

## Herausgeber:

RA Dr. Wolfram Theiss, RA Jan Bittler, RAin und Notarin Ulrike Czubayko, RA Dr. Hans Hammann, RAin Dr. Stephanie Herzog, RA Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und Notar Dr. Hubertus Rohlfing, RA und Notar Ulrich Schellenberg

## Schriftleitung:

RAin Dr. Stephanie Herzog

## Aufsätze

### James-Dean-Testamente „Denn sie wissen nicht was sie tun.“

#### Auslegungsprobleme beim gemeinschaftlichen Testament – zugleich Anmerkungen zu BGH IV ZR 42/14, 68/14, 31/14, 30/14, 424/13, 391/13 –

Roland Wendt, Richter am BGH a.D.\*

*Vielleicht etwas reißerisch anmutend, jedenfalls plakativ und einprägsam sollten die Überschriften schon sein, um das Leseinteresse zu wecken. Denn das hat es verdient, **der Deutschen liebstes Kind** aus der Schar gesetzlich zugelassener letztwilliger Verfügungen, **das gemeinschaftliche Testament!***

#### 1. Einleitung

Das gemeinschaftliche Testament ist mit Blick auf das Erreichen des wirklich Vorgestellten – sprich die Umsetzung des wahren Erblasserwillens – aber auch das gefährlichste Instrument; es birgt ein Füllhorn von Auslegungsproblemen mit hohen Schwierigkeitsgraden. Die Ursache dieser Gefahren lassen sich gut mit dem Titel einer der drei Filme mit James Dean umschreiben:

*„Denn sie wissen nicht was sie tun.“*

Auf meiner Festplatte habe ich daher gemeinschaftliche und insbes. Berliner Testamente als „James-Dean-Testamente“ abgespeichert. Der vorsorgende Weg zu Spezialisten – wie den Leserinnen und Lesern der ErbR – ist offenbar für viele immer noch eine kaum zu überwindende Barriere. Das hat Gründe:

#### 1. Beliebtheit

Es ist doch so einfach, mit seinem Ehepartner quasi eben mal am Küchentisch die Weitergabe des Vermögens für den Fall des Ablebens zu besprechen, das Ergebnis von dem Partner mit der besseren Handschrift schriftlich niederlegen zu lassen und mit den Unterschriften beider zu vervollständigen. Ausgestattet mit gesundem Halbwissen und daraus resultierendem eben solchem Selbstbewusstsein sollte das wohl hinzubekommen sein; unter den sich angeeigneten fachterminologischen Schlagworten wie etwa Berliner Testament, Vorerbe, Nacherbe, Ersatzerbe etc. kann man sich etwas vorstellen; es klingt dann auch fachmännischer bzw. -fraulicher. Eine – gar kostenträchtige und zeitaufwändige – Hinzuziehung wirklicher Fachfrauen bzw. -männer. denen man ggf. auch noch etwas über seine persönlichsten Beziehungen und ihre Bewertungen offenbaren müsste, bedarf es dafür wirklich nicht.

#### 2. Gefahren

Die Gefährlichkeit dieser Einschätzung ist ihnen dagegen selten bewusst. Oft muss dies dem längstlebenden Ehepartner erst viel später klargemacht werden, wenn er trotz gewandelter Umstände und Vorstellungen an dem „Küchentischpapier“ von damals festgehalten werden muss. Die ihm bis dahin weitgehend unbekannt „Bindungswirkungsfalle“ hat mit dem Tod seines Ehepartners zugeschlagen. Ebenso oft bekommt er davon allerdings selbst nichts mehr mit. Erst die ursprünglich oder von ihm neu Bedachten müssen dann – je nach Auslegungsergebnis – leidvoll erfahren, dass sie ihre Erwartungen infolge dieser Unkenntnis der „Küchentischtestatoren“ begraben können. Ähnliche Folgen können sich auch aus dem gewählten Fachvokabular ergeben, wenn sich aus ihnen etwas Rechtliches ergibt, das sich nach den Behauptungen der davon nachteilig Betroffenen nun gar nicht mit den Vorstellungen der Erblasser zu vereinbaren sein soll. Dass sich – nicht zuletzt etwa mit Blick auf das Steuerrecht – auch wirtschaftlich gesehen sehr viel günstigere Gestaltungen angeboten hätten, mit denen dann spielend die Kosten einer Rechtsberatung sogar unter Erzielung von Überschüssen hätten wieder eingebracht werden können, sei nur am Rande erwähnt.

#### 3. Aufgaben

Das mag genügen, um die Gefährlichkeit durch Unwissenheit cursorisch zu umreißen und zugleich eine Rechtfertigung für die die Themenstellung zusammenfassenden Überschriften zu geben. Die hohen Anforderungen an alle, die bei der Herausarbeitung des Ziels aller erbrechtlichen Dinge – des Erblasserwillens – mitzuarbeiten haben, ergibt sich daraus von selbst.

\* Der Autor war bis Ende 2014 Richter des u.a. für das Erbrecht zuständigen IV. Zivilsenats des BGH in Karlsruhe und ist Beiratmitglied der ErbR.

Die daraus resultierende schwierige Auslegungsaufgabe stellt sich zwar bei allen privatschriftlichen Verfügungen von Todes wegen durch erbrechtliche Laien. Bei gemeinschaftlichen Testamenten schaffen indes insbes. die Bindungswirkung und der beachtenswerte Blickwinkel von beiden ehelich verbundenen letztwillig Verfügenden gerade auch bei Verwendung von juristischen Fachbegriffen eine noch brisantere Mischung für Richtende wie Beratende bei dem Versuch, den wirklichen Willen von Erblassern doch noch auf die Spur zu kommen. Denn das ist ja das Letzte, was wir für die Verstorbenen noch tun können.

Dem sollen die nachfolgenden Ausführungen dienen. Mit der speziellen Problematik – auch beim gemeinschaftlichen Testament angesiedelt in den §§ 2287, 2288 BGB analog<sup>1</sup> – welche Folgen es haben kann, wenn ein an sich gebundener Erblasser die nicht mehr geliebten – so sie ihm denn nun bewusst werden – Bindungen durch unentgeltliche Verfügungen auszuhebeln bzw. zu hintertreiben sucht, wird nachfolgend von *Frieser*<sup>2</sup> behandelt, während sich *Klein*<sup>3</sup> mit den Bindungen vertieft auseinandersetzt. Hier geht es um Lösungen von durch Unkenntnis geschaffene Unklarheiten im Auslegungsweg anhand von exemplarischen Fallgestaltungen, die den Erbrechtssenat des BGH unter Mitwirkung des Rezensenten zuletzt beschäftigt und gefordert haben.

## II. Allgemeine Auslegungsgrundsätze

Dass der Auslegung zentrale Bedeutung beim Verständnis letztwilliger Verfügungen zukommt, ist fast schon eine Binsenweisheit ebenso wie, dass sie insbes. bei privatschriftlichen Testamenten ein unerschöpflicher Quell für Streitigkeiten ist, die stark vom Einzelfall geprägt sind. Die Kenntnis der vom Fünften Buch des BGB vorgegebenen und zugelassenen materiell-rechtlichen Möglichkeiten ist selbstverständliche Voraussetzung, um dem Willen des Erblassers zum Durchbruch zu verhelfen. Einer dahingehenden Systematisierung sind wegen der unbegrenzten Vielfalt, die das Leben bietet, natürliche Grenzen gesetzt. Gleichwohl ist es für unser Gesetzes- und Rechtsverständnis unerlässlich, nach anerkannten abstrakten Regeln und anschließender Einordnung darunter zu suchen. Das bestimmt auch die tägliche Arbeit des Erbrechtssenats in der Residenz des Rechts.

Es gilt, dem im Testament formgerecht geäußerten wirklichen Willen des Erblassers nachzuspüren. So wollen es die §§ 2084, 133 BGB. Dabei sind – schlagsatzartig und keineswegs abschließend folgende Grundsätze zu beherzigen:

- Zur Ermittlung dieses Willens sind auch Umstände außerhalb des Testaments heranzuziehen.<sup>4</sup>
- Ausgehend vom Wortlaut ist zunächst anhand der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden der Wortsinn zu ermitteln.<sup>5</sup>
- Der Erblasser wird regelmäßig insoweit den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde gelegt haben.<sup>6</sup>
- Der Bedeutungszusammenhang verschiedener letztwilliger Verfügungen darf nicht außer Acht gelassen werden.<sup>7</sup>
- Ziel einer jeden Auslegung ist, den rechtlich maßgeblichen Sinn der Erklärung zu erfassen.<sup>8</sup>
- Für den Erklärungsinhalt kann jedoch nur das von Bedeutung sein, wenn es – und sei es auch nur unvollkommen – im Testament Ausdruck gefunden hat. Mit anderen Worten: Das Bezweckte muss zumindest in der Formulierung anklingen.<sup>9</sup>

- Maßstab ist stets der wirkliche Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung.<sup>10</sup>
- Zu unterscheiden ist zwischen erläuternder und ergänzender Auslegung. Erstere dient der Feststellung des wirklichen Erblasserwillens, letztere dem hypothetischen Erblasserwillen im Falle der Lückenhaftigkeit einer Willensbildung. Es wird aus einem äußeren Verhalten anhand allgemeiner Erfahrungssätze auf den dahinterstehenden wahren Willen des Erblassers geschlossen.<sup>11</sup> Demgegenüber sind die ergänzend heranzuziehenden gesetzlichen Auslegungsregeln<sup>12</sup> subsidiär.
- Bei trotzdem bestehen bleibender Mehrdeutigkeit hat die rechtlich zulässige gegenüber der rechtlich unzulässigen Gestaltung Vorzug sog. wohlwollende Testamentsauslegung.<sup>13</sup>

Das sollte als Schlaglichter genügen. Wir werden sie bei den von mir ausgesuchten aktuellen Fallbearbeitungen des Senats wiederfinden.

## III. Spezielle Auslegungsfragen

### 1. Gemeinschaftliches Testament vs. Einzeltestament<sup>14</sup>

Ein Paradebeispiel für die zuvor beschriebenen Gefahren, Schwierigkeiten und schließlich Enttäuschungen bietet dieser sog. Abgrenzungsfall. Die Tatrichter stießen dann prompt auch an die Grenzen ihrer Fähigkeiten im Umgang mit Gemeinschaftsarbeiten von Eheleuten und zwar schon bei der schlichten Frage, inwieweit es sich um gemeinschaftliche oder nur einzeltestamentarische Regelungen handeln sollte. Den Eheleuten waren ihre Vorstellungen dazu beim Abfassen zweifellos völlig klar, der Nachwelt blieben sie indes weitgehend verborgen. Das lässt sich an der gerichtlichen Aufarbeitung nachvollziehen. Dem liegt – stark komprimiert – Folgendes zugrunde:

#### a) Sachverhaltsfeststellungen

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Testament ihrer Eltern von 1987. Sie sind Erben ihres 2003 verstorbenen Vaters (Erblasser). Die Mutter war 1992 vorverstorben.

- 1 BGH, Urt. v. 26.11.1975 – IV ZR 138/74, BGHZ 56, 8 (15) und ständig; statt aller MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2287 Rn. 2; Voraussetzungen und Rechtsfolgen zuletzt gut zusammengefasst in BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11, ZEV 2012, 32 Rn. 11; vgl. jüngst BGH, NZB-Beschl. v. 08.10.2014 – IV ZR 158/14, nicht veröffentlicht, zu OLG Frankfurt/M., Urt. v. 03.04.2014 – 3 U 177/12, juris.
- 2 ErbR 2015, 475 – in diesem Heft.
- 3 ErbR 2015, 482 – in diesem Heft.
- 4 Staudinger/*Otte*, BGB, 2013, Vorbem. zu §§ 2064–2086 Rn. 26.
- 5 BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2084 Rn. 6–19.
- 6 BayObLG, NJW 1999, 1119.
- 7 BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2084 Rn. 6–19.
- 8 Staudinger/*Otte*, BGB, 2013, Vorbem. zu §§ 2064–2086 Rn. 23.
- 9 Sog. Anklang- oder Andeutungstheorie; vgl. ausführlich Staudinger/*Otte*, BGB, 2013, Vorbem. zu §§ 2064–2086 Rn. 26.
- 10 BGH, Urt. v. 08.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 und ständig.
- 11 BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2064 Rn. 1–5.
- 12 Z.B. §§ 2049 Abs. 1, 2051 Abs. 2, 2052, 2066–2077, 2087 Abs. 1, 2091, 2097, 2098 BGB.
- 13 BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2084 Rn. 25, MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. § 2084 Rn. 53–72.
- 14 BGH, NZB-Beschl. v. 26.07.2013 – IV ZR 42/13, nicht veröffentlicht, zu OLG Koblenz, Beschl. v. 27.09. und 10.12.2012 – 2 U 963/11, juris.

Der Erblasser und seine Ehefrau errichteten 1987 eine von beiden unterschriebene letztwillige Verfügung, in der unter I. der Wunsch beider Eheleute, die Kinder gleich zu behandeln, unter II. Verfügungen über Weinberge zugunsten der Kinder und unter III. aufgenommen ist, dass der Kläger das „Geschäftshaus“ erhalten soll. In IV. verweisen die Eheleute bezüglich ihres jeweiligen persönlichen Besitzes auf Regelungen in zwei Anlagen. In der ausschließlich von der Mutter unterschriebenen Anlage 1 werden der Beklagten vom Kläger zu zahlende 40.000,00 DM als Ausgleich für das „Geschäftshaus“, Grundbesitz in B. und 45.000,00 DM „von meinem Spar- bzw. Wertpapierguthaben“ zugewiesen; anschließend ist der Ehemann zum „Erben“ eingesetzt.

Kurz vor ihrem Tod bestimmte die Mutter 1992 in einem handschriftlichen „Nachtrag zu meiner letztwilligen Verfügung“ ihren Ehemann zum „Alleinerben“, der alle Dinge so ordnen und ausgleichend regeln solle, wie sie dies 1987 festgelegt habe, und setzte zwei weitere Vermächtnisse aus. Unterhalb der Unterschrift der Ehefrau befindet sich der Vermerk „als Zeuge“ mit den Unterschriften der Schwiegertochter und des Ehemannes, der – wie später in einer Beweisaufnahme geklärt – auch den Nachtragstext geschrieben hatte.

Nach dem Tod der Ehefrau erhielt der Erblasser einen Erbschein als Alleinerbe. Später übertrug er das „Geschäftshaus“ entsprechend der Anlage 1 Testament 1987. 1995 verfügte er letztwillig privatschriftlich u.a. neu über den Grundbesitz in B. und die Geldvermächtnisse.

Im Streitfall hat das Berufungsgericht die Klage der Tochter auf Zahlung der beiden Geldvermächtnisse und Übertragung des Grundbesitzes in B. abgewiesen und zwar letztlich, weil das gemeinschaftliche Testament v. 1987 durch das gemeinschaftliche Testament v. 1992 insoweit geändert worden sei.

### b) Rechtliche Überlegungen

Ergebnis und Begründung des Berufungsgerichts werfen mehr Fragen auf, als sie Antworten geben. Das musste der Revisionsrichter letztlich zähneknirschend hinnehmen; das Zulassungsrecht ließ ihm keine andere Wahl. Der Grund für das Zähneknirschen ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

#### aa) Gemeinschaftlichkeitszweifel

Die Vorinstanzen sind jeweils ohne weiteres davon ausgegangen, dass es sich bei den letztwilligen Verfügungen 1987 um ein gemeinschaftliches Testament gem. §§ 2265, 2267 BGB handelt. Ganz so unproblematisch dürfte das allerdings nicht sein. Die letztwillige Verfügung besteht aus den drei verschiedenen Teilen des eigentlichen Testaments und der beiden Anlagen. Die Vermächtnisse, auf die die Beklagte ihren Anspruch aus den §§ 2174, 2213 Abs. 1 Satz 1 BGB stützt, sind demgegenüber ausschließlich in der Anlage 1 enthalten, die lediglich von der Ehefrau unterschrieben wurde und mit „für den Fall meines Ablebens bestimme ich“ betitelt wurde. Ganz und gar nicht entfernt liegt daher eine Auslegung dahingehend, dass lediglich die Teile der Verfügung, die in dem von beiden Eheleuten unterschriebenen Abschnitt enthalten sind, ein gemeinschaftliches Testament darstellen können, die jeweiligen Anlagen dagegen einseitige Testamente der jeweiligen Eheleute. Die gemeinsam unterschriebene Bezugnahme auf die Anlagen 1 und 2 genügt für ein formwirksames gemeinschaftliches Testament nicht, weil es sich bei diesen Schriftstücken ebenfalls um eine formgültig errichtete letztwillige Verfügung des Erblassers handelt muss.<sup>15</sup> Das ist hier nicht der Fall, da

der Erblasser die Anlage 1 ebenso wenig unterschrieben hat wie seine Ehefrau die Anlage 2.

#### bb) Einseitige Vermächtnisanordnung 1987

Es dürfte daher einiges dafür sprechen, dass die Vermächtnisanordnungen 1987 zugunsten der Beklagten auf einer einseitigen letztwilligen Verfügung der Ehefrau beruhen. Das wäre gem. § 2247 BGB formwirksam erfolgt. Eine Abänderung durch die letztwillige Verfügung 1992 hätte formwirksam in jedem Fall aber nur erfolgen können, wenn es sich insoweit um ein gemeinschaftliches Testament gem. §§ 2265, 2267 BGB handelte. Das war indes angesichts der beschriebenen Unterschriftslage, nach der der Erblasser den von ihm geschriebenen Text als „Zeuge“ unterzeichnet hat, mehr als zweifelhaft. Dann wäre es bei der Vermächtnisanordnung in der Anlage 1 zu der letztwilligen Verfügung v. 30.09.1987 geblieben. Mit all den daraus folgenden Fragen haben sich die Vorinstanzen nicht befasst.

#### cc) Gemeinschaftlichkeit durch Mitunterzeichnung

Das Berufungsgericht behandelt ausschließlich die Frage der Formwirksamkeit gem. § 2267 BGB. Nicht erörtert wurde dagegen die vorrangige Frage, ob der Erblasser und seine Ehefrau überhaupt ein gemeinschaftliches Testament errichtet haben. Aus dem Inhalt der Verfügung müsste sich ergeben, dass letztwillige Anordnungen für den Nachlass beider Ehegatten getroffen werden.<sup>16</sup> Hier ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob die Mitunterzeichnung den Willen des Ehegatten, sich der Haupterklärung des anderen anzuschließen und selbst testieren zu wollen, zum Ausdruck bringt, oder lediglich die bloße Kenntnisnahme und Billigung der in der Haupterklärung niedergelegten Verfügung des anderen Ehegatten enthält.<sup>17</sup> Hat ein Ehegatte in der Ich-Form seine letztwillige Verfügung niedergeschrieben und unterzeichnet der andere Ehegatte diese mit dem Zusatz: „Dieses Testament ist auch mein letzter Wille“, so kann eine Auslegung ergeben, dass er damit in korrespondierender Weise selbst testieren wollte. Je mehr die letztwillige Verfügung des einen Ehegatten dagegen auf seine eigene Situation zugeschnitten ist und von derjenigen abweicht, in der sich der andere befindet, umso schwerer ist die spiegelbildliche Übertragung als Verfügung auch des bloß Mitunterzeichnenden anzusehen.<sup>18</sup>

#### dd) Tatrichterprivileg

Die daraus sich ergebende Aufgabe der Auslegung des Testaments unter Ermittlung des wirklichen Willens der Testierenden gem. §§ 133, 2084 BGB mit Blick auf etwaige letztwillige Regelungen beider Ehepartner obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Dabei darf er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die

15 BGH, Beschl. v. 15.06.2010 – IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364 Rn. 7; Palandt/Weidlich, BGB 74. Aufl. § 2247 Rn. 8.

16 MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2267 Rn. 10; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2006, § 2267 Rn. 13; Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl., § 2267 Rn. 2.

17 BayObLG, FamRZ 2004, 1237 unter II 2 b; NJW 1959, 1969; Staudinger/Kanzleiter ebenda; Palandt/Weidlich ebenda; Soergel/Wolf, BGB 13. Aufl. § 2267 Rn. 4.

18 BayObLG, FamRZ 2004, 1237 unter II 2 b.

zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können.<sup>19</sup> Die Auslegung des Tatrichters kann mit der Revision nur angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt.<sup>20</sup>

#### ee) Einseitige Verfügungen 1992

Auf dieser Grundlage erscheint die Auffassung des BG, die letztwillige Verfügung 1992 stelle ein gemeinschaftliches Testament dar, durchaus bedenklich. Bereits in der Überschrift ist von einem „Nachtrag zu meiner letztwilligen Verfügung“ die Rede. Ferner werden im Text ausschließlich Verfügungen der Ehefrau angesprochen, nämlich die Erbeinsetzung des Erblassers als Alleinerben, die Aussetzung von neuen Vermächtnissen für zwei Personen sowie die Anordnung gegenüber dem Erblasser, dass er alle Dinge so ordnen und ausgleichend regeln solle, wie die Ehefrau dies im Jahre 1987 festgelegt hat. Irgendwelche Verfügungen des Erblassers werden hierin nicht getroffen. Insoweit spricht der Wortlaut der Verfügung nicht für ein gemeinschaftliches Testament, sondern lediglich für eine Änderung bzw. Ergänzung der Anlage 1 zum Testament 1987. Hier setzt sich die zuvor erörterte Problematik fort, dass die Vorinstanzen bereits die Frage, ob dieses Testament mit seinen beiden Anlagen überhaupt in Gänze ein gemeinschaftliches Testament darstellt, nicht hinreichend problematisiert haben. Für ein gemeinschaftliches Testament in der letztwilligen Verfügung 1992 könnte allenfalls die Zeugenaussage erhalten, die Ehefrau habe erklärt, es bestehe ein gemeinsames Testament von ihr und ihrem Ehemann, welches sie ändern wollten.

#### ff) Zulassungshürde

Aus diesen offen liegenden Zweifeln auf revisionsrechtlich relevante Zulassungsgründe gem. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu kommen, ist jedoch genauso schwierig. Mit dem Parteivortrag hat sich das Berufungsgericht schon befasst und die bloße Behandlung der Formfragen und nicht der Frage, ob überhaupt ein gemeinschaftliches Testament vorliegt, ist wohl doch nur als ein bloß einfach-rechtlicher, nicht zulassungsfähiger Rechtsfehler anzusehen. Das Berufungsgericht dürfte diese Problematik wohl schlicht übersehen haben.

Ähnlich verhält es sich mit dem Feststellungsergebnis des Berufungsgerichts, im Testament von 1992 seien lediglich die 1987 angeordneten Vermächnisse aufgehoben worden. Aber auch das betrifft an sich allein die dem Tatrichter obliegende Auslegung.

Fazit:  
Damit soll es sein Bewenden haben. Die durch das Berufungsgericht zugrunde gelegte Unklarheit hinsichtlich der gemeinsamen Erbenhaftung gefordert die nach § 2013 Abs. 1 Nr. 1 als eine über- oder abweichende Bestimmung eines Vermächtnisses zu werten. Das ist im Falle der vorliegenden Verfügung nicht der Fall. Der Beliebigkeitsgrad, dem vom Erblasser in der Verfügung die bloße Ver-

„Wir, die Eheleute A. und E. (...) setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses ein. Nach dem Ableben des letzten Elternteils soll das Haus mit Grundstück unser Sohn S. bekommen. Unsere Tochter T. ... soll das Wohnrecht im 1. Stock des Anwesens bis zu ihrem Ableben haben.“

Nach dem Tod seiner Ehefrau ordnete der Vater 1999 letztwillig an:

„Meine Tochter ... hat bei der Heirat ihr Erbteil erhalten. Ich A., als Alleinerbe ... nehme ihr das Wohnrecht und enterbe sie.“

In der Beschwerdeinstanz wird nur noch darum gestritten, ob der Erblasser infolge Wechselbezüglichkeit zu seiner Alleinerben-einsetzung gem. § 2270 BGB an die Vermächtnisanordnung gem. § 2271 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB gebunden war. Die Schlussurbenstellung des Beklagten und ihre Stellung als Vermächtnisnehmerin aus dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern hat die Klägerin von Prozessbeginn an nicht in Zweifel gezogen.

Die Vorinstanzen haben aufgrund der Vermutungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB die Wechselbezüglichkeit auch für die Vermächtnisanordnung bejaht, nachdem es ihnen – wie geboten<sup>22</sup> – nicht gelungen war, im Rahmen der individuellen Testamentsauslegung die volle richterliche Überzeugung von der Wechselbezüglichkeit der beiden genannten Verfügungen zu gewinnen.

Die Beschwerde wollte dazu rechtsfortbildend die Fragen geklärt wissen,

„(1) ob die Einsetzung des längerlebenden Ehegatten im Verhältnis zur Aussetzung eines Vermächtnisses zugunsten eines gemeinsamen Kindes dann nicht wechselbezüglich ist, wenn die Einsetzung des längerlebenden Ehegatten wechselbezüglich im Verhältnis zur Schlussereinsetzung eines anderen gemeinsamen Kindes ist,

(2) ob die Wechselbezüglichkeit in diesem Fall auch nicht aus der Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB folgt.“

Damit stellt sie – zugespitzt – die Frage,

„ob auch die Aussetzung eines Vermächtnisses zugunsten eines anderen Kindes wechselbezüglich zur Erbeinsetzung des längerlebenden Ehegatten ist, wenn die Erbeinsetzung eines gemeinsamen Kindes als Schlussereinsetzung schon wechselbezüglich zur Einsetzung des längerlebenden Ehegatten ist.“

#### b) Rechtliche Beurteilung

Damit war die Zulassungshürde nicht zu überspringen. Ihr rechtlicher Ansatz trifft allerdings zu.

In der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist anerkannt, dass eine Verfügung des Testierenden wechselbezüglich zu mehreren anderen Verfügungen sein kann.<sup>23</sup> Das entspricht einhelliger Auffassung und zwar auch dann, wenn sich Wechselbezüglichkeiten nur auf die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB gründen lassen. Lediglich für eine Ersatzerbeinsetzung, die sich ihrerseits auf die bloße Ver-

## 2. Wechselbezüglichkeit bei Vermächtnisanordnungen<sup>21</sup>

### a) Sachverhaltsfeststellungen

Zwei Geschwister streiten darüber, ob der Klägerin ein dingliches Wohnrecht an dem Nachlassgrundstück ihrer Eltern als Vermächtnis in dem gemeinschaftlichen Testament 1988 zugewandt ist. Darin ist verfügt:

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 07.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 24.02.1993 – IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357 (363).

<sup>21</sup> BGH, NZB-Beschl. v. 03.12.2012 – IV ZR 68/14, zu OLG München, Urt. v. 06.02. und 31.07.2014 – 14 U 1802/13 und LG Kempten, Urt. v. 25.04.2013 – 13 O 776/12, jeweils nicht veröffentlicht.

<sup>22</sup> Vgl. statt aller MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2270 Rn. 9.

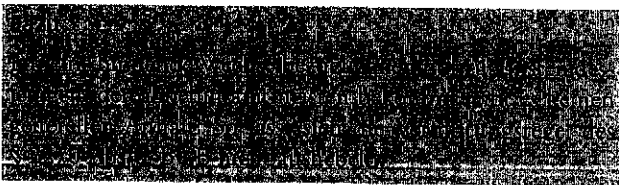
<sup>23</sup> BGH, Beschl. v. 16.01.2002 – IV ZB 20/01, BGHZ 149, 363, 365 ff.

mutungsregel des § 2069 BGB stützt, gilt dies nicht. Eine Kumulation der beiden Vermutungsregeln hat der Senat mangels auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung einerseits und des Schlusserbenfalles andererseits sich beziehende Lebenserfahrungen abgelehnt.<sup>24</sup> Darauf beschränkt sich die Senatserkenntnis 2002 in Abweichung von seiner bis dahin maßgeblichen Rechtsprechung.<sup>25</sup>

Dass sich Wechselbezüglichkeiten für verschiedene letztwillige Verfügungen jeweils auf die Zweifelsregel des § 2270 Abs. 2 BGB stützen können, ist – soweit ersichtlich – noch nirgends und von niemandem in Frage gestellt worden. Das wird auch durch die Erwägung nicht in Zweifel gezogen, ob eine Schlusserbeneinsetzung als Ermächtigung zur Testamentsänderung gelten kann.

Zwar hat der Senat anerkannt,<sup>26</sup> dass § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB dem Längstlebenden verbiete, den – wechselbezüglich eingesetzten – Schlusserben nach dem ersten Erbfall mit einem Vermächtnis zu beschweren.

Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, es sei angesichts der gewollten Privilegierung des Schlusserben „fernliegend“, dass die Ehegatten eine weitere Verbesserung dieser Schlusserbenstellung auf Kosten anderer letztwilliger Zuwendungsempfänger durch den Längstlebenden verhindern wollten. Ein Erfahrungssatz, dass Eltern, die ein Kind bevorzugen und das auch noch bindend absichern, zugleich stets wollen, dass der Längstlebende diese Bevorzugung noch verstärken kann bis zur völligen Enterbung der Übrigen ist, nicht auszumachen.



### 3. Vollerbschaft vs. Vorerbschaft<sup>27</sup>

Eine typische Fallgestaltung betrifft auch die Frage, ob Vollerbschaft oder nur Vorerbschaft gewollt war.

#### a) Sachverhalt und Verfahrensverlauf

Die Parteien – Geschwister – streiten darüber, ob nach dem Tod ihres Vaters 1971 ihre 2007 verstorbene Mutter dessen Vollerbin geworden war oder befreite Vorerbin mit den Kindern als Nacherben.

Zugrunde liegen folgende letztwillige Verfügungen:

Unter dem 26.04.1964 errichteten beide Eltern auf einem Stück Papier jeweils eigenhändig ein Testament mit dem Inhalt:

*„Im Fall meines Ablebens setze ich meinen Ehegatten als befreiten Vorerben ein.“*

Am 15.12.1964 erklärten der Vater und ein Sohn zu öffentlicher Urkunde eines Anwaltsnotars einen Erbvertrag, der auszugsweise lautet:

*„1. Ich bestimme meine Ehefrau und meine Kinder zu Erben mit den Maßgaben:*

*a) Meine Ehefrau soll meinen Anteil an der oHG erhalten und zwar als Vorerbin. Nacherbe und Ersatzerbe dieses Anteils soll in erster Linie dieser Sohn sein. Der Nacherbfall soll eintreten, wenn meine Ehefrau verstirbt, sich wiederverheiratet oder das Gesellschaftsverhältnis kündigt.*

*b) Das Recht der Verfügung über mein übriges Vermögen durch Testament soll durch diesen Erbfall nicht beeinträchtigt werden.“*

Unter dem 06.04.1966 errichteten die Eltern wiederum auf einem Blatt Papier jeweils eigenhändig gleichlautende letztwillige Verfügungen folgenden Inhalts:

*„Ich setze hiermit im Falle meines Ablebens meinen Ehegatten zur unbeschränkten Vorerbin/zum unbeschränkten Vorerben ein.“*

Nach dem Tod des Vaters erteilte das Nachlassgericht einen Erbschein, der die Mutter als alleinige Vorerbin sowie die fünf Kinder als Nacherben auswies.

Später machte die erste Tochter Pflichtteilsansprüche geltend, die von der Mutter schließlich nach anwaltlicher Beratung durch Zahlung von 140.000,00 DM abgegolten wurden.

1999 setzte die Mutter in einem notariellen Testament eine andere Tochter zu ihrer Alleinerbin ein mit der Klausel:

*„Ich bin darauf hingewiesen worden, dass dieses Testament sich nicht erstreckt auf den Nachlass meines verstorbenen Ehemannes, den ich als befreite Vorerbin beerbt habe.“*

Nach dem Tod der Mutter erteilte das Nachlassgericht unter Einziehung des Erbscheins von 1971 einen neuen Erbschein, der die fünf Kinder als Miterben zu je 1/5-Anteil des Vaters ausweist.

Beide Instanzen kamen zu dem Ergebnis, dass die testamentarischen Verfügungen der Eltern von 1966 i.S.e. wechselseitigen Einsetzung zu befreiten Vorerben auszulegen seien. Der Wortlaut spreche eindeutig für eine Vorerbschaft, zumal das Gesetz die Begriffe „befreit“ und „unbeschränkt“ deckungsgleich verwende. Andere Umstände stritten nicht gegen eine Vorerbschaft. Vielmehr spreche für die Anordnung einer solchen, dass sich die Mutter nie gegen die Richtigkeit des 1971 erteilten Erbscheins gewandt habe. Der weitere Parteivortrag blieb unerörtert.

#### b) Senatszweifel

Letzteres stürzte den Senat in Zweifel. Er meinte, Parteivortrag und unstrittiger Sachverhalt enthielten wesentlich mehr Bedeutsames für die Auslegung; daran lässt sich sehen, wie genau er Akten liest. Er wurde durch entsprechende Rügen der Beschwerde bestärkt, sonst wäre er machtlos gewesen.

Das Berufungsgericht hat den wesentlichen Grundsatz nicht beachtet, dass die Auslegung von gemeinschaftlichen Testamenten durch den zum Ausdruck gekommenen **Willen beider Testierenden** beherrscht wird und insoweit auch das Verhalten des Längstlebenden nach dem Tod des Erstversterbenden einzubeziehen ist.

Zu diesem Verhalten gehörte im Streitfall die Erfüllung des Pflichtteilsverlangens der Tochter durch die Mutter. Das haben die Tatrichter völlig ignoriert, obwohl es für die Auslegung der letztwilligen Verfügung des Vaters im zweiten gemeinschaftlichen Testament von 1966 von Belang ist. Insbes. war zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten

<sup>24</sup> Ebenda, S. 369, 370.

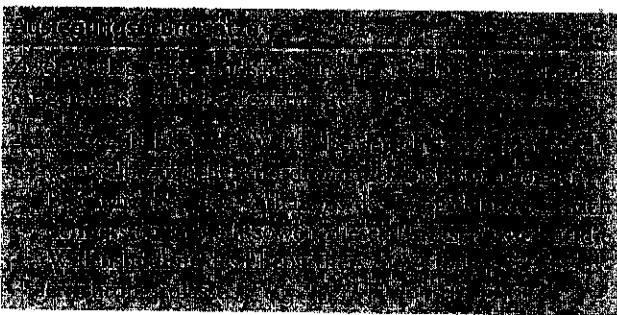
<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 22.09.1982 – IVa ZR 26/81, NJW 1983, 277 unter a.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 30.11.1977 – IV ZR 165/76, NJW 1978, 423.

<sup>27</sup> BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – IV ZR 31/14, juris = ErbR 2015, 138 = ZEV 2015, 343.

mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen entsprochen hat, da die beiderseitigen Verfügungen nicht selten Ergebnis und Ausdruck eines gemeinsam gefassten Entschlusses beider Teile sind.<sup>28</sup> Bei der Interpretation einer testamentarischen Anordnung des Erstversterbenden ist der Wille des Zweitversterbenden zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zu berücksichtigen, für dessen Ermittlung – und das ist jetzt unbedingt zu behalten – das Verhalten des Längstlebenden nach dem Tode seines Ehegatten anerkanntermaßen von Bedeutung ist, soweit es einen entsprechenden Schluss zulässt.<sup>29</sup> Dies ist im Falle der Pflichtteilszahlungen nicht auszuschließen, weil sie weder mit einer seit Testamentserrichtung erfolgten Willensänderung der Mutter noch damit erklärt zu werden vermag, dass die Tochter ihr Nacherbe ausgeschlagen hätte; das Berufungsgericht hat das Gegenteil festgestellt.

### c) Senatsergebnis



Das Übersehen dieser anerkannten Auslegungsregeln führte zum Übergehen dieses Parteivortrags; Letzteres verletzte das gebotene rechtliche Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG und das zwang zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Es muss nun erneut prüfen, was die Eheleute wirklich gewollt hatten: Voll- oder Vorerbschaft? Den Revisionsrichtern waren insoweit die Hände gebunden.

Das war der Anlass, diesem im Übrigen wenig spektakulären Beschluss drei Leitsätze zu verpassen, die in der ErbR nachgelesen werden können,<sup>30</sup> damit diese in der Sache durchaus bedeutsame Entscheidung nicht in der Versenkung verschwindet.

Die Leitsätze zu den §§ 2270, 2084 BGB lauten:

**„Bei der Auslegung gemeinschaftlicher Testamente ist stets zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teils entsprochen hat (Bestätigung von BGH, Urt. v. 07.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2).“**

**Die Interpretation von letztwilligen Verfügungen des Erstversterbenden kann auch von dem Verhalten des Längstlebenden nach dem Tod des Ehegatten bestimmt sein (hier: Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen für die Frage, ob dieser als Voll- oder Vorerbe eingesetzt ist).**

**Erst wenn außerhalb der Urkunde liegende Umstände für die Erforschung des wirklichen Willens nicht ausreichen, kann das Gericht gehalten sein, sich auf eine Ausdeutung des Wortlauts zu beschränken (Bestätigung von BGHZ 86, 41 (45)).“**

### 4. Trennungsprinzip vs. Einheitsprinzip<sup>31</sup>

Auch die Frage, ob Ehegatten vom Trennungs- oder vom Einheitsprinzip ausgegangen sind, gibt immer wieder Anlass zum Streit, insbes. wenn der Wortwahl von juristischen Laien ohne Rechtsberatung weniger bis keine Bedeutung beizumessen ist.

### a) Sachverhalt

So war es in dem privatschriftlichen Testament 1989 von Eheleuten mit einer Tochter und zwei Söhnen, indem es u.a. heißt:

*„Wir setzen uns gegenseitig zu nicht befreiten Vorerben ein. Nacherbe ist unsere Tochter ... Als Ausgleich hat sie unseren Söhnen ... als Vermächtnisnehmer je 10.000 DM zu bezahlen.“*

*Ersatzerben sind ihre Abkömmlinge nach gesetzlichem Erbrecht. ...*

*Sollte eines unserer Kinder nach dem erstversterbenden Elternteil den Pflichtteil fordern, soll es auch nach dem Tod des anderen Elternteils nur den Pflichtteil erhalten.“*

*Wir machen unserer Tochter zur Auflage, dass sie nach dem Tod des Letztlebenden das Familiengrab erhalten und pflegen soll ...“*

Nach dem Tod des Ehemannes 1990 erhielt die Ehefrau einen Erbschein als Alleinerbin mit Nacherbfolgebermerk für die Tochter. 2002 setzte sie Sohn 1 zum Erben ihres gesamten Vermögens ein. Nach ihrem Tod 2008 erhielt die Tochter einen auf sie lautenden Alleinerbschein.

Tochter und Sohn 2 klagten gegen Sohn 1 sodann auf Herausgabe der von ihm in Besitz genommenen Wohnung, widerklagend verlangte dieser Feststellung seiner Alleinerbschaft nach seiner Mutter.

In beiden Instanzen hatte die Klage Erfolg, die Widerklage nicht.



### b) Rechtliche Beurteilung

Die entscheidende streitauslösende Lücke in dem gemeinschaftlichen Testament 1989 ist – dem geneigten Leser wird das sofort aufgefallen sein –, dass es keine ausdrückliche Regelung enthält für die Rechtsnachfolgen nach der Längstlebenden. Die gegenseitige Vorerbeneinsetzung und die Nacherbeneinsetzung der Tochter betrifft unmittelbar nur die Rechtsnachfolge nach dem Erstversterbenden.

Es wirkt wie die letzten Worten Hamlets: *„Der Rest ist Schweigen.“*

Und doch wollten die Eheleute erkennbar nicht schweigen, nur was wollten sie sagen? Wollten sie das Trennungsprinzip mit Vorerbschaft des Längstlebenden und nach dessen Tod der Tochter als Nacherbin hinsichtlich des Vermögens des Erstverstorbenen und Schlusserbin für das Vermögen der Zweiverstorbenen oder wollten sie das Einheitsprinzip mit gegenseitiger Vollerbeneinsetzung und Schlusserbschaft der Tochter?



28 BGH, Urt. v. 07.10.1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2.

29 MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. § 2084 Rn. 25.

30 BGH, Beschl. v. 10.12.2014 – IV ZR 31/14, ErbR 2015, 138.

31 BGH, PKH-Ablehnungsbeschl. v. 23.07.2014 und NZB-Beschl. v. 15.10.2014 – IV ZR 30/14, nicht veröffentlicht, zu OLG Nürnberg, Urt. v. 23.12.2013 – 14 U 1018/12 und zu LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 18.04.2012 – 6 O 9271/10, nicht veröffentlicht.

**aa) Auslegungseckpunkte für Schlusserbeneinsetzung**

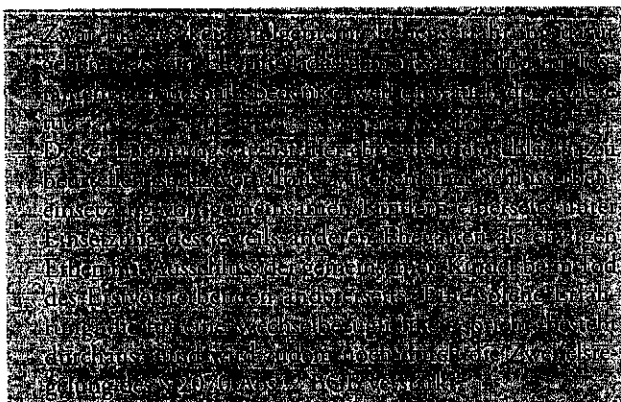
Also war Auslegung dringend gefragt, um herauszufinden, was die Akteure wussten und wollten. Und das sind die Eckpunkte für die Schlusserbenstellung der Tochter nach der Längstlebenden:

- Das Ausgleichsvermächtnis für ihre beiden Brüder konnte erst im zweiten Erbfall anfallen, da die Tochter nach dem ersten Erbfall noch nichts erhalten sollte.
- Das gilt auch eingedenk der ihr auferlegten Grabpflege.
- Der Vergleich mit einem vorangegangenen Testament von 1981, in dem die Eheleute die drei Kinder nach dem Tod des Überlebenden als Nacherben eingesetzt hatten, bestätigt das: Die Änderung 1989 ersetzt lediglich die gleichmäßige Behandlung der Kinder zugunsten der Tochter.
- Anhaltspunkte, dass die Kinder nach dem Tod des Längstlebenden jetzt gleichmäßig erben sollten, die Erbfolge mithin in beiden Erbfällen unterschiedlich sein sollte, fehlten völlig.
- Die gewählte Begrifflichkeit „Vor- und Nacherbschaft“ ist aussagenneutral; sie kann genauso gut i.S.e. klassischen Berliner Testaments gewertet werden.<sup>32</sup>
- Schließlich streiten auch die Ersatzerbenregelung und die Pflichtteilssanktionsklausel keineswegs dafür, dass die Eheleute die Erbfolge nach der Längstlebenden offen lassen wollten.

Bei diesem Auslegungsergebnis kann sogar die Frage nach Trennungs- und Einheitslösung letztlich offen bleiben.

**bb) Auslegungseckpunkte für Wechselbezüglichkeit**

Zu klären blieb nur noch, ob die Erbeinsetzung der Tochter im Verhältnis zur Erbeinsetzung der Ehefrau wechselbezüglich und damit bindend war, das Testament der Mutter von 2002 zugunsten ihres Sohnes deswegen keine Wirkung entfalten konnte, §§ 2271 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1, 2270 Abs. 1 BGB. Auch das hat „James-Dean-Qualität“. Die gewollte Wechselbezüglichkeit lässt sich aber – nach etwas Nachdenken – mit den anerkannten Erfahrungssätzen und anhand einer gesetzlichen Auslegungsregel klar feststellen:



Die an uns von der Nichtzulassungsbeschwerde herangetragene Frage,

„ob die Schlusserbeneinsetzung eines gemeinsamen Kindes im Verhältnis zur Einsetzung des länger lebenden Ehegatten dann nicht wechselbezüglich ist, wenn die Testierenden mit ihr zugleich die Enterbung eines anderen gemeinsamen Kindes bewirken“,

ließ sich genauso sicher verneinen:

Ihr Argument gem. § 2270 Abs. 3 BGB seien isolierte Enterbungen nicht bindend,<sup>35</sup> betrifft nicht den Streitfall einer Erbeinsetzung eines Kindes mit der notwendigen Kehrseite der Enterbung anderer Kinder. Anderenfalls wäre die Bindungswirkung bei solchen Testamenten weitgehende hinfällig und das wollten die Testierenden – trotz des James-Dean-Arguments – nun wirklich nicht. Da das Instanzergebnis schlicht zu bestätigen war, musste der Senat sich mit einem einfachen PKH-Ablehnungs- und NZB-Zurückweisungsbeschluss begnügen. Die ErbR-Leserschaft gehört damit zu dem privilegierten Kreis der Wissenden.

**5. Befreiung vs. Nichtbefreiung<sup>36</sup>**

Befreiung oder Nichtbefreiung, das ist jetzt die Frage und insoweit ging es für das Begehren des Nachbedachten auch hier im Hamlet'schen Sinne um sein oder nicht sein (to be or not to be that's the question). Diese Frage war im Streitfall zwar in Einzeltestamenten der Eheleute angesiedelt, sie stellt sich indes typischerweise auch in gemeinschaftlichen Testamenten, wenn – wie nicht selten – missliebige Abkömmlinge des jeweiligen Partners nicht vom eigenen Vermögen des anderen Partners partizipieren sollen. Auf die themenbezogene Auslegungsproblematik hat die einzeltestamentarische Verfügung im Streitfall daher keinen Einfluss. Die gemeinsamen Lebensverhältnisse und das Verhalten beider Partner waren – wie bei einem gemeinschaftlichen Testament – zu beachten.

**a) Sachverhalt und Verlauf**

Um den Sohn aus erster Ehe ihres längstlebenden Ehegatten vor ihrem Vermögen auszuschließen, greift die Erblasserin zur Vorerbschaft mit dem Neffen ihres Ehemannes als Nacherben. Der findet beim Nacherbfall – Tod des Ehemannes/seines Onkels als Längstlebenden – nichts mehr vor; beim Vorerbfall gab es immerhin noch knapp 120.000,00 €.

Sein Schadens- und Wertersatzbegehren gem. der §§ 2130, 2134 BGB gegen die testamentarische Alleinerbin seines Onkels kann nur Erfolg haben, wenn dieser nicht befreiter Vorerbe war. Das Testament der Erblasserin hatte folgenden Wortlaut:

„Hiermit setze ich, ... meinen Mann ... zu meinem Vorerben ein.

Für den Fall seines Todes oder seiner Wiederverheiratung berufe ich seinen Neffen ... zu meinem Nacherben.“

Im Gegensatz zum LG<sup>37</sup> hat das Berufungsgericht nach Auslegung des Testaments die Befreiung des Vorerben i.S.v. § 2136 BGB festgestellt und die Klage abgewiesen.<sup>38</sup>

Die Beschwerde wendet sich in erster Linie gegen diese Auslegung des Testaments, weil die Befreiung des Vorerben darin nicht – wie erforderlich – wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck komme und insoweit in Divergenz zur Rechtsprechung des erkennenden Senats stehe.

32 Vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 200.

33 BGH, Beschl. v. 16.01.2002 – IV ZB 20/01, BGHZ 149, 363 (365); OLG München, ZEV 2011, 315.

34 BGH, Beschl. v. 16.01.2002 a.a.O. S. 366; OLG München, ZEV 2011, 315.

35 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 20.02.1991 – IV ZR 197/90, Rn. 4; BayObLG, NJW-RR 192, 1256 unter 2 a bb.

36 BGH, NZB-Beschl. v. 16.07.2014 – IV ZR 424/13, nicht veröffentlicht.

37 LG Magdeburg, Urt. v. 10.04.2013 – 10 O 1166/12, nicht veröffentlicht.

38 OLG Naumburg, Urt. v. 07.11.2013 – 1 U 69/13, FamRZ 2014, 1404.



Wie angekündigt: Die eingangs genannten abstrakten Auslegungsgrundsätze werden nach und nach abgearbeitet.

### b) Rechtliche Beurteilung

Mit ihrer Divergenzrüge nimmt die Beschwerde die seit über 40 Jahren gefestigte und allgemein anerkannte Rechtsprechung in Bezug, die eine von dem an sich „klaren und eindeutigen“ Wortlaut abweichende Deutung des Erklärten zulässt, wenn sich dafür im Testament ein Anhalt findet.<sup>39</sup>

Beim näheren Hinsehen entpuppt sich diese Divergenzrüge als schlichte eigene Würdigung anstelle des Tatrichters.

Dass der Befreiungswille „irgendwie, wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt“<sup>40</sup> Anklang gefunden hat – deswegen wird dies auch als „Klingklang-Theorie“ bezeichnet –, zeigt sich schon an der schlichten Testamentsformulierung „setze ich ... zu meinem Vorerben ein“, die keinen Anhalt für eine Begrenzung enthält, mithin die Auslegung einer „befreiten Vorerbschaft“ gerade einschließt.

Der Beschwerde lag möglicherweise das Vorverständnis zugrunde, eine Vorerbschaft sei stets „nicht befreit“ angeordnet, es sei denn, der Erblasser greift verbal zur Befreiung. Das trifft indes nicht zu. Auch und gerade die Auslegung kann zur Feststellung einer Befreiungsanordnung führen. Wortlaut und Gesetzssystematik lassen ein anderes Verständnis nicht zu.

Zu den vom Tatrichter zu würdigenden Umständen gehören insbes. die Festlegung des Nacherbfalles, das Verwandtschafts- und Näheverhältnis, die Vermögensbildung, das Verhalten des Vor- und Nacherben, das Testamentsmotiv und vieles anderes mehr. Diesbezüglich hat das Berufungsgericht die **relevanten Umstände für eine stillschweigende Befreiung des Vorerben** – insbes.

- das Einsetzen des an der Vermögensbildung beteiligten Ehegatten zum Vorerben, wenn es sich bei dem Nacherben um einen eher entfernten Verwandten handelt,
- das Eintreten des Nacherbfalles mit dem Tod des Vorerben oder der Wiederverheiratung und
- die Motivation für die Anordnung einer Vorerbschaft und das Verhalten des Vorerben – revisionsfest gewürdigt. Um es noch einmal auf den Punkt zu bringen:

Die Formulierung „setze ich ... zu meinem Vorerben ein“ ist nicht nur eine Verankerung des Erblassers in der Erbfolge, sondern auch ein Hinweis auf die Vermögensbildung, die eine Befreiung des Vorerben rechtfertigen könnte. Nur wenn der Erblasser seine Vermögensbildung an den Sohn des Ehepartners gehen lässt, ist eine Befreiung des Vorerben rechtfertigbar. Befreite Vorerbschaft.

Da das Berufungsgericht insoweit alles richtig gemacht hatte, konnten wir uns mit einem schlichten NZB-Formularabschluss begnügen.

### 6. Vererblichkeit vs. Nichtvererblichkeit<sup>41</sup>

Zum Abschluss stellt sich die tatsächlich spannende und rechtlich hoch interessante Frage der Vererblichkeit einer Ersatznacherbenstellung zwar im Gewand eines Erbvertrages. Aber auch das ist zwanglos auf ein „James-Dean-Testament“

i.S. dieser Abhandlung zu übertragen. Beide letztwilligen Verfügungsarten sind vor allem infolge der Bindungswirkung bei vertragsgemäßen/wechselbezüglichen Anordnungen sehr ähnlich und die speziellen Auslegungshilfen bei einer notariellen Betreuung des Vertragsschlusses insbes. aufgrund der gewählten Formulierungen spielten im Streitfall keinerlei Rolle; es kam – wieder einmal – nur auf den Erblasserwillen unter dem Blickwinkel der Eheleute/Vertragsparteien an. Da der Senat aus – wie so oft – Revisionszulassungsgründen keinen Anlass hatte, diese Problematik in wohlgesetzten Worten der Fachöffentlichkeit anzubieten, gehören ErbR-Leserinnen und Leser auch mit dieser Thematik zu dem Kreis der Auserwählten, die dies erstmals erläutert bekommen.

### a) Sachverhalt und Verlauf

Der Sachverhalt ist aus Verständnisvermittlungsgründen stark zu komprimieren:

Der Name *Mendelssohn Bartholdy* steht für Musik und Geld. Musik soll verbreitet, Geld dagegen zusammengehalten werden – jedenfalls in der Familie. Letzteres gilt – unstrittig – auch für den letzten Willen des am 10.05.1935 verstorbenen Bankiers und Mitinhabers eines ähnlich benannten Bankhauses (Erblasser). Im Einzelnen:

Die auf den ersten Blick nicht gerade durchsichtige Genealogie des Nachlasses folgt dem mit seiner wesentlich jüngeren, erst 51 Jahre später am 11.03.1986 verstorbenen Ehefrau kurz vor seinem Tod am 08.02.1935 geschlossenen notariellen Erbvertrag. Darin setzte er sie zur befreiten Vorerbin und die aus dieser Ehe etwa noch geborenen Kinder als Nacherben ein. Für den Fall, dass bei seinem Tod eheliche Nachkommenschaft nicht vorhanden sein sollte – was dann der Fall war –, berief er seine vier Schwestern zu gleichen Teilen zu Nacherben mit folgender Ergänzung:

„Fällt einer der Nacherben vor dem Eintritt der Nacherbfolge unter Hinterlassung von Abkömmlingen weg, so treten anstelle des weggefallenen Nacherben dessen Kinder als Ersatzerben ein.“

Eine dieser Schwestern – und um deren 1/4-Nacherbanteil geht es – hinterließ zwei Kinder „S. und H.“. H. verstarb 1970 – also lange vor dem Nacherbfall 1986 – und wurde vom Beklagten beerbt.

Von der erst 1998 verstorbenen S. ging schließlich deren Nacherbteil auf den Kläger über.

Nach einer gütlichen Einigung in einem von der heutigen Erbengemeinschaft geführten Rechtsstreit besteht der Nacherbteil S. aus dem von zwei Museen für Bilder aus dem Nachlass des Erblassers gezahlten Abfindungsbetrag von rund 450.000,00 €.

Der Beklagte sieht sich zur Hälfte als Berechtigter an dem Nacherbteil nach H. als dessen Rechtsnachfolger.

<sup>39</sup> Vgl. nur BGHZ 80, 246; 82, 242; 86, 41 und 96, 198.

<sup>40</sup> BayOBLG, Beschl. v. 18.03.2004 – 1 ZBR 44/03, juris Rn. 32 = FamRZ 2005, 65.

<sup>41</sup> BGH, NZB-Beschl. v. 30.07.2014 – IV ZR 391/13, nicht veröffentlicht, zu KG, Urt. v. 28.10.2013 – 25 U 62/12, und zu LG Berlin, Urt. v. 15.11.2012 – 6 O 86/11, nicht veröffentlicht.



Das genealogische Streitpotenzial war auf der Grundlage des Paragraphengewirrs v.a. aus §§ 2069, 2096, 2100, 2102, 2108, 2113 BGB und § 256 ZPO zu entwirren.

Dabei hat das LG nach der Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB H. als Nacherben des Erblassers angesehen und die dagegen gerichtete Feststellungsklage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat nach Auslegung in der einseitigen Ersatzerbenverfügung für den Fall des Vorversterbens von Nacherben eine anderweitige Bestimmung i.S.v. § 2108 Abs. 2 BGB gesehen und der Klage stattgegeben.

### b) Senatsurteilung

Die Aufgabe des Senats war es, zu prüfen, ob das Berufungsgericht die erbrechtliche Zentralauslegungsfigur des § 2084 BGB zur vollen Schönheit verholfen und mit ihr über § 133 BGB den „*rechtlich maßgeblichen Inhalt [der letztwilligen Verfügung]*“ vermittelt hat.<sup>42</sup>

#### aa) Feststellungsinteresse

Die Frage der Vererblichkeit der Nacherbenstellung konnte im Wege der Feststellungsklage geklärt werden; insbes. bestand daran das erforderliche Feststellungsinteresse.

Nach allgemeiner Ansicht kann ein vergangenes Rechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn sich aus ihm nach dem Klägervortrag noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben und es dabei die Grundlage für einen jetzt verfolgten Anspruch des Klägers bildet.<sup>43</sup> Die umstrittene Nach-Nacherbenstellung nach dem Erblasser ist als Drittrechtsverhältnis klärungswürdig;<sup>44</sup> es ist maßgeblich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander als potentielle Mitglieder einer (Nach-)Erbengemeinschaft.

Damit geht zugleich der Vorwurf ins Leere, es handele sich insoweit lediglich um eine für das Feststellungsinteresse unzureichende Vorfrage zu der allein entscheidenden Frage der Vererblichkeit der Nacherbenstellung. Genau darauf zielt der Feststellungsantrag; sein Erfolg stellt dem vom Erblasser mit der Ersatzerbenverfügung angeordneten Ausschluss der Vererblichkeit der Nacherbenstellung sicher. Das betrifft die bereits vom Reichsgericht erkannte zweite Voraussetzung – neben der Benennung eines Ersatznacherben überhaupt – für eine lediglich aufschiebend bedingte Nacherbschaft des Ersatzerben: Die vom Erblasser gewollte Nichtvererblichkeit der Nacherbenanwartschaft.<sup>45</sup> Nicht eine Vorfrage, sondern die Hauptfrage war damit zwischen den Parteien zu entscheiden.

#### bb) Nacherben- und Ersatzerbeneinsetzung

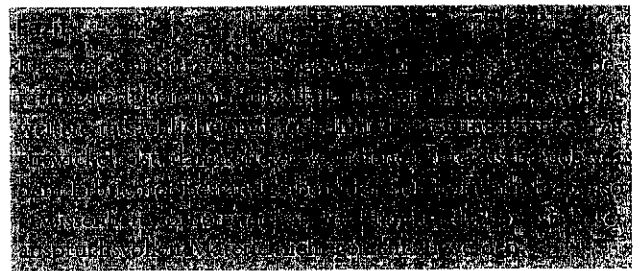
In der Sache ist dem Berufungsgericht bei der Erfüllung der ihm gestellten Auslegungsaufgabe kein Rechtsfehler unterlaufen.

Die dagegen gerichteten Vorwürfe, verkannt zu haben, dass dem Begriff des „*Ersatznacherben*“ generell ein Inhalt innewohnt i.S.d. Vererblichkeit der Nacherbenposition ist in Wahrheit eine klassische „*petitio principii*“.

Das problematische Verhältnis von Ersatznacherebeneinsetzung und § 2108 Abs. 2 BGB betrifft eine – durchaus anspruchsvolle – Auslegungsfrage. Ein kurzer Blick in das glänzende Lehrbuch von *Muscheler*<sup>46</sup> oder zumindest – bei Zeitnot – in den Münchener Kommentar<sup>47</sup> hätte das bestätigt.

Das Berufungsgericht hat sich mit der Kontroverse befasst, ob in der ausdrücklichen Ernennung von Ersatznacherben im Zweifel ein Ausschluss der Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts zu sehen ist – so die wohl herrschende Meinung<sup>48</sup> oder ob die jeweiligen Umstände des Einzelfalles für einen Ausschlusswillen sprechen müssen – so die Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Einbeziehung der Entstehungsgeschichte.<sup>49</sup> Der BGH geht – unter Auseinandersetzung mit der Linie des Reichsgerichts – einen salomonischeren Weg, in dem er der Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft an sich den Vorrang einräumen möchte, aber gleichzeitig verlangt, die Möglichkeit eines entgegenstehenden Willens stets sorgfältig zu prüfen, insbes. unter Berücksichtigung der Abstammungsverhältnisse.<sup>50</sup>

Dieser pragmatischen Linie des BGB, die wohl am ehesten ermöglicht, dem Erblasserwillen zum Durchbruch zu verhelfen und damit der Zentralfigur des § 2084 BGB zu genügen, ist das Berufungsgericht gefolgt. Die Auslegung stützt es nicht auf rechtliche oder tatsächliche Vermutungen (In-Zweifel-Regeln), sondern auf den festgestellten Erblasserwillen. Dieser war unstrittig auf den Zusammenhalt des Vermögens in der Familie gerichtet. Dass sich dies zunächst an der Blutsverwandtschaft orientiert und nicht gleichberechtigt Angeheiratete miteinbezieht, ist im Ergebnis mehr als plausibel. Das ist auch keine weitergehende Vermögensbindung, sondern Konsequenz aus § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB, der – im Gegensatz zu § 2069 BGB – die Stellung des Nacherben zwischen Erbfall und Nacherbfall aufwertet und so zulässt, diese Stellung schon als bereits erlangten Vermögenswert zu begreifen.<sup>51</sup> Für die vom Berufungsgericht bei Vorversterben des Ersatzerben im Streitfall gefundene Lösung der Anwachsung gem. § 2094 BGB gegenüber den sonst eröffneten Erbschaftsbeteiligungen von angeheirateten Personen hätte der Erblasser nicht zu „*anderen testamentarischen Regelungen*“ greifen müssen, wie die Nichtzulassungsbeschwerde meinte. Die unter notarieller Beratung aufgestellten Regelungen reichen dafür aus.



42 BGH, Urt. v. 16.07.1997 – IV ZR 356/96, ZEV 1997, 376 unter 3.

43 So bereits BGH, Urt. v. 29.04.1958 – VIII ZR 198/57, BGHZ 27, 181 (190); Zöllner/Greger, ZPO 30. Aufl. § 256 Rn. 3a; jeweils m.w.N.

44 Vgl. dazu statt aller Zöllner/Greger a.a.O. Rn. 3b.

45 RGZ 169, 38 (40).

46 *Muscheler*; Erbrecht 2010, Rn. 2464–2467.

47 MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 6. Aufl., § 2102 Rn. 9.

48 Nachweise bei MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl., § 2069 Rn. 27 Fn. 64.

49 RGZ 169, 38; Protokolle Mugdan IV 559.

50 BGH, Urt. v. 23.01.1963 – IV ZR 82/61, NJW 1963, 1150 = MDR 1963, 487.

51 So trefflich MünchKomm-BGB/*Leipold* a.a.O. Rn. 27 a.E.