noch unbekanntem Umstand gekannt hätten.“<sup>92</sup>*

Das OLG Düsseldorf schließlich hat ausgeführt:

*„2 a) Es mag offen bleiben, ob das Testament vom (...) überhaupt die Auslegung zulässt, dass die Erblasserin hier durch Testamentsvollstreckung verfügt und den Vater der Beteiligten zu 1 zu ihrem Testamentsvollstrecker ernannt hat. Denkbar wäre nämlich ebenso, dass die Erblasserin gemeint hat, sie müsse den Vater der Minderjährigen Beteiligten zu 1 trotz seiner Stellung als deren gesetzlicher Vertreter eigens zur Verwaltung des Nachlasses bevollmächtigen.“*

*b) Jedenfalls ist dem Testament aber weder vom unmittelbaren Wortlaut her, noch im Wege der (ergänzenden) Auslegung die Bestimmung der Erblasserin zu entnehmen, dass bei Ausfall des Vaters der Beteiligten zu 1 als Ersatztestamentsvollstrecker bestellt werden sollte; auch hat die Erblasserin nicht die Bestimmung eines (Ersatz-)Testamentsvollstreckers durch einen Dritten (§ 2198 BGB) oder auf Ersuchen des Gerichts (§ 2200 BGB) verfügt.“*

*Für den Willen der Erblasserin, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestellen, fehlt es insbesondere an einer in diese Richtung gehenden Andeutung.“<sup>93</sup>*

Alle drei Entscheidungen scheinen unter dem Blickwinkel der Andeutungstheorie zu verlangen, dass das Auslegungsergebnis in dem jeweiligen Testament angedeutet sein muss. Das ist im Bereich der ergänzenden Testamentsauslegung allerdings gerade nicht der Fall und kann auch nicht der Fall sein. Denn das Auslegungsergebnis folgt aus dem Weiter und zu Ende-Denken des insofern ja gerade lückenhaften Testaments auf der Basis der erkennbaren praktisch-wirtschaftlichen Ziele. Letztere, aber auch nur letztere müssen in dem Testament angedeutet sein und sich hieraus ergeben. Umgekehrt scheidet eine ergänzende Testamentsauslegung, wenn der auszulegende Verfügung von Todes wegen nicht die für das Weiter und zu Ende-Denken erforderlichen praktisch-wirtschaftlichen Ziele entnommen werden können.<sup>94</sup> Ebenso richtig wie anschaulich hat dies das OLG München mit Beschluss v. 13.06.2013 formuliert:

*„Durch ergänzende Testamentsauslegung kann (...) die Lücke nur dann geschlossen werden, wenn die für die Zeit der Testamentserrichtung anhand des Testaments oder unter Zuhilfenahme von Umständen außerhalb des Testaments oder der allgemeinen Lebenserfahrung festzustellende Willensrichtung des Erblassers dafür eine genügende Grundlage bietet.“<sup>95</sup>*

Fehlt es hieran, scheidet (auch) die ergänzende Testamentsauslegung, da sie ebenso wie die erläuternde Auslegung einen formwirksam erklärten tatsächlichen Willen des Erblassers voraussetzt.

Ungeachtet der Kritik an den exemplarisch genannten Entscheidungen zeigen sie aber deutlich, wie dünn das Eis ist, auf dem man sich im Bereich der ergänzenden Testamentsauslegung bewegt und wie wenig berechenbar die Ergebnisse sind.

## 5. Grundsätzlich keine zeitliche Grenzen

Mit Ausnahme des Verbots des Rechtsmissbrauchs bzw. der Verwirkung unterliegt die ergänzende Testamentsauslegung keinen zeitlichen Grenzen. Insbesondere werden die für eine Testamentsanfechtung geltenden Fristen nach absolut herrschender Meinung nicht angewandt.<sup>96</sup> Eine ergänzende Testamentsauslegung ist auch dann möglich, wenn eine Anfechtung wegen Verfristung ausgeschlossen wäre. Zur Begründung wird insbesondere zutreffend darauf hingewiesen, dass der Inhalt der Auslegung, anders als die Ausübung des Gestaltungsrechts Anfechtung, nicht im Belieben der Beteiligten steht.

88 OLG Hamm, NJW-RR 2013, 779. Das Urteil des OLG Hamm betrifft den Fall eines fehlgeschlagenen Behindertentestaments. Es basiert auf der Annahme, dass der für den behinderten Erben zuständige Sozialhilfeträger nach § 93 Abs. 1 SGB XII den dem behinderten Erben zustehenden Pflichtteil selbst dann geltend machen und auf sich überleiten kann, wenn die Voraussetzung nach § 852 ZPO nicht vorliegen. Die Privilegierung des Sozialhilfeträgers geht auf die beiden Urteile des BGH v. 08.12.2004 (IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369) und v. 19.10.2005 (IV ZR 235/03, NJW-RR 2006, 223) zurück, die das OLG Hamm konsequent umgesetzt hat. (Leider) nicht aufgegriffen hat das Gericht die Kritik von RiBGH Wendt an der Rechtsprechung des eigenen Senats: *„Es sind (...) zunehmend Zweifel angebracht, ob es nicht bereits damals konsequenter gewesen wäre, dem Sozialhilfeträger die Überleitung mit Blick auf die Sanktionsklausel insgesamt zu versagen. (...) Die Rechtsprechung bedarf daher der Überprüfung.“*, Wendt, ErbR 2012, 66 (68).

89 OLG Düsseldorf, ZErB 2013, 127.

90 OLG Schleswig, NJW-RR 2013, 906.

91 OLG Hamm, NJW-RR 2013, 779.

92 OLG Schleswig, NJW-RR 2013, 906.

93 OLG Düsseldorf, ZErB 2013, 127. Das Gericht hätte die unter lit. a) offen gelassene Frage zur Klärung der für die ergänzende Testamentsauslegung maßgeblichen praktisch/wirtschaftlichen Ziele ermitteln und nicht – wie unter lit. b) – die ergänzende Testamentsauslegung an dem per se in dem auszulegenden Testament nicht enthaltenen Auslegungsergebnis scheitern lassen dürfen.

94 So die im Ergebnis richtige Entscheidung des OLG Hamm, NJW-RR 2013, 779. Vgl. weiter z.B. OLG München, ZErB 2013, 63 sowie ZErB 2013, 239.

95 OLG München, ZErB 2013, 239 (240). Die Leitsätze lauten: *«(1.) Ein hypothetischer Wille zur Ersatzberufung der Ehefrau des kinderlos verstorbenen Sohnes kann im Rahmen der ergänzenden Auslegung nicht festgestellt werden, wenn auch nahe Verwandte vorhanden sind, zu denen der Erblasser Kontakt gepflegt hat. (2.) Lässt sich ein solcher hypothetischer Wille des Erblassers, die auf eine Ersatzberufung einer bestimmten Person gerichtet ist, nicht feststellen, bleibt es der Regelungslücke mit der Folge, das gesetzliche Erbfolge eintritt.»*

96 Vgl. BayOblG, FamRZ 1997, 1509 (1510); MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 97; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2084 Rn. 48; a.A. Brox, Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 159.

#### IV. Anwendungsfälle der ergänzenden Testamentsauslegung

Die umfangreiche Rechtsprechung zur ergänzenden Testamentsauslegung befasst sich insbesondere mit folgenden Fällen und Fallgruppen.<sup>97</sup>

##### 1. Ersatzerbenstellung von Nicht-Abkömmlingen

Setzt z.B. Erblasser E seinen Stiefsohn S, der eigene Kinder hat, als seinen Erben ein, ohne ausdrücklich Ersatzerbschaft angeordnet zu haben, und verstirbt S vor E oder fällt er in sonstiger Weise weg, stellt sich mit dem Ableben des E die Frage, ob die Kinder seines Stiefsohnes Ersatzerben geworden sind. § 2069 BGB greift hier nicht. Denn die Vorschrift setzt voraus, dass der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat.<sup>98</sup> Gehört der Erbe/Vermächtnisnehmer nicht zu den Angehörigen des Erblassers, findet § 2069 BGB nicht Anwendung, auch nicht analog.<sup>99</sup> Gleichwohl kann die ergänzende Testamentsauslegung dazu führen, dass die Abkömmlinge des Bedachten als Ersatzerben oder Ersatzvermächtnisnehmer zu sehen sind.<sup>100</sup> Insoweit kommt es darauf an, ob der Erblasser ausschließlich den namentlich Genannten bedenken wollte, z.B. aufgrund der engen persönlichen Beziehungen, oder ob die der letztwilligen Verfügung zugrunde liegende Motivation auch eine entsprechende Verbundenheit mit der Familie des Bedachten (mit)umfasst. Auch kann die Einsetzung des nicht-ehelichen Lebensgefährten als Einsetzung seiner Abkömmlinge oder anderer Verwandter aufzufassen sein.<sup>101</sup> In folgenden Fällen hat die Rechtsprechung ein derart enges Verhältnis zwischen dem Erblasser und den Angehörigen des Bedachten angenommen, so dass sie als Ersatzerben anzusehen sein können:

- zu Angehörigen des anderen Ehegatten,<sup>102</sup>
- zu Stief- oder Geschwisterkindern,<sup>103</sup>
- zu Geschwistern,<sup>104</sup>
- zur Mutter,<sup>105</sup>
- zum Schwiegersohn/zur Schwiegertochter,<sup>106</sup>
- zur Tochter der Geliebten,<sup>107</sup>
- zur Tochter der Lebensgefährtin.<sup>108</sup>

##### 2. Veräußerung der Nacherbanwarschaft an den Vorerben

Hat der Erblasser in seinem Testament ausdrücklich Ersatznacherbschaft angeordnet oder wird eine solche nach § 2096 BGB vermutet, und veräußert der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht an den Vorerben, kommt die Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Auslegung zu dem Ergebnis, dass die Ersatznacherbschaft nicht gewollt war, wenn die Übertragung voll entgeltlich erfolgt ist.<sup>109</sup>

Das gleiche gilt, wenn der Nacherbe nach § 2306 Abs. 2 BGB ausschlägt und seinen Pflichtteil erhält. Auch dann kann das Testament dahingehend auszulegen sein, dass trotz ausdrücklich angeordneter Ersatznacherbschaft der Vorerbe zum Vollerben wird.<sup>110</sup>

Ähnlich ist die Rechtslage auch im Falle der Zustimmung des Vertragserben oder Schlusserben zu einer lebzeitigen unentgeltlichen Verfügung des Erblassers und deren Wirkung gegenüber dem Ersatzerben. Denn der Sache nach handelt es sich um einen Zuwendungsverzichtsvertrag nach § 2352 BGB.<sup>111</sup>

##### 3. Veränderung der Vermögensverhältnisse des Erblassers

Ändern sich die Vermögensverhältnisse des Erblassers nach Testamentserrichtung erheblich, kann dies rechtfertigen, den konkreten letztwilligen Verfügungen im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung einen an die neue Sachlage angepassten Inhalt zu geben.<sup>112</sup> Hat ein Erblasser bspw. nach Testamentserrichtung unerwartet geerbt, kann die ergänzende Testamentsauslegung zu dem Ergebnis führen, dass es zwar bei der angeordneten Erbfolge bleibt, der Erblasser hinsichtlich des geerbten Vermögens allerdings anderweitig verfügen wollte.<sup>113</sup>

##### 4. Tatsächliche Veränderungen hinsichtlich des vermachten Gegenstands

Gehört ein vermachter Gegenstand im Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr zum Vermögen des Erblassers, kann das Vermächtnis aufgrund der ergänzenden Testamentsauslegung mit einem gewandelten Inhalt aufrecht erhalten werden und

97 Vgl. zum Folgenden *Rudolf/Seiler-Schopp*, in: *Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, S. 35 ff; *Horn*, in: *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung 2012, § 2 Rn. 118 ff.

98 Zum Frage der Kumulation von § 2069 BGB und § 2270 Absatz 2 BGB („Wechselbezüglichkeit des im Wege von § 2069 ermittelten Ersatzerben“) vgl. ablehnend BGH, NJW 2002, 1126 (unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung); „Fällt der in einem Ehegattentestament eingesetzte Schlusserbe weg, ist § 2270 II BGB auf Ersatzerben nur anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Erbeinsetzung also nicht allein auf § 2069 BGB beruht.“ Vgl. weiter OLG Hamm, FamRZ 2004, 662; OLG München, ZErB 2010, 157; OLG Schleswig, ZErB 2010, 264. Zulässig soll die Anwendung von § 2270 Absatz 2 BGB demgegenüber sein, wenn es nicht um die Kumulation mit § 2069 BGB geht, sondern z.B. mit § 2102 Absatz 1 BGB oder mit § 2097 BGB. Vgl. – ohne nähere Begründung – *Kropp*, in: *Rudolf/Bittler/Seiler-Schopp*, Handbuch der Testamentsauslegung und -anfechtung, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 443 f., S. 303 f. unter Bezugnahme u.a. auf Palandt/*Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2270 Rn. 10 (dort allerdings nicht angesprochen; ebenso in 73. Aufl. 2014). In diesem Sinn OLG Schlewig, NJW-RR 2013, 906.

99 Vgl. BGH, NJW 1973, 240 (242); BayObLG, FamRZ 1997, 641 (642); ZEV 2005, 528 (529).

100 Kritisch *Perkams*, ZEV 2005, 510 ff. Im konkreten Fall verneint (mangels Andeutung des hierfür erforderlichen entsprechenden praktisch/wirtschaftlichen Ziels) OLG München, ZErB 2013, 63.

101 Vgl. BayObLG, ZEV 2001, 24 (im Ergebnis verneinend).

102 Vgl. BayObLG, NJW 1988, 2744; FamRZ 1996, 1037; ZEV 2005, 528 mit krit. Anm. *Perkams*, ZEV 2005, 510 ff. Im konkreten Fall verneinend BayObLG, ZEV 1996, 181. Anm. OLG Hamburg, FamRZ 1988, 1322 (1323).

103 Vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1992, 1482; BayObLG, NJW-RR 1992, 73; ZEV 2004, 463.

104 Vgl. BGH, NJW 1973, 242; OLG Karlsruhe, FamRZ 1993, 363 (364); BayObLG, FamRZ 1997, 641; FamRZ 1997, 1177.

105 Vgl. OLG Hamburg, FamRZ 1988, 1322.

106 Vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 1349. Im konkreten Fall verneinend OLG München, ZErB 2013, 239.

107 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 459.

108 Vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 865.

109 Vgl. OLG Stuttgart, BWNotZ 1982, 64.

110 Vgl. OLG München, Beschl. v. 25.07.2006 – 31 Wx 039/06. Als Geschäftswert hat das OLG München den wirtschaftlichen Wert des Nacherbrechts unter Berücksichtigung insbesondere der voraussichtlichen Zeit bis zum Eintritt des Nacherbfalls mit 50 % des Nachlasswertes angesetzt.

111 Vgl. *Kanzleiter*, ZEV 1997, 261; BGHZ 108, 252.

112 Vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 112 f.

113 OLG München, NJW-RR 2011, 1020 (1022).



kann ein durch das Veräußerungsgeschäft erworbener Erlös als vermacht anzusehen bzw. ein Verschaffungsvermächtnis anzunehmen sein.<sup>114</sup> Ansonsten greifen im Zweifel die gesetzlichen Auslegungsregeln, also §§ 2169, 2170 und 2173 BGB.

### 5. Modifizierung bzw. Wegfall der erbrechtlichen Bindung

Auch der Umfang der Wechselbezüglichkeit in einem gemeinschaftlichen Testament sowie der Vertragsmäßigkeit einer Verfügung in einem Erbvertrag sind der ergänzenden Auslegung zugänglich.<sup>115</sup> Das gleiche gilt für Freistellungsklauseln und Änderungsvorbehalte in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen.<sup>116</sup>

Bspw. hat die Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung einen Erbvertrag um einen Änderungsvorbehalt ergänzt,<sup>117</sup> den Umfang eines Änderungsvorbehaltes in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament modifiziert<sup>118</sup> sowie in einem gemeinschaftlichen Testament die Wechselbezüglichkeit als entfallen angesehen.<sup>119</sup>

### 6. Modifizierung von Bedingungen

Steht eine letztwillige Verfügung unter einer Bedingung und ist die Bedingung zwar nicht mit dem genauen, im Testament umschriebenen Inhalt eingetreten, liegt aber ein ähnlicher Sachverhalt vor, so kann es gerechtfertigt sein, der Bedingung im Wege der ergänzenden Auslegung einen entsprechenden erweiternden Inhalt zu geben.<sup>120</sup> Umgekehrt kann eine Bedingung in einem Testament zu ergänzen<sup>121</sup> oder der Eintritt einer Bedingung über ihren Wortlaut hinaus anzunehmen sein.<sup>122</sup>

### 7. Ergänzende Testamentsauslegung und Ehescheidung

Nach § 2268 Abs. 1 BGB ist ein gemeinschaftliches Testament in den Fällen des § 2077 BGB seinem ganzen Inhalt nach unwirksam, also insbesondere bei Scheidung der Ehe oder wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Scheidungsvoraussetzungen gegeben und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. § 2268 Abs. 2 BGB zu Folge bleibt das gemeinschaftliche Testament allerdings wirksam, soweit anzunehmen ist, dass es auch für die oben genannten Fälle getroffen sein würde. Ob die Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung mit einem entsprechenden Aufrechterhaltungswillen gehandelt haben, ist, wenn das Testament selbst keine Regelung enthält, im Wege der erläuternden sowie nachrangig der ergänzenden Auslegung zu hinterfragen.<sup>123</sup>

So hat der BGH<sup>124</sup> im Jahr 2004 entschieden, dass im Falle der Ehescheidung ein gemeinschaftliches Testament im Wege der erläuternden bzw. der ergänzenden Auslegung darauf hin zu prüfen ist, ob der wirkliche oder zumindest hypothetische Wille der Testierenden im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments auf die Aufrechterhaltung der Verfügungen auch für den Fall der Scheidung gerichtet war. Ist das der Fall, können die wechselbezüglichen Verfügungen auch nach Scheidung nicht gem. § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB durch eine einseitige Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden. Vielmehr muss derjenige, der neu testieren will, seine mit dem geschiedenen Ehegatten getroffenen Verfügungen formgerecht widerrufen (vgl. § 2271 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 2296 Abs. 2 BGB).<sup>125</sup>

### 8. Zuwendungsverzicht und stillschweigende Ersatzerbeinsetzung

Bis zum 01.01.2010 stellte sich auch beim Zuwendungsverzichtsvertrag nach § 2352 BGB die Frage, ob und ggf. wer Ersatzerbe geworden ist. Denn im Gegensatz zum Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB erstreckte sich der Zuwendungsverzichtsvertrag nicht von Gesetzes wegen auf die Abkömmlinge des Verzichtenden.<sup>126</sup> Dies ist erst durch das Erbrechtsänderungsgesetz v. 24.09.2009<sup>127</sup> erfolgt, das § 2352 Satz 3 BGB änderte und auf § 2349 BGB ausdehnte.<sup>128</sup> Enthielt bis zum 01.01.2010 eine Verfügung von Todes wegen allerdings eine ausdrückliche Ersatzerbeinsetzung, griff § 2096 BGB. In den Fällen einer stillschweigenden Ersatzerbeinsetzung ging die Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung davon aus, dass der Erblasser die Ersatzberufung nicht gewollt hatte, wenn der Verzicht gegen eine vollständige Abfindung erfolgt war. Ansonsten wäre der entsprechende Stamm doppelt bedacht worden.<sup>129</sup>

### 9. Weitere Fälle

Neben zahlreichen weiteren Fallkonstellationen hat die Rechtsprechung insbesondere entschieden über

- Wegfall der Beschränkung mit Nacherbschaft,<sup>130</sup>

114 Vgl. LG Stuttgart, Urt. v. 07.05.2010 – 14 O 542/09 (nicht veröffentlicht); MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 109 ff.

115 Vgl. KG, NJW 1963, 766 (768); OLG Zweibrücken, NJW-RR 1992, 587; BGH, NJW 1961, 120; OLG Hamm, NJW 1974, 1774; Coing, NJW 1958, 690.

116 Vgl. BGH, NJW 1961, 120; OLG Hamm, NJW 1974, 1774; Coing, NJW 1958, 690; Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2271 Rn. 21.

117 BayObLG, FamRZ 1996, 898

118 OLG Hamm, ZEV 2005, 484 (LS).

119 KG, NJW 1963, 766 (768); OLG Nürnberg, ZEV 2010, 411 (414).

120 Vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 114; OLG Hamm, FamRZ 2002, 1666 (wo es allerdings an einem tatsächlichen Anhaltspunkt für einen entsprechenden hypothetischen Willen des Erblassers fehlte).

121 BGH, FamRZ 1962, 256.

122 OLG Karlsruhe, ZErB 2009, 208.

123 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 12 = FamRZ 1993, 362; OLG Hamm, ZEV 1994, 364; BayObLG, NJW 1996, 133 = FamRZ 1996, 123 = ZEV 1995, 331; kritisch Reimann, ZEV 1995, 330.

124 Vgl. BGH, ZEV 2004, 423. Der Leitsatz lautet etwas missverständlich: „Über § 2268 Abs. 2 BGB fortgeltende wechselbezügliche Verfügungen behalten auch nach Scheidung der Ehe ihre Wechselbezüglichkeit und können nicht gem. § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB durch einseitige Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden.“, vgl. Keim, ZEV 2004, 425.

125 Vgl. auch OLG München, Beschl. v. 13.09.2005 – 31 Wx 64/05 – zur Anordnung kinderloser Ehegatten in einem Ehevertrag, wonach der länger Lebende seine Verwandten von der Erbfolge ausschließt und im Übrigen frei verfügen kann.

126 § 2352 BGB verwies gerade nicht auf § 2349 BGB; vgl. BayObLG, NJW-RR 1997, 1027 = ZEV 1997, 377 (381); OLG Köln, FamRZ 1990, 99 (100); ZEV 1996, 241 (247); Kanzleiter, ZEV 1997, 261 (262). Über den Wortlaut von § 2349 BGB hinaus erstreckt sich die Vorschrift auch auf Pflichtteilsverzichtsverträge nach § 2346 Abs. 2 BGB, vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2349 Rn. 1.

127 Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts (ErbRÄndG), BGBl. I, S. 3142

128 Vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2352 Rn. 5.

129 Vgl. BGH, NJW 1974, 43 (44); OLG Köln, FamRZ 1990, 99; BayObLG, NJW-RR 1997, 1027 = ZEV 1997, 377 (381). Ohne Differenzierung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Verzicht Kanzleiter, ZEV 1997, 261 (263). Vgl. zur neuen Rechtslage Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2352 Rn. 5.

130 BGH, LM Nr. 5 zu § 2084.

- Wegfall der Beschränkung mit Testamentsvollstreckung,<sup>131</sup>
- Wegfall eines Vorausvermächtnisses und eine von der gesetzlichen Erbfolge abweichende gewillkürte Erbfolge,<sup>132</sup>
- Ergänzung der (Nach-)Erbeinsetzung durch einen nach Testamentserrichtung geborenen Abkömmling.<sup>133</sup>

#### Schlussbetrachtung:

Die Bedeutung der ergänzenden Testamentsauslegung kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Denn unbewusst lückenhafte testamentarische Regelungen sind in der Praxis an der Tagesordnung, sei es, dass ein Erblasser bei Abfassung seiner Verfügung von Todes wegen einen bestimmten Punkt nicht bedacht hat, sei es, dass sich die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblichen Verhältnisse später verändert haben. In allen Fällen aber kann (und muss, sofern kein anderer Wille des Erblassers feststeht) die ergänzende Testamentsauslegung herangezogen werden, um zumindest zu versuchen, die

lückenhafte Verfügung von Todes wegen weiter und zu Ende zu denken. Nur konsequent nimmt die Zahl der gerichtlichen Entscheidungen, die sich explizit mit einer ergänzenden Testamentsauslegung beschäftigen, deutlich zu. Dabei zeigt sich zweierlei, nämlich zum einen, dass die Hauptschwierigkeit bei der Frage liegt, was in der auszulegenden Verfügung von Todes wegen angedeutet sein muss, und – hiervon abgeleitet – zum anderen, wie unkalkulierbar die ergänzende Testamentsauslegung in der Praxis letztendlich ist. Dies wiederum ist für den Praktiker allerdings keineswegs nur nachteilig. Vielmehr wird so der Raum für die eigene Argumentation eröffnet.

131 BayObLG ZEV 1997, 339

132 Vgl. BayObLG, ZEV 1997, 339 = NJW-RR 1997, 1438 = FamRZ 1997, 1509.

133 Vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 982.

## ErbR-Report

# Die Auslegung der EU-ErbVO

Rechtsanwältin Christin Schulte-Euler\*  
Rechtsanwalt Torben Swane, Berlin\*

*Die EU-ErbVO ist, wie jede EU-Sekundärrechtsnorm, autonom auszulegen: Europäisches Recht ist einheitlich anzuwenden. Analysen im Vergleich zur nationalen Rechtsdogmatik anzustellen, ist nur von begrenztem Erkenntniswert!. Der folgende Beitrag ruft in Erinnerung, was autonome Auslegung eigentlich bedeutet und erläutert dies am Beispiel des Erbvertrags, Art. 25 EU-ErbVO.*



## I. Grundsätze und Methodik autonomer Auslegung

Für das Primärrecht, also die völkerrechtlichen Grundlagenvorverträge der EU, hat der EuGH in der Entscheidung *van Gend & Loos*<sup>2</sup> die Doktrin der autonomen Auslegung (= Eigenständigkeit des Europarechts) erstmals ausdrücklich formuliert. In Fortführung dieser Rechtsprechung entschied der EuGH, dass die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz verlangen, auch Sekundärrechtsakte (u.a. Richtlinien und Verordnungen) „i.d.R. in der gesamten Gemeinschaft autonom und einheitlich“ auszulegen<sup>3</sup>. Dies gilt nach dem EuGH selbst dann, wenn bestimmte nationale Regelungen der Ausgestaltung europäischen Sekundärrechts zum Vorbild dienen. Etwaige „Vorbildregelungen“ zur Auslegung heranzuziehen, würde bedeuten, dass sich das Unionsrecht in Abhängigkeit zum „vorbildlichen“ nationalen Recht begibt und im Übrigen Angehörige des „Vorbildstaates“ bei Rechtssuche und rechtlicher Argumentation bevorzugen.<sup>4</sup>

Wie im nationalen Recht sind im Unionsrecht vier Auslegungsweisen zu unterscheiden: Die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung.<sup>5</sup> Dabei sind folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:

## 1. Wortlautauslegung

Die erste Besonderheit liegt darin, dass die EU-ErbVO keine einheitliche, verbindliche sprachliche Fassung kennt, sondern in derzeit 24 verschiedenen Sprachen verbindlich ist; die Wortlautauslegung muss daher alle sprachlichen Fassungen berücksichtigen.<sup>6</sup> Streitig ist dabei, ob die Auslegung beim Wortlaut „stehenbleiben“ kann, wenn sich alle sprachlichen Fassungen in einem Sinne verstehen lassen<sup>7</sup>, oder ob dies lediglich ein

\* Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Berger Groß Höhmann & Partner Rechtsanwälte in Berlin.

1 *Lechner*, ZErB 2014, 188 (195).

2 EuGH v. 05.02.1963 – Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, 25.

3 Vgl. nur EuGH v. 27.01.2005 – Rs. C-188/03, *Junk*, Slg. 2005, I-885, Rn. 27-30 m.w.N.

4 *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2010, § 11, Rn. 6.

5 Diese Unterscheidung geht auf *v. Savigny* zurück, vgl. *Mazzacane* (Hrsg.), *Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, 2004, S. 215, 217.

6 EuGH v. 11.07.1985 – Rs. 107/84 *Kommission ./. Deutschland*, Slg. 1985, 2655, Rn. 10-12.

7 So die sog. *acte clair*-Doktrin, EuGH v. 06.10.1982 – Rs. 283/81 *C.I.L.F.I.T.*, Slg. 1982, 3415, Rn. 16 ff.; ausführlich dazu *Broberg/Fenger*, EuR 2010, 835.