

Aufsatz ZR

Annika Diemke*

Die sogenannte »Andeutungstheorie«

<https://doi.org/10.1515/jura-2023-2215>

Der Beitrag erörtert die allgemeinen dogmatischen Grundgedanken der – im Studium meist nur cursorisch behandelten – sog. Andeutungstheorie, schildert Für und Wider und geht näher auf ihre Bedeutung und Funktionsweise im Erbrecht, insbesondere bei der Testamentsauslegung, ein.

Stichwörter: Erbrecht, Testament, Auslegung, Formwirksamkeit, Formzweck, Privatautonomie.

I. Einleitung

Wenn Menschen letztwillig verfügen, etwa im Rahmen eines eigenhändigen Testaments, ist für Dritte nicht immer unmittelbar ersichtlich, was der Erblasser oder die Erblasserin ausdrücken wollte. Denn die Verfügenden stehen vor der Herausforderung, ihre eigenen Vorstellungen davon, wem ihr Vermögen nach dem Tod zukommen soll, in die passenden juristischen Formen zu gießen. Diese Abstraktionsaufgabe fällt nicht immer leicht, weicht doch die juristische Fachsprache in vielen Fällen von der alltäglichen Standardsprache ab: Dass die goldene Uhr dem Neffen Nepomuk (zumindest nach deutschem Recht¹) nicht »vererbt«, sondern allenfalls vermacht (§§ 1939, 2147ff. BGB) werden kann, weiß die testierende Tante bisweilen nicht. Sie möchte schlicht erreichen, dass Nepomuk nach ihrem Tod Eigentümer der Uhr wird. Wenn Tochter Tilda fortan »Besitzerin« des Ferienhauses auf Gran Canaria sein soll, meint der verfügende Vater wohl regelmäßig eine Rechtsnachfolge in

das Eigentum. Zudem ist Sprache – und zwar sowohl die Alltagssprache als auch die juristische Fachsprache² – oft mehrdeutig. Hinzu kommen individuelle Sprachgewohnheiten: Eine Erblasserin, die von ihrem Ehemann stets als »Vati« spricht, möchte mit den Worten »Vati soll alles bekommen« vermutlich weniger ihren eigenen Vater als vielmehr ihren Ehemann testamentarisch zum Alleinerben einsetzen.³ Und schließlich kann es vorkommen, dass sich das Ehepaar Schneider in seinem gemeinschaftlichen Testament zwar gegenseitig zu Alleinerben einsetzt und auch eine Pflichtteils- und eine Wiederverheiratungsklausel einfügt, dabei aber kein Wort zur Stellung der beiden gemeinsamen Kinder verliert. Das geplante »Berliner Testament« ist dann unvollständig.

Nun geht es im Erbrecht zentral darum, den Willen der Erblasserin, wie ihr Vermögen postmortal verteilt werden soll, möglichst umfassend zur Geltung zu bringen. So soll der individuellen Selbstbestimmung Rechnung getragen werden. Man ist sich daher heute einig, dass bei der Testamentsauslegung inhaltlich danach zu fragen ist, was die Testatorin *gemeint* hat. Dieses »Gemeinte« muss sich dabei nicht zwangsläufig mit dem Text der Erklärung decken. Liegt insofern eine Abweichung vor, stellt sich aber im nächsten Schritt die Frage, ob das Gemeinte formgültig erklärt ist. Denn das Erbrecht sieht spezielle Formvorschriften vor, die eine Beweis-, Warn- und Bekenntnisfunktion erfüllen.⁴ Um diese Formzwecke zu gewährleisten, gesteht man dem Gemeinten herkömmlich nur dann rechtliche Wirksamkeit zu, wenn es im Testament zumindest *andeutungsweise* zum Ausdruck kommt. Diese sog. Andeutungs-

¹ Der BGB-Gesetzgeber hat sich für die Universalsukzession entschieden (§ 1922 BGB). Damit ist auch gesagt, dass eine Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände (*institutio ex re certa*) nicht in Betracht kommt. In Ausnahmefällen ermöglicht das Recht allerdings eine Sondererbfolge, namentlich im Höferecht (Rechtsnachfolge der Hoferbin) und im Personengesellschaftsrecht (Rechtsnachfolge in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einer oHG oder KG). Zu dem Ganzen stellv. Röthel ErbR, 18. Aufl., 2020, § 6 Rn. 31ff.

*Kontaktperson: Annika Diemke, die Verf. ist Doktorandin bei Prof. Dr. Anne Röthel und wiss. Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg.

² In diesem Zusammenhang spricht man mitunter von einer »Relativität der Rechtsbegriffe«. Damit ist bezeichnet, dass Begriffe in der Rechtswissenschaft je nach Rechtsgebiet oder Gesetz, in dem sie verwendet werden, unterschiedliche Bedeutungen haben (können). Als Beispiel kann hier die Unterscheidung von »Eigentum« im zivilrechtlichen und im verfassungsrechtlichen Sinne dienen (vgl. BVerfGE 98, 1, 5ff.).

³ Zu diesem »Schulbeispiel« auch Röthel ErbR, 18. Aufl., 2020, § 19 Rn. 6.

⁴ Stellv. Röthel ErbR, 18. Aufl., 2020, § 17 Rn. 2.

theorie⁵ ist in Rechtsprechung⁶ und Schrifttum⁷ herrschend. Der vorliegende Beitrag erläutert den dogmatischen Hintergrund der Andeutungstheorie (unten II.), setzt sich mit allgemeinen Einwänden auseinander (unten III.) und schildert ihre Bedeutung und Funktionsweise im Erbrecht (unten IV.).

II. Grundlagen der Andeutungstheorie – Zwischen Selbstbestimmung und Verkehrsschutz

1. Willenstheorie, Erklärungstheorie und der erklärte Wille

Im Rechtskontext begegnet seit jeher die Schwierigkeit, dass das Geschriebene das »eigentlich« Gewollte nicht immer adäquat abbildet oder auch nur abbilden kann. Die Frage, wie ein juristischer Text – sei es ein Kaufvertrag, ein Testament oder auch ein Gesetz – »auszulegen« ist, betrifft dann neben dem Einzelfall auch grundlegende rechtspolitische und rechtsphilosophische Fragen. Das gilt insbesondere bei der Auslegung privatrechtlicher Willenserklärungen: Daraus, welchen Rang die Auslegenden dem Willen der Erklärenden gegenüber dem Text der Erklärung einräumen, lassen sich Rückschlüsse ziehen, wie Privatautonomie im Verhältnis zu Aspekten wie Verkehrsschutz oder Rechtssicherheit gewichtet wird.⁸ Ob man den Ehemann oder den Vater der Erblasserin als »Vati« i. S. des Testaments begreift, hat also nicht nur Auswirkungen auf die Vermögenslage im konkreten Fall, sondern gibt Einblick in ein wertungsmäßiges Grundverständnis der Auslegenden. Da sich derlei Grundverständnisse in aller Regel

⁵ Ob es sich dabei tatsächlich um eine »Theorie« handelt, kann mit m. E. guten Gründen bezweifelt werden. So liest man bisweilen auch von der »Andeutungsformel« (z. B. *Muscheler* ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1838). Da im rechtswissenschaftlichen Schrifttum aber wohl weiterhin der Begriff »Andeutungstheorie« prävaliert, wird auch in diesem Beitrag von der (sog.) Andeutungstheorie gesprochen.

⁶ Aus jüngerer Zeit etwa BGH NJW 2019, 2317 und NJW 2022, 474 Rn. 18. ⁷ Z. B. Staudinger/*Otte*, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 28 ff.; MüKo-BGB/*Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 16 ff.; Soergel/*Loritz/Uffman*, 14. Aufl., 2021, BGB § 2084 Rn. 11 f.; Erman/*Schmidt/Nobis*, 17. Aufl., 2023, BGB § 2084 Rn. 3 ff.; *Lange/Kuchinke* ErbR, 5. Aufl., 2001, § 34 III. 2.; *Leipold* ErbR, 23. Aufl., 2022, § 12 Rn. 364. S. auch *Röthel* ErbR, 18. Aufl., 2020, § 19 Rn. 6.

⁸ Hierzu und zum Folgenden statt aller Staudinger/*Singer*, 2021, BGB Vor §§ 116–124 Rn. 14 ff.

schwer auf abstrakter Ebene (Privatautonomie oder Verkehrsschutz? Interessen des Einzelnen oder der Gemeinschaft?) diskutieren lassen, hat man bereits im 19. Jahrhundert versucht, die Diskussion in (vermeintlich) leichter handhabbare, genuin rechtliche Kategorien zu überführen: Im Streit um das »Ziel der Auslegung« bildeten sich hier die sog. *Willenstheorie* und die sog. *Erklärungstheorie* heraus.⁹

Mit Inkrafttreten des BGB hat sich dieser große Schulstreit – auch dank der Anfechtungsmöglichkeiten in §§ 119 ff. BGB¹⁰ – entschärft. Man geht heute gewissermaßen einen Mittelweg zwischen Selbstbestimmung und Verkehrs- bzw. Vertrauensschutz: Zwar dienen Willenserklärungen im Ausgangspunkt dazu, private Rechtsverhältnisse *nach dem Willen* der Beteiligten zu gestalten (Selbstbestimmung). Als innere Tatsache entfaltet dieser Wille aber per se noch keine Rechtsfolgen, sondern es bedarf stets einer gewissen Manifestation in Gestalt einer Erklärung (Verkehrs- und Vertrauensschutz). In § 133 BGB liegt somit zwar die Anforderung, das tatsächlich Gewollte gegenüber etwaigen sprachlichen Ungenauigkeiten zur Geltung zu bringen. Gemeint ist aber nicht der Wille als innere, psychologische Tatsache, sondern der *erklärte Wille*. Sprich: Es kommt für die Auslegung nach § 133 BGB darauf an, wie der Erklärende seine Äußerung verstanden hat.

2. Natürliche und objektiv-normative Auslegung

Im Studium begegnet die Auslegung¹¹ nach § 133 BGB, die sog. *natürliche* oder auch empirische *Auslegung*, die einseitig nach dem vom Erklärenden Gemeinten fragt, eher selten. Denn sie greift in erster Linie für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen (z. B. Testament, Auslobung). Meist hat man es aber stattdessen mit empfangsbedürftigen Willenserklärungen zu tun. Diese werden nach §§ 133, 157 BGB *objektiv-normativ* ausgelegt: Es kommt nicht allein darauf an, wie der Erklärende seine Worte verstanden hat, sondern

⁹ Für die Willenstheorie stellv. *Savigny* System Bd. III, 1840, S. 257 ff.; für die Erklärungstheorie stellv. *Danz* Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, S. 31 ff. Historischer Überblick bei HKK-BGB/*Vogenaier*, 2003, §§ 133, 157 Rn. 34 ff. m. w. N.

¹⁰ Das BGB gestattet zwar bei bestimmten Willensmängeln eine Anfechtung der Willenserklärung, allerdings nur innerhalb einer Anfechtungsfrist. Verstreicht diese, gilt die Willenserklärung mit ihrem geäußerten Inhalt. So sichert das Gesetz die Selbstbestimmung des Erklärenden ab, trägt dabei aber auch dem Verkehrs- und Vertrauensschutz Rechnung. Hierzu stellv. Staudinger/*Singer*, 2021, BGB Vor §§ 116–124 Rn. 19 ff.

¹¹ Zum Folgenden stellv. Staudinger/*Singer*, 2021, BGB § 133 Rn. 1 ff.

es ist zusätzlich auch auf Horizont und Verständnismöglichkeiten des Erklärungsempfängers Rücksicht zu nehmen.¹² Mit dieser gleichsam doppelten Perspektive möchte man das Risiko eines Missverständnisses möglichst »gerecht« verteilen. Denn neben dem Erklärenden wird auch die Erklärungsempfängerin als schutzwürdig erachtet. Anders liegen die Dinge bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen: Hier existieren keine Erklärungsempfänger – und damit auch keine schutzwürdigen Interessen, die bei der Auslegung zusätzlich zu berücksichtigen wären.¹³ Die natürliche Auslegung fragt daher einseitig nach dem von der Erklärenden Gemeinten, ist also orientiert an deren »wirklichem« Willen i. S. von § 133 BGB.

Das BGB¹⁴ unterscheidet demzufolge – je nach Art der auszulegenden Willenserklärung – im Grundsatz zwei Auslegungsmethoden: Die *natürliche* Auslegung für nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen und die *objektiv-normative* Auslegung für empfangsbedürftige Willenserklärungen. Allerdings kommt jeder Grundsatz nicht ohne Ausnahmen daher: So greift auch bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen mitunter eine natürliche Auslegung Platz – etwa im Falle einer gemeinsamen Falschbezeichnung, bei der nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* nicht das objektiv Erklärte, sondern das gemeinsam subjektiv Gewollte entscheidet.¹⁵

¹² In diesem Zusammenhang fällt oftmals der Begriff des »Empfängerhorizonts«, der zurückgeht auf Heck AcP 112 (1914), 1, 43. Empfängerhorizont meint dabei nicht das tatsächliche subjektive Empfängerverständnis, sondern die Gesamtheit des Auslegungsmaterials, das der Empfängerin zur Verfügung steht. Oder, mit den Worten des BGH (NJW 2006, 3777, 3778): »Für die Auslegung sind nur solche Umstände heranzuziehen, die dem Erklärungsempfänger bekannt oder erkennbar waren«.

¹³ So gibt es insb. keinen Vertrauensschutz auf einen bestimmten Inhalt eines Testaments. Stellv. *Röthel* ErbR, 18. Aufl., 2020, § 19 Rn. 5.

¹⁴ Wieder anders stellt sich die Situation bei der Auslegung von Gesetzen dar. Hier begegnen weitere, mehrdimensionale Probleme – etwa im Hinblick auf eine (vorgestellte) Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung oder den in doppelter Hinsicht »historischen« Streit zwischen objektiver und subjektiver Theorie –, die in diesem Beitrag außer Betracht bleiben müssen.

¹⁵ So zumindest das vorherrschende Verständnis. Mit m. E. überzeugenden Einwänden allerdings *Mittelstädt* Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016, S. 80 ff., der darlegt, dass sich die meisten dieser Fälle auch mittels normativer Auslegung einfangen lassen. S. auch den Fall, dass ein Abonnent im Kündigungsschreiben versehentlich »JURA« statt (wie gewünscht) »JuS« schreibt (AG Wedding NJW 1990, 1797).

3. Erläuternde und ergänzende Auslegung

Und auch in Bezug auf ein und denselben Gegenstand lassen sich verschiedene Arten der Auslegung unterscheiden. Bei Willenserklärungen differenziert man vornehmlich zwischen *erläuternder* (= einfacher) und *ergänzender* Auslegung.¹⁶ Eine erläuternde Auslegung fasst die in Rede stehende Willenserklärung als Text und ermittelt ihren Sinn. Worin genau dieser »Sinn« liegt, der ermittelt werden soll, ist dann wiederum abhängig von der Art der Erklärung: Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist der »Sinn« dasjenige, was die Erklärende mit ihren Worten ausdrücken wollte, das Gemeinte (§ 133 BGB). Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen lässt sich der »Sinn« dagegen umschreiben als eine Art Kompromiss der Verständnisse und Verständnismöglichkeiten von Erklärendem und Erklärungsempfängerin (§§ 133, 157 BGB). Daneben tritt die ergänzende Auslegung: Sie setzt eine »Lücke«, also eine planwidrige Unvollständigkeit in der jeweiligen Regelung¹⁷ voraus, die es im Wege der Auslegung zu schließen gilt.

Unabhängig davon, ob die Auslegung erläuternd oder ergänzend erfolgt, beschränkt sie sich regelmäßig nicht allein auf den Wortlaut der Erklärung. Vielmehr werden – in veränderlichem Maße – weitere Umstände hinzugezogen, die außerhalb der Erklärung liegen.¹⁸ Bei der ergänzenden Auslegung ist dieses Erfordernis unmittelbar einsichtig: Denn dass der Text der Erklärung »lückenhaft« (und in dieser Eigenschaft ergänzungsbedürftig) ist, ergibt sich nicht mit einem bloßen Blick auf den Wortlaut selbst, sondern erst in Zusammenschau mit weiteren, äußeren Umständen. Und auch die erläuternde Auslegung kommt nicht ohne einen gewissen (wenn auch bisweilen unbewussten) Rückgriff auf Umstände jenseits des Wortlauts aus – ist man sich doch inzwischen relativ einig, dass es einen eindeutigen und daher nicht auslegungsfähigen Wortlaut nicht gibt.¹⁹

4. Sonderfall: Formbedürftige Erklärungen

Die Auslegung einer Erklärung erfolgt also in aller Regel nicht allein anhand des Textes, sondern mit Blick auf wei-

¹⁶ Zum Folgenden im Überblick MüKo-BGB/*Busche*, 9. Aufl., 2021, § 133 Rn. 6 f.

¹⁷ Zum Begriff der Lücke grundlegend *Canaris* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 39.

¹⁸ So schon das RG, s. etwa RGZ 59, 217, 219; 62, 172, 175; 71, 113, 115 und auch der BGH in st. Rspr., s. etwa BGHZ 52, 25, 29; 74, 346, 349 ff.; 142, 158, 164.

¹⁹ Z. B. BGHZ 80, 246, 249 f.; 86, 41, 45 f. Anders dagegen noch das RG (z. B. RGZ 70, 391, 393; 160, 109, 111) und auch der BGH in früheren Entscheidungen (z. B. BGHZ 25, 318, 319).

tere, textexterne Umstände. Dieses Vorgehen kann dazu führen, dass der ermittelte Sinn und der Wortlaut der Erklärung divergieren. Im Ausgangspunkt liegt hierin – jedenfalls bei nicht empfangsbedürftigen Erklärungen – kein Problem, wie § 133 BGB zeigt.

Schwierigkeiten ergeben sich unterdessen bei formbedürftigen Erklärungen, etwa bei Bürgschaften und Testamenten. Es stellt sich die Frage, ob 1.) bei der Auslegung der Erklärungen auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände berücksichtigt werden dürfen und – hieran anschließend – ob 2.) ein auf diese Weise ermittelter Wille auch dann formgerecht erklärt ist, wenn er vom Wortlaut der Erklärung abweicht. Die erste Frage beantworten Rechtsprechung und Schrifttum einhellig mit Ja.²⁰ Die Auslegung formbedürftiger Willenserklärungen unterscheidet sich also im Ausgangspunkt nicht von derjenigen formfreier Erklärungen – und zwar sowohl bei der erläuternden als auch bei der ergänzenden Auslegung. Weniger eindeutig gestaltet sich die Antwort zur zweiten Frage: Ein durch Auslegung ermittelter Wille, der vom Wortlaut der formrichtigen Erklärung abweicht, entfaltet nicht ohne Weiteres rechtliche Wirkungen. Stattdessen statuiert man eine zentrale Einschränkung: Der Wille ist nur dann formgerecht erklärt, wenn er in der betreffenden Urkunde zumindest *andeutungsweise* zum Ausdruck gekommen ist.²¹ Einer formbedürftigen Erklärung kann folglich nicht einfach frei ein Sinn beigemessen werden, sondern es bedarf eines gewissen Anhaltspunktes im Text, d. h. im formrichtig Erklärten selbst. Diese sog. *Aedeutungstheorie* dient dazu, die gesetzlichen Formvorgaben und die hiermit einhergehenden Formzwecke zu sichern. Sie begegnet primär im Erbrecht, insbesondere bei der Auslegung von Testamenten. Daneben wird sie aber auch auf Bürgschaften²² sowie Grundstückskaufverträge²³ angewendet.

²⁰ Zu diesem Befund etwa Staudinger/Otte, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 55. Letztlich ließe sich auch sagen, dass bereits die Feststellung der üblichen Bedeutung eines Wortes den Rekurs auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände (nämlich die Alltagssprache) erfordert (a. a. O.).

²¹ Aus jüngster Zeit BGH NJW 2019, 2317, 2318 Rn. 17 m. w. N. und NJW 2022, 474, 475 f. Rn. 18.

²² Stellv. MüKo-BGB/Habersack, 8. Aufl., 2020, § 766 Rn. 6 f. m. w. N.

²³ Stellv. Staudinger/Schumacher, 2018, BGB § 311b Abs. 1 Rn. 224 ff. m. w. N.

III. Die Aedeutungstheorie als Königsweg?

Eine erste Formulierung der Aedeutungstheorie findet sich bereits in einer Kommentierung zum Allgemeinen Preussischen Landrecht.²⁴ Die Aedeutungstheorie kann also auf eine beträchtliche Tradition zurückblicken – und ist in Rechtsprechung und Schrifttum nach wie vor herrschend.²⁵ Gleichwohl fanden und finden sich Stimmen, die die Berechtigung der Aedeutungstheorie bezweifeln und daher auf das Aedeutungserfordernis verzichten wollen.²⁶ Im erbrechtlichen Kontext wird neben dem Einwand einer übermäßigen Einschränkung des Erblasserwillens (näher unten IV.2.a)cc) meist vorgebracht, die Aedeutungstheorie bevorzuge diejenigen Testatoren, die ausschweifend formulieren, gegenüber denjenigen, die sich kurz halten. Zudem stünden Testatorinnen, die eigenhändig testieren, besser als diejenigen, die notariell testieren. Daneben wird auch eine (vermeintliche) Rechtsunsicherheit ins Feld geführt, »da es in der nicht kalkulierbaren Entscheidung des Richters lieg[e], ob er die geforderte (wenn auch noch so unvollkommene) Aedeutung im Testament findet oder nicht.«²⁷ Der BGH und mit ihm das überwiegende Schrifttum stellen sich diesen Einwänden – unter Hinweis auf die erbrechtlichen Formzwecke – seit jeher entgegen. In der Klausur ist es daher ratsam, die Aedeutungstheorie schlichtweg zugrunde zu legen ohne ihre (subjektive) Überzeugungskraft gesondert zu diskutieren.

IV. Fokus: Die Aedeutungstheorie im Rahmen der Testamentsauslegung

Dieser Beitrag beschäftigt sich im Folgenden mit der Bedeutung und Anwendung der Aedeutungstheorie im Erbrecht. Im Fokus steht die Auslegung von Einzeltestamenten und dabei konkret die Auslegung des Testamentsinhalts²⁸. Auf

²⁴ S. die Nachw. und Darstellung bei Staudinger/Otte, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 28.

²⁵ S. bereits die Nachw. in Fn. 6 und 7. Ausführliche Gegenüberstellung des Für und Wider bei Muscheler ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1838 ff.

²⁶ Gegenwärtig sind das vor allem Brox/Walker ErbR, 29. Aufl., 2021, § 16 Rn. 4. Mit Nachw. aus dem früheren Schrifttum etwa Muscheler ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1840 ff. und Staudinger/Otte, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 30.

²⁷ Brox/Walker ErbR, 29. Aufl., 2021, § 16 Rn. 4.

²⁸ Auch andere Fragen können Gegenstand der Auslegung sein – z. B. die Frage, ob überhaupt eine letztwillige Verfügung errichtet wurde

die Auslegung von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten geht der Beitrag dagegen abstrakt nicht näher ein. Da sich hinsichtlich des Adeutungserfordernisses aber insoweit keine Besonderheiten ergeben²⁹, mögen einige ergänzende Beispiele aus der Rechtsprechung zur Adeutung in Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten erhellend sein.

1. Testamentsauslegung als Suche nach dem »wirklichen« Willen der Erblasserin(?)

Testamente sind nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen. Für die Auslegung greift daher im Ausgangspunkt³⁰ § 133 BGB: Zu erforschen ist der »wirkliche Wille« der Erblasserin. Diese Anordnung darf unterdessen nicht dahingehend (miss-)verstanden werden, es komme im Erbrecht auf den Erblasserwillen als *innere* Tatsache an. Zwar verbietet § 133 BGB eine reine Buchstabenauslegung. Ein Wille muss aber *erklärt* sein, damit er Rechtsfolgen zeitigen kann. Gegenstand der Testamentsauslegung kann deshalb – wie bei anderen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen auch – stets nur die Frage sein, was mit der Erklärung zum Ausdruck gebracht werden sollte bzw. was die Testatorin gemeint hat. Oder mit den Worten des BGH: Bei der Testamentsauslegung »geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte.«³¹ Hierbei ist auch der Grundsatz der wohlwollenden Auslegung (*favor testamenti, benigna interpretatio*) aus § 2084 BGB³² zu beachten: Kommen mehrere Deutungsmöglichkeiten in Betracht, ist im Zweifel diejenige zu wählen, bei der die letztwillige Verfügung »Erfolg haben kann«, also das vom Erblasser verfolgte Ziel rechtswirksam erreicht wird. § 133 BGB und § 2084 BGB³³ sollen demnach sicherstellen, dass sich der *erklärte Wille* gegenüber etwaigen sprachlichen Unschärfen der Erklärung durchsetzt. Kurzum: Die Frage ist weniger, ob – in der Tradition des

alten Schulenstreits (oben II.1.) – Wille oder Erklärung maßgeblich sein soll, sondern vielmehr, *welcher Wille im Rechtssinn erklärt ist*.³⁴

Dass der Wille erklärt ist, ist allerdings bei formbedürftigen Erklärungen nur notwendige, nicht dagegen auch hinreichende Bedingung dafür, dass dieser Wille tatsächlich Rechtsfolgen nach sich zieht. Er muss nicht nur erklärt, sondern er muss *formgerecht* erklärt sein.³⁵ Da bei der Auslegung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände einzupreisen sind, kann es vorkommen, dass sich der ermittelte Wille nicht mit dem Text des Testaments deckt. Für die Frage, ob er in solchen Fällen gleichwohl formgerecht erklärt ist, greift die Adeutungstheorie: Der ermittelte »wirkliche« Wille der Erblasserin ist nur dann rechtlich erheblich, wenn er sich im Testament niederschlägt, also zumindest andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck kommt. Die Adeutungstheorie ist demnach »keine Theorie zur Ermittlung, sondern zur *Kontrolle der Erheblichkeit* eines (wirklichen oder behaupteten) Erblasserwillens«. ³⁶

2. Adeutungstheorie und Art der Auslegung

Je nach Art der Auslegung – also, ob es um eine erläuternde oder eine ergänzende Auslegung geht – statuiert die Adeutungstheorie unterschiedliche Anforderungen an die jeweilige Willensadeutung. In der Praxis wie auch in der Klausur beschäftigt meist die erläuternde Auslegung. Die Grundsätze der Adeutungstheorie werden daher nachfolgend zunächst anhand der erläuternden Auslegung dargestellt, bevor auf Besonderheiten bei der ergänzenden Auslegung eingegangen wird.

a) Erläuternde Auslegung und Adeutungstheorie

Die erläuternde Testamentsauslegung nach § 133 BGB umfasst die Suche nach dem »wirklichen« (erklärten) Erblasserinnenwillen. Rechtswirkungen entfaltet dieser Wille aber nur, wenn er formgerecht erklärt worden ist, also im Testament zumindest *adeutungsweise* Niederschlag findet. Zu untersuchen ist daher zunächst, was der Erblasser mit sei-

und, wenn ja, um welche Art von letztwilliger Verfügung es sich handelt. Zu Letzterem s. etwa *Röthel JURA* (JK), 2022, 254.

²⁹ Zu sonstigen Besonderheiten etwa *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 61 ff.

³⁰ Daneben finden sich spezielle erbrechtliche Auslegungsregeln, neben § 2084 BGB insb. die §§ 2066 ff. BGB.

³¹ Stellv. BGH NJW 1993, 256.

³² Näher *Muscheler* ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1883 ff.

³³ Das Verhältnis von § 133 BGB und § 2084 BGB ist nach wie vor nicht abschließend geklärt, stellv. *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 64 ff. In der Klausur macht man aber nichts falsch, wenn man § 2084 BGB als Bekräftigung von § 133 BGB versteht und insgesamt die Suche nach dem vom Erblasser Gewollten in den Fokus rückt.

³⁴ *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 10.

³⁵ Das BGB unterscheidet ordentliche Testamente (§ 2231 BGB), nämlich das eigenhändige (§ 2247 BGB) und das notarielle (§ 2232 BGB), von außerordentlichen Testamenten (§§ 2249 ff. BGB). Je nach Art des Testaments statuiert das Gesetz dabei unterschiedliche Formvorgaben. Ein formwidriges Testament ist nichtig (§ 125 S. 1 BGB). Im Überblick *Röthel* ErbR, 18. Aufl., 2020, § 17 Rn. 1 ff.

³⁶ *Staudinger/Otte*, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 29 (Herv. d. Verf.).

nen Worten sagen wollte (Auslegung), bevor anschließend überprüft wird, ob dieser Inhalt im Text des Testaments eine Andeutung findet (Formwirksamkeit).³⁷

aa) Rückgriff auf äußere Umstände

Unter Geltung des BGB ist nur noch sehr vereinzelt bezweifelt worden, dass bei der Willensermittlung auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden kann (und muss!). Auch bei der Testamentsauslegung sind daher über den Wortlaut hinaus weitere Faktoren zu berücksichtigen. Dazu zählen insbesondere³⁸:

1.) *Abweichende Wortbedeutungen.* Vor allem fachsprachliche Begriffe werden in der Umgangssprache oft anders genutzt. So kann es vorkommen, dass eine Testatorin mit »vermachen« vererben meint oder – vice versa – mit »vererben« die Zuwendung eines Vermächtnisses³⁹. Hier hilft regelmäßig § 2084 BGB weiter (dazu schon oben IV.1.). Wenn es heißt, die »Verwandten ersten Grades« sollten erben, stellt sich die Frage, ob damit Erben erster Ordnung i.S. von § 1924 BGB gemeint sind. Und auch der Gebrauch konkreter Verwandtschaftsbezeichnungen ist oft unscharf – etwa, wenn ein Pflegekind als »Sohn« bezeichnet wird. 2.) *Textzusammenhang.* Zudem kann der Zusammenhang bzw. die Anordnung des Textes Einfluss auf das Verständnis des Testaments haben. Ist dieses etwa in Briefform verfasst, kann die Anredeformel (»Liebe Liselotte, ...«) Aufschluss über die Bedachte(n) geben. 3.) *Testamentsform.* Mitunter kann auch die Testamentsform⁴⁰ bei der Auslegung eine Rolle spielen. Bei einem notariellen Testament mag etwa eine höhere Wahrscheinlichkeit bestehen, dass Begriffe mit spezifischer juristischer Bedeutung (»vermachen«, »Schlusserbe«, ...) vom Erblasser auch in diesem fachspezifischen Sinne gemeint waren.⁴¹ 4.) *Andere Erklärungen des Erblassers.* In einigen Fällen lassen auch weitere letztwillige Verfügungen des Erblassers Rückschlüsse auf sein Verständnis der in Rede stehenden Erklärung zu. Hier ist al-

lerdings Vorsicht geboten. Insbesondere formnichtige⁴² oder aufgehobene letztwillige Verfügungen können nicht ohne Weiteres zur Auslegung herangezogen werden. 5.) *Sonstige Umstände.* Bei im Ausland lebenden Erblasserinnen können beispielsweise die dortige Rechtslage und der dortige Sprachgebrauch bedeutsam werden.

bb) Geltungsgrenze: Andeutungstheorie

Ist auf diesem Wege ein »wirklicher« Erblasserwille ermittelt, stellt sich die Frage, ob selbiger formgerecht erklärt worden ist – sprich, ob er im Testament eine hinreichende Andeutung findet (Andeutungstheorie). Wann eine solche Andeutung vorliegt, lässt sich abstrakt kaum definieren. Deshalb hat sich in der Praxis eine umfassende Kasuistik herausgebildet, die freilich weder auswendig gelernt werden kann noch soll. Jedoch mag eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung helfen, ein Gefühl für die praktische Anwendung der Andeutungstheorie zu entwickeln. Dazu dienen die folgenden Beispiele:

Wenn ein Erblasser Schwarzgeldvermögen in seinem Testament nicht erwähnt, um steuerliche Nachteile zu verhindern, schließt die Rechtsprechung gleichwohl nicht aus, dass sich aus der Aufteilung der im Testament genannten Konten Erbeinsetzungen hinsichtlich des Schwarzgeldes ergeben.⁴³ Beinhaltet ein Erbvertrag im Text selbst nur die gegenseitige Einsetzung der Ehegatten zu Alleinerben und ist ergänzt um eine Pflichtteils- und eine Wiederverheirathungsklausel, kann hieraus unter Umständen auf die stillschweigende Einsetzung der Kinder als Schlusserben geschlossen werden.⁴⁴ Gleiches gilt bei einem gemeinschaftlichen Testament, das ausdrücklich nur die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und daneben eine Pflichtteilsstrafklausel enthält.⁴⁵ Dagegen soll es für eine Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin ihres Mannes nicht genügen, wenn dieser in einem Einzeltestament verfügt, die Erbschaft solle »gemäß dem Berliner Testament erfolgen einschließlich der Wiederverheirathungsklausel.«⁴⁶ Und auch bei einem gemeinschaftlichen Testament genügt es für eine gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten nicht, wenn sie expressis verbis nur ihre gemeinsamen Kinder hälftig als Erben einsetzen.⁴⁷ Zudem soll in der Schlusserbeinsetzung mehrerer Nichten und Nefen »für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens« der testierenden Ehegatten keine generelle Schlusserbeinsetzung der genannten Personen liegen.⁴⁸ In der Klausur ist die Frage nach einer testamentarischen Andeutung des ermittelten Erblasserinnenwillens also in erster Linie eine Frage gelungener Argumentation.

37 Im Schrifttum rät man bisweilen von einer solchen Zweiteilung ab, da hierin »die überholte Vorstellung vom Dualismus zwischen Wille und Erklärung wieder auf[lebe]« (*Lange/Kuchinke* ErbR, 5. Aufl., 2001, § 34 III. 2. m. w. N.; daneben auch *Muscheler* ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1856 ff.). Für die Klausur ist der Zweischritt m. E. aber empfehlenswert, zumal auch der BGH mit seiner Vorgehensweise in diese Richtung deutet (s. etwa BGHZ 80, 242; 86, 41, 46; 94, 36, 38 u. 43).

38 Mit diesen und weiteren Bsp. *Staudinger/Otte*, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 55 ff. Daneben auch die Bsp. aus der Rspr. bei *Kipp/Coing* ErbR, 14. Bearb., 1990, § 21 IV.

39 Z. B. BayObLG FamRZ 1999, 1392 ff.

40 Zur Wiederholung: *Röthel* Testamentsformen, *JURA* 2014, 475 ff.

41 Hintergrund ist die Beratung, die der Abfassung des notariellen Testaments vorausgeht. Die Erblasserin schildert ihre Vorstellungen postmortaler Vermögensverteilung und die Notarin empfiehlt eine passende rechtliche Ausgestaltung. Aber Achtung: Für die Auslegung des Testaments kommt es stets auf das Begriffsverständnis der Erblasserin und nicht etwa der Notarin an! So kann es vorkommen, dass »Ersatzerbe« im notariellen Testament (auch) als »Nacherbe« zu verstehen ist (etwa BGH, UrT. v. 23. 04. 1951 – IV ZR 17/51).

42 Zu einer maschinenschriftlichen Anlage eines gemeinschaftlichen Testaments z. B. *Röthel* *JURA* (JK), 2022, 1002.

43 BayObLG FamRZ 2003, 1779.

44 OLG Zweibrücken NJW-RR 1994, 844.

45 OLG Frankfurt FamRZ 2002, 352.

46 OLG Hamm NJW-RR 2015, 9.

47 BGHZ 80, 242.

48 BGH NJW 2019, 2317, 2318 f.

cc) Andeutung, Wille und Formzweck

Neben den genannten Einwänden (oben III.) halten Kritiker⁴⁹ der Andeutungstheorie vor allem entgegen, sie schränke die Wirksamkeit und damit die Bedeutung des Erblasserwillens über Gebühr ein – lässt sie diesen doch nur unter bestimmten Voraussetzungen (= Andeutung im Testament) Rechtsfolgen entfalten. Befürworterinnen⁵⁰ der Andeutungstheorie argumentieren dagegen genau umgekehrt: Die Andeutungstheorie (wie auch die Formbedürftigkeit letztwilliger Verfügungen als solche) *sichere* den Erblasserwillen. Denn sie begrenze den Radius derjenigen (nachträglichen) Einwände, die im Hinblick auf das Verständnis des wirklichen Erblasserinnenwillens einzupreisen sind. Ohne das Erfordernis einer Andeutung im Testament müsse letztlich jede Behauptung, der Erblasser habe etwas anderes als das objektiv Erklärte gewollt, als zulässiger Angriff auf den Testamentsinhalt gewertet werden. Beispiel⁵¹: Victor hat eine (nichteheliche) Tochter Tatjana. Er verfügt durch notarielles Testament, die gesetzliche Erbfolge solle eintreten. Nach Victors Tod behauptet seine Mutter Monika, Victor habe mit seinen Worten sie als Alleinerbin einsetzen wollen. Denn der zuständige Notar habe nichts von Tatjanas Existenz gewusst und daher den Begriff »gesetzliche Erbfolge« gewählt. Sieht man von dem Erfordernis einer Andeutung im Testament ab, hätte Monika mit diesem Einwand je nach sonstiger Beweislage Erfolg. Und tatsächlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Dinge wie von Monika beschrieben ereignet haben. Allerdings kann es (mindestens) genauso gut sein, dass der Notar von Tatjana wusste und Victor ausdrücklich Tatjana bedenken wollte.

Befürworter der Andeutungstheorie verweisen hier auf die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten einer Formbedürftigkeit letztwilliger Verfügungen und auf die jeweiligen Formzwecke. Die Form diene dem Schutz vor Über-eilung, einer Unterscheidbarkeit des rechtsverbindlich Gewollten vom lediglich Erwogenen und erfülle zudem eine Beweisfunktion (schon einleitend I.).⁵² Angesichts der Unsicherheiten, die im postmortalen Umgang mit einem lebzeitigen Willen notgedrungen begegnen, wird die Form als Versuch erachtet, gerade diesen Willen zu schützen. Zwar kann es – wie Kritikerinnen bemängeln – im Einzelfall durchaus vorkommen, dass Monika mit ihrem Einwand Recht hat und das Andeutungserfordernis dem wirklichen Erblasserwillen letztlich die Wirksamkeit versagt. Dem hält man wiederum entgegen, dass ohne das Erfordernis einer

Andeutung im Text postmortalen Einflussnahmen auf den Erblasserwillen Tür und Tor geöffnet werde. Denn »passende« Zeugen könnten nachträglich durch allerlei Behauptungen zu ihren eigenen Gunsten beeinflussen, wie der Wille der Erblasserin verstanden wird.⁵³ Mit ihren Befürworterinnen lässt sich also – entgegen den vorgebrachten Bedenken – sagen, die Andeutungstheorie bekräftige und sichere die Formbedürftigkeit letztwilliger Verfügungen; und damit die Wirksamkeit des Erblasserwillens.

dd) Andeutungstheorie und Falschbezeichnung

Schwierigkeiten bereiten mitunter (die in der Praxis seltenen) Fälle einer Falschbezeichnung. Grundsätzlich gilt auch im Erbrecht *falsa demonstratio non nocet*.⁵⁴ Allerdings stellt sich dann die Frage, ob das wirklich Gewollte eine hinreichende Andeutung im Testament gefunden hat und damit formrichtig erklärt ist. An dieser Stelle ist zu unterscheiden, ob es sich um eine bewusste oder unbewusste, d.h. versehentliche Falschbezeichnung handelt.

Fälle *bewusster* Falschbezeichnung lassen sich relativ leicht über die Andeutungstheorie bewältigen: Denn ob eine Andeutung im Testament vorhanden ist, beurteilt sich vom Standpunkt der Erblasserin aus.⁵⁵ Bei einer bewussten Falschbezeichnung ist das Gemeinte insofern aber mit dem »falschen« Begriff zutreffend ausgedrückt – und folglich im Wortlaut des Testaments hinreichend angedeutet⁵⁶. Wenn Erblasserin Elfriede von ihrem Ehemann regelmäßig als »Vati« spricht, dann sind die Worte »Vati soll alles bekommen« als Alleinerbeinsetzung ihres Ehemannes zu verstehen. Denn mit »Vati« ist aus Elfriedes Sicht⁵⁷ eindeutig ihr Ehemann (und nicht etwa ihr Vater) gemeint. Die erforder-

53 Statt aller Soergel/Loritz/Uffman, 14. Aufl., 2021, BGB § 2084 Rn. 12.

54 Kritikerinnen wenden bisweilen ein, die Andeutungstheorie sei mit dem *falsa demonstratio*-Grundsatz unvereinbar. Und tatsächlich ergeben sich jedenfalls bei unbewussten Falschbezeichnungen Probleme hinsichtlich einer Abgrenzung zum Inhaltsirrtum nach § 2078 Abs. 1 BGB. Der korrespondierende Diskurs greift aber erheblich über das hinaus, was in einer Klausur erwartet wird. I. d. R. wird es ratsam sein, auf § 2078 Abs. 1 BGB zurückzugreifen (s. u.). Näher hierzu sowie zum Folgenden insb. Muscheler ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1845 ff.

55 So schon das RG, s. etwa JW 1910, 61 und JW 1911, 544 f.

56 Man könnte sogar sagen, dass es sich um mehr als eine bloße Andeutung handelt, nämlich um die exakte Bezeichnung (hierzu Muscheler ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1848; vgl. auch RGZ 70, 391, 393 f.).

57 Teilweise käme man an dieser Stelle sogar schon mit einer Auslegung anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs weiter; denn bei Personen mit Kindern ist es nicht unbedingt unüblich, dass sie andere Personen, etwa Partner oder Eltern, aus Sicht der Kinder bezeichnen (»Papa«, »Oma« etc.). Hierzu MüKo-BGB/Leipold, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 24.

49 S. die Nachw. in Fn. 26.

50 S. die Nachw. in Fn. 7. Dabei insb. Staudinger/Otte, 2021, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 38 ff.

51 Angelehnt an den Sachverhalt in BGHZ 80, 246.

52 S. nur BGHZ 80, 242, 246.

liche Andeutung liegt damit vor. Dasselbe gilt mitunter für verschlüsselte Ausdrücke.⁵⁸

Weniger eindeutig liegen die Dinge dagegen in Fällen einer *unbewussten* Falschbezeichnung. Meist wird hier eine Auslegung nicht weiterhelfen, da der ermittelte »wirkliche« Wille mangels Andeutung im Testament nicht formgerecht erklärt ist und daher keine Rechtswirkungen entfaltet (§ 125 S. 1 BGB!). Stattdessen bedarf es einer Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB.⁵⁹ Beispiel: Erblasser Erwin schreibt im Testament versehentlich »Hubert«, obwohl er eigentlich seinen Sohn namens Helmut als Alleinerben einsetzen wollte. Unter Rückgriff auf äußere Umstände ergibt die Auslegung, dass Helmut Alleinerbe werden soll. Regelmäßig wird es aber an einer entsprechenden Andeutung im Testament selbst fehlen; die Auslegung läuft also gewissermaßen »ins Leere«, denn ihr Ergebnis ist nicht formrichtig erklärt und daher rechtlich nicht wirksam. Sofern der Testamentstext selbst nicht ausnahmsweise doch Anhaltspunkte bietet, dass Helmut bedacht werden sollte, verbleibt nur die Testamentsanfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB. Wendet man die Andeutungstheorie dagegen (mit einer Minderheitenansicht) nicht an, kann das Gewollte in diesen Fällen auch qua Auslegung zur Geltung gebracht werden. In der Klausur wird es in aller Regel ratsam sein, das Problem der unbewussten Falschbezeichnung über § 2078 Abs. 1 BGB zu lösen.

b) Ergänzende Auslegung und Andeutungstheorie

Es ergibt sich ohne Weiteres, dass die Grundsätze der Andeutungstheorie, wie sie im Rahmen der erläuternden Auslegung greifen, nicht unverändert auf die ergänzende Auslegung angewendet werden können. Denn die ergänzende Auslegung gelangt dann zur Anwendung, wenn das Testament eine »Lücke« aufweist. Es geht um Fälle, in denen es an einer Regelung fehlt, die die Erblasserin bei Kenntnis der Sachlage getroffen hätte, irrtumsbedingt aber nicht getroffen hat. Diese Lücke wird dann auf Grundlage des hypothetischen Erblasserinnenwillens geschlossen.⁶⁰ Einige Stimmen in der Literatur wollen die Andeutungstheorie für die

ergänzende Auslegung überhaupt nicht zur Anwendung bringen; denn der hypothetische Wille könne als *irrealer Wille* naturgemäß keine Andeutung im Testament finden.⁶¹ Die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum wenden die Andeutungstheorie dagegen auch bei der ergänzenden Auslegung an, allerdings mit modifizierten Anforderungen. Denn dass der hypothetische Wille, mittels dessen die Lücke geschlossen wird, selbst keine Andeutung im Testament gefunden haben kann, ergibt sich denkwürdig aus der Existenz der entsprechenden Lücke. Beispiel⁶²: Der kinderlose Kurt möchte sein gesamtes Vermögen der Familie seiner Schwester Simone zukommen lassen und setzt daher Simone zur Alleinerbin ein. Allerdings stirbt Simone vor Kurt. Während Kurts *Zielsetzung* (Zuwendung des Vermögens an Simones Familie) nach wie vor aktuell ist, ist das gewählte *Mittel* (Erbeinsetzung von Simone) nicht länger geeignet, dieses Ziel zu erreichen.⁶³ Im Wege der Auslegung kann Kurts Testament dann etwa dahingehend ergänzt werden, dass Simones Abkömmlinge an ihrer Stelle als Erben eingesetzt werden. Für dieses konkrete Mittel findet sich in aller Regel kein Anhaltspunkt im Text des Testaments. Rechtsprechung und herrschende Literatur lassen es daher genügen, wenn die *Willensrichtung* der Erblasserin, d. h. Ziele, Motivation und Absichten, auf Basis derer der lückenfüllende hypothetische Wille festgelegt wird, eine Andeutung im Testament findet.⁶⁴ Mit dieser Rückkopplung an die Willensrichtung der Erblasserin soll sichergestellt werden, dass die ergänzende Auslegung sich tatsächlich in der Lückenschließung erschöpft – und nicht zu einer vollkommenen Neuschöpfung testamentarischer Verfügungen und einer richterlich begründeten Erbfolge führt. Mit anderen Worten: Das Testament soll nicht neu, sondern weiter und zu Ende gedacht werden.⁶⁵ Diesem Zweck dient die Andeutungstheorie.

V. Fazit

Die sog. Andeutungstheorie bestimmt die richterliche Praxis und wird von weiten Teilen der Literatur für zutreffend

⁵⁸ So der BGH im Falle eines von den Nationalsozialisten Verfolgten, der in Briefen mithilfe von Decknamen (z. B. »Lizzy« und »Edwin's Tochter«) und Umschreibungen (z. B. »Dreiblatt« für Erbgemeinschaft von drei Personen) seine postmortalen Vermögensverhältnisse zu ordnen suchte (BGH WM 1976, 744).

⁵⁹ Zur Wiederholung: *Röthel* Anfechtung im Erbrecht, *JURA* 2017, 1183 ff.

⁶⁰ Hierzu und zum Folgenden ausführlich *Muscheler* ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1862 ff. Daneben z. B. *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 85 ff. und *Soergel/Loritz/Uffman*, 14. Aufl., 2021, BGB § 2084 Rn. 37 ff.

⁶¹ Vgl. *Brox/Walker* ErbR, 29. Aufl., 2021, § 16 Rn. 8.

⁶² Angelehnt an RGZ 99, 82 ff.

⁶³ Grundlegend zu dieser Differenzierung von Ziel und Mittel *Kipp/Coing* ErbR, 14. Bearb., 1990, § 21 III. 5. b).

⁶⁴ RGZ 99, 82, 85; 134, 277, 280; BGHZ 22, 357, 362; *Staudinger/Otte*, 2019, BGB Vor §§ 2064–2086 Rn. 83 ff.; *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 99 ff.; *Kipp/Coing* ErbR, 14. Bearb., 1990, § 21 III. 5.; *Lange/Kuchinke* ErbR, 5. Aufl., 2001, § 34 III. 5. c); *Leipold* ErbR, 23. Aufl., 2022, § 12 Rn. 396; *Röthel* ErbR, 18. Aufl., 2020, § 19 Rn. 11. Kritik dagegen bei *Muscheler* ErbR Bd. I, 2010, § 29 Rn. 1871 ff.

⁶⁵ Vgl. *MüKo-BGB/Leipold*, 9. Aufl., 2022, § 2084 Rn. 103.

gehalten. Sie soll sicherstellen, dass der »wirkliche« Wille der Erblasserin nur dann rechtlich maßgeblich ist, wenn er sich im Testament niedergeschlagen hat. So sucht man zu verhindern, dass Dritte den Erblasserwillen postmortal durch Einwände in Frage stellen, die mit der Erklärung des Erblassers (und in vielen Fällen mit seinem »wirklichen« Willen) nichts zu tun haben. Zwar mag das im Einzelfall dazu führen, dass zutreffende Einwände nicht durchgreifen, dass also der »wirkliche« Wille des Erblassers mangels Andeutung keine Berücksichtigung findet. Dieses Risiko nimmt die herrschende Meinung allerdings in Kauf.

In der Klausur ist bei der Testamentsauslegung also wie folgt zu verfahren: Im ersten Schritt ist, unter Rückgriff auf

den Wortlaut des Testaments sowie auf weitere, außerhalb der Urkunde liegende Umstände, der »wirkliche« Wille der Erblasserin zu ermitteln. Im zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob der so ermittelte Wille im Text des Testaments zumindest andeutungsweise zum Ausdruck kommt. Hier ist eine Argumentation anhand des konkreten Falls gefragt. Fehlt es an einer Andeutung, ist der Wille nicht formgerecht erklärt und kann daher nicht wirksam werden (§ 125 S. 1 BGB). In derlei Fällen, in denen sich das gewünschte Ergebnis nicht mittels Auslegung erzielen lässt, kommt aber ggf. eine Testamentsanfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB in Betracht.