

Willensmängel und ihre Heilung bei letztwilligen Verfügungen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von

Manfred Reich
aus Heidenheim

2008

Meinen Eltern
und
meiner Julia

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	9
Einleitung	21
I. Anwendungsbereich der §§ 2078 ff. BGB	31
1.) Anfechtung wegen eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums nach § 2078 Abs. 1 BGB.....	31
a) Anfechtbarkeit einer erbrechtlichen Anordnung	32
aa) Voraussetzungen für erbrechtliche Anordnungen	32
(1) Meinungsstand.....	33
(2) Eigene Stellungnahme	39
(a) Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Willens	39
(b) Psychologischer Wille	42
(c) Rechtliche Relevanz des psychologischen Willens	49
bb) Inhalt der erbrechtlichen Anordnung	52
(1) Auslegung der letztwilligen Verfügung nach § 133 BGB	52
(2) Auslegungsmethode.....	56
(3) Verhältnis der Auslegung zur Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB.....	60
b) Anfechtbarkeit eines Widerrufs einer letztwilligen Verfügung.....	61
c) Kausalität eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums	67
d) Zusammenfassung.....	69
2.) Anfechtung wegen eines Motivirrtums nach §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB	73

a) Irrige Annahme oder Erwartung	74
b) Ausschluss der Anfechtung durch die ergänzende Testamentsauslegung	84
c) Kausalität der irrigen Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung	92
d) Darlegungs- und Beweislast	93
3.) Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrundes nach §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB	95
a) Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung	95
aa) Meinungsstand	95
bb) Eigene Stellungnahme	98
b) Ausschluss der Anfechtung durch die ergänzende Testamentsauslegung	115
c) Kausalität der Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung	121
d) Zusammenfassung	122
4.) Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung nach § 2078 Abs. 2 BGB	127
5.) Keine Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 2078 ff. BGB durch die Formvorschriften (§§ 2232, 2247 BGB)	129
a) Meinungsstand	129
aa) Andeutungstheorie	130
bb) Beschaffenheit der Andeutung	138
cc) Prüfungsreihenfolge	140
b) Eigene Stellungnahme	142
aa) Kein Formerfordernis für den wirklichen Willen	143
bb) Kein Formerfordernis für die Willensrichtung	144
II. Wirksamkeit der objektiven Erklärungsbedeutung	149

1.) Ausschluss der Anfechtung.....	149
a) Meinungsstand	152
b) Eigener Lösungsversuch	161
aa) Abdingbarkeit der §§ 2078 ff. BGB	170
bb) Widerruflichkeit der Erklärung	174
cc) Voraussetzungen der Erklärung	177
dd) Unanwendbarkeit der §§ 2232, 2247 BGB	182
ee) Darlegungs- und Beweislast	185
d) Zusammenfassung.....	187
2.) Widerruf der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung entwickelten letztwilligen Verfügungen.....	190
a) Rechtlich maßgeblicher Zeitpunkt bei der Testamentsauslegung	190
aa) Meinungsstand.....	191
bb) Eigene Stellungnahme	200
b) Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten letztwilligen Verfügungen.....	211
aa) Auslegung der Erklärung des Erblassers.....	212
bb) Unanwendbarkeit der §§ 2254, 2232, 2247 BGB.....	214
c) Widerruf der Erklärung	222
d) Darlegungs- und Beweislast	224
e) Zusammenfassung.....	225
 III. Erforderliche Gewissheit des Auslegungsergebnisses	 229
1.) Meinungsstand	229
2.) Eigener Lösungsversuch	235
3.) Zusammenfassung.....	244

Literaturverzeichnis

- Avenarius, Martin/ Otte, Gerhard: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, §§ 2064 - 2196 BGB.
- Bartholomeyczik, Horst: Erbrecht, 8. Aufl., 1968.
- Bassenge, Peter/ Brudermüller, Gerd/ Diederichsen, Uwe/ Edenhofer, Wolfgang/ Grüneberg, Christian/ Heldrich, Andreas/ Heinrichs, Helmut/ Sprau, Hartwig: Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006.
- Baumann, Wolfgang/ Reimann, Wolfgang: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, §§ 2197 - 2264 BGB.
- Beckmann, Jürgen: Entschlussbildung, in: J. Kuhl & H. Heckhausen, Enzyklopädie der Psychologie: Motivation, Volition und Handlung, S. 411 - 422.
- Bengel, Manfred: Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung bei Verfügungen von Todes wegen, in: DNotZ 1984, S. 132 - 140.
- Bickel, Dietrich: Rechtsgeschäftliche Erklärungen durch Schweigen? NJW 1972, S. 607 - 611.

- Bork, Reinhard/ Kohler, Jürgen/ Roth, Herbert/ Sack, Rolf: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, §§ 134 - 163 BGB.
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Erbrechtliche Probleme des „Nichtehelichengesetzes“ – vor allem in der notariellen Praxis, in: FamRZ 1972, S. 169 - 180.
- Brox, Hans: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 29. Aufl., 2005.
- Brox, Hans: Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, in: JA 1984, S. 549 - 557.
- Brox, Hans: Erbrecht, 20. Aufl., 2003.
- Brunstein, Joachim C.: Implizite Motive und motivationale Selbstbilder: Zwei Prädiktoren mit unterschiedlichen Gültigkeitsbereichen, in: J. Stiensmeier-Pelster & F. Rheinberg, Diagnostik von Motivation und Selbstkonzept, S. 59 ff..
- Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Band, 1912.
- Damrau, Jürgen: Die Bedeutung des Nichtehelichen-Erbrechts für den Unternehmer, in: BB 1970, S. 467 - 474.
- Damrau, Jürgen: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, §§ 2064 - 2273 BGB, §§ 1 - 35 BeurkG.

- Damrau, Jürgen: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002, §§ 2274 - 2385 BGB.
- Dernburg, Heinrich: Das bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Band, 1905.
- Dietz, Rolf: Erbrecht, 1949.
- Ehrlich, Eugen: Die stillschweigende Willenserklärung, 1893.
- Eichstaedt, Jan: Eine experimentell prüfbare Theorie der Willenshandlung und Willensentscheidung, entwickelt am Phänomen der Ausdauer, 1998.
- Fabricius, Fritz: Stillschweigen als Willenserklärung, in: Jus 1966, S. 1 - 11.
- Flume, Werner: Testamentsauslegung bei Falschbezeichnung, in: NJW 1983, S. 2007 - 2011.
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, Zweiter Band, 1979.
- Foer, Heinz: Die Berücksichtigung des Willens des Testators bei der Auslegung mehrdeutiger Verfügungen von Todes wegen, in: AcP 153. Band, S. 492 - 532.
- Gerhards, Andreas: Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften („Aundeutungstheorie“) – OLG Frankfurt, DtZ 1993, 216; LG Gießen, DtZ 1993, 217; in: Jus 1994, S. 642 - 649.

- Gollwitzer, Peter M.: Abwägen und Planen, Motivationsforschung Band 13, 1991.
- Gollwitzer, Peter M.: Suchen, Finden und Festigen der eigenen Identität: Unstillbare Zielintentionen, in: Heinz Heckhausen/ Peter M. Gollwitzer/ Franz E. Weinert, Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften, 1989, S. 101 - 120.
- Gollwitzer, Peter M./ Malzacher, Juliane T.: Absichten und Vorsätze, in: J. Kuhl & H. Heckhausen, Enzyklopädie der Psychologie: Motivation, Volition und Handlung, S. 427 - 460.
- Haas, Ulrich/ Kanzleiter, Rainer/ Olshausen, Wolfgang: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 1998, §§ 2265 - 2338 a BGB.
- Hanau, Peter: Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, in: AcP 165. Band, S. 220 - 284.
- Harke, Jan Dirk: Testamentsanfechtung durch den Erblasser? JZ 2004, S. 180 - 184.
- Heckhausen, Heinz: Intentionsgelitetes Handeln und seine Fehler, in: Heinz Heckhausen/ Peter M. Gollwitzer/ Franz E. Weinert, Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften, 1989, S. 143 - 175.

Heckhausen, Heinz: Perspektiven einer Psychologie des Wollens, in: Heinz Heckhausen/ Peter M. Gollwitzer/ Franz E. Weinert, *Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften*, 1989, S. 121 - 142.

Heckhausen, Heinz: Wünschen-Wählen-Wollen, in: Heinz Heckhausen/ Peter M. Gollwitzer/ Franz E. Weinert, *Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften*, 1989, S. 3 - 9.

Hertel, Christian/ Jickeli, Joachim/ Knothe, Hans-Georg/ Singer, Reinhard/ Stieper, Malte: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, §§ 90 - 133 BGB; §§ 1 - 54, § 63 BGB.*

Hommers, Wilfried: Implizite Willenstheorien des rechtlichen Denkens aus empirisch-psychologischer Perspektive, in: Heinz Heckhausen/ Peter M. Gollwitzer/ Franz E. Weinert, *Jenseits des Rubikon, Der Wille in den Humanwissenschaften*, 1989, S. 340 - 359.

Ischinger, Karl: Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, in: *Rpfleger* 1951, S. 159 - 166.

Johannsen, Kurt Herbert: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet des Erbrechts – 7. Teil: Das Testament, in: *WM* 1972, S. 642 - 654.

Johannsen, Kurt Herbert/ Kregel, Wilhelm/ Krüger-Nieland, Gerda/ Piper, Henning/ Steffen, Erich: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., 1982, §§ 1 - 240 BGB.

Johannsen, Kurt Herbert/ Kregel, Wilhelm: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., 1975, §§ 2147 - 2385 BGB.

Johannsen, Kurt Herbert/ Kregel, Wilhelm: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., 1974, §§ 1922 - 2146 BGB.

Kallimopoulos, Georgios D.: Die Simulation im bürgerlichen Recht, 1966.

Keuk, Brigitte: Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, 1965.

Keymer, Dietrich: Die Anfechtung nach § 2078 Absatz 2 BGB und die Lehre von der Geschäftsgrundlage, Dissertation, 1984.

Kipp, Theodor/ Coing, Helmut: Erbrecht, 14. Bearbeitung, 1990.

- Körting, Erhart: Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, in: NJW 1970, S. 1525 - 1528.
- Kramer, Ernst A.: Schweigen als Annahme eines Antrages, in: Jura 1984, S. 235 - 250.
- Kretzschmar, Ferdinand: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1910.
- Kuchinke, Kurt/ Lange, Heinrich: Erbrecht, 5. Aufl., 2001.
- Kuchinke, Kurt: Der hypothetische Wille als Instrument zur Durchsetzung des vom Erblasser wirklich Gewollten, in: Festschrift für Hans Friedrich Gaul, 1997, S. 357 - 366.
- Lange, Heinrich: Das Recht des Testaments, 1. Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, 1937.
- Lange, Heinrich: Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 82. Band, 1932, S. 1 - 37.
- Lange, Heinrich: Lehrbuch des Erbrechts, 1962.
- Larenz, Karl: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930.
- Larenz, Karl/ Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 2004.

- Leipold, Dieter: Wille, Erklärung und Form – insbesondere bei der Auslegung von Testamenten, in: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986.
- Lenel, Otto: Die Lehre von der Voraussetzung, in: AcP 74. Band, S. 213 - 239.
- Lenel, Otto: Parteiabsicht und Rechtserfolg, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 19. Band, S. 154 - 253.
- Leonhard, Franz: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, Erbrecht, 2. Aufl., 1912.
- Leonhard, Rudolf: Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte, 1882.
- Lindacher, Walter F.: Änderung der gesetzlichen Erbfolge, mutmaßlicher Erblasserwille und Normativität des dispositiven Rechts, in: FamRZ 1974, S. 345 - 350.
- Mayer, Jörg: Auslegungsgrundsätze und Urkundsgestaltung im Erbrecht – Einige Überlegungen dargestellt an exemplarischen Fällen der neueren Rechtsprechung, in: DNotZ 1998, S. 772 - 787.
- Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002.

Mugdan, Benno: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899.

Mugdan, Benno: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, V. Band, Erbrecht, 1899.

Otte, Gerhard: Ist die Begriffsjurisprudenz wirklich tot?
Hadding, Walther: Festgabe Zivilrechtslehrer
1934/1935, 1999, S. 433 - 446.

Planck, Gottlieb: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band V, 4. Aufl., 1930.

Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland:
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl., 2005.

Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland:
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 4. Aufl., 2004.

Rebmann, Kurt/ Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland:
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, §§ 1 - 240 BGB, AGB-Gesetz.

Reichel, Hans: Zum Vermächtnisrecht, in: AcP 138.
Band, S. 194 - 219.

Rheinberg, Falko: Motivation, 5. Aufl., 2004.

Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter:
Zivilprozessrecht, 15. Aufl., 1993.

Scherer, Inge: Die Auslegung von Willenserklärungen
„klaren und eindeutigen“ Wortlauts – BGH – Urt.
V. v. 8.12.1982 – IV a ZR 94/81 –, in: Jura 1988,
S. 302 - 305.

Schlüter, Wilfried: Erbrecht, 14. Aufl., 2000.

Schmidt, Rudolf: Der Widerruf des Testaments durch die
Vernichtung oder Veränderung der Testamentsur-
kunde, in: MDR 1951, S. 321 - 326.

Schubert, Werner/ Czub, Hans-Joachim: Die Anfechtung
letztwilliger Verfügungen, in: JA 1980, S. 257 -
263.

Sieker, Susanne: Der Motivirrtum des Erblassers auf-
grund nicht bedachter Ereignisse, in: AcP 201.
Band, S. 697 - 729.

Smid, Stefan: Probleme bei der Auslegung letztwilliger
Verfügungen, in: Jus 1987, S. 283 - 289.

Sokolowski, Paul: System des Römischen Rechts von
Heinrich Dernburg, 1. Teil, 8. Aufl., 1911.

Sonnenschein, Jürgen: Der maßgebende Zeitpunkt für die
Auslegung des Rechtsgeschäftes, Dissertation,
1969.

- Stumpf, Cordula: Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, 1991.
- Tappmeier, Klaus: Zur Funktion der erbrechtlichen Auslegungsvorschriften, Dissertation Bielefeld, 1987.
- Tappmeier, Klaus: Die erbrechtlichen Auslegungsvorschriften in der gerichtlichen Praxis, in: NJW 1988, S. 2714 - 2716.
- Von Lübtow, Ulrich: Erbrecht, 1. Halbband, 1971.
- Von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, 1840.
- Von Thur, Andreas: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, 1957.
- Wacke, Andreas: Mentalreservation und Simulation als antizipierte Konträrakte bei formbedürftigen Geschäften, in: Festschrift für Dieter Medicus, 1999, S. 651 - 673.
- Westermann, Harm Peter: Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, §§ 1 - 853 BGB.
- Westermann, Harm Peter: Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, §§ 854 - 2385 BGB.

- Wieser, Eberhardt: Empirische und normative Auslegung, in: JZ 1985, S. 407 - 410.
- Willoweit, Dietmar: Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten, in: NJW 1971, S. 2045 - 2050.
- Windscheid, Bernhard: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.
- Windscheid, Bernhard/ Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1 - 3, 9. Aufl., 1906.
- Wolf, Manfred: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, §§ 104 - 240 BGB.
- Wolf, Manfred/ Gangel, Alfred: Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindeutiger testamentarischer Verfügungen – BGH NJW 1981, 1737 und NJW 1981, 1736, in: Jus 1983, S. 663 - 668.
- Zitelmann, Ernst: Irrtum und Rechtsgeschäft – Eine Psychologisch-Juristische Untersuchung, 1879.
- Zöller, Richard: Zivilprozessordnung, 25. Aufl., 2005.

Einleitung

Seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist umstritten, ob eine Anfechtung einseitiger Verfügungen von Todes wegen nach dem Tod des Erblassers ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser nach der Testamentserrichtung aber vor seinem Tod aufgrund eines Willenswandels erklärt, dass die auf einem Anfechtungsgrund (§§ 2078, 2079 BGB) beruhende letztwillige Verfügung gelten soll. In der Rechtslehre konnten bislang weder die Befürworter einer Bestätigung einseitiger Verfügungen von Todes wegen noch deren Gegner den jeweils anderen Teil des Schrifttums von ihrer Rechtsauffassung überzeugen. Problematisch ist vor allem, dass sich die 1. und 2. BGB-Kommission¹ ausdrücklich gegen die Möglichkeit einer Bestätigung aussprachen und deswegen eine dem § 2284 BGB vergleichbare Regelung für die Bestätigung letztwilliger Verfügungen fehlt. Es ist umstritten, ob aus teleologischen Gründen auf die Vorschrift des Allgemeinen Teils (§ 144 BGB) zurückgegriffen werden

¹ Mugdan Mot. V, S. 170; Mugdan Prot. V, S. 549

kann und sich diese mit den besonderen Vorschriften zu den einseitigen Verfügungen von Todes wegen (§§ 2078 ff., 2247 ff., 2253 ff. BGB) in Einklang bringen lässt. Seit geraumer Zeit hat das BayObLG² die Auffassung vertreten, dass eine Anfechtung von einseitigen Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen sei, wenn der Erblasser es im Zeitpunkt des Erbfalls³ bei dieser Verfügung habe belassen wollen. Dieser Ansicht haben sich die Oberlandesgerichte⁴ Köln und Frankfurt angeschlossen. Es wurde bislang nicht hinreichend erörtert, ob diese Auffassung mit der geltenden Gesetzeslage vereinbar ist.

Da ein Ausschluss der Anfechtung nur dann in Betracht kommt, wenn die letztwillige Verfügung anfechtbar ist, muss zunächst der Anwendungsbereich der §§ 2078,

² BayObLGZ 1980 42 ff. (50); BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (370); BayObLG FamRZ 2002, S. 915 ff. (917); BayObLG FamRZ 1995, S. 246 ff. (248); BayObLG FamRZ 1990, S. 211 ff. (213)

³ BayObLGZ 1980 42 ff. (50); BayObLG FamRZ 1995, S. 246 ff. (247); BayObLG FamRZ 2002, S. 915 ff. (917); Unklar OLG Frankfurt FamRZ 1997, S. 1433 ff. (1435); OLG Köln FamRZ 1990, S. 1038 ff. (1040)

⁴ OLG Köln FamRZ 1990, S. 1038 ff. (1040); OLG Frankfurt FamRZ 1997, S. 1433 ff. (1435)

2079 BGB bestimmt werden. Um festlegen zu können, unter welchen Voraussetzungen eine letztwillige Verfügung wegen eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums nach § 2078 Abs. 1 BGB anfechtbar ist, muss die Frage beantwortet werden, welches subjektive Element für eine letztwillige Verfügung erforderlich ist. Anschließend ist zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine letztwillige Verfügung wegen eines Motivirrtums nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB anfechtbar ist, und ob die Anfechtung möglicherweise durch die ergänzende Testamentsauslegung ausgeschlossen ist. Des Weiteren ist zu untersuchen, ob eine Anfechtung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB auch bei einem frustrierten Beweggrund möglich ist. Ein frustrierter Beweggrund ist gegeben, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung das Risiko gesehen hat, dass möglicherweise die Annahme des gegenwärtigen oder vergangenen Umstands mit der Realität nicht übereinstimmt oder die Erwartung sich nicht erfüllt, aber der Umstand dennoch der Beweggrund für die letztwillige Verfügung gewesen ist. Bislang wird die Praxisrelevanz dieser Fallkonstellation verkannt, obwohl

psychologische Erkenntnisse die Vermutung stützen, dass die Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung regelmäßig das Risiko sehen, dass ihre Annahme möglicherweise falsch ist oder der erwartete Umstand nicht eintritt. Problematisch ist, dass bei einem frustrierten Beweggrund nach den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben ein Willensfehler nicht gegeben ist, aber ein solcher nach dem Wortlaut des § 2078 Abs. 2 BGB („irrig“) und der Ansicht der 1. BGB-Kommission⁵ für die Anfechtung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB notwendig ist. Sollte man dennoch die Anfechtbarkeit bejahen, so ist zusätzlich zu erörtern, ob sich in einer solchen Situation die Lücke im Testament durch die ergänzende Testamentsauslegung schließen und die Nichtigkeit infolge einer Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) vermeiden lässt.

Fraglich ist, ob die Erklärung des Erblassers, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll, eine Rechtsfolge auslöst, wenn sich der wirkliche Wille (§ 133 BGB) des

⁵ Mugdan Mot. V, S. 26, 28

Erblässers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ermitteln lässt. Dieser wirkliche Wille i.S.d. § 133 BGB ist mit der auf einem Anfechtungsgrund basierenden objektiven Erklärungsbedeutung nicht identisch; denn der Erblasser hätte im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ohne den Anfechtungsgrund anders testiert. Wünscht der Erblasser jedoch nach der Testamentserrichtung aufgrund eines Willenswandels den Bestand der auf einem Anfechtungsgrund beruhenden letztwilligen Verfügung, so ist fraglich, ob dieser formlos geäußerte Wunsch eine rechtliche Bedeutung erlangt.

Wäre bei der Testamentsauslegung für die Willensforschung nicht die Testamentserrichtung der rechtliche maßgebliche Zeitpunkt, sondern könnte auch ein späterer Willenswandel berücksichtigt werden, so wäre der nachträglich geäußerte Wunsch des Erblassers bei der Testamentsauslegung zu berücksichtigen. Erst vor kurzem hat sich Kuchinke⁶ in seinem Beitrag dafür ausgesprochen, dass der letzterklärte Wille des Erblassers maßgeblich sein soll. Jedoch wird diese

⁶ K. Kuchinke, Der hypothetische Wille als Instrument zur Durchsetzung des vom Erblasser wirklich Gewollten, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, S. 357 ff.

Rechtsauffassung von der Rechtslehre und den Gerichten nahezu einhellig abgelehnt.

Ist bei der Testamentsauslegung der wirkliche Wille im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu ermitteln und bestimmt dieser den Erklärungssinn der Verfügung, so lässt sich die Problematik über die Testamentsauslegung nicht lösen. Der Wunsch des Erblassers, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende einseitige Verfügung von Todes wegen Bestand haben soll, könnte nur dann eine rechtliche Wirkung entfalten, wenn diese formlose Äußerung des Erblassers ein formlos wirksamer Widerruf der rechtlich maßgeblichen Erklärungsbedeutung wäre. Ob dieser jedoch eine rechtliche Wirkung entfalten kann, ist wegen den Formvorschriften (§§ 2254, 2232, 2247, 125 S. 1 BGB) zweifelhaft.

Schließlich soll untersucht werden, zu welchem Ergebnis die rechtliche Würdigung der auslegungsrelevanten Umstände gelangen muss, um einen „wirklichen Willen“ annehmen zu können. Insbesondere bei letztwilligen Verfügungen ist dieser nach § 133 BGB zu erforschen

und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Im Gegensatz zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen nach den §§ 133, 157 BGB kann man sich bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen nach § 133 BGB nicht mit der Annahme einer objektiven Erklärungsbedeutung begnügen.

Die letzten nennenswerten Beiträge zu dieser Thematik wurden Ende des 19. Jahrhunderts verfasst. Danach ist die Thematik fast in Vergessenheit geraten, obwohl das Problem der erforderlichen Gewissheit des Auslegungsergebnisses äußerst praxisrelevant ist. Denn sämtliche Willenserklärungen sind auslegungsbedürftig, der Erklärungsinhalt ist also stets im Wege der Auslegung zu ermitteln. Zwar wurde früher vom Reichsgericht⁷ und dem Bundesgerichtshof⁸ und wird heute noch von Krüger-Nieland und Zöller⁹ die Ansicht vertreten, dass bei Erklärungen, die klar und zweifelsfrei seien, für eine Auslegung grundsätzlich kein Raum sei und sie nur ausnahmsweise bei Vorliegen gewichtiger

⁷ RGZ 158, 120 ff. (124)

⁸ BGHZ 32, 60 ff. (63)

⁹ G. Krüger-Nieland/ H. Zöller, in: RGKR Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., 1982, § 133 BGB, Rn. 5

Umstände entgegen ihrem Wortlaut ausgelegt werden könnten. Jedoch ist diese Rechtsauffassung nicht überzeugend. Eine Abgrenzung eindeutiger und nicht eindeutiger oder ausdrücklicher und konkludenter Willenserklärungen ist vor der Auslegung nicht möglich. Jedes Verhalten und jeder Wortlaut ist jedenfalls potentiell mehrdeutig.¹⁰ Selbst bei einem „eindeutigen“ Wortlaut muss zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob der Urheber der Erklärung diesen „eindeutigen“ Erklärungssinn auch so verstanden wissen wollte. Die Behauptung, dass es eindeutige Willenserklärungen gebe, ist deswegen schon vom Ansatz her verfehlt.¹¹ Der Begriff der „Eindeutigkeit“ bedeutet lediglich, dass der Sinn einer Erklärung mit dieser selbst und mit allen bekannten Umständen nach einer erfolgten Auslegung übereinstimmt. „Eindeutigkeit“ ist folglich eine Abkürzung für die Feststellung, dass sich die Urkunde nach Berücksichtigung des gesamten Materials als richtig erwiesen hat. Würde man die Ansicht vertreten, dass eindeutige Willenserklärungen nicht auslegungsbedürftig

¹⁰ I. Scherer, Die Auslegung von Willenserklärungen, S. 304

¹¹ I. Scherer, Die Auslegung von Willenserklärungen, S. 304

wären, wäre dies auch ein Verstoß gegen das Verbot der Buchstabeninterpretation des § 133 BGB.¹² Die Feststellung, dass eine Willenserklärung klar und unzweideutig ist, ist folglich die Schlussfolgerung einer in Wahrheit bereits erfolgten Auslegung. Nach mittlerweile nahezu einhelliger Meinung in der Rechtslehre¹³ sind deswegen sämtliche Willenserklärungen auslegungsbedürftig. Auch der Bundesgerichtshof¹⁴ hat seine frühere Auffassung ausdrücklich aufgegeben, wonach eindeutige letztwillige Verfügungen nicht auslegungsbedürftig seien. Deswegen ist die Frage, zu welchem Ergebnis die Würdigung der auslegungsrelevanten Umstände nach § 133 BGB gelangen muss, um einen bestimmten Geltungssinn annehmen zu können, äußerst praxisrelevant. Dieser Beitrag soll dazu dienen, das Interesse für diese Thematik

¹² W. Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, § 133 BGB, Rn. 27

¹³ R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 9; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 133 BGB, Rn. 46; W. Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, § 133 BGB, Rn. 11, 27, 48

¹⁴ BGHZ 86, 41 ff. (46); Noch offengelassen BGHZ 80, 242 ff. (244 f.)

wieder zu wecken und sie einer gesetzeskonformen Lösung zuführen.

I. Anwendungsbereich der §§ 2078 ff. BGB

Zunächst ist nun zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine letztwillige Verfügung überhaupt nach den §§ 2078, 2079 BGB anfechtbar ist. Denn nur dann kann die Anfechtung durch denjenigen, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, ausgeschlossen sein, wenn der Erblasser aufgrund eines Willenswandels nach der Testamentserrichtung erklärt, es bei der einseitigen Verfügung von Todes wegen belassen zu wollen.

1.) Anfechtung wegen eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums nach § 2078 Abs. 1 BGB

Eine letztwillige Verfügung kann nach § 2078 Abs. 1 BGB angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte.

a) Anfechtbarkeit einer erbrechtlichen Anordnung

Der Anwendungsbereich des § 2078 Abs. 1 BGB lässt sich nur dann bestimmen, wenn feststeht, welche Voraussetzungen für eine erbrechtliche Anordnung erforderlich sind und welchen Inhalt die letztwillige Verfügung des Erblassers nach einer Auslegung gemäß § 133 BGB hat.

aa) Voraussetzungen für erbrechtliche Anordnungen

Fraglich ist, welche Voraussetzungen für eine erbrechtliche Anordnung vorliegen müssen. Weder die 1. noch die 2. BGB-Kommission äußerten sich zu dieser Frage und unterließen eine gesetzliche Definition. Der Gesetzgeber begnügte sich mit der Normierung des § 2078 Abs. 1 BGB, nach dem es letztwillige Verfügungen geben muss, die an einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum leiden. Im Übrigen lassen sich dem fünften Buch und dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs kaum Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche

Voraussetzungen für letztwillige Verfügungen vorliegen müssen. Die §§ 133, 2084 BGB setzen eine letztwillige Verfügung voraus. § 157 BGB ist auf einseitige Verfügungen von Todes wegen nicht anwendbar, da sich dieser nach dem Wortlaut lediglich auf „Verträge“ bezieht. § 116 S. 1 BGB enthält nur die Aussage, dass eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig ist, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.

(1) Meinungsstand

Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Frage nach den Existenzvoraussetzungen einer letztwilligen Verfügung in der Literatur kontrovers diskutiert wird. In den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts war umstritten, ob der „Wille“ des Erklärenden überhaupt auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muss. Von einer gewichtigen Mindermeinung, insbesondere von Lenel¹⁵, wurde vertreten, dass der Wille bei Rechtsgeschäften auf einen

¹⁵ D. Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg, S. 250
„Rechtsgeschäft ist jede juristisch erhebliche Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolge bestimmt ist, der Verwirklichung der erklärten Parteiabsicht zu dienen“

tatsächlichen, also auf einen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen, Erfolg abziele und dieser Erfolg von der Rechtsordnung gewährleistet werde. Im Gegensatz dazu vertritt die mittlerweile einhellige Meinung im Schrifttum¹⁶, dass der Wille oder das Bewusstsein darauf gerichtet sei, dass ein Rechtserfolg gelten soll. Inhalt des Rechtsgeschäfts sei nicht das Wollen irgendwelcher Zwecke, sondern dass etwas von Rechts wegen gelten soll.¹⁷ Es sei zwar richtig, dass der Erklärende außerrechtliche Ziele erreichen möchte. Allerdings müssten diese Zwecke von dem Inhalt der Willenserklärung unterschieden werden.¹⁸

Jedoch ist strittig, ob ein rechtsgeschäftlicher Wille für eine letztwillige Verfügung Existenzvoraussetzung ist. Nach Auffassung der Gerichte und einem Großteil der Rechtslehre¹⁹ ist nicht nur ein Handlungswille, also das

¹⁶ K. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 52; W. Flume, Allgemeiner Teil, Zweiter Band, S. 52

¹⁷ K. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 52; W. Flume, Allgemeiner Teil, Zweiter Band, S. 52

¹⁸ W. Flume, Allgemeiner Teil, Zweiter Band, S. 52

¹⁹ BayObLG FamRZ 2003, S. 1786 ff. (1787); BayObLG FamRZ 2001, S. 944 f. (945); KG FamRZ 2004, S. 736 ff.

Bewusstsein, das Verhalten als solches zu wollen, sondern auch ein Testierwille erforderlich. Der Testierwille sei die spezifische Ausprägung des Erklärungsbewusstseins. Er zielt im Unterschied zu dem auf die konkrete Rechtsfolge abzielenden Geschäftswillen nur auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen überhaupt ab, sei also ein rechtsgeschäftlicher Wille ohne einen konkreten Inhalt.²⁰ Durch Auslegung nach § 133 BGB müsse stets ermittelt werden, ob der Erblasser eine rechtsverbindliche, von einem Testierwillen getragene, oder nur eine unverbindliche Erklärung abgegeben habe. Der Testierwille fehle bei Wünschen, Entwürfen, Ankündigungen der Errichtung einer Verfügung und der Mitteilung, dass bereits eine einseitige Verfügung von

(738); OLG Brandenburg FamRZ 1998, S. 985 ff. (986); BayObLG NJW-RR 1989, S. 1092 f. (1092); G. Otte, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 9 f.; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 12

²⁰ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 9

Todes wegen errichtet worden sei.²¹ Lasse sich ein Testierwille nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen, sei eine letztwillige Verfügung nicht gegeben.²² Denn weder aus § 2084 BGB noch aus sonstigen Erwägungen lasse sich herleiten, dass eine Erklärung, welche möglicherweise ein Testament sei, im Zweifel als eine letztwillige Verfügung aufgefasst werden müsse. § 2084 BGB setze vielmehr die Existenz einer letztwilligen Verfügung bereits voraus. Allerdings wird der Testierwille unterschiedlich definiert. Teilweise wird unter dem Testierwillen das Bewusstsein des Erblassers verstanden, dass die schriftliche Erklärung als testamentarische Verfügung betrachtet werden könne.²³ Teilweise²⁴ wird vertreten, dass das Bewusstsein genüge, die Erklärung könne als rechtsgeschäftliche Erklärung angesehen werden.

²¹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 10

²² G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 10

²³ BayObLG NJW-RR 1989, S. 1092 f. (1092)

²⁴ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 9 ff.

Stumpf²⁵ vertritt im Gegensatz zu den Gerichten und den übrigen Vertretern des Schrifttums die Auffassung, dass für eine letztwillige Verfügung ein Testierwille nicht erforderlich sei und ein potentielles Erklärungsbewusstsein genüge. Hätte der Erblasser bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung nach der Verkehrsanschauung als letztwillige Verfügung angesehen werden könne, sei eine letztwillige Verfügung gegeben. Dass die selbstbestimmte Gestaltung dadurch nicht gefährdet sei, zeige bereits die Tatsache, dass die meisten Willenserklärungen keine Mängel aufwiesen, also die Selbstbestimmung im Alltag reibungslos funktioniere.²⁶ Auch in den wenigen Fällen, in denen das Erklärungsbewusstsein fehle, werde der individuellen Selbstbestimmung des Erklärenden besser Rechnung getragen, wenn man ein Erklärungsbewusstsein nicht fordere.²⁷ Denn der Erklärende behalte über die

²⁵ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 39

²⁶ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 36

²⁷ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 36 f.

Anfechtungsmöglichkeit die Entscheidungsfreiheit, ob die Erklärung gelten soll. In vielen Fällen werde auch der Wille des Erklärenden eher für die Aufrechterhaltung und Durchführung des Geschäfts sprechen. Für die Berücksichtigung eines solchen Willens wäre kein Raum mehr, wenn man bei fehlendem Erklärungsbewusstsein bereits den Tatbestand der Willenserklärung verneine. Auch eine Umdeutung sei dann nicht mehr möglich. Selbst wenn man ein Erklärungsbewusstsein nicht für erforderlich halte, sei ein selbstbestimmter Akt gegeben, da ein Handlungswille unverzichtbare Voraussetzung für eine Willenserklärung sei.²⁸ Die Willenserklärung baue auch nicht nur auf dem Gedanken der Selbstbestimmung auf, sondern beruhe zugleich auf dem Gedanken der Selbstverantwortung, der unmittelbarer Bestandteil der Privatautonomie sei.²⁹ Aufgrund dessen hafte der Erklärende nicht deshalb, weil er einen Vertrauenstatbestand gesetzt habe, sondern sei an die von ihm gesetzten Rechtsfolgen gebunden, deren er sich zunächst nicht bewusst gewesen sei, die er aber

²⁸ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 37

²⁹ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 38 f.

verursacht habe. Da man nicht auf das Erklärungsbewusstsein verzichte, um den Vertrauensschutz zu gewährleisten, sei auch bei denjenigen Willenserklärungen, bei denen der Vertrauensschutz keine Rolle spiele, ein Erklärungsbewusstsein des Erklärenden entbehrlich.³⁰

(2) Eigene Stellungnahme

Zunächst ist zu untersuchen, ob für letztwillige Verfügungen überhaupt ein subjektives Element Existenzvoraussetzung ist. Anschließend soll erörtert werden, wie der Wille und das Bewusstsein tatsächlich beschaffen sind und ob diese psychologischen Phänomene eine rechtliche Bedeutung haben.

(a) Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen Willens

Die Annahme einer einseitigen testamentarischen Verfügung ohne ein über den Handlungswillen

³⁰ C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 38

hinausgehendes subjektives Phänomen ist abzulehnen. Einigen Vorschriften lässt sich die Wertung entnehmen, dass die Interessen Dritter bei letztwilligen Verfügungen hinter den Belangen des Erblassers eindeutig zurücktreten.³¹ Der Erblasser kann jederzeit (§§ 2253, 2302 BGB) seine letztwillige Verfügung grundlos widerrufen. Des Weiteren kann derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, die letztwillige Verfügung, anders als Rechtsgeschäfte unter Lebenden (§ 119 Abs. 2 BGB), aufgrund jeglichen Motivirrtums nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB anfechten. Zudem löst die Anfechtung im Unterschied zu der Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB keine Schadensersatzpflicht aus (§ 2078 Abs. 3 BGB).

³¹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 24 f.; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 6; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 4 f.; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 1; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 772; H. Brox, Erbrecht, Rn. 198; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 191; H. Lange, 1. Denkschrift des Erbrechtausschusses, S. 105; M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 664

Durch die Ausübung des Widerrufsrechts kann der Erblasser zwar eine seinen Zielen widersprechende Verfügung beseitigen. Allerdings ist ihm das nur möglich, wenn er zu Lebzeiten erkennt, dass seine Erklärung als eine einseitige Verfügung von Todes wegen einzustufen ist. Nach seinem Tod würde sich zwar derjenige, dem die Anfechtung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommt, in der Regel gegen die Aufrechterhaltung und die Durchführung des Rechtsgeschäfts entscheiden, da ihm die Anfechtung der Verfügung unmittelbar zugute kommt. Jedoch sind durchaus Fälle denkbar, in denen sich der Anfechtungsberechtigte aufgrund von Erwägungen, die nicht wirtschaftlicher Natur sind, gegen die Anfechtung entscheidet. Es gibt keinen Grund dafür, warum dem Anfechtungsberechtigten die Entscheidungsbefugnis über die Existenz einer „letztwilligen Verfügung“ eingeräumt werden sollte, wenn nur ein Handlungswille und kein rechtsgeschäftlicher Wille existiert. Außerdem ist die Annahme von Stumpf, dass die Aufrechterhaltung und Durchführung des Geschäfts ohne die Existenz eines rechtsgeschäftlichen Willens des Erblassers dessen

(hypothetischen) Willen oder Bewusstsein eher entspricht als die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, nicht durch empirische Daten belegt.

Schließlich lässt sich § 133 BGB der Rechtsgedanke entnehmen, dass der „wirkliche Wille“ des Erblassers maßgeblich sein muss und im Gegensatz zur Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB keine Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte zu nehmen ist. Wie soll man aber bei der Auslegung einer Willenserklärung den wirklichen Willen erforschen, wenn man die Existenz einer letztwilligen Verfügung ohne einen solchen rechtsgeschäftlichen Willen bejahen könnte? Nur wenn das Erfordernis eines solchen Willens oder Bewusstseins dazu führen würde, dass ein geheimer Vorbehalt oder ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum nicht mehr möglich wäre, müsste man wegen den §§ 116 S. 1, 2078 Abs. 1 BGB auf das subjektive Element verzichten.

(b) Psychologischer Wille

Der Erblasser verfolgt mit seiner Erklärung bestimmte Ziele. Diese sind nicht nur wirtschaftlicher oder tatsächlicher Art, sondern können auch auf einen

rechtlichen Erfolg gerichtet sein. Sie sind äußerst vielfältig und auf unterschiedlichen Ebenen anzusiedeln. Der Erblasser bildet vor der Errichtung einer letztwilligen Verfügung stets die Zielintention, überhaupt eine letztwillige Verfügung zu errichten und sich nicht mit den gesetzlichen Regelungen zu begnügen. Anschließend wählt er diejenigen Personen aus, die er bedenken will. Danach bestimmt er die Gegenstände, die er den Auserwählten zuwenden möchte. Diese Ziele sind rein tatsächlicher Natur und beruhen auf wirtschaftlichen und sozialen Erwägungen. Daraufhin entscheidet er möglicherweise, ob der Bedachte schuldrechtlich oder dinglich berechtigt sein soll. Dieses Ziel wäre rechtlicher Art.

Die Ziele des Erblassers sind jedoch vom Inhalt der Erklärung zu unterscheiden. Dies lässt sich mit Hilfe des Rubikonmodells der Handlungsphasen belegen. Dieses Modell ist eine allgemeine Theorie des Zielstrebens, die von Heckhausen entwickelt und von Gollwitzer³² optimiert wurde. Nach dieser Theorie ist das Zielstreben

³²

P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 38 ff.

in vier verschiedene, aufeinander folgende Handlungsphasen (Abwägungsphase, Planungsphase, Handlungsphase und Bewertungsphase) eingeteilt. Die Grundprobleme einer jeden Motivationspsychologie, nämlich die Wahl von Handlungszielen und deren Realisierung, können mit dieser Theorie analysiert werden.³³ Denn dieses Motivationsmodell lässt sich auf ganz unterschiedliche Lebensbereiche anwenden.³⁴ Ist in der Abwägungsphase ein relativ attraktives und erreichbares Handlungsziel (z.B. die finanzielle Absicherung des Neffen) durch ein vergleichendes Abwägen der Wünschbarkeit und der Realisierbarkeit ausgewählt worden, wird dieser Wunsch anschließend in eine Zielintention umgewandelt. Dies bezeichnet man in der Handlungsphasentheorie als Überschreiten des Rubikons. Es entsteht das Gefühl der Entschlossenheit, das ausgewählte Handlungsziel zu verwirklichen.³⁵ Die Handlung, die anschließend in der Handlungsphase vorgenommen wird (z.B. die Errichtung eines Vermächtnisses zugunsten des Neffen), ist jedoch von

³³ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 39

³⁴ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 28

³⁵ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 42

der Zielintention zu unterscheiden. Denn die Menschen handeln nicht um der Handlung willen, sondern um ein bestimmtes Ziel (Zielintention) mit der initiierten Handlung zu erreichen.³⁶ Aufgrund dessen ist das von dem Erklärenden angestrebte Ziel mit dem Inhalt seiner Erklärung nicht identisch. Der Handelnde gibt vielmehr dann, wenn er ein bestimmtes Ziel erreichen möchte (z.B. die finanzielle Absicherung des Neffen) die Erklärung ab, dass ein bestimmter Rechtserfolg gelten soll (z.B. ein Vermächtnis in Höhe von 10.000,00 Euro zugunsten des Neffen).

Dass diese Erklärung bewusst oder willentlich initiiert werden muss, lässt sich mit Hilfe der psychologischen Erkenntnisse zur Handlungssteuerung belegen. Denn diese erfolgt entweder bewusst (automatische Handlungssteuerung) oder willentlich (willentliche Handlungssteuerung). Da die Testamentserrichtung keine alltägliche Gewohnheit³⁷ ist, kann eine automatische Handlungssteuerung nur vorliegen, wenn der Erblasser

³⁶ H. Heckhausen, Intentionsgeleitetes Handeln und seine Fehler, S. 147

³⁷ Vgl. zu den Abläufen bei Gewohnheiten P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 71, 74

bewusst³⁸ Vorsätze bildet, also vor der Handlung festlegt, wann, wo und wie gehandelt werden soll. Zum Beispiel kann der Erblasser festlegen, dass er an einem bestimmten Tag zu einer festgelegten Uhrzeit mit einem Kugelschreiber auf einem weißen Blatt Papier die Erklärung abgeben wird, dass sein Neffe ein Vermächtnis in Höhe von 10.000,00 Euro erhalten soll. Zudem kann er festlegen, dass er anschließend das Datum auf dem Schriftstück vermerkt und seine Unterschrift anbringt. Diese Vorsätze werden zeitlich entweder mit der Auswahl des Ziels gefasst³⁹ oder erst danach.⁴⁰ Gegebenenfalls müssen die Vorsätze nachreguliert werden, wenn sich Veränderungen ergeben haben.⁴¹ Zum Beispiel muss der Erblasser dann, wenn er die finanzielle Absicherung der Familie seines Neffen anstrebt und dafür den Vorsatz gebildet hat, dem Neffen ein Vermächtnis auszusetzen, diesen gefassten Vorsatz korrigieren, wenn der Neffe unerwartet verstirbt; dann kann er sich etwa vornehmen, der Ehefrau seines Neffen

³⁸ P. M. Gollwitzer/ J. T. Malzacher, Absichten und Vorsätze, S. 456 „bewussten mentalen Akt der Vorsatzbildung“

³⁹ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 43

⁴⁰ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 45

⁴¹ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 45

und dessen Kindern jeweils eine bestimmte Geldsumme als Vermächtnis zuzuwenden. Durch das Bilden von Vorsätzen werden die zum Handeln geeigneten Situationen und Mittel in Verhaltensauslöser verwandelt, die schwer zu vergessen, zu ignorieren und zu übersehen sind. Die Vorsätze bei der Handlungsinitiierung (Gelegenheitsvorsätze), der Handlungsdurchführung (Durchführungsvorsätze) und der Beendigung der Handlung (Deaktivierungsvorsätze) können ohne bewusste Zwischenkontrolle das Handeln anstoßen und helfen daher, Realisierungsschwierigkeiten zu überwinden.⁴² Zum Beispiel besteht eine größere Wahrscheinlichkeit für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung, wenn der Erblasser das Datum und die Uhrzeit der Testamentserrichtung und den Wortlaut seiner Erklärung vorab festlegt. Denn die zum Handeln bestimmte Situation wird dann leicht erkannt, da die Personen in der Planungsphase realisierungsorientiert

⁴² H. Heckhausen, Perspektiven einer Psychologie des Wollens, S. 131; H. Heckhausen, Intentionengeleitetes Handeln und seine Fehler, S. 148; P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 43; P. M. Gollwitzer/ J. T. Malzacher, Absichten und Vorsätze, S. 456

sind.⁴³ Es sind alle Prozesse darauf ausgerichtet, das umzusetzen, wozu man sich nach vorheriger Prüfung entschieden hat. Es werden bevorzugt Informationen zur Kenntnis genommen, die darüber Auskunft geben, wann und wie Handlungen vorgenommen werden können, welche der Zielintention dienen.⁴⁴ Hat der Erblasser keine Vorsätze gebildet, so ist eine willentliche Handlungssteuerung erforderlich, d.h. der Erblasser muss sich zu einem zuvor nicht festgelegten Zeitpunkt zu der Testamentserrichtung und der Formulierung der letztwilligen Verfügung durchringen. Weil dazu eine erhebliche Willensanstrengung nötig ist, gelingt dies seltener, als wenn der Erblasser zuvor durch das Bilden von Vorsätzen bewusst seine Handlung steuert. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der Erblasser die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entweder bewusst oder willentlich initiiert.

Da der Erblasser sein Ziel nur erreichen kann, wenn er bewusst oder willentlich die Erklärung initiiert, dass eine

⁴³ H. Heckhausen, Wünschen-Wählen-Wollen, S. 6; P. M. Gollwitzer, Suchen, Finden und Festigen der eigenen Identität, S. 180, 184

⁴⁴ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 71, 72

bestimmte letztwillige Verfügung gelten soll, hat er stets einen konkreten Geschäftswillen. Den „Testierwillen“, also das allgemeine Bewusstsein, irgendeine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben oder irgendeine letztwillige Verfügung zu errichten, gibt es als tatsächliches Phänomen nicht.

(c) Rechtliche Relevanz des psychologischen Willens

Allerdings kann das psychologische Phänomen nur dann Existenzvoraussetzung für eine letztwillige Verfügung sein, wenn die §§ 116 S. 1, 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB nicht entgegenstehen. § 116 S. 1 BGB gilt auch für die letztwilligen Verfügungen. Entgegen der Ansicht der 1. BGB-Kommission⁴⁵, die meinte, dass das Willensdogma zugunsten der gesetzlichen Erben strikt durchgeführt werden müsse, entschied die 2. BGB-Kommission⁴⁶, dass § 116 S. 1 BGB auf einseitige Verfügungen von Todes wegen anzuwenden sei. Denn dem Erblasser dürfe nicht gestattet werden, „mit letztwilligen Verfügungen

⁴⁵ Mugdan Mot. V, S. 24

⁴⁶ Mugdan Prot. V, S. 539

gewissermaßen sein Spiel zu treiben“. Nach dem Wortlaut des § 116 S. 1 BGB ist eine Willenserklärung wirksam, obwohl sich der Erklärende insgeheim vorbehält, „das Erklärte“ nicht zu wollen. Nach dieser Vorschrift darf sich der Wille oder das Bewusstsein nicht auf den Erklärungsinhalt beziehen. Ansonsten läge bei einem geheimen Vorbehalt entgegen § 116 S. 1 BGB eine letztwillige Verfügung nicht vor. Allerdings bezieht sich der Wille oder das Bewusstsein im psychologischen Sinn nicht auf den Erklärungssinn, sondern auf die Erklärung. Diese muss bewusst oder willentlich initiiert werden, damit sie nicht unterbleibt. Selbst wenn sich der Erblasser also insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, wird die Erklärung, dass ein bestimmter Rechtserfolg gelten soll, bewusst oder willentlich initiiert (Geschäftswille).

Nach § 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht hat abgeben wollen. Aus dem Wortlaut („Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte“) ergibt sich ebenfalls, dass der rechtsgeschäftliche Wille nicht auf den Inhalt,

sondern auf die Erklärung gerichtet sein muss. Anderenfalls müsste bei einem Erklärungsirrtum die Existenz der letztwilligen Verfügung verneint werden, da der Erblasser den in Geltung gesetzten Rechtserfolg nicht wollte.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die §§ 2078 Abs. 1, 2. Alt., 116 S. 1 BGB die Berücksichtigung des psychologischen Phänomens gestatten. Aufgrund dessen ist die Entwicklung eines rechtsgeschäftlichen Willens („Testierwille“), den es tatsächlich nicht gibt, entbehrlich. Entgegen der Ansicht der Gerichte⁴⁷ und des Schrifttums⁴⁸ ist vor der Festlegung des Inhalts der Erklärung nicht der Testierwille festzustellen, sondern durch Auslegung nach § 133 BGB zu ermitteln, ob der Erblasser die Erklärung bewusst oder willentlich initiiert hat, also einen Geschäftswillen gehabt hat.

⁴⁷ KG FamRZ 2004, S. 736 ff. (738); BayObLG FamRZ 2001, S. 944 f. (945); OLG Brandenburg FamRZ 1998, S. 985 ff. (986); BayObLG NJW-RR 1989, S. 1092 f. (1092)

⁴⁸ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 10; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 1; G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 3

bb) Inhalt der erbrechtlichen Anordnung

Lässt sich ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum im Wege der Testamentsauslegung korrigieren und dadurch der wirkliche Wille des Erblassers realisieren?

(1) Auslegung der letztwilligen Verfügung nach § 133 BGB

Nach § 133 BGB ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Die Auslegung ist nach Ansicht der 1. BGB-Kommission nur insofern begrenzt, als sie einen „erklärten“ Willen voraussetzt.⁴⁹ Wie allerdings der „wirkliche“ und der „erklärte“ Wille (§ 133 BG) beschaffen sein sollen, lässt sich den Ausführungen der 1. und 2. BGB-Kommission nicht entnehmen.

Ein Erklärungsirrtum lässt sich nach dem Wortlaut des § 133 BGB korrigieren. Durch die Auslegung wird derjenige Rechtserfolg zum Erklärungssinn der letztwilligen Verfügung, dessen Geltung der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert (realer Geschäftswille),

⁴⁹ Mugdan Mot. V, S. 24

aber wegen eines Erklärungsirrtums nicht in Geltung gesetzt hat. Diese Erklärungsbedeutung basiert auf einem subjektiven Phänomen („Wille“) und ist real, also „wirklich“. Deswegen kann zum Beispiel die objektive Erklärungsbedeutung „Vermächtnis i.H.v. 1.000,00 Euro“ durch das gewünschte „Vermächtnis i.H.v. 10.000,00 Euro“ ersetzt werden, wenn der Erblasser sich verschrieben hat (Erklärungsirrtum).

Allerdings ist fraglich, ob auch ein Inhaltsirrtum durch die Auslegung beseitigt werden kann. Denn derjenige Rechtserfolg, den der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hätte, wenn ihm der Inhaltsirrtum nicht unterlaufen wäre, beruht auf einem „hypothetischen“ Geschäftswillen. Jedoch kann der in § 133 BGB enthaltene Begriff „wirklich“ auch dahingehend ausgelegt werden, dass zur Korrektur eines Inhaltsirrtums derjenige Rechtserfolg zu erforschen ist, der dem Ziel des Erblassers „wirklich“ dient. Des Weiteren wird diese Auslegung des § 133 BGB dem Begriff „erforschen“ gerecht. Außerdem entspricht die Korrektur der Inhaltsirrtümer der Wertung des Gesetzgebers, die in den §§ 2247, 2232 S. 1, 2. Alt. BGB zum Ausdruck kommt.

Durch die §§ 2247, 2232 S. 1, 2. Alt. BGB wollte der Gesetzgeber einem juristischen Laien ermöglichen, selbst seinen letzten Willen zu erklären. Da ein solcher Erblasser juristische Falschbezeichnungen nicht vermeiden kann, muss eine Korrektur eines Inhaltsirrtums möglich sein, um der Nichtigkeit (§§ 2078 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB) zu entgehen und der Intention des Gesetzgebers gerecht zu werden. Die Korrektur eines Inhaltsirrtums ist nur dann ausgeschlossen, wenn sich zwar ermitteln lässt, welchen Rechtserfolg der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hat, aber diejenige Erklärungsbedeutung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar ist, deren Geltung er bewusst oder willentlich initiiert hätte, wenn er die Bedeutung der von ihm verwendeten Worte nicht verkannt hätte.

Durch die Korrektur wird die Grenze, die der „erklärte Wille“ bildet, nicht überschritten. Dieser ist von dem wirklichen Willen zu unterscheiden, was sich bereits aus der von der 1. BGB-Kommission verwendeten unterschiedlichen Terminologie ergibt. Er kann mit dem psychologischen Phänomen „Zielintention“ gleichgesetzt

werden. Denn die Willensrichtung des Erblassers ist ein subjektives Element („Wille“), das in der Abwägungsphase durch ein vergleichendes Abwägen der Wünschbarkeit und Realisierbarkeit gebildet worden ist. Die Zielintention ist auch „erklärt“, da der Erblasser deren Verwirklichung durch die Errichtung der letztwilligen Verfügung angestrebt hat. Sie setzt der Auslegung diejenige Schranke, dass nur ein Erklärungssinn zum Testamentsinhalt werden kann, der das Ziel des Erblassers realisiert. Da der Erblasser bei einem Erklärungsirrtum denjenigen Erklärungssinn, der zum Inhalt des Testaments werden sollte, selbst zur Erreichung des Ziels gebildet hat, wird die Grenze, die der „erklärte Wille“ der Auslegung setzt, nicht überschritten. Aber auch der hypothetische Erklärungsinhalt, der vor der Korrektur des Inhaltsirrtums zu erforschen ist, wird aus dem Ziel des Erblassers entwickelt. Zum Beispiel kann ein „Vermächtnis“ durch eine Erbeinsetzung ersetzt werden, wenn der Erblasser das Ziel angestrebt hat, dem Bedachten mit dem Erbfall eine dingliche Rechtsposition zu zuwenden.

Deswegen ist festzuhalten, dass nach § 133 BGB bei einem Erklärungsirrtum derjenige Rechtserfolg Inhalt der letztwilligen Verfügung wird, den der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hat, aber aufgrund des Irrtums nicht in Geltung gesetzt hat. Bei einem Inhaltsirrtum ist der Erklärungssinn festzustellen, dessen Geltung der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hätte, wenn er die Bedeutung der von ihm verwendeten Worte nicht verkannt hätte.

(2) Auslegungsmethode

Die Rechtslehre⁵⁰ und die Gerichte vertreten die Rechtsauffassung, dass ein Erklärungs- oder Inhaltsirrtum im Wege der erläuternden Testamentsauslegung zu korrigieren ist. Nur ein Motivirrtum des Erblassers könne im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung berichtigt werden.

⁵⁰ K. H. Johannsen, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1974, § 2078 BGB, Rn. 27 f., § 2084 BGB, Rn. 19 ff.; H. Brox, Erbrecht, Rn. 199; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 6, Vorbemerkungen zu §§ 2064 - 2086 BGB, Rn. 81, der sich für die Korrektur eines Inhaltsirrtums durch die erläuternde Testamentsauslegung ausspricht.

Allerdings kann diese Ansicht nicht überzeugen. Der Sinn der letztwilligen Verfügung ist zunächst derjenige Rechtserfolg, der auf einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum beruht, also die objektive Erklärungsbedeutung. Dies ergibt sich aus § 2078 Abs. 1 BGB. Denn wäre der „wirkliche Wille“ (§ 133 BGB) unmittelbar der Erklärungsinhalt der letztwilligen Verfügung, so wäre eine Anfechtung wegen eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums entgegen dem Wortlaut des § 2078 Abs. 1 BGB noch nicht einmal theoretisch möglich. Zudem würde verkannt, dass bei einem Inhaltsirrtum eine hypothetische Erklärungsbedeutung zu ermitteln ist, also ein Erklärungssinn, der nicht auf einem realen Geschäftswillen beruht. Im Wege der erläuternden Auslegung lässt sich jedoch nur ermitteln, ob ein realer Geschäftswille Auslöser der Erklärung war, also der Erblasser bewusst oder willentlich die Erklärung initiiert hat, dass eine bestimmte erbrechtliche Anordnung gelten soll.

Die Korrektur eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums kann folglich nur im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung vorgenommen werden. Dies

bedeutet, dass der in Geltung gesetzte Rechtserfolg aufgehoben und die letztwillige Verfügung um denjenigen Geltungssinn ergänzt wird, welchen der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hat, aber aufgrund eines Erklärungsirrtums nicht in Geltung gesetzt hat, oder welchen er bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hätte, wenn ihm der Inhaltsirrtum nicht unterlaufen wäre. Orientiert man sich bei der Korrektur eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums (§ 2078 Abs. 1 BGB) am „erklärten“ Ziel, so darf man den wirklichen Willen i.S.d. § 133 BGB auch nicht fälschlicherweise als „erklärten“⁵¹, „unvollkommen ausgedrückten“⁵² oder „in der Verfügung zum Ausdruck gelangten wirklichen“⁵³ Willen bezeichnen. Denn der „wirkliche Wille“ des Erblassers i.S.d. § 133 BGB ist bei einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum gerade nicht „erklärt“.

⁵¹ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 2

⁵² M. Schmidt, in: Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, § 2084 BGB, Rn. 2

⁵³ K. H. Johannsen, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 1

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die ergänzende Testamentsauslegung nur zu solchen Inhalten führen dürfe, die sich als Weiterentwicklung der getroffenen Verfügung darstellten, und die Aufhebung letztwilliger Verfügungen daher untersagt sei.⁵⁴ Zwar begrenzt der Vertragsgegenstand als objektives Kriterium die ergänzende Vertragsauslegung. Allerdings muss bei der ergänzenden Testamentsauslegung nach § 133 BGB im Gegensatz zur ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) nicht auf einen schutzwürdigen Vertragspartner Rücksicht genommen werden. Auch lassen sich dem Gesetz und insbesondere dem § 133 BGB keine Wertungen dafür entnehmen, dass die Aufhebung einer erbrechtlichen Anordnung nicht Inhalt einer im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung entwickelten Verfügung sein kann. Nach § 133 BGB ist die Aufhebung sogar geboten, da nur dadurch der

⁵⁴ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 84; ähnlich: K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 360, 366; a.A.: BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (370); BayObLG FamRZ 1997, S. 1509 ff. (1510); K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 24

buchstäbliche Sinn beseitigt und der wirkliche Wille des Erblassers realisiert werden kann.

(3) Verhältnis der Auslegung zur Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB

Gegen die Korrektur der auf einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum beruhenden letztwilligen Verfügungen durch die ergänzende Testamentsauslegung ließe sich möglicherweise anführen, dass sich bereits aus der Existenz des § 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB ergebe, dass letztwillige Verfügungen existieren müssten, die wegen eines Erklärungsirrtums anfechtbar seien. Allerdings würde dann verkannt, dass aufgrund des Verbots der Buchstabeninterpretation gemäß § 133 BGB sogar ein Gebot zur Korrektur des Erklärungsirrtums besteht und dass die Rechtsfolge der Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums, also die Nichtigkeit des in Geltung gesetzten Rechtserfolgs (§ 142 Abs. 1 BGB), auch durch die ergänzende Testamentsauslegung herbeigeführt wird. Der in Geltung gesetzte Rechtserfolg wird aufgehoben, damit das Testament um denjenigen Rechtserfolg ergänzt werden kann, den der Erblasser bewusst oder willentlich

initiiert hat oder initiiert und in Geltung gesetzt hätte. Insoweit hat die ergänzende Testamentsauslegung die Funktion einer Anfechtung, jedoch ohne dass es einer Anfechtungserklärung bedarf. Des Weiteren verbleibt der Anfechtung nach § 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB über die Verweisungen in den §§ 2281 und 2285 BGB ein Anwendungsbereich. Schließlich widerspricht die Korrektur der Anfechtungsgründe nicht dem Sinn und Zweck des § 2078 Abs. 1 BGB (Willensfreiheit des Erblassers). Dieser wird durch die Auslegung vielmehr optimal verwirklicht, da diese nicht nur kassiert, sondern auch den Inhalt der Verfügung reformiert.

b) Anfechtbarkeit eines Widerrufs einer letztwilligen Verfügung

Äußerst fraglich ist, ob ein Widerruf einer letztwilligen Verfügung nach den §§ 2254, 2255 BGB wegen eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums anfechtbar ist. Die Beantwortung dieser Frage ist davon abhängig, welches subjektive Element für den Widerruf einer letztwilligen Verfügung erforderlich ist.

Eine Handlung kann dem Erblasser nur dann als Widerruf einer letztwilligen Verfügung nach § 2255 BGB zugerechnet werden, wenn der Erblasser bewusst oder willentlich die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde initiiert und dabei das Ziel verfolgt hat, die Verfügung aufzuheben. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 2255 BGB („in der Absicht, es aufzuheben“, „beabsichtigt habe“). Hat der Erblasser bei der Veränderung oder Vernichtung der Testamentsurkunde nicht das Ziel verfolgt, die letztwillige Verfügung aufzuheben, ist ein Widerruf nicht anzunehmen. Daher ist der Widerruf durch die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde nicht nach § 2078 Abs. 1, 1. Alt. BGB wegen eines Inhaltsirrtums⁵⁵, sondern nur nach § 2078 Abs. 2 BGB anfechtbar. Ein Erklärungsirrtum ist zwar insofern denkbar, als der Erblasser die Veränderung der Testamentsurkunde in der Absicht initiiert, eine bestimmte letztwillige Verfügung aufzuheben, dann aber aufgrund eines Fehlers in der Handlungsphase eine andere Verfügung aus der Testamentsurkunde streicht.

⁵⁵

G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 9

Jedoch lässt sich dieser Erklärungsirrtum stets durch die ergänzende Auslegung nach § 133 BGB korrigieren, d.h. durch die Aufhebung des in Geltung gesetzten Rechtserfolgs und durch den Widerruf derjenigen Verfügung, deren Aufhebung der Erblasser beabsichtigt hat. Die Anfechtung eines Widerrufs des Erblassers durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde nach § 2255 BGB wegen eines Erklärungsirrtums (§ 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB) ist folglich ausgeschlossen.

Fraglich ist, welches subjektive Phänomen für einen Widerruf nach § 2254 BGB notwendig ist. Die Vertreter des Schrifttums äußern sich insoweit nicht eindeutig. Hagen⁵⁶ meint, dass „ein Testierwille, also ein Aufhebungswille“ erforderlich sei. Den Aufhebungswillen definiert er als einen Willen, das frühere Testament aufzuheben.⁵⁷ Baumann⁵⁸ meint

⁵⁶ W. Hagen, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2254 BGB, Rn. 4

⁵⁷ W. Hagen, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2254 BGB, Rn. 4

⁵⁸ W. Baumann, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2254 BGB, Rn. 10

hingegen, dass sich für einen Widerruf nach § 2254 BGB die Aufhebungsabsicht eindeutig aus der Testamentsurkunde ergeben müsse.

Die Ausführungen der 1. BGB-Kommission zu den §§ 2254, 2255, 2258 BGB sind ebenfalls nicht eindeutig. Einerseits ist den Motiven zu entnehmen, dass auf den Widerruf letztwilliger Verfügungen die Vorschriften, welche die Anfechtung betreffen (§§ 2078 ff. BGB), anwendbar sein sollen, da auch ein Widerruf eine letztwillige Verfügung sei.⁵⁹ Daraus könnte man entnehmen, dass für einen Widerruf kein Aufhebungswille erforderlich ist. Denn wäre er Voraussetzung für einen Widerruf nach § 2254 BGB, wäre eine Anfechtung wegen eines Inhaltsirrtums bei einem Widerruf, also der Aufhebung der letztwilligen Verfügung, ausgeschlossen.

Andererseits enthalten die Anmerkungen der 1. BGB-Kommission zu den §§ 2254 ff. BGB aber Hinweise, die auf das Erfordernis eines Aufhebungswillens hindeuten. Aus den Motiven zu § 2255 BGB ergibt sich, dass § 2255 BGB nur von der nach § 2254 BGB erforderlichen

⁵⁹ Mugdan Mot. V, S. 25

Testamentsform („hiervon“⁶⁰) eine Ausnahme machen soll. Auch für einen Widerruf durch ein späteres Testament sei nach § 2258 BGB ein Aufhebungswille nötig.⁶¹ Zudem äußert sich die 1. BGB-Kommission für den Widerruf nach § 2256 BGB insofern, dass kein Aufhebungswille notwendig und der Widerruf nach § 2256 BGB deswegen vielleicht gar kein wirklicher Widerruf sei.⁶²

Diese teils widersprüchlichen Aussagen lassen sich nur dann in Einklang bringen, wenn man hinsichtlich der subjektiven Anforderungen zwischen einem positiven und einem negativen Widerruf differenziert. Ein positiver Widerruf ist die Errichtung einer neuen Verfügung, die sich von der früheren Verfügung inhaltlich unterscheidet. Für ihn gelten dieselben Regeln wie für eine wirksame einseitige testamentarische Verfügung. Ein Aufhebungswille ist nicht erforderlich, da die neue

⁶⁰ Mugdan Mot. V, S. 158

⁶¹ Mugdan Mot. V, S. 160 „Der § 1936 befaßt sich mit derjenigen auf dem Willen des Erblassers beruhenden Aufhebung einer letztwilligen Verfügung...“

⁶² Mugdan Mot. V, S. 160 „Der Aufhebungswille ist nicht erforderlich; ein wirklicher Widerruf liegt sogar vielleicht gar nicht vor, weil der Aufhebungswille nicht vorhanden war.“

testamentarische Verfügung entgegen der Ansicht der 1. BGB-Kommission nach § 2258 BGB kraft Gesetzes bewirkt, dass die frühere testamentarische Verfügung insoweit aufgehoben ist, als die frühere zu der späteren Verfügung in Widerspruch steht.⁶³ Für den negativen Widerruf, also der bloßen Aufhebung einer einseitigen Verfügung von Todes wegen, ist dagegen ein Aufhebungswille Existenzvoraussetzung. Es besteht für die Annahme eines negativen Widerrufs kein Bedürfnis, wenn der Erblasser nicht bewusst oder willentlich die Erklärung initiiert hat, dass das Testament oder die einzelne letztwillige Verfügung nicht mehr gelten soll. Der Gesetzgeber brachte in § 2255 BGB zum Ausdruck, dass der Selbstbestimmung bei einem negativen Widerruf der Vorrang gegenüber der Selbstverantwortung einzuräumen ist. Es lassen sich keine gewichtigen Argumente dafür finden, warum bei einem negativen Widerruf einer letztwilligen Verfügung nach § 2254

⁶³ So auch W. Baumann, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 1998, § 2258 BGB, Rn. 12; J. Mayer, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2258 BGB, Rn. 2; W. Hagena, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2258 BGB, Rn. 5

BGB von dieser Wertung des Gesetzgebers abgewichen werden sollte.

Jedoch kann ein Widerruf nach § 2256 BGB wegen eines Inhaltsirrtums angefochten werden, wenn dem Erblasser nicht bewusst gewesen ist, dass die Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung ein Widerruf dessen bedeutet. Denn für diesen Widerruf ist ein Widerrufswille nicht Existenzvoraussetzung. Die Belehrung über die Folge der Rückgabe der Testamentsurkunde an den Erblasser soll, muss allerdings nicht, erfolgen (§ 2256 Abs. 1 S. 2 BGB).

c) Kausalität eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums

Nach § 2078 Abs. 1 BGB ist für die Anfechtung erforderlich, dass der Erblasser die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde“. Im Unterschied zu § 119 Abs. 1 BGB kommt es nicht darauf an, ob der Erblasser bei verständiger Würdigung die letztwillige Verfügung errichtet hätte.⁶⁴

⁶⁴

D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen

Die Kausalität lässt sich nur dann bejahen, wenn die objektive Erklärungsbedeutung den vom Erblasser ausgewählten Zielintentionen widerspricht und der Erblasser bei weiser Voraussicht auch keinen Willensrichtungen die Präferenz eingeräumt hätte (§ 2078 Abs. 1 BGB „würde“), denen der objektive Sinn der letztwilligen Verfügung dient. Für die Ermittlung der Ziele sind spätere Willensäußerungen des Erblassers regelmäßig unverzichtbar, da bei der Auswahl eines Handlungsziels viele Vorstellungen über positive und negative Folgeanreize (Wünschbarkeit) und über die Realisierbarkeit der möglichen Ziele vom Erblasser gebildet und gegeneinander abgewogen werden.

Die erforderliche Gewissheit für die Feststellung der Ursächlichkeit der Anfechtungsgründe ist dieselbe wie für die Annahme eines von der objektiven Erklärungsbedeutung abweichenden wirklichen Willens des Erblassers i.S.d. § 133 BGB. Denn diese Feststellung beinhaltet inzident, dass der Erblasser die Erklärung ohne den Anfechtungsgrund nicht abgegeben hätte.

Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 21; K.-G. Lorz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 32

d) Zusammenfassung

Eine Erklärung kann dem Erblasser nur dann als einseitige testamentarische Verfügung zugerechnet werden, wenn der Erblasser einen Geschäftswillen gehabt hat, also bewusst oder willentlich die Handlung initiiert hat, dass eine bestimmte erbrechtliche Anordnung gelten soll. Aufgrund dessen ist eine letztwillige Verfügung nur dann rechtlich existent, wenn sich im Wege der erläuternden Testamentsauslegung ein Geschäftswille feststellen lässt.

Ein Erklärungsirrtum ist gegeben, wenn der Erblasser sich verschrieben hat, also einen Rechtserfolg in Geltung gesetzt hat, der nicht mit demjenigen identisch ist, den er bewusst oder willentlich initiiert hat. Jedoch ist eine Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums stets ausgeschlossen, da nach § 133 BGB der „wirkliche Wille“ zu ermitteln ist. Darunter ist derjenige Erklärungssinn zu verstehen, dessen Geltung der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hat. Im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung kann dem in Geltung gesetzten Rechtserfolg (objektiver Erklärungssinn) die Wirkung entzogen und das

Testament um diejenige Erklärungsbedeutung ergänzt werden, deren Geltung der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hat. Ein Widerspruch zu § 2078 Abs. 1, 2. Alt. BGB ist nicht gegeben, da im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung durch die Aufhebung des auf einem Anfechtungsgrund beruhenden Rechtserfolgs die Rechtsfolge der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) herbeiführt wird.

Ein Inhaltsirrtum ist dann gegeben, wenn der Erblasser bewusst oder willentlich einen Rechtserfolg initiiert und in Geltung gesetzt hat, den er nicht initiiert und in Geltung gesetzt hätte, wenn er die Bedeutung der von ihm verwendeten Worte nicht verkannt hätte. Dies ist dann anzunehmen, wenn sich das angestrebte Ziel nicht mit der vom Erblasser gewählten letztwilligen Verfügung erreichen lässt. Jedoch lässt sich ein Inhaltsirrtum grundsätzlich ebenfalls durch die ergänzende Testamentsauslegung korrigieren. Der in Geltung gesetzte Rechtserfolg wird aufgehoben und durch denjenigen Erklärungssinn ersetzt, den der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hätte, wenn ihm der Inhaltsirrtum nicht unterlaufen wäre.

Dann ist die einseitige testamentarische Verfügung nicht wegen eines Inhaltsirrtums anfechtbar. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn sich zwar feststellen lässt, welchen Rechtserfolg der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hat, aber diejenige Erklärungsbedeutung nicht zu ermitteln ist, deren Geltung er bewusst oder willentlich initiiert hätte, wenn er nicht die Bedeutung der von ihm verwendeten Worte verkannt hätte.

Ein negativer Widerruf nach § 2255 BGB ist wegen eines Inhaltsirrtums nicht anfechtbar, da ein Widerruf nach dem Wortlaut des § 2255 BGB zu verneinen ist, wenn der Erblasser bei der Veränderung oder Vernichtung der Testamentsurkunde nicht das Ziel verfolgt hat, die letztwillige Verfügung aufzuheben. Ein negativer Widerruf nach § 2254 BGB kann ebenfalls nicht wegen eines Inhaltsirrtums angefochten werden, da für ihn ein Geschäftswille (Aufhebungswille) Existenzvoraussetzung ist, d.h. der Erblasser muss bewusst und willentlich die Erklärung initiiert haben, dass die letztwillige Verfügung nicht mehr gelten soll.

Ein denkbarer Erklärungsirrtum des Erblassers lässt sich stets im Wege der ergänzenden Auslegung korrigieren, so dass eine Anfechtung wegen eines Erklärungsirrtums durch den nach § 2080 BGB Anfechtungsberechtigten ausscheidet.

Für den positiven Widerruf gelten die Ausführungen zu den letztwilligen Verfügungen. Denn der positive Widerruf ist die Errichtung einer neuen einseitigen Verfügung von Todes wegen, die inhaltlich von der früheren Verfügung abweicht. Nach § 2258 BGB hat er kraft Gesetzes die Aufhebung der früheren Verfügung zur Folge.

Ein Widerruf nach § 2256 BGB kann wegen eines Inhaltsirrtums angefochten werden, da für diesen Widerruf ein Widerrufswille nicht Existenzvoraussetzung ist.

2.) Anfechtung wegen eines Motivirrtums nach §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB

Derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, kann nach § 2078 Abs. 2 BGB die letztwillige Verfügung anfechten, wenn der Erblasser durch eine irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands zu der letztwilligen Verfügung bestimmt worden ist. Nach § 2079 BGB ist eine Anfechtung möglich, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. § 2079 BGB ist ein Unterfall des Motivirrtums, d.h. auch für den Anfechtungsgrund des § 2079 BGB ist eine irrige Annahme oder Erwartung nach Ansicht der 1. BGB-Kommission⁶⁵ nötig.

Bei Existenz eines Motivirrtums wird zwar wie bei einem Inhaltsirrtum nicht derjenige Rechtserfolg bewusst oder

⁶⁵ Mugdan Mot. V, S. 27

willentlich initiiert, der den vom Erblasser ausgewählten tatsächlichen oder rechtlichen Zielen dienen würde. Jedoch beruht dies nicht auf einer Verkennung der Bedeutung der gewählten Worte, sondern auf einer irrigen Annahme oder Erwartung.

a) Irrige Annahme oder Erwartung

Ein rechtlich relevanter Motivirrtum ist über vergangene, gegenwärtige und zukünftige Umstände jeglicher Art möglich; die Annahme bezieht sich auf die Vergangenheit und Gegenwart, die Erwartung auf die Zukunft.⁶⁶ Die Umstände, die sich der Erblasser vorstellt, können von seinem Verhalten unabhängig aber auch abhängig sein. Jedoch darf der Erblasser nach der herrschenden Meinung die Anfechtbarkeit nicht unter Verstoß gegen Treu und Glauben herbeiführen.⁶⁷ Gegen

⁶⁶ Mugdan Mot. V, S. 26; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 13; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 13; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 23, 34; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 845; H. Brox, Erbrecht, Rn. 233; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 234

⁶⁷ U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 322; D. Leipold,

diese Einschränkung der Anfechtbarkeit wegen eines Motivirrtums wendet sich Otte.⁶⁸ Er meint, dass eine solche Beschränkung nur bei bindend gewordenen Verfügungen zu rechtfertigen sei.⁶⁹ Denn der Grundsatz von Treu und Glauben hindere den Erblasser auch nicht daran, seine einseitige Verfügung von Todes wegen zu widerrufen. Der Widerruf des Erblassers könne sogar auf einer hämischen und niederträchtigen Gesinnung beruhen, soweit die Regelungen der §§ 134, 138 BGB nicht verletzt würden. Wenn die Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch den Erblasser selbst wirksam sei, könne auch nicht von Relevanz sein, ob der Erblasser die Anfechtungsvoraussetzungen selbst, auch unter Verstoß gegen Treu und Glauben, herbeigeführt habe.⁷⁰ Loritz⁷¹ meint dagegen, es sei ein erheblicher

in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 37, der aber für eine strenge Prüfung der Kausalität plädiert; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 234

⁶⁸ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 15

⁶⁹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 15

⁷⁰ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 15; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 845 f.

⁷¹ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen

Unterschied, ob der Erblasser selbst die einseitige Verfügung von Todes wegen widerrufe und gegebenenfalls neu testiere oder ob sie nach seinem Tod durch denjenigen, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, beseitigt werde. Jedoch kann dieser Einwand nicht überzeugen. Hinsichtlich der Wirkung eines Widerrufs und derjenigen einer Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) besteht keinerlei Unterschied. Deswegen kann der Erblasser die Voraussetzungen für eine Anfechtung wegen eines Motivirrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB herbeiführen, soweit er nicht gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstößt.

Der Umstand, auf den sich die Erwartung bezieht, kann nach der herrschenden Meinung⁷² vor oder auch erst nach

⁷² Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 16 Mugdan Mot. V, S. 26; Offengelassen von BGH NJW-RR 1987, S. 1412 f. (1413); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 16; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 35; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2078 BGB, Rn. 51, der jedoch meint, dass die Erwartung regelmäßig nicht der Beweggrund für die letztwillige Verfügung sei, wenn der

dem Erbfall eintreten oder nicht eintreten. Dass die Anfechtung auch auf Umstände gestützt werden kann, die sich erst nach dem Erbfall realisieren, kritisiert Leipold⁷³, da dies die Rechtssicherheit und den Vertrauensschutz gefährde. Diese Bedenken sah zwar die 1. BGB-Kommission⁷⁴ durchaus. Aber sie gestattete dennoch ausdrücklich die Anfechtung. Es lasse sich zwar einwenden, „die Anfechtbarkeit sei dann, wenn die Nichterfüllung der Voraussetzung sich erst nach dem Erbfall entscheide, für die Verkehrssicherheit nicht ungefährlich, weil mit der Anfechtung eine dingliche Rückwirkung verbunden, und diese in solchen Fällen nicht angemessen sei, weil es bedenklich erscheine, wenn ein Erblasser dadurch, dass er eine Verfügung unter einer Voraussetzung treffe, weitergehende Wirkungen erzielen könne, wie wenn er unter einer auflösenden Bedingung verfüge. Allein diese Bedenken beruhen auf der Erwägung, es handele sich um eine rechtsgeschäftliche festgesetzte Selbstbeschränkung des Willens sowohl in

Umstand entgegen der Erwartung erst nach dem Erbfall eintrete oder nicht eintrete.

⁷³ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 35 f.

⁷⁴ Mugdan Mot. V, S. 26

dem Fall, in welchem der Erblasser eine Bedingung setzte, als auch in dem Falle einer Voraussetzung, und es bliebe daher die unter einer Voraussetzung erfolgte Verfügung deshalb nicht rechtsbeständig, weil der Erblasser gewollt und erklärt habe, dass die Verfügung für diesen Fall ihre Kraft verlieren solle⁷⁵. Diese Bedenken sind nach Ansicht der 1. BGB-Kommission⁷⁶ jedoch nicht gerechtfertigt, da ein solcher Gesichtspunkt der Vorschrift (§ 2078 Abs.2 BGB) nicht zu Grunde liege. Die Vorschrift beruhe vielmehr auf der Annahme, dass ein Willensfehler vorliege, der – abweichend von E I § 102 – die Verfügung hinfällig mache, während ein solcher bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden unberücksichtigt bleiben würde.⁷⁷ Auch die 2. BGB-Kommission schränkte die Anfechtung nicht ein.⁷⁸ Des Weiteren lassen sich dem Wortlaut des § 2078 Abs. 2 BGB keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Eintritt oder Nichteintritt des erwarteten Umstands nicht auch nach dem Tod des Erblassers liegen kann. Zudem ist eine Ausuferung der Anfechtbarkeit nicht zu erwarten,

⁷⁵ Mugdan Mot. V, S. 26

⁷⁶ Mugdan Mot. V, S. 26

⁷⁷ Mugdan Mot. V, S. 26

⁷⁸ Mugdan Prot. V, S. 540

da stets nur solche Umstände zur Anfechtung berechtigen, die den Erblasser nach Überzeugung des Richters dazu veranlasst hätten, anders zu testieren.⁷⁹ Schließlich dient § 2078 Abs. 2 BGB weder der Rechtssicherheit noch dem Vertrauensschutz, sondern allein der Willensfreiheit des Erblassers. Diesem Zweck würde eine Ablehnung der Anfechtbarkeit widersprechen.

Umstritten ist, ob auch bei sog. „unbewussten“ oder „selbstverständlichen“ irrigen Annahmen oder Erwartungen eine Anfechtung wegen eines Motivirrtums möglich ist. Eine „unbewusste“ oder „selbstverständliche“ Annahme oder Erwartung ist gegeben, wenn eine „konkrete“ Vorstellung von dem vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Umstand im Zeitpunkt der Testamentserrichtung fehlt, aber die Umstände für den Erblasser selbstverständlich sind.⁸⁰ Keymer⁸¹ lehnt bei einer „unbewussten“ oder

⁷⁹ BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (369); BGH NJW-RR 1987, S. 1412 f. (1413); W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 234

⁸⁰ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 19

⁸¹ D. Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB, S.

„selbstverständlichen“ irrigen Annahme oder Erwartung die Anfechtung wegen eines Motivirrtums ab. Der Entstehungsgeschichte des § 2078 Abs. 2 BGB lasse sich entnehmen, dass die Vorstellung selbst immer „einen positiven Charakter“⁸² haben müsse. Durch eine nicht an den Grundsätzen der Andeutungstheorie orientierten ergänzenden Testamentsauslegung⁸³ und durch die Lehre über den Wegfall der Geschäftsgrundlage⁸⁴ könne der Inhalt der letztwilligen Verfügung korrigiert werden. Von der ganz herrschenden Meinung⁸⁵ wird im Gegensatz

80

⁸² Mugdan Prot. V, S. 541 „Die Vorstellung selbst müsse immer einen positiven Charakter gehabt haben, ...”

⁸³ D. Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB, S. 82 ff., 140

⁸⁴ D. Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB, S. 162 ff., 174 f.

⁸⁵ BGH NJW-RR 1987, S. 1412 f. (1413), der den Begriff der unbewussten Vorstellung vermeidet und von selbstverständlichen Vorstellungen spricht; BayObLG FamRZ 2002, S. 915 ff. (917); BayObLGZ 1993, S. 248 ff. (252); BayObLG FamRZ 1990, S. 322 ff. (323); BayObLG 1984, S. 1270 ff. (1271); KG FamRZ 1977, S. 271 ff. (273); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 23; D. Leibold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 29, da bei fehlerhafter selbstverständlicher Vorstellung die Richtigkeitsgewähr kraft privatautonomer Gestaltung fehle; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 19; K. H. Johannsen,

dazu auch bei „unbewussten“ oder „selbstverständlichen“ Annahmen und Erwartungen eine Anfechtung zugelassen. Nach Ansicht der Gerichte⁸⁶ und eines Großteils der Rechtslehre⁸⁷ sind die Grundsätze über die Geschäftsgrundlage auf letztwillige Verfügungen nicht anzuwenden. Das Rechtsinstitut sei auf den Interessenausgleich zugeschnitten und für das Schuldrecht entwickelt worden, um bei schuldrechtlichen Verträgen mit gegenseitigem Leistungsaustausch die Folgen schwerwiegender Störungen der Vertragsgrundlage im Rahmen des Zumutbaren halten zu können.⁸⁸ Bei einseitigen Verfügungen von Todes wegen handele es sich jedoch nicht um einen gegenseitigen

in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2078 BGB, Rn. 46; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 847, der dafür plädiert, den Begriff „unbewusste Vorstellung“ durch die „hypothetische Vorstellung“ zu ersetzen; S. Sieker, Der Motivirrtum des Erblassers, S. 710

⁸⁶ BGH NJW 1993, S. 850 f. (850); OLG Düsseldorf ZEV 1996, S. 466 ff. (467)

⁸⁷ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 22; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 72; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 19; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 785

⁸⁸ BGH NJW 1993 S. 850 f. (850); OLG Düsseldorf ZEV 1996, S. 466 ff. (467)

Leistungsaustausch, sondern um eine unentgeltliche Zuwendung erbrechtlicher Natur.⁸⁹ Die auf das Schuldrecht zugeschnittenen Rechtsfolgen der Lehre von der Geschäftsgrundlage passten deswegen nicht für die Korrektur letztwilliger Verfügungen.⁹⁰ Über die Lehre von der Geschäftsgrundlage könnte unabhängig von einem hypothetischen Willen des Erblassers eine Anpassung der einseitigen testamentarischen Verfügung vorgenommen werden, was der besonderen Bedeutung des „Erblasserwillens“ im Erbrecht widersprechen würde.⁹¹ Im Ergebnis verdient diese Ansicht Zustimmung. Es ist bereits eine Abgrenzung zwischen einer „bewussten“ und „unbewussten“ Vorstellung kaum möglich und jedenfalls auch nicht erforderlich. Denn auch wenn der Erblasser ganz selbstverständlich davon ausgeht, dass der vergangene oder gegenwärtige

⁸⁹ BGH NJW 1993 S. 850 f. (850); OLG Düsseldorf ZEV 1996, S. 466 ff. (467)

⁹⁰ BGH NJW 1993, S. 850 f. (850); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 22; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 72; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 785

⁹¹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 22

Umstand existiert oder der zukünftige Umstand eintritt, liegt diese Vorstellung der Auswahl eines relativ attraktiven und erreichbaren Handlungsziels und dessen Realisierung zugrunde. Des Weiteren ist nun nach der Schuldrechtsreform aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 313 BGB eine Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage nur auf Verträge und nicht auf einseitige Rechtsgeschäfte möglich. Zudem ist die gesetzliche Vorschrift in das Schuldrecht und nicht in den Allgemeinen Teil aufgenommen worden. Ist jedoch die Anwendung der Lehre von der Geschäftsgrundlage auf letztwillige Verfügungen nicht gestattet, so muss die einseitige Verfügung von Todes wegen nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB anfechtbar sein. Denn ist sogar die Aufhebung eines Vertrags nach § 313 BGB möglich, so muss sich die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung des Erblassers erst recht herbeiführen lassen, wenn derjenige, dem die Aufhebung der einseitigen Verfügung von Todes wegen zustatten kommen würde, die Anfechtung erklärt. Schutzwürdige Interessen eines Bedachten existieren nämlich bei letztwilligen Verfügungen nicht, so dass auch keine Rücksichtnahme geboten ist.

b) Ausschluss der Anfechtung durch die ergänzende Testamentsauslegung

Bevor das Verhältnis der ergänzenden Testamentsauslegung zur Anfechtung wegen eines Motivirrtums zu erörtern ist, gilt es zunächst zu hinterfragen, welche Voraussetzungen für eine ergänzende Testamentsauslegung bei Vorliegen eines Motivirrtums erforderlich sind. Es ist folglich zunächst zu klären, in welchen Fällen überhaupt eine ergänzende Testamentsauslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers möglich und die Anfechtung wegen eines Motivirrtums durch den nach § 2080 BGB Anfechtungsberechtigten ausgeschlossen ist.

Unzweifelhaft ist eine planwidrige Regelungslücke erforderlich. Dafür ist allein der „Wille“ des Erblassers maßgeblich.⁹² Die ergänzende Auslegung darf nicht dazu führen, dass von einem hypothetischen Sinn ausgegangen wird, der in Widerspruch steht zu einem von dem Erblasser gewünschten Erklärungssinn.⁹³ Ein Teil des Schrifttums definiert die planwidrige Regelungslücke nur

⁹² BayObLG FamRZ 1991, S. 982 ff. (983)

⁹³ K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 21

vage.⁹⁴ Es sei eine unbewusste Regelungslücke erforderlich. Zutreffend meint Otte⁹⁵, dass für die Korrektur eines Motivirrtums die planwidrige Regelungslücke eine Unvollkommenheit ist, also das Fehlen einer Regelung, die der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte, irrtumsbedingt aber unterlassen hat.

94

K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 38 „unbewusst nicht geregelt“; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 21 „als möglich vorausgesehen hätte“; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 788 „Eine Lücke ist aber schon dann nicht mehr gegeben, wenn die letztwillige Verfügung Anhaltspunkte dafür enthält, dass der Erblasser die künftige Veränderungen der Verhältnisse, etwa im Hinblick auf die Person des Bedachten oder das Vermögen, vorhergesehen, aber keine Folgerungen hieraus gezogen hat.“; K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 358 „... die Möglichkeit eines Willensentschlusses in Anbetracht von Umständen, die dem Erblasser verborgen geblieben sind“; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 294 „...wenn der Erblasser infolge Unkenntnis bestimmter vergangener oder gegenwärtiger Umstände eine Regelung unterlassen hat...“, „...wäre die spätere Entwicklung von ihm vorausschauend in Betracht gezogen worden.“; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 193 „keine Kenntnis“; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 28 „...in der Regel denkt der Testator bei der Errichtung des Testaments eben nicht daran, dass der eingesetzte Erbe vor dem Erbfall sterben könnte usw.“

95

G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkungen zu §§ 2064 - 2084 BGB, Rn. 81

Jedoch ist zweifelhaft, wie die planwidrige Regelungslücke geschlossen werden soll. Ein Teil der Rechtslehre⁹⁶ meint, dass ein irrealer hypothetischer Wille zu erforschen ist, den der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gebildet und erklärt hätte, wenn er bei Errichtung des Testaments die später eingetretene Entwicklung der für ihn relevanten Verhältnisse vorausschauend berücksichtigt hätte bzw. – bei ursprünglichen Lücken – von der seinerzeit gegebenen wahren Sachlage ausgegangen wäre. Nach Ansicht eines anderen Teils des Schrifttums ist derjenige „Wille“ zu ermitteln, welchen der Erblasser gebildet hätte⁹⁷, wenn ihm kein Irrtum unterlaufen wäre oder er Kenntnis von

⁹⁶ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 93; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 77; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 35, 39; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 786; H. Brox, Erbrecht, Rn. 202, anders Rn. 201; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 295; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 142

⁹⁷ OLG Frankfurt OLGZ 1993 S. 382 f. (383); BayObLGZ 1988, S. 165 ff. (167); K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 21; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 193; H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553

den wesentlichen Umständen gehabt hätte. Diese Auffassung ist unzutreffend. Zwar wird bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht geprüft, ob der hypothetische Rechtserfolg in Geltung gesetzt worden wäre. Allerdings dient die ergänzende Vertragsauslegung dem Interessenausgleich, und sie verhindert, dass eine Partei aus den oft unvermeidbaren Lücken des Vertrags Vorteile zieht, da eine erneute Einigung unter den geänderten Verhältnissen am eigennützigem Denken einer Partei regelmäßig scheitern würde.⁹⁸ Allerdings bestehen bei der ergänzenden Testamentsauslegung gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung einige Besonderheiten.⁹⁹ Der Grundsatz von Treu und Glauben, auf den § 157 BGB verweist, spielt bei der Auslegung einseitiger Verfügungen von Todes wegen keine Rolle.¹⁰⁰ Die Testamentsauslegung dient im Gegensatz zur ergänzenden Vertragsauslegung nicht dem Interessenausgleich. Der Erblasser hat es in der Hand,

⁹⁸ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 67

⁹⁹ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 67

¹⁰⁰ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 20 ff.

nachträglich auftretende oder ihm bewusst werdende Lücken im Testament zu schließen.¹⁰¹ Deswegen kann es bei der ergänzenden Testamentsauslegung nicht genügen, wenn man den Willen ermittelt, den der Erblasser gebildet hätte, wenn er bei Errichtung des Testaments die später eingetretene Entwicklung der für ihn relevanten Verhältnisse vorausschauend berücksichtigt hätte bzw. – bei ursprünglichen Lücken – von der seinerzeit gegebenen wahren Sachlage ausgegangen wäre. Es ist vielmehr zu ermitteln, welchen Rechtserfolg der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hätte.

Die Auslegung ist nach Ansicht der 1. BGB-Kommission insofern begrenzt, „als die Auslegung einen erklärten Willen voraussetzt“¹⁰². Aufgrund dessen ist für die ergänzende Auslegung zwingend erforderlich, dass sich der hypothetische Erklärungssinn auf eine vom Erblasser mit dem Testament verfolgte Zielintention zurückführen lässt. Hätte der Erblasser ohne die irrige Annahme oder Erwartung ein ganz anderes Ziel gebildet und angestrebt,

¹⁰¹ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 67, 20 ff.

¹⁰² Mugdan Mot. V, S. 24

so ließe sich die für die Auslegung zwingend erforderliche „erklärte“ Zielintention nicht feststellen. Die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung des Erblassers nach § 133 BGB scheidet dann aus.

Schließlich ist umstritten, in welchem Verhältnis die ergänzende Testamentsauslegung zur Anfechtung wegen eines Motivirrtums nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB steht. Nach der ganz herrschenden Meinung¹⁰³ ist die ergänzende Testamentsauslegung gegenüber der Anfechtung wegen eines Motivirrtums (§§ 2078 Abs. 2,

¹⁰³ BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (368); BayObLG FamRZ 1997, S. 1509 ff. (1510); BayObLG FamRZ 1991, S. 982 ff. (983); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 6; D. Leibold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 10, 4, der aber ausdrücklich auch darauf hinweist, dass der Auslegung wegen der Existenz des § 2078 BGB, der Rechtssicherheit und der Formvorschriften Grenzen gesetzt werden müssten, um zu verhindern, dass einem nicht erklärten Willen Geltung verschafft werde; so auch K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 3 f.; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2078 BGB, Rn. 27; H. Brox, Erbrecht, Rn. 199; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 319; K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 357; C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 145; S. Sieker, Der Motivirrtum des Erblassers, S. 703; M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 132; A. Gerhards, Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften, S. 644;

2079 BGB) vorrangig. Zur Begründung des Vorrangs der Auslegung gegenüber der Anfechtung wird darauf verwiesen, dass sich ein Abweichen von Wille und Erklärung erst dann feststellen lasse, wenn die rechtlich maßgebliche Erklärungsbedeutung durch Auslegung ermittelt worden sei; zudem reformiere die Auslegung, wohingegen die Anfechtung nur kassiere.¹⁰⁴ Schubert und Czub¹⁰⁵ vertreten dagegen die These, dass die ergänzende Testamentsauslegung und die Anfechtung wegen eines Motivirrtums in einem Alternativverhältnis zueinander stünden und jeweils das Vorrang habe, was dem Willen des Erblassers entspreche. Die ergänzende Auslegung und die Anfechtung wegen eines Motivirrtums hätten, wenn man diese auch bei Fehlen jeglicher Vorstellungen durchgreifen lasse, dieselben Voraussetzungen, nämlich eine bewusste oder unbewusste bzw. fehlende Vorstellung des Erblassers über vergangene, gegenwärtige oder zukünftige Umstände.¹⁰⁶ Welche Rechtsfolgen der Motivirrtum auslöse, richte sich ausschließlich nach dem

¹⁰⁴ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 6

¹⁰⁵ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

¹⁰⁶ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

hypothetischen Willen.¹⁰⁷ Eine ergänzende Auslegung komme in Betracht, wenn zusätzlich zu dem Motivirrtum sich ein hypothetischer Wille ermitteln und sich für die ergänzende Testamentsauslegung eine Andeutung finden lasse; könne dagegen nicht festgestellt werden, welche Verfügung der Erblasser getroffen hätte, sei nur die Anfechtung, also die völlige Aufhebung der Verfügung, möglich.¹⁰⁸ Anfechtung und Auslegung stünden deswegen in einem Alternativverhältnis.¹⁰⁹ Vorrang habe jeweils das, was dem Willen des Erblassers entspreche. Deshalb sei es verfehlt, der Auslegung der letztwilligen Verfügung gegenüber der Anfechtung nach den § 2078 ff. BGB den Vorrang einzuräumen.¹¹⁰

Im Ergebnis unterscheiden sich die Ansichten nicht. Schubert/Czub vertreten mit ihrer These, dass jeweils das Vorrang habe, was dem Willen des Erblassers entspreche, nichts anderes als die Gerichte und der übrige Teil der Rechtslehre. Denn auch nach ihrer These ist eine ergänzende Testamentsauslegung vorzunehmen, wenn sich ein hypothetischer Wille des Erblassers ermitteln

¹⁰⁷ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

¹⁰⁸ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

¹⁰⁹ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

¹¹⁰ W. Schubert/ H.-J. Czub, Die Anfechtung, S. 258

lässt und für diesen ein Anhalt in der Testamentsurkunde gegeben ist. Die Anfechtung wegen eines Motivirrtums ist möglich, wenn ein hypothetischer Erklärungsinhalt nicht feststellbar ist, aber der Motivirrtum für die letztwillige Verfügung ursächlich gewesen ist.

c) Kausalität der irrigen Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung

Nach § 2078 Abs. 2 BGB muss der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung „bestimmt“ worden sein. Zudem verweist § 2078 Abs. 2 BGB („Das Gleiche gilt“) auf § 2078 Abs. 1 BGB, wonach für die Anfechtung erforderlich ist, dass der Erblasser die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde“. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um zwei verschiedene Voraussetzungen, sondern es ist allein entscheidend, ob die Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung ursächlich gewesen ist.¹¹¹ Bei der Feststellung der Kausalität des Motivirrtums ist zu erörtern, ob der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage oder

¹¹¹ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 38

Voraussicht der Entwicklung Zielintentionen den Vorrang eingeräumt hätte (§ 2078 Abs. 2 BGB „würde“), die sich mit der objektiven Erklärungsbedeutung vereinbaren lassen.

d) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für einen Anfechtungsgrund nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB obliegt dem Anfechtungsberechtigten. § 2079 S.2 BGB sieht für die Kausalität der irrigen Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast vor, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergegangen hat. Die Existenz des Motivirrtums ist nur insoweit zu beweisen, als es um die Tatsachen geht, die erkennen lassen, welche subjektiven Motive den Erblasser zu der letztwilligen Verfügung bewogen haben.¹¹²

¹¹² K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 32

Ein „Anscheinsbeweis“ ist nicht zugelassen¹¹³, da das Abwägen der Wünschbarkeit und Realisierbarkeit im Bewusstsein eines Menschen ein individueller Vorgang ist, sich also kein typischer Geschehensablauf feststellen lässt, aus dem Rückschlüsse auf andere Tatsachen gezogen werden könnten. Es kommt ja gerade nicht darauf an, was sich ein verständiger Mensch vorgestellt hat.¹¹⁴

¹¹³ BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (369); K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 32; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 43

¹¹⁴ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2078 BGB, Rn. 32

3.) Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds nach §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB

Fraglich ist, wie ein frustrierter Beweggrund rechtlich zu behandeln ist. Ein frustrierter Beweggrund ist existent, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko gesehen hat, dass möglicherweise seine Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt, aber der angenommene oder erwartete Umstand dennoch der Beweggrund für die letztwillige Verfügung gewesen ist.

a) Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung

Zunächst ist zu erörtern, ob eine Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB möglich ist.

aa) Meinungsstand

Nach Ansicht des BayObLG¹¹⁵ ist ein Motivirrtum zu verneinen, wenn der Erblasser den Eintritt eines

¹¹⁵ BayObLGZ 1993, 248 ff. (252 f.)

Ereignisses nur für wahrscheinlich halte und die entgegengesetzte Möglichkeit in seine Überlegungen mit einbeziehe. Dies sei „regelmäßig“¹¹⁶ anzunehmen, wenn der Erblasser das Risiko sehe, dass möglicherweise seine Annahme falsch ist oder der zukünftige Umstand entgegen der Erwartung eintritt oder nicht eintritt. Ein Irrtum sei dann zu verneinen. Die Inkaufnahme des Risikos durch den Erblasser müsse respektiert werden, wenn der Erblasser verfüge, ohne den in seine Überlegungen einbezogenen tatsächlichen Eventualitäten durch die Aufnahme einer Bedingung vorzubeugen.¹¹⁷ Erst recht sei eine Anfechtung unmöglich, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die zukünftige Entwicklung als ungewiss ansehe und selbst eine Regelung treffe, die den verschiedenen Möglichkeiten der zukünftigen Entwicklung Rechnung trage.¹¹⁸

Ähnlich wie das BayObLG argumentiert Otte und geht von dem in § 2078 Abs. 2 BGB genannten Merkmal „irrig“ aus. Wenn der Erblasser das Vorliegen eines

¹¹⁶ BayObLGZ 1993, 248 ff. (252)

¹¹⁷ BayObLGZ 1993, 248 ff. (253)

¹¹⁸ BayObLG FamRZ 2001, S. 873 ff. (875)

Umstandes oder den Eintritt eines Ereignisses nur für wahrscheinlich halte, beziehe er die entgegengesetzte Möglichkeit in seine Überlegungen ein und befinde sich deswegen nicht in einem Irrtum.¹¹⁹ Leipold¹²⁰ versucht dagegen die Fallkonstellation mit Hilfe des Merkmals „Erwartung“ zu bewältigen. Es müsse stets eine gefestigte Erwartung vom künftigen Verlauf unter normalen Umständen gegeben sein. Eine Solche sei auch noch bei bloßen Zweifeln über die künftige Entwicklung gegeben. Denn der Erblasser werde in der Regel die Unsicherheit über die künftige Entwicklung der Dinge nicht verdrängen. Nur wenn der Erblasser einen „subjektiv, erheblichen Zweifel“ hege und dennoch die Verfügung errichte, ohne den Eventualitäten vorzubeugen, sei davon auszugehen, dass er das Risiko in Kauf genommen habe und eine Anfechtung ausscheide.¹²¹

¹¹⁹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 17

¹²⁰ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 23

¹²¹ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 23

bb) Eigene Stellungnahme

Mit den psychologischen Forschungsergebnissen zur Bildung einer Zielintention lässt sich zum einen beweisen, dass kein Willensfehler vorliegt, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko gesehen hat, dass möglicherweise die Annahme falsch ist oder der erwartete Umstand nicht eintritt, und er dieses Risiko richtig eingeschätzt hat. Zum anderen kann mit den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben die Vermutung gestützt werden, dass der Erblasser regelmäßig im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko sieht, dass seine Annahme möglicherweise falsch ist oder die Erwartung sich nicht realisiert. Der Motivirrtum ist daher die Ausnahme und nicht die Regel.

Nach dem Rubikonmodell der Handlungsphasen erfolgt in der Abwägungsphase die Auswahl eines Ziels aus einer Vielzahl anstehender Wünsche durch ein vergleichendes Abwägen der Wünschbarkeit und der Realisierbarkeit. Die Bewusstseinslage des Abwägens entsteht grundsätzlich in allen Entscheidungssituationen, d.h. wenn sich Personen mit der Auswahl eines relativ

attraktiven und erreichbaren Handlungsziels beschäftigen.¹²² Die Personen sind in dieser Phase sehr realitätsorientiert.¹²³ Sie nehmen vor allem Informationen über Anreize und Erwartungen auf und verarbeiten diese.¹²⁴ Sie wägen ab, bedenken unerwünschte Nebenfolgen, fragen sich, ob andere Personen helfen oder stören werden und vieles mehr. Die Bewusstseinslage des Abwägens ist besonders ausgeprägt, wenn eine große Ungewissheit darüber herrscht, welcher Wunsch vorzuziehen ist, wenn eine Wahl irreversibel ist oder sehr schmerzhaftes Konsequenzen nach sich zieht.¹²⁵ Da die Regelung der Vermögensnachfolge sehr weit reichende wirtschaftliche und soziale Auswirkungen hat und die Entscheidung bei einem plötzlichen Tod irreversibel ist, entsteht vor der Testamenterrichtung eine sehr ausgeprägte Bewusstseinslage des Abwägens. Es werden die

¹²² P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 66

¹²³ H. Heckhausen, Wünschen-Wählen-Wollen, S. 5; H. Heckhausen, Perspektiven einer Psychologie des Wollens, S. 130; P. M. Gollwitzer, Suchen, Finden und Festigen der eigenen Identität, S. 179, 182

¹²⁴ P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 65

¹²⁵ H. Heckhausen, Perspektiven einer Psychologie des Wollens, S. 137; P. M. Gollwitzer, Abwägen und Planen, S. 67

Wünschbarkeit, also die zu erwartenden positiven und negativen Folgeanreize, und die Realisierbarkeit, also die Wahrscheinlichkeit, dass das Handlungsergebnis auch eintreten wird, umfassend abgewogen. Da die Realisierbarkeit des Wunsches vor allem davon abhängig ist, ob der angenommene gegenwärtige oder vergangene Umstand gegeben ist oder der erwartete zukünftige Umstand eintritt, wird der Erblasser sich regelmäßig auch Gedanken darüber machen, was gelten soll, wenn der angenommene Umstand nicht existiert oder der erwartete Umstand nicht eintritt. Folglich sieht der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung auch in der Regel das Risiko, dass seine Vorstellung unzutreffend ist, und bezieht diese Erkenntnis in die Abwägung mit ein. Wird das Risiko bei der Abwägung, also der Auswahl eines relativ attraktiven Wunsches, berücksichtigt, ist ein Fehler in der Willensbildung (Irrtum) nach den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben nicht gegeben.

Aufgrund dessen ist fraglich, ob eine Anfechtung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB („irrig“) möglich ist, wenn der Erblasser bei der Testamentserrichtung das

Risiko gekannt hat, dass möglicherweise seine Annahme falsch ist oder sich seine Erwartung nicht realisiert, aber er die Geltung der letztwilligen Verfügung nur dann wünscht, wenn die Annahme richtig ist oder die Erwartung sich erfüllt. Die §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB beruhen auf der Windscheid'schen Lehre von der Voraussetzung. Denn soweit der Voraussetzung eine rechtliche Bedeutung zukommen sollte, wurde sie von der 1. BGB-Kommission¹²⁶ an geeigneter Stelle vorgesehen. Die 2. BGB-Kommission¹²⁷ strich dann zwar den Begriff „Voraussetzung“ aus dem Entwurf, weil ihre Beratungen zu den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ergeben hatten, dass der Begriff nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen sei. Allerdings sollte dadurch keine sachliche Änderung des Entwurfs zu den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB herbeigeführt werden.¹²⁸

Für die Lösung des Problems ist daher von Bedeutung, was Windscheid unter einer Voraussetzung verstand. Windscheid meinte, dass die Voraussetzung eine

¹²⁶ Mugdan Mot. I, S. 490

¹²⁷ Mugdan Prot. V, S. 540

¹²⁸ Mugdan Prot. V, S. 540

unentwickelte Bedingung sei, also eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt sei.¹²⁹ Die Vorstellung könne sich auf einen tatsächlichen oder einen rechtlichen, einen positiven oder negativen, einen vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Umstand beziehen.¹³⁰ Wer einen Willen unter einer Voraussetzung erkläre, wolle aufgrund der Selbstbeschränkung des Willens ebenfalls, wie derjenige, welcher eine bedingte Willenserklärung abgebe, dass die gewollte rechtliche Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse eintrete, ohne jedoch dazu überzugehen, die Wirkung des Rechtsgeschäfts von dem Dasein des Umstands abhängig zu machen.¹³¹ Ein Irrtum sei für eine Voraussetzung eigentlich nicht erforderlich.¹³² Er sei nur zu Beweiszwecken nötig, um dem Erklärenden glauben zu können, dass seine

¹²⁹ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 1; B. Windscheid/T. Kipp, Pandektenrecht, 1. Band, S. 507

¹³⁰ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 10; B. Windscheid/T. Kipp, Pandektenrecht, 1. Band, S. 511

¹³¹ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 3; B. Windscheid/T. Kipp, Pandektenrecht, 1. Band, S. 510

¹³² B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 6, 203

Willenserklärung auf einer Voraussetzung beruhe.¹³³ Die Annahme eines Willensmangels sei nur dann zu verneinen, wenn der Erklärende davon überzeugt gewesen sei, dass die Annahme falsch sei oder die Erwartung sich nicht erfülle.¹³⁴ Die Kenntnis des Risikos, dass der vergangene oder gegenwärtige Umstand möglicherweise nicht existiere oder die Erwartung sich nicht realisiere, schade nicht.¹³⁵ Nach der Windscheid'schen Lehre ist ein Irrtum folglich auch dann gegeben, wenn der Erklärende sich von einer Annahme oder Erwartung bei der Abgabe der Willenserklärung hat leiten lassen, obwohl ihm im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko bekannt gewesen ist, dass möglicherweise die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt. Da die 2. BGB-Kommission an der Lehre von der Voraussetzung bei der Anfechtung letztwilliger Verfügungen festhalten wollte und eine sachliche Änderung der §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB

¹³³ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 6, 203

¹³⁴ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 8

¹³⁵ B. Windscheid, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850, S. 8, 203

ablehnte, ist die Äußerung der 1. BGB-Kommission¹³⁶, dass es einem Erblasser, der unter einer Voraussetzung verfüge, gar nicht in den Sinn komme, dass sich die Voraussetzung nicht bewahrheiten werde, als überholt anzusehen und als Fehlinterpretation der Windscheid'schen Lehre einzustufen. Aufgrund dessen kann mit der Entstehungsgeschichte des § 2078 Abs. 2 BGB die Ansicht gestützt werden, dass einseitige Verfügungen von Todes wegen anfechtbar sind, wenn sie auf einem frustrierten Beweggrund beruhen.

Jedoch lässt sich gegen die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung die Gesetzessystematik anführen. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden haben Motive grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts. Das Rechtsgeschäft bleibt gültig, auch wenn sich die Vorstellungen, von denen sich eine Partei beim Abschluss des Rechtsgeschäfts hat leiten lassen, als nicht realisierbar erweisen.¹³⁷ Dies ergibt sich aus den Vorschriften des

¹³⁶ Mugdan Mot. V, S. 26

¹³⁷ D. Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, S. 220

Bürgerlichen Gesetzbuchs und deren Entstehungsgeschichte.

Die Windscheid'sche Lehre von der Voraussetzung als einer allgemeinen Kategorie der Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkung wurde zwar noch im ersten Entwurf an einigen Stellen, zum Beispiel in den Vorschriften des Bereicherungsrechts (E I § 742 - 744) und bei der Anfechtung letztwilliger Verfügungen (E I § 1781) verankert. Im Übrigen lehnte jedoch bereits die 1. BGB-Kommission¹³⁸ diese Lehre ab, weil sie nicht die nötige Durchdringung und Anerkennung erfahren habe, die es als unbedenklich erscheinen lasse, auf dieser Lehre gesetzliche Bestimmungen aufzubauen. Deswegen habe die Voraussetzung grundsätzlich nur die Bedeutung eines die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht berührenden Beweggrunds. Aber selbst die geringfügige Berücksichtigung der Windscheid'schen Lehre im Bereicherungsrecht wurde von Lenel noch massiv kritisiert.¹³⁹ Die Mitglieder der 2. BGB-Kommission¹⁴⁰ folgten dieser Kritik. Unter ihnen setzte sich keiner mehr

¹³⁸ Mugdan Mot. I, S. 490

¹³⁹ D. Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, S. 214 f., 220 ff.

¹⁴⁰ Mugdan Prot. II, S. 1174

für die Normierung der Windscheid'schen Lehre ein. Sie gefährde die Sicherheit des Verkehrs und eigne sich deswegen nicht als Grundlage für gesetzliche Vorschriften. Es bestehe die Gefahr, dass die Praxis irrtümlicherweise dahin gelangen könnte, dass ein außerhalb des Vertrags liegender Beweggrund eine Auswirkung auf die Wirksamkeit des Vertrags habe.¹⁴¹ Deswegen wurde der Begriff „Voraussetzung“ aus dem Entwurf gestrichen. Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ist demnach ein innerer Beweggrund für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts grundsätzlich unbeachtlich. Zwar wurde von der 2. BGB-Kommission¹⁴² auch E I § 102 aus dem Entwurf entfernt, wonach eine Anfechtung wegen eines „Irrtums im Beweggrund“ ausgeschlossen gewesen wäre. Allerdings sollte dies an der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit dieses Irrtums nichts ändern. Die Vorschrift sei nur ohne eine Definition dieses Begriffs für die Praxis von geringer Bedeutung und außerdem müsse der Wissenschaft ein gewisser Spielraum bei der Einordnung einzelner Irrtümer belassen werden. Zudem ergebe sich aus der

¹⁴¹ Mugdan Prot. II, S. 1174

¹⁴² Mugdan Prot. I, S. 721 f.

ausdrücklichen Normierung der Fälle des beachtlichen Irrtums von selbst, dass darunter nicht zu subsumierende Irrtümer irrelevant seien.

Nach § 158 BGB sind Beweggründe nur dann von Bedeutung, wenn der vergangene, gegenwärtige oder zukünftige Umstand Gegenstand einer Bedingung ist. Zwar wird eine Bedingung allgemein als zukünftiges ungewisses Ereignis definiert.¹⁴³ Allerdings werden die §§ 158 ff. BGB auch bei vergangenen oder gegenwärtigen Umständen analog angewendet.¹⁴⁴ Denn auch die Existenz vergangener oder gegenwärtiger Umstände kann ungewiss sein. Zudem ist die Abgrenzung zwischen einer echten und uneigentlichen Bedingung teilweise schwierig.¹⁴⁵ Schließlich hat zwar die 2. BGB-Kommission¹⁴⁶ E I § 137 aus dem Entwurf gestrichen, in dem die *condicio in praesens vel praeteritum collata* enthalten war. Jedoch hat sie zugleich

¹⁴³ H. Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 479; K. Larenz/ M. Wolf, Allgemeiner Teil, S. 914; W. Flume, Allgemeiner Teil, 2. Band, S. 679

¹⁴⁴ H. Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 481; D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, R. 829; W. Flume, Allgemeiner Teil, 2. Band, S. 679

¹⁴⁵ D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 829

¹⁴⁶ Mugdan Prot. I, 764

darauf hingewiesen, dass diese Vorschrift überflüssig sei und eine Analogie helfen werde. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält folglich mit der Bedingung eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit, um Ungewissheiten über vergangene, gegenwärtige und zukünftige Umstände berücksichtigen zu können.¹⁴⁷ Sieht der Erklärende das Risiko, dass möglicherweise seine Vorstellung falsch ist oder seine Erwartung sich nicht realisiert, so hat er die Möglichkeit, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von einer Bedingung abhängig zu machen. Unterlässt er dies, so ist er an die Willenserklärung gebunden, auch wenn sich das Risiko verwirklicht.

Schließlich ist zwar nach § 119 Abs. 2 BGB und § 313 BGB ausnahmsweise ein innerer Beweggrund von rechtlicher Bedeutung. Jedoch ist die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn dem Erklärenden im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung das Risiko bekannt gewesen ist, dass die Vorstellung möglicherweise mit der Realität nicht übereinstimmt. Denn es fehlt dann nach den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben der notwendige

¹⁴⁷ D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 824; W. Flume, Allgemeiner Teil, 2. Band, S. 491 f.

Willensfehler (§ 119 Abs. 2 BGB „Irrtum“). Da die Mitglieder der 2. BGB-Kommission an der Windscheid'schen Lehre für die Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht festhalten und anders als bei § 2078 Abs. 2 BGB auch eine sachliche Änderung des Entwurfs bewirken wollten, kann die Lehre von Windscheid zur Auslegung des Begriffs „Irrtum“ nicht herangezogen werden. Auch scheidet eine Anpassung oder Aufhebung eines Vertrags nach § 313 BGB aus, wenn der Erklärende das Risiko erkannt hat, dass die Annahme falsch ist oder der erwartete Umstand nicht eintritt. Dann ist ein Festhalten an dem Rechtsgeschäft nämlich nicht unzumutbar i.S.d. § 313 BGB, da der Erklärende die Willenserklärung von einer Bedingung hätte abhängig machen können.

Bei Rechtsgeschäften unter Lebenden haben Motive folglich jedenfalls dann keinen Einfluss auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn der Erklärende im Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäfts das Risiko gekannt hat, dass möglicherweise seine Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt.

Der Einfluss eines Beweggrunds auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ist jedoch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nicht derselbe wie bei letztwilligen Verfügungen. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung ist zweifellos dann gestattet, wenn der Erblasser sich bei der Testamentserrichtung von einem Motivirrtum hat leiten lassen (§§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB). Zudem kann der Erblasser die letztwillige Verfügung jederzeit widerrufen.¹⁴⁸ Deswegen ist die Rechtslage bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur ein Indiz für die rechtliche Behandlung eines frustrierten Beweggrunds bei einseitigen Verfügungen von Todes wegen. Für die Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds lässt sich vor allem der Sinn und Zweck der §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB anführen. Nach diesem sollen allein die Vorstellungen des Erblassers für die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung maßgeblich sein. Denn wenn das Recht die Verfügung nach erfolgter Anfechtung aufhebt, tut es nichts anderes, als das, was der Verstorbene selbst jederzeit hätte tun können. Es zieht lediglich eine natürliche Folgerung aus der

¹⁴⁸ D. Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, S. 220; Mugdan Mot. V, S. 26

Widerruflichkeit der Willenserklärung. Letztwillige Verfügungen sind im Unterschied zu Rechtsgeschäften unter Lebenden eben nicht bindend und deswegen existieren auch keine schutzwürdigen Rechtspositionen eines Bedachten, auf welche Rücksicht genommen werden müsste. Aufgrund dessen gebietet es der Sinn und Zweck der §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB eine Anfechtung zuzulassen, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko gesehen hat, dass möglicherweise die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht realisiert.

Jedoch wäre durch die Anfechtung die Sicherheit des Rechtsverkehrs beeinträchtigt, wenn der zukünftige Umstand entgegen der Erwartung des Erblassers nach dem Tod eintritt oder nicht eintritt.¹⁴⁹ Ein Dritter, der etwas von einem vermeintlichen Erben erwirbt oder eine Leistung an diesen erbringt, wird zwar durch die §§ 2366 und 2367 BGB geschützt, wenn der vermeintliche Erbe einen Erbschein besitzt. Hat dieser jedoch keinen Erbschein ist ein gutgläubiger Erwerb regelmäßig zu verneinen. Bei beweglichen Sachen scheidet er dann,

¹⁴⁹

Mugdan Mot. V, S. 26

wenn der Erblasser der unmittelbare Besitzer gewesen ist, an § 935 Abs. 1 S. 1 BGB, es sei denn, die Verfügung bezieht sich auf Geld oder Inhaberpapiere (§ 935 Abs. 2 BGB). Denn den fiktiven Erbenbesitz (§ 857 BGB) erlangt nur der wahre und nicht der vermeintliche Erbe. Auch der Schuldner wird durch Leistung an den vermeintlichen Erben nicht frei, wenn dieser keinen Erbschein hat. Der Schuldner kann sich dann nur durch die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und sonstigen Urkunden sowie Kostbarkeiten bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle gemäß § 372 S.2 BGB schützen.

Trotz dieser Bedenken ist jedoch eine Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds zulässig, wenn sich die Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs verhindern lässt. Dies lässt sich dadurch erreichen, dass die letztwillige Verfügung im Verhältnis zu Dritten nicht nach § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an, sondern erst mit Zugang der Anfechtungserklärung beim richtigen Adressaten nichtig ist. Bei einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker

ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, ist der richtige Adressat nach den §§ 2081, 130 Abs. 3, 130 Abs. 1 BGB das Nachlassgericht und bei sonstigen Verfügungen nach den §§ 143 Abs. 4, 130 Abs. 1 BGB derjenige, der aufgrund des Rechtsgeschäfts einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil erlangt. Da der Dritte die Anfechtungserklärung erst abgeben kann, wenn er weiß, dass der zukünftige Umstand entgegen der Erwartung eingetreten oder nicht eingetreten ist, ist die letztwillige Verfügung stets zu einem späteren Zeitpunkt nichtig, als wenn der Erblasser die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht hätte. Denn selbst wenn der Anfechtungsberechtigte das Risiko sieht, dass die Erwartung sich nicht erfüllt, kann er die Anfechtung nicht für den Fall erklären, dass der Umstand entgegen der Erwartung eintritt oder nicht eintritt. Die Anfechtung ist ein Gestaltungsrecht und daher bedingungsfeindlich. Diese „verzögerte“ Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung ist nicht unangemessen, da der Erblasser die Anordnung einer Bedingung bewusst unterlassen hat. Aufgrund dieser Unachtsamkeit wäre es nicht zu

rechtfertigen, den Erblasser besser zu stellen, als wenn er die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von einer Bedingung abhängig gemacht hätte.

Eine Abweichung von § 142 Abs. 1 BGB ist zwar nicht die Regel, aber ausnahmsweise zulässig, wenn dies wegen der Rechtssicherheit notwendig ist. Zum Beispiel gibt es aus Gründen des Verkehrsschutzes die Grundsätze über die fehlerhaft wirksame Gesellschaft bei anfechtbaren Gesellschaftsverträgen. In diesen Fällen ist die Anfechtung des Gesellschaftsvertrags mit dinglicher Rückwirkung nach § 142 Abs. 1 BGB grundsätzlich ausgeschlossen.

Folglich ist ein „Irrtum“ i.S.d. §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB entgegen den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben auch dann zu bejahen, wenn der Erblasser das Risiko gekannt hat, dass möglicherweise die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht realisiert. Deshalb ist die Anfechtung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB nicht nur bei einem „Motivirrtum“, sondern auch bei Existenz eines „frustrierten Beweggrunds“ möglich. Ob ein Motivirrtum oder ein frustrierter

Beweggrund gegeben ist, ist nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob die letztwillige Verfügung nach § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an oder erst mit dem Zugang der Anfechtungserklärung beim richtigen Adressaten nichtig ist.

b) Ausschluss der Anfechtung durch die ergänzende Testamentsauslegung

Vor der Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB muss stets geprüft werden, ob eine ergänzende Testamentsauslegung möglich ist. Aber ist eine ergänzende Testamentsauslegung überhaupt statthaft, wenn dem Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko bekannt gewesen ist, dass möglicherweise seine Annahme unzutreffend ist oder die Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines zukünftigen Umstands sich nicht erfüllt? Nach Ansicht des BGH¹⁵⁰, des OLG Hamm¹⁵¹ und von Medicus¹⁵² ist

¹⁵⁰ BGH JZ 1983, S. 709 ff. (710 f.)

¹⁵¹ OLG Hamm FamRZ 1987 S. 639 ff. (641)

¹⁵² OLG Düsseldorf ZEV 1996, S. 466 ff. mit Anmerkungen

eine ergänzende Testamentsauslegung möglich, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko gesehen hat, dass möglicherweise der vergangene oder gegenwärtige Umstand nicht existiert oder der zukünftige Umstand nicht eintritt. Schon das Reichsgericht¹⁵³ meinte, dass eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann zulässig sei, wenn die Erblasserin den Wegfall des eingesetzten Erben vorausbedacht habe. Nur das BayObLG¹⁵⁴ hat zwischenzeitlich vertreten, dass eine ergänzende Testamentsauslegung nicht möglich sei, wenn der Erblasser die Veränderung vorausbedacht habe. Allerdings hat es mittlerweile diese Rechtsauffassung aufgegeben.¹⁵⁵ Eine ergänzende Testamentsauslegung sei auch dann zulässig, wenn der Erblasser die Möglichkeit

von D. Medicus (467), der eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann für möglich hält, wenn der Erblasser das Risiko eines völligen Wertverfalls des Vermögens des Erblassers gesehen habe.

¹⁵³ RGZ 99, 82 ff. (86) „mag dieser Wegfall vorausbedacht sein oder nicht“, „Erblasserin an die Möglichkeit des vorzeitigen Todes des Neffen gedacht hat und eine Ersatzberufung seiner Kinder für selbstverständlich hielt.“; so auch RGZ 134, 277 ff. (281)

¹⁵⁴ BayObLG FamRZ 1989, S. 1230 f. (1231)

¹⁵⁵ BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (371)

gesehen habe, dass sich die Umstände noch verändern würden.

Diese Auffassung der Gerichte ist zutreffend, da nach § 133 BGB der buchstäbliche Sinn durch den wirklichen Willen des Erblassers zu ersetzen ist. Nur wenn der Erblasser sich dafür entschieden hat, dass die letztwillige Verfügung auch bei einer Verwirklichung des Risikos gelten soll, ist eine ergänzende Testamentsauslegung nach § 133 BGB nicht gestattet, da die objektive Erklärungsbedeutung dann seinem wirklichen Willen entspricht und ein frustrierter Beweggrund nicht existiert.

Jedoch ist fraglich, ob eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann möglich ist, wenn sich zur Schließung der Lücke ein realer Sinn ermitteln lässt. Ist dem Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nämlich bewusst, dass möglicherweise die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt, so hat sich der Erblasser unter Umständen auch darüber Gedanken gemacht, welcher Rechtserfolg gelten soll, wenn sich das Risiko tatsächlich realisieren sollte. Dann ist ein realer und kein hypothetischer Erklärungsinhalt zu ermitteln.

Der BGH und die Rechtslehre vertreten die Ansicht, dass eine ergänzende Testamentsauslegung ausscheidet, wenn der Erblasser eine letztwillige Verfügung vergessen hat. Der BGH und ein Teil des Schrifttums begründen dieses Ergebnis damit, die vergessene Willenserklärung sei nach § 125 BGB formnichtig¹⁵⁶ und es lasse sich auch nicht hinreichend sicher feststellen, ob der Erblasser diese letztwillige Verfügung in die Testamentsurkunde aufgenommen hätte, wenn ihm das Missgeschick nicht passiert wäre.¹⁵⁷ In der Rechtslehre herrscht die Auffassung vor, es fehle an einer Erklärung des „Erblasserwillens“¹⁵⁸, und damit an dem

¹⁵⁶ BGHZ 80, 242 ff. (246); M. Schmidt, in: Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, § 2084 BGB, Rn. 3; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 8

¹⁵⁷ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 38

¹⁵⁸ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 43; R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 40; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 74, 15; H. Heinrichs, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2005, § 133 BGB, Rn. 19; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 780; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 300

Mindesterfordernis einer jeden Auslegung, weshalb es auf die Formfrage gar nicht ankomme.¹⁵⁹ Diese Argumentation könnte man möglicherweise auch auf diejenigen Fälle übertragen, in denen der Erblasser das Risiko gesehen hat, dass die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt, aber dennoch bewusst auf die Initiierung des gebildeten realen Erklärungssinns verzichtet hat, weil er auf die Nichtrealisierung des Risikos vertraut hat. Jedoch ist ein solcher Schluss nicht geboten. Die Grenzen der Auslegung („erklärter Wille“) sind nur dann gesprengt, wenn der Erblasser die Willensrichtung, die für die ergänzende Testamentsauslegung zwingend notwendig ist, bei den sonstigen errichteten letztwilligen Verfügungen nicht verfolgt („erklärt“) hat. Dies ist bei einer bewusst unterlassenen letztwilligen Verfügung jedoch nicht stets der Fall, was an folgendem Beispiel deutlich wird. Hat der Erblasser eine Bestimmung bewusst unterlassen, durch die ein Vermächtnis für den Fall reduziert wird, dass sich das Vermögen des Erblassers verringert, so hat der Erblasser mit der Erbeinsetzung dennoch die

¹⁵⁹

K. Kuchinke, Erbrecht, S. 780

Willensrichtung zum Ausdruck gebracht, dass er die finanzielle Absicherung des Erben wünscht. Das Vermächtnis kann dann, wenn das Vermögen des Erblassers sich tatsächlich verringert und die finanzielle Absicherung des Erben gefährdet ist, aufgehoben und durch ein reduziertes Vermächtnis ersetzt werden. Ist der Erblasser davon ausgegangen, dass die Lücke im Testament stets durch Auslegung geschlossen werden kann, ist die Willensrichtung erst recht „erklärt“ und eine ergänzende Testamentsauslegung der letztwilligen Verfügung nach § 133 BGB unproblematisch möglich.¹⁶⁰

Da die ergänzende Testamentsauslegung wegen der Aufhebung des auf einem frustrierten Beweggrund beruhenden Rechtserfolgs dieselbe Wirkung wie die Anfechtung hat, ist auch bei ihr eine Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs zu vermeiden. Deshalb darf ein frustrierter Beweggrund durch die ergänzende Testamentsauslegung nur mit der Wirkung ex nunc korrigiert werden, wenn eine solche Beeinträchtigung droht. Der wirkliche Wille gilt dann erst, wenn der durch

¹⁶⁰ Im Ergebnis auch RGZ 99, 82 ff. (86)

ihn Begünstigte oder ein sonstiger Antragsberechtigter beim zuständigen Nachlassgericht einen, der wirklichen Erbfolge entsprechenden, Erbschein beantragt hat.

c) Kausalität der Annahme oder Erwartung für die letztwillige Verfügung

Ein frustrierter Beweggrund ist nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB zu bejahen, wenn der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Hat der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen das Risiko gekannt, so hat er sich möglicherweise auch Gedanken darüber gemacht, ob die letztwillige Verfügung dann gelten soll, wenn sich das Risiko realisiert. Dann ist im Gegensatz zur Feststellung der Ursächlichkeit eines Erklärungs-, Inhalts- oder Motivirrtums ein realer Wille zu ermitteln. Nur wenn der Erblasser sich keine Gedanken darüber gemacht hat, ob die letztwillige Verfügung auch dann Bestand haben soll, wenn sich das Risiko verwirklicht, ist ein hypothetischer Wille zu erforschen.

d) Zusammenfassung

Derjenige, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, kann die letztwillige Verfügung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB nicht nur bei Existenz eines Motivirrtums, sondern auch bei einem frustrierten Beweggrund anfechten. Ein Solcher liegt vor, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung das Risiko gesehen hat, dass seine Annahme möglicherweise falsch ist oder die erwartete Entwicklung nicht eintritt, aber die Vorstellung dennoch der Beweggrund für die einseitige Verfügung von Todes wegen gewesen ist. Zwar lässt sich anhand der psychologischen Forschungsergebnisse zur Bildung einer Zielintention begründen, dass ein Willensfehler (Irrtum) in einer solchen Situation nicht existiert. Allerdings lassen sich die Entstehungsgeschichte und der Sinn und Zweck der §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB dafür anführen, dass ein „Irrtum“ im rechtlichen Sinn auch dann zu bejahen und eine Anfechtung wegen eines frustrierten Beweggrunds möglich ist, wenn dem Erblasser nach den psychologischen Erkenntnissen zum Zielstreben bei der

Willensbildung kein Fehler unterlaufen ist. Des Weiteren sollen nach dem Sinn und Zweck der §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB allein die Vorstellungen des Erblassers dafür maßgeblich sein, ob eine letztwillige Verfügung Bestand hat.

Die Annahme oder Erwartung ist dann der Beweggrund für die Verfügung von Todes wegen, wenn sie für die Verfügung ursächlich gewesen ist. Hat der Erblasser das Risiko gesehen und sich darüber hinaus Gedanken gemacht, ob die letztwillige Verfügung gelten soll, wenn sich das Risiko realisiert, so muss bei der Prüfung der Kausalität kein hypothetischer, sondern ein realer Wille ermittelt werden. Nur wenn sich der Erblasser für den Fall des Eintritts des Risikos keine Gedanken über den Bestand der einseitigen Verfügung von Todes wegen gemacht hat, muss festgestellt werden, ob der Erblasser die letztwillige Verfügung auch dann errichtet hätte, wenn er gewusst hätte, dass sich das ihm bekannte Risiko tatsächlich realisiert.

Wegen der Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs durch die dingliche Rückwirkung der Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB) ist die wegen eines

frustrierten Beweggrunds anfechtbare letztwillige Verfügung im Verhältnis zu Dritten nicht nach § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an nichtig, sondern erst mit dem Zugang der Anfechtungserklärung beim richtigen Adressaten. Denn hätte der Erblasser die Wirksamkeit der einseitigen Verfügung von Todes wegen von einer auflösenden Bedingung abhängig gemacht, wäre eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Rechtsverkehrs vermieden worden. Bei einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, ist der richtige Adressat nach den §§ 2081, 130 Abs. 3, 130 Abs. 1 BGB das Nachlassgericht und bei sonstigen Verfügungen nach den §§ 143 Abs. 4, 130 Abs. 1 BGB derjenige, welcher aus dem Rechtsgeschäft einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil erlangt.

Ob der Erblasser das Risiko gesehen hat, dass die Annahme möglicherweise falsch ist oder die Erwartung sich nicht realisiert, ist folglich nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob die letztwillige Verfügung nach § 142 Abs. 1 BGB von Anfang an oder erst mit dem

Zugang der Anfechtungserklärung beim richtigen Adressaten wichtig ist.

Allerdings ist eine Anfechtung nach den §§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB wegen eines frustrierten Beweggrunds nur möglich, wenn sich die Lücke im Testament nicht durch die ergänzende Testamentsauslegung schließen lässt. Diese ist auch bei Existenz eines frustrierten Beweggrunds möglich. Hat der Erblasser nicht nur das Risiko gekannt, sondern sich auch darüber Gedanken gemacht, welcher Rechtserfolg gelten soll, wenn die Annahme falsch ist oder die Erwartung sich nicht erfüllt, so ist nicht ein hypothetischer Wille, sondern ein realer, aber nicht erklärter Sinn zu ermitteln.

Jedoch kann durch die ergänzende Testamentsauslegung ein frustrierter Beweggrund nur mit der Wirkung ex nunc korrigiert werden, wenn eine Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs vermieden werden muss. Denn die ergänzende Testamentsauslegung hat wegen der Aufhebung des auf einem frustrierten Beweggrund beruhenden Rechtserfolgs dieselbe Wirkung wie die Anfechtung. Der wirkliche Wille gilt deswegen erst,

wenn der durch ihn Begünstigte oder ein sonstiger Antragsberechtigter beim zuständigen Nachlassgericht einen der wirklichen Erbfolge entsprechenden Erbschein beantragt hat.

4.) Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung nach § 2078 Abs. 2 BGB

Nach § 2078 Abs. 2 BGB ist die letztwillige Verfügung anfechtbar, wenn eine widerrechtliche Drohung für ihre Errichtung ursächlich gewesen ist. Unerheblich ist, ob die widerrechtliche Drohung von dem Bedachten oder einem Dritten ausgegangen ist.¹⁶¹ Der Drohende muss nur behaupten, auf den Eintritt oder Nichteintritt des angekündigten zukünftigen Übels Einfluss zu haben.¹⁶² Die Widerrechtlichkeit der Drohung kann sich aus dem Zweck, dem Mittel oder aus der Zweck-Mittel-Relation ergeben.¹⁶³

Durch die ergänzende Testamentsauslegung ist die Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Nur eine in der Praxis zu vernachlässigende Ausnahme ist denkbar. Diese ist dann gegeben, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der erzwungenen Testamentserrichtung eine letztwillige

¹⁶¹ W. Edenhofer, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 2078 BGB, Rn. 8

¹⁶² W. Edenhofer, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 2078 BGB, Rn. 8

¹⁶³ W. Edenhofer, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 2078 BGB, Rn. 8

Verfügung mit einem anderen Erklärungsinhalt hat errichten wollen. Ansonsten ist derjenige Rechtserfolg maßgeblich, welchen der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hat, auch wenn die Erklärung auf psychischem Zwang beruht. Folglich ist eine letztwillige Verfügung, wenn sie auf einer widerrechtlichen Drohung beruht, grundsätzlich nach § 2078 Abs. 2 BGB anfechtbar.

Hinsichtlich der erforderlichen Gewissheit für die Annahme einer widerrechtlichen Drohung gelten dieselben Anforderungen wie für die Annahme eines Geltungssinns im Wege der Auslegung.

5.) Keine Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 2078 ff. BGB durch die Formvorschriften (§§ 2232, 2247 BGB)

Die im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung entwickelten letztwilligen Verfügungen zur Korrektur der Anfechtungsgründe sind nicht nach den §§ 2232, 2247, 125 S. 1 BGB nichtig, wenn eine Andeutung des wirklichen Willens oder der Willensrichtung in der Testamentsurkunde fehlt. Die auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung bleibt daher aufgehoben, der wirkliche Wille des Erblassers wirksam und eine Anfechtung nach den §§ 2078 ff. BGB ausgeschlossen.

a) Meinungsstand

Es ist sehr umstritten, ob der wirkliche Wille i.S.d. § 133 BGB oder die Willensrichtung in der Testamentsurkunde angedeutet sein muss. Zudem wird diskutiert, wie die Andeutung beschaffen sein muss, um den Formvorschriften zu genügen. Schließlich ist problematisch, ob die Formvorschriften der

Testamentsauslegung Grenzen setzen oder ob zunächst der wirkliche Wille festzustellen und erst anschließend dessen Wirksamkeit (§§ 2232, 2247, 125 S. 1 BGB) zu erörtern ist.

aa) Andeutungstheorie

Nach Ansicht der Oberlandesgerichte¹⁶⁴ Hamm und Frankfurt ist für die ergänzende Testamentsauslegung eine Andeutung der Willensrichtung nicht ausreichend. Es sei ein Anhalt des wirklichen Willens in der Testamentsurkunde erforderlich.

Im Gegensatz dazu wird jedoch weder von den übrigen Gerichten noch von der Rechtslehre gefordert, dass der hypothetische Wille in der Testamentsurkunde enthalten sein muss.¹⁶⁵ Nach Ansicht dieser Gerichte und einem

¹⁶⁴ OLG Hamm FamRZ 1987 S. 639 ff. (642) meint, dass die Angabe des Motivs nicht ausreichend sei; OLG Frankfurt OLGZ 1993 S. 382 f. (383)

¹⁶⁵ RGZ 142, 171 ff. (175); BayObLG ZEV 2001, S.24 ff. (25); BayObLG NJW 1988, S. 2744 f. (2745); BayObLGZ 1988, S. 165 ff. (169); D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 81; K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 359 „...die wirtschaftlichen Zielvorstellungen,..., nicht der hypothetische Wille“; G. Otte, in: Staudinger Kom-

Großteil der Rechtslehre¹⁶⁶ ist für eine wirksame letztwillige Verfügung lediglich eine Andeutung der Willensrichtung in der Testamentsurkunde erforderlich. Denn der Erblasser soll unter anderem durch die Formvorschriften vor übereilten Entschlüssen bewahrt

mentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 87; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 22

¹⁶⁶ BayObLG ZEV 2001, S.24 ff. (25) „genügende Grundlage“; BayObLG NJW 1988, 2744 f. (2745) „auch ein noch so geringer Anhaltspunkt oder ein noch so geringer Ausdruck“; BGH FamRZ 1983 S. 380 ff. (382) „genügende Grundlage“; anders noch BGH NJW 1970 S. 758 f. (759), der dafür plädiert, dass das vom Erblasser gewollte Ziel „unzweideutig“ im Testament zum Ausdruck kommen müsse, und sich damit der Ansicht von Coing anschließt, vgl. T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 142, 143; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 87 ff.; BGH JZ 1983, S. 709 ff. mit Anmerk. von D. Leipold (713) „Zwar ist es auch bei der ergänzenden Testamentsauslegung richtig, einen Anhaltspunkt im Testament zu verlangen, aber nur in dem Sinne, dass an eine im Testament enthaltene Verfügung anzuknüpfen und diese im Sinne der erkennbaren Willensrichtung des Erblassers weiterzuentwickeln ist.“; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/ 2003, § 2084 BGB, Rn. 39, der darauf hinweist, dass insbesondere bei der ergänzenden Testamentsauslegung keine übertriebenen Anforderungen an den Anhalt gestellt werden dürften; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 22 „wenn auch einen noch so unvollkommenen Anknüpfungspunkt“; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 787 Fn. 103; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 193

werden.¹⁶⁷ Er soll auf die Bedeutung des Testierens und die Verantwortung für die Gestaltung der Vermögensverhältnisse nach seinem Tod aufmerksam gemacht werden. Zudem müsse der Testamentsinhalt vor verfälschenden Behauptungen Dritter geschützt werden.¹⁶⁸ Es könne nicht darauf vertraut werden, dass im Beweisverfahren verfälschende Behauptungen „geeigneter“ Zeugen entlarvt werden. Es müsse bereits verhindert werden, dass jede Behauptung, der Erblasser hätte in Wirklichkeit etwas anderes als das Erklärte gewollt, ein zulässiger Angriff auf den Inhalt der Urkunde sei. Die in der prozessualen Praxis anerkannte Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises gebiete es, an dem Erfordernis der Andeutung in der Testamentsurkunde festzuhalten.¹⁶⁹ Die

¹⁶⁷ M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 665

¹⁶⁸ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 39; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 9

¹⁶⁹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 40; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 9

Andeutungstheorie sei folglich ein geeignetes Instrument, um nicht genügend fundiertes Vorbringen einzelner Erbbeteiligter zurückweisen zu können.¹⁷⁰ Auch hätten die Formvorschriften den Zweck, den endgültigen Entschluss von bloßen Vorüberlegungen abzugrenzen.¹⁷¹ Der Formzwang gewährleiste nicht nur die positive, sondern auch die negative Testierfreiheit, also die Freiheit nicht zu testieren und damit die gesetzliche Erbfolge gänzlich oder jedenfalls hinsichtlich eines Teils eintreten zu lassen. Der Schutz der negativen Testierfreiheit gebiete es, dass dem Erblasser nicht eine letztwillige Verfügung mit einem Inhalt untergeschoben werde, die er nicht habe errichten wollen. Schließlich sei § 133 BGB missverständlich formuliert. Es sei nicht der wirkliche, sondern der formgerecht erklärte Wille des Erblassers im Wege der Auslegung zu ermitteln.¹⁷²

¹⁷⁰ K. Kuchinke, *Erbrecht*, S. 781

¹⁷¹ BGHZ 80, 242 ff (246); BayObLG FamRZ 2003, S. 1786 ff. (1788); K.-G. Loritz, in: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 9; M. Wolf/ A. Gangel, *Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille*, S. 665; A. Gerhards, *Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften*, S. 646; D. Leipold, *Wille, Erklärung und Form*, S. 423

¹⁷² K.-G. Loritz, in: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 2, 25;

Dagegen meinen Brox, von Lübtow, Sonnenschein und Singer¹⁷³ für eine wirksame letztwillige Verfügung auf eine objektive Andeutung des Erblasserwillens in der Testamentsurkunde verzichten zu können. Der Warnzweck sei bereits dann gewahrt, wenn der Erblasser die letztwillige Verfügung eigenhändig niedergeschrieben habe.¹⁷⁴ Die Beratungsfunktion der Formvorschriften spiele beim eigenhändigen Testament überhaupt keine und beim öffentlichen Testament wegen der Möglichkeit des § 2232 S.1, 2. Alt. BGB nur eine untergeordnete Rolle.¹⁷⁵ Auch der Klarstellungsfunktion des Formzwangs messe der Gesetzgeber keine große Bedeutung bei.¹⁷⁶ Denn mit der Zulassung eigenhändiger

G. Krüger-Nieland/ H. Zöller, in: RGKR Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., 1982, § 133 BGB, Rn. 4; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 771, 779

¹⁷³ H. Brox, Erbrecht, Rn. 204; H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553 f.; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 267, 299; J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 96; R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 15, 34

¹⁷⁴ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553

¹⁷⁵ H. Brox, Erbrecht, Rn. 200; H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553

¹⁷⁶ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553

Testamente nehme er Falschbezeichnungen bewusst in Kauf.¹⁷⁷ Eine Klarstellung sei auch nicht im Interesse Dritter geboten, die auf den Inhalt der Verfügung von Todes wegen vertrauten.¹⁷⁸ Denn das Vertrauen eines in einem Testament Bedachten sei nicht schutzwürdig. Zugunsten der Andeutungstheorie könnte allenfalls die Beweisfunktion der Formvorschriften angeführt werden, die umfangreiche Beweisaufnahmen vermeiden soll.¹⁷⁹ Allerdings ließen sich diese insbesondere wegen § 2078 Abs. 2 BGB ohnehin nicht vermeiden. Zudem gebe es keine objektiven Kriterien, anhand derer in Grenzfällen die Frage beantwortet werden könne, wann der Wille des Erblassers in der Verfügung keinen und wann er einen – wenn auch unvollkommenen – Ausdruck gefunden habe.¹⁸⁰ Es verwundere deshalb nicht, dass Entscheidungen der Gerichte nicht vorhersehbar seien

¹⁷⁷ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 554

¹⁷⁸ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 553

¹⁷⁹ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 554

¹⁸⁰ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 555; R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 32

und Fälle, welche die gleiche Entscheidung verdienten, unterschiedlich gelöst würden. Die Anwendung der Andeutungstheorie führe daher in der Praxis zu Rechtsunsicherheit.¹⁸¹ Es könnten durch die Andeutungstheorie auch bloße Entwürfe nicht von Testamenten abgegrenzt werden.¹⁸² Denn die Frage, ob der Erblasserwille in der letztwilligen Verfügung angedeutet sei, stelle sich erst, wenn die Existenz des Testaments feststehe. Darüber hinaus werde das Risiko der Fälschung eines Testaments durch das Erfordernis einer Andeutung des Erblasserwillens in der Testamentsurkunde geringer.¹⁸³ Außerdem könne man ein Mindestmaß an Beweissicherheit dadurch gewinnen, dass für den Inhalt der Urkunde eine widerlegliche Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit bestehe und die Anforderungen an den Nachweis eines von der Testamentsurkunde abweichenden Willens umso höher seien, je weiter dieser vom Wortlaut entfernt sei.¹⁸⁴ Auch

¹⁸¹ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 555

¹⁸² H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 554

¹⁸³ H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 554

¹⁸⁴ R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürger-

könne man es bei einem non-liquet bei dem objektiven Sinn der Verfügung belassen.¹⁸⁵ Schließlich bestehe zwischen der Andeutungstheorie und der falsa demonstratio ein unlösbarer Widerspruch.¹⁸⁶ Dies ergebe sich aus den Entscheidungen BGHZ 80, 242 und BGHZ 87, 150. Es sei nicht nachvollziehbar, warum der BGH in der einen Entscheidung eine ergänzende Testamentsauslegung ablehne, wenn der Erblasser eine letztwillige Verfügung vergessen habe, und in der anderen die falsa demonstratio anerkenne, obwohl die Parteien irrtümlich ein Flurstück nicht in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen hätten.¹⁸⁷ Da der Gesetzgeber diese Rechtsfigur in § 133 BGB durch das Verbot der Buchstabeninterpretation anerkannt habe, könne eine Andeutung des Erblasserwillens in der Testamentsurkunde keinesfalls gefordert werden.¹⁸⁸

¹⁸⁵ lichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 34
R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 35

¹⁸⁶ U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 268; H. Brox, Der Bundesgerichtshof und die Andeutungstheorie, S. 556
¹⁸⁷ H. Brox, Erbrecht, Rn. 200

¹⁸⁸ R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 34

bb) Beschaffenheit der Andeutung

Zudem ist fraglich, wie die „Andeutung“ des Erblasserwillens beschaffen sein muss, um den Formvorschriften zu genügen. Nach Ansicht der Gerichte¹⁸⁹ ist ein irgendwie, wenn auch nur versteckt oder unvollkommen, angedeuteter Wille für eine wirksame letztwillige Verfügung ausreichend.

Wolf und Gangel¹⁹⁰ meinen, dass den gesetzlichen Formzwecken dann genüge getan ist, wenn es vom Standpunkt eines objektiven Betrachters unter Berücksichtigung der für den Erblasser maßgeblichen Umstände nachvollziehbar und verzeihlich sei, dass er für die Willensäußerung diese Formulierung verwendet habe.¹⁹¹ Mit dem Merkmal der Nachvollziehbarkeit werde ein gewisses Maß an Verständlichkeit und mit dem Merkmal der Verzeihlichkeit ein Mindestmaß an subjektiver Anstrengung für verständliche

¹⁸⁹ BGHZ 80, 242 ff. (244); BayObLG DNotZ 1994, S. 399 ff. (400); BayObLG NJW 1988, S. 2742 f. (2742); BayObLG FamRZ 1988, S. 986 (986); OLG Hamm JR 1987, S. 376 ff. (376); OLG Köln Rpfleger 1981, S. 357 f. (357)

¹⁹⁰ M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 666

¹⁹¹ M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 666

Ausdrucksweisen verlangt. Wäre ausreichend, dass ein behaupteter Erblasserwille als möglich erscheine, wäre dem Klarstellungs- und Streitvermeidungszweck wenig gedient, da schriftliche Äußerungen viele Deutungen zuließen. Würde man eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangen, so bliebe für die Berücksichtigung des wahren Erblasserwillens nur wenig Raum und würde dessen Beachtlichkeit nach §§ 133, 2084 BGB in vielen Fällen ausschließen oder gefährden, so etwa, wenn sich der Erblasser einer falschen Ausdrucksweise bedient oder unvollständige Regelungen getroffen habe. Auch machten zahlreiche gesetzliche Auslegungsregeln (wie zum Beispiel die §§ 2067, 2070 – 2074 BGB) deutlich, dass der Erblasserwille soweit wie möglich Beachtung finden müsse. Des Weiteren habe der Gesetzgeber mit § 2247 BGB eine preiswerte und grundsätzlich jedermann verfügbare Möglichkeit der Errichtung eines Testaments geschaffen, ohne den Testierenden auf einen bestimmten Sprachgebrauch oder ein bestimmtes Formulierungsniveau festzulegen. Damit habe der Gesetzgeber das Risiko falscher Bezeichnungen und der im persönlichen Sprachgebrauch liegenden

Unsicherheiten in Kauf genommen. Dieses dürfe nicht aufgrund einer zu strengen Handhabung der Andeutungstheorie auf den Erblasser abgewälzt werden.¹⁹² Jedoch könnten aber die Risiken, die mit Formulierungs- und Ausdrucksschwierigkeiten zusammenhängen, dem Erblasser auch nicht gänzlich abgenommen werden.¹⁹³

cc) Prüfungsreihenfolge

Schließlich ist umstritten, welcher Erklärungssinn im Wege der Auslegung zu ermitteln ist. Teilweise wird vertreten, dass zunächst der Erblasserwille festzustellen und anschließend zu prüfen sei, ob dieser Wille im Testament angedeutet sei.¹⁹⁴ Nach Ansicht der Gerichte

¹⁹² M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 666

¹⁹³ M. Wolf/ A. Gangel, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille, S. 666

¹⁹⁴ R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 15, 30; W. Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, § 133 BGB, Rn. 28, der darauf hinweist, dass die Auslegungsfrage nichts mit der Formprüfung zu tun habe; A. Gerhards, Ergänzende Testamentsauslegung und Formvorschriften, S. 649; I. Scherer, Die Auslegung von Willenserklärungen, S. 305, die auch

und einem Großteil der Rechtslehre¹⁹⁵ ist hingegen die zweistufige Prüfung abzulehnen und der angedeutete Wille zu erforschen. Schließlich wird im Schrifttum befürwortet, dass zweckmäßigerweise die jeweilige prozessuale Situation die Abfolge der Prüfungsschritte bestimme.¹⁹⁶ Es könne bereits von einer Beweisaufnahme abgesehen werden, wenn ein von den

erklärt, dass die Trennung der Auslegungs- von der Formfrage nicht gegen die Prozessökonomie verstoße, weil die Gerichte selbstverständlich zunächst prüfen könnten, ob sich für ein bestimmtes Verständnis ein Anhaltspunkt in der Testamentsurkunde finden lasse; E. Wieser, *Empirische und normative Auslegung*, S. 408; W. Schlüter, *Erbrecht*, Rn. 192;

¹⁹⁵ BGH ZEV 2002 S. 20 (20) „Vielmehr ist zu fragen, was die Testierenden mit ihren Worten haben sagen wollen.“; Bay-ObLG FamRZ 2003 S. 326 f. (327) „Bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist vom Wortlaut auszugehen.“; D. Leipold, in: *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 13; K.-G. Lortz, in: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 15; K. H. Johannsen, in: *RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch* 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 7, 22; K. Kuchinke, *Erbrecht*, S. 779; früher a.A.: BGH JZ 1983, S. 709 ff. (710)

¹⁹⁶ G. Otte, in: *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 120; BGH JZ 1983, S. 709 ff. mit Anmerk. von D. Leipold (712); K. Tappmeier, *Die erbrechtlichen Auslegungsvorschriften*, S. 2714; K. Tappmeier, *Zur Funktion der erbrechtlichen Auslegungsvorschriften*, S. 207

Verfahrensbeteiligten behaupteter Wille des Erblassers in der Testamentsurkunde nicht angedeutet sei.

b) Eigene Stellungnahme

Zunächst lässt sich feststellen, dass der Testamentsauslegung durch die Formvorschriften keine Schranke gesetzt ist. Aus den Anmerkungen der 1. BGB-Kommission zu § 2084 BGB ergibt sich, dass die Auslegung nur insofern begrenzt ist, als sie einen „erklärten Willen“ voraussetzt.¹⁹⁷ Dass dieser auch in der Testamentsurkunde angedeutet sein muss, lässt sich den Ausführungen der 1. BGB-Kommission nicht entnehmen. Auch der Wortlaut des § 133 BGB („wirkliche Wille“) ist unmissverständlich. Aufgrund dessen ist im Wege der Auslegung der wirkliche und nicht der angedeutete Wille des Erblassers zu erforschen. Fraglich ist allerdings, ob für eine wirksame letztwillige Verfügung eine Andeutung des wirklichen Willens oder der Willensrichtung in der Testamentsurkunde erforderlich ist.

¹⁹⁷ Mugdan Mot. V, S. 24

aa) Kein Formerfordernis für den wirklichen Willen

Eine Andeutung des wirklichen Willens i.S.d. § 133 BGB ist für eine wirksame Verfügung nicht nötig. Zwar sind grundsätzlich nach dem Wortlaut der §§ 2232, 2247 BGB bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 1937 BGB) die Formvorschriften (§§ 2232, 2247 BGB) zu beachten. Allerdings können diese aus gesetzessystematischen Gründen nicht für den wirklichen Willen des Erblassers gelten. Ansonsten würde die nach § 133 BGB gebotene Realisierung des wirklichen Willens durch § 125 S. 1 BGB vereitelt. Diejenigen, die sich für eine Korrektur des Erklärungs- oder Inhaltsirrtums im Wege der erläuternden Testamentsauslegung aussprechen und die Andeutungstheorie befürworten, verkennen nämlich, dass in diesen Fällen eine Andeutung des „wirklichen“ Willens nicht existieren kann. Denn derjenige Rechtserfolg, den der Erblasser bewusst oder willentlich initiiert hat, aber aufgrund eines Erklärungsirrtums nicht in Geltung gesetzt hat, oder den er ohne den Inhaltsirrtum bewusst oder willentlich initiiert und in Geltung gesetzt

hätte, wurde vom Erblasser nicht erklärt. In Geltung gesetzt wurde vom Erblasser nur die objektive Erklärungsbedeutung. Würde man dennoch eine Andeutung des wirklichen Willens fordern, so wäre die letztwillige Verfügung nach § 125 S. 1 BGB stets nichtig und die Korrektur eines Erklärungs- oder Inhaltsirrtums entgegen § 133 BGB ausgeschlossen. Um diese gesetzeswidrige Konsequenz zu vermeiden, kann ein Formerfordernis für den wirklichen Willen nicht befürwortet werden.

bb) Kein Formerfordernis für die Willensrichtung

Aber auch die Willensrichtung des Erblassers muss in der Testamentsurkunde nicht angedeutet sein. Dass sich die Andeutungstheorie nicht mit der Klarstellungs- und Beweisfunktion der §§ 2232, 2247 BGB rechtfertigen lässt, kann zum einen damit begründet werden, dass ein versteckter oder unvollkommener Anhalt die Gewissheit der Feststellung der vom Erblasser angestrebten Ziele tatsächlich nicht erhöht. Diese sind nämlich nach den

psychologischen Erkenntnissen zur Handlungssteuerung von der in der Handlungsphase vorgenommenen Erklärung zu unterscheiden, weshalb die in der Testamentsurkunde enthaltene Verfügung keine Aussage über die vom Erblasser verfolgten Ziele beinhalten kann und erst recht nicht die Prüfung erleichtert, ob der Erblasser die Zielintentionen auch ausgewählt hätte, wenn er die eingetretene Entwicklung bedacht oder die Sachlage gekannt hätte. Dies lässt sich auch anhand des folgenden Beispiels verdeutlichen. Ist im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung zu prüfen, ob eine Ersatzerbenbestimmung der Neffen und Nichten bei Vorversterben des Bruders in Betracht kommt, so ist zwar nach Ansicht der herrschenden Meinung die Erbeinsetzung des Bruders für eine formgerechte Andeutung der Ersatzerbenberufung der Neffen und Nichten ausreichend. Jedoch kann die Erbeinsetzung des Bruders zum einen auf einer Vielzahl von Zielen beruhen. Möglicherweise hat der Erblasser den Bruder und dessen Kinder finanziell absichern wollen. Jedoch ist auch denkbar, dass er mit der Erbeinsetzung das Ziel verfolgt hat, ausschließlich seinen Bruder finanziell zu

unterstützen. Zum anderen hätte der Erblasser unter Umständen das Ziel, seinem Bruder und dessen Kindern ein finanziell sorgenfreies Leben zu ermöglichen, auch aufgegeben, um eine Zersplitterung des Nachlasses zu vermeiden, wenn er dessen Vorversterben bedacht hätte. Zum anderen verweigerte die 2. BGB-Kommission die Zustimmung zur Aufnahme des E I § 1781 II in das Bürgerliche Gesetzbuch. Nach E I § 1781 II wäre die letztwillige Verfügung nur dann anfechtbar gewesen, wenn sich der Anfechtungsgrund aus der Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend ergibt. Zwar wurde von der 1. BGB-Kommission in Abweichung von der Mehrzahl der damals geltenden Rechte die Aufnahme des E I § 1781 II ins Bürgerliche Gesetzbuch empfohlen. Begründet wurde dies von der 1. BGB-Kommission¹⁹⁸ damit, dass ein Verzicht auf die Normierung des E I § 1781 II in vielen Fällen zur Folge hätte, dass die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen mit einiger Aussicht auf Erfolg bestritten werden könnte. Es werde auch in vielen Fällen zweifelhaft sein oder sich zumindest darüber streiten lassen, ob der Erblasser sich von

¹⁹⁸

Mugdan Mot. V, S. 27

unrichtigen Anschauungen habe leiten lassen und ob diese Vorstellungen den Inhalt der testamentarischen Verfügung beeinflusst hätten. Des Weiteren liege zwar der Einwand nahe, dass der Erblasser an der Richtigkeit seiner Vorstellung keine Zweifel hege und deswegen auch die Gründe für die Errichtung der testamentarischen Verfügung in der Testamentsurkunde nicht angeben werde. Allerdings sei dies in Kauf zu nehmen und die Vorschrift aufgrund ihrer Zweckmäßigkeit in das Bürgerliche Gesetzbuch einzufügen. Denn schließlich werde von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit der Motive für die Wirksamkeit einer Willenserklärung auch eine Ausnahme gemacht. Jedoch lehnte die 2. BGB-Kommission¹⁹⁹ E I § 1781 II ab. Das Erfordernis, einen Umstand als maßgebend in der letztwilligen Verfügung selbst zu kennzeichnen, sei in gewisser Weise willkürlich. Es komme nicht selten vor, dass der Erblasser bestimmte Umstände als völlig selbstverständlich voraussetze und deswegen diese nicht ausdrücklich erwähne. Zwar bestehe durchaus die Gefahr des Missbrauchs, allerdings überwögen die Nachteile

¹⁹⁹

Mugdan Prot. V, S. 542

einer solchen Vorschrift die Vorteile. Bedenkt man nun, dass sich die Kausalität eines Erklärungs-, Inhalts- oder Motivirrtums sowie eines frustrierten Beweggrunds erst nach Ermittlung der Ziele des Erblassers feststellen lässt, so nahm die 2. BGB-Kommission die Risiken, die mit der Feststellung der Willensrichtung ohne eine Andeutung verbunden sind, in Kauf.

Schließlich lässt sich ein Formerfordernis für die Willensrichtung nicht mit der Warnfunktion der Formvorschriften rechtfertigen. Denn eine unvollkommene oder versteckte Andeutung der Willensrichtung erleichtert nicht die Prüfung, ob der Erklärende den im Wege der Auslegung ermittelten hypothetischen Willen nicht unüberlegt oder übereilt in Geltung gesetzt hätte, da die bewusste oder willentliche Initiierung der Erklärung der Bildung der Zielintention nachfolgt.

Die Andeutungstheorie ist daher abzulehnen.

II. Wirksamkeit der objektiven Erklärungsbedeutung

Fraglich ist, ob und welche Rechtsfolge die auf einem Willenswandel beruhende Entscheidung des Erblassers auslöst, dass die auf einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum (§§ 2078 Abs. 1 BGB), einem Motivirrtum bzw. frustrierten Beweggrund (§§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB) oder einer widerrechtlichen Drohung (§ 2078 Abs. 2 BGB) beruhende letztwillige Verfügung gelten soll.

1.) Ausschluss der Anfechtung

Es ist zunächst die rechtliche Behandlung derjenigen Fälle zu diskutieren, in denen sich der Inhaltsirrtum (§ 2078 Abs. 1 BGB), der Motivirrtum bzw. frustrierte Beweggrund (§ 2078 Abs. 2, 2079 BGB) sowie die widerrechtliche Drohung (§ 2078 Abs. 2 BGB) nicht im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung korrigieren lassen. Es könnte dann, wenn sich der Erblasser nach der Testamentserrichtung für die Geltung der auf einem Inhaltsirrtum (§ 2078 Abs. 1 BGB), einem Motivirrtum bzw. frustrierten Beweggrund (§ 2078 Abs. 2, 2079

BGB) oder einer widerrechtlichen Drohung (§ 2078 Abs. 2 BGB) beruhenden letztwilligen Verfügung ausgesprochen hat, die Anfechtung ausgeschlossen sein.

Problematisch ist, dass die Vorschriften zu den einseitigen Verfügungen von Todes wegen im Gegensatz zu der Regelung (§ 2284 BGB), die für die durch den Erblasser anfechtbaren vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen gilt, keine Bestimmung enthalten, die den Ausschluss der Anfechtung herbeiführen kann. Es ist deswegen fraglich, ob sich § 144 BGB mit den Regelungen zu den letztwilligen Verfügungen (§§ 2253 ff. und 2078 ff. BGB) vereinbaren lässt. Denn diese zeichnen sich durch einige Besonderheiten gegenüber den Regelungen des Allgemeinen Teils aus. Nach diesen Bestimmungen kann der Erklärende grundsätzlich seine Willenserklärung nicht frei widerrufen, da auf die Interessen anderer Rechtsträger Rücksicht zu nehmen ist. Ein Widerruf ist bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur bis zum Zugang der Willenserklärung möglich. Ansonsten kann sich der

Erklärende oder dessen Rechtsnachfolger nur dann von der Willenserklärung lösen, wenn die Anfechtungsvoraussetzungen (§§ 119 ff. BGB) gegeben sind. In Abweichung dazu ist dem Erblasser bei letztwilligen Verfügungen ein Widerrufsrecht zugewiesen (§§ 2253 ff. BGB) und derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, kann die letztwillige Verfügung anfechten (§§ 2078 ff. BGB). Der Erblasser kann die einseitige Verfügung von Todes wegen jederzeit grundlos widerrufen. Selbst den Widerruf letztwilliger Verfügungen nach § 2254 BGB kann er wieder aufheben. Das Widerrufsrecht ist nach den §§ 2253, 2302 BGB als ein unverzichtbares Gestaltungsrecht ausgestaltet und erlischt mit dem Tod des Erblassers. Das Anfechtungsrecht desjenigen, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, entsteht erst mit dem Tod des Erblassers und ist von dem Widerrufsrecht des Erblassers rechtlich unabhängig. Aufgrund dieser Besonderheiten ist äußerst fraglich, ob die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser sich nach der Testamentserrichtung dazu

entscheidet, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung gelten soll. Aber nur wenn diese Rechtsfolge eintritt, kann die formlose Erklärung des Erblassers eine rechtliche Wirkung entfalten. Anderenfalls müsste der Erblasser die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung erneut formgerecht errichten, da nach den §§ 2232, 2247 BGB die Neuerrichtung einseitiger Verfügungen von Todes wegen stets formbedürftig ist.

a) Meinungsstand

Lange, Keuk und Johannsen meinen, dass ein nachträglicher Anschauungswandel bei der Ursächlichkeit des Willensmangels für die letztwillige Verfügung zu beachten sei.²⁰⁰ Die Billigkeit dränge dazu,

²⁰⁰ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 29, 36; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 110; K. H. Johannsen, Die Rechtsprechung des BGH – 7. Teil, S. 647; a.A.: RG WarnRspr. 1912, Nr. 117, S. 134; RGZ 77, 165 ff. (170); BGH DNotZ 1954, 272 ff. (273 f.); Bay-ObLG Rpfleger 1975, 240 ff. (242); BayObLGZ 1971, 147 ff. (151); BayObLGZ 1980, 42 ff. (50); OLG Hamburg FamRZ 1990, S. 910 ff. (912); OLG Hamm NJW-RR 1994, S. 462 ff. (463); G. Otte, in: Stau-

den wahren letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen.²⁰¹ Der Wortlaut des § 2078 Abs. 1 BGB („und anzunehmen ist, dass er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde“) lasse sich sowohl auf den Erbfall als auch auf die Testamenterrichtung als rechtlich maßgeblichen Zeitpunkt für die Ursächlichkeit beziehen.²⁰² Für eine Anfechtung bestehe kein Bedürfnis, wenn die Verfügung von Todes wegen dem letzten Willen des Erblassers entspreche.²⁰³ Der Dritte i.S.d. § 2080 BGB mache zwar ein eigenes Gestaltungsrecht geltend, jedoch sei dieses von den Vorstellungen des Erblassers abhängig.²⁰⁴ Seine Rechtstellung sei mit derjenigen eines Anfechtungsberechtigten (§§ 119 ff. BGB) vergleichbar, der nur die Befugnisse seines Rechtsvorgängers geltend

dingen Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2078 BGB, Rn. 28 „nicht getroffen hätte“; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 51

²⁰¹ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 32

²⁰² H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 29

²⁰³ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 34 f.

²⁰⁴ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 35

machen könne. Der Dritte sei Willensvollstrecker des Erblassers und deswegen könne nur maßgebend sein, ob das Testament dem Willen des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls entspreche. Auch bei einem Erbvertrag sei eine formlose Bestätigung des Erblassers möglich (§ 2284 BGB). Das Gesetz fordere also keine förmliche inhaltsgleiche letztwillige Verfügung.

Ein Teil des Schrifttums²⁰⁵, das BayOBLG²⁰⁶

²⁰⁵

D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 51; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2080 BGB, Rn. 22; H. Roth, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 144 BGB, Rn. 12; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2080 BGB, Rn. 23; G. Krüger-Nieland, in: RGKR Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., 1982, § 144 BGB, Rn. 5; F. Leonhard, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Erbrecht, 2. Aufl., 1912, § 2080 BGB, VII.; J. D. Harke, Testamentsanfechtung durch den Erblasser?, S. 183 f.; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 857 f.; W. F. Lindacher, Änderung der gesetzlichen Erbfolge, S. 348; J. Damrau, Die Bedeutung des Nichteheleichen-Erbrechts, S. 472; E. Körting, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, S. 1528; D. Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Absatz 2 BGB, S. 16; H. Dernburg, Das bürgerliche Gesetzbuch, 5. Band, § 46 IV, 4.; A. v. Thur, Der Allgemeine Teil, Zweiter Band, Erste Hälfte, S. 321; K. Schmidt, in: Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, § 2080 BGB, Rn. 3; M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 138, meint, die Erklärung des Erblassers, dass die letztwillige Verfügung gelten soll, löse die Rechtsfolge aus, dass be-

und einige Oberlandesgerichte²⁰⁷ lassen eine formlose Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser zu. Danach wäre die Anfechtung nach § 144 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Erblasser zu Lebzeiten erklärt, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll. Nach dem Wortlaut des § 144 Abs. 1 BGB könne zwar nur der Anfechtungsberechtigte das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigen. Jedoch sei in dem Widerrufsrecht des Erblassers ein Anfechtungsrecht mit enthalten.²⁰⁸ Denn der Erblasser habe wegen seines

²⁰⁶ stimmte vorhandene und ihm nicht bekannte oder künftige Ereignisse für seine Verfügung „ohne Belang“ seien. BayObLGZ 1980 42 ff. (50); BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (370); BayObLG FamRZ 2002, S. 915 ff. (917); BayObLG FamRZ 1995, S. 246 ff. (248); BayObLG FamRZ 1990, S. 211 ff. (213)

²⁰⁷ OLG Hamburg FamRZ 1990, S. 910 ff. (911); OLG Köln FamRZ 1990, S. 1038 ff. (1040); OLG Frankfurt FamRZ 1997, S. 1433 ff. (1435)

²⁰⁸ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 51; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2080 BGB, Rn. 1, 22; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2080 BGB, Rn. 23; H. Roth, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 144 BGB, Rn. 12; J. D. Härke, Testamentsanfechtung durch den Erblasser?, S. 183 f.; G. Otte, Ist die Begriffsjurisprudenz wirklich tot?, S. 441;

Widerrufsrechts eine uneingeschränkte Gestaltungsmacht. Er könne die letztwillige Verfügung jederzeit grundlos aufheben und müsse keine Widerrufsfrist beachten. Der Widerruf habe, wenn er infolge eines Willensmangels erfolge, auch dieselbe Funktion wie eine Anfechtung.²⁰⁹ Wenn das Gesetz dem Erblasser gestatte, sein Testament – auch ohne Willensmangel – aufzuheben, so sei nicht einzusehen, warum diese Erweiterung der Entschlussfreiheit des Erblassers zu einer Erschwerung der Bestätigung führen soll. § 144 BGB spreche nur deshalb vom Anfechtungsberechtigten, weil in den Fällen der §§ 119 f., 123 BGB der Erklärende zugleich der Anfechtungsberechtigte sei. Der Begriff („Anfechtungsberechtigte“) habe nur die Funktion einer Abkürzung für die sonst erforderliche Aufzählung der Anfechtungsfälle. Die Widersprüchlichkeit der Gegenansicht zeige sich, wenn der Erblasser in einem

D. Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Absatz 2 BGB, S. 16; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum, S. 109; A. v. Thur, Der Allgemeine Teil, Zweiter Band, Erste Hälfte, S. 321

²⁰⁹ A. v. Thur, Der Allgemeine Teil, Zweiter Band, Erste Hälfte, S. 321

Erbvertrag oder einem gemeinschaftlichen Testament sowohl vertragsmäßige oder wechselbezügliche als auch letztwillige Verfügungen irrtumsbedingt errichtet hat.²¹⁰ Einerseits könne der Erblasser die vertragsmäßige oder wechselbezügliche Verfügung nach § 2284 BGB formlos bestätigen. Andererseits wäre die formlose Bestätigung der letztwilligen Verfügung unbeachtlich, so dass der Erblasser die einseitigen Verfügungen von Todes wegen formgerecht wiederholen oder zumindest formgerecht erklären müsste, dass deren Inhalt gelten soll. Die einseitigen Verfügungen von Todes wegen in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten würden im Vergleich zu anfechtbaren vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen ohne sachlichen Grund ungleich behandelt. Schließlich sei nach § 2343 BGB die Geltendmachung der Erbunwürdigkeit durch eine Anfechtungsklage ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen habe. Deswegen müsse der Erblasser auch die Möglichkeit haben, eine letztwillige Verfügung zu bestätigen.²¹¹

²¹⁰ G. Otte, Ist die Begriffsjurisprudenz wirklich tot?, S. 441 f.

²¹¹ K. Kuchinke, Erbrecht, S. 857

Im Gegensatz dazu lehnen der andere Teil der Rechtslehre²¹² und die übrigen Gerichte²¹³ eine Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser ab. Der Erblasser sei nicht²¹⁴ nach § 2080 BGB anfechtungsberechtigt, da der Gesetzgeber ihn bei einseitigen Verfügungen von Todes wegen ausdrücklich aus dem Bereich der Anfechtungsberechtigten ausgeschlossen habe. § 2284 BGB sei nur auf

²¹² W. Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, § 144 BGB, Rn. 1; K. H. Johannsen, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1974, § 2078 BGB, Rn. 79; H. Brox, Erbrecht, Rn. 241; K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todeswegen, S. 161; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 336; H. Reichel, Zum Vermächtnisrecht, S. 211; R. Dietz, Erbrecht, S. 70; K. H. Johannsen, Die Rechtsprechung des BGH – 7. Teil, S. 653; M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 134

²¹³ BayObLG FamRZ 1995, S. 246 ff. (248); BayObLG Rpfleger 1975, 240 ff. (242); OLG Hamm NJW-RR 1994, S. 462 ff. (464); a.A.: OLG Hamburg FamRZ 1990, S. 910 ff. (911), das als einziges Gericht bislang eine Bestätigung durch den Erblasser anerkannt hat, ohne dies jedoch näher zu begründen.

²¹⁴ H. Brox, Erbrecht, Rn. 241; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 336; H. Reichel, Zum Vermächtnisrecht, S. 211; R. Dietz, Erbrecht, S. 70; F. Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 98 f.; K. H. Johannsen, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1974, § 2078 BGB, Rn. 79; K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todeswegen, S. 161; M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 134

vertragsmäßige und wechselbezügliche Verfügungen anzuwenden. Dies sei auch die zwingende Konsequenz aus dem das Erbrecht durchziehenden Formprinzip, dessen Ziel neben der Notwendigkeit des Überdenkens auch die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sei. Der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für den Formzwang würde eine wirksame formlose Bestätigung letztwilliger Verfügungen völlig widersprechen. Der Erblasser müsse deswegen stets eine neue letztwillige Verfügung errichten.

Umstritten ist unter den Gegnern einer Bestätigung nur, ob eine formgerechte Wiederholung²¹⁵ erforderlich ist oder ob die formgerechte Anordnung²¹⁶ ausreicht, dass

²¹⁵ W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 246; H. Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 127; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 178; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 337; F. Kretzschmar, Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 99; C. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Band, S. 110, wonach der Erblasser „ein ungültiges Testament niemals bestätigen“, sondern nur neu errichten könne; H. Reichel, Zum Vermächtnisrecht, S. 211

²¹⁶ W. Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1999, § 144 BGB, Rn. 1; K. H. Johannsen, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1974, § 2078 BGB, Rn. 79; K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, S. 161; R. Dietz, Erbrecht, S. 70; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 178; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 246

die anfechtbare Verfügung aufrechterhalten wird. Teilweise wird vertreten, dass eine formgerechte Wiederholung nicht notwendig sei, da der letzte Wille des Erblassers in vollem Umfang formgerecht erklärt sei.²¹⁷ Ischinger meint, dass insoweit „eine gewisse Analogie zum Widerruf des Widerrufstestaments“²¹⁸ geboten sei. Nach Ansicht des OLG Hamm²¹⁹ genügt eine formgerechte Ergänzung der letztwilligen Verfügung für die Erklärung des Erblassers, dass die einseitige Verfügung von Todes wegen gelten soll, wenn auf das Testament Bezug genommen werde. Im Gegensatz dazu plädiert von Lübtow²²⁰ für eine formgerechte Wiederholung der letztwilligen Verfügung, da sich der letzte Wille des Erblassers aus dem Testament ergeben müsse. Der Umstand, dass der Erblasser keine neue letztwillige Verfügung errichte und die einseitige Verfügung von Todes wegen auch nicht widerrufe, obwohl ihm die Anfechtbarkeit der Verfügung bekannt

²¹⁷ K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, S. 161

²¹⁸ K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, S. 161

²¹⁹ OLG Hamm NJW-RR 1994, S. 462 ff. (464)

²²⁰ U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 337

sei, könne lediglich als Indiz für die fehlende Ursächlichkeit des Anfechtungsgrunds für die letztwillige Verfügung herangezogen werden.²²¹ Aber es entfalle jedenfalls nicht stets die Anfechtungsmöglichkeit, wenn der Erblasser nach Kenntniserlangung von der wahren Sachlage die letztwillige Verfügung nicht aufhebe.²²² Denn der Erblasser habe möglicherweise geglaubt, es bedürfe keiner Aufhebung, da die einseitige Verfügung von Todes wegen aufgrund des Willensmangels ohnehin nichtig sei.²²³

b) Eigener Lösungsversuch

Bereits die 1. BGB-Kommission²²⁴ lehnte eine Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser ab. Einseitige testamentarische Verfügungen seien auch nach einer Bestätigung durch den Erblasser schlechthin widerruflich, weshalb nur eine Bestätigung anfechtbarer vertragsmäßiger oder wechselbezüglicher

²²¹ K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todes wegen, S. 161 f.; H. Brox, Erbrecht, Rn. 241; BayObLG Rpfleger 1975, S. 240 ff. (242)

²²² R. Dietz, Erbrecht, S. 70

²²³ U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 337

²²⁴ Mugdan Mot. V, S. 170

Verfügungen möglich sei. Diese seien nach der Bestätigung für den Erblasser weder anfechtbar noch widerruflich.

Auch die Mehrheit der Mitglieder der 2. BGB-Kommission²²⁵ sprach sich gegen die Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser aus und verweigerte deswegen die Zustimmung zu einem Antrag²²⁶, wonach die Anfechtung ausgeschlossen gewesen wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkt des Erbfalls den Willen gehabt hat, es bei der letztwilligen Verfügung zu belassen. Zur Begründung dieses Änderungsantrags wurde geltend gemacht, dass die

²²⁵ Mugdan Prot. V, S. 549

²²⁶ Änderungsantrag Nr.6 zu E I § 1786:

„Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser die letztwillige Verfügung zur Zeit seines Todes im Fall des § 1779 Abs. 1 nach Kenntnis der Sachlage, im Falle des § 1779 Abs. 2 nach Entdeckung des Irrthums oder Beseitigung der Zwangslage, im Falle des § 1782 nach Kenntnis von dem Vorhandensein des Pflichtteilsberechtigten würde haben gelten lassen.“

Eventuell:

„Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn ... unterlassen hat und anzunehmen ist, dass er die Verfügung haben gelten lassen wollen.“

Es wurden zu Antrag 6. noch zwei Unteranträge gestellt:

- a) „Statt „zur Zeit seines Todes“ zu setzen „bis zu seinem Tode“;
- b) nach den Worten „zur Zeit seines Todes“ einzufügen „oder seiner dauernden Geschäftsunfähigkeit“.

Anfechtung bezwecke, den wahren Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen, und dieser Zweck und damit die Anfechtung dann entfalle, wenn die auf einem Anfechtungsgrund basierende letztwillige Verfügung dem späteren Willen des Erblassers entspreche, was namentlich dann gegeben sei, wenn der Erblasser die Anfechtbarkeit kenne, und dennoch die Verfügung bestehen lasse.²²⁷ Die Mehrheit der Mitglieder der 2. BGB-Kommission waren hiervon nicht überzeugt, weshalb sie den Änderungsantrag ablehnten. Dieser sei mit den Formvorschriften nicht vereinbar, da das formgerecht Erklärte nicht dem wirklichen Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung entspreche und deswegen das Erklärte auch keine rechtliche Wirkung entfalten könne.²²⁸ Außerdem könne der Erblasser die Verfügung nicht genehmigen, weil er nicht anfechtungsberechtigt sei.²²⁹ Schließlich überwögen die Beweisschwierigkeiten den praktischen Nutzen einer solchen Vorschrift.²³⁰ Der Nachweis, dass die Verfügung von Todes wegen dem Willen des Erblassers im

²²⁷ Mugdan Prot. V, S. 548

²²⁸ Mugdan Prot. V, S. 549

²²⁹ Mugdan Prot. V, S. 549

²³⁰ Mugdan Prot. V, S. 549

Zeitpunkt des Erbfalls entspreche, sei sehr problematisch, da jeder Wechsel in den Absichten des Erblassers berücksichtigt werden müsse und der Erblasser seine Meinung bis zum Erbfall jederzeit abändern könne.

Die Argumentation der 1. BGB-Kommission²³¹, die sich gegen die Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Erblasser richtet, ist allenfalls teilweise überzeugend. Zwar kann es durchaus Schwierigkeiten bereiten, die Erklärung des Erblassers zu ermitteln, dass die auf einem Inhalts- oder Motivirrtum, einem frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen Drohung beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll. Jedoch lässt sich mit diesen Schwierigkeiten entgegen der Ansicht der 2. BGB-Kommission nicht die Nichtigkeit der Erklärung des Erblassers rechtfertigen. Zum einen muss nicht jeder Willenswandel des Erblassers berücksichtigt werden, da ein rein „innerer Wille“ unstreitig keine Rechtsfolgen auslösen kann. Zum anderen bestehen inzwischen bei der Ermittlung des Erklärungssinns einer letztwilligen Verfügung vergleichbare und noch größere Schwierigkeiten. Im

²³¹ Mugdan Mot. V, S. 170

Bereich der ergänzenden Testamentsauslegung ist die Feststellung des wirklichen Willens in der Regel sehr zweifelhaft. Würde man den Problemen, die mit der Ermittlung der Erklärung des Erblassers verbunden sind, ein zu großes Gewicht einräumen, so müsste man konsequenterweise die ergänzende Testamentsauslegung ablehnen. Allerdings enthält § 133 BGB das Gebot, den wirklichen Willen des Erblassers festzustellen und sich gegebenenfalls vom buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu lösen. Allein das Argument der 2. BGB-Kommission, der Erblasser sei nicht anfechtungsberechtigt, ist nachvollziehbar. Das Widerrufsrecht räumt dem Erblasser zwar eine uneingeschränkte Herrschaft über die letztwillige Verfügung ein und wird zu Recht als das „stärkere“²³² Recht bezeichnet. Jedoch ist das Anfechtungsrecht desjenigen, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, vom Widerrufsrecht des Erblassers rechtlich unabhängig. Wegen der fehlenden Anfechtungsberechtigung des Erblassers lässt sich § 144

²³²

Mugdan Mot. V, S. 170

BGB jedenfalls nicht unmittelbar auf letztwillige Verfügungen anwenden.

Gegen eine analoge Anwendung des § 144 Abs. 1 BGB auf letztwillige Verfügungen lässt sich der Wortlaut und die Gesetzssystematik anführen. Eine analoge Anwendung des § 144 Abs. 1 BGB dergestalt, dass der Widerruf ausgeschlossen ist, wenn das widerrufliche Rechtsgeschäft von dem Erblasser bestätigt wird, ist gesetzlich ausgeschlossen. Denn das Widerrufsrecht des Erblassers kann zu Lebzeiten nicht erlöschen, weil das Widerrufsrecht ein unverzichtbares Gestaltungsrecht ist. Nach § 2302 BGB ist ein Vertrag nichtig, in dem die Verpflichtung des Erblassers enthalten ist, eine Verfügung von Todes wegen nicht aufzuheben. Auch ein einseitiger Verzicht auf das Widerrufsrecht ist ausgeschlossen, weil nach § 2253 BGB der Erblasser „jederzeit“ seine letztwilligen Verfügungen widerrufen kann.

Des Weiteren ist auch eine analoge Anwendung des § 144 Abs. 1 BGB dergestalt, dass die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn das Rechtsgeschäft von dem Widerrufsberechtigten bestätigt wird, nicht möglich.

Denn nach § 144 Abs. 1 BGB ist ein im Zeitpunkt der Bestätigung anfechtbares Rechtsgeschäft erforderlich („anfechtbare Rechtsgeschäft“). Die letztwillige Verfügung ist jedoch bis zum Erbfall nur fehlerhaft, aber nicht anfechtbar. Das Anfechtungsrecht entsteht erst mit dem Erbfall.²³³ Deswegen kann zu Lebzeiten des Erblassers die Wirkung des § 144 Abs. 1 BGB, also das Erlöschen des existierenden Anfechtungsrechts, nicht eintreten und zwar unabhängig davon, ob man die Bestätigung als einfachen Verzicht²³⁴ oder als positive Erklärung²³⁵ einstuft.

Dagegen könnte man allenfalls versuchen einzuwenden, dass die Bestätigung des Erblassers erst nach dem Erbfall wirke, also nachdem das Anfechtungsrecht entstanden ist. Jedoch wäre dies nicht überzeugend, da das Anfechtungsrecht nach dem Tod des Erblassers einem anderen zusteht. Nach § 144 Abs. 1 BGB ist die Anfechtung nur dann ausgeschlossen, wenn der

²³³ D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2080 BGB, Rn. 2

²³⁴ Mugdan Prot. I, S. 731

²³⁵ W. Flume, Allgemeiner Teil, Zweiter Band, S. 568 f.; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 144 BGB, Rn. 2

Anfechtungsberechtigte selbst das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt. Selbst die §§ 2284, 2285 BGB gestatten es dem Erblasser nicht, auf das Anfechtungsrecht des Dritten zu verzichten. Die §§ 2284, 144 Abs. 1 BGB beseitigen nur das Anfechtungsrecht des Erblassers. Das Anfechtungsrecht des Dritten erlischt auch nicht nach § 2285 BGB.²³⁶ Denn nach den Motiven²³⁷ schließt § 2285 BGB die Anfechtung durch den Dritten nur aus, wenn die Anfechtungsfrist („Präklusivfrist“) abgelaufen ist. Auch den Protokollen²³⁸ lässt sich nicht entnehmen, dass diese Vorschrift auch einen Ausschluss des Anfechtungsrechts des Dritten bewirken soll, wenn der Erblasser die vertragsmäßige oder wechselbezügliche Verfügung bestätigt hat.

Auch die Ansicht von Lange, Keuk und Johannsen kann nicht überzeugen. Ein späterer Wille kann nichts an der Ursächlichkeit des Inhalts- oder Motivirrtums, des

²³⁶ A.A.: R. Kanzleiter, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 1998, § 2285 BGB, Rn. 4; H.-J. Musielak, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2285 BGB, Rn. 1, 5

²³⁷ Mugdan Mot. V, S. 171

²³⁸ Mugdan Prot. V, S. 740

frustrierten Beweggrunds oder der widerrechtlichen Drohung für die letztwillige Verfügung ändern. Denn der Wille oder das Bewusstsein ist der Auslöser einer Willenserklärung. Ein auf einer Motivänderung beruhendes Bewusstsein oder beruhender Wille kann folglich nie eine bereits existierende Willenserklärung initiiert haben. Zudem würde durch die Berücksichtigung späterer Willensänderungen bei der Kausalität praktisch ein formloser Widerruf gestattet, was selbst Lange zugibt. Denn man müsste einen nachträglich geänderten Willen des Erblassers nicht nur dann beachten, wenn im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die Ursächlichkeit eines Anfechtungsgrunds für die testamentarische Verfügung zu bejahen ist, sondern auch, wenn sie zu verneinen ist. Die Formvorschriften zum Widerruf letztwilliger Verfügungen (§§ 2254 – 2256 BGB) würden ohne Grund umgangen. Es ist zwar richtig, dass der Erblasser selbst dafür sorgen kann, dass der Rechtsnachfolger nichts erhält, indem er die zukünftigen Nachlassgegenstände veräußert und den Erlös durchbringt. Jedoch ändert sich dadurch nichts an der Wirksamkeit seiner Verfügungen von Todes wegen.

Scheidet eine Bestätigung und eine veränderte Kausalitätsbetrachtung aus, so bedeutet dies noch nicht, dass sich ihr Ergebnis nicht doch einstellt. Die Erklärung des Erblassers, dass die fehlerhafte einseitige Verfügung von Todes wegen Bestand haben soll, bewirkt nämlich, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sind, das Anfechtungsrecht also erst gar nicht entstehen kann.

aa) Abdingbarkeit der §§ 2078 ff. BGB

Der Erblasser kann aufgrund der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG) und der Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) seine rechtlichen Beziehungen im Rahmen des rechtlich Zulässigen gestalten. § 2078 Abs. 2 BGB ist grundsätzlich insoweit unabdingbar, als die Vorschrift die Anfechtbarkeit wegen einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung regelt. Insofern soll § 2078 Abs. 2 BGB das Rechtssubjekt vor solchen schweren Eingriffen in die Willensfreiheit schützen. Dieser Sinn und Zweck würde vereitelt, wenn diese Rechtsvorschrift unbegrenzt abdingbar wäre. Allerdings kann der Erblasser § 2078 Abs. 2 BGB nach der Testamenterrichtung abbedingen, sobald er die arglistige

Täuschung erkannt hat oder die Zwangslage, die durch die widerrechtliche Drohung herbeigeführt worden ist, weggefallen ist. Denn dann kann auch der Anfechtungsberechtigte ein nach § 123 BGB anfechtbares Rechtsgeschäft jederzeit bestätigen. Ab diesem Zeitpunkt ist der Erblasser nicht mehr schutzbedürftig, so dass eine Beeinträchtigung des Sinn und Zwecks des § 2078 Abs. 2 BGB nicht mehr droht.

Im Übrigen lassen sich keine Einwände finden, die dem Lösungsansatz entgegenstehen. Das Argument der 2. BGB-Kommission, dass der Erblasser nicht anfechtungsberechtigt sei, lässt sich gegen die Abdingbarkeit der §§ 2078 ff. BGB nicht anführen. Denn der Erblasser benötigt für die Entscheidung, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sein sollen, keine Anfechtungsberechtigung. Der Erblasser „verfügt“ nicht über ein bereits existierendes Anfechtungsrecht des nach § 2080 BGB Anfechtungsberechtigten, sondern er verhindert, dass dieses Anfechtungsrecht überhaupt erst entsteht. Vor dem Erbfall hat derjenige, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar

zustatten kommen würde, überhaupt keine Rechtsposition inne, die ihm die Rechtsmacht verleihen könnte, den Erblasser zu ermächtigen.

Der Gesetzessystematik lässt sich entnehmen, dass die §§ 2078 ff. BGB abdingbar sein müssen. Ansonsten könnte nämlich die fehlende Anfechtungsberechtigung des Dritten (§ 2080 BGB) nach einer Bestätigung von anfechtbaren vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügungen durch den Erblasser nicht erklärt werden. Denn das Anfechtungsrecht des Dritten erlischt weder nach den §§ 2284, 144 Abs. 1 BGB noch nach § 2285 BGB. Die Anfechtung ist allein deswegen ausgeschlossen, weil die Erklärung des Erblassers nicht nur bewirkt, dass dessen Anfechtungsrecht nach den §§ 2284, 144 Abs. 1 BGB untergeht, sondern auch die Unanwendbarkeit der §§ 2078 ff. BGB herbeiführt, so dass das Anfechtungsrecht des Dritten erst gar nicht entstehen kann.

Auch spricht für die Abdingbarkeit der Sinn und Zweck der §§ 2078 ff. BGB. Die §§ 2078 ff. BGB dienen nicht dem Schutz desjenigen, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen

würde, sondern der Willensfreiheit des Erblassers. Leipold²³⁹ und Loritz²⁴⁰ weisen zwar darauf hin, dass die Regelungen zur Testamentsanfechtung erhebliche Besonderheiten aufweisen. Die allgemeinen Regelungen (§§ 119 ff. BGB) gestatteten dem Erklärenden, sich von der bindenden Wirkung der Willenserklärung zu befreien, wodurch der Erklärende die Gestaltungsfreiheit wiedererlange. Im Gegensatz dazu erfolge die Testamentsanfechtung nicht durch den Erblasser und führe nicht zu einer Wiedergewinnung der Testierfreiheit. Jedoch lässt sich daraus nicht die Schlussfolgerung ableiten, die §§ 2078 ff. BGB dienten „primär“²⁴¹ oder „in erster Linie“²⁴² dem Schutz der Interessen des Anfechtungsberechtigten. Denn die Anfechtung dient der Beseitigung eines Willensmangels des Erblassers, also dessen Willensfreiheit. Auch aus § 2080 Abs.1 BGB („unmittelbar“) folgt nichts anderes. Nach Ansicht der 1.

²³⁹ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 1

²⁴⁰ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/ 2003, § 2078 BGB, Rn. 1

²⁴¹ K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/ 2003, § 2078 BGB, Rn. 1

²⁴² D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2078 BGB, Rn. 1

BGB-Kommission soll § 2080 BGB nur das Problem lösen, dass der Erblasser in dem Zeitpunkt, in dem die Wirkungen der Verfügung eintreten, nicht mehr lebt und die Verfügung nicht mehr anfechten kann.²⁴³ Des Weiteren war ein Übergang des Widerrufsrechts des Erblassers im Wege der Rechtsnachfolge für die 1. BGB-Kommission nicht denkbar, weil gerade dieser durch die Anfechtbarkeit in Frage gestellt werde.²⁴⁴ Im Übrigen wäre durch die Anfechtungsberechtigung des testamentarischen Erben die Willensfreiheit des Erblassers gefährdet gewesen, da der Bedachte aufgrund der wirtschaftlichen Nachteile (§ 142 Abs. 1 BGB) nie seine Erbeinsetzung angefochten hätte.

bb) Widerruflichkeit der Erklärung

Die Erklärung, dass die auf einem Inhalts- oder Motivirrtum, einem frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen Drohung beruhende letztwillige Verfügung gelten soll, kann der Erblasser jederzeit widerrufen. Nach einem Widerruf der Entscheidung

²⁴³ Mugdan V, S. 30

²⁴⁴ Mugdan V, S. 30

durch den Erblasser kann das Anfechtungsrecht desjenigen, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, wieder ungehindert entstehen. Es entscheidet deswegen die letzte Willenserklärung des Erblassers darüber, ob die §§ 2078 ff. BGB anwendbar oder unanwendbar sind.

Während für den Verzicht charakteristisch ist, dass das entstandene Recht unwiderruflich erlischt, wird durch die Entscheidung des Erblassers, dass der in Geltung gesetzte Rechtserfolg Bestand haben soll, nur die Entstehung eines Anfechtungsrechts verhindert. Die tatsächlichen Voraussetzungen verlieren durch die Erklärung des Erblassers nur ihre rechtliche Relevanz, was jedoch nichts an deren Existenz ändert. Durch den Widerruf der Erklärung erlangt der Tatbestand nach dem Tod des Erblassers durch die Anwendbarkeit der §§ 2078 ff. BGB wieder eine rechtliche Bedeutung, so dass das Anfechtungsrecht des nach § 2080 BGB Anfechtungsberechtigten unmittelbar mit dem Tod des Erblassers entstehen kann.

Für den Erben hingegen sind die Willenserklärung des Erblassers und deren Widerruf verbindlich. Denn die Erklärungen, dass die fehlerhafte letztwillige Verfügung gelten oder nicht gelten soll, sind höchstpersönliche Entscheidungen. Entscheidet sich der Erblasser dafür, dass die auf einem Inhalts- oder Motivirrtum, einem frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen Drohung beruhende letztwillige Verfügung gelten soll, möchte er die einseitige Verfügung von Todes wegen gerade nicht widerrufen, d.h. weder aufheben noch eine neue letztwillige Verfügung mit einem anderen Inhalt errichten. Die Entscheidung des Erblassers ist die Kehrseite dieser höchstpersönlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Sowohl die Befugnis, eine einseitige Verfügung von Todes wegen zu errichten, als auch das Widerrufsrecht sind höchstpersönlicher²⁴⁵ Natur. Folglich ist auch die Entscheidung des Erblassers, dass die letztwillige Verfügung Bestand haben soll, eine höchstpersönliche – für den Rechtsnachfolger verbindliche – Entscheidung. Der Widerruf der Entscheidung, dass der in Geltung gesetzte Rechtserfolg

²⁴⁵ J. D. Harke, Testamentsanfechtung durch den Erblasser?, S. 181

Bestand haben soll, teilt die Rechtsnatur der positiven Erklärung und ist daher ebenfalls eine höchstpersönliche Willenserklärung.

cc) Voraussetzungen der Erklärung

Der Erblasser muss bewusst oder willentlich die Erklärung initiieren, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll. Da jedoch ein rein innerer Wille keine Rechtsfolgen auslösen kann, ist auch ein äußeres Erklärungszeichen nötig.²⁴⁶ Dafür genügt ein Unterlassen. Zwar wird von Fabricius, Bickel und Hanau²⁴⁷ bezweifelt, dass ein schlichtes Unterlassen ein für eine Willenserklärung ausreichendes äußeres Erklärungszeichen ist. Denn derjenige, der schweige,

²⁴⁶ H. Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rn. 83; I. Scherer, Die Auslegung von Willenserklärungen, S. 303, 305; G. Krüger-Nieland, in: RGKR Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., 1982, Vor § 116 BGB, Rn. 28; C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 31; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 65

²⁴⁷ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241 f.; F. Fabricius, Stillschweigen als Willenserklärung, S. 11; D. Bickel, Rechtsgeschäftliche Erklärungen durch Schweigen?, S. 610, 611

erkläre doch nichts!²⁴⁸ Das Schweigen könne kein klarer Ausdruck eines rechtsgeschäftlichen Willens sein, wie es bei einer ausdrücklichen Erklärung gegeben sei.²⁴⁹ Worte hätten die Bedeutung, die man sich zu Eigen machen könne, indem man sie ausspreche. Das Schweigen enthalte dagegen keine Aussage. Es könne nur versucht werden, aus der Gesamtheit der Umstände die Motive des Schweigenden zu klären, was jedoch nur zu einem wahrscheinlichen oder möglichen Ergebnis führen könne.²⁵⁰ Es bestehe bei einem Unterlassen daher stets die Möglichkeit, dass das Unterlassen auf Nachlässigkeit beruhe, weshalb nie sicher ein rechtsgeschäftlicher Wille angenommen werden könne.²⁵¹ Diese Unsicherheitsfaktoren gebe es bei ausdrücklichen Willenserklärungen nicht.²⁵² Durch ein schlichtes Untätigsein könne die angestrebte Rechtswirkung

²⁴⁸ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241 f.; D. Bickel, Rechtsgeschäftliche Erklärungen durch Schweigen?, S. 610

²⁴⁹ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241

²⁵⁰ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241 f.

²⁵¹ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241

²⁵² P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 241

folglich nicht exakt bezeichnet werden.²⁵³ Nach der Ansicht von Hanau gibt es jedoch einige Fälle, in denen überwiegende Gründe dafür sprächen, eine Erklärungswirkung anzunehmen, obwohl wegen des Unterlassens eine deutliche Erklärungshandlung fehle.²⁵⁴

In diesen Fällen trete an die Stelle des erklärten Willens die Obliegenheit zur Erklärung, deren Verletzung dann die Erklärungswirkung als Sanktion nach sich ziehe.²⁵⁵

Dagegen ist nach mittlerweile nahezu einhelliger Meinung ein schlichtes Unterlassen ein ausreichendes äußeres Erklärungszeichen.²⁵⁶ Nur sei bei der Interpretation des Unterlassens stets besondere Vorsicht geboten, da wegen der latenten Mehrdeutigkeit des Schweigens die Gefahr von Fehldeutungen besonders groß sei.²⁵⁷

In der Tat halten die Auffassungen von Hanau, Fabricius und Bickel einer Überprüfung nicht Stand. Nach dem

²⁵³ D. Bickel, Rechtsgeschäftliche Erklärungen durch Schweigen?, S. 610

²⁵⁴ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 242

²⁵⁵ P. Hanau, Objektive Elemente der Willenserklärung, S. 242

²⁵⁶ BGHZ 1, 353 ff. (353, 355)

²⁵⁷ BGHZ 1, 353 ff. (353, 355); R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, Vorbemerkung zu §§ 116 – 144 BGB, Rn. 60

Bürgerlichen Gesetzbuch besteht die Freiheit der Wahl des Erklärungsmittels. Es ist für eine Willenserklärung lediglich eine „Erklärung“ erforderlich. Dem Gesetz sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass nur ein aktives Tun ein äußeres Erklärungszeichen sein kann. Aus den Umständen des Einzelfalls kann sich durchaus ergeben, dass das Unterlassen „beredet“ ist. Im Wege der Auslegung kann also mit der erforderlichen Gewissheit auf einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden. Es ist allein eine Frage des Einzelfalls, ob die Anhaltspunkte für die notwendige Gewissheit des Auslegungsergebnisses ausreichen. Auch den Ausführungen der 2. BGB-Kommission zur Ablehnung des E I § 1786 lässt sich entnehmen, dass deren Mitglieder eine Bestätigung durch Unterlassen nicht ablehnten, weil es an einem äußeren Erklärungsverhalten fehlen würde. E I § 1786 sah den Ausschluss der Anfechtbarkeit nach Ablauf eines Jahres ab Kenntniserlangung von dem Anfechtungsgrund vor. Die Aufnahme dieses Entwurfs in das Bürgerliche Gesetzbuch wurde von der 2. BGB-Kommission deswegen nicht befürwortet, weil eine solche Vorschrift

willkürlich sei.²⁵⁸ Aus dem Ablauf eines Jahres könne nicht der Schluss gezogen werden, dass der Erblasser das anfechtbare Rechtsgeschäft habe gelten lassen wollen.²⁵⁹ Möglicherweise habe der Erblasser geglaubt, dass es einer Aufhebung gar nicht bedürfe, weil das Rechtsgeschäft ohnehin nichtig sei.²⁶⁰ Die 2. BGB-Kommission lehnte folglich die Aufnahme des E I § 1786 ins Bürgerliche Gesetzbuch nur ab, weil aus dem Ablauf eines Jahres nicht auf einen Bestätigungswillen geschlossen werden kann, und nicht weil ein konkludentes Unterlassen kein ausreichendes Erklärungszeichen ist. Im Zusammenhang mit der Erörterung der erforderlichen Gewissheit des Auslegungsergebnisses wird jedoch noch zu untersuchen sein, unter welchen Umständen die erforderliche Gewissheit trotz eines Unterlassens angenommen werden kann.

²⁵⁸ Mugdan Prot. V, S. 549

²⁵⁹ Mugdan Prot. V, S. 548 f.

²⁶⁰ Mugdan Prot. V, S. 549

dd) Unanwendbarkeit der §§ 2232, 2247 BGB

Die Erklärung des Erblassers, dass die fehlerhafte letztwillige Verfügung Bestand haben soll, ist nicht formbedürftig. Die §§ 2232, 2247 BGB sind unanwendbar. Nach deren Wortlaut bedürfen nur letztwillige Verfügungen der gesetzlichen Form. Die Erklärung des Erblassers ist jedoch keine einseitige Verfügung von Todes wegen. Sie wirkt sich weder auf den Erklärungsinhalt der letztwilligen Verfügung aus noch ist sie eine Neuvornahme des Rechtsgeschäfts. Sie verhindert nur, dass das Anfechtungsrecht des Anfechtungsberechtigten entsteht.

Des Weiteren lässt sich die Gesetzessystematik gegen ein gesetzliches Formerfordernis anführen. Denn nach Ansicht des BayObLG²⁶¹ und eines Großteils der Rechtslehre²⁶² ist die Erklärung des Erblassers, die

²⁶¹ BayObLGZ 1954, S. 71 ff. (77)

²⁶² R. Kanzleiter, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 1998, § 2284 BGB, Rn. 6; H.-J. Musielak, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2284 BGB, Rn. 5; M. Wolf, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002, § 2284 BGB, Rn. 2; W. Kregel, in: RGKR Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1975, § 2284 BGB, Rn. 1; K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todeswegen, S.

anfechtbare wechselbezügliche oder vertragsmäßige Verfügung möge gelten, ebenfalls nicht formbedürftig. Diese Willenserklärung erzeugt nicht nur nach den §§ 2284, 144 Abs. 1 BGB ein Erlöschen des Anfechtungsrechts des Erblassers, sondern bewirkt auch, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sind und das Anfechtungsrecht des Dritten nicht entstehen kann. Die Ablehnung eines Formerfordernisses wird damit begründet, dass auch durch das formlose Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist derselbe rechtliche Erfolg herbeigeführt werden kann.²⁶³ Dagegen meint zwar Bengel²⁶⁴, dass die Bestätigung der notariellen Form bedürfe. Es sei methodisch verfehlt, aus der Wirkung einer gesetzlichen Ausschlussfrist Rückschlüsse auf die Form von Willenserklärungen zu ziehen. Zudem sei für eine wirksame Anfechtungserklärung einer vertragsmäßigen Verfügung nach § 2282 Abs. 3 BGB im Unterschied zur Anfechtung nach § 143 Abs. 1 BGB die Wahrung der notariellen

164

²⁶³ BayObLGZ 1954, S. 71 ff. (77); K. Ischinger, Die Bestätigung anfechtbarer Verfügungen von Todeswegen, S. 164

²⁶⁴ M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 136 f.

Form nötig. Deswegen sei es auch sehr zweifelhaft, zur Begründung auf § 144 Abs. 2 BGB zu verweisen.²⁶⁵ Schließlich würde eine formlos wirksame Bestätigung dem Prinzip der Formstrenge widersprechen.²⁶⁶ Jede Loslösung von einer bindenden Verfügung, gleich ob aufgrund vorbehaltenen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts (§ 2295 BGB), durch Vereinbarung (§ 2290 BGB), durch Testament (§ 2291 f. BGB) oder durch Anfechtung (§ 2282 Abs. 2 BGB), sei formbedürftig. Allerdings ist die Argumentation von Bengel nicht überzeugend. Entgegen dessen Ansicht²⁶⁷ lässt sich der Entstehungsgeschichte des § 2284 BGB eine nachvollziehbare Begründung für das fehlende Formerfordernis entnehmen. Aus den Motiven²⁶⁸ ergibt sich, dass die Erklärung zur Beseitigung des Anfechtungsrechts keine Wiederholung des Rechtsgeschäfts, sondern eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit ist, die ein gegen den

²⁶⁵ M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 136

²⁶⁶ M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 137

²⁶⁷ M. Bengel, Zum Verzicht des Erblassers auf Anfechtung, S. 136

²⁶⁸ Mugdan Mot. V, S. 171

Fortbestand des Rechtsgeschäfts gerichtetes Recht beseitigt. Zudem ist zwar eine Loslösung von dem Erbvertrag oder dem gemeinschaftlichen Testament stets formbedürftig. Jedoch bewirkt die Erklärung des Erblassers keine Aufhebung der vertragsmäßigen oder wechselbezüglichen Verfügung, sondern verhindert deren Erlöschen nach § 142 Abs. 1 BGB. Schließlich ist zwar richtig, dass § 2282 Abs. 3 BGB die Formbedürftigkeit der Anfechtungserklärung des Erblassers anordnet. Allerdings gilt diese Vorschrift nicht für die Anfechtungserklärung des nach § 2080 BGB Anfechtungsberechtigten. Diese ist formlos wirksam.

Es ist daher festzuhalten, dass die §§ 2232, 2247 BGB auf die Erklärung des Erblassers, die fehlerhafte letztwillige Verfügung möge gelten, nicht anwendbar sind, also die Willenserklärung formlos wirksam ist.

ee) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, aus denen sich die Entscheidung des Erblassers ergibt, dass die auf einem Inhalts- oder Motivirrtum, einem frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen

Drohung beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll, obliegt im Zivilprozess wie bei der Bestätigung²⁶⁹ dem Bedachten. Für ihn ist es rechtlich vorteilhaft, wenn das Anfechtungsrecht desjenigen, welchem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, nicht entsteht. Der Begünstigte muss folglich die Tatsachen darlegen und Beweis für diese antreten, aus denen sich die bewusste oder willentliche Entscheidung des Erblassers ergeben soll. Ergibt die Würdigung der auslegungsrelevanten Umstände, dass der Erblasser es bei der Verfügung von Todes wegen belassen wollte, muss der Anfechtungsberechtigte die Tatsachen darlegen und unter Beweis stellen, aus denen sich Anhaltspunkte für einen Widerruf der Entscheidung ergeben sollen.

Sind dem Sach- und Streitstand Tatsachen für eine Entscheidung oder einen Widerruf derselben zu entnehmen, so müssen sie aufgrund der überragenden Bedeutung des Erblasserwillens im Erbrecht von Amts wegen berücksichtigt werden.

²⁶⁹ H. Roth, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 144 BGB, Rn. 17; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 144 BGB, Rn. 7

d) Zusammenfassung

Eine Bestätigung letztwilliger Verfügungen nach § 144 BGB ist nicht möglich, da sich die charakteristischen Merkmale einer Bestätigung mit den Vorschriften zu den letztwilligen Verfügungen nicht in Einklang bringen lassen. Allerdings kann der Erblasser die §§ 2078 ff. BGB abbedingen. Die Entscheidung des Erblassers, dass die auf einem Inhalts- oder Motivirrtum, einem frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen Drohung beruhende letztwillige Verfügung Bestand haben soll, bewirkt folglich, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sind. Lediglich § 2078 Abs. 2 BGB ist für den Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung insoweit zwingend, als die Vorschrift die Anfechtung wegen einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung gestattet. Erklärt der Erblasser jedoch erst, nachdem er von der arglistigen Täuschung Kenntnis erlangt hat oder die durch die widerrechtliche Drohung erzeugte Zwangslage entfallen ist, dass die auf einer arglistigen Täuschung oder widerrechtlichen Drohung beruhende einseitige Verfügung von Todes wegen gelten soll, ist § 2078 Abs. 2 BGB insgesamt

abdingbar. Denn in diesem Zeitpunkt ist auch die Bestätigung eines wegen einer arglistigen Täuschung oder einer widerrechtlichen Drohung anfechtbaren Rechtsgeschäfts möglich (§§ 144, 123 BGB).

Die Erklärung, dass der in Geltung gesetzte Rechtserfolg Bestand haben soll, muss der Erblasser bewusst oder willentlich initiieren. Sie ist nicht formbedürftig, da die §§ 2232, 2247 BGB unanwendbar sind. Nach deren Wortlaut bedürfen nur letztwillige Verfügungen der gesetzlichen Form. Die Erklärung des Erblassers ist jedoch keine einseitige Verfügung von Todes wegen, da sie sich weder auf den Erklärungsinhalt auswirkt noch eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts ist. Sie verhindert nur, dass das Anfechtungsrecht des Anfechtungsberechtigten entsteht.

Der Erblasser kann seine Willenserklärung, dass die fehlerhafte letztwillige Verfügung gelten soll, jederzeit widerrufen, worin ein wesentlicher Unterschied zur unwiderruflichen Bestätigung nach § 144 Abs. 1 BGB liegt. Nach dem Widerruf der Entscheidung sind die §§ 2078 ff. BGB wieder anwendbar, so dass das Anfechtungsrecht desjenigen, welchem die Aufhebung

der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, ungehindert entstehen kann.

2.) Widerruf der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung entwickelten letztwilligen Verfügungen

Lässt sich der „wirkliche Wille“ (§ 133 BGB) des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ermitteln, so ist fraglich, ob die auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung gilt, wenn der Erblasser nach der Testamentserrichtung aufgrund eines Willenswandels erklärt, dass seine fehlerhafte letztwillige Verfügung Bestand haben soll.

a) Rechtlich maßgeblicher Zeitpunkt bei der Testamentsauslegung

Wäre der Erbfall der rechtlich maßgebliche Zeitpunkt, um den Sinn der letztwilligen Verfügung zu bestimmen, so könnte der auf einem Willenswandel beruhende Wunsch des Erblassers bei der Auslegung nach § 133 BGB berücksichtigt werden. Es wäre dann die auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung rechtlich maßgeblich und nicht der

wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.

aa) Meinungsstand

Nach Ansicht sämtlicher Gerichte und eines Großteils der Rechtslehre ist sowohl für die erläuternde²⁷⁰ als auch für die ergänzende²⁷¹ Testamentsauslegung die

²⁷⁰ BGH FamRZ 1962, S. 256 ff. (257); BGH NJW 1970 S. 758 f. (758); BayObLG FamRZ 1998, S. 1262 ff. (1264); BayObLG FamRZ 1997, S. 1365 ff. (1367); BayObLG FamRZ 1995, S. 1446 f. (1446); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung § 2064 – 2086 BGB, Rn. 76 ff.; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 23; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 133 BGB, Rn. 5; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 33; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 7; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 145; so auch B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 68; C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 160

²⁷¹ RGZ 99, 82 ff. (85); RGZ 134, 277 ff. (280); AG Spandau FamRZ 2004, S. 570 f. (571); BGH FamRZ 1962, S. 256 ff. (257); BayObLG FamRZ 1998, S. 1262 ff. (1264); BayObLG FamRZ 1997, S. 1509 ff. (1511); BayObLG FamRZ 1995, S. 1446 f. (1446); BayObLG NJW 1988, 2744 f. (2744); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbe-

Testamentserrichtung der entscheidende Zeitpunkt. Es könnten deswegen bei der Testamentsauslegung von denjenigen Umständen, die sich nach der Testamentserrichtung ereigneten, nur diejenigen berücksichtigt werden, die Rückschlüsse auf den Erblasserwillen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zuließen.²⁷²

merkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 93 f.; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 77, 86; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 33, 40; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 133 BGB, Rn. 5; H. Brox, Erbrecht, Rn. 203, der die durch den eingetretenen Umstand „hervorgerufene Willensänderung in den Erblasserwillen hineinprojizieren will, der im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestand“; U. von Lübtow, Erbrecht 1. Halbband, S. 293; W. Schlüter, Erbrecht, Rn. 193; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 145; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 788 ff.; Offengelassen von W. Flume, Testamentsauslegung bei Falschbezeichnung, S. 2011

272

G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 78; R. Singer, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bearbeitung 2004, § 133 BGB, Rn. 8; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 28; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 28; K. H. Johansen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 22; G. Krüger-Nieland/ H. Zöller, in: RGKR Das Bürgerliche

Der Gesetzgeber habe sich bewusst für die Formbedürftigkeit des Widerrufs (§§ 2255, 2254, 2232, 2247 BGB) entschieden.²⁷³ Auch würde der Sinn und Zweck dieser Formvorschriften durch die Zulassung formloser Änderungen missachtet.²⁷⁴ Der bewussten Verwendung mehrdeutiger Ausdrücke würde als Blankett für spätere formlose Verfügungen Vorschub geleistet, wodurch eine gänzliche Verunsicherung der Praxis eintreten würde. Es wäre gegenüber jedem im Zeitpunkt der Testamentserrichtung existenten und nachgewiesenen Erblasserwillen die Behauptung eines später geänderten Willens erheblich. Zudem seien oft der Zeitpunkt, die Ernstlichkeit und die Endgültigkeit der Äußerung

²⁷³

Gesetzbuch, 12. Aufl., 1982, § 133 BGB, Rn. 22
G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung § 2064 – 2086 BGB, Rn. 77; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 23; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 33; H. Brox, Erbrecht, Rn. 203; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 145; C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 160

²⁷⁴

G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung § 2064 – 2086 BGB, Rn. 77; C. Stumpf, Erläuternde und ergänzende Testamentsauslegung, S. 160 f.

zweifelhaft.²⁷⁵ Darüber hinaus könnten vermeintlich Berechtigte versuchen, durch „geeignete“ Zeugen das Ergebnis der Testamentsauslegung zu beeinflussen.²⁷⁶ Außerdem könne sich der Wille des Erblassers bis zum Erbfall jederzeit wandeln.²⁷⁷ Schließlich bestehe im Zeitpunkt des Erbfalls immer die Gefahr der Testierunfähigkeit.²⁷⁸

Foer²⁷⁹ vertritt grundsätzlich dieselbe Ansicht. Allerdings meint er, zur Entkräftung gesetzlicher Auslegungsregeln einen nachträglich geänderten Willen berücksichtigen zu können.²⁸⁰ Denn ein realer Wille sei im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zur Widerlegung der gesetzlichen Auslegungs- und Ergänzungsregeln nicht vorhanden, da

²⁷⁵ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 94; K. Kuchinke, Erbrecht, S. 789; K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 359

²⁷⁶ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 80

²⁷⁷ K. Kuchinke, Erbrecht, S. 789

²⁷⁸ K. Kuchinke, Erbrecht, S. 790

²⁷⁹ H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 499, 507

²⁸⁰ H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 497, 507

sich die Verhältnisse erst später veränderten.²⁸¹ Gegen diese Ansicht könne nicht eingewendet werden, dass der Erblasser seinen Willen möglicherweise nochmals für Dritte unerkannt geändert habe.²⁸² Eine Rechtsfolge werde nur von bekannten Umständen ausgelöst, da stets ein Erklärungszeichen erforderlich sei.

Lange²⁸³, Keuk²⁸⁴, Sonnenschein²⁸⁵ und Kuchinke²⁸⁶ plädieren hingegen bei der ergänzenden Testamentsauslegung für den Erbfall als rechtlich maßgeblichen Zeitpunkt. Lange befürwortet dies auch für

²⁸¹ H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 505 f., 516, 520, 521

²⁸² H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 515

²⁸³ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 11, 13; H. Lange, 1. Denkschrift des Erbrechtausschusses, S. 108, 110;

²⁸⁴ B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 72 „Aber auch wenn der anlässlich der Veränderung der Wirklichkeit gebildete Wille durch einen späteren überholt wird, so ist die Ergänzung an diesem späteren zu orientieren.“, 72 f. „Der später Wille des ist bei der Ergänzung der Verfügung auch dann zu berücksichtigen, wenn vom Zeitpunkt der Testamentserrichtung aus gesehen nicht erwartet werden konnte, dass der Testator anlässlich des späteren Ereignisses einen derartigen Willen bilden würde.“

²⁸⁵ J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 21, 86

²⁸⁶ K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 363, 366

die erläuternde Testamentsauslegung.²⁸⁷ Jedoch soll die Ansicht nicht ausnahmslos gelten. Denn der nachträglich geänderte Wille könne wegen der Formvorschriften nur dann berücksichtigt werden, wenn er in der Testamentsurkunde angedeutet sei, da sich die Testamentsauslegung nicht völlig von der Testamentsurkunde lösen und erst recht nicht zu dieser in Widerspruch treten dürfe.²⁸⁸ Deswegen dürfe z.B. eine nachträgliche Willensänderung nicht zur Aufhebung einer letztwilligen Verfügung führen.²⁸⁹ Zusätzlich meint Kuchinke²⁹⁰, eine Berücksichtigung eines späteren Willenswandels sei nur dann möglich, wenn der Erblasser seinen späteren Willen kundgetan habe. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass dem Erblasser ein

²⁸⁷ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 11, 13; H. Lange, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses, S. 108, 110

²⁸⁸ H. Lange, 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses, S. 109; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 83 f., 85; J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 91 f.; K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 365 f.

²⁸⁹ B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 86

²⁹⁰ K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 365, 366

Wille untergeschoben werde, der seinen Vorstellungen nicht entspreche.²⁹¹

Vom Standpunkt des Willensdogmas, also der Erforschung und Berücksichtigung des wahren Willens des Erblassers, sei nicht zweifelhaft, dass der letzte Wille des Erblassers den Vorzug verdiene.²⁹² Auch sei ein Zurückgreifen auf den Willen des Erklärenden im Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäfts zwar bei Rechtsgeschäften unter Lebenden unentbehrlich, um den Erklärenden gegen seinen späteren Willen im Interesse seines Vertragspartners zu binden. Bei letztwilligen Verfügungen sei allerdings keine Rücksichtnahme gegenüber anderen geboten.²⁹³ Im Gegensatz zu Rechtsgeschäften unter Lebenden bestehe bei letztwilligen Verfügungen auch die Besonderheit, dass zwischen der Errichtung und der Abwicklung meist eine erhebliche Zeitspanne liege, während der sich die Verhältnisse und die Einstellungen des Erblassers

²⁹¹ K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 365

²⁹² H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 11, 14

²⁹³ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 13

wandeln könnten.²⁹⁴ Des Weiteren lasse sich die Ansicht mit der Gesetzssystematik stützen. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts sei nicht der Zeitpunkt der Errichtung, sondern der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Rechtsgeschäfts entscheidend.²⁹⁵ Zudem sei der hypothetische Wille des Erblassers eine reine Fiktion.²⁹⁶ Dieser sei daher nur dann maßgeblich, wenn der Erblasser sich zu den Veränderungen nicht geäußert habe.²⁹⁷ Darüber hinaus gewährleiste die

²⁹⁴ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 11

²⁹⁵ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 19

²⁹⁶ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 20; J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 83 f.; K. Larenz, Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 103 der meint, das Operieren mit dem „hypothetischen Parteiwillen“ laufe stets auf eine Fiktion hinaus; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 67; A.A.: G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 82 kritisiert diese Ansicht und verweist auf eine in der analytischen Philosophie vertretenen Lehre, nach der geistige Vorgänge oder Zustände als Dispositionsbegriffe zu verstehen seien. Dispositionsbegriffe würden beinhalten, dass sich eine Person unter bestimmten Voraussetzungen in einer bestimmten Weise verhalte. Der irrealen hypothetischen Wille sei eine solche Disposition.

²⁹⁷ H. Lange, Die Verwirklichung des wahren letzten Willens des Erblassers, S. 13; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 67 ff.

Berücksichtigung eines nachträglich erklärten Willens, dass die Ergänzung des Testaments im Sinne des Erblassers liege.²⁹⁸ Außerdem lasse sich eine spätere Stellungnahme sicher ermitteln.²⁹⁹ Wenn sich ein Willenswandel des Erblassers bislang nicht aus den Entscheidungen der Gerichte ergebe, so liege das daran, dass ein solcher von den Gerichten bislang nicht festgestellt werde. Auch ließen einige gesetzliche Auslegungsregeln (§ 2169 BGB, § 2077 BGB) den formlosen Widerruf einer testamentarischen Verfügung zu.³⁰⁰ Schließlich könne auf die Beachtung des § 2254 BGB verzichtet werden, wenn man sich auf den Sinn und Zweck der Formvorschriften besinne.³⁰¹ Von den verschiedenen Formzwecken stehe die Klarstellungs- und Beweisfunktion im Vordergrund.³⁰² Diese sei gewahrt, wenn der nachträglich geänderte Wille des Erblassers mit dem Testamentswortlaut übereinstimme. Ansonsten

²⁹⁸ B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 69, 88

²⁹⁹ B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 69 f.

³⁰⁰ B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 42 ff., 53 f.

³⁰¹ J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 88

³⁰² J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 88

würden die Formvorschriften zum Selbstzweck.³⁰³ Es sei zwar richtig, dass zu den vorhandenen Beweisschwierigkeiten weitere hinzukämen, wenn man einen Anschauungswandel des Erblassers berücksichtige.³⁰⁴ Allerdings liege es nicht im Wesen der Beweisfunktion, unter Ausschluss sämtlicher anderer Beweismöglichkeiten für eine Verfügung des Erblassers Beweis zu erbringen. Denn es lasse sich zum Beispiel durch Zeugenaussagen auch der Inhalt der Testamentsurkunde eines verschollenen Testaments rekonstruieren oder ein von der objektiven Erklärungsbedeutung abweichender Sinn ermitteln.

bb) Eigene Stellungnahme

Die unterschiedlichen Ansichten führen zwar regelmäßig nicht zu divergierenden Ergebnissen.³⁰⁵ Denn zum einen

³⁰³ J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 89

³⁰⁴ J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 93

³⁰⁵ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 87; B. Keuk, Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments, S. 74; H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 510 f.; J. Sonnenschein, Der maßgebende Zeitpunkt, S. 83

ist nach Ansicht von Lange, Keuk, Sonnenschein und Kuchinke die Berücksichtigung eines nachträglich erklärten Willens ausgeschlossen, wenn dieser dem Inhalt der testamentarischen Verfügung widerspricht. Zum anderen reprojizieren die Gerichte und der Großteil der Rechtslehre spätere Willensäußerungen auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung, wenn sie Rückschlüsse auf den Erklärungssinn in diesem Zeitpunkt zulassen.³⁰⁶ Lässt sich jedoch der „wirkliche Wille“ (§ 133 BGB) im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ermitteln, so kann die davon abweichende – auf einem Willenswandel beruhende – Entscheidung des Erblassers, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende Erklärungsbedeutung Bestand haben soll, nicht reprojiziert werden. Deswegen ist nun zu erörtern, ob der wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder des Erbfalls rechtlich maßgeblich ist.

Für die Testamentserrichtung als entscheidenden Zeitpunkt lässt sich der Wortlaut des § 133 BGB anführen. Nach diesem ist der wirkliche Wille der

³⁰⁶

H. Foer, Die Berücksichtigung des Willens des Testators, S. 511 f.; S. Smid, Probleme bei der Auslegung, S. 288

jeweiligen Willenserklärung („des Ausdrucks“) zu ermitteln. Es kann nicht der Erklärungssinn der einen Verfügung durch die Erklärungsbedeutung einer anderen ausgetauscht werden. Dies wird von Lange, Keuk, Sonnenschein und Kuchinke³⁰⁷ missachtet. Die bewusst oder willentlich initiierte Erklärung, es möge ein anderer Rechtserfolg gelten, als im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gewollt, ist selbst eine Willenserklärung und kann daher nicht den wirklichen Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung verdrängen.

Auch lässt sich § 133 BGB gegen die Ansicht von Kuchinke anführen, dass die Auslegung stets einer nachträglichen Erklärung des Willens bedürfe. § 133 BGB enthält das Gebot zur Auslegung und Korrektur des Testaments, wenn sich der wirkliche Wille des Erblassers ermitteln lässt. Die Auslegung ist nur ausgeschlossen und die gesetzlichen Auslegungs- und Ergänzungsregelungen anzuwenden, wenn der Richter den wirklichen Willen des Erblassers nicht mit der erforderlichen Gewissheit

³⁰⁷

K. Kuchinke, Der Hypothetische Wille, S. 366 „Insofern kommt es auf den letzten Willen an, der jedoch nicht als rechtsgeschäftlicher Wille zu verstehen ist.“

feststellen kann (non-liquet). Des Weiteren setzt nach der Entstehungsgeschichte des § 2084 BGB nur der erklärte Wille, also die Willensrichtung, der Auslegung eine Grenze.

Zudem ist die Testamentsauslegung nach § 133 BGB nicht eine Ergänzung der Erklärung aufgrund gesetzlicher Normen, sondern die Ermittlung der rechtlich maßgeblichen Erklärungsbedeutung. Unter Auslegung ist die Auseinanderlegung, die Entwicklung dessen zu verstehen, was in dem Rechtsgeschäft enthalten, also erklärt ist.³⁰⁸ Deswegen könnte selbst dann, wenn die gesetzlichen Auslegungsregeln die Berücksichtigung eines späteren Willenswandels zuließen, damit nicht die rechtliche Relevanz eines nachträglich geäußerten Willens bei der Testamentsauslegung gerechtfertigt werden.

Auch ist der hypothetische Wille keine Fiktion. In der Motivationspsychologie wird nicht bestritten, dass menschliche Reaktionen prognostiziert werden können.³⁰⁹ Zum einen lassen sich mit Hilfe des

³⁰⁸ K. Larenz, Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 101 f.

³⁰⁹ F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 129

Informationsverarbeitungsansatzes menschliche Reaktionen vorhersagen. Dazu sind bislang eine Vielzahl von Theorien entwickelt worden, die eine Prognose menschlicher Reaktionen gewährleisten sollen, wie zum Beispiel³¹⁰ die Interessentheorie, die Theorie der Motivationalen Orientierung, das Konzept der Selbstwirksamkeit oder die Instrumentalitätstheorie. Besonders interessant ist das erweiterte kognitive Motivationsmodell³¹¹, das sich auf ganz unterschiedliche Lebensbereiche anwenden lässt und auch ein erhebliches Integrationspotential hat, so dass sich in dieses Modell die bereits benannten Einzeltheorien einordnen lassen.³¹² Zum anderen kann auch mit Hilfe des neurophysiologischen Ansatzes eine Willensentscheidung vorhergesagt werden. Es ist folglich nicht richtig, dass der hypothetische Wille eine Fiktion sei. Es lässt sich durchaus prognostizieren, welchen Rechtserfolg der Erblasser bewusst und willentlich initiiert und in Geltung gesetzt hätte, wenn er die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bestehende Sachlage

³¹⁰ F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 137, detailliert S. 129 ff.

³¹¹ Detailliert F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 131 ff.

³¹² F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 137

gekannt oder die zukünftige Entwicklung richtig vorhergesehen hätte. Es besteht lediglich aufgrund der Anreizvielfalt im täglichen Leben und insbesondere bei der Testamentserrichtung eine erhebliche Kluft zwischen Theorie und Praxis, so dass die Feststellung des hypothetischen Willens mit Unsicherheiten behaftet ist. Zur Prognose menschlicher Reaktionen ist ein erheblicher diagnostischer Aufwand erforderlich, der dem Richter obliegt.³¹³ Es müssen empirische Daten über Erwartungen und Anreize, also über die Realisierbarkeit und Wünschbarkeit eines Handlungsziels, erhoben werden. Dies ist äußerst schwierig, da in Alltagssituationen viele verschiedene Anreize wirksam werden und die Auswahl der Zielintentionen beeinflussen.³¹⁴ Auch müssen die einzelnen Anreizkomponenten miteinander kombiniert werden, um die Grundlage für das Verständnis und die Vorhersehbarkeit menschlichen Handelns zu schaffen. Darüber hinaus besteht beim neurophysiologischen Ansatz das Problem, dass sämtliche Vorausbedingungen, also sämtliche neurophysiologische Vorgänge, bekannt

³¹³ F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 136

³¹⁴ F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 128

sein müssten, diese aber trotz einer mittlerweile beträchtlichen Forschung noch weitestgehend unbekannt sind.³¹⁵ Allerdings ändert diese Ungewissheit nichts an der Tatsache, dass der hypothetische Wille theoretisch feststellbar ist. Die Unsicherheit, die mit seiner Ermittlung verbunden ist, hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, als er § 133 BGB ins Bürgerliche Gesetzbuch aufnahm und die Realisierung des wirklichen Willens forderte. Er hat sich bewusst gegen ein Festhalten am Wortsinn entschieden, was zu akzeptieren ist.

Des Weiteren lässt sich der Gesetzessystematik (§ 138 BGB) kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass für die Testamentsauslegung der Wille im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich sein soll. Zum einen ist mittlerweile nach der sehr umstrittenen Ansicht des BGH³¹⁶ auch für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit bei letztwilligen

³¹⁵ Überblick über die Literatur bei J. Eichstaedt, Eine experimentell prüfbare Theorie, S. 22

³¹⁶ BGHZ 20, 71 ff. (73 f.); a.A.: G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 180 ff., der danach differenziert, ob den Wirkungen des Rechtsgeschäfts entscheidende Bedeutung für die Nichtigkeit zukomme (dann Wirksamwerden der Willenserklärung) oder nicht (dann Abgabe der Willenserklärung).

Verfügungen die Vornahme des Rechtsgeschäfts der entscheidende Zeitpunkt. Zum anderen wäre selbst dann, wenn bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Rechtsgeschäfts maßgeblich wäre, dies kein Argument dafür, dass dies auch bei der Testamentsauslegung gelten muss. Denn bei der Frage, ob die Erklärung eine rechtliche Wirkung entfalten kann oder nach § 138 BGB nichtig ist, geht es allein um die Subsumtion des bereits zuvor durch die Auslegung ermittelten Erklärungsinhalts unter die im entscheidenden Zeitpunkt geltenden Vorschriften. An dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, also dem durch Auslegung ermittelten Sinn, ändert die Subsumtion nichts.

Außerdem würde die Berücksichtigung eines späteren Willenswandels des Erblassers der Entstehungsgeschichte der Formvorschriften (§§ 2254 ff. BGB) widersprechen. Die Mitglieder der 1. und 2. BGB-Kommission³¹⁷ haben den Entwurf, der die Formbedürftigkeit des positiven Widerrufs letztwilliger Verfügungen vorsah, gebilligt und sich daher für ein Formgebot ausgesprochen.

³¹⁷ Mugdan Mot. V, S. 157

Schließlich widerspräche es dem Sinn und Zweck der §§ 2255 sowie 2254, 2232, 2247 BGB, wenn man einen formlos wirksamen positiven Widerruf zuließe. Entgegen der Ansicht von Sonnenschein steht nämlich bei den Formvorschriften nicht allein die Klarstellungs- und Beweisfunktion im Vordergrund. Der Erklärende soll durch die Formgebote aufgrund der besonderen Bedeutung des Rechtsgeschäfts auch vor unüberlegten oder übereilten Entscheidungen bewahrt werden (Warnfunktion).³¹⁸ Dieser Zweck würde missachtet, wenn ein formloser positiver Widerruf wirksam wäre. Die psychologischen Erkenntnisse zur Handlungssteuerung offenbaren, dass die §§ 2255 sowie 2254, 2232, 2247 BGB gegen unüberlegt und übereilt gebildete Entscheidungen einen wirksamen Schutz bieten. Denn gerade wenn die Erklärung des Erblassers nicht reiflich überlegt ist, kann die Umsetzung der Entscheidung leicht ins Stocken geraten.³¹⁹ Es wurde

³¹⁸ BGH JZ 1951 S. 591 f. (592); H. Heinrichs, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 125 BGB, Rn. 2

³¹⁹ Ähnlich zum Widerruf letztwilliger Verfügungen nach § 2255 BGB, BGH JZ 1951 S. 591 f. (592) „Während die Widerrufsabsicht schnell und vielleicht unüberlegt gefasst werden kann, zwingt das weitere erforderliche Tätigwerden

bereits darauf hingewiesen, dass sich durch das Bilden von Vorsätzen, also der Umwandlung von geeigneten Situationen und Mittel in Verhaltensausröser, Realisierungsschwierigkeiten überwinden lassen und sich dadurch die Wahrscheinlichkeit der Zielverwirklichung entscheidend erhöht. Ohne Vorsätze ist die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung der Zielintention sehr niedrig (20% - 30%).³²⁰ Bei unüberlegt oder übereilt gebildeten Entscheidungen werden vor dem Überschreiten des Rubikons keine Gelegenheits- oder Durchführungsvorsätze gebildet. Der Erblasser macht sich keine Gedanken darüber, wann er die Erklärung formgerecht errichten möchte und wie er sie formulieren muss, um das von ihm angestrebte Ziel zu erreichen. Zudem ist die Realisierung der Zielintention bei letztwilligen Verfügungen auch insbesondere dadurch gefährdet, dass die Formulierung des letzten Willens emotional äußerst schwierig ist, was sich daran zeigt, dass sich viele Menschen mit der Vermögensnachfolge überhaupt nicht oder nur äußerst ungern beschäftigen.

³²⁰ in aller Regel zu einer reiflicheren Überlegung.“
P. M. Gollwitzer/J. T. Malzacher, Absichten und Vorsätze,
S. 442

Deswegen lässt sich auch die für eine Realisierung der Zielintention erforderliche Willensanstrengung nur schwer aufbringen. Vor solch unüberlegt oder übereilt gebildeten Entscheidungen wäre der Erblasser nicht hinreichend geschützt, wenn dieser den positiven Widerruf nicht formgerecht erklären müsste. Aufgrund dessen lassen sich bei einem formlosen positiven Widerruf die §§ 2255 sowie 2254, 2232, 2247 BGB nicht teleologisch reduzieren. Mit dem Kriterium von Sonnenschein, die spätere Erklärung des Erblassers müsse mit dem Wortlaut der früheren Verfügung übereinstimmen, wird allenfalls die Beweis- und Klarstellungsfunktion gewahrt.

Da bei der Testamentsauslegung folglich die Testamenterrichtung der rechtlich maßgebliche Zeitpunkt ist, kann die auf einem Willenswandel beruhende Erklärung des Erblassers, dass der auf einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum oder einem Motivirrtum bzw. frustrierten Beweggrund beruhende Rechtserfolg Bestand haben soll, bei der Testamentsauslegung nach § 133 BGB nicht berücksichtigt werden.

b) Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten letztwilligen Verfügungen

Die vom Erblasser gewünschte und auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung wäre jedoch der Erklärungsinhalt der letztwilligen Verfügung, wenn die Entscheidung zum einen den negativen Widerruf der durch die Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen enthielte. Infolge dessen würde der wirkliche Wille des Erblassers im Sinne des § 133 BGB und der Widerruf der objektiven Erklärungsbedeutung aufgehoben. Dies hätte nach § 2257 BGB zur Folge, dass die objektive Erklärungsbedeutung wieder wirksam wäre. Zum anderen müsste die Entscheidung des Erblassers bewirken, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar wären. Denn ansonsten wäre die letztwillige Verfügung nach dem Tod des Erblassers wegen eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums oder eines Motivirrtums bzw. frustrierten Beweggrunds anfechtbar. Die Notwendigkeit des Eintritts dieser Rechtsfolgen lässt sich anhand folgenden Beispiels darstellen. Hat der Erblasser bei der

Testamentserrichtung das Ziel verfolgt, seine Tochter finanziell abzusichern, und lässt sich dieses Ziel nur durch die Reduzierung eines Vermächtnisses erreichen, so kann das Vermächtnis zunächst nach § 133 BGB im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung aufgehoben und durch ein vermindertes Vermächtnis ersetzt werden. Trifft der Erblasser anschließend die Entscheidung, das ursprüngliche Vermächtnis möge doch gelten, so lässt sich dieses Ergebnis nur erreichen, wenn das reduzierte Vermächtnis und der Widerruf der objektiven Erklärungsbedeutung widerrufen wird. Denn dadurch ist diese gemäß § 2257 BGB wieder wirksam. Die Erklärung des Erblassers muss darüber hinaus die Rechtsfolge auslösen, dass § 2078 Abs. 2 BGB unanwendbar ist, weil ansonsten der objektive Sinn anfechtbar wäre.

aa) Auslegung der Erklärung des Erblassers

Fraglich ist zunächst, ob sich der Erklärung des Erblassers, dass die objektive Erklärungsbedeutung gelten soll, der beschriebene Sinn nach § 133 BGB entnehmen lässt. Hat der Erblasser im Zeitpunkt der Abgabe seiner auf einem Willenswandel beruhenden

Erklärung Kenntnis von der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen, so lässt sich die Willenserklärung des Erblassers durchaus dahingehend auslegen, dass sie zum einen den Widerruf der durch die Testamentsauslegung entwickelten Verfügung enthält und zum anderen bewirkt, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sind. Denn nach § 133 BGB ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften.

Kennt der Erblasser die Verfügungen jedoch nicht, weil ihm die Möglichkeit der ergänzenden Testamentsauslegung unbekannt ist, so muss die Erklärung des Erblassers durch die ergänzende Auslegung nach § 133 BGB um einen negativen Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen ergänzt werden. Durch die erläuternde Auslegung der Willenserklärung lässt sich dann nämlich nur feststellen, dass der Erblasser die Entstehung des Anfechtungsrechts des Dritten hat verhindern wollen. Die ergänzende Auslegung der Erklärung des Erblassers um einen negativen Widerruf ist nach § 133 BGB zulässig. Die erforderliche

Willensrichtung ergibt sich unzweifelhaft aus der Erklärung des Erblassers. Denn der Erblasser wünscht den Bestand der auf einem Anfechtungsgrund beruhenden objektiven Erklärungsbedeutung. Dieses Ziel des Erblassers lässt sich nur durch einen negativen Widerruf und der Unanwendbarkeit der §§ 2078 ff. BGB verwirklichen. Aufgrund dessen hätte der Erblasser auch einen negativen Widerruf erklärt, wenn er nur gewusst hätte, dass die auf einem Anfechtungsgrund basierende Erklärungsbedeutung aufgehoben und durch den wirklichen Willen i.S.d. § 133 BGB ersetzt worden ist.

bb) Unanwendbarkeit der §§ 2254, 2232, 2247 BGB

Problematisch ist jedoch, ob der negative Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen nicht nach den §§ 2254, 2232, 2247, 125 S. 1 BGB nichtig ist. Ein Indiz gegen die Anwendung der Formvorschriften lässt sich der Entstehungsgeschichte entnehmen. Die Mitglieder der 1. BGB-Kommission³²¹

³²¹

Mugdan Mot. V, S. 157

haben sich zur Formbedürftigkeit des negativen Widerrufs einer letztwilligen Verfügung dahingehend geäußert, dass für den negativen Widerruf die gleichen Anforderungen gelten sollen wie für eine positive Verfügung (Symmetrie- oder Konträraktprinzip). Aufgrund dessen können die Formvorschriften nur dann anwendbar sein, wenn auch die Errichtung der letztwilligen Verfügung formbedürftig ist. Da ein Formgebot für die durch die Testamentsauslegung entwickelten Verfügungen nicht existiert, weil weder der wirkliche Wille noch die Willensrichtung des Erblassers in der Testamentsurkunde angedeutet sein müssen, kann für den Widerruf dieser Verfügungen nichts anderes gelten.

Zudem lässt sich gegen die Formbedürftigkeit des negativen Widerrufs die Gesetzessystematik anführen. Aus dieser ergibt sich der Grundsatz, dass die Aufhebung eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht formbedürftig ist, wenn auch für dessen Errichtung kein Formgebot zu beachten ist. Es existiert nur eine Ausnahme (§ 623 BGB) im Bürgerlichen Gesetzbuch, die jedoch erst durch das Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetz mit Wirkung

zum 01.05.2000 in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist. Diese Spezialvorschrift ändert aufgrund ihrer gesetzssystematischen Stellung im Schuldrecht nichts an dem im Erbrecht geltenden Symmetrie- oder Konträraktprinzip.

Des Weiteren ließe sich zwar ein Widerruf unter Beachtung der Formvorschriften (§§ 2254, 2232, 2247 BGB) sicherlich leichter nachweisen (Beweis- und Klarstellungsfunktion) und es bestünde ein wirksamer Schutz vor Übereilung (Warnfunktion). Allerdings genügen diese Formzwecke nicht, um eine Abweichung von dem Symmetrie- oder Konträraktprinzip zu rechtfertigen, da ansonsten der Gesetzgeber die Formbedürftigkeit für die Aufhebung sämtlicher formlos errichteter Rechtsgeschäfte angeordnet hätte.

Außerdem sollte von einer Ausnahme von dem Symmetrie- oder Konträraktprinzip abgesehen werden, da bei der Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers nach § 133 BGB durch die Berücksichtigung späterer Willensäußerungen die gleichen tatsächlichen Unsicherheiten existieren wie bei der Feststellung des formlos erklärten negativen Widerrufs. Es besteht auch

bei der Testamentsauslegung stets die Gefahr der fehlenden Ernstlichkeit, da der Erblasser möglicherweise andere Personen mit seinen Auskünften nur hat beschwichtigen wollen, um den Familienfrieden oder Freundschaften zu erhalten.³²² Unter Umständen hat der Erblasser nicht den wirklichen Willen, sondern nur Vorüberlegungen geäußert.³²³ Zudem können stets vermeintlich Berechtigte durch „geeignete“ Zeugen versuchen, den Inhalt der letztwilligen Verfügung zu verfälschen.³²⁴ Des Weiteren lässt sich bei mündlichen Äußerungen des Erblassers oft der genaue Inhalt der Äußerung nur schwer ermitteln, wodurch die Feststellung des Erklärungsinhalts der letztwilligen Verfügung nach § 133 BGB mit weiteren Unsicherheiten behaftet ist.³²⁵ Schließlich muss bei der Testamentsauslegung stets untersucht werden, ob der Erblasser sich bei der

³²² BayObLG FamRZ 2003, S. 191 ff. (193); D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 29

³²³ BayObLG ZEV 2001, S. 24 ff. (25)

³²⁴ BayObLG FamRZ 2003, S. 191 ff. (193); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 39 f., 80

³²⁵ BayObLG FamRZ 2003, S. 191 ff. (193); D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 29

Testamentserrichtung auch tatsächlich von den Vorlieben, Wünschen und Werten hat leiten lassen, auf die seine späteren Äußerungen schließen lassen. Denn selbst wenn der Erblasser die Äußerungen ernst gemeint hat, besteht die Möglichkeit, dass die errichtete einseitige Verfügung von Todes wegen nicht auf diesen vermeintlichen Vorlieben, Wünschen und Werten beruht. Nach dem klassischen Modell der Motivationspsychologie resultiert das aktuelle Handlungsziel einer Person allein aus den basalen Motiven (z.B. Stolz oder Gefühl der Stärke). Diese nennt man auch überdauernde oder implizite Motive. Jedoch gibt es inzwischen die fundierte Theorie, dass es neben den basalen Motiven eine zweite motivationale Steuerung gibt, nämlich die Bilder, die eine Person von sich und ihren Vorlieben, Wünschen und Werten hat.³²⁶ Diese Bilder werden als motivationale Selbstbilder oder auch als explizite Motive bezeichnet. Das duale motivationale Steuerungssystem steht mittlerweile auf einer breiten empirischen Basis.³²⁷ Die basalen Motive

³²⁶ F. Rheinberg, *Motivation*, 2004, S. 192

³²⁷ J. C. Brunstein, *Implizite Motive und motivationale Selbstbilder*, S. 81 ff.

und die motivationalen Selbstbilder weichen regelmäßig stark voneinander ab, was sich mit ihrer unterschiedlichen Entstehung und Verankerung erklären lässt.³²⁸ Die basalen Motive haben sich evolutionär herausgebildet und sind bei nahezu jedem Menschen anzutreffen, wenn auch in sehr unterschiedlicher Ausprägung. Befragt man Menschen nach ihren basalen Motiven, also zu den Vorlieben, Wünschen und Wertvorstellungen, so können sie keine zutreffenden Antworten geben, da die basalen Motive das menschliche Verhalten unterhalb der Ebene bewusster Reflexionsprozesse steuern. Die Auskünfte die man erhält, betreffen nicht die basalen Motive, sondern geben lediglich die motivationalen Selbstbilder wieder. In ihnen schlagen sich neben eigenen Wahrnehmungen auch Sozialisationseinflüsse nieder, insbesondere Einschätzungen, Bewertungen, Wünsche wichtiger anderer Personen sowie kulturelle Normen. Die Selbstbilder sind als zweites Steuerungssystem durchaus wichtig, aber von ganz anderer Qualität als die basalen Motive. Letztere sind weniger an der rationalen

³²⁸ F. Rheinberg, *Motivation*, 2004, S. 193 ff.; J. C. Brunstein, *Implizite Motive und motivationale Selbstbilder*, S. 62 ff.

Zielplanung beteiligt, sondern zeigen sich stärker im genussvollen Vollzug bestimmter Aktivitätsformen.³²⁹ Hingegen werden die motivationalen Selbstbilder³³⁰ zum Beispiel dann aktiv, wenn dem Erblasser bewusst ist, dass er aufgrund der sozialen Erwartungen nicht nur vor sich selbst, sondern auch vor anderen begründbar handeln sollte. Sie sind dann nicht irgendwelche belanglosen Gedankenstrukturen, sondern hoch verhaltenswirksame kognitive Schemata. Da die Äußerungen des Erblassers nur Rückschlüsse auf die motivationalen Selbstbilder zulassen, muss stets untersucht werden, ob sich der Erblasser bei der Testamentserrichtung auch von diesen hat leiten lassen. Können die späteren Äußerungen des Erblassers über seine Vorlieben, Wünsche und Wertvorstellungen mit den vom Erblasser getroffenen letztwilligen Verfügungen in Einklang gebracht werden, so beruht die einseitige Verfügung von Todes wegen auf den motivationalen Selbstbildern. Die Willensäußerungen können dann bei der Auslegung berücksichtigt werden. Ist jedoch eine

³²⁹ F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 195

³³⁰ Nähere Informationen bei F. Rheinberg, Motivation, 2004, S. 197 ff.

Divergenz zwischen den Äußerungen und dem Testamentsinhalt feststellbar, so waren die basalen Motive für die letztwillige Verfügung ursächlich. Dann sind die Äußerungen des Erblassers über seine Vorlieben, Wünsche und Werte bei der Testamentsauslegung irrelevant.

Da folglich bei der Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers die gleichen Unsicherheiten bestehen, ist hinsichtlich der Form eine Gleichbehandlung des negativen Widerrufs mit den im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen, die nicht der gesetzlichen Form bedürfen, geboten.

Schließlich ist in denjenigen Fällen, in denen der Erblasser von der ergänzenden Auslegung und damit von der Existenz der durch die Testamentsauslegung entwickelten Verfügungen nichts ahnt, zu beachten, dass der Erblasser weder an einen negativen Widerruf noch an dessen formgerechte Errichtung denkt. Grundsätzlich ändert zwar die Tatsache, dass der Erblasser die für die Aufhebung zu beachtenden Formvorschriften nicht kennt, nichts an der Unwirksamkeit des Widerrufs nach §

125 S. 1 BGB.³³¹ Denn die Formgebote dürfen im Interesse der Rechtssicherheit nicht aus bloßen Billigkeitserwägungen außer Acht gelassen werden. Allerdings muss von diesem Grundsatz abgewichen werden, wenn der Erblasser noch nicht einmal das zu widerrufende Rechtsgeschäft kennt. Die Nichtigkeit des negativen Widerrufs der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung entwickelten Verfügungen nach den §§ 2254, 2247, 2232, 125 S.1 BGB wäre eine unverhältnismäßige Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers.

Als Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass für den negativen Widerruf der durch Auslegung ermittelten Verfügungen ein Formerfordernis nicht existiert und daher der im Wege der Auslegung ermittelte negative Widerruf nicht nach § 125 S. 1 BGB nichtig ist.

c) Widerruf der Erklärung

Die Entscheidung, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung gelten soll,

³³¹ BGH JZ 1951 S. 591 f. (592)

kann der Erblasser jederzeit widerrufen. Nach dem Widerruf der Entscheidung sind die §§ 2078 ff. BGB grundsätzlich wieder anwendbar. Das Anfechtungsrecht des Anfechtungsberechtigten kann dann mit dem Erbfall ungehindert entstehen. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Widerruf der Erklärung auch einen Widerruf des Widerrufs der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen enthält. Ein Widerruf des Widerrufstestaments ist nach § 2253 BGB möglich und bewirkt nach § 2257 BGB, dass der wirkliche Wille wieder gilt. Kennt der Erblasser die Möglichkeit der ergänzenden Testamentsauslegung, so ist der Widerruf des Widerrufs nach § 133 BGB in der bewusst oder willentlich initiierten Erklärung, dass die objektive Erklärungsbedeutung doch nicht gelten soll, enthalten. Dies gilt nur dann nicht, wenn sich ein entgegenstehender Wille des Erblassers ermitteln lässt (§ 2257 BGB). Aufgrund des Symmetrie- oder Konträraktprinzips scheitert dieser formlose Widerruf des negativen Widerrufs nicht an den §§ 2254, 2232, 2247, 125 S. 1 BGB.

Ahnt der Erblasser jedoch von der Möglichkeit der ergänzenden Auslegung nichts, so lässt sich die Erklärung des Erblassers, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende Verfügung doch nicht gelten soll, im Wege der ergänzenden Auslegung um einen Widerruf des Widerrufs mit der Wirkung des § 2257 BGB ergänzen, wenn feststellbar ist, dass der Wille des Erblassers im Zeitpunkt seiner Erklärung dem wirklichen Willen des Erblassers entspricht. Dies lässt sich dann annehmen, wenn der Erblasser beim Widerruf der Erklärung nicht nur die Anfechtbarkeit, also die Nichtigkeit der objektiven Erklärungsbedeutung gewünscht hat, sondern auch die Errichtung einer letztwilligen Verfügung mit dem wirklichen Willen geplant hat.

Wegen der Widerruflichkeit der Willenserklärung kann der Erblasser beliebig oft seine Meinung ändern.

d) Darlegungs- und Beweislast

Lässt sich der „wirkliche Wille“ (§ 133 BGB) des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung feststellen, so obliegt im Zivilprozess der Nachweis der

Erklärung, dass die objektive Erklärungsbedeutung Bestand haben soll, demjenigen, für den der objektive Sinn vorteilhaft ist.

Für den Widerruf der Willenserklärung hat für diejenigen Tatsachen, die die Anwendbarkeit der §§ 2078 ff. BGB auslösen, der Anfechtungsberechtigte die Darlegungs- und Beweislast. Die auslegungsrelevanten Umstände, die für die Annahme eines Widerrufs des Widerrufs der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ermittelten letztwilligen Verfügungen nötig sind, muss derjenige darlegen und beweisen, für den der wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung rechtlich vorteilhaft ist.

e) Zusammenfassung

Für die Testamentsauslegung ist die Testamentserrichtung und nicht der Erbfall der rechtlich maßgebliche Zeitpunkt. Die auf einem Willenswandel beruhende Erklärung, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende objektive Erklärungsbedeutung gelten soll, kann folglich nicht bei der Testamentsauslegung berücksichtigt werden.

Allerdings enthält sie nach § 133 BGB zum einen einen Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen. Infolge des Widerrufs wird der wirkliche Wille des Erblassers im Sinne des § 133 BGB und der Widerruf der objektiven Erklärungsbedeutung widerrufen. Dies hat nach § 2257 BGB zur Folge, dass der objektive Sinn der letztwilligen Verfügung wieder gilt. Zum anderen bewirkt die Erklärung des Erblassers, dass die §§ 2078 ff. BGB unanwendbar sind, also das Anfechtungsrecht nicht entstehen kann.

Der negative Widerruf der durch die ergänzende Testamentsauslegung entwickelten Verfügungen ist nicht nach den §§ 2254, 2247, 2232, 125 S.1 BGB nichtig. Dies lässt sich damit begründen, dass § 2254 BGB auf dem Konträrakt- oder Symmetrieprinzip beruht. Da die Andeutungstheorie abzulehnen ist, also der wirkliche Wille i.S.d. § 133 BGB und die Willensrichtung nicht formbedürftig sind, kann auch für den negativen Widerruf nichts anderes gelten.

Erklärt der Erblasser später aufgrund eines erneuten Willenswandels, dass die objektive Erklärungsbedeutung doch nicht gelten soll, so bewirkt dieser Widerruf der

Willenserklärung grundsätzlich, dass die §§ 2078 ff. BGB wieder anwendbar sind. Das Anfechtungsrecht desjenigen, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommen würde, kann dann ungehindert entstehen. Dies gilt ausnahmsweise jedoch nicht, wenn der Widerruf der Erklärung einen Widerruf des negativen Widerrufs der im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung ermittelten Verfügungen enthält. Dann gilt der wirkliche Wille des Erblassers, den dieser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gehabt hat (§ 2257 BGB).

III. Erforderliche Gewissheit des Auslegungsergebnisses

Fraglich ist, zu welchem Ergebnis die Würdigung der auslegungsrelevanten Umstände gelangen muss, um einen „wirklichen Willen“ des Erblassers i.S.d. § 133 BGB annehmen zu können. Im Gegensatz zur Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB kann man sich nicht mit der Ermittlung einer objektiven Erklärungsbedeutung begnügen, sondern hat den wirklichen Willen des Erblassers festzustellen.

1.) Meinungsstand

Füher wurde in der Literatur zwischen ausdrücklichen und konkludenten Willenserklärungen differenziert. Für ausdrückliche Willenserklärungen wurde verlangt, dass das Auslegungsergebnis sicher³³² oder fast³³³ sicher sein müsse. Für konkludente Willenserklärungen forderten

³³² F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, S. 245; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, S. 337

³³³ R. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, S. 202; ähnlich E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 265

von Savigny³³⁴ und Windscheid³³⁵ ebenfalls ein zwingendes Auslegungsergebnis. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Existenz einer Willenserklärung ohne einen entsprechenden Willen bejaht werde. Dagegen vertraten Zitelmann, Sokolowski, Leonhard und von Thur³³⁶ die Ansicht, dass es bei einem konkludenten Verhalten genüge, wenn die Handlung nach den Regeln des täglichen Lebens als Erklärungsmittel erscheine, es sei denn³³⁷, es existierten ganz besondere Umstände, die eine gegenteilige Annahme rechtfertigten.

Nun begnügen sich die Rechtslehre und die Gerichte bei den nach § 133 BGB auszulegenden Rechtsgeschäften mit einer einzelfallbezogenen Betrachtung. Die

³³⁴ F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 3. Band, S. 245

³³⁵ B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, S. 337

³³⁶ E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 264 ff.; P. Sokolowski, System des Römischen Rechts von Heinrich Dernburg, S. 170 „vielmehr reicht es aus, dass er (der Schluss) empirisch begründet ist, d.h. der Lebenserfahrung entspricht“; R. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen, S. 202 f.; A. v. Thur, Der Allgemeine Teil, S. 406, S. 407

³³⁷ E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 264

Widerrufsabsicht³³⁸ und der Testierwille³³⁹ müssten zweifelsfrei feststehen.

Dies verlangte der BGH³⁴⁰ früher auch für die Ermittlung des Inhalts eines Testaments. Ansonsten sei die vorgeschriebene Form nicht eingehalten. Diese Auffassung hat der BGH³⁴¹ jedoch inzwischen aufgegeben. Der Richter könne sich ausnahmsweise auch mit einem mutmaßlichen Willen begnügen, wenn er sich von dem wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen könne. Diese Änderung der Rechtsprechung ist beim BayObLG³⁴² und den Oberlandesgerichten³⁴³ auf

³³⁸ OLG Hamm NJW-RR 2002, S. 222 f. (223); BGH JZ 1951 S. 591 f. (592); W. Hagena, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2254 BGB, Rn. 4; W. Baumann, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, § 2254 BGB, Rn. 10

³³⁹ BayObLG FamRZ 2003, S. 1786 ff. (1787); BayObLG FamRZ 2001, S. 944 f. (945) „strenge Anforderungen“; BayObLG NJW-RR 1989, S. 1092 f. (1092); OLG Brandenburg FamRZ 1998, S. 985 ff. (986) „strenge Anforderungen“; KG FamRZ 2004, S. 736 ff. (738)

³⁴⁰ BGH WM 1980, S. 1039 f. (1039)

³⁴¹ BGH NJW 1993, S. 256 f. (256); BGHZ 86, 41 ff. (45)

³⁴² BayObLGZ 2001, 127 ff. (130 f.); BayObLG FamRZ 1997, S. 1243 f. (1244)

³⁴³ OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, S. 844 ff. (846); OLG Hamm FamRZ 1987 S. 639 ff. (641); OLG Stuttgart FamRZ 1994 S. 852 f. (853) „Ob ihr wirklicher Wille darüber hinausging, ist nicht mehr feststellbar. Deshalb ist auf ihren

Zustimmung gestoßen. Auch die Rechtslehre³⁴⁴ hat die Änderung der Rechtsprechung gebilligt. Bei der ergänzenden Testamentsauslegung sei dies selbstverständlich, da sich der hypothetische Wille in Ermangelung eines realen Willens nicht zweifelsfrei ermitteln lasse.³⁴⁵ Auch wäre ansonsten das non-liquet der Regelfall.³⁴⁶ Nur wenn der Richter sich noch nicht einmal zu der Annahme eines mutmaßlichen Willens durchringen könne, sei die Verfügung objektiv endgültig unklar und daher unwirksam.³⁴⁷ Zweifelhaft ist jedoch, welches Mindestmaß an Gewissheit nötig ist, um einen

mutmaßlichen Willen abzustellen.“

³⁴⁴ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 130; D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 144

³⁴⁵ OLG Hamm FamRZ 1987, S. 639 ff. (641) „vermutlich gehabt hätte“; BayObLG NJW-RR 2002, S. 367 ff. (370) „vermutlich gehabt hätte“; RGZ 142, 171 ff. (175) „der vermutlich wirklich wäre“; Zustimmend: K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 21; U. von Lübtow, Erbrecht, 1. Halbband, S. 295

³⁴⁶ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 130

³⁴⁷ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 144

mutmaßlichen Willen annehmen zu können. Der BGH³⁴⁸ meint, dass dieser nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen abgelehnt werden dürfe. Das OLG Hamm äußert sich dazu widersprüchlich.³⁴⁹ Das BayObLG ist der Ansicht, dass ein Auslegungsergebnis „überwiegend wahrscheinlich“³⁵⁰ sein müsse. Otte³⁵¹ meint, dass überwiegende Gründe für die Annahme eines Erklärungssinns vorliegen müssten.

Die Erklärung, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung gelten soll, kann nach Ansicht des BayObLG³⁵² dann angenommen werden, wenn der Erblasser das Testament „geflissentlich“ habe

³⁴⁸ BGH NJW 1981 S. 2745 f. (2746) „Daß das Testament von 1965 so widersprüchlich oder unverständlich wäre, dass es ausgeschlossen erschiene, einen vernünftigen Sinn daraus zu gewinnen, was in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen vorkommen kann, hat auch das Berufungsgericht nicht sagen wollen.“

³⁴⁹ OLG Hamm FamRZ 1987 S. 639 ff. (641) Es genüge, dass sich das Auslegungsergebnis als „möglich“ erweise. Die Annahme des mutmaßlichen Willens sei abzulehnen, wenn die Erklärungsbedeutung nicht „besonders nahe“ liege. Nur wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben seien, liege der mutmaßliche Wille „nahe“.

³⁵⁰ BayObLG ZEV 2001, S. 24 ff. (26)

³⁵¹ G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 130

³⁵² BayObLGZ 1980, 42 ff. (50)

weiter bestehen lassen, nachdem er seinen Irrtum erkannt habe. Dann sei feststellbar, dass der Erblasser den Widerruf der einseitigen Verfügung von Todes wegen nicht aus Nachlässigkeit oder Passivität oder aus sonstigen Gründen, sondern bewusst unterlassen habe.³⁵³

³⁵³

BayObLG NJW-RR S. 367 ff. (370)

2.) Eigener Lösungsversuch

Die Auslegung ist zwar eine Aufgabe der Tatsacheninstanz.³⁵⁴ Der Richter hat die einzelnen auslegungsrelevanten Umstände festzustellen, zu würdigen und die Frage zu beantworten, ob der wirkliche Wille des Erblassers festgestellt werden kann. Jedoch ist die erforderliche Gewissheit des Auslegungsergebnisses eine Rechtsfrage, da es nicht um die Gewichtung und Abwägung der auslegungsrelevanten Umstände im Einzelfall geht, sondern um die Definition desjenigen Ergebnisses, zu dem der Richter nach der Würdigung der einzelnen auslegungsrelevanten Umstände gelangen muss, um ein Auslegungsergebnis annehmen zu können. Für die erforderliche Gewissheit des Auslegungsergebnisses könnte § 286 ZPO maßgeblich sein. Nach § 286 ZPO hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung wahr oder unwahr ist. Die herrschende Meinung³⁵⁵ hält für die freie richterliche

³⁵⁴ D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 145

³⁵⁵ L. Rosenberg/ K. H. Schwab/ P. Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 659

Beweiswürdigung i.S.d. § 286 ZPO am Maßstab des Fürwahrhaltens fest, da sich die Gewissheit nicht errechnen lasse, und solche Versuche nur zu einer Scheingenaugigkeit führten. Der Richter müsse sich mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad an Sicherheit begnügen, der Zweifeln Schweigen gebiete, ohne sie völlig auszuschließen.³⁵⁶ Jedoch muss die Auslegung strikt von der Tatsachenfeststellung und dem Beweisverfahren unterschieden werden. Die Vorschrift des § 286 ZPO gilt nur für den Nachweis der einzelnen auslegungsrelevanten Umstände, aber nicht für deren Würdigung, da die Auslegung eine nach bestimmten Regeln vorzunehmende Würdigung der zuvor festgestellten Tatsachen ist.³⁵⁷ Für die Bestimmung der erforderlichen Gewissheit des Auslegungsergebnisses sind deswegen die Wertungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nicht diejenigen der Zivilprozessordnung maßgeblich.

³⁵⁶ L. Rosenberg/ K. H. Schwab/ P. Gottwald, Zivilprozessrecht, S. 659

³⁵⁷ BGH NJW 1987 S. 901 f. (901); G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbemerkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 132; D. Leipold, in: Münchner Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 143

Für die erforderliche Gewissheit lassen sich zwar den Ausführungen der 1. und 2. BGB-Kommission keine Aussagen entnehmen. Jedoch kann nach den gesetzlichen Wertungen eine absolute Gewissheit nicht erforderlich sein. Nach dem Wortlaut des § 133 BGB ist der wirkliche Wille zu ermitteln und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Danach sind diejenigen Vorgänge zu untersuchen, die im Bewusstsein des Handelnden ablaufen und für Dritte nicht wahrnehmbar sind. Damit ist der Feststellung des Auslegungsergebnisses stets eine gewisse Unsicherheit immanent. Des Weiteren ist gemäß § 2084 BGB diejenige Auslegung vorzuziehen, bei der die Verfügung Erfolg haben kann. Eine Wahlmöglichkeit setzt allerdings voraus, dass sich die erforderliche Gewissheit des Auslegungsergebnisses für mehrere Erklärungsbedeutungen bejahen lässt. Eine absolute Sicherheit kann allenfalls für einen Erklärungssinn existieren. Schließlich kann den gesetzlichen Auslegungsvorschriften nicht entnommen werden, dass das Auslegungsergebnis zweifelsfrei festzustehen hat. Zwar sollen diese Vorschriften nur „im Zweifel“ anwendbar sein, allerdings ergibt sich daraus nicht, dass

die Annahme des wirklichen Willens eindeutig sein muss. Denn die Auslegungsvorschriften („im Zweifel“) sind so zu verstehen, dass sie nur anwendbar sind, wenn ein Erklärungssinn nicht angenommen werden kann. Es lässt sich daher festhalten, dass eine absolute Sicherheit für die Annahme eines wirklichen Willens des Erblassers nicht erforderlich ist.

Auch muss die Annahme eines Erklärungssinns nicht nahezu eindeutig sein. Dies lässt sich damit begründen, dass die notarielle Form nach § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB nicht obligatorisch ist. Obwohl auch notarielle Testamente der Auslegung zugänglich sind, weil nicht der Wille des Notars, sondern derjenige des Testierenden entscheidend ist, gewährleisten sie dennoch aufgrund der besonderen Rechtskenntnisse des Notars eine nahezu eindeutige Formulierung des Erblasserwillens. Allerdings gestatten die §§ 2232 S. 1, 2. Alt., 2247 BGB auch dem juristischen Laien, seinen letzten Willen selbst zu formulieren, so dass der Gesetzgeber auf ein nahezu eindeutiges Auslegungsergebnis verzichtete.

Jedoch kann es auch nicht genügen, wenn die Annahme des wirklichen Willens nur der allgemeinen

Lebenserfahrung entspricht.³⁵⁸ Denn nur nach § 157 BGB ist bei der Auslegung die Verkehrssitte und der Grundsatz von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Bei der Auslegung nach § 133 BGB ist hingegen allein der „wirkliche Wille“ des Erklärenden festzustellen. Zudem hat der Gesetzgeber durch eine Vielzahl von gesetzlichen Auslegungs- und Ergänzungsregeln bestimmt, was gelten soll, wenn ein non-liquet existiert. Entgegen der Ansicht der Gerichte³⁵⁹ und der Rechtslehre³⁶⁰ kann bei der

³⁵⁸ J. Mayer, Auslegungsgrundsätze und Urkundsgestaltung im Erbrecht, S. 781 „Die Argumentation mit der allgemeinen Lebenserfahrung vermag m.E. nicht zu überzeugen, denn diese ist oftmals sehr unterschiedlich und sollte nicht überstrapaziert werden, wenngleich dies gerade bei Auslegungsfragen gängige Praxis ist.“

³⁵⁹ RGZ 142, 171 ff. (175); BayObLG ZEV 2001, S. 24 ff. (26); BayObLG NJW 1988, S. 2742 f. (2742); BayObLG NJW 1988, S. 2744 f. (2745)

³⁶⁰ D. Leipold, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2004, § 2084 BGB, Rn. 30, 36, 81, 83; K.-G. Loritz, in: Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 2002/2003, § 2084 BGB, Rn. 39; T. Kipp/ H. Coing, Erbrecht, S. 140, 145; W. Edenhofer, in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Aufl., 2006, § 2084 BGB, Rn. 9; T. Mayer-Maly/ J. Busche, in: Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 2001, § 133 BGB, Rn. 15; M. Schmidt, in: Erman Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., 2000, § 2084 BGB, Rn. 5; K. H. Johannsen, in: RGKR das Bürgerliche Gesetzbuch 12. Aufl., 1974, § 2084 BGB, Rn. 22; G. Otte, in: Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., Bearbeitung 2003, Vorbe-

Testamentsauslegung die allgemeine Lebenserfahrung derzeit noch nicht einmal als ein auslegungsrelevanter Umstand berücksichtigt werden, da bislang keine empirischen Daten erhoben und ausgewertet wurden, die die Annahme einer allgemeinen Lebenserfahrung rechtfertigen könnten. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass die Gerichte³⁶¹ eine gebilligte allgemeine Lebenserfahrung nicht regelmäßig überprüfen, obwohl sie selbst – zum Beispiel bei der Anwendung der §§ 138, 242 BGB – einen Wandel der Sitten und Gewohnheiten berücksichtigen. Solange der empirische Nachweis einer bestimmten allgemeinen Lebenserfahrung nicht erbracht ist, ist der Hinweis, dass das Auslegungsergebnis der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, lediglich eine Floskel.

Als Ergebnis steht daher fest, dass einerseits das Auslegungsergebnis nicht (nahezu) eindeutig sein muss, aber andererseits es den Wertungen des Gesetzgebers widersprechen würde, wenn der Wille des Erklärenden nur der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht.

³⁶¹ merkung zu §§ 2064 – 2086 BGB, Rn. 89
BayObLG ZEV 2001, S. 24 ff. (26); BayObLG NJW 1988,
S. 2744 f. (2745)

Deswegen ist es erforderlich aber auch ausreichend, wenn das Auslegungsergebnis nahe liegt. Dies ist zu bejahen, wenn die auslegungsrelevanten Umstände, die sich für die Annahme einer bestimmten Erklärungsbedeutung anführen lassen, die diesem Ergebnis widersprechenden Umstände deutlich überwiegen. Lässt sich dies für mehrere Erklärungsbedeutungen feststellen, ist diejenige zu wählen, für die sich die wichtigsten Argumente anführen lassen, es sei denn, diese kann keinen Erfolg haben (§ 2084 BGB).

Abschließend soll noch dargestellt werden, wann trotz eines Unterlassens die Erklärungsbedeutung nahe liegend ist, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung gelten soll. Bei der Interpretation eines Unterlassens ist Zurückhaltung geboten, da im Gegensatz zu einem aktiven Tun das Unterlassen nicht stets bewusst oder willentlich initiiert ist, weshalb die Gefahr von Fehldeutungen größer ist als bei einem aktiven Tun. Deswegen ist die Annahme, dass die objektive Erklärungsbedeutung Bestand haben soll, nur

dann nahe liegend, wenn sich die Gründe, die neben einem Geschäftswillen für das Unterlassen verantwortlich sein können, durch konkrete Anhaltspunkte entkräften lassen. Es ist insbesondere zu untersuchen, ob der Erblasser die Abänderung der letztwilligen Verfügung nur vergessen hat. Dies ist zum Beispiel nicht der Fall, wenn der Erblasser das Testament an einer Stelle aufbewahrt hat, zu der er sich regelmäßig Zugang verschafft hat. Zudem muss ausgeschlossen werden, dass der Erblasser davon ausging, noch viel Zeit für die Abänderung der letztwilligen Verfügung zu haben. Schließlich ist durch die Befragung von Angehörigen und sonstigen, dem Erblasser nahe stehenden, Personen zu ermitteln, ob sich der Erblasser in schwierigen Situationen und nach erlittenen Fehlschlägen schnell entscheiden konnte. Denn es gibt handlungsorientierte und lageorientierte Menschen. Lageorientierung ist zu definieren als ein Zustand, in dem sich Personen gedanklich primär mit den Misserfolgen beschäftigen, was zu einer Vernachlässigung von planungsbezogenen Überlegungen zur Zielerreichung

führt.³⁶² Bei lageorientierten Menschen existiert daher nicht die Vermutung, dass sie die letztwillige Verfügung geändert hätten, wenn sie nicht deren Bestand gewünscht hätten. Im Gegensatz dazu kann dies bei handlungsorientierten Menschen unterstellt werden, da diese Personen sich primär nicht mit Fehlschlägen beschäftigen, sondern mit Überlegungen, die zur Zielerreichung führen. Diese Menschen hätten einen, von der objektiven Erklärungsbedeutung der letztwilligen Verfügung abweichenden, Rechtserfolg in Geltung gesetzt, wenn dies ihrem Wunsch entsprochen hätte.

Lassen sich die erwähnten Feststellungen treffen, so liegt die Annahme der Willenserklärung, die auf einem Inhalts- oder Erklärungsirrtum, einem Motivirrtum bzw. frustrierten Beweggrund oder einer widerrechtlichen Drohung beruhende letztwillige Verfügung möge gelten, trotz eines Unterlassens nahe.

³⁶² P. M. Gollwitzer/ J. T. Malzacher, Absichten und Vorsätze, S. 442

3.) Zusammenfassung

Die Annahme eines „wirklichen Willens“ i.S.d. § 133 BGB ist möglich, wenn der Erklärungssinn nahe liegend ist, also die auslegungsrelevanten Umstände, die sich für die Annahme der Erklärungsbedeutung anführen lassen, die diesem Ergebnis widersprechenden Tatsachen deutlich überwiegen. Das Auslegungsergebnis muss weder eindeutig noch nahezu eindeutig sein. Dies ergibt sich aus dem Gebot der Ermittlung des wirklichen Willens (§ 133 BGB), aus § 2084 BGB und dem Umstand, dass eine notarielle Beurkundung nicht zwingend ist. Es genügt jedoch auch nicht, wenn der Erklärungssinn nur der „allgemeinen Lebenserfahrung“ entspricht. Denn im Gegensatz zur Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB ist der „wirkliche Wille“ des Erblassers maßgeblich und nicht die Verkehrssitte und der Grundsatz von Treu und Glauben.

Da kein eindeutiges Auslegungsergebnis erforderlich ist, kann der Richter nach der Würdigung der auslegungsrelevanten Umstände zu dem Ergebnis gelangen, dass mehrere Erklärungsbedeutungen nahe liegend sind. Dann muss er grundsätzlich denjenigen

Erklärungssinn auswählen, für den sich die gewichtigsten auslegungsrelevanten Umstände anführen lassen, es sei denn, dieser kann keinen rechtlichen Erfolg haben (§ 2084 BGB).

Die Entscheidung des Erblassers, dass die auf einem Anfechtungsgrund beruhende letztwillige Verfügung gelten soll, ist trotz eines Unterlassens als Erklärungszeichen dann nahe liegend, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte festgestellt werden kann, dass die möglichen Ursachen, die neben einem Geschäftswillen das Unterlassen ausgelöst haben könnten, für dieses nicht verantwortlich gewesen sind.