Die ergänzende Auslegung von Testament und Erbvertrag

Die konstruktive Umsetzung eines hypothetischen Willens im Erbrecht

DISSERTATION
der Universität St.Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG),
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Suzan Can

von

Kaltbrunn (St.Gallen) und aus der Türkei

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Vito Roberto

und

Prof. Dr. Arnold F. Rusch

Dissertation Nr. 5270

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2023

Die Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und Informatik (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 24. Oktober 2022

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 53 der Schriftenreihe «St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von der Juristischen Abteilung der Universität St.Gallen
ISBN 978-3-03891-538-6

myclimate neutral

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist grösstenteils während meiner Zeit als wissenschaftliche Assistentin am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen sowie während eines Forschungsaufenthaltes am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz entstanden.

Ich bedanke mich herzlich bei meinen Referenten Prof. Dr. Vito Roberto LL.M. und Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M. für ihre stetige Unterstützung und Betreuung sowohl bei der Auswahl des Dissertationsthemas als auch beim Verfassen dieser Arbeit.

Für die inhaltlichen und formalen Anregungen danke ich zudem meinen Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Karoline Eder, Michael Nagel und Milivoje Mitrovic.

Besonders dankbar bin ich auch meinem familiären und freundschaftlichen Umfeld, das mich stets unterstützt und an mich geglaubt hat. Allen voran danke ich meiner Schwester und meinem Freund. Ihnen beiden ist diese Arbeit gewidmet.

Winterthur, im Oktober 2022 Suzan Can

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Zusammenfassung XXXI
Summary XXXII
Résumé XXXIII

Teil 1: Einleitung 1
§ 1 Untersuchungsgegenstand 3
§ 2 Aufbau 5
§ 3 Methodische Vorgehensweise 6

Teil 2: Grundlagen zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen 9
§ 4 Begriffe 11
§ 5 Verfügungen von Todes wegen 16
§ 6 Auslegungsregeln 26
§ 7 Fazit zum zweiten Teil 37

Teil 3: Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht 39
§ 8 Rechtsprechung und Lehre zur ergänzenden Auslegung im Erbrecht 41
§ 9 Der hypothetische Wille im Erbrecht 58
§ 10 Vereinbarkeit des hypothetischen Willens mit den Verfügungen von Todes wegen 94
§ 11 Fazit zum dritten Teil 145

Teil 4: Anwendung der ergänzenden Auslegung im Erbrecht 149
§ 12 Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht 151
§ 13 Auslegungsmethodik 172
§ 14 Fazit zum vierten Teil 194

Teil 5: Zusammenfassende Darstellung 197

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Abkürzungsverzeichnis XV
Literaturverzeichnis XIX
Zusammenfassung XXXI
Summary XXXII
Résumé XXXIII

Teil 1: Einleitung 1

§ 1 Untersuchungsgegenstand 3
1. Inhalt 3
2. Zielsetzung 4
3. Relevanz der Untersuchung 4

§ 2 Aufbau 5

§ 3 Methodische Vorgehensweise 6

Teil 2: Grundlagen zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen 9

§ 4 Begriffe 11
1. Erläuternde Auslegung 11
2. Ergänzende Auslegung 12
3. Abgrenzung der beiden Auslegungsarten 15

§ 5 Verfügungen von Todes wegen 16
1. Allgemeines 16
2. Verfügungsformen und -arten 18
3. Notwendigkeit der Auslegung 21
   3.1 Erläuternde Auslegung 21
   3.2 Ergänzende Auslegung 25

§ 6 Auslegungsregeln ... 26
1. Art. 18 Abs. 1 OR ... 26
2. Spezifische Auslegungsregeln des Erbrechts ... 28
3. Favor testamenti ... 30
4. Willens- und Vertrauensprinzip ... 33
5. Die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel ... 37

§ 7 Fazit zum zweiten Teil ... 37

Teil 3: Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht ... 39

§ 8 Rechtsprechung und Lehre zur ergänzenden Auslegung im Erbrecht ... 41
1. Rechtsprechung des Bundesgerichts ... 41
   1.1 Bis ca. 2000 ... 41
   1.2 Ab ca. 2000 ... 44
2. Stand der Lehrmeinungen ... 46
   2.1 Bis ca. 2000 ... 46
   2.2 Ab ca. 2000 ... 49
3. Stellungnahme ... 52

§ 9 Der hypothetische Wille im Erbrecht ... 58
1. Definition des hypothetischen Willens ... 58
   1.1 Allgemeine Definition ... 58
   1.2 Abgrenzungen ... 59
2. Der hypothetische Wille bei der Anfechtung des Motivirrtums im Erbrecht ... 62
   2.1 Definition und Anwendungsbereich ... 62
   2.2 Massgeblichkeit des hypothetischen Willens ... 64
   2.3 Möglichkeit einer *modifizierten Teilungültigkeit*? ... 66
      a. Allgemeines ... 66
      b. Stand in Rechtsprechung und Lehre ... 68
      c. Stellungnahme ... 69
   2.4 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung ... 73
3. Der hypothetische Wille bei der Konversion im Erbrecht ... 74
   3.1 Definition der Konversion ... 74
   3.2 Voraussetzungen und Anwendungsbereich ... 74
   3.3 Ersatzgeschäft und hypothetischer Wille ... 79
   3.4 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung ... 81

4. Der hypothetische Wille bei der *clausula rebus sic stantibus* 84
4.1 Definition und Anwendungsbereich 84
4.2 Zulässigkeit im Erbrecht 86
a. Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre 86
b. Stellungnahme 89
4.3 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung 92
5. Allgemeine Erkenntnisse zum hypothetischen Willen im Erbrecht 93

§ 10 Vereinbarkeit des hypothetischen Willens mit den Verfügungen von Todes wegen 94

1. Prinzip der Höchstpersönlichkeit 94
1.1 Begriff und Bedeutung 94
1.2 Die Wirkung der materiellen Höchstpersönlichkeit in Rechtsprechung und Lehre 97
a. Rechtsprechung 97
b. Lehre 100
1.3 Kritische Würdigung des materiellen Höchstpersönlichkeitsprinzips 102
a. Allgemeine Bemerkungen 102
b. Folgen für die ergänzende Auslegung 106
2. Formvorschriften 108
2.1 Begriff und Bedeutung 108
2.2 Zwecke der Formvorschriften 109
2.3 Die Formstrenge in Rechtsprechung und Lehre 111
a. Rechtsprechung 111
b. Lehre 113
2.4 Kritische Würdigung der Formstrenge 114
a. Allgemeine Bemerkungen 114
b. Folgen für die ergänzende Auslegung 117
3. Die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel 120
3.1 Begriff und Bedeutung 120
3.2 Die Eindeutigkeitsregel in Rechtsprechung und Lehre 121
a. Rechtsprechung 121
b. Lehre 123
3.3 Kritische Würdigung der Eindeutigkeitsregel 124
a. Allgemeine Bemerkungen 124
b. Folgen für die ergänzende Auslegung 126

3.4 Die Andeutungsregel in Rechtsprechung und Lehre ... 126
a. Rechtsprechung ... 126
b. Lehre ... 128
3.5 Kritische Würdigung der Andeutungsregel ... 132
a. Allgemeine Bemerkungen ... 132
b. Folgen für die ergänzende Auslegung ... 137

§ 11 Fazit zum dritten Teil ... 145

Teil 4: Anwendung der ergänzenden Auslegung im Erbrecht ... 149

§ 12 Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht ... 151
1. Allgemeine Definition der Lücke ... 151
2. Anfängliche Lücken ... 155
3. Nachträgliche Lücken ... 159
3.1 Allgemeines ... 159
3.2 Zeitpunkt des Eintritts ... 160
3.3 Beispiele ... 161
a. Änderungen innerhalb des Begünstigtenkreises ... 162
b. Änderung der Beziehung zu einer Person ... 166
c. Änderung der Rechtslage ... 168
d. Geldentwertungen und Währungsveränderungen ... 170
e. Weitere Beispiele ... 172

§ 13 Auslegungsmethodik ... 172
1. Auslegungsmassstab ... 172
1.1 Bei Testamenten ... 172
1.2 Bei Erbverträgen ... 173
2. Ex-tunc-Betrachtungsweise ... 178
3. Ermittlung des hypothetischen Willens ... 179
3.1 Erkenntnis der Lücke ... 179
3.2 Willensrichtungen ... 180
3.3 *Verlängerung* der Willensrichtungen ... 182
4. Auslegungsmittel ... 184
4.1 Die Verfügung ... 184
a. Wortlaut im Allgemeinen ... 184
b. Systematik ... 186

4.2 Externa 187
a. Allgemeine Begleitumstände 188
b. Private Verhältnisse 188
c. Entstehungsgeschichte 189
d. Verhalten und Äusserungen nach der Errichtung 190
e. Äusserungen von Drittpersonen 190
4.3 Anwendungsbeispiele 191

§ 14 Fazit zum vierten Teil 194

Teil 5: Zusammenfassende Darstellung 197

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AISUF	Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht (Bern)
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Deutschland)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Deutschland)
Begr.	Begründerinnen / Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
CC	Code civil (ZGB)
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
d.h.	das heisst
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift

dRSK	Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
E.	Erwägung(en)
Ed.	Edition
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis (Deutschland)
et al.	et allii (und weitere)
etc.	et cetera (und so weiter)
e.V.	eingetragener Verein (Deutschland)
f./ff.	und folgende Seite(n), Nummer(n) usw.
FachKomm	Fachanwaltskommentar (Deutschland)
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Deutschland)
Fn.	Fussnote(n)
FS	Festschrift
gl.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitation
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeberinnen / Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
IMPULSE	Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft (Basel)
INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis (Bern)
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
KG	Kammergericht (Deutschland)
KUKO	Kurzkommentar
LBR	Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft
lit.	litera
MCA	Mental Capacity Act
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (Deutschland)

MüKo-BGB	Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Deutschland)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
NJWE-FER	Neue Juristische Wochenschrift-Entscheidungsdienst – Familien- und Erbrecht (Deutschland)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Deutschland)
Nr.	Nummer
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht (Deutschland)
OFK	Orell Füssli Kommentar, Zürich
OLG	Oberlandesgericht (Deutschland)
OLGZ	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Deutschland)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220), Stand am 1. Januar 2022
PraxKomm	Praxiskommentar, Basel
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, Bern
resp.	respektive
RG	Reichsgericht (Deutschland)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Deutschland)
Rn.	Randnummer
RO	Recueil officiel (Amtliche Sammlung)
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite
SchIT	Schlusstitel
SGRW	St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft
SJ	Semaine Judiciare (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt/e
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SSVV	Schweizer Schriften zur Vermögensberatung und zu Vermögensrecht (Zürich)
Syst. Teil	Systematischer Teil
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen

VE-	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Deutschland)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), Stand am 1. Juli 2022
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert als
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZStP	Zürcher Studien zum Privatrecht
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich)

Literaturverzeichnis

ABT DANIEL, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2001 (zit. ABT, Seite).

ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.): Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung – Nachlassabwicklung – Willensvollstreckung – Prozessführung, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. PraxKomm ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

AEBI-MÜLLER REGINA E., Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht – unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012, S. 4 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, Seite).

Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, 2. Aufl., Zürich 2007 (zit. AEBI-MÜLLER, Begünstigung, Rz. _).

AEBI-MÜLLER REGINA E./WIDMER CARMEN LADINA, Art. 473 ZGB – neue Publikationen zu einem Rechtsinstitut mit langer Tradition, successio 2008, S. 102 ff. (zit. AEBI-MÜLLER/WIDMER, Seite).

BAUMANN LORENZ, Von grauen und farbigen Brunnen, Die Rechtsfolgen unmöglicher Auflagen, successio 2010, S. 241 ff. (zit. BAUMANN, Seite).

BECK ALEXANDER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1976 (zit. BECK, Seite).

BINDER MARTIN, Zur Konversion von Rechtsgeschäften, Wien 1982 (zit. BINDER, Seite).

BISCHOFF JACQUES, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Diss. Zürich 1983 (zit. BISCHOFF, Seite).

BIZZARRO MATTHIAS, Mängel handschriftlicher Testamente, AJP 2016, S. 1444 ff. (zit. BIZZARRO, Seite).

BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen Art. 360–387 ZGB, Zürich 2015 (zit. ZK ZGB-BOENTE, Art. _ N _).

BORNHAUSER PHILIP R., Der Ehe- und Erbvertrag, Dogmatische Grundlage für die Praxis, Diss. Zürich 2012 = ZStP 243 (zit. BORNHAUSER, Seite).

BOSSHARDT MARTINA/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/UMMEL SERAINA, Rechtsprechungspanorama Erbrecht, AJP 2021, S. 1172 ff. (zit. BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER/UMMEL, Seite).

BRÄNDLI BEAT, Ökonomische Analyse (Law and Economics) des Schweizer Vertragsrechts in a nutshell, AJP 2020, S. 502 ff. (zit. BRÄNDLI, Seite).

BREITSCHMID PETER, Formvorschriften im Testamentsrecht, de lege lata – rechtsvergleichend – de lege ferenda, dargestellt insbesondere am Beispiel des eigenhändigen Testaments, Diss. Zürich 1982 = ZStP 23 (zit. BREITSCHMID, Formvorschriften, N _).

Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit letztwilliger Anordnungen – ein Diskussionsbeitrag, in: Kamp Annasofia et al. (Hrsg.), Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages, In praeteritum non vivitur, Zürich 2014, S. 255 ff. (zit. BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, Seite).

Testament und Erbvertrag – Formprobleme, in: Kamp Annasofia et al. (Hrsg.), Peter Breitschmid: Gesammelte Schriften aus Anlass seines 60. Geburtstages, In praeteritum non vivitur, Zürich 2014, S. 273 ff. (zit. BREITSCHMID, Formprobleme, Seite).

Nachlassplanung – die Verfügungsarten, ihre Stärken und Schwächen, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Nachlassplanung und Nachlassteilung/Planification et partage successoraux, Zürich 2014, S. 1 ff. (zit. BREITSCHMID, Nachlassplanung, Seite).

Erbrechtliche Fragen alterstypischer Familienkonstellationen – Erbrecht als Teil des Altersrechts – erbrechtliche Fragen des Alters, AJP 2009, S. 1427 ff. (zit. BREITSCHMID, Familienkonstellationen, Seite).

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 17.6.1993, W. c. F. (5C.37/1993), Berufung, AJP 1993, S. 1255 ff. (zit. BREITSCHMID, AJP 1993, Seite).

Bundesgericht, II. Zivilkammer, 28.1.1999, Y. c. Q-Stiftung, 5C. 140/1998, AJP 1999, S. 882 ff. (zit. BREITSCHMID, AJP 1999, Seite).

BREITSCHMID PETER et al., Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BREITSCHMID et al., Erbrecht, Seite, Rz. _).

BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Erbrecht, Art. 457–640 ZGB, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

BURANDT WOLFGANG/ROJAHN DIETER, Erbrecht, 4. Aufl., Hamburg/München 2022 (zit. Erbrecht-BEARBEITER/IN, § _ N _).

CINCELLI ROMAN, Der Common Law Trust, Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz, Diss. Freiburg 2017 = AISUF Bd./Nr. 366 (zit. CINCELLI, Rz. _).

DANZ ERICH, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage, Jena 1897 (zit. DANZ, Seite).

DESCHENAUX HENRI, Schweizerisches Privatrecht Bd. II, Basel 1967 (zit. DESCHENAUX, SPR II, Seite).

DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 6. Aufl., Bern 2011 (zit. DRUEY, Grundriss, § _ N _).

Formerleichterung für das eigenhändige Testament: die «Lex Guinand», AJP 1996, S. 21 ff. (zit. DRUEY, Formerleichterung, Seite).

EITEL PAUL, Der letzte Wille des Erblassers – Notizen zu aktuellen Entwicklungen, in: Arnet Ruth et al. (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 271 ff. (zit. EITEL, Der letzte Wille, Seite).

Obligationenrecht und Erbrecht, in: Schmid Jörg (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, S. 57 ff. (zit. EITEL, Obligationenrecht und Erbrecht, Seite).

BGE 133 III 406 = 5C.46/2007 und 5C.47/2007 vom 6.6.2007 (sowie Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen, BZ.2005.105-K1 vom 20.11.2006), in: successio 2008, S. 231 ff. (zit. EITEL, successio 2008, Seite).

ELMIGER FABIENNE, Das Unternehmen in der Erbteilung, Die Teilungsart (Art. 607–619 ZGB), Diss. Luzern 2012 = LBR 68 (zit. ELMIGER, Seite).

ENZ BENJAMIN V., Clausula rebus sic stantibus – Insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung, Diss. Zürich 2018 = IMPULSE Bd./Nr. 35 (zit. ENZ, Rz. _).

ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457–536), 3. Aufl., Zürich 1959 (zit. ZK ZGB-ESCHER, Art. _ N _).

ESCHMANN BEAT, Auslegung und Ergänzung von Dienstbarkeiten, Diss. Zürich 2005 = ZStP 192 (zit. ESCHMANN, Seite).

FAHRLÄNDER KARL, Die aussenstehende Tatsache in der bundesgerichtlichen Praxis zur Testamentsauslegung, Diss. Bern 1948 (zit. FAHRLÄNDER, Seite).

FANKHAUSER ROLAND, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 14.7./1.9.2005, Etat du Valais et Commune de Nendaz c. Eglise nationale protestante de Genève, Zivilrechtliche Berufung (5C.29/2005, BGE 131 III 601), AJP 2006, S. 752 ff. (zit. FANKHAUSER, Seite).

FICK FRITZ, Die Frage der Aufwertung und der Einfluss wirtschaftlicher Katastrophen auf bestehende Verträge nach schweizerischem Recht, Basel 1925 (zit. FICK, Seite).

FISCHER MURIELLE, Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit im Erbrecht, jusletter vom 13. Februar 2017 (zit. FISCHER, Rz. _).

FLÜCKIGER ANDREAS, Der Umgang des Willensvollstreckers mit anfechtbaren, nichtigen und unklaren Verfügungen von Todes wegen / B. Stellung/Aufgaben des Willensvollstreckers, in: Künzle Hans Rainer/Achermann Hubert/Roth Rudolf (Hrsg.), Willensvollstreckung, Aktuelle Rechtsprobleme (1) – Referate des Weiterbildungsseminars der Universität St. Gallen vom 30. September 2003, Zürich 2004 (= SSVV Bd. 5), S. 91 ff. (zit. FLÜCKIGER, Seite).

FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin 1992 (zit. FLUME, Seite).

FRIESER ANDREAS, Fachanwaltskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Köln 2013 (zit. FachKomm Erbrecht-BEARBEITER/IN, § _ N _).

FRIESER ANDREAS/SARRES ERNST/STÜCKEMANN WOLFGANG/TSCHICHOFLOS URSULA, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht, 7. Aufl., Köln 2019 (zit. Handbuch-BEARBEITER/IN, Kap. _ N _).

GAUCH PETER, Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, S. 209 ff. (zit. GAUCH, Seite).

GAUCH PETER/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), 10. Aufl., Zürich 2021 (zit. Präjudizienbuch OR-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., Zürich 2020 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N _).

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil – Band I und Band II, 7. Aufl., Zürich 1998 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N _).

GEISSBERGER ISABEL/VÖGELI ANNINA, III. Erbrecht / Ausgewählte kindesschutz- und erbrechtliche Aspekte beim Erbvertrag, in: Arnet Ruth et al. (Hrsg.), Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid, Zürich 2019, S. 305 ff. (zit. GEISSBERGER/VÖGELI, Seite).

GLAUS HANNES, Irrtumsanfechtung und Auslegung beim Testament, eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der deutschen und französischen Rechtsordnung, Diss. Zürich 1982 = ZStP 22 (zit. GLAUS, Seite).

GRUNDLER JVO, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, Diss. St. Gallen 1998 = St. Galler Studien zum Privat, Handels- und Wirtschaftsrecht (zit. GRUNDLER, Seite).

HAAS-LEIMACHER CHRISTELLE, Das gemeinschaftliche Testament und die Frage der Bindung an Absprachen auf den Todesfall bei Vertrauensbeziehungen, Rechtsvergleichend anhand des deutschen, österreichischen und französischen Rechts mit Schlussfolgerungen aus schweizerischer Sicht, Diss. Zürich 2016 = ZStP 267 (zit. HAAS-LEIMACHER, Rz. _).

HADZIMANOVIC NATASA, Die Auslegung und Ergänzung von Verträgen, Vertragliche Nebenpflichten im englischen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2016 = ZStP 190 (zit. HADZIMANOVIC, Seite).

HÄSEMEYER LUDWIG, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Frankfurt a.M. 1971 (zit. HÄSEMEYER, Seite).

HAGMANN HANS, Das eigenhändige Testament im schweizerischen Z.G.B. (Art. 505), unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Diss. Zürich 1918 (zit. HAGMANN, Seite).

HAMMANN HANS, Ergänzende Testamentsauslegung: Ermittlung des hypothetischen Erblasserwillens, ErbR 09/2014, S. 420 ff. (zit. HAGMANN, Seite).

HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, BeckOK, 62. Ed., 2021 (zit. BeckOK BGB-BEARBEITER/IN, § _ N _).

HAUSHEER HEINZ, Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Habil. Bern 1970 = ASR Heft 399 (zit. HAUSHEER, Seite).

HAUSHEER HEINZ et al. (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2001 – Veröffentlicht in Band 127 – Personenrecht und Erbrecht, ZBJV 138/2002, S. 793 ff. (zit. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Seite).

HENNINGER JULIA, Die Pflichtteilsproblematik bei der Unternehmensnachfolge am Beispiel der Familienaktiengesellschaft, Diss. Freiburg 2018 = AISUF Bd./Nr. 394 (zit. HENNINGER, Rz. _).

HERZOG SABINE, Trusts und schweizerisches Erbrecht, Einschränkungen bei der Anerkennung von Trusts aus der Perspektive des schweizerischen Erbrechts – unter besonderer Berücksichtigung von Pflichtteilen und deren prozessualer Durchsetzung, Diss. Luzern 2015 = LBR 106 (zit. HERZOG, Rz. _).

HONSELL HEINRICH, I. Privatrecht / Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, Bern 2005, S. 335 ff. (zit. HONSELL, FS Walter, Seite).

HONSELL HEINRICH/MAYER-MALY THEO, Rechtswissenschaft, Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017 (zit. HONSELL/MAYER-MALY, Seite).

HORAT FELIX, Testamentsauslegung und Dauerwillensvollstreckung, Kommentar zu: Urteil: 5A_914/2013 vom 4. April 2014, dRSK vom 13. August 2014 (zit. HORAT, Seite).

HORN CLAUS-HENRIK/KROISS LUDWIG, Testamentsauslegung, Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen, 2. Aufl., München 2019 (zit. HORN/KROISS, § _ N _).

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des letzten Willens des Erblassers, Habil. Zürich/St. Gallen 2008 (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. _).

Neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung aus dem Erbrecht, AJP 2010, S. 501 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER, Rechtsprechung, Seite).

Schweizerisches Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 6. Juni 2007 i.S. Gesellschaft X. und Stiftung Y. gegen T., U., V. (5C.46/2007 und 5C.47/2007), BGE 133 III 406, Berufung, AJP 2007, S. 1443 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER, AJP 2007, Seite).

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/LENGACHER PHILIP, Rechtsprechungspanorama/Erbrecht, AJP 2015, S. 505 ff. (zit. HRUBESCH-MILLAUER/LENGACHER, Seite).

HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Freiburg 1984 (zit. HÜRLIMANN, Seite).

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. HUGUENIN, Rz. _).

JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N _).

JOOS GREGOR, Testamentsformen in der Schweiz und in den USA, Diss. Zürich 2001 = ZStP 170 (zit. JOOS, Seite).

KEIM CHRISTOPHER, OLG Düsseldorf: Grenzen der ergänzenden Auslegung eines Erbvertrages, MittBayNot 2012, 397 ff. (zit. KEIM, Seite).

KELLER KONRAD, Die Auslegung der Formvorschriften für die Errichtung von Testamenten in der Rechtsprechung, Diss. Zürich 1931 (zit. KELLER, Seite).

KERRIDGE ROGER, Parry and Kerridge: The Law of Succession, 13. Aufl., London 2016 (zit. KERRIDGE, Seite).

KIPP THEODOR, Erbrecht: Ein Lehrbuch, 14. Aufl., Frankfurt 1990 (zit. KIPP, Seite).

KLEIN GEORG WILHELM, Über den Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung: Auslegung und Grenzen am Beispiel des frühzeitigen Unternehmertestamentes, Diss. Giessen 2011 (zit. KLEIN, Seite).

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT, Rz. _).

Vertragsstreitigkeiten: Grundsätze der Streiterledigung, SJZ 115/2019, S. 643 ff. (zit. KOLLER, Vertragsstreitigkeiten, Seite).

Vertragslücken und deren Füllung, AJP 2019, S. 1112 ff. (zit. KOLLER, Vertragslücken, Seite).

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. KRAMER, Methodenlehre, Seite).

Neues zur clausula rebus sic stantibus, SJZ 110/2014, S. 273 ff. (zit. KRAMER, clausula, Seite).

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. _ N _).

KRAMPE CHRISTOPH, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Habil. Mannheim 1980 (zit. KRAMPE, Seite).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

KÜMIN HANS-PETER, Auslegung von letztwilligen Verfügungen – Gedanken zur aktuellen Situation in Literatur und Praxis, Anwaltsrevue 3/2005, S. 111 ff. (zit. KÜMIN, Seite).

LANGE HEINRICH/KUCHINKE KURT, Erbrecht, 5. Aufl., München 2001 (zit. LANGE/KUCHINKE, Seite).

LANGENFELD GERRIT, Testamentsgestaltung angesichts des Grundsatzes der materiellen Höchstpersönlichkeit, successio 2009, S. 85 ff. (zit. LANGENFELD, Seite).

LEUBA AUDREY, L'interprétation des testaments, SJ 2004 II, S. 25 ff. (zit. LEUBA, Seite).

LIMPERG BETTINA et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 3, Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Aufl., München 2022 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/IN, § _ N _).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil (§§ 1–240), 9. Aufl., München 2021 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/IN, § _ N _).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 11, Erbrecht (§§ 1922–2385, §§ 27–35 BeurkG), 8. Aufl., München 2020 (zit. MüKo BGB-BEARBEITER/IN, § _ N _).

LÜDI MICHAEL, Auflagen und Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen unter Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Zürich 2016 = ZStP 272 (zit. LÜDI, Seite).

MEDICUS DIETER/PETERSEN JENS, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016 (zit. MEDICUS/PETERSEN, Rz. _).

MEIER PHILIPPE, Des Statutory Wills en droit suisse?, AJP 2016, S. 1611 ff. (zit. MEIER, Seite).

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK OR-MÜLLER, Art. _ N _).

MÜLLER-CHEN MARKUS/MÜLLER CHRISTOPH/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Comparative Private Law, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, Rz. _).

MÜNCH PETER, Vertragsauslegung: Ablehnung der «Eindeutigkeitsregel», ZBJV 131/1995, S. 241 ff. (zit. MÜNCH, Seite).

MUSCHELER KARLHEINZ, Erbrecht, Bd. I, Tübingen 2010 (zit. MUSCHELER, N _).

NIEDER HEINRICH (Begr.)., Handbuch der Testamentsgestaltung, Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Massnahmen, 6. Aufl., München 2020 (zit. Nieder-BEARBEITER/IN, § _ N _).

PERKAMS GUIDO, Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht, Berlin 2010 (zit. PERKAMS, Seite).

PICENONI VITO, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Zürich 1955 (zit. PICENONI, Seite).

PIOTET PAUL, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Basel 1978 (zit. PIOTET, SPR IV/1, Seite).

RASCHEIN ROLF, Die Ungültigkeit der Verfügungen von Todes wegen, Diss. Winterthur 1954 (zit. RASCHEIN, Seite).

RASELLI NICCOLO, Erklärter oder wirklicher Wille des Erblassers, AJP 1999, S. 1262 ff. (zit. RASELLI, Seite).

REICH MANFRED, Willensmängel und ihre Heilung bei letztwilligen Verfügungen, Diss. Würzburg 2008 (zit. REICH, Seite).

REICHLIN PAUL, Grundsätze der Testamentsauslegung, ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Rechtsgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Diss. Freiburg 1926 (zit. REICHLIN, Seite).

RICH BARBARA, Re D(J) (1981): Statutory Wills, in: Sloan Brian (Hrsg.), Landmark Cases in Succession Law, Oxford 2019, S. 71 ff. (zit. RICH, Seite).

RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen, Art. 80–89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. BK ZGB-RIEMER, Art. _ N _).

Massgeblichkeit des hypothetischen Willens des Erblassers bei Testamenten? (sog. ergänzende Auslegung bei Testamenten) – Zur Frage der Zulässigkeit einer richterlichen Ergänzung oder Ersetzung mangelhafter testamentarischer Anordnungen, recht 2003, S. 39 ff. (zit. RIEMER, hypothetischer Wille, Seite).

Schematische Übersicht über die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Rechtsgeschäften von Todes wegen (Testamente, Erbverträge) und den Rechtsgeschäften unter Lebenden (Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte, Beschlüsse), recht 1994, S. 124 f. (zit. RIEMER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, Seite).

Nichtige (unwirksame) Testamente und Erbverträge, Unter Art. 20 OR fallende und weitere Tatbestände bei Verfügungen von Todes wegen, in: Forstmoser Peter et al. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 245 ff. (zit. RIEMER, FS Keller, Seite).

RUDOLF MICHAEL, Handbuch Testamentsauslegung und -anfechtung, Bonn 2000 (zit. RUDOLF, Seite).

RUSCH ARNOLD F., Aleatorische Verträge, AJP 2013, S. 1625 ff. (zit. RUSCH, Aleatorisch, Seite).

Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, jusletter vom 3. Februar 2006 (zit. RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. _).

SAWYER CAROLINE/SPERO MIRIAM, Succession, wills and probate, 3. Aufl., Abingdon 2015 (zit. SAWYER/SPERO, Seite).

SCHÄRER JÜRG CHRISTIAN, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Diss. Bern 1973 (zit. SCHÄRER, Seite).

SCHAUER MICHAEL, Die mehrdeutige Bezeichnung des Bedachten, Pragmatische Regeln bei der Behandlung unklarer Testamentsklauseln, Diss. Hamburg 2013 (zit. SCHAUER, Seite).

SCHMID JÜRG, 40) Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Auszug aus dem Urteil vom 23. Juli 2001 i.S. Erben der A.R. sel. gegen Erben des B.R. sel. (Berufung), ZBGR 83/2002, S. 315 ff. (zit. SCHMID, Seite).

SCHNYDER BERNHARD, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1990 und 1991, ZBJV 129/1993, S. 167 ff. (zit. SCHNYDER, Seite).

SCHÖLL MICHAEL, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Eine rechtsvergleichende Studie zur Hermeneutik der Privatautonomie angesichts teleologischer Inkohärenzen rechtsgeschäftlicher Unwirksamkeitstatbestände, Diss. Basel 2005 = ASR (zit. SCHÖLL, Seite).

SCHULZE REINER et al. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. HK BGB-BEARBEITER/IN, § _ N _).

SCHWANDER IVO, Eheverträge – zwischen «ewigen» Verträgen und Inhaltskontrolle, AJP 2003, S. 572 ff. (zit. SCHWANDER, Seite).

SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020 (zit. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. _).

SEILER BENEDIKT, Die erbrechtliche Ungültigkeit, unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil. Basel 2016 (zit. SEILER, Rz. _).

SEROZAN RONA, Wohin steuert das Erbrecht?, successio 2014, S. 4 ff. (zit. SEROZAN, Seite).

SIEKER SUSANNE, Der Motivirrtum des Erblassers aufgrund nicht bedachter Ereignisse, AcP 2001, Bd. 201, S. 697 ff. (zit. SIEKER, Seite).

SOERGEL HANS-THEODOR (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 22: Erbrecht 2 §§ 2064–2273 BGB, §§ 1–35 Beurkundungsgesetz, 13. Aufl., Stuttgart 2003 (Soergel-BEARBEITER/IN, § _ N _).

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB, Band 2: Allgemeiner Teil §§ 104–240 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 1999 (Soergel-BEARBEITER/IN, § _ N _).

SPECKERT THOMAS, Unterschied zwischen Testament und Erbvertrag, Diss. Zürich 1951 (zit. SPECKERT, Seite).

SPIRO KARL, Certum debet esse consilium testantis?, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 259 ff. (zit. SPIRO, Seite).

STAGL JAKOB FORTUNAT, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten: die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, 2. Aufl., Wien 2005 (zit. STAGL, Seite).

STAUDINGER JULIUS VON (Begr.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 139–163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Berlin 2020 (zit. Staudinger-BEARBEITER/IN, § _ N _).

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 5, Erbrecht, §§ 2064–2196 (Testament 1), Berlin 2019 (zit. Staudinger-BEARBEITER/IN, § _ N _).

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90–124, §§ 130–133, Berlin 2017 (zit. Staudinger-BEARBEITER/IN, § _ N _).

STEHLE BERNHARD, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff. (zit. STEHLE, Seite).

STEINAUER PAUL-HENRI, Surprenant peut-être, mais pas invalide pour autant, ATF 5A_323/2013, successio 2014, S. 272 ff. (zit. STEINAUER, Seite).

STUDHALTER PHILIPP, Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach Art. 473 ZGB, mit besonderer Berücksichtigung des rechtsgeschäftlichen Wahlrechts, Diss. Bern 2007 = INR Bd. 4 (zit. STUDHALTER, Rz. _).

STUMPF CORDULA, Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Anfechtung, Umdeutung und Wegfall der Geschäftsgrundlage, Berlin 1991 (zit. STUMPF, Seite).

SULZER STEFAN, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. St. Gallen 2002 = SGRW Bd./Nr. 5 (zit. SULZER, Seite).

TAPPMEIER KLAUS, Zur Funktion der erbrechtlichen Auslegungsvorschriften des BGB, Diss. Bielefeld 1987 (zit. TAPPMEIER, Seite).

TUOR PETER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Eine systematische Darstellung mit Berücksichtigung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, 2. Aufl., Zürich 1932 (zit. TUOR, Seite).

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015 (zit. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § _ Rz. _).

VON ORELLI LUKAS, Zur Auslegung des Stifterwillens, Diss. Zürich 2019 = Schriften zum Stiftungsrecht, Bd. 11 (zit. VON ORELLI, Seite).

VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen römischen Rechts, 1. Bd., Berlin 1840 (zit. VON SAVIGNY, Seite).

WACHENDORF EICHENBERGER ISABEL, Die Konversion ungültiger Verfügungen von Todes wegen, Diss. Basel 2002 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Bd. 64 (zit. WACHENDORF EICHENBERGER, Seite).

WEIGOLD HERMANN, Aufhebung und Änderung letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1969 (zit. WEIGOLD, Seite).

WEIMAR PETER, Berner Kommentar, Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit, Die Verfügungsfreiheit, Die Verfügungsarten, Die Verfügungsformen, Art. 457–516 ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Die Erben, Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungen von Todes wegen, Bern 2009 (zit. BK ZGB-WEIMAR, Art. _ N _).

WELTER WOLFGANG, Auslegung und Form testamentarischer Verfügungen, Die Verwirklichung des Erblasserwillens, Frankfurt am Main 1985 (zit. WELTER, Seite).

WELTI MAX, Willensmängel bei den Verfügungen von Todes wegen, Diss. Bern 1928 (zit. WELTI, Seite).

WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

WIGET FABIENNE, Testamentsauslegung, Kommentar zu Urteil: 5A_850/2010 vom 4. Mai 2022, dRSK vom 21. Juni 2011 (zit. WIGET, Rz. _).

WOLF STEPHAN, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 91/2010, S. 73 ff. (zit. WOLF, Seite).

WOLF STEPHAN/FOUNTOULAKIS CHRISTINA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

WOLF STEPHAN/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER/IN, Art. _ N _).

WOLF STEPHAN/GENNA GIAN SANDRO, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. IV/1, Basel 2012 (zit. WOLF/GENNA, SPR IV/1, Seite).

WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, Unter Mitarbeit von Martina Bosshardt, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. _).

ZEITER ALEXANDRA, Die Erbstiftung (Art. 493 ZGB), Diss. Freiburg 2000 = AISUF Bd./Nr. 203 (zit. ZEITER, Seite).

ZEMP GSPONER CHRISTINE, Andeutungsregel und Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit bei der Testamentsauslegung (Fall «Waadtländer Chalet»), successio 2012, S. 216 ff. (zit. ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, Seite).

Auslegung von Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln, successio 2017, S. 244 ff. (zit. ZEMP GSPONER, Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln, Seite).

ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996 (zit. ZWEIGERT/KÖTZ, Seite).

Zusammenfassung

Testamente und Erbverträge sind auslegungsbedürftige Rechtsgeschäfte. So kommt es oft vor, dass die von Todes wegen verfügende Person ihren Willen nur unklar zum Ausdruck bringt und es somit für Dritte, insbesondere das Gericht, nicht direkt ersichtlich ist, worauf die Verfügung abzielt. Gerade handschriftliche Testamente leiden häufig an Unklarheiten, da diese oft ohne juristischen Rat erstellt werden. Die erläuternde Auslegung hat somit zum Ziel, den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen nachzuvollziehen und so zu ihrer rechtlichen Massgeblichkeit beizutragen. Demgegenüber kann die Auslegung aber auch dazu führen, dass man in der Verfügung Lücken erkennt. Eine solche Lücke liegt insbesondere dann vor, wenn sich die Umstände seit der Errichtung der Verfügung geändert haben und die bestehende Anordnung nicht mehr passt. Um dem erblasserischen Willen dennoch bestmöglich Rechnung zu tragen, bezweckt die ergänzende Auslegung, solche Unvollständigkeiten zu beheben. Hierfür ermittelt die ergänzende Auslegung den hypothetischen Willen der betroffenen Person und füllt damit die Lücke.

Da Verfügungen von Todes wegen allerdings formbedürftige und höchstpersönliche Rechtsgeschäfte sind, sind der gerichtlichen Lückenfüllung gewisse Grenzen gesetzt. Nicht erlaubt ist es, dass das Gericht anstelle des erblasserischen Willens den eigenen umsetzt. Dies wäre dann der Fall, wenn das Gericht gänzlich fehlende Anordnungen nachholt, da es der Verfügung dann unzulässigerweise einen neuen Zweck einfügt. Eine Lückenfüllung im Sinne der ergänzenden Auslegung im Erbrecht ist daher darauf beschränkt, fehlende Teilemente zu vervollständigen und den bereits geäusserten Zweck anzupassen. Dies wird dadurch erreicht, indem das Gericht den hypothetischen Willen anhand der tatsächlich erkennbaren Willensrichtungen weiterentwickelt und insofern das bereits Bestehende *weiterführt*. Der hypothetische Wille muss sich zudem immer mit einer hohen Wahrscheinlichkeit ermitteln lassen und darf nie rein objektiviert festgestellt werden. Nur dann ist die ergänzende Auslegung mit den Charakteristika der Verfügungen von Todes wegen vereinbar und lässt sich in die bestehende Auslegungsmethodik einbetten.

Summary

Wills and contracts of succession are legal transactions that require interpretation. It often happens that the person making the disposition *mortis causa* expresses his or her will unclearly and it is therefore not directly apparent to third parties, especially the court, what the disposition aims at. Handwritten wills in particular often suffer from a lack of clarity, as they are often drafted without legal advice. The purpose of the explanatory interpretation is thus to clarify the content of the dispositions and to contribute to its legal effectiveness. On the other hand, the interpretation can also lead to the identification of gaps in the disposition. Such a gap exists, in particular, if circumstances have changed since the disposition was made and the existing disposition no longer fits to the new circumstances. In order to take the testator's will into account as best as possible, the purpose of the *complementary* interpretation is to remedy such incompleteness. For this purpose, the complementary interpretation determines the hypothetical will of the affected person and fills the gap.

However, since dispositions *mortis causa* are subject to formal requirements and are strictly personal legal transactions, there are certain limits to the complementary interpretation. It is not permissible for the court to implement its own will instead of the testator's will. This would be the case if the court made up for completely missing dispositions, as it would then inadmissibly insert a new purpose into the act. Gap filling in the sense of complementary interpretation in inheritance law is therefore limited to completing missing parts and adapting the already expressed purpose. This can be achieved if the court develops the hypothetical will on the basis of the actually discernible directions in the disposition and insofar *continues* what already exists. Moreover, the hypothetical will must always be ascertainable with a high degree of probability and must never be established in purely objective terms. Only then will the complementary interpretation be compatible with the characteristics of dispositions mortis causa and can be embedded in the existing methodology of interpretation.

Résumé

Les testaments et les pactes successoraux sont des actes juridiques sujets à interprétation. Il arrive ainsi souvent que la personne qui dispose pour cause de mort n'exprime sa volonté que de manière peu claire et qu'il ne soit donc pas directement évident pour les tiers, notamment le tribunal, de comprendre ce que vise la disposition. Les testaments olographes en particulier souffrent fréquemment d'un manque de clarté, car ils sont souvent rédigés sans conseil juridique. L'interprétation explicative a donc pour but de clarifier le contenu d'une disposition pour cause de mort et de contribuer ainsi à son caractère juridiquement déterminant. En revanche, l'interprétation peut aussi permettre de déceler des lacunes dans la disposition. Une telle lacune existe notamment lorsque les circonstances ont changé depuis l'établissement de la disposition et que la disposition existante ne convient plus. Afin de néanmoins tenir compte au mieux de la volonté de la testatrice ou du testateur, l'interprétation complémentaire a pour but de remédier à de telles lacunes. Pour ce faire, l'interprétation complémentaire détermine la volonté hypothétique de la personne concernée et comble ainsi la lacune.

Les dispositions pour cause de mort étant toutefois des actes juridiques strictement personnels et nécessitant une forme particulière, le comblement des lacunes par le tribunal est soumis à certaines limites. Il n'est pas permis au tribunal de mettre en œuvre sa propre volonté à la place de celle de la testatrice ou du testateur. Cela serait le cas si le tribunal palliait des dispositions totalement manquantes, car il ajouterait alors de manière inadmissible un nouveau but à la disposition. Le comblement des lacunes au sens de l'interprétation complémentaire en droit successoral se limite donc à compléter les éléments manquants et à adapter le but déjà exprimé. Pour ce faire, le tribunal développe la volonté hypothétique en se basant sur les directions de la volonté effectivement reconnaissable et, dans cette mesure, prolonge ce qui existe déjà. La volonté hypothétique doit en outre toujours pouvoir être déterminée avec une grande probabilité et ne doit jamais être constatée de manière purement objective. Ce n'est qu'à cette condition que l'interprétation complémentaire est compatible avec les caractéristiques des dispositions pour cause de mort et peut être intégrée dans la méthodologie d'interprétation existante.

Teil 1:
Einleitung

§ 1 Untersuchungsgegenstand

1. Inhalt

Testamente und Erbverträge werden in der Regel *erläuternd* nach dem Willens- resp. Vertrauensprinzip (Art. 18 OR) ausgelegt. Diese Auslegungsmethoden zielen darauf ab, den wirklichen, vorhandenen Willen der verfügenden Person zu erhellen, welchen sie allenfalls nicht klar zum Ausdruck gebracht hat. Oftmals sind Verfügungen von Todes wegen aber auch ergänzungsbedürftig. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn zwischen dem Zeitpunkt der Errichtung sowie dem Todesfall ein langer Zeitabschnitt liegt und sich wichtige Veränderungen ergeben haben, die die Umsetzbarkeit der Verfügung tangieren. So kann etwa die durch Testament begünstigte Person unerwartet vorversterben. In dieser Situation stellt sich dann die Frage: Fällt diese Anordnung nun gänzlich weg oder tritt allenfalls eine Ersatzperson an ihre Stelle? Eine ähnliche Konstellation ergibt sich, wenn sich der Wert einer vermachten Sache nachträglich in unerwarteter Weise verändert und sich die Frage aufdrängt, ob dieser angepasst werden kann oder nicht. Vor diesem Hintergrund untersucht die vorliegende Arbeit, inwiefern lückenhafte Verfügungen von Todes wegen *ergänzend* ausgelegt werden dürfen. Die ergänzende (*lückenfüllende*) Auslegung ermittelt den hypothetischen Willen, um den beschriebenen und ähnlichen Veränderungen gerecht zu werden und die Verfügung an die neuen Begebenheiten anzupassen. Die ergänzende Auslegung ist somit als Mittel bzw. gar als Korrektiv zu sehen, mit welchem der erblasserische Wille weiterhin gewährleistet bleibt (*favor testamenti*). 1

Im Gegensatz zum allgemeinen Vertragsrecht, wo die Vertragsergänzung bereits seit Jahrzehnten anerkannt ist, lehnen die Rechtsprechung und Teile der Lehre die ergänzende Auslegung im Bereich der Verfügungen von Todes wegen – zumindest bei Testamenten – weiterhin ab. Somit sind die grundsätzliche Zulässigkeit sowie namentlich auch der mögliche Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht noch umstritten. Als Hauptgründe gegen die Zulässigkeit werden die Formgebundenheit sowie die Höchstpersönlichkeit der erbrechtlichen Rechtsgeschäfte genannt, die sich nicht mit einem hypothetischen Willen vereinbaren liessen. In der Rechtsprechung weitgehend unbeantwortet bleiben allerdings die Fragen, was die Gerichte unter ergänzender Auslegung im Erbrecht verstehen und in welchem Umfang diese (un)zulässig sei. Auch die Lehre befasst sich, wenn überhaupt, nur schemenhaft oder am Rande mit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht. Es fehlt bis heute eine eingehende Untersuchung dieser Thematik. Dies 2

im Gegensatz zu Deutschland, wo die Gerichte Testamente und Erbverträge seit Jahrzehnten ergänzend auslegen dürfen und sich der Judikatur und Literatur eine Vielzahl von Urteilen und Werken entnehmen lässt.

2. Zielsetzung

3 Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt, im Detail darzulegen, ob resp. in welchem Umfang die ergänzende Auslegung auch im Erbrecht zulässig ist. Das Ziel dieser Arbeit ist entsprechend, die Zulässigkeit und den möglichen Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht darzustellen und dabei insbesondere die Argumente, die Rechtsprechung und Lehre dagegen aufführen, kritisch zu würdigen. Zudem illustriert die vorliegende Arbeit die Rahmenbedingungen für die ergänzende Auslegung von Testament und Erbvertrag und versucht, wo noch nicht vorhanden, diese erstmals zu schaffen. Ziel ist es daher, die dogmatischen Grundlagen der ergänzenden Auslegung zu etablieren und der ergänzenden Auslegung Strukturen zu verleihen, die sich in die bereits bestehende Auslegungsmethodik einfügen lassen.

4 Da die ergänzende Auslegung überdies keinesfalls ein erbrechtsspezifisches Phänomen, sondern vielmehr unzertrennlich mit der Auslegung eines jeden Rechtsgeschäfts verbunden ist, soll die vorliegende Arbeit dazu beitragen, auch im Bereich der Verfügungen von Todes wegen eine über den erläuternden Vorgang hinaus wirkende Auslegung zu ermöglichen und Ungleichbehandlungen zu beseitigen.

3. Relevanz der Untersuchung

5 Es ist augenscheinlich, dass die Auslegung einer Verfügung von Todes wegen massgeblichen Einfluss auf ihre Rechtswirksamkeit hat: Führt die Auslegung zum Ergebnis, dass eine Verfügung unwirksam ist, fällt diese dahin und es tritt die gesetzliche Erbfolge ein, die dem erblasserischen Willen diametral entgegenstehen kann. Verhilft die Auslegung demgegenüber der Aufrechterhaltung der Verfügung, werden bestimmte Rechtswirkungen ausgelöst, die bedeutende familiäre und wirtschaftliche Folgen haben können. Der Frage der Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung ist daher nicht nur aus akademischer, sondern auch aus praktischer Sicht grosse Bedeutung beizumessen. Da die Thematik der ergänzenden Auslegung im Erbrecht und der dabei relevante hypothetische Wille in der schwei-

zerischen Rechtsprechung und Lehre – wie erwähnt – weiterhin umstritten sind, stellt die Untersuchung im Rahmen dieser Dissertation die erste vertiefte Auseinandersetzung mit dem Thema dar.

§ 2 Aufbau

In einem ersten Abschnitt (Teil 2 dieser Arbeit) werden die relevanten Grundlagen für das allgemeine Verständnis der ergänzenden Auslegung von Verfügungen von Todes wegen dargelegt. Dazu gehören einerseits die Begrifflichkeiten der Auslegungsarten sowie andererseits die Wesensmerkmale der Verfügungen von Todes wegen als Auslegungsgegenstand. Ebenso relevant ist eine Untersuchung der bestehenden Auslegungsregeln im Erbrecht. Mit der Illustration dieser Grundlagen wird auch bezweckt, die allgemeinen dogmatischen Grundlagen der ergänzenden Auslegung zu erläutern, denn diese soll sich in den gewöhnlichen Auslegungsvorgang einfügen können. 6

Im darauffolgenden Abschnitt (Teil 3 dieser Arbeit) wird im Detail untersucht, welche Gründe gegen und welche für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung sprechen und wie diese zu beurteilen sind. Hierfür wird zunächst der Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre präsentiert, da sich daraus die grundlegenden Argumente gewinnen lassen. Im nächsten Unterabschnitt wird dargelegt, wo und in welchem Umfang der hypothetische Wille im Erbrecht, der gewissermassen das Herzstück der ergänzenden Auslegung darstellt, bereits Anwendung findet. Auch hieraus ergeben sich wertvolle Erkenntnisse für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung. Im darauffolgenden Unterkapitel betrachtet und analysiert diese Arbeit sodann die genannten Hauptargumente der Rechtsprechung und Lehre, insbesondere die Formstrenge und das Prinzip der Höchstpersönlichkeit, unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Anwendungsbeispiele. Dieser Teil der Arbeit kommt letztlich zum Schluss, dass die ergänzende Auslegung sich problemlos mit den Verfügungen von Todes wegen als Auslegungsgegenstand vereinbaren lässt und somit auch grundsätzliche Zulässigkeit beanspruchen kann. 7

Im zweitletzten Teil dieser Arbeit (Teil 4) wird der genaue Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht dargelegt. So ist es zunächst relevant, die Arten von Lücken zu kennen, d.h. diejenigen Tatbestände, die ergänzt werden können. Sodann werden die methodischen Auslegungsprinzipien sowie -mittel erörtert, die sich teilweise an die erläuternde Auslegung anlehnen. Dieser Abschnitt 8

soll illustrieren, wie ein ergänzendes Auslegungsergebnis erzielt werden kann und wie dabei vorzugehen ist. Praktische Beispielfälle und Auslegungsbeispiele runden die Betrachtung des Anwendungsbereichs ab.

9 Im letzten Teil (Teil 5) werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfassend dargestellt.

§ 3 Methodische Vorgehensweise

10 Die vorliegende Arbeit fokussiert darauf, die Zulässigkeit und Umsetzung der ergänzenden Auslegung im Schweizer Erbrecht aus bestehenden Dogmen herzuleiten. Da die (ergänzende) Auslegung kein erbrechtsspezifisches Phänomen ist, ist es naheliegend und zweckdienlich, wo nötig auch auf die ergänzende Auslegung von anderen Rechtsgeschäften einzugehen. In kontextueller Weise untersucht und vereint die Arbeit daher Erkenntnisse aus anderen Rechtsbereichen, die dem Erbrecht nahestehen resp. punktuell dessen Auslegungsgrundlagen beeinflusst haben. Die Konzepte der Vertragsauslegung gemäss Art. 18 Abs. 1 OR lassen sich als Basis für die Auslegung jeglicher Rechtsgeschäfte betrachten und beeinflussen auch die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen. Das Stiftungsgeschäft im Allgemeinen und die Erbstiftung im Besonderen als Rechtsgeschäfte, die aufgrund ihrer Einseitigkeit, Unwiderrufbarkeit und ökonomischen Tragweite insbesondere dem Testament ähneln, verdienen ebenfalls punktuell Beachtung. Querbezüge und Analogien aus diesen und weiteren verwandten Rechtsgebieten zum vorliegenden Untersuchungsgegenstand sind daher von tragender Bedeutung.

11 Sodann ist für die vorliegende Untersuchung auch von besonderer Relevanz, dass die ergänzende Auslegung in Deutschland sowohl bei Erbverträgen als auch bei Testamenten seit Jahrzehnten anerkannt ist. Namentlich aufgrund ihrer rechtshistorischen Hintergründe[1] und der ähnlichen Entwicklungen und Wertvorstellungen in der Gesellschaft sind sich das deutsche und das Schweizer Erbrecht sehr nahe, weswegen es unerlässlich ist, die Grundgedanken und Praxiserfahrungen unseres Nachbarstaates zu berücksichtigen. Dogmatische Überlegungen zur ergänzenden Auslegung in Deutschland können die vorliegenden im Sinne einer Orientierungs-

[1] Die deutsche und die schweizerische Rechtsordnung gehören beide zum *deutschen Rechtskreis*, siehe ZWEIGERT/KÖTZ, 130 ff. und 165 ff. Vgl. zur Wahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, Rz. 187 ff.; RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. 20 ff.

hilfe leiten, während Urteile aus dem deutschen Rechtsraum darlegen, wie die ergänzende Auslegung in einem praktischen Umfeld aussehen kann. Dieser funktionelle[2] Rechtsvergleich bezweckt daher, das gesellschaftliche Problem der lückenhaften Verfügung von Todes wegen und dessen Lösungen in den beiden verschiedenen Rechtskreisen zu untersuchen.

Da die Prinzipien und Regeln der Auslegung im Erbrecht massgeblich von der Rechtsprechung beeinflusst und geformt wurden, untersucht die vorliegende Arbeit wo möglich auch bestehende Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis und der deutschen Rechtspraxis. Wo immer sinnvoll werden die Urteile aus beiden Ländern thematisch gruppiert, um die unterschiedliche Handhabung zu verdeutlichen. Diese kasuistische Methode erlaubt es insgesamt, die Umsetzung der ergänzenden Auslegung praxisnah zu illustrieren und letztlich zu verstehen. 12

Lehre, Rechtsprechung und Stand der Gesetzgebung wurden bis Ende Juni 2022 berücksichtigt. 13

2 Vgl. hierzu MÜLLER-CHEN/MÜLLER/WIDMER LÜCHINGER, Rz. 140 ff.; RUSCH, Rechtsvergleichung, Rz. 2 ff.

Teil 2:

Grundlagen zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen

§ 4 Begriffe

«*Auslegen heisst, den Weg vom Wort zum Gedanken, vom Satz zum Urteil, von der Willenserklärung zum Willen zurückzulegen.*»[3] Die Auslegung beabsichtigt, einen rechtsgeschäftlichen Willen zu verstehen und letztlich dessen Umsetzung zu ermöglichen.[4] Dabei kann man die Art der Auslegung aufgrund ihrer Ziele unterscheiden. Untersucht sie den wirklichen Willen einer Person, stellt sie *erläuternde* Auslegung dar; ermittelt sie den hypothetischen Willen, handelt es sich demgegenüber um *ergänzende Auslegung* (siehe zur Abgrenzung nachfolgend Rz. 18 ff.). Sofern in dieser Arbeit lediglich von *Auslegung* die Rede ist, ist der Auslegungsvorgang im Allgemeinen gemeint. 14

Verfügungen von Todes wegen werden mehrfach ausgelegt: Durch die verfügende Person selbst, die ihre eigenen Worte überdenkt, allenfalls durch eine beigezogene Anwalts- oder Urkundsperson, provisorisch durch die Behörde, welche die Verfügung eröffnet und letztlich (im Streitfall) durch das Gericht.[5] In der vorliegenden Arbeit ist grundsätzlich nur die ordentliche richterliche Auslegung gemeint, die erst nach dem Tod der verfügenden Person erfolgt. Die vorgestellten Prinzipien und Gedanken sollen aber für die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen generell Gültigkeit beanspruchen. 15

1. Erläuternde Auslegung

Bei jeder Willenserklärung ist primär auf den wirklichen Willen der erklärenden Person abzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR).[6] Dieser Grundsatz wirkt nach der h.L. 16

---

3 REICHLIN, 4 m.w.H.

4 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 23. Vgl. zum Begriff der juristischen Hermeneutik, d.h. der Lehre der Auslegung, und zur juristischen Auslegungslehre im Allgemeinen HONSELL/MAYER-MALY, 99 ff.

5 Vgl. zum Beispiel BGer 5A_708/2019 vom 21. Februar 2020, E. 2.2.

6 Obschon der Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 OR nur zwei Spezialfälle (die Simulation und den Irrtum) thematisiert, leitet die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die h.L. daraus einen allgemeinen Grundsatz für die Auslegung von Rechtsgeschäften ab, siehe unten Rz. 45 f. mit Fn. 98. Vgl. hierzu BGE 131 III 467 E. 1.1; 128 III 419 E. 2.2; 127 III 444 E. 1.b; Präjudizienbuch OR-GÖKSU, Art. 18 N 1; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 63 ff.; CHK OR-KUT, Art. 18 N 2; BSK OR I-WIEGAND,

und Rechtsprechung über das Vertragsrecht hinaus und ist auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften wie Verfügungen von Todes wegen massgebend.[7] Der wirkliche Wille lässt sich dabei nur durch Auslegung erforschen.[8] Die Auslegung hat bei Verfügungen von Todes wegen zudem zum Zweck, den Testierwillen (*animus testandi*) zu erkennen. Für die gewillkürte Erbfolge ist der animus testandi essentiell, ansonsten gar keine Verfügung von Todes wegen vorliegen kann.[9]

17 Erläuternde Auslegung bezeichnet man in der Literatur oftmals als «*Auslegung*», «*einfache Auslegung*» oder «*Auslegung im engeren Sinne*».[10] Die vorliegende Arbeit verwendet einheitlich den Begriff der *erläuternden Auslegung*.

2. Ergänzende Auslegung

18 Die ergänzende Auslegung beschreibt die ergänzende bzw. lückenfüllende Tätigkeit des Gerichts. Das Gericht ermittelt bei dieser Art der Auslegung das, was die verfügende Person angeordnet hätte, hätte sie von einer bestimmten Tatsache gewusst und demnach die Lücke nicht offengelassen. Das Gericht erforscht den hypothetischen Willen dieser Person.[11] Nicht als ergänzende Auslegung gilt nach der vorliegenden Auffassung der blosse Beizug von Externa[12] im Rahmen der erläuternden Auslegung, auch wenn Externa teilweise als «*ergänzende Auslegungsmittel*» bezeichnet werden.[13]

Art. 18 N 1; a.M. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 13 und DERS., FS Walter, 335 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 70 ff.; STEHLE, 257 ff.

7 Art. 18 OR i.V.m. Art. 7 ZGB. Vgl. BGE 131 III 106 E. 1.1; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 68; PICENONI, 20; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1 und 56 f.

8 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 306 ff.

9 Siehe hierzu Rz. 36; vgl. ferner BGer 5A_412/2017 vom 8. Januar 2018, E. 3.3; OFK ZGB-BADERTSCHER, Art. 498 N 2; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 55.

10 So namentlich BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 206; KÜMIN, 112 m.w.H.

11 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29; DRUEY, Grundriss, § 12 N 15; GLAUS, 182; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 224; PICENONI, 69 f.; WACHENDORF EICHENBERGER, 176.

12 Zu den Externa siehe Rz. 323 ff.

13 Namentlich BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 130.

Die ergänzende Auslegung lässt sich demnach anhand zweier wesentlicher Dinge charakterisieren: anhand der Regelungsbedürftigkeit in Form einer unvollständigen Anordnung (*Lücke*, siehe dazu eingehend Rz. 256 ff.) sowie anhand des hypothetischen Willens, der diese Lücke schliessen soll.[14] Trotz ihres *ergänzenden* Charakters ist die ergänzende Auslegung der allgemeinen Auslegung zuzuordnen, denn sie hat ebenfalls zum Ziel, durch dieselben methodischen Vorgehensweisen den rechtlich massgeblichen Inhalt der Verfügung von Todes wegen festzustellen und baut auf dem Ergebnis der erläuternden Auslegung auf.[15] Mit dem Begriff der *ergänzenden Auslegung* – statt beispielsweise der *Ergänzung* – wird betont, dass das Ergebnis der ergänzenden Auslegung sich in den allgemeinen Auslegungsvorgang einbettet und immer noch dem Willen der verfügenden Person entspricht.[16] 19

Bereits an dieser Stelle sei vermerkt, dass dem Institut der ergänzenden Auslegung in der erbrechtlichen Rechtsprechung bislang wenig Aufmerksamkeit geschenkt wurde, weswegen sich den wenigen vorhandenen Urteilen auch keine genauere Definition des Begriffs entnehmen lässt.[17] Überhaupt ist die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung zumindest im Bereich der Testamente noch höchst umstritten (vgl. Rz. 66 ff.). Die Definition der ergänzenden Auslegung im Erbrecht lässt sich daher grundsätzlich auf die Lehre zurückführen, wobei diese einerseits auf die Grundsätze der ergänzenden Auslegung von Schuldverträgen nach Art. 18 Abs. 1 OR abstellt, die als richterliche Vertragsergänzung resp. Lückenfüllung bekannt und anerkannt sind.[18] 20

Andererseits werden in der Lehre auch Parallelen zum gleichnamigen Instrument des deutschen Rechts gezogen.[19] Die deutsche Lehre und Rechtsprechung definieren die ergänzende Auslegung ebenfalls als eine Art der Auslegung, die durch Ermittlung des hypothetischen Willens Regelungslücken in Verfügungen von Todes wegen schliesst. Die Anwendung der ergänzenden Auslegung setzt eine ungewollte Regelungslücke voraus.[20] In Deutschland ist die ergänzende Auslegung von 21

---

14 Zum hypothetischen Willen siehe Rz. 110 ff.

15 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 223; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 59.

16 LEUBA, 35 f.

17 Vgl. zur Bundesgerichtspraxis Rz. 67 ff.

18 Vgl. BGE 127 III 529 E. 3.c m.w.H.

19 Siehe namentlich GLAUS, 106 ff. und 188 ff.

20 Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017, IV ZB 15/16, ZEV 2017, 629, 630 Rn. 14 f.; LANGE/KUCHINKE, 785 f.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 86 ff.; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 13 f.

Verfügungen von Todes wegen anerkannt und wird seit Jahrzehnten von den Gerichten praktiziert.[21] Das Reichsgericht hatte bereits im Jahr 1920 festgestellt, dass zwischen der Verfügungserrichtung und dem Tode der verfügenden Person nachträgliche Änderungen eintreten könnten, wodurch eine ergänzende Auslegung anhand der erkennbaren Willensrichtungen nötig werde;[22] dies notabene, obwohl Verfügungen von Todes wegen auch nach deutschem Recht formbedürftig und höchstpersönlich sind.[23] Es kann somit bereits festgestellt werden, dass diese Charakteristika der Verfügungen von Todes wegen der ergänzenden Auslegung nicht grundsätzlich entgegenstehen.[24]

---

21 Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035, 1036 ff.; BGH, Urteil vom 7. Juli 2004, IV ZR 135/03, ZEV 2004, 374, 377; BGH, Urteil vom 29. September 1977, III ZR 214/75, NJW 1978, 264, 266; KG, Urteil vom 3. Januar 1963, 1 W 2345/62, 766, 768; RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 85; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. September 2019, 11 W 114/17 Wx, NZFam 2019, 1000, 1004 f.; OLG München, Urteil vom 26. Juli 2006, 32 Wx 88/06, ZEV 2006, 456, 457; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 82 ff.; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 13 ff. m.w.H.; STUMPF, 166 ff.

22 RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 85: «*Wie der Senat schon in dem Urteil vom 18. Oktober 1917 angenommen hat, ist für die Auslegung der letztwilligen Verfügungen in gewisser Hinsicht ein weiterer Raum als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Das liegt in der Natur der Sache. Denn da die letztwillige Verfügung nicht vor dem Erbfall wirksam wird, können in der Zwischenzeit nicht nur hinsichtlich des Gegenstandes der Zuwendung, sondern auch hinsichtlich des Personenkreises der Bedachten Änderungen vorkommen. [...] In den durch diese Regeln gewiesenen Richtungen ist auch in anderen Fällen sachlicher oder persönlicher Veränderungen durch Auslegung zu ermitteln, was nach der Willensrichtung des Erblassers zu der Zeit, da die Verfügung von ihm getroffen wurde, als von ihm gewollt anzusehen ist, sofern er vorausschauend das spätere Ereignis bedacht haben würde. So im Sinne des Erblassers ist auch eine ergänzende Auslegung möglich, durch die nach den Worten der Motive (Bd. 5 S. 44), ‹wenn in Ansehung eines notwendigen Punktes eine unmittelbare Willensbekundung fehlt..., der Willensinhalt aus der Erklärung im Ganzen und aus allen, auch außerhalb der Erklärung liegenden, aber für den Willen des Erklärenden schlüssigen Tatsachen vervollständigt werden und der so vervollständigte Willensinhalt zur Geltung gebracht werden darf.›*».

23 Zur Form vgl. §§ 2231 ff. BGB (Testamente) und § 2276 BGB (Erbvertrag), zur Höchstpersönlichkeit siehe §§ 2064 f. BGB (Testament) und § 2274 BGB (Erbvertrag).

24 Vgl. dazu die eingehende Betrachtung in Rz. 166 ff.

3. Abgrenzung der beiden Auslegungsarten

Es kann festgehalten werden, dass sich die beiden Begriffe (*erläuternde* und *ergänzende* Auslegung) – jedenfalls rein terminologisch – scharf abgrenzen lassen: Die ergänzende Auslegung baut auf der erläuternden Auslegung auf, denn ohne das Ergebnis einer erläuternden Auslegung bleiben die Lücken unerkannt.[25] Die ergänzende Auslegung setzt die erläuternde daher voraus und schliesst an sie an.[26] Die durch erläuternde Auslegung ermittelten Willensrichtungen[27] der verfügenden Person bilden zudem die Grundlage für die Bestimmung des hypothetischen Willens; man kann die ergänzende Auslegung insofern auch nicht isoliert betrachten. Überdies untersteht die ergänzende Auslegung teilweise denselben Auslegungsprinzipien und -mitteln wie die erläuternde Auslegung (vgl. Rz. 296 ff.). Während man Verfügungen von Todes wegen aber stets erläuternd auslegen muss, kommt die ergänzende Auslegung nur zur Anwendung, wenn trotz erläuternder Auslegung Lücken offen bleiben. 22

Entscheidend für das Verständnis der ergänzenden Auslegung ist entsprechend, wie umfassend der Anwendungsbereich der erläuternden Auslegung zu verstehen ist. Denn bei näherer Betrachtung wird ersichtlich, dass sich die beiden Anwendungsbereiche teilweise überschneiden. Es ist nicht immer klar, welches Auslegungsergebnis sich noch der erläuternden Auslegung und welches sich einer ergänzenden verdanken lässt. Sobald man im Rahmen der erläuternden Auslegung Externa unbeschränkt beizieht, verschwimmt der Übergang zu einer ergänzenden Auslegung. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich zahlreiche Auslegungsbeispiele finden, die dogmatisch nicht eindeutig einer Auslegungsart zugeordnet werden können (vgl. den *Chalet-Fall,* Rz. 99 und 175, und die Fälle *Langlebige Mutter,* Rz. 332 ff., *Unbeliebte Schwester*, Rz. 97, und *Grütliverein,* Rz. 70). 23

In der schuldrechtlichen Doktrin wird im Zusammenhang mit der Abgrenzung der erläuternden von der ergänzenden Auslegung sodann zu Recht vorgebracht, dass der Vorgang bei der *objektivierten* erläuternden Auslegung und bei der ergänzenden Auslegung sehr ähnlich ist und in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen.[28] Dies zeigt sich auch bei der Auslegung von Erbverträgen, die den 24

---

25 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 635 f.; vgl. dazu Rz. 306.

26 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 636 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 434.

27 Vgl. hierzu Rz. 307 ff.

28 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 638; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 59.

schuldrechtlichen Verträgen nahestehen und bei welchen grundsätzlich das Vertrauensprinzip anwendbar ist.[29] Die schuldrechtliche Literatur und Judikatur hält traditionell – trotz der erwähnten Überlagerungen – an der Unterscheidung zwischen der Vertragsauslegung, -ergänzung (und ferner auch -anpassung) fest. Selbst wenn die Unterschiede marginal sind und oft im Ergebnis ein in der Terminologie unklares, aber *zielorientiertes* Auslegungsergebnis entsteht, werden diese Denkoperationen auch vorliegend wo möglich differenziert. Nichtsdestotrotz belegen diese Überlagerungen ebenso, dass die ergänzende Auslegung auch im Erbrecht (bereits) ihre Berechtigung hat.

§ 5 Verfügungen von Todes wegen

25 Zur Untersuchung der Auslegungsregeln bei Verfügungen von Todes wegen ist es unerlässlich, zunächst die wesentlichen Charakteristika des Auslegungsobjektes darzustellen. Dabei interessieren nicht nur die Unterschiede zwischen dem Testament und dem Erbvertrag sowie die möglichen Verfügungsarten, sondern auch die Differenzierung zwischen Verfügungen von Todes wegen und Rechtsgeschäften unter Lebenden. Ferner wird untersucht, weswegen die Verfügungen von Todes wegen speziell auslegungsbedürftig sind und somit auch ein Bedarf nach einer ergänzenden Auslegung besteht.

1. Allgemeines

26 Im schweizerischen Privatrecht herrscht weitgehend Privatautonomie, weswegen man auch die eigene Nachfolge in gewissen Grenzen nach freiem Willen und in Selbstbestimmung anordnen kann. Die Möglichkeit, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen und den eigenen Nachlass durch Verfügungen von Todes wegen zu regeln, ist als Grundsatz der Testierfreiheit bekannt.[30] Verfügungen von Todes wegen sind Rechtsgeschäfte zur Ordnung dieser persönlichen Nachfolge (sog. ge-

[29] Vgl. Rz. 56 ff. und 109.

[30] Art. 481 Abs. 1 ZGB; vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 3; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 39 f.

willkürte Erbfolge).[31] Sie ersetzen die dispositiven gesetzlichen Normen in dem Umfang, in dem man verfügt hat.[32]

Verfügungen von Todes wegen unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht von den Rechtsgeschäften unter Lebenden.[33] Zunächst zeigen sie ihre (umfassenden) Wirkungen erst nach dem Tode der verfügenden Person.[34] Zudem stellen sie spezifische Anforderungen an die Verfügungsfähigkeit.[35] Weitere relevante Unterschiede bestehen darin, dass die Ungültigkeit resp. Anfechtung aufgrund eines Irrtums bei Verfügungen von Todes wegen (grundsätzlich) nicht in Art. 20 ff. OR, sondern in Art. 469 und 519 ff. ZGB geregelt ist.[36] Bei der Beurteilung der Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen ist es dabei von grosser Bedeutung, dass die von Todes wegen verfügende Person bereits verstorben ist und nicht neu verfügen kann.[37] Wie unten in Rz. 45 f. erläutert wird, gelten die Auslegungsregeln gemäss Art. 18 OR demgegenüber sowohl für Rechtsgeschäfte unter Lebenden als auch grundsätzlich für Verfügungen von Todes wegen.[38] Allerdings sind die Auslegungsregeln bei Verfügungen von Todes wegen aufgrund ihrer spezifischen Wesensmerkmale teilweise anders ausgestaltet.[39] 27

Ein besonders wichtiges Merkmal von Verfügungen von Todes wegen ist ihre Formgebundenheit.[40] Die Formfreiheit, wie sie in Art. 11 OR verankert ist, ist den Verfügungen von Todes wegen fremd. Dies ist für die Auslegung von grosser Bedeutung, denn eine Formverletzung kann allenfalls die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts sowie des inhaltlichen Auslegungsergebnisses tangieren und zudem wird 28

---

31 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 1.

32 Zum Komplementärverhältnis siehe BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 2.

33 Vgl. die schematische Übersicht in RIEMER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, 124 f.

34 BGE 113 II 270 E. 2.b; 93 II 223 E. 1; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 29 f.

35 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 32.

36 Zu den Ausnahmen bei Erbverträgen siehe Rz. 110; eingehend hierzu BORNHAUSER, Rz. 522 ff.

37 Daher verfolgt die Anfechtung im Erbrecht im Grundsatz auch einen anderen Zweck; vgl. GLAUS, 176.

38 Vgl. Rz. 45 f.

39 Vgl. zu den Merkmalen Rz. 166 ff.

40 Art. 499 ff. ZGB; RIEMER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, 124 f.; vgl. eingehend zur Form Rz. 188 ff.

die Formgebundenheit gerade in der Debatte um die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung als Gegenargument verwendet.[41] Da die ergänzende Auslegung einen hypothetischen Willen umsetzt, welcher so nicht in der Verfügung enthalten ist, erscheint dessen Konformität mit der Formgebundenheit fraglich. Es drängt sich daher eine eingehende Untersuchung der Formstrenge auf (vgl. Rz. 188 ff.).

29 Verfügungen von Todes wegen sind sodann höchstpersönliche Rechtsgeschäfte, weswegen sie von der verfügenden Person selbst (auch inhaltlich) verfasst werden müssen.[42] Die Stellvertretungsfeindlichkeit dieser Geschäfte bewirkt, dass Dritte an ihrer Stelle keine Verfügungen treffen dürfen. Das Prinzip ist im Zusammenhang mit der (ergänzenden) Auslegung ebenfalls von grosser Relevanz, zumal es den Einfluss von Drittpersonen – so auch des auslegenden Gerichts – stark beschränkt. Ein hypothetischer Wille, der nicht von der verfügenden Person selbst geäussert wurde, erscheint unter diesem Blickwinkel unzulässig. Auch das Prinzip der Höchstpersönlichkeit bedarf eingehender Betrachtung (vgl. Rz. 166 ff.).

2. Verfügungsformen und -arten

30 Verfügungen von Todes wegen können in der Form des Erbvertrags und des Testaments auftreten.[43] Die erbrechtlichen Normen finden auf beide Verfügungsformen Anwendung, sofern diese mit dem Charakter der jeweiligen Form vereinbar sind.[44] Was den beiden Verfügungsformen gemeinsam ist, sind bspw. die Anforderungen an die allgemeine Verfügungsfähigkeit der verfügenden Person (Art. 467 f. ZGB). Die Verfügungsfähigkeit gilt für beide Verfügungsformen und setzt einerseits Urteilsfähigkeit und andererseits Volljährigkeit voraus.[45]

31 Das Testament ist ein einseitiges und somit nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Ohne Gegenpartei konstituiert sich dieses allein durch die Willenserklä-

---

41 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 21; vgl. eingehend zur Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung Rz. 67 ff.

42 Vgl. eingehend zum Prinzip der Höchstpersönlichkeit Rz. 166 ff.

43 Als Verfügungs*formen* gelten das Testament und der Erbvertrag (Art. 498 ff. ZGB), als Verfügungs*arten* die verschiedenen möglichen Inhalte gemäss Art. 481–497 ZGB. Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467–536 N 1 und 20.

44 SPECKERT, 9.

45 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 1 ff.; zur Relativität der Urteilsfähigkeit N 12 ff.

rung der verfügenden Person.[46] Beim Testament stossen daher nicht die Interessen und Erwartungen mehrerer Personen aufeinander, was die Auslegung grundsätzlich vereinfacht.[47] Primäres Ziel der Auslegung eines Testamentes ist somit einzig, diesen erblasserischen Willen zu verstehen.[48] Der Erbvertrag ist demgegenüber, wie auch der schuldrechtliche Vertrag, als Zwei- oder Mehrparteienverhältnis zu betrachten, weswegen verschiedene Willenserklärungen aufeinandertreffen. Der Erbvertrag konstituiert sich nur, sofern eine gemeinsame Willensübereinstimmung vorliegt.[49]

Die Verfügungsform hat Einfluss auf die inhaltliche Auslegung, da je nachdem nur eine oder aber mindestens zwei Willenserklärungen massgebend sind. Die Anzahl der beteiligten Interessen führt daher auch zu unterschiedlichen Auslegungsprinzipien (vgl. zum Willens- und zum Vertrauensprinzip nachfolgend Rz. 56 ff.). Aber nicht nur die Entstehung, sondern auch die Bindungswirkung unterscheidet sich bei den zwei Verfügungsformen. Das Testament kann jederzeit einseitig widerrufen und vernichtet werden.[50] Es bindet zu Lebzeiten der verfügenden Person weder sie selbst noch jemand anders. Auch kann zu Lebzeiten dieser Person niemand Rechte aus dem Testament ableiten.[51] Dieser Aspekt der Ungebundenheit spielt bei der Auslegung insofern eine Rolle, als sie teilweise Rückschlüsse auf den Willen erlaubt (vgl. Rz. 261). 32

Im Gegensatz dazu sind die Parteien eines Erbvertrages grundsätzlich an diesen gebunden. Schliessen zwei Parteien bspw. einen Erbeinsetzungsvertrag ab, so räumt die von Todes wegen verfügende Person der anderen bereits zu ihren Lebzeiten eine Anwartschaft ein. Auch wenn sie zu Lebzeiten weiterhin befugt ist, ihr Vermögen zu verbrauchen und weitere Verfügungen von Todes wegen zu schliessen, bekundet der Erbvertrag bereits dann eine gewisse Bindungswirkung (vgl. 33

46 BGer 5A_412/2017 vom 8. Januar 2018, E. 3.1; PICENONI, 17.

47 Vgl. REICHLIN, 56 m.w.H.; RIEMER, Gemeinsamkeiten und Unterschiede, 124 f.

48 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 218; PIOTET, SPR IV/1, 208.

49 Dies gilt auch bei einseitigen Erbverträgen, in welchen nur eine Partei vertragsmässig von Todes wegen verfügt, denn trotzdem sind mehrere Parteien am Vertragsverhältnis anwesend und äussern entsprechend zumindest ihren Willen, die anderen Erklärungen anzunehmen; vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 92 ff.; SPECKERT, 9 f.

50 Art. 509 f. ZGB; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 509–511 N 1.

51 SPECKERT, 9.

Art. 494 Abs. 3 ZGB).[52] Die allgemeinen Wirkungen des Erbvertrages treten aber i.d.R. ebenfalls erst nach dem Todeszeitpunkt der von Todes wegen verfügenden Person ein. Der Erbvertrag bedarf zur einseitigen Aufhebung resp. zum Rücktritt, sofern namentlich keine Willensmängel vorliegen, entweder der Übereinkunft aller Parteien oder eines bestimmten Grundes.[53] Die Bindungswirkung ist bei der Auslegung insofern als Schranke zu verstehen, als die Interessen der Gegenpartei(en) zu berücksichtigen sind.[54] Bei Erbverträgen ist sodann der Bindungswille oft selbst eine Frage der Auslegung, insbesondere wenn im Erbvertrag noch einseitige (testamentarische) Klauseln enthalten sind.[55] Zudem werden Erbverträge aufgrund ihrer Form und des Zwei-/Mehrparteienverhältnisses oft sehr lange Zeit vor dem Versterben errichtet. So ist es in der Praxis nicht unüblich, dass zwischen dem Abschluss des Erbvertrages und dem Tod einer Partei mehrere Jahrzehnte liegen. Diese langen Zeitabstände beeinflussen die Auslegung ebenfalls, da der erblasserische Wille nicht der *letzte* ist und somit nachträgliche Veränderungen eintreten können.[56]

34 Innerhalb der möglichen Verfügungs*formen* sind sodann verschiedene *Arten* von Verfügungen von Todes wegen denkbar. Diese sind aufgrund des Numerus clausus allerdings gesetzlich abschliessend definiert (Art. 481 ff. ZGB).[57] Eine Verfügungsart bezeichnet eine inhaltliche Gestaltungsmöglichkeit, die man in Erbvertrag oder Testament umsetzen kann. So kann man bspw. Vermächtnisse aus- oder eine Stiftung errichten und den Anordnungen Auflagen und Bedingungen anfügen.[58] Diesen möglichen Verfügungsarten sind allerdings innere Grenzen gesetzt, so namentlich durch das allgemeine Verbot der unsittlichen und widerrechtlichen Anordnungen (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), durch den Pflichtteilsschutz (Art. 470 f. ZGB) oder durch spezifische Regelungen wie etwa das Verbot

---

52 BORNHAUSER, Rz. 426; BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 494 N 9; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 439 ff.; SPECKERT, 10; BK ZGB-WEIMAR, Art. 494 N 9.

53 Siehe zur Aufhebung Art. 513 f. ZGB. Eine einseitige Aufhebung ist nur bei Enterbungsgründen möglich (Art. 513 Abs. 2 ZGB). Vgl. hierzu BORNHAUSER, Rz. 488 ff.; BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 513 N 7 und Art. 514 N 4 ff.

54 Vgl. zum Vertrauensprinzip Rz. 56 ff.

55 Siehe bspw. BGE 133 III 406 E. 2.3 m.w.H.

56 Zu den nachträglichen Lücken siehe Rz. 271 ff. Insbesondere die nachträglichen Lücken zeigen die Relevanz der ergänzenden Auslegung.

57 Vgl. BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 481 N 1 ff.

58 Art. 484 und 493 ZGB.

der Nach-Nacherbeneinsetzung (Art. 488 Abs. 2 ZGB).[59] Für die Auslegung des erblasserischen Willens sind diese Arten und Verbote von allgemeiner Bedeutung, denn sie setzen den Rahmen, in welchem sich die Auslegung bewegt. Erblasserische Willenserklärungen sind demnach im Lichte der möglichen Verfügungsarten sowie unter Beachtung der gesetzlichen Einschränkungen auszulegen.

In der vorliegenden Arbeit werden lediglich die beiden Verfügungs*formen*, d.h. der Erbvertrag sowie das Testament, eingehend untersucht. Sofern notwendig, betrachtet die vorliegende Arbeit die beiden Formen getrennt. Demgegenüber untersucht diese Arbeit die einzelnen Verfügungsarten nicht spezifisch, da sie die Auslegungsthematik im Allgemeinen betrachtet. Einzelne Arten werden nur dann separat dargestellt, sofern diese für die Gesamtdarstellung von Interesse sind. Entsprechend ist vorliegend mit der Umschreibung *Auslegung eines Testaments* die Auslegung jeglicher testamentarischen Klausel gemeint, sei es eine Teilungsvorschrift oder eine Nacherbeneinsetzung; mit *Auslegung einer Verfügung von Todes wegen* ist die Auslegung von beiden Verfügungsformen als Ganzes und nicht die einer spezifischen Verfügungsart angesprochen. Bei Erbverträgen gilt ferner, dass vorliegend grundsätzlich nur die Anordnungen von Todes wegen und nicht die Rechtsgeschäfte unter Lebenden gemeint sind. 35

3. Notwendigkeit der Auslegung

3.1 Erläuternde Auslegung

Bei einer jeden Verfügung von Todes wegen ist es von zentraler Bedeutung, dass die verfügende Person einen Testierwillen hat (*animus testandi*).[60] Diesem Willen kommt bei der Auslegung insgesamt erhebliches Gewicht zu. Ist kein *animus testandi* erkennbar, existiert auch keine Verfügung von Todes wegen, selbst wenn deren Formerfordernisse erfüllt wären.[61] Diesfalls ist die Verfügung nichtig.[62] Insofern gilt, dass bei Verfügungen von Todes wegen in erster Linie (separat) das 36

[59] Vgl. eingehend zu den Schranken HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 44 ff.

[60] Vgl. BGer 5A_471/2020 vom 28. Januar 2021, E. 2.3.2: «*Unerlässliche Voraussetzung für das Vorliegen und die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung ist insbesondere, dass der Erblasser seinen Testierwillen, das heisst seinen rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen erklärt, über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tod zu verfügen*.»

[61] BGE 116 II 117 E. 7.c; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 11.

[62] BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 40 ff.

Vorhandensein eines *animus testandi* durch Auslegung zu ermitteln ist.[63] Dieser muss sich aus einer an sich (form)gültigen Verfügung ergeben.[64] Nur wenn ein solcher Testierwille vorhanden ist, kann man im zweiten Schritt überhaupt eine Auslegung des Inhalts in Betracht ziehen. Das Gericht muss den Testierwillen besonders beim handschriftlichen Testament überprüfen, denn nur dieses kann auch *zufällig* entstehen. Zudem können handschriftliche Testamente auch beliebig widerrufen werden, weswegen bspw. auch Scherz- oder Scheintestamente möglich sind, welche mangels Testierwillens nichtig sind.[65] Die Äusserung des Testierwillens ist entsprechend als *konstitutives Moment* der Verfügung von Todes wegen zu betrachten.[66] Bei Erbverträgen gilt ferner, wie bei Verträgen allgemein, dass die Willensäusserungen aller Parteien im Sinne eines Konsenses übereinstimmen müssen, damit ein solcher Vertrag zustande kommen kann.[67]

37 Zudem ergibt sich die Auslegungsbedürftigkeit ganz generell im Hinblick auf die Entstehung einer Willenserklärung. Der Willens*entschluss* ist ein innerlicher, rein gedanklicher Prozess (ein Internum),[68] der den Menschen zu gewissen Handlungen und Überlegungen verleitet. Zu seiner Rechtserheblichkeit muss der Entschluss aber erst noch durch die Willens*äusserung* für Dritte wahrnehmbar werden.[69] Der Wille im juristischen Sinne ist daher als Resultat dieser inneren Überlegungen zu verstehen, der sich nicht von seiner Äusserung trennen lässt.[70]

---

63 Vgl. BGE 117 II 142 E. 2.a; 78 II 348 E. 2 und 4; 56 II 245 E. 1; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; BREITSCHMID, Formprobleme, 276. Externa sind zum Beweis des Fehlens eines animus testandi unbeschränkt zulässig, vgl. BGE 117 II 142 E. 2.a; 72 II 158 E. 3.

64 BGE 131 III 601 E. 3.1; vgl. dazu die Urteilsbesprechung von FANKHAUSER, 753 f.

65 BGer 5C.70/2000 vom 17. Juli 2000, E. 3.b/aa; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 5; BIZZARRO, 1450 f. Siehe zur Mentalreservation auch BGer 5C.202/2006 vom 16. Februar 2007, E. 4.4.2; GRUNDLER, 237 f.

66 PICENONI, 47.

67 BGE 133 III 406 E. 2.2; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 166; vgl. allgemein zum Abschluss eines Vertrages BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 1 ff. Nicht alle beteiligten Personen müssen von Todes wegen verfügen; vgl. zu den verschiedenen Arten von Erbverträgen eingehend HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 183 ff.

68 BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 4 und 10.

69 BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 4 und 10; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 153 ff.; gemäss REICHLIN ist die Willensäusserung das «*körperliche Substrat des Willens*», REICHLIN, 3.

70 BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 6.

Dabei bedient sich die Äusserung des Willens bei den formbedürftigen Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich der schriftlichen Sprache. Zwischen dem inneren Willensentschluss und den zum Ausdruck gewählten objektiven Bezeichnungen entstehen aber häufig Diskrepanzen.[71] So beispielsweise bei einem unüblichen Sprachgebrauch, den Dritte allenfalls anders verstehen.[72] Um nachvollziehen zu können, was eine Person mit den niedergeschriebenen Worten wirklich zum Ausdruck bringen wollte, ist Auslegung nötig.[73]

Die Auslegung spielt bei einer erblasserischen Willenserklärung im Übrigen eine besonders grosse Rolle, denn im Gegensatz zu anderen Geschäften ist dieser Wille rechtsgeschäftlich betrachtet der *letzte* und kann i.d.R. nicht durch weitere Erklärungen ergänzt oder erläutert werden.[74] Ausserdem stellt das Verfassen eines Erbvertrages oder eines Testaments für die verfügende Person eine mit Emotionen verbundene Handlung dar. Eine präzise Niederschrift der eigenen Gedanken und Wünsche gelingt in dieser Situation nicht allen, besonders nicht im hohen Alter.[75] Verfügungen von Todes wegen leiden daher oft an Unklarheiten, die durch Auslegung beseitigt werden müssen. Dass Unklarheiten geradezu erwartet werden, zeigt sich bereits dadurch, dass gesetzliche Auslegungsvermutungen bestehen.[76] 38

Dabei sind handschriftliche Testamente auch unter einem weiteren Aspekt besonders auslegungsbedürftig. Das Testament ist ein Rechtsgeschäft für *alle* und *jederzeit* möglich, weswegen die Verfügenden meistens rechtsunkundige Laien sind und sich, wenn auch unbewusst, zu knapp oder einfach unverständlich ausdrücken.[77] Das handgeschriebene Testament folgt zudem keinem bestimmten Aufbau und keiner Systematik und wird im Anschluss nicht beurkundet; es stellt vielmehr einen willkürlichen Ausfluss der persönlichen Gedanken dar.[78] Oftmals wird das eigenhändige Testament erst bei dessen Eröffnung von Dritten gelesen, weswegen 39

---

71 REICHLIN, 3 f.

72 Siehe DANZ, 209, mit seinem vielzitierten Beispiel der «*Bibliothek*», die eigentlich den Weinkeller meint; vgl. hierzu namentlich DRUEY, Grundriss, § 12 N 12. Siehe auch Rz. 233 ff.

73 REICHLIN, 4.

74 DRUEY, Grundriss, § 12 N 1 ff.; REICHLIN, 12.

75 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22; DERS., Formvorschriften, N 79 ff.

76 Ähnlich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203 m.w.H.

77 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22; DERS., Formvorschriften, N 79 und 195; siehe auch KÜMIN, 111; TAPPMEIER, 1.

78 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 195.

niemand die verfügende Person vorgängig auf Unklarheiten im Text hinweisen konnte.[79]

40 Aber auch Erbverträge bedürfen der Auslegung, obschon diese nicht allein von den (rechtsunkundigen) Verfügenden erstellt werden.[80] Denn auch bei Erbverträgen stellen sich, wie auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, viele Auslegungsfragen – so beispielsweise bezüglich der Vereinbarkeit des Erbvertrages mit anderen Verfügungen[81] oder bereits hinsichtlich der Frage, ob eine Anordnung vertragsmässig (verbindlich) oder einseitig (widerrufbar) ausgestaltet ist.[82]

41 Verfügungen von Todes wegen sind daher allgemein auslegungsbedürftig, wobei bei (handschriftlichen) Testamenten und Erbverträgen teilweise unterschiedliche Bedürfnisse bestehen. Neben dieser allgemeinen Auslegungsbedürftigkeit ist die Auslegung bei Verfügungen von Todes wegen aber auch in anderer Hinsicht von grosser Bedeutung: Um beurteilen zu können, ob der Willens*entschluss* an sich gültig, also namentlich frei von Irrtum[83] oder Arglist erfolgte, muss man den Willen verstehen.[84] Die Auslegung hilft daher auch bei der Ermittlung der Gültigkeit einer Verfügung und verhilft ihr zur rechtlichen Verbindlichkeit.[85]

42 Eine Verfügung von Todes wegen erscheint zwar auf den ersten Blick nur dann auslegungsbedürftig, wenn man bei der Betrachtung auf Verständnisprobleme stösst, insbesondere wenn eine Anordnung mehrdeutig oder unklar ist.[86] Entgegen der älteren Lehrmeinung und der eher unklaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung vertritt die aktuell h.L. aber zu Recht die Meinung, dass *jede* sprachliche Willensäusserung der Auslegung bedarf.[87] Verfügungen von Todes wegen sind

---

79 LEUBA, 26; siehe zur Problematik auch SPIRO, 260 ff.

80 Vgl. zur Errichtungsform Art. 512 ZGB.

81 Art. 494 Abs. 3 ZGB; vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 494 N 9 ff.

82 BGE 133 II 406 E. 2.3; vgl. eingehend hierzu HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 259 ff.

83 Vgl. zum Motivirrtum eingehend Rz. 110 ff.

84 SEILER, Rz. 544 f.; vgl. zum Motivirrtum auch Rz. 110 ff.

85 PICENONI, 21.

86 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 56; zitiert in HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 217.

87 Siehe eingehend zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.

also immer auslegungsbedürftig und bedürfen stets mindestens der erläuternden Auslegung.[88]

3.2 Ergänzende Auslegung

In vielen Fällen führt die erläuternde Auslegung zu keinem befriedigenden Ergebnis, sondern bringt erst Lücken zutage.[89] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die verfügende Person eine zeitlich bedingte Veränderung nicht vorhergesehen oder bei der Erstellung der Verfügung die gegenwärtigen Umstände nicht abschliessend gekannt hat. Es ist für Verfügungen von Todes wegen geradezu typisch, dass sich zwischen ihrer Entstehung und der in der (zeitlich ungewissen) Zukunft eintretenden Wirksamkeit die ursprünglich angenommenen Tatsachen verändern oder neue Tatsachen hinzukommen.[90] Es entstehen insofern regelmässig Unvollständigkeiten, die die Person nach ihrem Tod nicht mehr selbst beheben kann. Sehr oft ist eine Anordnung also nicht nur erläuterungsbedürftig, sondern auch ergänzungsbedürftig. Es besteht somit oft der Wunsch, die lückenhafte Anordnung zu ergänzen, anstatt sie für ungültig resp. unwirksam zu erklären.[91] Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit der ergänzenden Auslegung, die aufgrund der *fehlenden* Anordnung einen hypothetischen Willen umsetzt. 43

Die Lückenhaftigkeit ist aber freilich kein erbrechtliches Phänomen. Lücken ergeben sich einerseits auch bei schuldrechtlichen Verträgen; in der schuldrechtlichen Lehre und Rechtsprechung ist die Lückenfüllung aber anerkannt.[92] Andererseits sind Lücken auch bei weiteren (formbedürftigen) Rechtsgeschäften nicht unüblich und von Lehre und Rechtsprechung anerkannt, so namentlich bei Stiftungsgeschäften[93] und bei Dienstbarkeitsverträgen sowie bei Grundbucheinträ- 44

---

88 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22 m.w.H.; DERS., Formvorschriften, N 197; DRUEY, Grundriss, § 12 N 12; PICENONI, 73 f.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 56; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 306.

89 Siehe zur Definition und der Art der Lücken Rz. 256 ff.

90 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 20; SEILER, Rz. 567 ff. m.w.H.

91 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29; GLAUS, 182 f.; PICENONI, 69 f.

92 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 61 ff. m.w.H. zu Lehre und Rechtsprechung.

93 BVGer B-3867/2007 vom 29. April 2008, E. 4.6; BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 89 ff.; VON ORELLI, 140 ff. Da das Stiftungsgeschäft ebenfalls gemäss dem Willensprinzip ausgelegt wird und eine Stiftung namentlich auch durch Verfügungen von Todes wegen errichtet werden kann, lassen sich bei der Betrachtung von Stiftungsge-

gen[94]; zudem selbstverständlich bei Gesetzesnormen[95]. Die Auslegung ist, wie einleitend erwähnt, eine Disziplin, die bei allen Rechtsgeschäften zur Feststellung ihrer rechtlichen Wirksamkeit relevant und notwendig ist. Gleichermassen ist es auch die ergänzende Auslegung, die der dargestellten Lückenhaftigkeit begegnet. Insofern entspringt die ergänzende Auslegung einem allgemeinen Bedürfnis in der Gesellschaft nach der bestmöglichen Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften.

§ 6 Auslegungsregeln

1. Art. 18 Abs. 1 OR

45 Das Erbrecht enthält keine allgemeine Gesetzesnorm zur Auslegung von Verfügungen von Todes wegen.[96] Die Prinzipien und Regeln der Auslegung wurden grösstenteils von der Rechtsprechung und Lehre herausgebildet und sind bei Erbverträgen und Testamenten aufgrund ihrer jeweiligen Charakteristika teilweise unterschiedlich.[97] Kraft der Verweisungsnorm von Art. 7 ZGB gelten bei erbrechtlichen Rechtsgeschäften insbesondere auch die Auslegungsregeln i.S.v. Art. 18 Abs. 1 OR analog.[98] Art. 18 Abs. 1 OR ist nach der h.L. sowohl auf einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte, wie das Testament, als auch auf zwei-/

---

schäften relevante Erkenntnisse für die vorliegende Untersuchung gewinnen. Siehe zur Stiftung weiter Fn. 250.

94 BGE 88 II 498 E. 5; ESCHMANN, 114 ff. und 132 ff.

95 Vgl. eingehend zu den Gesetzeslücken BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 344 ff.

96 Vgl. EITEL, Der letzte Wille, 282. Im Gegensatz dazu existiert bspw. im deutschen Recht eine spezifische Auslegungsnorm für Testamente (§ 2084 BGB: «*Lässt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann.*»), aus welcher auch die ergänzende Auslegung abgeleitet wird. Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 82 ff.

97 Vgl. folgend Rz. 56 ff.

98 Auch wenn Art. 18 Abs. 1 OR vom Gesetzestext her lediglich die Simulation und den gemeinsamen Irrtum regelt, stellt Art. 18 OR gemäss der h.L. und der bundesgerichtlichen Praxis prinzipielle Ansätze für die Auslegung von Willenserklärungen auf. Siehe hierzu die Quellen in Fn. 6.

mehrseitige, empfangs- und formbedürftige Verträge wie den Erbvertrag analog anwendbar.[99]

Eine analoge Anwendung bedeutet allerdings, dass die obligationenrechtlichen Regelungen nicht *tel quel* übernommen, sondern im Hinblick auf das konkrete Rechtsverhältnis überprüft, abgeändert oder eingeschränkt angewandt werden.[100] Bei der Untersuchung der Auslegungsthematik im Erbrecht ist insofern jeweils zu beachten, dass spezifische Merkmale der Verfügungen von Todes wegen, wie bspw. das Prinzip der Höchstpersönlichkeit, es möglicherweise notwendig machen, die schuldrechtlichen Auslegungsgrundsätze nur in relativierter Form anzuwenden. Dementsprechend sind die schuldrechtlichen Regeln auf Testamente und Erbverträge in dem Masse anzuwenden, in dem die speziellen Charakteristika der Verfügung von Todes wegen nicht dagegensprechen. Gegenseitige (synallagmatische) Erbverträge, in welchen sich die Parteien in einem beidseitigen Austausch von Leistungen befinden, stehen den obligationenrechtlichen Regelungen generell näher als Testamente.[101] Insgesamt betrachtet lässt sich aber die Hauptbotschaft des Art. 18 Abs. 1 OR ohne Weiteres auf das Erbrecht übertragen: Es ist stets der *wirkliche* Wille der verfügenden Person(en) ausschlaggebend (vgl. oben Rz. 45). Das ergibt sich bereits aus dem Grundsatz der Privatautonomie. 46

Diese Privatautonomie umfasst nach der vorliegenden Meinung aber nicht nur die Umsetzung des wirklichen Willens, wie er im Zeitpunkt der Erklärung vorhanden war, sondern grundsätzlich auch die Massgeblichkeit des Willens, der bei Kennt- 47

---

99 BGE 131 III 106 E. 1.2; BGer 5A_84/2017 vom 7. November 2017, E. 3.1; 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 68; PICENONI, 20; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1 und 56 f.; vgl. auch WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 306 ff.

100 Die obligationenrechtlichen Regelungen lassen sich generell dann analog auf erbrechtliche Verhältnisse anwenden, sofern die Natur dieser erbrechtlichen Geschäfte eine Übertragung zulässt und sich im betroffenen Bereich keine spezifische Regelung findet, vgl. BK ZGB-SCHMID/TSCHIRREN, Art. 7 N 57 ff. Sofern erbrechtliche Normen ausnahmsweise explizit auf das Obligationenrecht verweisen oder identische Rechtsbegriffe benutzen, kann sich auch eine unmittelbare Anwendung des OR aufdrängen. So bspw. in Art. 638 ZGB («*Die Anfechtung des Teilungsvertrages erfolgt nach den Vorschriften über die Anfechtung der Verträge im Allgemeinen*.»); siehe hierzu BSK ZGB II-KELLER/LÜSCHER, Art. 638 N 1.

101 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 4. Siehe zum Erbeinsetzungsvertrag BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Vorb. zu Art. 494–497 N 7; zum Erbvertrag allgemein HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 146 ff. und Rz. 228; ebenso DIES., AJP 2007, 1446 f.

nis der vollständigen und richtigen Lage und entsprechender Motivation entstanden wäre (hypothetischer Wille).[102] Die rechtliche Grundlage für die ergänzende Auslegung im Erbrecht kann daher grundsätzlich ebenfalls in der allgemeinen Auslegungsnorm Art. 18 OR gesehen werden, so wie es auch im Bereich der schuldrechtlichen Verträge der Fall ist.[103] Denn obschon die ergänzende Auslegung keinen *wirklichen* Willen ermittelt, knüpft sie unmittelbar an die erläuternde Auslegung an und schreibt den bestehenden, wirklichen Willen fort.[104] Insofern bettet sich die ergänzende Auslegung in den allgemeinen Auslegungsvorgang ein und schliesst an diesen an.

2. Spezifische Auslegungsregeln des Erbrechts

48 Diverse erbrechtliche Normen stellen dispositive Auslegungsregeln auf, die bei speziellen Tatbeständen Anwendung finden können.[105] Diese werden teilweise als Auslegungshilfen[106], teilweise als *gesetzliche*[107] oder *ergänzende*[108] Auslegungsregeln bezeichnet. Kann bei der Auslegung einer Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen kein eindeutiges Auslegungsergebnis erzielt werden, so finden diese Auslegungsregeln subsidiär Anwendung.[109] Zu den zentralen Vorschriften gehören namentlich die gesetzlichen Vermutungen in Art. 626 ff. ZGB zur Ausgleichung,[110] in Art. 483 Abs. 2 ZGB zur Vermutung zugunsten der Erbeinset-

102 Vgl. zum hypothetischen Willen Rz. 105 ff.; STUMPF, 201 ff.

103 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 19 N 59 ff. m.w.H.

104 Siehe unten Rz. 313 ff.

105 Beispielsweise in Art. 469 Abs. 3 ZGB (Richtigstellung bei Erklärungsirrtum), Art. 482 Abs. 4 ZGB (Zuwendung an ein Tier), Art. 483 Abs. 2 ZGB (Erbeinsetzung), Art. 484 Abs. 3 ZGB (Vermächtnis), Art. 489 Abs. 1 ZGB (Zeitpunkt der Auslieferung), Art. 496 Abs. 2 ZGB (Erbverzicht), Art. 511 Abs. 1 ZGB (Ersatz der älteren Verfügung), Art. 522 Abs. 2 ZGB (Teilungsvorschriften), Art. 543 Abs. 2 ZGB (Wegfall Vermächtnis), Art. 608 Abs. 3 ZGB (Zuweisung Erbschaftssache), Art. 626 ff. ZGB (Ausgleichung), Art. 629 Abs. 2 ZGB (Begünstigungsvermutung).

106 So namentlich DRUEY, Grundriss, § 12 N 18 ff.

107 Siehe bspw. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 28; JOOS, 53 Fn. 388.

108 So unter anderem GLAUS, 192 f.

109 Siehe bspw. BGE 116 II 248 E. 3.b; DRUEY, Grundriss, § 12 N 18.

110 CHK ZGB-FANKHAUSER, Art. 626 N 1; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 626 N 4 f.

zung[111] und in Art. 608 Abs. 3 ZGB zur Vermutung der Teilungsvorschrift.[112] Diese Normen orientieren sich i.d.R. an der gesetzlichen Erbfolge und allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen: So ist die gesetzliche Erbfolge bspw. von der Gleichbehandlung der Kinder geprägt, was den durchschnittlichen Wünschen der Gesellschaft entspricht.[113] Die Vermutungen sind aber allesamt widerlegbar, indem der wirkliche erblasserische Wille durch Auslegung ermittelt wird.[114] Dabei dürfen Externa nach der vorliegenden Auffassung unbeschränkt hinzugezogen werden.[115] Obschon die Regeln grundsätzlich als Vermutungstatbestände für die erläuternde Auslegung konzipiert sind, haben sie gewissermassen einen *ergänzenden* Charakter, denn sie ergänzen eine lückenhafte Verfügung.[116]

In der Lehre werden diese Auslegungsregeln teilweise selbst als Externa bezeichnet, da sie ausserhalb der Verfügung stehen.[117] Gemäss dem vorliegenden Verständnis stellen Externa allerdings nur aussenstehende Tatsachen dar, die durch irgendeine Art von der verfügenden Person selbst geprägt sind oder diese unmittelbar beeinflussen (vgl. Rz. 323 ff.). Die genannten Auslegungsregeln sind dagegen vielmehr als dispositives Gesetzesrecht zu betrachten, das im Verhältnis zur Ermittlung des wirklichen Willens im Erbrecht stets eine sekundäre Rolle einnehmen muss.[118] 49

Als weitere Auslegungsregel wird in der Lehre und Rechtsprechung vorgebracht, dass im Zweifelsfall die Übereinstimmung mit der Intestaterbfolge gelte. Demnach solle, wenn die Auslegung kein eindeutiges Ergebnis ergebe, dasjenige gewählt werden, das der gesetzlichen Erbfolge am nächsten komme.[119] Nach der 50

---

111 BGer 5A_91/2019 vom 4. Februar 2020, E. 4.2 f.; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 483 N 3.

112 BGE 115 II 323 E. 1.b; 100 II 440 E. 7.a; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 608 N 14 f.

113 DRUEY, Grundriss, § 12 N 20.

114 BGE 116 II 248 E. 3.b; DRUEY, Grundriss, § 12 N 18; PIOTET, SPR IV/1, 209 m.w.H.; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, Art. 608 N 15; siehe zum deutschen Recht RUDOLF, 54; TAPPMEIER, 2.

115 Offengelassen in BGE 115 II 323 E. 1.b; vgl. zur Zulässigkeit von Externa bei der Auslegung Rz. 221 ff.

116 Vgl. GLAUS, 193 m.w.H.; PIOTET, SPR IV/1, 209 m.w.H.

117 So bspw. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 28; JOOS, 53.

118 PIOTET, SPR IV/1, 209; vgl. Rz. 299 ff.

119 Vgl. insbesondere die frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 91 II 264 E. 5; 56 II 254, S. 259 ff.; 45 II 17, S. 21 f.; ähnlich aber auch BGer 5C.183/2003 vom 9. De-

vorliegenden Auffassung darf das Gericht nur dann in Anlehnung an die gesetzliche Erbfolge auslegen, wenn sich (trotz Beizug von Externa) kein anderes, eindeutiges Auslegungsergebnis finden lässt und es ferner nicht dem erblasserischen Willen widerspricht.[120] Wie zudem BREITSCHMID und TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO zu Recht vorbringen, kann diese Regel bei erbrechtlichen Geschäften ohnehin nur hinsichtlich Details innerhalb des Verfügten zum Tragen kommen, zumal das Rechtsgeschäft ja genau von der gesetzlichen Erbfolge abweichen möchte.[121]

3. Favor testamenti

51 Das Prinzip des *favor testamenti* beabsichtigt, die Gültigkeit resp. Aufrechterhaltung einer Verfügung von Todes wegen zu begünstigen:[122] «*[...]‹in favorem testamenti› auslegen, das heisst von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige wählen, welche die Aufrechterhaltung der Verfügung ermöglicht [...].*»[123] Die Aufrechterhaltung der Verfügung hat im Erbrecht besondere Bedeutung, zumal die jeweilige Person nach ihrem Versterben keine weiteren Verfügungen aufsetzen kann.

zember 2003, E. 2.2.3 (vgl. hierzu Rz. 287); PIOTET, SPR IV/1, 211; REICHLIN, 41; STAGL, 36 ff. (der diese Auslegungsregel als «*goldene Regel*» bezeichnet).

120 Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 192 und 202.

121 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 72 Rz. 12.

122 BGE 124 III 414 E. 3; 116 II 117 E. 7.b; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; SEILER, Rz. 555; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 58 und 93 ff. Ist anhand der Auslegung bspw. nicht sicher, ob die verfügende Person mit einer Klausel X oder Y anordnen möchte, so hat man sich für X zu entscheiden, wenn nur X möglich und zulässig ist.

123 BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1 m.w.H.; so auch BGE 124 III 414 E. 3. Dieses Prinzip ist analog zu dem im allgemeinen Vertragsrecht herrschenden Prinzip des *favor negotii* zu verstehen: Bei mehreren Auslegungsergebnissen eines Vertrages ist jenes entscheidend, welches den Vertrag aufrechterhält. Vgl. hierzu BGE 99 II 268 E. 3 f.; BGer 5A_140/2014 vom 17. Oktober 2014, E. 2.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 40 m.w.H. auf die Rechtsprechung.

Das Prinzip des *favor testamenti* ist gesetzlich nicht ausdrücklich verankert,[124] in Lehre und Rechtsprechung aber anerkannt.[125] *Favor testamenti* gilt insofern nicht als eigene Rechtsnorm, sondern als allgemeiner Grundsatz, der andere (positivierte oder nicht-positivierte) Normen und Regeln beeinflusst. So lässt sich der Gedanke des *favor testamenti* in einigen erbrechtlichen Gesetzesnormen wiederfinden, beispielsweise in Art. 469 Abs. 3 ZGB (Richtigstellung eines Erklärungsirrtums), Art. 482 Abs. 3 ZGB (lästige und unsinnige Auflagen und Bedingungen), Art. 539 Abs. 2 ZGB (Stiftung) und besonders in Art. 519 f. ZGB (Anfechtung bei Ungültigkeitsgrund):[126] Da eine an Formmängeln und sonstigen Ungültigkeitsgründen leidende Verfügung von Todes wegen nur auf Anfechtung hin ihre Gültigkeit verliert, misst das Gesetz der Aufrechterhaltung der Verfügung grosse Bedeutung zu.[127] Gemäss Art. 20 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 7 ZGB sind Verfügungen von Todes wegen auch bei erfolgter Anfechtung – vorbehältlich eines anderslautenden Willens – zumindest teilweise aufrechtzuerhalten, anstatt gänzlich aufzuheben.[128] Das Prinzip des *favor testamenti* kommt zudem auch bei der Konversion von nichtigen oder ungültigen Verfügungen von Todes wegen zum Ausdruck, da auch durch die Konversion die Aufrechterhaltung bevorzugt wird.[129] 52

---

124 Im deutschen Recht ist der Grundsatz des favor testamenti dagegen ausdrücklich in § 2084 BGB normiert: Bei Vorliegen eines mehrdeutigen Testamentsinhalts, welcher verschiedene Auslegungsergebnisse zulässt, ist diejenige Auslegung vorzuziehen, «*bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann*». Sind mehrere zulässige und wirksame Auslegungsergebnisse möglich, ist diejenige zu wählen, die den Bedachten am wenigsten Umstände bereitet. Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 61 ff.; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 1 und 17.

125 BGE 124 III 414 E. 3; 116 II 117 E. 7.b; 98 II 73 E. 3.b/cc; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 469 N 6 m.w.H.; DRUEY, Grundriss, § 12 N 22 f.; HAGMANN, 51 f.; PIOTET, SPR IV/1, 211; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 93 ff.

126 CHK ZGB-ABT, Art. 467–468 N 14; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 2 und 28; DERS., Formvorschriften, N 186 ff.; REICHLIN, 40 f. mit Fn. 4; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 93, je m.w.H.

127 Vgl. Rz. 122. Siehe auch BGE 116 II 117 E. 7.b; CHK ZGB-ABT, Art. 467–468 N 14; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 1.

128 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 19; PIOTET, SPR IV/1, 211. Vgl. hierzu auch Rz. 116 ff.

129 BGE 89 II 437 E. 2; 75 II 81 E. 4; WACHENDORF EICHENBERGER, 118 ff.; vgl. ferner BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 231; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 94; siehe eingehend zur Konversion unten Rz. 130 ff.

53 Der *favor testamenti* ist aufgrund des Gesagten insbesondere bei der Auslegung relevant, da er sich dafür ausspricht, dass im Zweifel die Aufrechterhaltung der Verfügung bevorzugt werden muss.[130] Dabei legt das Gericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur den materiellen Inhalt der Verfügung *in favorem testamenti* aus, sondern auch die Formvorschriften.[131] Da das Prinzip aber – wie erwähnt – keine positive Rechtsnorm, sondern ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ist, ist unklar, wie weit es bei der Auslegung tatsächlich wirkt.[132] Es gilt jedenfalls nicht unbeschränkt und kann namentlich Mängel wie Formmängel nicht heilen, zumindest sofern die Ungültigkeit (resp. Nichtigkeit) unausweichlich ist.[133] Wie REICHLIN festhält, muss das Prinzip also dort seine Grenze finden, wo es der Schutzzweck der Rechtsordnung und die Rechtssicherheit vorsehen. So sind bspw. auch gesetzeswidrige oder unsittliche Inhalte niemals schützenswert.[134]

54 Auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist kein klarer Wirkungsbereich des *favor testamenti* erkennbar; er wirkt grundsätzlich lediglich als Auslegungsprinzip bzw. als Leitlinie, die im Grenz- oder Zweifelsfall Bedeutung erlangt, ansonsten aber hinter andere Auslegungsregeln (insb. die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel, vgl. Rz. 210 ff.) zurücktreten muss.[135]

55 Die ergänzende Auslegung beabsichtigt, eine lückenhafte Verfügung so gut wie möglich aufrechtzuerhalten und folgt somit dem *favor testamenti*. Das Bundesgericht bejaht die ergänzende Auslegung allerdings erst teilweise bei Erbverträgen.[136]

---

130 BGE 124 III 414 E. 3; BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011, E. 3.1.1; je mit weiteren Hinweisen; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 13.

131 BGE 135 III 206 E. 3.7; 116 II 117 E. 7.b f.; 112 II 23 E. 4; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 5 m.w.H. auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 94. Siehe zur Formstrenge ferner Rz. 188 ff.

132 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 95; DRUEY, Grundriss, § 12 N 22 m.w.H.

133 REICHLIN, 45 ff.; BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 498 N 9. Ebenso wenig ist das Fehlen eines *animus testandi* heilbar, siehe zum deutschen Recht FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 17 m.w.H.

134 REICHLIN, 45 ff.

135 BGE 101 II 31 E. 3; ähnlich BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 498 N 9 und BK ZGB-DERS., 14. Titel, Einleitung, N 95; gemäss WEIMAR ist *favor testamenti* keine Auslegungsregel, sondern lediglich ein Ordnungsgesichtspunkt. Siehe zur Andeutungs- und zur Eindeutigkeitsregel Rz. 210 ff.

136 Siehe namentlich BGE 127 III 529 E. 3.c; vgl. auch BAUMANN, 243 m.w.H. sowie unten Rz. 73 f.

4. Willens- und Vertrauensprinzip

Nach der h.L. und der Rechtsprechung ist bei jeder Willenserklärung primär der wirkliche Parteiwille zu erforschen (Art. 18 Abs. 1 OR).[137] Dabei ist entscheidend, wie viele Willenserklärungen am Rechtsgeschäft beteiligt sind. Bei Testamenten ist aufgrund ihrer Einseitigkeit einzig der wahre Wille der verfügenden Person auszulegen.[138] Die Auslegung folgt dabei dem Willensprinzip, was in der aktuellen Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich unumstritten ist.[139] Das Willensprinzip besagt, dass die Willensäusserung so zu gelten hat, wie sie von der erklärenden Person im Zeitpunkt der Äusserung gemeint war. Demzufolge ist ihr wirklicher *innerer* Wille zu bestimmen.[140] Dabei wird die subjektive Perspektive der verfügenden Person eingenommen; eine objektive Auslegung nach Treu und Glauben findet gerade nicht statt.[141] Der erblasserische Wille ist somit die oberste Leitlinie bei der Auslegung von Testamenten.[142] 56

Da der Erbvertrag demgegenüber ein Rechtsgeschäft mit mindestens zwei Parteien darstellt, muss das Gericht bei der Auslegung von Erbverträgen auf den gemeinsamen, übereinstimmenden Willen aller Parteien abstellen.[143] Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird nach Art. 18 OR zunächst der wirkliche gemeinsame Wille ermittelt. Lässt sich dieser nicht mehr feststellen, so greift das 57

---

137 BGE 123 III 35 E. 2.b; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1 ff.; a.M. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 13; DERS., FS Walter, 335 ff., der aufgrund von Art. 1 OR die Erklärungstheorie befürwortet (vgl. Fn. 6).

138 BGE 131 III 106 E. 1.2; 120 II 182 E. 2.a; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 3 f.

139 BGE 131 III 601 E. 3.1; 131 III 106 E. 1.1 m.w.H.; 124 III 414 E. 3; BGer 5A_286/2021 vom 22. März 2022, E. 2.2; 2C_242/2014 vom 10. Juli 2014, E. 2.2.7; 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 3 f.; EITEL, Der letzte Wille, 282; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 218; REICHLIN, 11; SEILER, Rz. 548; a.M. PICENONI, 65 ff. Das Willensprinzip gilt entsprechend auch bei Stiftungsgeschäften, die ebenfalls einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sind. Vgl. BGE 93 II 439 E. 2; BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 77 ff.

140 BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014, E. 2.1; 2C_242/2014 vom 10. Juli 2014, E. 2.2.7; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 3 f.; EITEL, Der letzte Wille, 282; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 218; REICHLIN, 11.

141 BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014, E. 2.1.

142 BGE 131 III 106 E. 1.2.

143 BGE 133 III 406 E. 2.2; 127 III 529 E. 3.c; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 219 ff.

Vertrauensprinzip.[144] Massgebend ist, wie eine vernünftige, durchschnittliche Person die Erklärung unter Berücksichtigung aller Umstände und nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verstehen konnte und musste.[145] Dabei analysiert das Gericht den Verständnishorizont der konkret beteiligten Gegenpartei, d.h. es zieht auch subjektive Elemente wie zum Beispiel spezielle Kenntnisse des Gegenübers, vertragsbegleitende Umstände, den konkreten Zeitpunkt usw. bei.[146] Das Vertrauensprinzip deckt sowohl die Interessen der erklärenden als auch jene der empfangenden Person ab und dient somit gewissermassen als Korrektiv resp. Kompromiss zwischen der Willens- und der Erklärungstheorie.[147]

58 Das Bundesgericht hat sich zwar für die Anwendbarkeit des Vertrauensprinzips bei Erbverträgen ausgesprochen, sich allerdings noch nicht explizit dazu geäussert, ob das Vertrauensprinzip bei sämtlichen erbvertraglichen Klauseln zur Anwendung gelangt oder nur bei synallagmatischen Verpflichtungen.[148] Dies ist auch in der Lehre umstritten.[149] So ist ein Teil der Lehre der Auffassung, dass das Ver-

---

144 BGE 133 III 406 E. 2.2; 127 III 529 E. 3.c; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.1 ff.; 5C.109/2004 vom 16. Juli 2004, E. 3.3.1.

145 BGE 133 III 406 E. 2.2 m.w.H.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 11 ff. m.w.H. zur Kritik in der Lehre.

146 BGE 119 II 368 E. 4.b; 113 II 49 E. 1.b; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 220 f.

147 Das Erklärungsprinzip wurde insbesondere von Teilen der früheren Lehre befürwortet. Diesem Prinzip zufolge gilt eine Willensäusserung so, wie man sie objektiv verstehen kann – d.h. unbeachtlich des eigentlichen, wahren Willens, wenn er allenfalls falsch ausgedrückt wurde. Siehe hierzu GLAUS, 7 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 142; PICENONI, 71 f. und 111 f.; REICHLIN, 10.

148 Angedeutet in BGer 5C.109/2004 vom 16. Juli 2004, E. 3.3.1. Vgl. ferner die Praxis zu (soweit ersichtlich synallagmatischen) Erbverträgen: BGE 133 III 406 E. 2.2 ff.; BGer 5A_452/2014 vom 17. September 2014, E. 2.1; 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.1; 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005, E. 3.1; 5C.109/2004 vom 16. Juli 2004, E. 3.3; ähnlich auch 5C.91/2000 vom 25. Mai 2000, E. 2.a; vgl. auch HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 231 m.w.H.

149 Folgende Lehrmeinungen befürworten das Vertrauensprinzip bei sämtlichen Erbverträgen: BORNHAUSER, Rz. 475; BSK ZGB II-BORNHAUSER/BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 494–497 N 12; DRUEY, Grundriss, § 12 N 5; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 228 ff. m.w.H.; PIOTET, SPR IV/1, 206 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 56; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 401 f. Folgende Lehrmeinungen unterscheiden zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Erbverträgen: EITEL, Der letzte Wille, 282; SEILER, Rz. 550; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 71 N 4; PraxKomm ZGB-ZEITER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 11. A.M. WEIMAR, der auch bei Erbverträgen das Willensprinzip zur Anwendung brachte, siehe BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 60 ff.

trauensprinzip nicht bei den Anordnungen anwendbar sei, welche lediglich die von Todes wegen verfügende Person verpflichten.[150] Dieser Auffassung nach sei der Schutzzweck des Vertrauensprinzips bei Vertragsparteien, die sich selbst zu keiner Leistung verpflichten, nicht einschlägig.[151] Sobald der vertragsmässigen Verfügung jedoch eine Verpflichtung der Vertragspartei gegenüberstehe, habe auch das Gegenüber schützenswerte Interessen, weswegen sich eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip aufdränge.[152] Namentlich WOLF/GENNA[153], BORNHAUSER[154], EITEL[155] und HRUBESCH-MILLAUER[156] vertreten die gegenteilige Meinung, wonach das Vertrauensprinzip auch bei vertragsmässigen Klauseln mit nur einseitigen Pflichten zur Anwendung gelange. Dies u.a. aus dem Grunde, da das Vertrauensprinzip bei Schuldverträgen sowohl bei entgeltlichen als auch bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften gelte und andererseits auch solche Anordnungen im Erbvertrag empfangsbedürftig seien, weswegen nicht das Willensprinzip anwendbar sein könne. Es gebe daher immer eine andere Seite, die ebenfalls berücksichtigt werden müsse.[157]

Dieser letzten Auffassung wird vorliegend gefolgt. Da vertragsmässige Klauseln stets empfangsbedürftig sind und somit eine entsprechende Willenserklärung seitens der Vertragspartei vorliegt (auch wenn diese selbst keinerlei Verpflichtungen eingeht – seien diese von Todes wegen oder nicht), muss dieser Wille ebenfalls berücksichtigt werden. Ohnehin ist der Begriff der Entgeltlichkeit, wie HRUBESCH-MILLAUER zielführend festhält, bei familiär geprägten Verpflichtungen in Erbverträgen nicht immer sachgerecht sowie aufgrund des aleatorischen Charak- 59

Vgl. auch die Übersicht zum Lehrstreit in BORNHAUSER, Rz. 457 ff., sowie in HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 228 ff.

150 Siehe die Quellen in Fn. 149.

151 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 4; vgl. auch HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 232 m.w.H.

152 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 4; vgl. auch HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 232 m.w.H.

153 WOLF/GENNA, SPR IV/1, 401 f.

154 BORNHAUSER, Rz. 475.

155 DRUEY, Grundriss, § 12 N 5.

156 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 228 ff. m.w.H.; DIES., AJP 2007, 1447.

157 DRUEY, Grundriss, § 12 N 5; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 233; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 401 f.

ters nicht einfach anzuwenden.[158] Zudem schützt der Vertrauensgrundsatz das Interesse der Vertragsparteien an der vertraglichen Bindung, nicht ein wirtschaftliches Interesse.[159] Auch wäre es in praktischer Hinsicht sehr schwierig, vertragliche Klauseln in ein und demselben Erbvertrag auf ihr jeweiliges Synallagma hin zu überprüfen, zumal sich das Synallagma auch nicht immer offensichtlich ergibt.

60 Grundsätzlich einig ist sich die Rechtsprechung und Lehre demgegenüber, dass bei den in Erbverträgen enthaltenen letztwilligen und somit *nicht empfangsbedürftigen* Anordnungen das Willensprinzip massgeblich ist.[160] Dem ist freilich zuzustimmen, denn diese Klauseln bleiben stets frei widerruflich, haben folglich keine vertragliche Bindungswirkung und sind nicht empfangsbedürftig, was auf die Massgeblichkeit einzig des erblasserischen Willens schliessen lässt (Willensprinzip).

61 Die (Nicht-)Vertragsmässigkeit von Klauseln in einem Erbvertrag ist insofern für die Auslegung relevant, da sie die weitere Auslegungsmethodik bestimmt. Die Unterscheidung zwischen ein- und mehrseitigen Anordnungen ist aber nicht immer einfach und muss ebenfalls durch Auslegung ermittelt werden.[161] Bei der Auslegung eines Erbvertrages ist somit nicht nur der beabsichtigte Inhalt zu ermitteln, sondern in einem ersten Schritt zunächst auch der Charakter der Anordnung selbst. Erst wenn das Gericht eine Klausel entsprechend qualifiziert hat, kann es im zweiten Schritt unter Beachtung des entsprechenden Auslegungsprinzips mit der Ermittlung des eigentlichen Inhalts fortfahren. Im Zweifelsfall geht namentlich

---

158 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 235; siehe allgemein zum aleatorischen Charakter RUSCH, Aleatorisch, 1625 ff.

159 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 235; zum Vertrauensprinzip vgl. auch BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 98 ff.

160 Angedeutet in BGE 133 III 406 E. 2.3 und BGer 5C.109/2004 vom 16. Juli 2004, E. 3.3.1; BORNHAUSER, Rz. 475; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 4; KUKO ZGB-GRÜNINGER, Art. 494 N 6; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 236 ff.; PIOTET, SPR IV/1, 207 f.; REICHLIN, 9 f.; Praxkomm ZGB-ZEITER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 12.

161 Hierbei folgt das Bundesgericht grundsätzlich der Interessentheorie, siehe BGE 133 III 406 E. 2.3; 118 II 282 E. 5; BGer 5C.256/2004 vom 2. Juni 2005, E. 3.2 m.w.H.; siehe ferner BGE 101 II 305 E. 3.a; 70 II 7 E. 2; BGer 5C.72/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.1 ff. Vgl. hierzu EITEL, Obligationenrecht und Erbrecht, 70; sowie eingehend zur Vertragsmässigkeit von Klauseln sowie zu den Rechtsunsicherheiten rund um die Interessenabwägung HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 259 ff.

HRUBESCH-MILLAUER bei der Qualifikation zu Recht von der Vermutung einer vertraglich bindenden Klausel aus.[162]

5. Die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel

Bei der Auslegung von Testamenten (und Erbverträgen) sind sodann die Eindeutigkeits- sowie die Andeutungsregel von Relevanz. Da diese im Zusammenhang mit der ergänzenden Auslegung eine besondere Rolle spielen, sei an dieser Stelle auf die vertiefte Darstellung und Analyse der beiden Regeln in den Rz. 210 ff. verwiesen. 62

§ 7 Fazit zum zweiten Teil

Wie sämtliche andere Rechtsgeschäfte ist auch eine Verfügung von Todes wegen auszulegen, damit sie umsetzbar und somit rechtlich massgeblich wird. Die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen dient daher primär dem Verständnis – der *Erläuterung* – des wahren Willens der verfügenden Person(en), sekundär aber auch dessen Durchsetzung. Wie sich gezeigt hat, ergeben sich insbesondere bei handschriftlichen Testamenten öfters Unklarheiten und dementsprechend Auslegungsbedarf. Bei Erbverträgen ist demgegenüber namentlich die Bindungswirkung oft Auslegungsfrage. Bei Testamenten folgt die Auslegung dabei dem Willensprinzip, während Erbverträge grundsätzlich dem Vertrauensprinzip unterstehen. 63

Oftmals lassen sich durch die erläuternde Auslegung Lücken erkennen, d.h. Unvollständigkeiten im Rechtsgeschäft. In diesen Fällen besteht das Bedürfnis nach einer ergänzenden Auslegung, die nicht den wirklichen, sondern den hypothetischen Willen erforscht, um die Lücke zu schliessen. 64

Sowohl bei der erläuternden als auch bei der ergänzenden Auslegung müssen die spezifischen Merkmale der Verfügungen von Todes wegen, d.h. des Auslegungsgegenstandes, beachtet werden. Insbesondere stellen die Formvorschriften und das Prinzip der Höchstpersönlichkeit wichtige Aspekte dar, die die Auslegung der 65

[162] Eingehend HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 259 ff. mit einer Darstellung in Rz. 398, wie dieser erste Auslegungsschritt zu erfolgen hat. Ähnlich BORNHAUSER, Rz. 476 ff. Dieser Auffassung ist zum Schutz der Gegenparteien zuzustimmen.

Verfügung beeinflussen und letztlich auch die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung tangieren. So erscheint es auf den ersten Blick ausgeschlossen, dass fremde Willenserklärungen oder Äusserungen, die nicht von der Form gedeckt sind, Beachtung finden können. Entsprechend scheinen die Formvorschriften und das Prinzip der Höchstpersönlichkeit gegen eine ergänzende Auslegung von Verfügungen von Todes wegen zu sprechen, stützt sich diese doch auf einen hypothetischen Willen. Ob bzw. inwiefern diese Aspekte aber wirklich die Zulässigkeit verneinen – wie in der Lehre und Rechtsprechung teilweise vorgebracht wird –, muss im nachfolgenden Abschnitt eingehend untersucht werden. Es ist unerlässlich, die genaue Reichweite und Strenge der Form- und Höchstpersönlichkeitsvorschriften sowie der Auslegungsprinzipien des Bundesgerichts zu untersuchen. Dabei ist, wo nötig, stets auch ein Auge auf die Unterschiede zwischen Testamenten und Erbverträgen und die daraus resultierenden Abweichungen bei der Auslegung zu werfen.

Teil 3:
Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht

§ 8 Rechtsprechung und Lehre zur ergänzenden Auslegung im Erbrecht

Wie im Folgenden dargelegt wird, war die ergänzende Auslegung im Erbrecht in der frühen Rechtsprechung und Lehre höchst umstritten und bleibt es teilweise noch heute. Nichtsdestotrotz ergeben sich bei der Betrachtung der Bundesgerichtspraxis und der Literatur auch wichtige Erkenntnisse, die *für* die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht sprechen. Im Folgenden werden zunächst die bundesgerichtlichen Urteile und dann die einschlägigen Lehrmeinungen thematisiert, wobei diese jeweils nach ihrem Alter gruppiert werden. 66

1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

1.1 Bis ca. 2000

In seiner frühen Rechtsprechung lehnte das Bundesgericht die ergänzende Auslegung – zumindest in der Theorie – dezidiert ab. So entschied es in einem Urteil aus dem Jahre 1921, es sei nicht zulässig, «*mit Zuhilfenahme anderweitiger Tatsachen den Testamentswillen zu ergänzen*»[163], und wiederholte in einem Urteil von 1938: «*Wollte aus weitern, ausserhalb des Testamentes liegenden Äusserungen des Testators und den Begleitumständen etwas anders abgeleitet werden, so wäre dies nicht mehr Auslegung sondern Ergänzung der letztwilligen Verfügung, die unzulässig ist.*»[164] Das Bundesgericht verneinte die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung sowohl bei Testamenten als auch bei Erbverträgen.[165] Dabei setzte sich das Bundesgericht in den Urteilen allerdings (soweit ersichtlich) nicht vertiefter mit den Gründen für oder gegen die ergänzende Auslegung auseinander. Es äusserte sich ebenfalls nicht zum genauen Anwendungsbereich und bezeichnete teilweise auch Fälle, in welchen ein Gericht keinen hypothetischen Willen erforschte, sondern lediglich von einem klaren Wortlaut abwich und eine anders- 67

163 BGE 47 II 23 E. 3.

164 BGE 64 II 186, S. 188 f.

165 Bspw. BGE 108 II 393 E. 6.c; 104 II 337 E. 2.c; 101 II 31 E. 3; 79 II 36 E. 3.b; 75 II 280 E. 6; 72 II 225 E. 3.b; 70 II 7 E. 2; 69 II 373 E. 1.d; 67 II 88 E. 2.c; 64 II 186, S. 188 f.; 56 II 351 E. 2; 50 II 441 E. 2.c; 49 II 12 E. 2; 47 II 23 E. 3; 46 II 213 E. 3. Vgl. auch BGE 39 II 694 E. 5 f. mit allgemeinen Ausführungen zu formbedürftigen Verträgen.

lautende Bedeutung verwirklichen wollte, als Ergänzung resp. unzulässige Auslegung.[166]

68 Das Bundesgericht stellte sich bei der Ablehnung solcher Auslegungsergebnisse (scheinbar) hauptsächlich auf den Standpunkt, dass kein anderer, in der Verfügung nicht enthaltener Wille massgeblich sein dürfe, da dieser nicht von der Form gedeckt sei.[167] So lehnte das Bundesgericht im Sinne der Eindeutigkeitsregel im Prinzip bereits jegliche Auslegung ab, wenn der Wortlaut eindeutig formuliert war.[168] Sofern das Gericht aufgrund eines zweideutigen oder unklaren Wortlautes überhaupt erläuternd auslegte, stand zudem auch die Andeutungsregel einer ergänzenden Auslegung entgegen, denn es wurde nur das ausgelegt, was einen Anhaltspunkt im Wortlaut hatte. Dementsprechend wurden auch Externa als Auslegungsmittel nur beschränkt hinzugezogen.[169] Das Bundesgericht mass somit insbesondere den Formvorschriften, aber auch dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen grosse Bedeutung zu und wandte die erwähnten strengen Auslegungsregeln an.[170]

69 Insgesamt lässt sich bei der Betrachtung der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts also feststellen, dass das Bundesgericht bei der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, insbesondere Testamenten, grundsätzlich eine sehr strikte Haltung einnahm. Abweichungen vom klaren Wortlaut wurden kategorisch abgelehnt und die Auslegung war somit stets stark an den Wortlaut der Verfügung geknüpft.[171]

70 In wenigen älteren Fällen wich das Bundesgericht jedoch von den eigenen Regeln ab und wandte im weiteren Sinne eine ergänzende Auslegung an, ohne dies explizit als solche zu benennen. So fügte es in einigen Urteilen bspw. einer bestehenden Anordnung Bedingungen hinzu, die so nicht in der Verfügung angedeutet waren resp. gar gegen den Wortlaut verstiessen, das Bundesgericht aber aufgrund veränderter Umstände als notwendig erachtete. Als Paradebeispiel hierfür gilt BGE 46

---

166 Obwohl das Gericht lediglich erläuternd und unter Berücksichtigung von Externa auslegte, siehe zum Beispiel BGE 72 II 225 E. 3.b.

167 So bspw. BGE 94 II 88 E. 8 (Fall *Familienunternehmung*, vgl. Rz. 283); 79 II 36 E. 3.b; 72 II 225 E. 3.b; 69 II 373 E. 1.d; 67 II 88 E. 2.c; 47 II 23 E. 3.

168 Vgl. Rz. 213 ff.

169 Z.B. BGE 117 II 142 E. 2.a; 72 II 225 E. 3.b; 70 II 7 E. 2. Siehe zu den Externa Rz. 323 ff.

170 Vgl. folgende Rz. 210 ff.

171 Siehe Rz. 210 ff.

II 225 (Fall *Grütliverein*).[172] In diesem Entscheid legte das Bundesgericht ein Testament aus, in welchem dem Grütliverein Grenchen ein Legat zugewendet wurde. Der Erblasser verfügte, dass für den Fall, in welchem sich die Sektion Grenchen des Vereins auflöse, der «*Zinsabfluss den sozialistischen Arbeiterverbänden der Ortschaft Grenchen zu Propagandazwecken in sozialistischem Sinne zufallen*» solle.[173] Nach dem Tode des Erblassers löste sich die Sektion Grenchen im schweizerischen Verein auf. Kurz darauf wurde aber eine neue Sektion gebildet und im schweizerischen Verein aufgenommen. Das Bundesgericht führte aus, dass der Erblasser beabsichtigt habe, das Legat der Lokalsektion zukommen zu lassen. Dem erblasserischen Willen werde man nicht gerecht, wenn eine kurze Unterbrechung der Vereinstätigkeit genügen solle, um die Zinsen einem ganz anderen Verein mit anderen politischen Tendenzen zuzuwenden. Das Bundesgericht legte das Testament vorliegend gegen den klaren Wortlaut aus und setzte schliesslich nichts anderes als einen hypothetischen Erblasserwillen um, da dieser dem Zweck der Anordnungen besser entsprach als die sture Befolgung des Wortlauts.

71 Ähnlich zweckorientiert argumentierte das Bundesgericht in einigen anderen Fällen, namentlich dem Fall *Enterbter Neffe*.[174] Zudem stellen auch Fälle der Konversion nach der vorliegenden Meinung im weiteren Sinne ergänzende Auslegung dar und wurden in der Rechtsprechung schon früh anerkannt, wenn auch durch die Umdeutung teilweise vom eindeutigen Wortlaut abgewichen wird.[175]

72 Obschon man also der frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine ablehnende Haltung gegenüber der ergänzenden Auslegung entnehmen kann, ist gleichwohl festzuhalten, dass das Bundesgericht in einigen Urteilen eine Auslegung zugunsten des Zweckes der Verfügung befürwortete (vgl. auch die Beispiele der jüngeren Praxis, nachfolgend Rz. 73 und 97). Eingehend thematisiert wurde die ergänzende Auslegung allerdings, wie einleitend erwähnt, nicht.

---

172 BGE 46 II 225, S. 229; gl.M. GLAUS, 64 f.; PICENONI, 70; STAGL, 32.

173 BGE 46 II 225, S. 226.

174 Siehe zum Fall *Enterbter Neffe* (BGE 56 II 254) Rz. 277 und GLAUS, 53 ff. m.w.H. auf den ähnlich gelagerten Fall in BGE 94 II 88 (*Familienunternehmung,* vgl. Rz. 283), in welchem das Bundesgericht eine Testamentsklausel aufgrund veränderter Umstände für unwirksam erachtete. Vgl. hierzu auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 11 und 27; BK ZGB-WEIMAR, Art. 481 N 7.

175 Vgl. Rz. 130 ff.

1.2 Ab ca. 2000

73 In jüngeren Urteilen lässt sich eine etwas differenziertere Haltung des Bundesgerichts erkennen. Zum einen hat es die Eindeutigkeitsregel (zumindest bei Erbverträgen) verworfen.[176] Dementsprechend gilt, dass *jede* Willensäusserung der Auslegung offensteht, selbst wenn sie scheinbar klar ist.[177] Auch die Andeutungsregel hat das Bundesgericht öfters thematisiert und es hat schliesslich im Jahre 2001 im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*[178] entschieden, dass es bei Erbverträgen auf die Andeutungsregel verzichtet. Im gleichen Urteil hielt das Bundesgericht ferner fest, dass das Gericht ergänzend («*modifizierend*») eingreifen dürfe.[179] In diesem Urteil anerkannte das Bundesgericht explizit die Massgeblichkeit des hypothetischen Willens bei Erbverträgen.[180] Es handelte sich im vorliegenden Urteil um einen Fall der modifizierten Teilungültigkeit und somit letztendlich um eine Art ergänzende Auslegung.[181] Im nicht publizierten Urteil BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008 (Fall *Langlebige Mutter*) bestätigte das Bundesgericht, dass lückenhafte Erbverträge ergänzend ausgelegt werden dürfen und der hypothetische Wille keiner Anhaltspunkte in der Verfügung bedarf.[182]

---

176 Siehe die Ausführungen in Rz. 213 f.

177 Dies gilt nach der vorliegenden Auffassung auch für Testamente. Siehe eingehend zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.

178 Siehe zur Sachverhaltsdarstellung Fn. 183.

179 BGE 127 III 529 E. 3.c: «*Auch ist nicht einzusehen, warum es dem Richter gerade bei der Beurteilung formbedürftiger Verträge, im Unterschied zu allen anderen Verträgen, verwehrt sein sollte, ‹konstruktiv› bzw. ‹modifizierend› einzugreifen, wenn dies als notwendig und sinnvoll erscheint, zumal auch die blosse Auslegung formbedürftiger Verträge nach den gleichen Grundsätzen zu erfolgen hat wie diejenige formfreier [...]*»; bestätigt in BGE 133 III 406 E. 3.3. und BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4 f. Vgl. auch Fn. 183.

180 BGE 127 III 529 Regeste und E. 3.c.

181 Siehe eingehend Rz. 116 ff. Siehe zum Thema der modifizierten Teilungültigkeit im Erbrecht auch GRUNDLER, 261 ff.

182 BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4: «*Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. [...] Es braucht dafür keine Anhaltspunkte in der vorhandenen, formgerechten Parteivereinbarung. Massgebend ist auch hier der hypothetische Wille der Vertragsparteien*.» Vgl. eingehend zu diesem Fall Rz. 332 ff.

Es ist zwar darauf hinzuweisen, dass sowohl im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* (jeweilige Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag mit erbrechtlichen Anordnungen)[183] als auch im Fall *Langlebige Mutter* (erbvertragliche Meistbegünstigung des überlebenden Konkubinatspartners) ein jeweils synallagmatischer Vertrag vorlag, d.h. kein Geschäft, das lediglich eine Person verpflichtete.[184] Insofern hat sich das Bundesgericht noch nicht zur ergänzenden Auslegung von einseitigen oder unvollkommen zweiseitigen Erbverträgen geäussert. Es ist allerdings bei Erbverträgen zweifellos eine Tendenz in der Praxis erkennbar, dass das Bundesgericht die ergänzende Auslegung in Zukunft vermehrt berücksichtigen wird.[185] 74

Unklar ist allerdings, ob das Bundesgericht auch bei der Auslegung von Testamenten von der bisherigen ablehnenden Haltung gegenüber der ergänzenden Auslegung ablässt oder weiterhin daran festhält. Die wenigen Ausführungen in den genannten jüngeren Bundesgerichtsentscheiden sind lediglich auf (Erb-)Verträge zugeschnitten. Da das Bundesgericht im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* die Aufgabe der Andeutungsregel sowie die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung bei Testamenten explizit offenliess,[186] scheint es diese Diskussion allerdings in Erwägung zu ziehen. Ferner hat es im *Chalet-Fall*[187] die Andeutungsregel bei Testamenten zumindest aufgelockert und in weiteren Urteilen bestätigt, wie tief die Anforderungen an den Anhaltspunkt sind.[188] Dies kann nach der vorliegenden Auffassung zumindest als Tendenz verstanden werden, dass das Bundesgericht 75

---

183 In diesem Fall ging es um einen Ehevertrag eines kinderlosen Paares, welcher auch erbrechtliche Anordnungen enthielt. Sie regelten insbesondere die Zuteilung der gemeinsamen Liegenschaften und beabsichtigten, dass diese nach dem Zweitversterben je an die eigenen Erben fallen. Da sie die Formvorschriften für die erbrechtlichen Anordnungen nicht eingehalten hatten, waren diese nicht gültig. Das Bundesgericht prüfte und bejahte die Möglichkeit, den ehevertraglichen Teil des Vertrages analog zu Art. 20 Abs. 2 OR zu modifizieren und erforschte hierfür den hypothetischen Willen des Paares. Vgl. BGE 127 III 529 E. 3.c.

184 Zum Begriff des Synallagmas beim Erbvertrag siehe HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 193 ff.

185 Vgl. die erwähnten Urteile BGE 133 III 406 E. 3.3; 127 III 529 E. 3.a ff.; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4.

186 BGE 127 III 529 E. 3.c: «*Ob dagegen auch bei Testamenten nötigenfalls auf die Andeutungsregel verzichtet und ‹konstruktiv› bzw. ‹modifizierend› eingegriffen werden darf, ist vorliegend nicht zu entscheiden.*» Vgl. Fn. 183.

187 Vgl. Rz. 99 und 175.

188 Siehe zur Andeutungsregel Rz. 221 ff.

auch bei Testamenten eine grosszügigere Auslegungspraxis verfolgt und somit in naher Zukunft auch ergänzende Auslegung anwenden wird.

2. Stand der Lehrmeinungen

2.1 Bis ca. 2000

76 Ein grosser Teil der älteren Lehre (bis ca. 2000) lehnte die ergänzende Auslegung bei Verfügungen von Todes wegen gänzlich oder zumindest im Grundsatz ab. So sprachen sich namentlich PIOTET, REICHLIN, TUOR und ESCHER gegen die ergänzende Auslegung aus. PIOTET lehnte die ergänzende Auslegung sowohl bei Testamenten als auch bei Erbverträgen aufgrund der fehlenden Formkonformität ab.[189] TUOR und ESCHER lehnten ebenfalls jegliches Auslegungsergebnis ab, das keine Stütze in der Verfügung hat. Sodann erachteten sie die Auslegung und den Beizug von Externa nur dann als möglich, wenn der Wortlaut der Verfügung zweideutig ist.[190] REICHLIN ging im Zusammenhang mit der Auslegung von Testamenten davon aus, dass die Auslegung vom erblasserischen Willen dominiert werde; dem Willensprinzip zufolge müsse dieser im Testament selbst enthalten oder zumindest angedeutet sein. Zumindest anerkannte REICHLIN, dass die Hilfsmittel der Auslegung frei gewählt werden könnten.[191]

77 FAHRLÄNDER nahm eine differenziertere Haltung ein und sprach sich für die (strenge) Beachtung der Formvorschriften und des Höchstpersönlichkeitsprinzips aus, weswegen er auch die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel billigte. Nichtsdestotrotz befürwortete er die Möglichkeit, durch ergänzende Auslegung nachträgliche Lücken zu füllen, denn seiner Meinung nach können bei unvorher-

---

189 PIOTET, SPR IV/1, 209: «*Erst wenn eine Verfügung von Todes wegen keinerlei Form unterliegt, kann ein sie betreffender hypothetischer Wille berücksichtigt werden*.» Ähnlich BECK, 91.

190 ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 13 f.: «*Ausgelegt werden kann nur, was im Rechtsgeschäft von Todes wegen enthalten ist. [...] Auslegung ist dann nicht statthaft, wenn der Wortlaut der Verfügung eindeutig ist.*»; TUOR, 326 f.: «*es darf nicht durch Auslegung etwas in eine Verfügung hineingetragen werden, was in keiner Weise darin steht, mag es auch sicher sein, dass es den Absichten des Erblassers entsprechen würde.*»

191 REICHLIN, 56 f. m.w.H.: «*Somit ist man auch in der Wahl der Hilfsmittel der Auslegung völlig frei. [...] die Auslegung darf nie zu einem Resultate führen, das einen Willen zu Tage fördert, der im Testamente selber in keiner Weise enthalten, nicht einmal angedeutet ist*.»

gesehenen Veränderungen gerade keine Anhaltspunkte in der Verfügung vorliegen. Ausserhalb dieser klaren Fälle schloss er die ergänzende Auslegung allerdings aus.[192]

78 Die dargestellten älteren Lehrmeinungen haben den hypothetischen Willen im Erbrecht – wie auch das Bundesgericht – grundsätzlich aus zwei Gründen abgelehnt: einerseits, weil er den Formvorschriften des Erbrechts zuwiderlaufe, und andererseits, da ein solcher Wille das Prinzip der Höchstpersönlichkeit und das Willensprinzip verletze, denn durch die ergänzende Auslegung werde ein *fremder* Wille umgesetzt.[193]

79 Nichtsdestotrotz hat die ergänzende Auslegung auch in der frühen Lehre bereits vereinzelt Zustimmung gefunden. Als frühe Befürworter der ergänzenden Auslegung können namentlich FICK, PICENONI, GLAUS sowie KRAMER/SCHMIDLIN genannt werden.

80 FICK bejahte die Anwendung der ergänzenden Auslegung von Testamenten in dem Sinne, dass man den in einer Verfügung ersichtlichen Zweck berücksichtigen dürfe, auch wenn dieser vom Wortlaut abweiche. Seine Ausführungen stützten sich auf nachträgliche Lücken, insbesondere bei nach der Errichtung der Verfügung eintretenden Währungsänderungen. Für die ergänzende Auslegung postulierte er drei Voraussetzungen: So müsse erstens mit Sicherheit festgestellt werden können, dass der Wortlaut dem erblasserischen Willen nicht mehr gerecht werde; zweitens müsse der hypothetische Wille sicher sein und drittens dürfe die Anpassung nach Recht und Billigkeit keine anderen Interessen verletzen.[194] FICK bezeichnete diese Art der Auslegung als «*richtige Berücksichtigung des gewollten und im Testament selbst erwähnten Zweckes*».[195]

---

192 FAHRLÄNDER, 32 ff. sowie 84 ff.: «*Dieses Verbot der ergänzenden Auslegung rechtfertigt sich grundsätzlich aus den oben angeführten Gründen (Formalnatur des Testaments, abgegrenztes Auslegungsobjekt). Im Falle des Eintritts veränderter Umstände nach der Testamentserrichtung kann es aber meines Erachtens der Natur der Sache nach keine Anwendung finden; denn wo doch einmal feststeht, dass der Erblasser zu den veränderten Umständen nicht mehr Stellung genommen hat, wird es sinnlos, am Erfordernis der Andeutung seines Willens als Voraussetzung der Auslegung festzuhalten.*»

193 Vgl. ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 13 f.; PIOTET, SPR IV/1, 209; REICHLIN, 57.

194 FICK, 71 ff.

195 FICK, 73.

81 KRAMER/SCHMIDLIN anerkennen die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung von Erbverträgen und Testamenten ebenfalls, sofern die Ergänzung einen klaren Anhaltspunkt in einer formgerecht vereinbarten Regelung finde und durch Analogieschlüsse begründet werde. Der Formzweck, namentlich der Übereilungsschutz, verbiete aber eine Ergänzung ohne Anknüpfung an formgerechte Anhaltspunkte.[196]

82 PICENONI befürwortete die ergänzende Auslegung bei Testamenten unter Beachtung einer (abgeschwächten) Andeutungsregel. Er stellte fest, dass Testamente dem Willensprinzip folgen und daher kein anderer, nicht irgendwie zum Ausdruck gekommener Wille in sie hineininterpretiert werden dürfe. So müsse «*der hypothetische Wille sich irgendwie aus dem Text des Testamentes ergeben, wenn auch nur in unvollkommener Form*»[197]. Dabei bejahte er die Massgeblichkeit von Lücken, die sich aufgrund nachträglich eintretender Veränderungen ergeben.[198] PICENONI bejahte ebenfalls die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung von Erbverträgen, sah allerdings in der Notwendigkeit des Konsenses eine bedeutende Schranke.[199]

83 GLAUS ist ähnlicher Meinung wie PICENONI und bejaht u.a. die Möglichkeit, durch ergänzende Auslegung Motivirrtümer in Testamenten zu berichtigen. GLAUS beschränkt die ergänzende Auslegung aber auf die Fälle, in denen der hypothetische Wille lediglich den aus der Verfügung erkennbaren Zweck umsetzt, ansonsten er dem wirklichen Willen zuwiderlaufen und die Form sowie die Höchstpersönlichkeit verletzen könne. Zudem sei der hypothetische Wille mit einer gewissen Sicherheit zu ermitteln und das Ergebnis der ergänzenden Auslegung dürfe den Erbinnen und Erben keine weitergehenden Pflichten auferlegen. Die ergänzende Auslegung sei daher nur «*ausnahmsweise*» zulässig.[200]

---

196 BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 260 und 263: «*Eine Ergänzung des Testaments ist daher nur dann zulässig, wenn Gedanken einer vom Testator positiv getroffenen Regelung mittels evidenter Analogieschlüsse ‹zu Ende zu denken› sind, will man nicht dem offensichtlichen hypothetischen Willen des Erblassers zuwiderhandeln [...]. Dann scheitert die Testamentsergänzung im übrigen, wie oben (N 260) begründet, auch nicht an den erbrechtlichen Formvorschriften [...].*»

197 PICENONI, 70.

198 PICENONI, 69 f.

199 PICENONI, 110.

200 GLAUS, 182 f. und 189 ff.

FICK, KRAMER/SCHMIDLIN, PICENONI und GLAUS befürworteten demnach die Massgeblichkeit eines hypothetischen Willens im Sinne einer konstruktiven Wirkung. Eine *unbeschränkte* ergänzende Auslegung lehnten sie indes ab. Während PICENONI und KRAMER/SCHMIDLIN die ergänzende Auslegung insbesondere durch die Anwendung der Andeutungsregel beschränkten, massen FICK und GLAUS auch den Interessen der Hinterbliebenen Bedeutung zu. Allen fünf ist gemeinsam, dass sie den Zweck einer Verfügung als wichtiger erachteten als den Wortlaut und entsprechend anerkannten, dass der Zweck nicht zwingend (nur) im Wortlaut enthalten ist.[201] 84

Somit ergibt sich bei der Betrachtung der Lehre bis ca. 2000, dass die ergänzende Auslegung von einem grossen Teil der Lehre abgelehnt wurde und auch die befürwortenden Lehrstimmen der ergänzenden Auslegung gewisse Schranken auferlegten. 85

2.2 Ab ca. 2000

Auch in der jüngeren Lehre bleibt die ergänzende Auslegung umstritten. Ein kleiner Teil lehnt sie – zumindest bei Testamenten – weiterhin gänzlich ab. So sprach sich insbesondere WEIMAR gegen die Anwendung der ergänzenden Auslegung bei Verfügungen von Todes wegen aus, da seiner Meinung nach der hypothetische Wille Ausdruck des Willens des auslegenden Gerichts und nicht der verfügenden Person sei.[202] Als Hauptargumente gegen die ergänzende Auslegung erachtete WEIMAR im Wesentlichen wiederum die Formvorschriften und das Prinzip der Höchstpersönlichkeit. 86

Demgegenüber befürwortet der überwiegende Teil der neueren Lehre die ergänzende Auslegung im Erbrecht. Eine *Kehrtwende* bildete der vorliegenden Meinung nach insbesondere das bundesgerichtliche Urteil BGE 127 III 529 (Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*), da das Bundesgericht damit die Möglichkeit der konstruktiven Nutzung des hypothetischen Willens für erbrechtliche Verfügungen 87

---

201 Siehe FICK, 70: «*[...] der Zweck kann auch bloss indirekt oder teilweise erkennbar sein. [...] sie sind das Gewollte selbst. Gewiss ist auch das gewollt, was niedergeschrieben ist. Aber es ist nicht um seiner selbst willen gewollt, sondern nur als Mittel zum Zweck. Daher kann man, wenn man den wahren Willen erforschen will, den Zweck schlechterdings nicht unberücksichtigt lassen.*»

202 Vgl. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 80 f. Gl.M. (zumindest in Bezug auf Testamente) STEINAUER, 273 f.

erstmals bejahte.[203] Namentlich WOLF/GENNA anerkennen aufgrund dieses Urteils die ergänzende Auslegung bei Erbverträgen, verneinen sie aber weiterhin beim Testament, da dort die Andeutungsregel anwendbar sei.[204]

88 Die meisten befürwortenden Autorinnen und Autoren sprechen sich allerdings weiterhin für eine *beschränkte* ergänzende Auslegung aus. Namentlich EITEL befürwortet die ergänzende Auslegung sowohl bei Erbverträgen als auch bei Testamenten. Er stellt zwar fest, dass der hypothetische Wille «*nicht mehr wirklich*» dem letzten Willen der verfügenden Person entspreche; seiner Auffassung nach ist aber der hypothetische dem erblasserischen Willen näher als gar kein Wille resp. näher als die gesetzliche Erbfolge. Die Andeutungsregel sowie die Formvorschriften sind gemäss EITEL gemässigt («*wohlverstanden*») umzusetzen, weswegen der hypothetische Wille auch nur vage bzw. zweideutig angedeutet sein könne.[205] HRUBESCH-MILLAUER stellt für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung demgegenüber drei Voraussetzungen auf: Erstens dürfe die ergänzende Auslegung nur das gegebene erblasserische Ziel (aber mit neuen Mitteln) verfolgen, zweitens müsse die Willensrichtung im Text angedeutet sein und drittens müsse der hypothetische Wille mit grosser Wahrscheinlichkeit ermittelt werden können.[206] Auch LEUBA (betreffend Testamente)[207], SEILER[208] sowie RIEMER[209] befürworten die er-

---

203 BGE 127 III 529 E. 3.c. Vgl. Fn. 183; siehe dazu die Besprechungen des Urteils in EITEL, successio 2008, 236; BAUMANN, 243; sodann grundsätzlich anerkennend, aber mit Kritik an der bundesgerichtlichen Argumentation: FLÜCKIGER, 106; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 806 ff., sowie SCHMID, 318. A.M. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 71ter.

204 WOLF/GENNA, SPR IV/1, 402 mit Hinweis auf BGE 127 III 529.

205 EITEL, Der letzte Wille, 283.

206 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 254 ff. und Rz. 870.

207 LEUBA, 34 ff. m.w.H., 37: «*Le complètement subjectif ne revient pas à substituer la volonté du juge à la volonté du disposant, mais au contraire à construire une volonté hypothétique sur la base de la volonté exprimée par le disposant et du but qui était le sien. Le juge intervient donc dans le cadre fixé par le disposant.*»

208 SEILER, Rz. 572: «*In Konkretisierung dieser neuen Rechtsprechung ist zu fordern, dass je klarer solche Intentionen des Erblassers aufgrund Externa nachgewiesen werden können, desto geringere Anforderungen an die Andeutung in der formgerechten Verfügung zu stellen sind. Auf jegliche Andeutung kann jedoch nicht verzichtet werden*.»

209 BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 135 in Bezug auf Stiftungen, die von Todes wegen errichtet wurden.

gänzende Auslegung, betonen aber gleichzeitig die Notwendigkeit eines Anhaltspunktes zum hypothetischen Willen in der bestehenden Verfügung.[210]

BAUMANN lässt die ergänzende Auslegung auch bei Testamenten zu, solange sich der hypothetische Wille «*mit grosser Wahrscheinlichkeit ermitteln lässt*»; blosse Spekulationen lehnt er hingegen ab, da dann der Drittwille an die Stelle der verfügenden Person trete.[211] Auch WACHENDORF EICHENBERGER befürwortet die ergänzende Auslegung in Anlehnung an die Auffassung von GLAUS unter gewissen Voraussetzungen. So müsse namentlich der Zweck der Verfügung in dieser selbst enthalten sein; der hypothetische Wille müsse sich dann auf diesen abstützen und dürfe nicht nur aufgrund von Externa ermittelt werden.[212] Ebenfalls bejahend in Bezug auf Testamente ist RASELLI, der aber gleichwohl feststellt, dass die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel der ergänzenden Auslegung Schwierigkeiten bereiten und somit «*beiseite geschoben werden*» müssten.[213] Befürwortend ist sodann auch ZEITER. Sie befürwortet die ergänzende Auslegung bei Erbverträgen und Testamenten, da diese *in favorem testamenti* wirke. Gleichwohl fordert sie aber einen Anhaltspunkt für den hypothetischen Willen.[214] Grundsätzliche Zustimmung findet die ergänzende Auslegung auch bei AEBI-MÜLLER.[215] 89

Obschon ein grosser Teil der aktuellen Lehre die ergänzende Auslegung befürwortet, beschränken die meisten Stimmen sie, wie dargelegt wurde, wiederum in gewisser Hinsicht. So folgen im Interesse der Formgebundenheit die meisten Stimmen der Andeutungsregel, teilweise in unterschiedlicher Ausprägung. 90

Einige Autorinnen und Autoren sprechen sich gar für die unbeschränkte Möglichkeit der ergänzenden Auslegung aus; so setzen bspw. BREITSCHMID[216] und DRUEY[217] für die Massgeblichkeit des hypothetischen Willens lediglich Konformität mit einer «*inneren Logik*» resp. den Intentionen der Verfügung voraus, aber keinen expliziten Anhaltspunkt. Diese Intentionen könnten auch mittels Externa ermittelt werden. Dabei seien sowohl Testamente als auch Erbverträge der ergän- 91

---

210 Zum Anhaltspunkt und der Andeutungsregel siehe eingehend Rz. 221 ff.

211 BAUMANN, 243 f.

212 WACHENDORF EICHENBERGER, 179 ff.

213 RASELLI, 1267.

214 PraxKomm ZGB-ZEITER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 40 ff.

215 AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, 30 f. AEBI-MÜLLER befürwortet die ergänzende Auslegung, ohne aber spezifisch auf die Voraussetzungen einzugehen.

216 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 30.

217 DRUEY, Grundriss, § 12 N 16.

zenden Auslegung zugänglich.[218] Wie BREITSCHMID zutreffend festhält, stellt die ergänzende Auslegung nämlich keine schlichte Ergänzung eines nicht geäusserten Willens dar, sondern die Anpassung eines geäusserten, aber nicht (mehr) passenden Willens.[219] Eine eher grosszügige Haltung haben auch LÜDI[220] und RIEMER (in Bezug auf Testamente).[221]

92 Diese genannten Lehrmeinungen stützen sich teilweise auf die jüngere Lehre zur allgemeinen Vertragsergänzung: So anerkennen insbesondere GAUCH/JÄGGI/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER eine unbeschränkte ergänzende Auslegung von formbedürftigen, schuldrechtlichen Verträgen. Nach dieser Auffassung unterstehe die richterliche Lückenfüllung eben keinen Formvorschriften mehr, weswegen auch gar kein Anhaltspunkt notwendig sei.[222] Diese Meinung wurde vom Bundesgericht im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* geteilt: Solange das formbedürftige Geschäft als solches formgültig geschlossen worden ist, steht der Ergänzung nichts entgegen. Formbedürftige Verträge sind nach denselben Regeln auszulegen wie formfreie.[223]

3. Stellungnahme

93 Wie sich bei der Darstellung der Rechtsprechung und Lehre gezeigt hat, wurde die ergänzende Auslegung insbesondere von der frühen Rechtsprechung und Lehre abgelehnt. Die gegnerischen Stimmen stützen ihre Argumentation grundsätzlich

---

218 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 30; DRUEY, Grundriss, § 12 N 16.

219 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 204. BREITSCHMID spricht sich auch dezidiert für die konstruktive Nutzung des hypothetischen Willens aus, zumal man diesen bei der Irrtumsanfechtung ohnehin ermittelt, vgl. auch DERS., AJP 1993, 1257.

220 LÜDI, 37 Fn. 167: «*In beiden Fällen ist eine Auslegung mittels externen Tatsachen zuzulassen, sofern diese in einem ersichtlichen Zusammenhang zum Verfügten stehen und aus der Verfügung von Todes wegen nichts anderes hervorgeht. Als fliessend ist wohl der Übergang von lediglich einer Auslegung hin zu einer Ergänzung zu betrachten: Die Auslegung der Verfügung von Todes wegen mittels externen Tatsachen ist nach hier vertretener Ansicht in jedem Fall zuzulassen, eine Ergänzung grundsätzlich ebenfalls, sofern diese vom Erblasserwillen noch (mutmasslich) umfasst ist*.»

221 RIEMER, hypothetischer Wille, 39 ff.

222 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1278 f.; gl.M. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 625 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 536.

223 BGE 127 III 529 E. 3.c m.w.H. (siehe zu diesem Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* Fn. 183).

auf die anwendbaren Formvorschriften und das Prinzip der Höchstpersönlichkeit, die durch die Umsetzung eines hypothetischen Willens gefährdet seien. Das Hauptargument ist somit, dass der verfügenden Person nichts *untergeschoben* werden solle. Auch die aus der Form abgeleiteten und (teilweise) weiterhin angewendeten Eindeutigkeits- und Andeutungsregeln werden als Gründe genannt, weswegen die ergänzende Auslegung nicht umgesetzt werden könne.

Gleichwohl zeigt die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass die ergänzende Auslegung bereits früh von Praxisrelevanz war, auch wenn sie nicht als solche bezeichnet wurde. Entsprechend liess das Bundesgericht bereits in der frühen Rechtsprechung eine Tendenz erkennen, Lücken zu füllen und veränderte Umstände zu berücksichtigen.[224] 94

Heute anerkennt das Bundesgericht die ergänzende Auslegung unter Ablehnung der Andeutungsregel zumindest bei Erbverträgen. Nicht nachvollziehbar ist hingegen, weswegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie ein Teil der Lehre im Bereich der Erbverträge davon auszugehen scheinen, dass die Form und die Höchstpersönlichkeit nicht gegen die ergänzende Auslegung sprechen, im Bereich der Testamente allerdings schon. Diese Ungleichbehandlung stützt sich soweit erkennbar auf keine mit der jeweiligen Verfügungsform verbundene Charakteristika und ist somit abzulehnen. Es kann daher bereits festgehalten werden, dass Formgebundenheit, das Prinzip der Höchstpersönlichkeit und ergänzende Auslegung prinzipiell vereinbar sind. Nichts anderes zeigt auch die deutsche Lehre und Praxis, wo auch Testamente seit Jahrzehnten ergänzend ausgelegt werden.[225] 95

Bei Testamenten ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zwar noch keine auslegungsfreundlichere Entwicklung feststellbar, eine solche ist nach der vorliegenden Auffassung aber zu erwarten. Immerhin gelten auch bei Testamenten analog die obligationenrechtlichen Auslegungsregeln, weswegen Testamente und Erbverträge grundsätzlich gleichzustellen sind. Dies wird dadurch unterstrichen, dass das Bundesgericht verwandte Institute wie die Konversion seit Jahrzehnten auch bei Testamenten zur Anwendung bringt und somit in dieser Hinsicht beide Verfügungsformen gleich behandelt.[226] Ferner gilt es zu erwähnen, dass bei anderen einseitigen, formbedürftigen Willenserklärungen wie dem Vorsorgeauftrag oder der Stiftungsurkunde ebenfalls auf einen hypothetischen Willen Rücksicht genommen wird und dieser sich mit den Charakteristika des jeweiligen Geschäfts 96

224 Gl.M. GLAUS, 71.

225 Vgl. Rz. 21.

226 Siehe eingehend zur Konversion Rz. 130 ff.

vereinbaren lässt.[227] Aufgrund des Gesagten ist nach der vorliegenden Ansicht anzunehmen, dass das Bundesgericht die ergänzende Auslegung in naher Zukunft auch bei Testamenten anerkennen wird.

97 Ohnehin zeigen viele Beispielfälle des Bundesgerichts, dass sich die erläuternde Auslegung in der Praxis nur schwer von der ergänzenden Auslegung abgrenzen lässt und somit auch bei Testamenten zuzulassen ist. Werden nämlich bei der erläuternden Auslegung Externa unbeschränkt zugelassen und die Andeutungsregel aufgegeben (oder immerhin sehr tiefe Anforderungen an den Anhaltspunkt gestellt), so verschwimmt die Grenze zwischen der erläuternden und der ergänzenden Auslegung.[228] Dies zeigt sich exemplarisch im Fall der *Unbeliebten Schwester* (BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020): In diesem Urteil legte das Bundesgericht die Formulierung «*Frau E. erbt nichts*» aus, mit welcher die Erblasserin ihre Schwester von der Erbfolge ausschloss. Strittig war, ob die Kinder der Frau E. ebenfalls ausgeschlossen sind. Die massgeblichen Tatsachen stellte die Vorinstanz nur dank einer Parteiaussage – d.h. einem Externum[229] – fest, denn der Urkunde selbst konnte nichts zu dieser Frage entnommen werden. Die Auslegung ergab, dass die besagte Anordnung auch zum Ausschluss der Kinder von Frau E. führte, obschon diese Kinder in der Urkunde selbst nirgends erwähnt waren. Wenn auch weder im bundesgerichtlichen noch im vorinstanzlichen Urteil explizit ausgeführt, schien das Gericht den Beizug des Externums auch hinsichtlich der Andeutungsregel für zulässig zu erachten.[230] Die Formulierung der Erblasserin könnte man aber genauso gut als Lücke betrachten, denn die Erblasserin hatte für den Fall, dass Frau E. sie nicht überlebte, nichts geregelt (vgl. zu den Lücken Rz. 256 ff.).[231] Es lässt sich somit auch die Meinung vertreten, dass das Gericht in diesem Fall er-

---

227 Siehe Rz. 44; zur Ergänzung eines Vorsorgeauftrages siehe Art. 364 ZGB; BSK ZGB I-JUNGO, Art. 364 N 15; zur Ergänzung eines Stiftungsgeschäftes siehe BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 135 ff. sowie BGE 100 II 98 (Fall *Leprakranke*, siehe Rz. 174 ff.).

228 Gl.M. LÜDI, 37 Fn. 167.

229 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 4: «*Dem angefochtenen Entscheid zufolge anerkennt der Beschwerdeführer, dass die Erblasserin im Zeitpunkt, als sie ihr Testament errichtete, auf keinen Fall wollte, dass auf die Familie von E._____ ‹ein Rappen entfiele›.*» Wie HORAT feststellt, hat das Gericht den hypothetischen Willen scheinbar allein durch diese Äusserung des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren konstruiert. Siehe HORAT, Rz. 12; vgl. zu diesem Urteil auch BREITSCHMID/VÖGELI, 235; ZEMP GSPONER, Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln, 251.

230 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 5.3.1 ff. und 6.3.2; Urteil des Obergerichts Zürich, LB190024-O/U, vom 6. September 2019, E. 5.3.

231 Angedeutet in BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 6.2.2.

gänzend ausgelegt hat, wobei es die dahinterstehenden Willensrichtungen der Erblasserin mittels Externa erforschte. Dieses Urteil zeigt denn auch, dass ein vermeintlich klarer Wortlaut dennoch auslegungsbedürftig ist und sich u.U. dank Externa ein anderslautender Sinn ermitteln lässt.

Dass die erläuternde und die ergänzende Auslegung ineinander übergehen und sich teilweise überschneiden, zeigt sich auch in umgekehrter Weise im Urteil *Langlebige Mutter*[232]: In diesem Fall war unklar, ob der Pflichtteil der Mutter in einer Klausel mitgeregelt wurde oder nicht.[233] Das Auslegungsergebnis, das vom Bundesgericht explizit als ergänzende Auslegung bezeichnet wurde, lässt sich weitgehend auch als erläuternde Auslegung betrachten, zumal sich der Zweck der Verfügung bereits aus der Urkunde selbst ergab (vgl. hierzu Rz. 332 ff.). Sodann hätte sich in den vorhandenen Klauseln in gleicher Weise ein Anhaltspunkt für den Pflichtteil der Mutter finden lassen.[234] 98

Ähnliche Erkenntnisse lassen sich aus dem bereits erwähnten *Chalet-Fall* ableiten. Aus der erblasserischen Formulierung[235] und dem Kontext selbst liess sich nicht erkennen, welche Töchter das Chalet erhalten sollten. Das Gericht ermittelte dies unter Beizug von Externa (vgl. zum Ganzen Rz. 175). Namentlich ZEMP GSPONER sieht in dieser Anordnung zu Recht eine Regelungslücke, die das Gericht nach Massgabe des hypothetischen Willens des Erblassers füllte: *Was hätte er angeordnet, wenn er gewusst hätte, welche Töchter das Chalet am wahrscheinlichsten behalten würden*?[236] Auch der Fall *Leprakranke* (BGE 100 II 98) zum gesetzlichen Konversionsfall in Art. 539 Abs. 2 ZGB zeigt, dass die *Art* der Auslegung einer an sich lückenhaften Formulierung nicht immer klar ist. Das Bundesgericht stellte in diesem Urteil fest, dass die von der Erblasserin verfügte (lückenhafte) Anordnung «*Je donne: le restant de mon argent pour les lépreux*» darauf hindeute, dass der Erblasserin die Zeit und der Ort gleichgültig waren; sie beabsichtige, ihr Ver- 99

232 BGer 5A_122/2008 vom 30 Juli 2008; vgl. Rz. 332 ff.

233 BGer 5A_122/2008 vom 30 Juli 2008, Sachverhalt: «*Art. 3 Nach dem Tod beider Partner fällt das ganze dann noch vorhandene Vermögen je zur Hälfte an die gesetzlichen / eingesetzten Erben von Frau C._____ bzw. Herrn D._____ als (Nach)Erben*.» Vgl. eingehend zu diesem Fall Rz. 332 ff.

234 Vgl. zur Andeutungsregel Rz. 221 ff.

235 «*J'exprime le vœu que mon chalet soit attribué à celles de mes filles qui en garderont la propriété*», siehe die Sachverhaltsdarstellung in BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011.

236 ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, 218.

mögen an beliebige an Lepra erkrankte Personen zu veräussern. Das Gericht ergänzte somit ihren lückenhaften Willen i.S.v. Art. 539 Abs. 2 ZGB.[237]

100 Ob man einen Auslegungsprozess also noch als *erläuternd* oder bereits als *ergänzend* betrachten will, ist im Endeffekt oft nicht klar, denn das Auslegungsergebnis ist oftmals dasselbe. Die Ermittlung des wirklichen Willens unter Beizug von Externa läuft demnach teilweise in ergänzende Auslegung über.[238] Insofern hängt die Zulässigkeit der (ergänzenden) Auslegung in solchen Fällen schliesslich nur davon ab, ob das Gericht bereit ist, Externa unbeschränkt beizuziehen oder zumindest einen sehr vagen, wenn nicht gar inexistenten Anhaltspunkt genügen zu lassen. Um willkürliche Abgrenzungen zu vermeiden, muss konsequenterweise auch die Umsetzung eines hypothetischen Willens möglich sein, sofern dieser den erblasserischen Intentionen entspricht (vgl. Rz. 307 ff.).

101 Im Gegensatz zur schweizerischen Rechtsprechung ist die ergänzende Auslegung von Erbverträgen und Testamenten bereits seit Jahrzehnten in der deutschen Gerichtspraxis und Lehre anerkannt. Die konstruktive Umsetzung des hypothetischen Willens ist daher zweifellos auch im Erbrecht möglich. Die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung im Erbrecht im deutschen Rechtsraum zeigt, dass sich diese grundsätzlich mit den Charakteristika von Testamenten vereinbaren lässt.[239]

102 In der jüngeren Lehre überwiegt daher zu Recht die Auffassung, dass die ergänzende Auslegung im Erbrecht allgemein zulässig ist. Ein grosser Teil der befürwortenden Lehre spricht sich dabei weiterhin für die Anwendung der Andeutungsregel aus, wenn auch in abgeschwächter Form. Demnach soll die ergänzende Auslegung möglich sein, sofern die erblasserischen Willensrichtungen zumindest vage im formgültigen Text angedeutet seien.[240] Einige Stimmen erachten die An-

---

237 GLAUS, 69, sieht in diesem Urteil einen Fall von ergänzender Auslegung. Dem wird vorliegend insofern zugestimmt, da die Konversion i.w.S. einen Anwendungsfall der ergänzenden Auslegung darstellt. Vgl. hierzu Rz. 174.

238 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 355: «*Sehr häufig kommt es vor, dass Gerichte eine Vertragsergänzung im terminologischen Kleid der Auslegung vornehmen. Statt offen eine Vertragslücke (N 542 ff.) anzunehmen und diese anhand einer Fremdnorm auszufüllen (N 565 ff.), wird ein (mutmasslicher) Vertragswille ‹konstruiert›, obwohl sich ein solcher Wille mit Bezug auf die streitige Rechtsfrage gar nicht feststellen lässt. Auch in dieser Hinsicht zeigt sich, dass Auslegung und Ergänzung des Vertrags oftmals ineinander übergehen [...]*»; ähnlich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203.

239 Vgl. Rz. 20.

240 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 257.

deutungsregel zumindest bei Erbverträgen für obsolet und lassen die Umsetzung des hypothetischen Willens auch dann zu, wenn sich dessen Ermittlung lediglich auf Externa stützt.[241] Allen dargestellten Lehrmeinungen ist hingegen zumindest gemein, dass der hypothetische Wille keinesfalls den Wünschen oder Spekulationen des auslegenden Gerichts entsprechen darf, sondern stets Ausfluss des erblasserischen Willens bleiben muss.[242]

Zusammenfassend lässt sich also im Vergleich zur frühen Rechtsprechung und Lehre klar eine Tendenz zur vermehrten Bejahung der ergänzenden Auslegung im Erbrecht erkennen, wenn auch bereits vereinzelte frühe Stimmen die ergänzende Auslegung befürworteten. Ihre grundsätzliche Zulässigkeit steht insofern heute weniger in Frage als früher. Nichtsdestotrotz ist die Diskussion noch nicht abgeschlossen und insbesondere sind der Anwendungsbereich und die Voraussetzungen der ergänzenden Auslegung weiterhin unklar. 103

Da die Hauptproblematik bei der ergänzenden Auslegung beim hypothetischen Willen liegt, muss dieser eingehend betrachtet werden. Im Folgenden wird daher zunächst der hypothetische Wille näher definiert. Im Anschluss daran werden andere (bereits anerkannte) Institute beleuchtet, die der ergänzenden Auslegung nahestehen resp. sich partiell mit dieser überschneiden, da auch diese einen hypothetischen Willen im Erbrecht umsetzen. Diese Untersuchung beabsichtigt weniger, die genannten Institute abschliessend zu betrachten, sondern vielmehr aufzuzeigen, wo die ergänzende Auslegung bereits von Praxisrelevanz ist und weswegen sie *allgemein zulässig* ist. Im Anschluss an die Untersuchung der verwandten Institute wird im Detail dargestellt, ob die ergänzende Auslegung resp. der hypothetische Wille tatsächlich (nicht) mit den Formvorschriften und dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit vereinbar ist und ob die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel weiterhin Anwendung finden können. 104

241 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 30; DRUEY, Grundriss, § 12 N 16 (beide sowohl in Bezug auf Erbverträge als auch auf Testamente); so auch RIEMER, hypothetischer Wille, 40.

242 Siehe Rz. 76 ff. Zur Massgeblichkeit des subjektiven Willens siehe Rz. 296 f.

§ 9 Der hypothetische Wille im Erbrecht

1. Definition des hypothetischen Willens

1.1 Allgemeine Definition

105 Lehre und Rechtsprechung definieren den hypothetischen Willen bei der ergänzenden Auslegung als einen nicht realen Willen, den die verfügende Person nicht wirklich gebildet *hatte*, aber in Kenntnis gewisser Umstände gebildet *hätte*.[243] Bei dessen Ermittlung wird gefragt: *Was hätte die Person verfügt*, *hätte sie den nicht geregelten Punkt bedacht*?[244] Bei Erbverträgen umfasst der hypothetische Wille aufgrund der Zwei- resp. der Mehrseitigkeit alle Vertragsparteien.[245] Auch ausserhalb der Auslegung wird der hypothetische Wille im Erbrecht gleichermassen als nicht realer Wille definiert, namentlich bei der Anfechtung aufgrund von Ungültigkeit i.S.v. Art. 519 f. ZGB[246], bei der Konversion[247] und bei der *clausula rebus sic stantibus*[248]. Eine grundsätzlich identische Definition des hypothetischen Willens findet man ferner bei der ergänzenden Auslegung von schuldrechtlichen

---

243 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29; DERS., Formvorschriften, N 204 m.w.H.; DRUEY, Grundriss, § 12 N 15; GRUNDLER, 251; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251; PICENONI, 70; RIEMER, hypothetischer Wille, 40.

244 Vgl. BGE 107 II 119 E. 2.c: «*[...] was der Erblasser mutmasslich gewollt hätte, wenn er sich des Problems bewusst gewesen wäre.*» Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29 («*[...] was der Erblasser (allenfalls anders) angeordnet hätte, wenn er sich der Entwicklung bewusst gewesen bzw. diese bedacht hätte [...].*»); RIEMER, hypothetischer Wille, 40 («*Wie hätte der betreffende Erblasser testiert, wenn er die in Frage stehende Lücke bzw. den Mangel bedacht hätte?*»); PICENONI, 70 («*[...] die Rechtsfolge, die er bei den veränderten Umständen gewollt haben könnte.*»)

245 BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251; KOLLER, Vertragslücken, 1112 ff.; PraxKomm ZGB-ZEITER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 43a.

246 Vgl. BGE 119 II 208 E. 3.bb; 94 II 139 E. 4 und 75 II 280 E. 6, jedoch jeweils ohne Definition und nur mit ungefährer Umschreibung. Siehe zur Thematik der Irrtumsanfechtung folgend Rz. 110 ff.

247 Vgl. WACHENDORF EICHENBERGER, 174 ff. Siehe eingehend zur Konversion Rz. 130 ff.

248 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 850; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 700 ff. Siehe zur *clausula rebus sic stantibus* Rz. 148 ff.

Verträgen[249], Stiftungsgeschäften[250] und Vorsorgeaufträgen[251]. Auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung wird der hypothetische Wille bei der ergänzenden Auslegung im Erbrecht als ein nicht realer Wille bezeichnet, den die verfügende Person in Kenntnis gewisser Tatsachen gebildet hätte.[252]

Entsprechend kann festgehalten werden, dass der hypothetische Wille bei der ergänzenden Auslegung kein real erklärter bzw. niedergeschriebener Wille ist. Gleichwohl handelt es sich nicht um eine allgemeine Mutmassung oder um objektive Rückschlüsse, sondern um die hypothetischen Entscheidungen der konkreten Person(en) bei Kenntnis der richtigen und vollständigen Lage.[253] Wie bereits mehrfach erwähnt wurde, lässt sich ein Auslegungsergebnis aber nicht immer zweifelsfrei als hypothetischer Wille bezeichnen, so namentlich dann, wenn der wirkliche Wille unter unbeschränktem Beizug von Externa erforscht wird (vgl. Rz. 97). 106

1.2 Abgrenzungen

Oftmals wird der hypothetische Wille als *mutmasslicher* Wille bezeichnet (oder umgekehrt).[254] Dies ist auch bei der ergänzenden Auslegung von Schuldverträgen erkennbar.[255] Eine Gleichstellung des hypothetischen und des mutmasslichen Willens ist nach der vorliegenden Auffassung hingegen verfehlt, denn der mutmassliche Wille betrifft das, was die Partei möglicherweise *wirklich* wollte (objektivierte 107

[249] BGE 143 III 558 E. 4.1.2; 107 II 419 E. 3; BGer 4A_696/2015 vom 25. Juli 2016, E. 6.2.1; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 559; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 480 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 76.

[250] BVGer B-3867/2007 vom 29. April 2008, E. 4.6 m.w.H. (setzt allerdings den «*mutmasslichen*» und «*hypothetischen*» Willen gleich, vgl. Rz. 107 ff.); BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 135: «*wie der betreffende Stifter, der die vorliegenden Anordnungen getroffen hat, die offengebliebene Frage vernünftigerweise beantwortet hätte.*» Vgl. auch Rz. 21.

[251] ZK ZGB-BOENTE, Art. 364 N 29.

[252] Vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035, 1037 Rn. 24; MüKo BGB-LEIPOLD § 2084 N 93 f.; HORN/KROISS, § 2 N 81.

[253] Vgl. zur Ermittlung des hypothetischen Willens Rz. 306 ff.

[254] BGE 115 II 323 E. 2.b; 107 II 119 E. 2.c; CHK ZGB-ABT, Art. 469 N 14; BAUMANN, 246; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 220; LÜDI, 271; RIEMER, hypothetischer Wille, 40; BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 494 N 20.

[255] Vgl. BGE 143 III 558 E. 4.1.1; 131 III 467 E. 1.2; 116 II 685 E. 2.b/aa; 107 II 419 E. 3.b; BGer 4A_282/2016 vom 6. Oktober 2016, E. 3.1.

Betrachtungsweise), während der hypothetische Wille das darstellt, was die Partei nie *wirklich* wollte, aber gewollt *hätte*.[256] Der hypothetische Parteiwille ist nie ein tatsächlicher Wille und kommt erst bei der Vertragsergänzung resp. ergänzenden Auslegung zum Tragen, aber nicht bei der erläuternden Auslegung.[257] Die Begriffe *hypothetisch* und *mutmasslich* sind im Schuldrecht daher strikt auseinanderzuhalten. Eingeräumt wird gleichwohl, dass die Kriterien zur Ermittlung sowohl des mutmasslichen als auch des hypothetischen Willens gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sehr ähnlich sind.[258]

108 Eine Unterscheidung zwischen einem hypothetischen und einem mutmasslichen Willen findet ebenfalls bei der Auslegung von Testamenten im deutschen Recht statt. Gemäss der deutschen Rechtsprechung hat das Gericht bei der ergänzenden Auslegung von Testamenten die folgende Reihenfolge zu beachten: Massgebend ist primär der wirkliche Wille der verfügenden Person. Kann dieser trotz Beizug aller dienlichen Umstände nicht durch erläuternde Auslegung festgestellt werden, muss das Gericht den Sinn ermitteln, «*der dem mutmasslichen Erblasserwillen am ehesten entspricht*».[259] Ein solcher liegt namentlich dann vor, wenn mehrere Auslegungsergebnisse vorhanden sind und das Gericht daraus (namentlich in Anlehnung an allgemeine Erfahrungssätze) das mutmasslich beste wählt.[260] Der mutmassliche Wille ist gemäss der deutschen Doktrin der Wille, den die Person *vernünftigerweise* gehabt hatte. Er ist erwiesen und nicht unwirklich; er stellt somit ebenfalls einen wirklichen Willen dar, ist aber «*weniger sicher*» und demnach nur

256 So auch BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.1 und 3.4; 5C.109/2004 vom 16.07.2004, E. 3.3.1 m.w.H.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 559 und 639; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 238; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 76 f.

257 Siehe bspw. BGE 121 III 118 E. 4.b/aa; 115 II 484 E. 4.b; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.1 und 3.4; 4A_380/2011 vom 5. März 2012, E. 4.3; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 559; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 238.

258 Vgl. BGE 115 II 484 E. 4.a f.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 356 und 559; KOLLER, Vertragsstreitigkeiten, 645; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 238 m.w.H.

259 BGH, Urteil vom 8. Dezember 1982, IV a ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673; so auch BGH, Urteil vom 7. Oktober 1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256; OLG München, Urteil vom 6. Juli 2006, 31 Wx 35/06, ZEV 2007, 93, 94. Vgl. auch Handbuch-TSCHICHOFLOS, Kap. 8 N 13.

260 Vgl. HORN/KROISS, § 7 N 85 f.

die «*zweitbeste Lösung*».[261] Diese Ermittlung des mutmasslichen Willens gehört somit zum Vorgang der erläuternden Auslegung.[262] Allerdings lassen sich der *wirkliche* und der *mutmassliche* Wille in der deutschen Praxis nur schwer oder gar nicht abgrenzen, weswegen ein Teil der deutschen Lehre die Unterscheidung auch ablehnt.[263] Der hypothetische Wille spielt jedenfalls erst bei der ergänzenden Auslegung eine Rolle, die als solche nur dann zur Anwendung kommt, wenn eine Regelungslücke besteht.[264] Der hypothetische Wille stützt sich dabei aber auf die wirklichen Willensrichtungen, die durch erläuternde Auslegung bekannt werden und verlängert dementsprechend den wirklichen Willen.[265]

Angesichts des Ausgeführten ist ersichtlich, dass das Konzept des mutmasslichen Willens stets eine objektivierte Komponente enthält und nicht mit dem hypothetischen Willen gleichgesetzt werden kann. Entsprechend muss auch für die ergänzende Auslegung im Schweizer Erbrecht gelten, dass die beiden Begriffe *hypothetisch* und *mutmasslich* auseinanderzuhalten sind. Im Rahmen der ergänzenden Auslegung ist lediglich der hypothetische Wille relevant, der als solcher nicht wirklich geäussert wurde. Ein mutmasslicher Wille, der allenfalls *wirklich* ist, kann hingegen nur im Rahmen der erläuternden Auslegung Beachtung finden, d.h. bei Erbverträgen bei der Auslegung gemäss dem Vertrauensprinzip und bei Testamenten allenfalls bei Vorliegen mehrerer Auslegungsergebnisse. Diese Unterscheidung ist zumindest terminologisch von Bedeutung, wenn auch in praktischer Hinsicht wohl dieselben Abgrenzungsschwierigkeiten wie im Schuldrecht und der 109

---

261 BGH, Urteil vom 8. Dezember 1982, IV a ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673: «*Indessen handelt es sich bei einem solchen Vorgehen des Richters, wenn es denn geboten ist, immer nur um eine ‹zweitbeste Lösung›, gewissermaßen um einen Notbehelf, weil der ‹mutmaßliche› Erblasserwille den wirklichen Willen des Erblassers eben weniger sicher trifft und ihm daher prinzipiell nicht ganz so nahe kommen kann, als wenn der tatsächliche Wille des Erblassers bewiesen [...] wäre*.»

262 Vgl. HORN/KROISS, § 7 N 85 f.

263 Ablehnend bspw. HORN/KROSS, § 7 N 87 f. m.w.H.: «*In der Theorie mag sich vielleicht die einfache Auslegung von der Erforschung des mutmaßlichen Willens abgrenzen. Bei der Auslegung eines speziellen Falls in der Praxis stellt sich aber die Frage, wo ein Unterschied bei der Abgrenzung ist. [...] Auch in der Literatur wird diese Auslegungsmethode nur an wenigen Stellen berücksichtigt*.» Ebenso MüKo BGB-LEIPOLD § 2084 N 14.

264 BGH, Urteil vom 12. Juli 2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035, 1037 Rn. 24; Erbrecht-CZUBAYKO, § 2084 N 14; HORN/KROSS, § 7 N 91; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 82.

265 LANGE/KUCHINKE, 786; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 96 ff. Vgl. auch Rz. 313 ff.

deutschen Praxis bestehen.[266] Sodann ist auch die Unterscheidung des mutmasslichen und des wirklichen Willens nicht immer einfach, zumal man den wirklichen Willen als Internum nicht mit absoluter Sicherheit beweisen kann und dieser somit auch gewissermassen mutmasslich bleibt.[267] Diese allgemeine Problematik betrifft den internen Willensentschluss als solchen und ist somit auch im Erbrecht relevant. Die terminologische Differenzierung des Willens hat daher im Endergebnis oft keine praktische Relevanz. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird der mutmassliche Wille aber dennoch ausgeklammert, da die ergänzende Auslegung lediglich auf einen hypothetischen Willen abstellt.

2. Der hypothetische Wille bei der Anfechtung des Motivirrtums im Erbrecht

2.1 Definition und Anwendungsbereich

110 Der Motivirrtum ist im Erbrecht hauptsächlich in Art. 469 ZGB geregelt. Die Irrtumsregeln des Obligationenrechts werden zudem analog zur Anwendung beigezogen.[268] Ein Motivirrtum liegt gemäss Art. 469 Abs. 1 ZGB dann vor, wenn der Willensentschluss an sich mit Fehlern behaftet ist, da die von Todes wegen verfügende Person eine falsche Vorstellung von tatsächlichen oder rechtlichen Umständen hat.[269] In Lehre und Rechtsprechung ist grundsätzlich auch anerkannt, dass

---

266 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 356 und 559; KOLLER, Vertragsstreitigkeiten, 645; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 238 m.w.H.

267 In diesem Sinne BGer 5A_927/2017 vom 8. März 2017, E. 5.1. Vgl. auch GAUCH, 214 ff. und 237, der davon ausgeht, dass der wirkliche Wille im Prozess oft unbewiesen bleibt und die Parteien sich teilweise auch nicht mehr an den ursprünglichen Willen erinnern resp. das eigene Verständnis davon aus Prozessgründen abändern, weswegen dem mutmasslichen Willen im Prozess grössere Bedeutung zukommt. So ferner auch ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 316 und 358 ff.; CHK OR-KUT, Art. 18 N 4; STEHLE, 257 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 11 ff.

268 Art. 7 ZGB. Die Eigenheiten der Verfügungen von Todes wegen müssen aber bei der analogen Anwendung berücksichtigt werden, wozu insbesondere gehört, dass die sich irrende Person bei der Anfechtung i.d.R. nicht mehr lebt. Vgl. hierzu ABT, 34 f.

269 BGE 119 II 208 E. 3.bb; 94 II 139 E. 4; ABT, 80 f.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 10; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 19 f.; GRUNDLER, 89; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 13 und 19 ff.

fehlende Vorstellungen (die sogenannte *ignorantia*)[270] sowie die fehlerhafte Vorstellung über ein zukünftiges Ereignis[271] als anfechtbare Irrtümer gelten können. Bei Anwendbarkeit von Art. 469 Abs. 1 ZGB muss der Motivirrtum jedenfalls kein qualifizierter Grundlagenirrtum resp. nicht wesentlich sein.[272] Art. 469 ZGB ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und h.L. sowohl auf Testamente als auch grundsätzlich auf Erbverträge anwendbar.[273] Beim entgeltlichen Erbvertrag befürworten allerdings sowohl die h.L. als auch das Bundesgericht die analoge Anwendung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR und schliessen damit den einfachen Motivirrtum i.S.v. Art. 24 Abs. 2 OR von der Anfechtung aus.[274] Nichtsdestotrotz wird auch bei entgeltlichen Erbverträgen den konkreten Motiven der Parteien bei Vertragsschluss mehr Bedeutung zugemessen als bei Schuldverträgen.[275] Der Irrtum der Vertragspartei, d.h. der nicht von Todes wegen verfügenden Partei, beurteilt sich indessen stets nach den obligationenrechtlichen Irrtumsregeln.[276]

---

270 BGE 100 II 278 E. 2.c; BGer 4A_270/2010 vom 21. Januar 2010, E. 5.1; vgl. auch BGE 119 II 208 E. 3.bb: «*Toute erreur sur les motifs peut être retenue, dans la mesure où elle a exercé une influence déterminante sur les dispositions*.» Siehe ferner ABT, 81; GLAUS, 3 f., 53 ff. und 194 ff.; GRUNDLER, 89; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 13 und 20; WELTI, 41 f. Ablehnend bspw. ZK ZGB-ESCHER, Art. 469 N 7, da seiner Meinung nach bei der ignorantia die Kausalität fraglich sei.

271 Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis muss sich die Partei allerdings *mit Sicherheit* darauf verlassen haben, dass bestimmte künftige Ereignisse eintreten. Vgl. BGE 118 II 297 E. 2.b; 75 II 280 E. 4; BGer 5C.72/2004 vom 26. Mai 2004, E. 3.2.3; ABT, 80 ff.; GLAUS, 50 ff. und 194 f.; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 812 ff.; PICENONI, 54; RASCHEIN, 22; REICHLIN, 22; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 20; WELTI, 41 ff. A.M. bspw. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 702.

272 BGE 119 II 208 E. 3.bb; ABT, 80; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 22. Vgl. eingehend zur Debatte, ob Wesentlichkeit gefordert ist: GLAUS, 40 ff.

273 Bei Erbverträgen gilt allerdings, dass der Irrtum die von Todes wegen verfügende Partei betreffen muss; BGE 99 II 382 E. 4. Vgl. auch ABT, 78 m.w.H.; PICENONI, 96 und 114.

274 CHK ZGB-ABT, Art. 469 N 5; DERS., 82 ff.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 4; GRUNDLER, 105 ff.; SEILER, Rz. 605 f.; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 10; a.M. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 801 f.

275 BGE 99 II 382 E. 4.a. mit Hinweis auf PICENONI, 101. PICENONI führt zutreffend aus, dass der entgeltliche Erbvertrag kein gewöhnlicher schuldrechtlicher Vertrag sei und «*nicht zu Tausenden*» geschlossen würde. Es könne somit nur auf Treu und Glauben im Einzelfall ankommen und nicht auf Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

276 BGE 99 II 382 E. 4 ff.; BGer 5A_635/2010 vom 29. Oktober 2010, E. 2.3; ABT, 82 f.; GRUNDLER, 113 ff.; PICENONI, 96 f.; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 8.

111 Verfügungen von Todes wegen, die an einem Motivirrtum leiden, können auf Klage i.S.v. Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB hin für ungültig erklärt werden.[277] Massgebend für den Eintritt der Ungültigkeit ist demnach, dass die Klägerschaft die Anfechtungsklage fristgerecht[278] einreicht und erfolgreich durchsetzt.[279]

2.2 Massgeblichkeit des hypothetischen Willens

112 Ob ein Motivirrtum vorliegt oder nicht, lässt sich nur durch Auslegung erkennen.[280] In einem ersten Schritt ist daher die Verfügung als solche erläuternd auszulegen; die Auslegung hat somit zeitlich Vorrang.[281] Dies gilt unabhängig von der Verfügungsform.

113 Für die Erkenntnis, dass das Niedergeschriebene auf einem fehlerhaften Willen beruht, muss man hingegen den irrtumsfreien Willen kennen.[282] Da die von Todes wegen verfügende Person zum Zeitpunkt der Irrtumsanfechtung bereits verstorben ist[283] und ihre Willenserklärung nicht mehr nachholen oder erklären kann, kann der irrtumsfreie Wille nur ein hypothetischer sein – nämlich eine Annahme, dass das Geäusserte in Kenntnis der wahren Sachlage anders verfügt worden wäre.[284] Dabei ist der Beizug von Externa für die Ermittlung des hypothetischen Willens geradezu essentiell, da sich der irrtumsfreie Wille in der Regel nicht vollständig aus der Verfügung heraus ergibt.[285]

---

277 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 1.

278 Zur Frist siehe Art. 521 ZGB.

279 ABT, 31.

280 Vgl. GLAUS, 48 f.

281 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 2 f. Der Vorrang der Auslegung lässt sich auch an Art. 469 Abs. 3 ZGB erkennen: Damit der offensichtliche Irrtum in Bezug auf Personen oder Sachen berichtigt werden kann, muss das Gericht den wirklichen erblasserischen Willen in einem ersten Schritt *feststellen*, was nur durch Auslegung möglich ist. Siehe zu Art. 469 Abs. 3 ZGB: BGE 124 III 414 E. 3; ABT, 103 f.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 3; GLAUS, 7.

282 ABT, 81 f.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; GLAUS, 34 und 48 f.

283 Vgl. GRUNDLER, 322 ff., zur Anwendbarkeit von Art. 519 f. ZGB auf die Anfechtung nach dem Tode der verfügenden Person; ebenso ABT, 102 f.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 18.

284 ABT, 82; GLAUS, 34; GRUNDLER, 256 f.; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 24.

285 GLAUS, 13.

Damit die Anfechtung zum Erfolg führt, muss die Klägerschaft nämlich darlegen, dass die irrtümlichen Vorstellungen für die erblasserischen Anordnungen *massgeblich* gewesen sind. Der Irrtum ist dann massgeblich, wenn er einen bedeutenden Einfluss auf die Anordnung hatte (Kausalität).[286] Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Klägerschaft einerseits nachweisen, dass die verfügende Person in Kenntnis der tatsächlichen Umstände mit Wahrscheinlichkeit gar nicht oder anders verfügt hätte und es andererseits vorgezogen hätte, die angefochtene Verfügung aufzuheben, statt sie unverändert fortbestehen zu lassen.[287] Diese Anforderung führt gewissermassen zu einer *qualifizierten* Kausalität.[288] Diese Voraussetzung gilt bei Testamenten und auch bei Erbverträgen.[289] Dabei ist ein subjektiver Massstab ausschlaggebend, d.h. der subjektive hypothetische Wille der betroffenen Person und nicht eine objektive Betrachtungsweise.[290] Der hypothetische Wille ist im Rahmen der Anfechtung aufgrund eines Motivirrtums somit in mehrfacher Sicht rechtlich massgeblich und führt zur Aufhebung der Verfügung (destruktive Wirkung). 114

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und h.L. kann die Verfügung von Todes wegen bei einem Irrtum auch nur teilweise angefochten werden.[291] Dieses Vorgehen entspricht im Ergebnis einer schlichten Teilnichtigkeit (resp. -ungültig- 115

---

286 BGE 119 II 208 E. 3.bb; 99 II 382 E. 8; BGer 5A_692/2011 vom 22. März 2012, E. 4 ff.; ABT, 81 ff.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 21; vgl. auch PICENONI, 50, der zutreffend festhält, dass (bei Testamenten) die Kausalität *in concreto* massgeblich ist.

287 BGE 119 II 208 E. 3.bb; 99 II 382 E. 8; 94 II 139 E. 4; 75 II 280 E. 6; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 6.1; 5A_692/2011 vom 22. März 2012, E. 4.1.1; 5A_204/2007 vom 16. Oktober 2007, E. 6.1; 5C.193/2004 vom 17. Januar 2005, E. 6.1.

288 PICENONI, 62, zufolge muss die anfechtende Person nicht nur die Kausalität des Irrtums als solche beweisen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit des Widerrufs/der Errichtung einer anderen Anordnung durch den Erblasser. GLAUS, 41 ff., bezeichnet diese Voraussetzung als «*erbrechtstypische Irrtumswesentlichkeit*».

289 BGE 99 II 382 E. 8; ABT, 83.

290 Vgl. BGE 99 II 382 E. 4.a mit Hinweis auf PICENONI, 101, der zu Recht festhält, dass es beim Erbvertrag nicht um «*Treu und Glauben im Geschäftsverkehr*» gehe, sondern stets um die konkreten Parteien.

291 BGE 119 II 208 E. 3.bb: «*L'annulation d'une disposition viciée peut être partielle [...]. Dans ce cas, il faut interpréter la volonté hypothétique du testateur pour déterminer ce qui doit subsister.*» Vgl. hierzu auch ABT, 172 f.; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 6; GRUNDLER, 250 ff.

keit)[292] analog zu Art. 20 Abs. 2 OR.[293] In solchen Fällen wird ermittelt, ob die Verfügung auch bruchstückhaft noch dem hypothetischen Willen entspricht bzw. ihn besser umsetzt als eine vollumfängliche Unwirksamkeit resp. der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge.[294] GRUNDLER und PIOTET bezeichnen diese Umsetzung des hypothetischen Willens zu Recht bereits als eine Art der Ergänzung des erblasserischen Willens, da etwas umgesetzt wird, was so nicht verfügt wurde.[295] Die Massgeblichkeit des hypothetischen Erblasserwillens im Sinne der schlichten Teilungültigkeit bei Irrtum hat jedoch – wie auch die gänzliche Ungültigkeit – eine destruktive Wirkung.[296]

2.3 Möglichkeit einer *modifizierten Teilungültigkeit*?

a. Allgemeines

116 Im Gegensatz zur schlichten Teilungültigkeit wird bei der modifizierten Teilungültigkeit eine konstruktive Betrachtungsweise eingenommen: Anstatt dass man einzelne, vitiöse Inhalte vernichtet, ersetzt man diese durch neue Inhalte.[297] Diese

---

292 In der schuldrechtlichen Lehre ist von *Teilnichtigkeit* die Rede, zumal die Ungültigkeitsgründe gemäss Art. 519 f. ZGB im Obligationenrecht – mit Ausnahme der Willensmängel – grundsätzlich Nichtigkeit zur Folge haben. Vorliegend wird aufgrund der *Ungültigkeitsfolge* im Erbrecht der Begriff der Teil*ungültigkeit* benutzt. Siehe eingehend zur Nichtigkeit und Ungültigkeit im Erbrecht WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.

293 ABT, 172 f.; DRUEY, Grundriss, § 12 N 58; vgl. auch BGE 98 II 73 E. 3.b/cc. In Art. 503 Abs. 2 ZGB sieht das Gesetz selbst eine partielle Ungültigkeit vor, wenn Bedachte beim Vertragsschluss mitwirken; siehe BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519 N 22 sowie BSK ZGB II-JEITZINER, Art. 503 N 6.

294 Art. 20 Abs. 2 OR setzt gewissermassen einen hypothetischen Vertragsabschluss voraus; bei einseitigen Rechtsgeschäften wie dem Testament gilt in analoger Weise, dass der Erblasser das Testament dennoch auch bruchstückhaft verfasst hätte. Vgl. BGE 119 II 208 E. 3.bb; ABT, 173; GRUNDLER, 257.

295 GRUNDLER, 261 mit Hinweis u.a. auf PIOTET, SPR IV/1, 211.

296 BGE 119 II 208 E. 3.bb; GLAUS, 48 f.; GRUNDLER, 253 f.; PICENONI, 60; PIOTET SPR IV/1, 211; WELTI, 85 f.

297 BGE 130 III 49 E. 3.2; 116 II 685 E. 2.b/aa; 114 II 159 E. 2.c; 107 II 216 E. 3.a f.; 96 II 101 E. 3; 78 II 216 E. 5; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 411 und 414 ff. Vgl. ferner allgemein zu Art. 20 Abs. 2 OR: BGE 107 II 216 E. 3.a; 107 II 144 E. 3; BGer 4C.343/2005 vom 6. Januar 2006, E. 2.2; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 63 ff.

neuen Inhalte werden mithilfe des hypothetischen Willens festgestellt.[298] Die modifizierte Teilungültigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR entspricht dem Grundsatz, dass die Ungültigkeit sich stets auf das absolut Notwendige beschränken muss, d.h. nur soweit wirken kann, als es der Schutzzweck erfordert (*favor negotii* resp. *favor testamenti*).[299] Die h.L. und Rechtsprechung zum Schuldrecht lassen die schlichte und modifizierte Teilnichtigkeit i.S.v. Art. 20 Abs. 2 OR namentlich bei der Anfechtung von Formmängeln (Art. 11 OR)[300] oder auch von Motivirrtümern (Art. 23 ff. OR) zu.[301] Entsprechend kann ein Motiv- resp. Grundlagenirrtum, der nur Teile des Rechtsgeschäfts betrifft, mit einer Ersatzregel ergänzt und somit *beseitigt* werden.[302] An die Stelle des wegfallenden Teiles tritt eine Ersatzregel, die bei synallagmatischen Austauschverhältnissen auch eine Modifikation der Gegenleistung bewirken kann.[303] Die Ersatzregel muss aufgrund des Vertrauensschutzes aber stets konsensfähig sein.[304]

Der dem Art. 20 Abs. 2 OR zugrundeliegende Gedanke lässt sich bereits punktuell im Erbrecht wiederfinden. So ist namentlich seit Langem die Konversion von (form)ungültigen Verfügungen anerkannt, welche ebenfalls zur modifizierten Aufrechterhaltung des Geschäfts unter Beizug des hypothetischen Willens führt (vgl. nachfolgend Rz. 130 ff.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wendet die Konversion neben Fällen der Formungültigkeit auch auf andere Ungültigkeitsgründe an; so bejahte das Bundesgericht zum Beispiel die Aufrechterhaltung einer Stiftung mit unzulässigem Zweck als Stiftung mit modifiziertem Zweck und folgte somit dem Prinzip des Art. 20 Abs. 2 OR.[305] Ferner stellt die Herabsetzung gemäss 117

---

298 BGE 107 II 216 E. 3.a; BGer 4C.343/2005 vom 6. Januar 2006, E. 2.2; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 411.

299 BGE 120 II 35 E. 4; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 410.

300 BGE 120 II 341 E. 5; 98 II 73 E. 3.b/cc; HÜRLIMANN, 94 ff.; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 N 17; vgl. auch Rz. 130 ff. zur Konversion.

301 BGE 130 III 49 E. 3.2; 116 II 685 E. 2.b/aa; 107 II 419 E. 3.a; 96 II 101 E. 3; 78 II 216 E. 5; HÜRLIMANN, 96 ff.; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 411 und 414 ff.; BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 23 N 11 m.w.H.

302 BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 414 ff.

303 BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 416.

304 Art. 20 Abs. 2 OR spricht denn auch vom hypothetischen Vertragsschluss, d.h. der modifizierte Vertrag müsste weiterhin von allen Vertragsparteien abgeschlossen worden sein, vgl. BK OR-SCHMIDLIN, Art. 24 N 415.

305 Vgl. bspw. BGE 75 II 81 E. 4; abgelehnt in 73 II 81 E. 7. Vgl. zur Konversion von materiellen Mängeln auch WACHENDORF EICHENBERGER, 17 m.w.H.; sowie ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 11 N 82.

Art. 522 ff. ZGB grundsätzlich einen Anwendungsfall von Art. 20 Abs. 2 OR (Reduktion auf das erlaubte Mass) dar, denn sie verhindert die vollständige Ungültigkeit von pflichtteilsverletzenden Anordnungen.[306]

b. Stand in Rechtsprechung und Lehre

118 Ob hingegen Art. 20 Abs. 2 OR auch analog in dem Sinne angewendet werden kann, dass Teilungültigkeitsfälle mit einer Ersatzregel *gerettet* werden können, ist im Bereich der Verfügungen von Todes wegen – wie auch die ergänzende Auslegung – nicht unumstritten. In der (früheren) Literatur finden sich nur wenige Aussagen zu der Möglichkeit einer modifizierten Teilungültigkeit von Verfügungen von Todes wegen.[307] Da auch die modifizierte Teilungültigkeit auf einen hypothetischen Willen abstellt, lassen sich die Lehrmeinungen zu der ergänzenden Auslegung der vorliegenden Auffassung nach aber weitgehend auf die modifizierte Teilungültigkeit übertragen, weswegen auch die modifizierte Teilungültigkeit wohl zumindest bei Testamenten fraglich ist.[308]

119 Das Bundesgericht bejahte die Frage nach der Zulässigkeit der modifizierten Teilungültigkeit im Jahre 2001 im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* für einen Ehevertrag mit erbrechtlichen Anordnungen.[309] Dieses Urteil führte somit auch in der Lehre gewissermassen zu einem Paradigmenwechsel.[310] Dabei hat das Bundesgericht die vorinstanzliche Auffassung geteilt, dass «*auch ein an sich mängelfreier Vertragsteil eine inhaltliche Modifikation erfährt, jedenfalls dann, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien den einen Vertragsabschnitt in Kenntnis der Nichtigkeit des anderen Teils nicht mit dem gleichen Inhalt vereinbart hätten*»[311]. Entspre-

306 Vgl. Art. 522 Abs. 1 ZGB («*[...] die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Mass verlangen*.»)

307 So hat sich insbesondere GRUNDLER, 261 ff., vertieft mit dieser Frage auseinandergesetzt, allerdings mit einem Schwerpunkt auf Erbverträge. GRUNDLER kommt zum Schluss, dass die modifizierte Teilungültigkeit wie auch die ergänzende Auslegung möglich seien, da der Verwirklichung des erblasserischen Willens im Erbrecht grosse Bedeutung zukomme. Die Ergänzung sei auch ohne Anhaltspunkt in der Verfügung möglich, solange der hypothetische Wille mit einer grossen Wahrscheinlichkeit ermittelt werden könne.

308 Siehe zu den Lehrmeinungen Rz. 66 ff.

309 BGE 127 III 529 E. 3.c; vgl. Fn. 183. Siehe ferner die Urteilsbesprechung von HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 806 f.; sowie LEUBA, 33.

310 Zumindest was Erbverträge anbelangt, vgl. Rz. 87 f.

311 Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. 1.b.

chend hat das Gericht unter analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR einen nicht mängelbehafteten Teil aufgrund der Formungültigkeit eines anderen Teiles inhaltlich modifiziert.[312] Dem Parteiwillen konnte so viel mehr gedient werden als durch Beibehaltung der ursprünglichen güterrechtlichen Vereinbarung, die aber in dem Glauben erfolgte, dass die erbrechtliche Anordnung ebenfalls gültig sei. Das Bundesgericht stellte zudem fest, dass die richterliche Ergänzung von formbedürftigen Verträgen keiner Anhaltspunkte im entsprechenden Rechtsgeschäft bedürfe, da die gesetzlichen Formvorschriften sich nur auf die Vertragsgestaltung durch die Parteien bezögen, nicht aber auf die ergänzende Tätigkeit des Gerichts.[313] Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid nicht nur erstmals die modifizierte Teilungültigkeit im Erbrecht zugelassen, sondern auch die Möglichkeit einer allgemeinen ergänzenden Auslegung bejaht. Ob diese Feststellungen auch bei Testamenten zutreffen, hat das Bundesgericht im Entscheid hingegen explizit offengelassen.[314]

c. Stellungnahme

120 Die modifizierte Teilungültigkeit nur bei Erbverträgen anzuerkennen, wäre widersprüchlich. Einerseits lagen im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* ebenfalls zwei von Todes wegen verfügende Vertragsparteien vor, die beide im Anfechtungszeitpunkt bereits verstorben waren. Andererseits unterstehen auch Erbverträge, zumindest soweit es um Verfügungen von Todes wegen geht, spezifischen Formvorschriften sowie dem Prinzip der formellen und materiellen Höchstpersönlichkeit. Bei Testamenten besteht zudem keine Gegenpartei, die durch eine Modifikation betroffen wäre. Wird die Massgeblichkeit der konstruktiven Wirkung des hypothetischen Willens bei Testamenten weiterhin abgelehnt, entsteht folglich eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Zudem würde die Verneinung jeglicher Modifikationsmöglichkeit bei Testamenten dazu führen, dass einseitige Klauseln in Erbverträgen ebenfalls nicht modifizierbar wären, was in praktischer Hinsicht zu einer unterschiedlichen Beurteilung derselben Urkunde führt.

121 Wie auch HÜRLIMANN feststellt, liegt Art. 20 Abs. 2 OR eine allgemeingültige Bestimmung zugrunde und muss gemäss Art. 7 ZGB auch im Erbrecht allgemein

312 Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. 1.b; LEUBA, 33.

313 BGE 127 III 529 E. 3.c m.w.H. auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (1998), N 1278 f.; a.M. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 88.

314 BGE 127 III 529 E. 3.c (*Modifizierte Meistbegünstigung*). Vgl. hierzu Fn. 183.

Anwendung finden.[315] Die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 2 OR bei Testamenten hat denn auch das Bundesgericht längst anerkannt, namentlich im Bereich der Konversion.[316] Sodann ist die modifizierte Teilnichtigkeit im Schuldrecht sogar *trotz* der Nichtigkeitsfolge anwendbar, was umso mehr dafür spricht, sie im Bereich der Verfügungen von Todes wegen – in welchem die Anfechtungsgründe gemäss Art. 519 f. ZGB bei erfolgreicher Anfechtung lediglich zur Ungültigkeit führen – anzuwenden. Da im Erbrecht angefochtene Formmängel derselben Rechtsfolge wie bspw. auch der Irrtum unterstehen, führt die grundsätzliche Zulässigkeit der modifizierten Teilnichtigkeit bei Formfehlern zudem konsequenterweise auch zur Möglichkeit der Modifikation von Irrtumsfällen und anderen Ungültigkeitsgründen.[317]

122 Die Modifikationsmöglichkeit drängt sich zudem gerade bei der Anfechtung eines Motivirrtums bei Testamenten auf. Wie in Rz. 112 ff. festgestellt wurde, wird der hypothetische Wille bei der Irrtumsanfechtung zwar ermittelt, aber im Vergleich mit dem irrtumsbehafteten, tatsächlich geäusserten Willen lediglich dazu genutzt, die Anordnung zu Fall zu bringen (destruktive Wirkung).[318] Die Erforschung dieser Kausalität bedingt allerdings auch – zumindest in Grundzügen – eine Ermittlung der Frage, *wie* die Person andernfalls verfügt hätte; denn ohne die Kenntnis dessen, was sie wirklich gewollt hätte, könnte man nicht beurteilen, ob die Verfügung aufrechtzuerhalten ist oder nicht.[319] Das *Wie* wird daher ebenfalls (in Teilen) ermittelt, aber nicht umgesetzt. Dem *favor testamenti* entsprechend könnte man diesen hypothetischen Willen nun positiv, d.h. konstruktiv, umsetzen und die irrtumsbehaftete Klausel ersetzen.[320]

123 Eine destruktive Umsetzung des hypothetischen Willens ist aus Sicht der von Todes wegen verfügenden Person nämlich nur dann vorteilhaft, wenn ihr hypothetischer Wille der gesetzlichen Erbfolge entspricht. In allen anderen Fällen wirkt die Irrtumsanfechtung nur für die Klägerschaft vorteilhaft, denn selbst wenn der erblasserische Wille die gesetzliche Erbfolge klar ausschliessen wollte, verdrängt die

315 HÜRLIMANN, 20. Vgl. auch GRUNDLER, 261 ff.

316 Vgl. oben Rz. 117; siehe auch BGE 98 II 73 E. 3.b/cc.

317 GRUNDLER, 261 ff.

318 BGE 119 II 208 E. 3.bb; ABT, 173; GRUNDLER, 257.

319 Der hypothetische Wille muss daher die Frage beantworten, wie sehr der Irrtum vom Gewollten abweicht; gl.M. GLAUS, 45 ff. mit Hinweis auf RASCHEIN, 25. A.M. BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 24 mit Hinweis auf BGE 94 II 139 E. 4.

320 Gl.M. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 2; DERS., AJP 1993, 1256 f.; GLAUS, 180 f.

Anfechtung schliesslich diesen Wunsch.[321] Im Gegensatz zu Rechtsgeschäften unter Lebenden kann die sich irrende Person ihre Willenserklärung zudem nicht mehr nachholen oder selbst berichtigen.[322] Während das Ziel der Irrtumsanfechtung bei schuldrechtlichen Verträgen ist, sich von einer eigenen irrtümlichen Erklärung zu lösen (und im Anschluss eine irrtumsfreie abzugeben), so wird dieses Ziel im Erbrecht gerade nicht erreicht.[323]

Angesichts dieser Überlegungen ist es angezeigt, die destruktive Wirkung der Irr- 124
tumsanfechtung im Erbrecht zu begrenzen. Die bundesgerichtliche Praxis versucht dies mit dem Kausalitätserfordernis zu erreichen: Nur wenn die verfügende Person die Verfügung auch selbst verworfen hätte, soll sie wegfallen.[324] Mit einer solchen Einschränkung der Irrtumsanfechtung macht das Bundesgericht deutlich, dass es dem Prinzip des *favor testamenti* folgt.[325] Das Gesetz bringt den Grundsatz des *favor testamenti* zudem durch die relativ kurzen Verwirkungsfristen gemäss Art. 521 ZGB sowie der *inter partes*[326] Wirkung der Anfechtung zum Ausdruck. Auch können gemäss Art. 469 Abs. 3 ZGB Erklärungsirrtümer korrigiert werden, was dessen Anwendungsbereich gesetzlich beschränkt und wiederum *in favorem testamenti* wirkt.[327]

Nichtsdestotrotz ist nach der vorliegenden Auffassung das Kriterium der Irrtums- 125
kausalität nicht geeignet, dem erblasserischen Willen wirklich gerecht zu werden, denn die Wahl zwischen der Ungültigerklärung (und somit dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge) und der Aufrechterhaltung im mangelhaften Zustand ist i.d.R. nur ein Kompromiss.[328] Es handelt sich um eine impraktikable *Alles-oder-nichts*

321 GLAUS, 47 ff.; SIEKER, 719.

322 GLAUS, 48; WACHENDORF EICHENBERGER, 121.

323 GLAUS, 47 f.

324 BGE 75 II 280 E. 6. Vgl. auch Rz. 113 f.

325 Vgl. GLAUS, 178.

326 Vgl. eingehend zur *inter partes* Wirkung SEILER, Rz. 126 ff.

327 Nach der vorliegenden Auffassung umfasst Art. 469 Abs. 3 ZGB nicht nur den Irrtum in der Erklärungshandlung, siehe ABT, 104; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 199 f.; GLAUS, 15 ff.

328 GLAUS, 47 und 181; ähnlich LEUBA, 37. Ausnahmsweise kann die Ungültigerklärung einer angefochtenen Klausel dem erblasserischen Willen tatsächlich besser entsprechen; vgl. BGE 119 II 208 E. 3.bb, in welchem der Erblasser die Gleichbehandlung der Kinder anstrebte und sich dies durch die gesetzliche Erbfolge besser verwirklichen liess.

Entscheidung.[329] Insofern erreichen diese gesetzlichen bzw. von der Rechtsprechung aufgestellten Einschränkungen der Anfechtungsmöglichkeit zwar das Ziel, dass Verfügungen von Todes wegen nicht allzu leicht umgestossen werden können; gleichzeitig bleiben dadurch aber auch zahlreiche Verfügungen in einem mangelhaften Zustand bestehen, was dem erblasserischen Willen auch nicht gerecht wird.

126 Zusätzlich zum Kriterium der Irrtumskausalität liesse sich eine Beschränkung der Irrtumsanfechtung auch mit einer Einengung des Irrtumsbegriffs erreichen, was das Bundesgericht bspw. beim Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt durch das Erfordernis der *sicheren* Vorstellung verdeutlicht.[330] Aber auch ein enger Irrtumsbegriff wird dem erblasserischen Willen nicht vollends gerecht: Denn selbst wenn die Anfechtungsmöglichkeit begrenzt ist, wird die Verfügung letztlich in einem mangelhaften Zustand aufrechterhalten, ohne dass ein anderslautender erblasserischer Wille Beachtung finden kann. Zudem zeigt die unterschiedliche Handhabung des Irrtumsbegriffs auch, dass die nicht als Irrtum qualifizierten Fälle einer anderen Lösung bedürfen.

127 Entsprechend ist im Lichte des *favor testamenti* die modifizierte Teilungültigkeit der schlichten Teilungültigkeit allgemein vorzuziehen.[331] Indem man die Modifikation nur dann zulässt, wenn sich die Ersatzregel mit einer gewissen Sicherheit[332] finden lässt, entspricht diese konstruktive Lösung dem erblasserischen Willen viel mehr als die (Teil)Ungültigkeit. Dieses Vorgehen ist auch vereinbar mit der gängigen Irrtumslehre: Wenn es als wahrscheinlich erscheint, dass die verfügende Person die angefochtene Verfügung bei Kenntnis der Sachlage lieber aufgehoben statt aufrechterhalten hätte, kann immer noch kassiert werden.[333] Beachtet werden muss jedenfalls stets die mögliche Konvaleszenz i.S.v. Art. 469 Abs. 2 ZGB, denn falls die betroffene Person mit ihrer Passivität zum Ausdruck bringt, dass sie den Mangel belassen wollte, ist die Ungültigerklärung und so auch eine Modifikation ausgeschlossen.[334]

---

329 LEUBA, 37; RIEMER, hypothetischer Wille, 39.

330 Vgl. vorne Fn. 271.

331 Vgl. BREITSCHMID, AJP 1993, 1256; GLAUS, 129; LEUBA, 34.

332 GLAUS, 186; GRUNDLER, 263 f. Vgl. auch Rz. 313 f. Dies im Gegensatz zur Anfechtung bei einem Motivirrtum, wo der hypothetische Wille nur glaubhaft gemacht werden muss, siehe BGE 94 II 139 E. 4.

333 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 19. Vgl. zur Kausalität Rz. 113 ff.

334 Zudem könnte in solchen Fällen i.d.R. kein anderslautender hypothetischer Wille ermittelt werden. Siehe GLAUS, 187.

2.4 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung

Die Untersuchung der Anfechtung eines Motivirrtums bei Verfügungen von Todes wegen hat gezeigt, dass der hypothetische Wille von grosser Bedeutung ist. Der schlichten Ungültigkeitsfolge entsprechend wirkt der hypothetische Wille allerdings nur destruktiv, obschon dessen Ermittlung in vielen Fällen bereits zur Erkenntnis führt, *was* die verfügende Person stattdessen angeordnet hätte. Somit würde es sich oft aufdrängen, den bereits bekannten hypothetischen Willen konstruktiv zu nutzen und im Ergebnis eine modifizierte Teilungültigkeit zu verwirklichen. Nur damit lässt sich der von Gesetzgebung und Praxis verfolgte Ansatz des *favor testamenti* wirklich erreichen. Wie festgestellt wurde, bejaht das Bundesgericht die Möglichkeit der modifizierten Teilungültigkeit gemäss Art. 20 Abs. 2 OR zumindest bei Erbverträgen, weswegen es nach der vorliegenden Auffassung auch zu einem allgemeingültigen Rechtssatz im Erbrecht zu erheben ist. 128

Da die modifizierte Teilungültigkeit einen hypothetischen Willen umsetzt, stellt sie im weitesten Sinne eine Vertragsergänzung dar[335] und nähert sich darüber hinaus beim Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt im Ergebnis an die Vertragsanpassung an (vgl. unten Rz. 149 und 164).[336] Wie auch GRUNDLER festhält, wäre es aufgrund der Parallelen der Instrumente widersprüchlich, die modifizierte Teilungültigkeit zuzulassen, die ergänzende Auslegung aber abzulehnen.[337] Wird also die modifizierte Teilungültigkeit im Erbrecht allgemein anerkannt – was, wie dargelegt, der Fall sein muss –, bejaht man gleichzeitig auch die ergänzende Auslegung. 129

335 BGE 138 III 29 E. 2.3.3; 115 II 484 E. 4.a; BGer 4A_131/2017 vom 21. September 2017, E. 4.1.1; 4C.343/2005 vom 6. Januar 2006, E. 2.2; GRUNDLER, 258 ff.; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 65; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 61 und 90. GRUNDLER zufolge handelt es sich sogar bereits bei der schlichten Teilungültigkeit um eine Art der Ergänzung des erblasserischen Willens, siehe GRUNDLER, 261 mit Hinweis auf u.a. PIOTET, SPR IV/1, 211. A.M. GAUCH, 221 f. Fn. 60.

336 KRAMER, clausula, 281. Ähnlich GRUNDLER, 264; ZK OR-JÄGGI, Art. 11 N 90; BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 385.

337 GRUNDLER, 262.

3. Der hypothetische Wille bei der Konversion im Erbrecht

3.1 Definition der Konversion

130 Die Konversion beschreibt die Umwandlung eines von den Parteien angestrebten, aber nichtigen (resp. ungültigen) Geschäfts in ein verwandtes Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeitsmerkmale erfüllt sind.[338] Die Konversion verhilft den Parteiinteressen zum Erfolg, indem sie die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts ermöglicht (*favor negotii* resp. *favor testamenti*).[339] Der Grundsatz der Konversion ist als solcher im schweizerischen Privatrecht nicht ausdrücklich normiert, gilt aber als ungeschriebener Rechtssatz.[340] Das Bundesgericht stützt sich bei der Anwendung der Konversion auf die Gesetzesnorm im deutschen BGB (§ 140 BGB: «*Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde*»).

3.2 Voraussetzungen und Anwendungsbereich

131 Die aufgrund von § 140 BGB und der deutschen Lehre und Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen haben auch in der Schweiz Geltung erlangt.[341] Die Voraussetzungen der Konversion im Erbrecht sind dabei grundsätzlich dieselben wie bei der Konversion schuldrechtlicher Verträge.[342]

---

338 BGE 135 III 441 E. 3.3; 133 III 311 E. 3.4.2; 126 III 182 E. 3.b; BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 230; RUDOLF, 55; WACHENDORF EICHENBERGER, 2; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 89.

339 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 550; WACHENDORF EICHENBERGER, 3 m.w.H.

340 BGE 135 III 441 E. 3.3; 133 III 311 E. 3.4.2; 126 III 182 E. 3.b m.w.H.; 109 II 43 E. 2; 93 II 439 E. 5 f.; 93 II 290 E. 6.a; 93 II 223 E. 3; 80 II 82 E. 4; SCHÖLL, Rz. 470 ff.; WACHENDORF EICHENBERGER, 4 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 548 f.

341 BGE 126 III 182 E. 3.b; 93 II 439 E. 5 f.; 93 II 223 E. 3; 89 II 437 E. 2; 76 II 8 E. 5. Siehe dazu auch BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 548 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 89 m.w.H.

342 WACHENDORF EICHENBERGER, 108 f.

So muss erstens ein nichtiges oder ungültiges[343] Rechtsgeschäft vorliegen, welches die (weniger strengen) Gültigkeitserfordernisse eines anderen Rechtsgeschäfts erfüllt.[344] Das neue Rechtsgeschäft muss zweitens einen ähnlichen Zweck und Erfolg haben wie das ursprüngliche, darf aber nicht über dieses hinausgehen; durch die Konversion dürfen insofern keine neuen Verpflichtungen geschaffen werden.[345] Drittens muss das Ersatzgeschäft vom hypothetischen Willen gedeckt sein (vgl. nachfolgend Rz. 139). Durch die Konversion dürfen jedenfalls keine zwingenden Gesetzesvorschriften oder der Sinn und Zweck der Nichtigkeitsnorm (z.B. Formzwecke) umgangen werden.[346] Besteht die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der ursprünglichen Verfügung in einer Formverletzung, so kann also auch die Konversion nicht dazu führen, dass der Formfehler an sich geheilt wird: Die formellen und materiellen Gültigkeitserfordernisse des neuen Geschäfts müssen als solche vollständig erfüllt sein.[347] Ein formbedürftiges Geschäft ist aber nichtsdestotrotz konvertierbar.[348] 132

Gemäss h.L. und Rechtsprechung kommt die Konversion nicht nur bei Schuldverträgen, sondern auch bei formgültigen Geschäften wie Verfügungen von Todes wegen zur Anwendung.[349] Die allgemeinen Grundsätze der Konversion finden 133

---

343 Im Bereich der Verfügungen von Todes wegen muss keine Nichtigkeit vorliegen, so reicht auch ein anfechtbares Geschäft aus. Vgl. WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.

344 BGE 126 III 182 E. 3.b; BINDER, 101 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 236 ff.; WACHENDORF EICHENBERGER, 153 ff.

345 BGE 126 III 182 E. 3.b; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 84; vgl. auch WACHENDORF EICHENBERGER, 27 ff. und 140 ff. A.M. BINDER, 105, der ausnahmsweise auch ein «*Mehr*» an Verpflichtungen zulässt.

346 BGE 126 III 182 E. 3.b m.w.H.: «*Weiter findet die Konversion ihre Grenze an der Zweckfunktion der die Nichtigkeit begründenden Norm. Die Umdeutung ist demnach ausgeschlossen, wenn sie auf eine Umgehung dieser Norm hinauslaufen oder zumindest deren Sinn und Zweck widersprechen würde*»; so auch BGE 124 III 112 E. 2.b/bb; WACHENDORF EICHENBERGER, 42 ff. und 198 ff.

347 BGE 126 III 182 E. 3.b; BGer 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005, E. 4.2; WACHENDORF EICHENBERGER, 27 ff. und 153 ff.

348 WACHENDORF EICHENBERGER, 201.

349 BGE 96 II 273 E. 9.b; 93 II 223 E. 3; 89 II 284 E. 4; 76 II 8 E. 5; 46 II 11 E. 4; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 494–497 N 13; DRUEY, Grundriss, § 12 N 23; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 17; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 323 ff.; zudem eingehend zur Konversion im Erbrecht WACHENDORF EICHENBERGER, 104 ff. Vgl. zu anderen formbedürftigen Geschäften BGE 109 II 43 E. 2 (Stimmrechtszession); 103 II 176 E. 3 f. (Dienstbarkeit); 93 II 439 E. 5 f. (Stiftungserrichtung); 124 III 112 E. 2.b/bb (Wechsel).

mittels Art. 7 ZGB im Erbrecht Anwendung.[350] Darüber hinaus ist die Konversion im Erbrecht in den Fällen von Art. 479 Abs. 3 ZGB (Aufrechterhaltung trotz Enterbung), Art. 482 Abs. 4 ZGB (Zuwendung an ein Tier) und Art. 539 Abs. 2 ZGB (Zuwendung mit Zweckbestimmung) gesetzlich vorgesehen.[351]

134 Der Konversion unterliegen können sowohl das Testament als auch der Erbvertrag, wobei jeweils das ganze Geschäft oder auch nur einzelne Klauseln, bspw. Auflagen oder Bedingungen, konvertiert werden können.[352]

135 Damit eine Verfügung von Todes wegen der Konversion überhaupt zugänglich ist, muss die Verfügung wie einleitend erwähnt ungültig oder nichtig sein.[353] Nichtigkeit tritt bei Verfügungen von Todes wegen insbesondere bei qualifizierten Ungültigkeitsfällen ein, so bspw. bei krassen Formmängeln oder qualifizierter Rechtswidrigkeit.[354] Zu beachten ist aber, dass durch die Konversion der Zweck der Nichtigkeitsnorm nicht untergraben werden darf.[355] Insofern stehen diejenigen Nichtigkeitsfälle der Konversion nicht offen, bei denen kein oder nur ein fremder (Testier-)Wille vorhanden ist, da dann gar kein konvertierbares Rechtsgeschäft vorliegt.[356] Die vollständig fehlende Testierfähigkeit als Ungültigkeitsgrund (resp. in extremen Fällen als Nichtigkeitsgrund) schliesst die Konversion ebenfalls aus, denn auch das Ersatzgeschäft ist i.d.R. von der Testierunfähigkeit betroffen.[357]

---

350 WACHENDORF EICHENBERGER, 116 ff. (mit Ausführungen zu weiteren möglichen dogmatischen Grundlagen).

351 WACHENDORF EICHENBERGER, 104 f.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 83 und 90; zu Art. 482 Abs. 4 ZGB siehe BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 482 N 3a; zu Art. 539 Abs. 2 ZGB siehe BGE 100 II 98 E. 2 ff.

352 BGE 96 II 273 E. 9.b; 93 II 223 E. 3; 89 II 437 E. 2; WACHENDORF EICHENBERGER, 124 ff. m.w.H. Die Einseitigkeit des Testaments steht der Konversion im Übrigen nicht entgegen, vgl. BGE 135 III 441 E. 3.3; 134 III 379 E. 1.2; Präjudizienbuch OR-GÖKSU, Vorb. Art. 1–40f N 50; WACHENDORF EICHENBERGER, 14 und 125; MüKo BGB-BUSCHE, § 140 N 7. A.M. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 549 m.w.H.

353 Vgl. § 140 BGB; WACHENDORF EICHENBERGER, 127 m.w.H.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 83.

354 Weiter kann Nichtigkeit auch bei einem Verstoss gegen den Typenzwang oder bspw. bei qualifizierter Unsittlichkeit eintreten. Vgl. BGE 96 II 273 E. 9.b; WACHENDORF EICHENBERGER, 138 f. mit Hinweis auf RIEMER, FS Keller, 252 f.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 87; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 404.

355 Das Ersatzgeschäft darf daher nicht ebenfalls nichtig sein; siehe WACHENDORF EICHENBERGER, 198 ff.

356 WACHENDORF EICHENBERGER, 133 ff.

357 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 84.

Die Konversion im Erbrecht erfordert, im Gegensatz zur Konversion schuldrechtlicher Verträge, allerdings nicht zwingend ein *nichtiges* Geschäft.[358] Die Art der Herbeiführung der Nichtigkeit resp. Ungültigkeit steht der Konversion nicht entgegen. Neben nichtigen Verfügungen von Todes wegen sind daher auch Verfügungen von Todes wegen konvertierbar, die lediglich auf Anfechtung hin für ungültig erklärt werden.[359] Von praktischer Relevanz ist vor allem die Umdeutung eines formwidrigen Geschäftes, bspw. eines ungültigen Erbvertrages in ein Testament.[360] Aufgrund der strengen Formvorschriften im Erbrecht erachtet ein grosser Teil der Lehre die Konversion bei formellen Mängeln für besonders gerechtfertigt, da sie aus Parteisicht einen «*künstlichen*» Mangel darstellen.[361] Bei den Ungültigkeitsgründen muss die Ungültigkeit aber i.S.v. Art. 519 f. ZGB geltend gemacht worden sein, andernfalls die Verfügung als gültig gilt.[362] 136

In der Lehre ist demgegenüber umstritten, ob und wie weit eine an einem Willensmangel, insbesondere einem Motivirrtum, leidende Verfügung von Todes wegen umdeutungsfähig ist.[363] In der Lehre wird hierzu einerseits vorgebracht, dass die Anfechtung aufgrund Irrtums auch bei einem Geschäft unter Lebenden keine Nichtigkeit entfalte, sondern – je nach Ansicht – nur die Ungültigkeit ex tunc.[364] Andererseits wird argumentiert, die Konversion könne einen Willensmangel nicht beheben resp. den mangelhaften Willen ersetzen, da dies ein nicht kongruentes 137

358 Die Nichtigkeitsfolge ist im Erbrecht restriktiver ausgestaltet als im Schuldrecht, da Mängel i.d.R. nur zur Anfechtbarkeit gemäss Art. 519 f. ZGB führen. Siehe eingehend zur Nichtigkeit und Ungültigkeit im Erbrecht WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.; RIEMER, FS Keller, 245 ff.

359 WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 83.

360 BGE 93 II 223 E. 3; ähnlich auch 96 II 273 E. 9.b; WACHENDORF EICHENBERGER, 129; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 90; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 404; vgl. auch BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 N 25 f.

361 ZK OR-JÄGGI, Art. 11 N 8 und 82.

362 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 87; gl.M. SEILER, Rz. 580 und WACHENDORF EICHENBERGER, 133.

363 Siehe eingehend hierzu WACHENDORF EICHENBERGER, 130 ff.

364 Je nachdem, ob man der Ungültigkeits- oder Anfechtungstheorie oder der Theorie der geteilten Ungültigkeit folgt. Das Bundesgericht hat bislang die Ungültigkeitstheorie befürwortet; BGE 114 II 131 E. 3.b m.w.H.; BGer 4C.197/2000 vom 27. Februar 2001, E. 3.a. Siehe zum Ganzen BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 23 N 8. Ablehnend im Bereich der Verfügungen von Todes wegen namentlich BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 87.

Ersatzgeschäft hervorrufe.[365] Die Umsetzung eines auf Hypothesen beruhenden alternativen Rechtsgeschäftes wurde namentlich von WEIMAR abgelehnt.[366] Diese Ablehnung beruht grösstenteils auf derselben Auffassung, die auch die ergänzende Auslegung ablehnt.[367] Gemäss anderen Lehrmeinungen kann die Konversion bei Willensmängeln immerhin zur Aufrechterhaltung einer Verfügung mit geringerem (mängelfreiem) Umfang führen.[368]

138 Vorliegend wird die Ansicht vertreten, dass die Ungültigkeits- resp. Nichtigkeitsfolge bei der Zulässigkeit der Konversion keine grundsätzliche Bedeutung hat, zumal im Erbrecht diese Rechtsfolgen insgesamt anders ausgestaltet sind als im Schuldrecht.[369] Im Erbrecht kommt, wie mehrfach erwähnt, bei der Anfechtung gemäss Art. 519 f. ZGB dem Grundsatz des *favor testamenti* besondere Bedeutung zu, da die von Todes wegen verfügende Person i.d.R. schon verstorben ist. Deswegen sollte die Verfügung so weit es geht aufrechterhalten werden. Auch die Konversion verhilft dem erblasserischen Willen zum Durchbruch, weswegen diese auch bei *anfechtbaren* Mängeln grundsätzlich zulässig ist.[370] Zudem erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich auch ein irrtümlich erklärter Wille in einen geringeren, gültigen Teil umdeuten lässt, jedenfalls, sofern wirkliche, irrtumsfrei erklärte Ziele erkennbar sind.[371] Sofern man bei Motivirrtümern demgegenüber eine Ersatzregel umsetzt, die den mangelhaften Willen als solchen mit einer Regelung ersetzt, so würde dieses Vorgehen nach der vorliegenden Auffassung nicht mehr als Umdeutungsvorgang, sondern vielmehr als modifizierte Teilungültigkeit qualifizieren.[372] Im Übrigen gilt jedenfalls, dass *gänzlich* mangelhafte Verfügungen (d.h. Fälle, in denen der Irrtum die ganze Verfügung, nicht nur einzelne Teile, betrifft) genau so wenig umgedeutet werden können, wie sie modifiziert werden können: Es fehlt an den irrtumsfrei erklärten, wirklichen Zielen.

---

365 WACHENDORF EICHENBERGER, 22 ff. und 131 je m.w.H.; SEILER, Rz. 578; MüKo BGB BUSCHE, § 140 N 14 m.w.H. Im Schuldrecht existiert bei einem Irrtum demgegenüber ein gesetzlicher Konversionsfall gemäss Art. 25 Abs. 2 OR.

366 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 85.

367 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 85. Vgl. zur Lehre auch eingehend WACHENDORF EICHENBERGER, 176 f. m.w.H.

368 MüKo BGB-BUSCHE, § 140 N 14; zustimmend BINDER, 86 f.

369 Vgl. hierzu WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.

370 Vgl. WACHENDORF EICHENBERGER, 127 ff.

371 Vgl. MüKo BGB-BUSCHE, § 140 N 14.

372 Vgl. hierzu oben Rz. 116 ff.

3.3 Ersatzgeschäft und hypothetischer Wille

Als Ersatzgeschäft kommen bei der Konversion andere Verfügungs*formen* (bspw. Konversion eines Erbvertrags in ein Testament), andere Verfügungs*arten* (bspw. Konversion einer Auflage zu einer Bedingung), die Konversion einer Anordnung zu einem geänderten Inhalt, unter Beibehaltung derselben Verfügungsart, oder allenfalls ein Wechsel vom Rechtsgeschäft von Todes wegen zum Rechtsgeschäft unter Lebenden in Betracht.[373] Von Interesse ist vorliegend, dass das Ersatzgeschäft wie erwähnt auch dieselbe Verfügungsform und -art beibehalten kann und somit lediglich einen anderen Inhalt umsetzt.[374] Das Ersatzgeschäft muss jedenfalls, wie in Rz. 132 erwähnt, einen ähnlichen Zweck und Erfolg beabsichtigen, damit es als geeignetes Mittel zur Zweckerreichung erscheint.[375] Sollte das Ersatzgeschäft allerdings darauf hinauslaufen, das ursprüngliche ungültige genau so zu verwirklichen, wie es geplant war, handelte es sich um eine unzulässige doppelte Umdeutung.[376] 139

Das Ersatzgeschäft muss vom hypothetischen Parteiwillen gedeckt sein. Dieser hypothetische Wille entscheidet bei der Konversion die Frage, ob das Ersatzgeschäft den wirklichen Zielen entspricht und die Parteien das Ersatzgeschäft deswegen ebenfalls gewollt hätten.[377] Ausschlaggebend bei der Ermittlung sind namentlich der mit dem Geschäft angestrebte Zweck und die Interessen der konkreten Parteien.[378] Das Bundesgericht hat für den gesetzlichen Konversionsfall gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB explizit festgehalten, dass das Gericht nur in Bezug auf aus- 140

---

373 Siehe zum Ganzen eingehend WACHENDORF EICHENBERGER, 140 ff.

374 So in ähnlicher Weise BGE 96 II 273 E. 9.b; 75 II 81 E. 4. Vgl. ferner WACHENDORF EICHENBERGER, 144 ff.; KRAMPE, 163 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 144.

375 BGE 93 II 223 E. 3: «*Eine Voraussetzung solcher Umwandlung wird darin erblickt, dass das ‹andere› Rechtsgeschäft einen ähnlichen Zweck und Erfolg hat wie das nichtige*»; vgl. auch BGE 96 II 273 E. 9.b; 76 II 8 E. 5; 75 II 81 E. 4; vgl. auch eingehend WACHENDORF EICHENBERGER, 31 f. und 184 f.

376 BGE 96 II 273 E. 9.a. Vgl. ferner BGE 76 II 202 E. 2.2.

377 Vgl. den Gesetzeswortlaut von § 140 BGB «*[...] wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde*». So auch BGE 103 II 176 E. 3; 93 II 439 E. 5; 93 II 228 E. 3; 89 II 437 E. 2; 76 II 8 E. 5; BINDER, 107 ff.; GLAUS, 66 f.; SCHÖLL, Rz. 495 ff.; SEILER, Rz. 568 f.; PIOTET, SPR IV/1, 212 f.; WACHENDORF EICHENBERGER, 35 ff. und 171 ff. A.M. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 85 (der die konstruktive Nutzung des hypothetischen Willens bei Verfügungen von Todes wegen grundsätzlich ablehnt).

378 BGE 89 II 437 E. 2; 75 II 81 E. 4; 61 II 274 E. 3; SCHÖLL, Rz. 505 f.; WACHENDORF EICHENBERGER, 181.

führende Massnahmen eingreifen dürfe und somit kein Eingriff in die erblasserischen Ziele selbst möglich sei.[379] Der hypothetische Wille bei der Konversion bezieht sich somit grundsätzlich nur auf die *ausführenden Massnahmen* zu den beabsichtigten Zielen.[380] Er wird rückwirkend zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung beurteilt.[381]

141 Der hypothetische Wille kann daher bei der Konversion auch dank Externa konstruiert werden; die Andeutungsregel wird von Teilen der Lehre abgelehnt.[382] Sofern sich die ursprünglichen Ziele in der Verfügung wiederfinden, ist das Formprinzip aber jedenfalls gewahrt.[383] Im Übrigen ist auch das Prinzip der Höchstpersönlichkeit nicht durch die Konversion verletzt, da die ursprünglichen Ziele von den Parteien selbst in der Verfügung geäussert werden und keine Drittperson etwas am grundsätzlichen Inhalt bzw. an den Zielen verändert.[384] Angesichts der spezifischen erbrechtlichen Charakteristika darf der hypothetische Wille im Bereich der Verfügungen von Todes wegen nach der vorliegenden Auffassung allerdings nicht rein objektiviert festgestellt werden. Massgeblich müssen immer die konkreten Personen sein.[385] Nur falls dieser rein subjektive Wille nicht ersichtlich ist, kann der hypothetische Wille unter Umständen dank Vermutungen konstruiert werden; so kann der hypothetische Wille u.U. vermutet werden, wenn zwischen dem ursprünglichen Geschäft und dem Ersatzgeschäft weitgehend Äquivalenz besteht.[386]

---

379 BGE 100 II 98 E. 3.b: «*L'intervention des tiers doit ainsi se limiter à des mesures d'exécution*.»

380 WACHENDORF EICHENBERGER, 181 f.

381 WACHENDORF EICHENBERGER, 195 m.w.H.; a.M. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 89.

382 So insbesondere WACHENDORF EICHENBERGER, 190 ff. Unklar ist gemäss WACHENDORF EICHENBERGER, ob das Bundesgericht die Andeutungsregel anwendet oder nicht, da sich dies nicht klar aus den untersuchten Entscheiden ergebe.

383 WACHENDORF EICHENBERGER, 181 f. mit Hinweis auf GLAUS, 184.

384 BGE 100 II 98 E. 3.a: «*Toutefois, en raison du caractère éminemment personnel des dispositions à cause de mort, la jurisprudence a dégagé un certain nombre de conditions qui restreignent la portée de l'art. 539 al. 2 CC: le cercle des bénéficiaires doit tout d'abord être déterminé de manière suffisamment précise par le testateur lui-même (RO 81 II 31/32 consid. 8), sans que celui-ci ait la possibilité de laisser à une tierce personne un pouvoir de choix ou de décision en cette matière (RO 68 II 165/166)*.» So auch WACHENDORF EICHENBERGER, 183 mit Hinweis auf GLAUS, 188.

385 Gl.M. WACHENDORF EICHENBERGER, 194 f.

386 Vgl. die Vermutung in BGE 75 II 81 E. 4; siehe auch BGH, Urteil vom 15. Dezember 1955, II ZR 204/54, NJW 1956, 297, 297 f.; WACHENDORF EICHENBERGER, 38 m.w.H.

3.4 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung

Die Untersuchung der Konversion hat einerseits gezeigt, dass die erbrechtlichen Formvorschriften einem Änderungs- resp. Ergänzungsprozess nicht per se entgegenstehen. Vielmehr wird die Konversion gerade dann angewendet, um die Formungültigkeit zu verhindern, und folgt somit unmissverständlich dem Prinzip des *favor testamenti*. Andererseits wird auch das Prinzip der Höchstpersönlichkeit durch den Konversionsvorgang nicht verletzt. Die Konversion ist grundsätzlich zulässig, da sie sich an den erkennbaren, wirklich geäusserten Zwecken orientiert und somit zugunsten der verfügenden Person diesen Zweck über die Ungültigkeit der Verfügung stellt. 142

Die Konversion und die ergänzende Auslegung haben dementsprechend viele Gemeinsamkeiten. Sowohl die Konversion als auch die ergänzende Auslegung folgen dem Prinzip des *favor testamenti* und bezwecken, die Verfügungen von Todes wegen trotz Mängeln aufrechtzuerhalten. Der hypothetische Wille wirkt daher bei beiden Vorgängen konstruktiv. Sie sind beide zudem erst nach dem Tode der von Todes wegen verfügenden Person von Relevanz, da sich die Problemkreise vor dem Versterben i.d.R. noch gar nicht ergeben.[387] 143

Aufgrund der Gemeinsamkeiten ist die Abgrenzung beider Institute denn auch nicht einfach. In der schuldrechtlichen Lehre werden die Konversion und die Vertragsergänzung teilweise mit dem Argument voneinander abgegrenzt, dass die Konversion die Aufrechterhaltung «*contra contractum*» (unter Vernichtung des alten Geschäfts) beabsichtige, während die ergänzende Auslegung lediglich «*praeter contractum*» Regelungen ergänze bzw. verändere.[388] Sodann wird die Meinung vertreten, dass die Konversion erst dann zum Zuge komme, wenn das ursprüngliche Geschäft für ungültig/nichtig erklärt worden sei, während die ergänzende Auslegung unabhängig von der Ungültigkeitsfolge greife.[389] Zudem gehe die Auslegung zeitlich vor.[390] Namentlich KRAMER ist der Auffassung, dass die beiden Instrumente auch kombiniert werden könnten; bestünden bei einem umgedeuteten Vertrag nach der Konversion noch Lücken, könnten diese mit ergänzender Auslegung gefüllt werden.[391] Gleichwohl bringt die Lehre (zu Recht) vor, dass 144

387 Vgl. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 88.

388 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 551 mit Hinweis auf BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 267 ff. Zustimmend SEILER, Rz. 581; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 89.

389 In diesem Sinne BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 268 m.w.H.

390 KRAMPE, 177 f.

391 BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 11 N 167 m.w.H.

die Grenzen zwischen Konversion und ergänzender Auslegung fliessend sind.[392] Die Konversion im Erbrecht wird aufgrund der zahlreichen Ähnlichkeiten teilweise sogar als Anwendungsfall der ergänzenden Auslegung bezeichnet.[393]

145 Die genannten Unterscheidungen in der schuldrechtlichen Lehre verschwimmen nach der vorliegenden Auffassung aber insbesondere im Erbrecht aus zwei Gründen: Erstens, da die Ungültigkeit auch nur einzelne Klauseln des Rechtsgeschäfts betreffen kann und gemäss h.L. und Rechtsprechung die Konversion auch innerhalb desselben Geschäfts – unter Beibehaltung derselben Verfügungsform und -art – möglich ist. In diesen Fällen wird eine Klausel mit anderem Inhalt aufrechterhalten (siehe Rz. 134). Zweitens ist die Unterscheidung auch aus dem Grund schwierig, da im Erbrecht keine Lücken *i.e.S.,* d.h. gänzlich fehlende Regelungen, nachgeholt werden können und somit auch bei der ergänzenden Auslegung eine Art *Weiterentwicklung* von bestehenden Anordnungen stattfindet und keine reine Ergänzung (vgl. Rz. 313 ff.).

146 Wie sich ferner gezeigt hat, weist die Konversion in vielen Bereichen Überschneidungen mit der modifizierten Teilnichtigkeit auf, da auch diese Änderungen innerhalb des teilungültigen Geschäfts herbeiführt.[394] So bezwecken beide Instrumente, einzelne Anordnungen, die nichtig oder ungültig sind, mit einer inhaltlichen Änderung aufrechtzuerhalten. In der Lehre wird die Konversion entsprechend nur unscharf von der modifizierten Teilnichtigkeit (insb. der Reduktion auf das erlaubte Mass) abgegrenzt. Einige Lehrstimmen sprechen sich namentlich dafür aus, dass die Konversion grundsätzlich die ganzheitliche Nichtigkeit eines Geschäfts behandle, während die modifizierte Teilnichtigkeit nur punktuell greife (und Teile des ursprünglichen Vertrages bestehen blieben).[395] Andere sehen in der

---

392 MüKo BGB-BUSCHE, § 140 N 3 m.w.H.; ähnlich auch BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 270; sodann anerkennt auch WIEGAND, dass die Konversion «*starke strukturelle Ähnlichkeit mit der Vertragsergänzung*» hat, vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 89.

393 GLAUS, 66 f.; PICENONI, 71; ähnlich KRAMPE, 282 ff., der § 140 BGB als einen Fall der wohlwollenden Auslegung gemäss § 2084 BGB ansieht; vgl. ferner MüKo BGB-BUSCHE, § 140 N 3; BUSCHE verneint zwar die Zugehörigkeit der Konversion zur ergänzenden Auslegung, anerkennt aber, dass erstere eine «*spezielle gesetzliche Regelung für den Fall einer durch Unwirksamkeit einer Abrede entstandenen Regelungslücke*» darstellt.

394 BK OR-SCHMIDLIN, Art. 11 N 169; zustimmend WACHENDORF EICHENBERGER, 18.

395 So bspw. BK OR-KRAMER, Art. 19–20 N 385, der aber gleichwohl die enge Verwandtschaft der beiden Instrumente anerkennt. In ähnlicher Weise spricht KOLLER von modifizierter Teil- und modifizierter Ganznichtigkeit, vgl. KOLLER, OR AT, Rz. 13.92.

Konversion eine Änderung des Typus des Rechtsgeschäfts, während die modifizierte Teilnichtigkeit lediglich innerhalb des bestehenden bleibe.[396] Nach der vorliegenden Auffassung sind diese Abgrenzungen ebenfalls grösstenteils hinfällig, da auch die Konversion nur Teile des Rechtsgeschäftes umwandeln kann und nicht auf Formwidrigkeiten oder die ganzheitliche Nichtigkeit beschränkt ist.[397] Dies zeigt sich auch in der Rechtsprechung.[398]

Festgestellt werden kann jedenfalls, dass die Konversion nicht klar von der ergänzenden Auslegung oder der modifizierten Teilnichtigkeit abgegrenzt werden kann. Wie auch WACHENDORF EICHENBERGER festhält, erscheint es entsprechend geradezu widersprüchlich, die konstruktive Umsetzung eines hypothetischen Willens bei der Konversion zuzulassen, ihn bei der ergänzenden Auslegung im Erbrecht aber abzulehnen.[399] Dem wird vorliegend zugestimmt: Dem erblasserischen Willen ist in den meisten Fällen besser gedient, wenn die Verfügung Bestand haben kann und die gesetzliche Erbfolge nicht eintritt. Denn wie auch die Konversion beabsichtigt die ergänzende Auslegung, Mängel (Unvollständigkeiten) abzufedern und – vorbehältlich zwingender Gesetzesvorschriften – ein angepasstes Geschäft zu verwirklichen (*favor testamenti*). Gleich wie die Konversion priorisiert die ergänzende Auslegung die Verwirklichung der erkennbaren Ziele eines erbrechtlichen Geschäfts, weswegen sie auch hinsichtlich der Formgebundenheit und Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen nicht problematischer sein kann als die Konversion. Daraus folgt als logische Konsequenz, dass auch die ergänzende Auslegung als solche zulässig sein muss. 147

A.M. HÜRLIMANN, 81 ff., der stets von der gänzlichen Nichtigkeit einer betroffenen Klausel ausgeht, auch wenn sie modifizierbar ist.

396 So SCHMID, N 813.

397 Grundsätzlich gl.M. WACHENDORF EICHENBERGER, 50 f. Für WACHENDORF EICHENBERGER ist die Unterscheidung rein juristisch-technisch.

398 Vgl. BGE 93 II 439 E. 5 sowie BGE 75 II 81 E. 4, wo das Bundesgericht bei einer Familienstiftung mit nichtigem Zweck die Konversion (*Reduktion*) in eine zulässige gewöhnliche Stiftung prüfte (ohne aber Art. 20 Abs. 2 OR zu erwähnen); ähnlich BGE 73 II 81 E. 7 sowie BVGer B-951/2020 vom 16. August 2021, E. 8.3 (allerdings explizit unter Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR). Diese Rechtsprechung unterstreicht nach der vorliegenden Auffassung die Nähe der Konversion zur modifizierten Teilungültigkeit.

399 WACHENDORF EICHENBERGER, 180.

4. Der hypothetische Wille bei der *clausula rebus sic stantibus*

4.1 Definition und Anwendungsbereich

148 Die *clausula rebus sic stantibus* (nachfolgend: die clausula) bezeichnet den richterlichen Eingriff in einen Vertrag aufgrund von nachträglichen Veränderungen.[400] Die clausula ermöglicht eine Anpassung oder gar Aufhebung des Vertrages oder von Teilen davon bei nachträglichen, unvermeidbaren und unvorhergesehenen Veränderungen der Umstände.[401] Gemäss Rechtsprechung und (Teilen der) Lehre liegt der traditionelle Anwendungsfall in einem durch erhebliche Veränderungen eingetretenen offenbaren Missverhältnis zwischen den Leistungen, die den Vertrag für eine Partei unzumutbar machen (gravierende Äquivalenzstörung); ferner ist bspw. auch eine Zerstörung des Vertrauensverhältnisses als Anpassungsgrundlage denkbar.[402] Allerdings ist die Anpassung nur bei einer gewissen Schwere der Störung möglich, denn die Anpassung widerspricht dem allgemeingültigen vertragsrechtlichen Grundsatz von *pacta sunt servanda*.[403] Bezüglich dieser Schwere der Äquivalenzstörung und der Erheblichkeit der Veränderungen sind die Ansichten in Rechtsprechung und Lehre allerdings gespalten. Die neuere Lehre und Rechtsprechung gehen im Gegensatz zur älteren vorwiegend von weniger strengen Voraussetzungen aus.[404]

---

400 BGE 127 III 300 E. 5.b; 107 II 343 E. 2; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 19; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 641 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 558 ff.

401 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 95 ff.

402 Als Beispiele für die clausula werden objektive Gründe wie Wirtschaftskrisen, Krieg, Währungsentwertungen und Ausfuhrverbote oder subjektive Gründe wie der Gesundheitszustand einer Partei aufgeführt. Vgl. BGer 4C.49/2004 vom 30. März 2004, E. 2.2; BISCHOFF, 16 und 184 ff.; BUFF, 41 ff.; DESCHENAUX, Einleitungstitel, 195; ENZ, Rz. 30 f.; GRUNDLER, 137; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 645 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 104 f.

403 BISCHOFF, 8; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 19; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 654; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 97 m.w.H. Vgl. zum Begriff von *pacta sunt servanda* BGE 135 III 1 E. 2.4.

404 Das Bundesgericht ging (insbesondere in der frühen Rechtsprechung) vom Erfordernis einer so erheblichen Veränderung aus, dass «*das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt*», vgl. BGE 122 III 97 E. 3.a m.w.H.; ähnlich auch 50 II 256 E. 3.a («*ruinöse Last*»); 45 II 386 E. 5 («*seinem ökonomischen Ruine gleichkommen*»). Auch in der frühen Lehre wurde das Vorliegen

Während die h.L. die clausula als einen Anwendungsfall der Vertragsergänzung qualifiziert[405], sind die Ausführungen zur dogmatischen Grundlage in der bundesgerichtlichen Praxis nicht einheitlich. So erachtet das Bundesgericht die clausula teilweise als einen Fall der Vertragsergänzung, teilweise als Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbots.[406] Vorliegend wird die clausula mit der h.L. als Anwendungsfall der Vertragsergänzung betrachtet.[407] Wie WIEGAND zutreffend festhält, handelt es sich bei beiden Instrumenten «*um unterschiedliche Erscheinungsformen desselben Phänomens*».[408] Vertragsergänzung und -anpassung sind daher verwandte Vorgänge und haben beide die Füllung (unterschiedlich gelagerter) Lücken zur Aufgabe. Wie die ergänzende Auslegung setzt nämlich auch die Vertragsanpassung einen hypothetischen Willen um.[409] Zudem nähert sich die clausula auch an die (modifizierende) Anfechtung des Irrtums über einen zukünftigen Sachverhalt an, da beide eine nachträgliche Veränderung zum Gegenstand haben.[410] 149

einer Sozialkatastrophe, d.h. einer besonders erheblichen Veränderung, verlangt. So namentlich BISCHOFF, 184 f. Die neuere Lehre vertritt demgegenüber mehrheitlich die Meinung, dass auch weniger einschneidende Veränderungen zu einer Anpassung führen können, wobei die Lehrmeinungen aber weiterhin gespalten sind. Vgl. ENZ, Rz. 30 ff., und BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 104 ff., je m.w.H. zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen.

405 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1293; OFK OR-HUGUENIN, Art. 18 N 17 f.; DIES., Rz. 322; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 722; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 275 und 325 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 58 und 116; a.M. BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 19.

406 Qualifikation als Vertragsergänzung: Vgl. z.B. BGE 111 II 260 E. 2; 107 II 144 E. 3. Qualifikation als Rechtsmissbrauchsverbot vgl. z.B. BGE 122 III 97 E. 3.a; 107 II 343 E. 2; BGer 2A.432/2005 vom 18. Juli 2006, E. 3.5; eher unklar BGE 127 III 300 E. 5 f.

407 BGE 127 III 300 E. 6.a; BISCHOFF, 64 f.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 722; KRAMER, clausula, 276 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 645 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 58 und 116.

408 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 58.

409 BGE 127 III 300 E. 6.a m.w.H. auf die Lehre.

410 KRAMER, clausula, 281. Siehe zur schwierigen Abgrenzung der beiden Instrumente ENZ, Rz. 194 ff. m.w.H.; BK OR-SCHMIDLIN, Art. 18 N 302 ff.; vgl. ferner ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 701 f., die nur die Anwendbarkeit der clausula bejahen: «*Die Frage, ob ein Grundlagenirrtum über zukünftige Sachverhalte möglich ist oder nicht, dient der Abgrenzung des Irrtumsrechts von den Regeln über die Vertragsanpassung und somit von zwei einander nahe verwandten Instituten mit im Ergebnis weitgehend übereinstimmenden Rechtsfolgen [...] Der Anwendungsbereich des Irrtumsrechts hat sich demnach auf Fehlvorstellungen über vergangene und gegen-*

150 Die clausula gilt aufgrund ihrer Subsidiarität nur, wenn die Risikoverteilung nicht bereits umfassend, d.h. lückenlos und wirksam, von den Parteien oder gesetzlich geregelt ist.[411] Ist das nicht der Fall, liegt eine Lücke vor, die das Gericht durch Anpassung schliesst.[412] Die clausula ist insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen oder langfristigen (auf die Zukunft gerichteten) Verträgen relevant, da Vertragsschluss und Erfüllung auseinanderliegen und sich die Umstände dazwischen entsprechend verändern können. Bei Einmalschuldverhältnissen, in denen die Leistungen nahe zum Vertragsschluss erfolgen, kommt die clausula i.d.R. nicht zur Anwendung.[413]

4.2 Zulässigkeit im Erbrecht

a. Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre

151 Das Bundesgericht äusserte sich bislang noch nicht explizit zur Anwendbarkeit der clausula bei Verfügungen von Todes wegen. Im Urteil BGE 122 III 97 erklärte es die (analoge) Anwendbarkeit der clausula bei einem Abänderungsverzicht in einer Scheidungskonvention als gegeben, obschon auch diese «*an sich nicht auf dem Prinzip von Leistung und Gegenleistung*» beruht.[414] Auch bei vermögensrechtlichen Vereinbarungen in Eheverträgen ist die clausula gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich anwendbar.[415] In der Lehre sind die Mei-

wärtige Sachverhalte zu beschränken; Fehlvorstellungen über zukünftige Sachverhalte sind demgegenüber nach den Regeln über die Vertragsanpassung zu beurteilen.»

411 Entsprechend wird zunächst der Vertrag selbst, dann das Gesetz ausgelegt, vgl. DESCHENAUX, 197 ff.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 725 ff.; SULZER 161 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 107 ff.

412 BGE 135 III 295 E. 6 (nicht publiziert); 107 II 144 E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1288 ff. Zur umstrittenen Frage, ob bei der Lückenfüllung dispositives Gesetzesrecht oder die individuelle Vertragsergänzung Vorrang hat, vgl. eingehend BISCHOFF, 62 ff.; SULZER, 161 ff.

413 Vgl. ENZ, Rz. 16 ff.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 19; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 642 ff.

414 BGE 122 III 97 E. 3.a. Vgl. zur Vertragsanpassung bei einer Scheidungskonvention BGE 99 II 359 E. 3.c m.w.H.; BGer 5A_88/2012 vom 7. Juni 2012, E. 3.3.

415 BGE 121 III 393 E. 5.c.; SCHWANDER, 572 f. Vgl. ferner BISCHOFF, 224 ff., der die Anwendbarkeit der clausula bei einseitigen Rechtsgeschäften bejaht.

nungen zu der Anwendbarkeit der clausula auf Verfügungen von Todes wegen hingegen gespalten.[416]

HRUBESCH-MILLAUER stellt sich auf den Standpunkt, dass bereits der entgeltliche Erbvertrag (trotz Vorliegen von Leistung und Gegenleistung) selten aus rein wirtschaftlichen Gründen bzw. zum Austausch rein wirtschaftlicher Interessen geschlossen werde; vielmehr stünden bspw. familiäre Gründe dahinter. Die Äquivalenz sei daher bereits bei Vertragsschluss oft nicht gegeben oder nicht messbar, was umso mehr beim unentgeltlichen Erbvertrag der Fall sei.[417] Aufgrund des notwendigen spekulativen bzw. aleatorischen[418] Moments erbrechtlicher Verfügungen vertreten einige Autorinnen und Autoren zudem die Meinung, dass Veränderungen der Umstände gar nicht *un*vorhersehbar sein könnten. So führt HRUBESCH-MILLAUER im Zusammenhang mit Erbverträgen aus, dass die Erbvertragspartei eines positiven Erbvertrages stets (stillschweigend) das Risiko von Veränderungen übernehme, da durch den Erbvertrag lediglich eine Anwartschaft begründet werde und die Nachlassentwicklung stets ungewiss sei.[419] Sie zieht den Schluss, dass die clausula sowohl beim entgeltlichen, als auch beim unentgeltlichen Erbvertrag nicht anwendbar sei.[420] Auch BORNHAUSER lehnt die clausula bei Erbverträgen unter Hinweis auf das aleatorische Element ab.[421] Ebenfalls ablehnend sind WEIMAR, WOLF/GENNA und HAAS-LEIMACHER.[422] 152

---

416 Vgl. BORNHAUSER, Rz. 548 ff.; GRUNDLER, 141 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 856 ff.

417 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 860 ff. Aus ähnlichen Gründen lehnen auch die Rechtsprechung und Lehre in Deutschland die Anwendung der Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf erbrechtliche Verhältnisse ab, vgl. BGH, Urteil vom 25. November 1992, IV ZR 147/91, NJW 1993, 850.

418 Ein aleatorischer Charakter liegt vor, wenn der Eintritt einer bestimmten bedingten Leistung von einem ungewissen, von den Parteien nicht beeinflussbaren Ereignis abhängt. Vgl. RUSCH, Aleatorisch, 1625.

419 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 859 ff.

420 Und dies ihrer Meinung nach unabhängig davon, ob die Vertragspartei(en) oder die von Todes wegen verfügenden Partei(en) sich auf die clausula berufen wollen; vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 862 ff. HRUBESCH-MILLAUER bietet als alternative Lösungsvorschläge die Geltendmachung von Art. 119 OR sowie die Vertragsergänzung an.

421 BORNHAUSER, Rz. 551, zum Erbvertrag.

422 HAAS-LEIMACHER, Rz. 1163 f.; BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 494 N 33 sowie Art. 494 N 7 (Anwendbarkeit der clausula nur, wenn Änderungsvorbehalt vereinbart worden ist); WOLF/GENNA, SPR IV/1, 396.

153 Einige Autorinnen und Autoren wie namentlich BREITSCHMID[423], PIOTET[424], AEBI-MÜLLER[425], GRUNDLER[426] und LÜDI[427] befürworten die Anwendbarkeit der clausula im Erbrecht demgegenüber grundsätzlich, wenn auch teilweise mit Einschränkungen.[428] GRUNDLER anerkennt, dass bei entgeltlichen Erbverträgen bereits *ab initio* eine Äquivalenzstörung vorliegen könne, was aber nicht gegen die Anwendbarkeit der clausula spreche. In diesen Fällen sei nämlich keine objektive Wertbetrachtung durchzuführen – ansonsten könnten die Veränderungen nämlich oft zu einer *Korrektur* der anfänglichen Äquivalenzstörung in Richtung eines objektiven Wertegleichgewichts führen, was die clausula ausschliessen würde –, sondern vielmehr eine relative. So sei das individuell bestimmte Werteverhältnis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit jenem nach Eintritt der Veränderungen zu vergleichen.[429] Zudem könne das aleatorische Moment bei Erbverträgen, anders als bei Spekulationsgeschäften, durchaus unerwünscht sein, weswegen die clausula nicht per se ausgeschlossen sei. Je nachdem, ob der Vertrag tatsächlich ein solches Moment aufweise, seien die Anforderungen an die clausula aber strenger, zumal die Parteien bewusst ein gewisses Risiko hinsichtlich nachträglicher Veränderungen eingehen.[430]

154 In der älteren Lehre war zudem umstritten, ob die clausula bei einseitigen schuldrechtlichen Verträgen anwendbar ist, zumal der einen Leistung keine Gegenleis-

423 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 12 (zu Verfügungen von Todes wegen im Allgemeinen); BSK ZGB II-DERS., vor Art. 494–497 N 21 und BSK ZGB II-DERS., Art. 494 N 11 (zu Erbverträgen).

424 PIOTET, SPR IV/1, 209 mit Hinweis auf BGE 94 II 88 E. 8. PIOTET betrachtet die clausula als Anwendungsfall einer zulässigen *allgemeinen Ergänzungsvorschrift* bei Verfügungen von Todes wegen, die der Gesetzgeber oder das Gericht objektiviert anwendet (im Gegensatz zur unzulässigen individualisierten Ergänzung im Sinne der ergänzenden Auslegung).

425 AEBI-MÜLLER, Begünstigung, Rz. 05.46. Sie befürwortet die clausula allerdings nur in Ausnahmefällen.

426 GRUNDLER, 141 ff. GRUNDLER bejaht die Anwendbarkeit der clausula sowohl bei Testamenten als auch bei Erbverträgen. Bei Erbverträgen seien aber strenge Anforderungen zu stellen, da der aleatorische Charakter eine höhere Risikoübernahme zur Folge habe.

427 LÜDI, 201 ff.

428 Von den genannten Autorinnen und Autoren hat sich allerdings nur GRUNDLER vertieft mit der clausula auseinandergesetzt, siehe GRUNDLER, 134 ff.

429 GRUNDLER, 145 ff.

430 GRUNDLER, 148.

tung gegenübersteht und somit keine klassische Äquivalenzstörung auftreten kann.[431] Das Bundesgericht verneinte im Urteil BGE 46 II 157 die Anwendbarkeit der clausula bei einem einseitigen Vertrag zwar nicht kategorisch, aber mit Hinweis auf die fehlende Gegenleistung.[432] Heute scheint das Bundesgericht von der grundsätzlichen Anwendbarkeit bei einseitigen Verpflichtungen auszugehen.[433] Auch die heutige Lehre bejaht zu Recht die Möglichkeit der clausula bei einseitigen Rechtsgeschäften und bringt u.a. vor, dass der Gesetzgeber mit Art. 250 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 OR (einseitiger Widerruf eines Schenkungsversprechens) eine ähnliche Regelung vorsehe.[434] Insofern kann die clausula grundsätzlich auch bei einseitigen Verträgen, die gleichermassen empfangsbedürftig sind und eine Bindungswirkung hervorrufen, Anwendung finden. Fraglich bleibt, ob sie auch bei Testamenten anwendbar ist.

Es lässt sich feststellen, dass die Zulässigkeit der clausula im Bereich der Verfügungen von Todes wegen weiterhin umstritten ist. Die Debatte in der Lehre dreht sich dabei aber mehr um die einzelnen Voraussetzungen der clausula, insbesondere die Voraussehbarkeit der Veränderung sowie die Äquivalenzstörung, als um die Zulässigkeit der Umsetzung eines hypothetischen Willens bei Verfügungen von Todes wegen. Ob die clausula bei Verfügungen von Todes wegen anwendbar ist, wird im Nachfolgenden analysiert. 155

b. Stellungnahme

Gemäss Art. 7 ZGB sind die Regeln der Vertragsanpassung grundsätzlich auch auf erbrechtliche Verhältnisse anwendbar.[435] Dabei ist die clausula insbesondere bei entgeltlichen Erbverträgen denkbar, da sich auch dort Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen und diese von nachträglichen Veränderungen tangiert werden.[436] 156

Das Erfordernis einer Äquivalenzstörung steht der Anpassung von Erbverträgen nach der vorliegenden Auffassung nicht entgegen. Die bundesgerichtliche Recht- 157

---

431 Vgl. eingehend hierzu BISCHOFF, 224 ff., der die Anwendbarkeit bejaht.

432 BGE 46 II 157 E. 6.

433 Vgl. BGE 122 III 97 E. 3.a.

434 ENZ, Rz. 78 f. m.w.H. zur Lehre; LÜDI, 203 mit Hinweis auf BISCHOFF, 225; GRUNDLER, 142. Ablehnend MüKo BGB-FINKENAUER, § 313 N 50.

435 BREITSCHMID, Nachlassplanung, 39 mit Fn. 60.

436 Gl.M. GRUNDLER, 144 f.

sprechung verlangt auch bei schuldrechtlichen Verträgen lediglich, dass «*das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderung der Umstände*» gestört wird.[437] Es ist ersichtlich, dass das Kriterium der Äquivalenzstörung darauf abzielt, dass sich die Verhältnisse aufgrund veränderter Umstände für die die clausula aufrufende Partei zum Schlechten verändert haben, unabhängig davon, ob davor ein völliges Gleichgewicht zwischen den Leistungen bestand oder nicht.[438] Das Missverhältnis, das sich bei vermögenswerten Leistungen nach ihrem objektiven Wert bestimmt, muss bei Erbverträgen allenfalls relativ betrachtet werden.[439] Zudem ist die clausula auch bei vermögenswerten Verträgen nicht nur bei Äquivalenzstörungen, sondern auch bei sonstigen Vertragsstörungen, wie bspw. einer Störung der Beziehung zwischen den Parteien, anwendbar.[440] Sodann kann ein Anpassungsbedarf auch bei den *accidentalia negotii* entstehen, wo sich die Störung wiederum anders auswirkt als bei den Hauptabreden eines Vertrages.[441] Letztlich können auch im Schuldrecht nicht nur vollkommen zweiseitige, sondern auch unvollkommen zweiseitige Verträge der clausula unterstehen.[442] Insofern kann festgehalten werden, dass die Anforderungen an die Äquivalenzstörung einer Anwendung der clausula bei Erbverträgen nicht grundsätzlich entgegenstehen.

158 Relevant ist in diesem Zusammenhang allerdings, zu welchem Zeitpunkt die Leistungen der Parteien in Umfang und Auswirkung klar erkennbar sind und somit eine Beurteilung der Störung der Leistungen überhaupt möglich ist. Sofern Leistungen zu Lebzeiten nur eine Anwartschaft begründen und der Umfang der Leistungen erst nach dem Tode definitiv ersichtlich ist – beispielsweise in Bezug auf die zu Lebzeiten noch unbekannte Höhe des konkreten Nachlasses[443] –, kann man den Erbvertrag bezüglich dieser Leistungen bis zum Versterben der von Todes wegen verfügenden Person grundsätzlich nicht anpassen.[444]

---

437 BGE 107 II 343 E. 2.

438 Gl.M. GRUNDLER, 147; LÜDI, 207.

439 BISCHOFF, 191 ff. m.w.H.; GRUNDLER, 146 f.

440 ENZ, 44 ff. m.w.H.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 784; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 349; LÜDI, 207 ff.

441 Vgl. GEISSBERGER/VÖGELI, 318.

442 BGE 100 II 345 E. 2; vgl. BISCHOFF, 223 ff.

443 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 862 f.

444 Gl.M. BORNHAUSER, Rz. 551.

Das aleatorische Element spricht ebenfalls nicht per se gegen die Zulässigkeit der clausula. Einerseits enthält jeder Vertrag ein gewisses spekulatives Element.[445] Je grösser das spekulative Element, desto mehr Risiko wird übernommen.[446] Bei spekulativen Verträgen ist die Anwendbarkeit der clausula zu Recht in dem Umfang abzulehnen, in welchem eine Partei spekulierte Risiken bewusst übernimmt und diese nun nachträglich eintreten.[447] Andererseits können auch bei spekulativen Verträgen Veränderungen eintreten, die – bspw. in der Art, im Umfang oder in ihrer Auswirkung – unvorhersehbar waren und somit dennoch ausserhalb des übernommenen Risikospektrums liegen.[448] Im Einzelfall gilt es jedenfalls, den aleatorischen Charakter hinsichtlich der tatsächlich übernommenen Risiken genau zu überprüfen, was eine Auslegungsfrage ist.[449] 159

Insgesamt ergibt sich nach der vorliegenden Auffassung, dass die clausula bei Erbverträgen nicht kategorisch ausgeschlossen ist, aber im Einzelfall namentlich die konkreten Leistungen, die relative Störung der Leistungen sowie das aleatorische Moment zu überprüfen sind. Die Anrufung der clausula wird deswegen in vielen Fällen nicht möglich sein. Nichtsdestotrotz spricht die grundsätzliche Zulässigkeit der clausula bei Erbverträgen dafür, bei Lücken auch das Institut der ergänzenden Auslegung generell als zulässig zu erachten.[450] 160

Ob die clausula grundsätzlich auch bei Testamenten Anwendung finden kann, ist demgegenüber zu Recht fraglich. Bei der Anwendbarkeit der clausula bei Testamenten als nicht empfangsbedürftige Erklärungen fallen nämlich andere Schwierigkeiten auf: So fehlt bei Testamenten die Bindungswirkung i.S.v. *pacta sunt servanda* ganz, da kein Vertragspartner besteht.[451] Das Risiko des Rechtsgeschäfts liegt daher allein bei der verfügenden Person.[452] Diese Person kann das Testament auch jederzeit widerrufen und das veränderte Risiko dadurch abfedern. Insofern kann zu Lebzeiten dieser Person ohnehin noch keine Anwendungsmöglichkeit der clausula bestehen, zumindest so lange, wie sie die Veränderungen bewusst wahr- 161

445 BISCHOFF, 213 ff.

446 DESCHENAUX, 203 m.w.H.

447 Vgl. BGE 100 II 345 E. 2; BISCHOFF, 215.

448 BGE 127 III 300 E. 5.b/aa; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 670 ff. m.w.H.; zustimmend BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 243.

449 Siehe BISCHOFF, 216; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 674.

450 Gl.M. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 870.

451 Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 88.

452 Vgl. MüKo BGB-FINKENAUER, § 313 N 50.

nimmt. Aber auch nach dem Tode dieser Person drängt es sich nach der vorliegenden Auffassung nicht auf, die Anpassung bestehender Klauseln weiteren Voraussetzungen zu unterstellen. Die Voraussetzungen der Schwere der nachträglichen, unvorhersehbaren Veränderungen sowie der Äquivalenzstörung wurden, wie in Rz. 148 ff. erwähnt, in Anlehnung an das Prinzip der Vertragstreue konzipiert. Angesichts der fehlenden Bindungswirkung erübrigen sich diese Voraussetzungen im Bereich der Testamente, da lediglich der Wille der verfügenden Person relevant und massgeblich ist. Insofern muss es im Bereich der Testamente *grundsätzlich* möglich sein, jegliche nachträgliche Veränderung anzupassen, da eben keine anderen Interessen tangiert sind.[453]

4.3 Erkenntnisse für die ergänzende Auslegung

162 Wie dargestellt wurde, sprechen die Voraussetzungen der clausula nicht gegen eine Anwendbarkeit bei Erbverträgen. Es ist nach der vorliegenden Auffassung also möglich, erbvertragliche Klauseln an nachträgliche Veränderungen anzupassen, wobei allerdings der Einzelfall ausschlaggebend ist. Da das Bundesgericht die ergänzende Auslegung und die Möglichkeit der modifizierten Teilungültigkeit bei Erbverträgen zudem bereits bejaht hat,[454] kann auch bei der clausula von einer allgemeinen Zulässigkeit ausgegangen werden.

163 Bei Testamenten als nicht empfangsbedürftige und rein einseitige Rechtsgeschäfte erscheint die clausula hingegen in ihrer ursprünglichen Form nicht geeignet, basiert sie doch auf dem Konzept der Vertragstreue. Bei Testamenten drängt es sich daher auf, jeglichen nachträglichen Veränderungen nachgehen zu können, zumal beim Testament keine Vertragsbindung besteht. Dieses Vorgehen stellt im Endeffekt aber eine ergänzende Auslegung dar, denn auch diese füllt u.a. Lücken, die wegen nachträglichen Veränderungen eintreten. Dies lässt sich insbesondere bei der Betrachtung der nachträglichen Lücken erkennen, welche von ihrer Konstellation her im Grundsatz dem Tatbestand der clausula entsprechen.[455]

---

453 So WELTER, 129: «*Während bei Verträgen – auch unter dem Gesichtspunkt des Interesses der Vertragsschliessenden selbst, von dem Grundsatz ‹pacta sunt servanda› auszugehen, ist bei Testamenten der Grundsatz der Änderbarkeit zu institutionalisieren.*»

454 Vgl. u.a. Rz. 73.

455 Vgl. HAMMANN, 242. Zu den nachträglichen Lücken siehe Rz. 271 ff.

5. Allgemeine Erkenntnisse zum hypothetischen Willen im Erbrecht

Die modifizierte Teilungültigkeit, die Konversion sowie die clausula sind allesamt Instrumente, die rechtsgeschäftliche Mängel beheben und zur Aufrechterhaltung des Geschäfts einen hypothetischen Willen umsetzen. Die Ausführungen in diesem Abschnitt[456] haben dabei gezeigt, wie erheblich deren Überschneidungen sind. So ist sich die Lehre namentlich nicht einig, wie man den Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt vom Tatbestand der clausula abgrenzt oder wie die Konversion sich im Einzelfall von der modifizierten Teilungültigkeit unterscheidet. Zudem vertritt ein grosser Teil der Lehre zu Recht die Auffassung, dass auch die modifizierte Teilungültigkeit sowie die Konversion ergänzende Auslegung darstellen. Dass diese Instrumente sehr ähnlich gelagert sind, lässt sich auch den vorhandenen Bundesgerichtsurteilen sowie den Beispielfällen zur ergänzenden Auslegung entnehmen (siehe unten Rz. 274 ff.). So wurde beispielsweise die falsche Vorstellung über die zukünftige Entwicklung der Begünstigten im Fall *Langlebige Mutter* als simple Auslegungsfrage behandelt, ohne das Thema des Motivirrtums (oder allenfalls der clausula) überhaupt anzuschneiden – obwohl die Vorstellung der Parteien über die zukünftige Entwicklung durchaus *irrtümlich* gewesen sein dürfte.[457] Auch im Fall *Enterbter Neffe* ging es lediglich um die Auslegung des Testamentes, obschon die falsche Vorstellung über den Gesundheitszustand des Neffen auch einen Irrtum über einen künftigen Sachverhalt oder einen Tatbestand der clausula darstellen könnte.[458] Im ähnlichen Fall *Schwester Emma* hat das Gericht die Möglichkeit eines Irrtums demgegenüber angesprochen, wenn es auch die konstruktive Nutzung des hypothetischen Willens letztlich verneinte.[459] 164

Diese Unsicherheiten in der Abgrenzung belegen nach der vorliegenden Auffassung, wie nahe sich die Institute der Auslegung, Ergänzung, Anpassung sowie (modifizierende) Irrtumsanfechtung auch im Erbrecht sind und wie gross die praktischen Diskrepanzen sein können, wenn man das eine anerkennt und das andere nicht. Da es aber bei allen Instrumenten um die konstruktive Nutzung eines hypothetischen Willens geht, muss man dessen grundsätzliche Zulässigkeit im Erbrecht bejahen. Die Betrachtung der genannten Instrumente hat zudem gezeigt, dass sich 165

456 Rz. 110 ff.

457 Vgl. Rz. 332 ff.

458 Vgl. zum Fall *Enterbter Neffe* (BGE 56 II 254) Rz. 277; gl.M. GLAUS, 53 f.

459 BGE 64 II 186, S. 190; vgl. hierzu Rz. 276.

die Umsetzung des hypothetischen Willens grundsätzlich problemlos mit der Formgebundenheit und der Höchstpersönlichkeit der Verfügungen von Todes wegen vereinbaren lässt. Dass dies auch auf die ergänzende Auslegung zutrifft und sich diese somit mit den Charakteristika ihres Auslegungsgegenstandes vereinbaren lässt, wird im Folgenden dargestellt. Dabei wird zunächst das Prinzip der materiellen und formellen Höchstpersönlichkeit beleuchtet, gefolgt von der Form. Zu guter Letzt werden die aus der Höchstpersönlichkeit sowie der Form abgeleiteten Auslegungsregeln, d.h. die Eindeutigkeits- sowie die Andeutungsregel, analysiert.

§ 10 Vereinbarkeit des hypothetischen Willens mit den Verfügungen von Todes wegen

1. Prinzip der Höchstpersönlichkeit

1.1 Begriff und Bedeutung

166 Verfügungen von Todes wegen sind absolut höchstpersönliche Rechtsgeschäfte.[460] Die Höchstpersönlichkeit ist ein Gültigkeitsmerkmal und besteht aus einem formellen und einem materiellen Aspekt.[461]

167 Der formelle Aspekt der Höchstpersönlichkeit erfordert, dass Verfügungen von Todes wegen von der verfügenden Person selbst verfasst werden, d.h., dass sie persönlich verfügt. Eine gesetzliche oder vertragliche Stellvertretung bspw. aufgrund von Verfügungsunfähigkeit ist somit nicht möglich (Art. 467 f. ZGB).[462] Das Geschäft ist daher, wie absolut höchstpersönliche Geschäfte im Allgemeinen, absolut vertretungsfeindlich (Art. 19c Abs. 2 ZGB).[463] Verstösst eine Verfügung gegen das Stellvertretungsverbot, so ist diese nichtig.[464] Das Prinzip der formellen

460 BSK ZGB II-Breitschmid, Vorb. zu Art. 467–536 N 21; BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 19c N 1 und 5; Wolf/Hrubesch-Millauer, Rz. 287 ff.

461 BSK ZGB II-Breitschmid, Vorb. zu Art. 467–536 N 21; Piotet, SPR IV/1, 84 ff.; Wolf/Hrubesch-Millauer, Rz. 289 ff.

462 BK ZGB-Weimar, 14. Titel, Einleitung, N 26; Piotet, SPR IV/1, 84 f.; Schärer, 33 ff.; Wolf/Hrubesch-Millauer, Rz. 290 ff.

463 BSK ZGB I-Fankhauser, Art. 19c N 4 f.; Wolf/Hrubesch-Millauer, Rz. 290 ff.

464 BK ZGB-Weimar, Art. 483 N 3; Wolf/Hrubesch-Millauer, Rz. 294.

Höchstpersönlichkeit ist gesetzlich nicht explizit verankert, entspringt aber den erbrechtlichen Formvorschriften sowie den Anforderungen an die Verfügungsfähigkeit, da diese den Verfügungsakt an die jeweilige Person binden und Anforderungen an ihre Fähigkeiten stellen.[465]

168 Grundsätzlich zulässig ist die Fremdeinwirkung durch eine Anwalts- oder Urkundsperson bei einer öffentlichen Urkunde i.S.v. Art. 499 und Art. 512 ZGB und einem mündlichen Testament i.S.v. Art. 506 ZGB, da auch bei diesen Formen trotz der Mitwirkung von Drittpersonen die verfügende Person ihren Willen selbst äussert.[466] Auch das Einholen von (juristischen) Ratschlägen von Dritten und dergleichen ist nicht ausgeschlossen, sofern die Mitwirkung der Dritten neutral erfolgt.[467]

169 Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit im Erbrecht verlangt demgegenüber, dass die verfügende Person die Anordnungen in ihrer Verfügung von Todes wegen selbst inhaltlich genügend bestimmt.[468] Insbesondere darf sie ihre Entscheidungsbefugnis bezüglich der zu begünstigenden Personen, des Umfangs und/oder der Gegenstände nicht an Dritte delegieren.[469] Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit ist ebenfalls nicht gesetzlich normiert, stützt sich aber namentlich auf den allgemeinen Grundsatz, dass man absolut höchstpersönliche Rechte selbstständig ausüben muss (Art. 19c Abs. 2 ZGB).[470] Der materielle Aspekt der Höchstpersönlichkeit basiert zudem auf der Testierfreiheit und ist bspw. in Art. 483 Abs. 1 ZGB angedeutet.[471] Obschon die materielle Höchstpersönlichkeit eng mit der formellen verwandt ist, kann sie nicht direkt aus dieser abgeleitet werden, denn immerhin ist es denkbar, dass die Verfügung als solche von der verfügenden Per-

---

465 Art. 498 ff. ZGB; siehe hierzu BSK ZGB II-BREITSCHMID, Vorb. zu Art. 467 ff. N 21; SCHÄRER, 34 f.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 26.

466 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 91 und 394. Zur Stützung der Hand der verfügenden Person siehe BREITSCHMID, Formvorschriften, N 397 ff.; BSK ZGB II-DERS., Art. 505 N 4.

467 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 91.

468 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 12; BSK ZGB II-DERS., Vorb. zu Art. 467–536 N 21; PIOTET, SPR IV/1, 85 f.; SCHÄRER, 36; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296 ff.

469 BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 277 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296 ff.

470 BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 19c N 1 und 4; SCHÄRER, 36 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 287.

471 BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 483 N 6. Das Prinzip beschränkt die Testierfreiheit aber auch, siehe SCHÄRER, 31 ff.

son verfasst wird, sie die inhaltlichen Entscheidungen aber an Dritte delegiert.[472] Ist der Wille in einer Verfügung nur mangelhaft bestimmt resp. bestimmbar, so ist sie anfechtbar.[473] Wenn der Testierwille gänzlich fehlt oder bspw. eine Drittperson zur gänzlichen Bestimmung des Inhalts ermächtigt wird, ist die Verfügung hingegen nichtig.[474]

170 Das Prinzip der Höchstpersönlichkeit ist im wechselseitigen Verhältnis mit der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen zu betrachten. Die Auslegung führt einerseits zur Erkenntnis, ob das Prinzip der (materiellen) Höchstpersönlichkeit gewahrt ist, andererseits bestimmt das Prinzip im Gegenzug, welche Verfügungen wie rechtsverbindlich sind.[475] Insofern beschränkt das Prinzip die Privatautonomie der verfügenden Person.[476]

171 Im Zusammenhang mit der ergänzenden Auslegung von Verfügungen von Todes wegen ist die Höchstpersönlichkeit demnach von grosser Relevanz. Eine strenge Befolgung des Prinzips führt unausweichlich dazu, dass jeglicher Fremdeinfluss – also auch der Einfluss des Gerichts – unzulässig ist. In diesem Sinne könnte keinerlei Ergänzung stattfinden. Gegnerische Stimmen sehen im Prinzip der Höchstpersönlichkeit daher eine klare Hürde für die Umsetzung eines hypothetischen Willens im Rahmen der ergänzenden Auslegung.[477] Insofern ist es für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung massgeblich, wie weit das Prinzip der Höchstpersönlichkeit wirkt.

172 Im formellen Aspekt der Höchstpersönlichkeit wird vorliegend jedenfalls keine Schranke für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung gesehen. Dass eine Person ihre Verfügung von Todes wegen selbst verfassen muss, steht der ergänzenden Auslegung nämlich nicht entgegen, denn diese führt nicht zur Ergänzung von gänzlich fehlenden Anordnungen (vgl. Rz. 266). Entsprechend werden auch bei der ergänzenden Auslegung nur diejenigen Anordnungen punktuell ergänzt, die als solche bereits von der jeweiligen Person selbst verfasst wurden. Entscheidend für die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung ist demnach vielmehr, wie streng der *materielle* Aspekt umgesetzt wird und wie inhaltlich *bestimmt* eine Anordnung

---

472 SCHÄRER, 40 f.; vgl. auch SPIRO, 260.

473 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 14a; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 294 ff.

474 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 14a; vgl. zur Nichtigkeit ferner RIEMER, FS Keller, 250 ff.

475 LÜDI, 40 mit Fn. 170.

476 Was angesichts der fehlenden gesetzlichen Grundlage kritisch ist, vgl. SCHÄRER, 52.

477 Vgl. bspw. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 80.

sein muss, um dem materiellen Prinzip zu genügen. Dies wird im Nachfolgenden untersucht.

1.2 Die Wirkung der materiellen Höchstpersönlichkeit in Rechtsprechung und Lehre

a. Rechtsprechung

Tendenziell war die ältere Rechtsprechung in Bezug auf die materielle Höchstpersönlichkeit streng, setzte das Prinzip aber nicht einheitlich um. In BGE 47 II 30 hatte das Bundesgericht bspw. eine vage Umschreibung der Vermögenswerte («*contenu complet*» des Sekretärs) als ausreichend erachtet und festgehalten, dass auch lediglich «*Bestimmbarkeit*» bezüglich der Gegenstände ausreiche.[478] Demgegenüber erachtete es das Bundesgericht in anderen älteren Urteilen als unzulässig, wenn namentlich die Vermächtnisnehmer von Dritten konkretisiert werden sollen und hielt somit fest, dass die Begünstigten stets von der verfügenden Person selbst bestimmt werden müssen.[479] Im Urteil BGE 89 II 278 nahm das Bundesgericht wieder eine eher grosszügige Haltung ein: Bezüglich eines Testaments, in welchem der jeweilige Anteil von mehreren Personen an einem Vermächtnis nicht konkretisiert wurde, stellte es fest, dass im Zweifelsfall eine Zuweisung zu gleichen Teilen vermutet werden könne.[480] Im Fall *Schwester Emma* zeigte das Bundesgericht sodann, dass eine Ersatzerbenanordnung wohl auch dann genügend bestimmt ist, wenn sie nur angedeutet ist (vgl. Rz. 276).[481] Das Bundesgericht mass dem materiellen Höchstpersönlichkeitsprinzip und dem Verbot der Dritteinwirkung in der frühen Rechtsprechung somit eine gewisse Relevanz zu, ohne es aber mit übertriebener Strenge umzusetzen. 173

---

478 BGE 47 II 30 E. 3. Bestätigt in BGE 75 II 184 E. 2: «*Pour qu'un legs soit valable, il faut que son objet soit déterminé ou tout au moins déterminable. Il faut, en d'autres termes, qu'il ‹désigne suffisamment› l'objet légué (RO 47 II 37).*»

479 BGE 81 II 22 E. 6; 68 II 155 E. 7; siehe hierzu auch 100 II 98 E. 3.a; SCHÄRER, 44 mit Fn. 148 und 47 mit Fn. 155; FISCHER, Rz. 10; DRUEY, Grundriss, § 8 N 28. Wie SCHÄRER einwendet, wäre der Erblasser in beiden erstgenannten Urteilen fähig gewesen, die Begünstigten selbst zu bestimmen, weswegen die Delegation nicht notwendig war («*Verantwortungsflucht des Erblassers*»). Insofern könne dem Bundesgericht in diesen Fällen zugestimmt werden. Siehe SCHÄRER, 123 f.; gl.M. HAUSHEER, 56 f.

480 BGE 89 II 278 E. 4

481 BGE 64 II 186, S. 189.

174 In der Rechtsprechung zu Art. 539 Abs. 2 ZGB[482] fand sodann eine gewisse Lockerung statt. Während das Bundesgericht mit Urteil BGE 81 II 22 noch die Ansicht vertrat, dass eine Vermögenszuwendung gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB nur dann möglich sei, wenn der Zweck bzw. die Bedachten genügend bestimmt wurden,[483] hat das Bundesgericht in BGE 100 II 98 (Fall *Leprakranke*) eine grosszügige Haltung eingenommen. Es hielt fest, dass eine Verfügung in einem handschriftlichen Testament i.S.v. Art. 539 Abs. 2 ZGB bereits genügend bestimmt ist, obwohl die Anordnungen wie folgt lautete: *«Je donne: le restant de mon argent pour les lépreux.»*[484] Das Bundesgericht bejahte in diesem Fall die Zulässigkeit der Erbeinsetzung i.S.v. Art. 539 Abs. 2 ZGB, obschon die vorliegende Verfügung sehr ähnlich zu der in BGE 81 II 22 war («*[...] so verfügt der Testamentsvollstrecker über den noch vorhandenen Vermögensteil zur Heranbildung von katholischen Priesteramtskandidaten.*»)[485]. Nach dieser neueren bundesgerichtlichen Praxis ist es somit genügend, wenn die verfügende Person die Begünstigten hinreichend bestimmt, sodass die Behörden bzw. die für die Willensvollstreckung eingesetzte Person keine Zweifel an der Person der Begünstigten haben, sondern nur entscheiden müssten, welche die praktischste Lösung sei und das verfolgte Ziel (den erblasserischen Willen) am besten erreiche.[486] «*L'intervention des tiers*

---

482 Diese Norm gilt als gesetzlicher Anwendungsfall der Konversion, vgl. Rz. 133.

483 BGE 81 II 22 E. 8: «*Endlich lässt sich die in die Hand des Willensvollstreckers gelegte, in ihren Voraussetzungen unklar umschriebene allfällige Verwendung des Restvermögens für die ‹Heranbildung von katholischen Priesteramtskandidaten› auch nicht gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB aufrecht erhalten. Auch unter diesem Gesichtspunkte bedürfte der Zweck einer näheren Umgrenzung. Denn das in Frage kommende Restvermögen kann nicht zu solcher Verwendung auf dem ganzen Erdkreise bestimmt sein. Nun ist aber im Testamente der engere Kreis von Begünstigten in keiner Weise umgrenzt, weder nach der Herkunft der Kandidaten, noch nach dem Ort ihrer Studien, noch in anderer Weise. Das wäre aber grundsätzlich Sache des Erblassers gewesen*.»

484 BGE 100 II 98, Sachverhalt A.

485 BGE 81 II 22, Sachverhalt B.

486 BGE 100 II 98 E. 3.a: «*Dans la plupart des cas de libéralités faites dans un but déterminé à un groupe de personnes dénuées de personnalité juridique, il appartient à un tiers, soit aux instances chargées d'assurer l'application des dispositions de dernières volontés du testateur, d'opérer un choix entre différentes modalités d'attribution possible. Ce pouvoir de choix est inhérent au système de l'art. 539 al. 2 CC. Il est légitime dans la mesure où le testateur a déterminé les bénéficiaires d'une manière suffisamment précise pour que l'autorité n'ait pas de doute sur la personne des bénéficiaires, mais doive uniquement décider quelle est la solution la plus pratique et qui permet le mieux de réaliser le but poursuivi. L'intervention des tiers doit ainsi se limiter à des mesures d'exécution. En l'espèce, il s'agit d'un cas limite, mais il semble possible de*

doit ainsi se limiter à des mesures d'exécution.»[487] Der Fall *Leprakranke* wird daher von Teilen der Lehre zu Recht als Lockerung des Höchstpersönlichkeitsprinzips gesehen.[488]

Im *Chalet-Fall* (vgl. Rz. 99) befasste sich das Bundesgericht erneut mit einer nur vagen Erbeneinsetzung und erachtete die ungefähre (resp. eigentlich eine fehlende) Bezeichnung eines Kriteriums, nach welchem die entsprechende Erbin festgestellt werden sollte, als ausreichend. Die Umschreibung «*que mon chalet soit attribué à celles de mes filles qui en garderont la propriété*» war gemäss dem Bundesgericht genügend bestimmt, um festzustellen, welchen der Töchter der Erblasser das Chalet zuweisen wollte.[489] Die genaueren Kriterien zur Bestimmung, wer das Chalet behält, hatte der Erblasser aber nicht aufgestellt. Das Gericht zog zur Beurteilung das Kriterium heran, welche Töchter besonders nahe zur Region und zum Grundstück standen, wobei es diesbezüglich auf aussenstehende Tatsachen abstellte. Dieses Bundesgerichtsurteil ist insofern von grosser Relevanz, da das Bundesgericht einerseits eine Erbeneinsetzung, in welcher die Erbinnen nur mittels vager Kriterien *bestimmbar* waren, als ausreichend erachtete; andererseits bejahte es den Beizug von Externa zur Konkretisierung der Bestimmbarkeit.[490] Wie in der Lehre zu Recht diskutiert wird, ist es hingegen fraglich, weswegen sich das Bundesgericht in diesem Urteil nicht zum Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit äusserte, obschon die Bestimmtheit der genannten Klausel zu Recht in Frage gestellt wurde.[491] Nichtsdestotrotz oder gerade deswegen finden sich in der Lehre Stimmen, die dieses Urteil wiederum als Lockerung des materiellen Prinzips ansehen.[492] 175

trouver une solution qui permette de faire bénéficier les lépreux en général de la succession qui leur est échue. Le cercle des personnes intéressées est ainsi suffisamment déterminé pour que l'autorité compétente n'ait plus qu'à fixer la manière dont ce but sera atteint.»

487 BGE 100 II 98 E. 3.b.

488 BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 539 N 13; PraxKomm ZGB-SCHRÖDER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 5; DRUEY, Grundriss, § 8 N 28; BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 481; ZEITER, Rz. 1242; FISCHER, Rz. 11. Vgl. zum Fall *Leprakranke* Rz. 174.

489 BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011, E. 3.3; vgl. dazu noch Rz. 99.

490 BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011, E. 3.1 ff.

491 ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, 219; WIGET, Rz. 9.

492 ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, 216 ff.; vgl. auch HENNINGER, Rz. 402 m.w.H.

b. Lehre

176 Die Strenge des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit ist auch in der Lehre weiterhin umstritten. Die ältere Lehre forderte noch eine strenge Handhabung des Prinzips und demnach in Konformität mit der frühen Bundesgerichtspraxis u.a., dass die verfügende Person die Bedachten und die Zuwendungen selbst genau bezeichnet.[493] Es wurde insbesondere argumentiert, dass lediglich die verfügende Person für ihre jeweilige Verfügung moralisch verantwortlich sei und die Hinterbliebenen sich nur ihre eigenen Anordnungen und keine Verfügungen von Dritten gefallen lassen müssten.[494] Zudem könnte die Drittperson die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen zu ihren Gunsten missbrauchen.[495] Von den Befürwortern einer strengen Umsetzung des materiellen Prinzips wurde auch vorgebracht, dass eine Delegation von Entscheidungsbefugnissen eine unzulässige Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts darstelle[496] und eine Verfügung in der alleinigen Verantwortung der jeweiligen Person liegen müsse.[497]

177 In der neueren Lehre wird diese strenge Ansicht teilweise weiterhin vertreten.[498] Die h.L. anerkennt allerdings, dass der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit zumindest relativierungsbedürftig ist. Immerhin sind u.a. auch Auflagen und Bedingungen möglich, bei denen ein Drittwille dennoch gewissen Einfluss

493 ZK ZGB-ESCHER, Vorb. zu Art. 467–469 N 4; PICENONI, 43. In diesem Sinne auch BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 34.

494 ZK ZGB-ESCHER, Vorb. zu Art. 467–469 N 4; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 12 m.w.H.; näher dazu SCHÄRER, 40 ff. Auch in der deutschen Lehre wird die Eigenverantwortung der verfügenden Person hervorgehoben, vgl. Staudinger-OTTE, BGB § 2065 N 4.

495 BGE 81 II 22 E. 6: «*Das Obergericht räumt übrigens zutreffend ein, es sei, wie gerade der vorliegende Fall zeige, mitunter gefährlich, Entschliessungen von der Tragweite der Bezeichnung des Vermächtnisnehmers einem Dritten zu überlassen. In der Tat besteht bei einem Vermächtnis dieser Art keine Gewähr dafür, dass der Dritte den wirklichen Absichten des Erblassers gemäss verfahre. Diese Absichten lassen sich eben gar nicht in zuverlässiger Weise eindeutig ermitteln. Der Dritte könnte im Ergebnis tun, was er will*»; vgl. auch Staudinger-OTTE, § 2065 BGB N 4. Differenziert SCHÄRER, 44 ff.

496 Vgl. hierzu eingehend SCHÄRER, 61 ff. m.w.H.

497 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2065 N 1; ZK ZGB-ESCHER, Vorb. zu Art. 467–469 N 4.

498 So insbesondere BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 34; zustimmend WOLF/GENNA, SPR IV/1, 177.

ausüben kann,[499] und sodann steht bspw. dem Ehegatten gemäss Art. 473 ZGB ein gewisses Wahlrecht zu.[500] Sodann seien seit dem Inkrafttreten des Haager Trustübereinkommens im Jahre 2007 als Discretionary Trusts ausgestaltete Testamentary Trusts anerkannt, bei welchen ebenfalls eine gewisse Fremdeinwirkung möglich ist.[501] Die h.L. ist sich daher einig, dass gewisse Delegationsbefugnisse möglich und auch mit dem Zweck der Höchstpersönlichkeit vereinbar sind.[502] So reiche es (in Übereinstimmung mit der neueren Bundesgerichtspraxis) aus, wenn es der Drittperson nach objektiven und sachlichen Kriterien möglich sei, eine Delegationsentscheidung zu treffen.[503] Allerdings sei das Bestimmtheitsgebot zu beachten, d.h. die von Todes wegen verfügende Person müsse das Ziel («*Was*») stets selbst bestimmen, die Drittperson dürfe nur noch die Mittel («*Wie*») wählen.[504] In diesem Sinne reiche es, wenn die Anordnungen in Bezug auf die Personen und Gegenstände genügend *bestimmbar* seien.[505] Dabei sei gemäss einem Teil der Lehre aber entscheidend, dass eine Person die Bestimmung nicht *aus Bequemlichkeit* delegiere, sondern aufgrund sachlicher Gründe noch nicht abschliessend

---

499 Vgl. EITEL, Der letzte Wille, 284; FISCHER, Rz. 31; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 297; SCHÄRER, 179 ff. Siehe zur Zulässigkeit von Wollensbedingungen LÜDI, 281 ff.; strikter BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 35.

500 FISCHER, Rz. 83 ff.; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 473 N 17.

501 I.d.S. EITEL, Der letzte Wille, 286. Bei diesem räumt der Settlor dem Trustee bezüglich der Verteilung des Vermögens sowie der Bestimmung der Beneficiaries ein gewisses Ermessen ein; vgl. HERZOG, Rz. 222 ff. (wobei HERZOG zum Schluss kommt, dass das materielle Höchstpersönlichkeitsprinzip nicht tangiert sei); vgl. ferner CINCELLI, Rz. 156 f. Aufgrund der hängigen Revision des Obligationenrechts («*Einführung eines Schweizer Trusts*» gemäss Motion 18.3383) wird eventuell auch hierzulande das Konzept des Discretionary Trust eingeführt, siehe Art. 529*d* Abs. 1 VE-OR sowie den erläuternden Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 12. Januar 2022, S. 37 f. und 65. Abrufbar unter https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86746.html (12. Juli 2022).

502 BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 498 N 13 m.w.H. auf die Lehre; EITEL, Der letzte Wille, 285 f. m.w.H.; LÜDI, 60; AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, 30 f.; BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 481 ff.; DRUEY, Grundriss, § 8 N 23 ff.; SPIRO, 259 ff.; SCHÄRER, 39 ff.

503 BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 483 N 6; DRUEY, Grundriss, § 8 N 26; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296; WACHENDORF EICHENBERGER, 182 f.; BK ZGB-KÜNZLE, Art. 517–518 N 18; SCHÄRER, 39 ff.

504 So WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296 m.w.H.

505 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 13; BSK ZGB II-STAEHELIN, Art. 483 N 6; DRUEY, Grundriss, § 8 N 30; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296; SCHÄRER, 38 f. Kritischer: BK ZGB-WEIMAR, Art. 483 N 5. Vgl. zur deutschen Lehre: MüKo BGB-LEIPOLD, § 2065 N 6 und 28 f.

testieren konnte.[506] Eine eigentliche Delegation von Entscheidungsbefugnissen ohne Kriterien, d.h. eine Vertretung im Willen, wird in der Lehre dagegen grundsätzlich einhellig abgelehnt.[507]

1.3 Kritische Würdigung des materiellen Höchstpersönlichkeitsprinzips

178 Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit ist für die ergänzende Auslegung von grosser Bedeutung, da es bei dieser um die Vervollständigung von Lücken geht und somit um einen gewissen Einfluss des Gerichts. Nachfolgend werden in einem ersten Abschnitt daher die allgemeinen Erkenntnisse zum Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit dargestellt. Danach geht diese Arbeit spezifisch auf die Folgen für die ergänzende Auslegung ein und erläutert, ob resp. inwiefern sich diese mit dem Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit vereinbaren lässt.

a. Allgemeine Bemerkungen

179 Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit ist nicht explizit gesetzlich verankert.[508] Wie die Rechtsprechung und Lehre gezeigt hat, ist die Reichweite des Prinzips unklar, was auch zu Rechtsunsicherheit führt. So ist bspw. fraglich, welche Delegationsentscheide zulässig sind und wie *offen* eine Formulierung sein darf. Aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage erscheint es jedenfalls angezeigt, das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit nicht als (zu grosse) Beschränkung des Testierwillens zu sehen. Unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie sollte es nämlich entscheidend sein, dass die von einer Person getroffenen Anordnungen – auch wenn sie gewisse Entscheidungen an Dritte delegiert – ihrem Willen i.d.R. viel mehr entsprechen als die gesetzliche Erbfolge.[509] Die Delegation wird nämlich *aufgrund* und *nicht entgegen* der Privatautonomie angeordnet. Die

---

506 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 13 m.w.H.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 296. Diese Auffassung wird vorliegend grundsätzlich abgelehnt, denn es kommt für die materielle Bestimmtheit des Willens nicht darauf an, aus welchen Gründen die Person allenfalls zu unbestimmt verfügt.

507 Insbesondere BK ZGB-WEIMAR, 14. Teil, Einleitung, N 27; WOLF/GENNA, SPR IV/1, 175. Vgl. auch BK ZGB-KÜNZLE, Art. 517–518 N 18; PraxKomm ZGB-LENZ, Art. 498 N 27; DRUEY, Grundriss, § 8 N 23; SCHÄRER, 36 ff.

508 ZK ZGB-ESCHER, Vorb. zu Art. 467–469 N 4. Dies im Gegensatz zum deutschen Recht, siehe §§ 2064 f. BGB.

509 EITEL, Der letzte Wille, 287; i.d.S. auch DRUEY, Grundriss, § 8 N 30.

Möglichkeit einer Delegation spricht daher für die Privatautonomie.[510] Andererseits verliert die Privatautonomie nach dem Tode der betroffenen Person ohnehin an Bedeutung, da diese nicht mehr neu verfügen kann.[511]

Das in der Lehre vorgebrachte Argument, dass das Testieren in der alleinigen (moralischen) Verantwortung dieser Person stehe, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Nach der vorliegenden Auffassung stellt die Delegation an eine Drittperson nicht zwingend einen Rückzug vor der eigenen Verantwortung dar; denn bereits die Entscheidung, überhaupt zu testieren, gründet auf einem selbst zu verantwortenden Beschluss.[512] Sodann muss sich die von Todes wegen verfügende Person nach ihrem Tode ohnehin nicht mehr für Entscheide verantworten.[513] Es existieren ferner genügend Ausnahmen vom materiellen Aspekt, die darlegen, dass keine strenge Umsetzung möglich ist, namentlich die gesetzliche Umdeutung gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB.[514] 180

Die Möglichkeit, gewisse Entscheidungen an Dritte zu delegieren, entspricht einem grossen Bedürfnis in der aktuellen Gesellschaft. Sodann liegen auch des Öfteren sehr lange Zeitabstände zwischen der Verfügung und dem Tode.[515] Angesichts des gesellschaftlichen Wandels und der höheren Lebenserwartung nimmt das Erbrecht heute denn auch eine ganz andere Funktion wahr als früher, als es noch zur Absicherung der Familienangehörigen galt und daher der ausdrückliche Wille einer Person, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen, ein anderes Gewicht hatte.[516] Aufgrund der viel rapideren Änderungen der Lebensverhältnisse und der komplexeren Vermögensstrukturen ist eine gewisse Lockerung des Prinzips heute geradezu nötig, denn was früher als *unentschlossen* und *zu vage* galt, ist heute eher *vorausschauend* und *flexibel*. So ist es insbesondere bei Unternehmensnachfolgen wünschenswert, dass man gewisse Entscheide an Dritte delegieren kann, die dann zu gegebener Zeit den Nachlass entsprechend der aktuellen Liquiditätslage, den Berufen und Weiterführungskompetenzen der Nachkommen usw. 181

510 LÜDI, 36; ELMIGER, 220 f. m.w.H.

511 FISCHER, Rz. 21 m.w.H.

512 SCHÄRER, 43; i.d.S. auch LANGENFELD, 98.

513 LÜDI, 36 mit Fn. 163 m.w.H.

514 BGE 100 II 98 E. 3. Siehe auch oben Rz. 177 zu einigen weiteren *Ausnahmen* vom materiellen Prinzip.

515 BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 478 f.; SCHÄRER, 106 f.

516 SEROZAN, 6; SCHÄRER, 107. Vgl. dazu auch BREITSCHMID, Familienkonstellationen, 1428 f.

verteilen.[517] Mit einer gewissen Flexibilität kann eine Person ihren Nachlass für einen Zeitpunkt in der Zukunft viel besser regeln als durch starre, konkretisierte Regelungen – diese provozieren vielmehr Regelungslücken, als dass sie den letzten Willen gewährleisteten.

182 Das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit wird im Übrigen bei anderen privatrechtlichen Rechtsgeschäften bereits lockerer gehandhabt: Bei der Errichtung eines Vorsorgeauftrags gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB, der ebenfalls ein höchstpersönliches und somit vertretungsfeindliches Geschäft darstellt,[518] werden bspw. relativ tiefe Anforderungen an die Bestimmtheit des Auftrags gestellt.[519] So genügt es, wenn die Auftragnehmerin genügend bestimmbar bezeichnet wird. Sind zudem die Aufgaben nicht näher bestimmt, tritt nicht Ungültigkeit oder Nichtigkeit ein, sondern geradezu das Gegenteil: Man geht von einem *umfassenden* Vorsorgeauftrag aus.[520] Es ist augenscheinlich, dass das Institut des Vorsorgeauftrags viel tiefere Anforderungen an die Höchstpersönlichkeit der Verfügung stellt.[521] Dies, obschon auch der Vorsorgeauftrag weitreichende Entscheidbefugnisse an Dritte einräumt und immense persönliche und finanzielle Wirkungen für die vertretene Person entfaltet. Die auftraggebende Person kann dabei zwar nicht aufgrund ihres Todes, aber aufgrund ihrer Urteilsunfähigkeit nicht mehr opponieren.[522] Eine ähnlich praktikable Umsetzung wie beim Vorsorgeauftrag drängt sich nach der vorliegenden Auffassung im Einzelfall auch bei Verfügungen von Todes wegen auf.[523]

183 Aus den genannten Gründen wird die in der Lehre und bundesgerichtlichen Rechtsprechung ersichtliche Lockerung vorliegend begrüsst.[524] Das materielle Höchstpersönlichkeitsprinzip kann entsprechend nicht zu starr umgesetzt werden und es muss möglich sein, gewisse Konkretisierungen durch Dritte resp. das Gericht vorzu-

---

517 HENNINGER, Rz. 400 ff.; ELMIGER, 178 ff.; BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 478 f.; HAUSHEER, 55 ff.

518 BSK ZGB I-JUNGO, Art. 360 N 17 m.w.H.

519 Vgl. eingehend hierzu LÜDI, 45 ff.

520 BSK ZGB I-JUNGO, Art. 360 N 27 und 32.

521 Siehe eingehend hierzu LÜDI, 45 ff. Der Vorsorgeauftrag existiert so in der bestehenden Fassung erst seit dem 1. Januar 2013, vgl. BBl 2006 7001, 7025.

522 Vgl. WOLF, 76, der den Vorsorgeauftrag als «*zweitletzten*» Willen einer Person bezeichnet.

523 I.d.S. AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, 31.

524 Vgl. BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 260 f.; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 295; FISCHER, Rz. 108 f.; DRUEY, Grundriss, § 8 N 27; ELMIGER, 220 ff.

sehen. Das materielle Höchstpersönlichkeitsprinzip verlangt nach der vorliegenden Auffassung also nur – aber immerhin – dass die verfügende Person zumindest die wesentlichen Teile der Verfügung selbst regelt.[525] Das Höchstpersönlichkeitsprinzip ist also gewahrt, sofern der Drittperson nur insofern Entscheidungsbefugnis zukommt, als dass sie anhand von vorhandenen Kriterien näher entscheiden kann, aber kein fremder Wille im Sinne einer vollständigen Vertretung oder i.S.v. Willkürentscheiden massgeblich ist.[526] So wird der entscheidungsbefugten Drittperson auch nicht zu viel Macht zugesprochen. So sollte es bspw. nicht genügen, wenn jemand verfügt: «*Meine Tochter bestimmt, welche vorhandenen Erben wie viel erhalten.*» Die Tochter könnte sich selbst (vorbehältlich der Pflichtteile anderer) als Alleinerbin einsetzen, da sie lediglich eigene Interessen verfolgt. Nichtsdestotrotz muss der Drittperson auch bei beschränkter Delegationsmöglichkeit ein gewisses Ermessen eingeräumt werden, ansonsten diese ihre Entscheidung bspw. nicht an veränderte Umstände anpassen könnte.[527] Dieses Restrisiko ist aber von der verfügenden Person bewusst gewählt.[528] Dieser Gefahr kann letztlich auch dadurch begegnet werden, dass die übergangenen Personen bei Missbrauch das Gericht anrufen können.[529]

Zudem zeigt der formelle Höchstpersönlichkeitsaspekt, dass eine gewisse inhalt- 184
liche Flexibilität im Sinne des materiellen Aspekts geradezu notwendig ist: Wenn die Urteilsunfähigkeit der verfügenden Person dazu führt, dass sie eine (vor Urteilsunfähigkeit) getroffene Verfügung nicht mehr abändern kann, so können stossende Situationen verhindert werden, wenn es ihr erlaubt ist, vorsorglich Drittpersonen gewisse Entscheidungsbefugnisse einzuräumen. Im angelsächsischen Rechtsraum wird dieser Problematik u.a. durch die Möglichkeit sog. *Statutory Wills* begegnet, womit das Gericht im Namen einer urteilsunfähigen Person Verfügungen von Todes wegen treffen darf. Die Kompetenz zum Erlass solcher Anordnungen ist i.d.R. gesetzlich verankert.[530] Die richterliche Kompetenz zum Erlass von Statutory Wills beschränkt sich auf testamentarische Anordnungen für volljährige Personen, die in Bezug auf ein vorliegendes Geschäft testier- resp. ur-

525 Vgl. hierzu KLEIN, 73 ff.

526 SCHÄRER, 94 ff.; BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 490 f.

527 ELMIGER, 221; SCHÄRER, 99 ff. Wie SCHÄRER zutreffend feststellt, wäre es illusorisch, von der verfügenden Person eine derart präzise Eingrenzung der Kriterien zu verlangen.

528 I.d.S. SCHÄRER, 44 ff.

529 SPIRO, 261; SCHÄRER, 46.

530 Vgl. zu diesem Thema RICH, 71 f.; KERRIDGE, 74; SAWYER/SPERO, 114; MEIER, 1611.

teilsunfähig sind («*people who lack capacity*»). Das Gericht muss das Vorliegen der Unfähigkeit im konkreten Fall abwägen, kann bei Vorliegen aber jegliche Arten von Testamentsinhalten verfügen, die die betroffene Person selbst auch anordnen könnte: «*The will may make any provision (whether by disposing of property or exercising a power or otherwise) which could be made by a will executed by P if he had capacity to make it*.»[531] Wie dieser rechtsvergleichende Ausblick zeigt, spricht das Prinzip der Höchstpersönlichkeit also nicht zwingend gegen eine Stellvertretung beim Testieren.[532] Diese Tatsache verdient durchaus Berücksichtigung, wenn man sich namentlich die fehlende Rechtsgrundlage der Höchstpersönlichkeit in der Schweiz vergegenwärtigt.

b. Folgen für die ergänzende Auslegung

185 Die Voraussetzung, dass eine Person im Sinne der formellen Höchstpersönlichkeit selbst verfügt, ist, wie in Rz. 172 erwähnt, auch bei der ergänzenden Auslegung nicht tangiert. Die ergänzende Auslegung orientiert sich nämlich an den vorhandenen Verfügungen, und so ist es auch bei der ergänzenden Auslegung notwendig, dass ein Testierwille besteht.[533] Die ergänzende Auslegung knüpft sodann immer an eine vorhandene Verfügung und an erkennbare Willensrichtungen an.[534] Sie greift also nur in den bestehenden *Rahmen* ein, indem sie die vorhandenen Willensrichtungen weiterentwickelt.[535] Das Gericht ergänzt hingegen keine gänzlich fehlenden Anordnungen, ansonsten es gerade einen fremden Willen umsetzen würde.[536] Lücken i.e.S. gelten mit wenigen Ausnahmen also nicht als ergänzungsfähige Lücken und dürfen auch nicht mittels ergänzender Auslegung gefüllt werden.[537] Die ergänzende Auslegung kann daher nicht zu einer unzulässigen Ver-

---

531 Siehe den Mental Capacity Act 2005 des Vereinigten Königreichs (MCA), Schedule 2, N 2 sowie generell Section 18 (1)(a); in Kraft seit dem 1. Oktober 2007.

532 So auch AEBI-MÜLLER, Testierfähigkeit, 31.

533 Vgl. Rz. 16.

534 Vgl. zu den Willensrichtungen Rz. 307 ff.

535 Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 82: «*[...] dass auch die ergänzende Auslegung den engen Anschluss an das Testament wahren muss und dessen Gesamtrahmen nicht überschreiten darf.*»; so auch Erbrecht-CZUBAYKO, § 2084 N 17; GLAUS, 184; LEUBA, 36 f.; BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 482; vgl. ferner FAHRLÄNDER, 84 f.

536 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203; GLAUS, 188; vgl. auch MüKo BGB-LEIPOLD, § 2065 N 9.

537 Vgl. Rz. 264 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2065 N 9: «*Wenn der Erblasser bewusst die Entscheidung über Geltung oder Inhalt einer Verfügung nicht selbst getroffen, sondern*

tretung *im Verfügungswillen* führen und einer Drittperson zu viel Ermessen zuspielen.[538]

Insofern wird bei der ergänzenden Auslegung weder die verfügende Person von einer fremden Person vertreten (formeller Aspekt der Höchstpersönlichkeit) noch wird ein völlig fremder Wille umsetzt (materieller Aspekt der Höchstpersönlichkeit).[539] Vielmehr werden die vorhandenen erblasserischen Ziele mit neuen Mitteln umgesetzt.[540] Dies ist mit der gängigen Lehre und Rechtsprechung zum Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit problemlos vereinbar, die betreffend den Inhalt einer Verfügung nur *genügende Bestimmbarkeit* fordern. Im Übrigen wird das Prinzip der Höchstpersönlichkeit durch die ergänzende Auslegung gar begünstigt, da sich diese am *subjektiven* hypothetischen Willen orientiert und die nicht gewollte gesetzliche Erbfolge verdrängt.[541] Durch die Verlängerung von Willensrichtungen werden den Erbinnen und Erben i.d.R. auch keine weitergehenden Pflichten auferlegt als ursprünglich der Fall gewesen wäre; schon unter diesem Gesichtspunkt ist keine Verletzung der Höchstpersönlichkeit zu erkennen.[542] Ohnehin wird bei der ergänzenden Auslegung das Gericht und keine private Drittperson tätig, was einen Machtmissbrauch verhindert.[543] 186

Diese Erkenntnisse ergeben sich nach der vorliegenden Auffassung auch bei der Betrachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur ergänzenden Erbvertragsauslegung: In den Urteilen *Modifizierte Meistbegünstigung* (vgl. Fn. 183) und *Langlebige Mutter* (vgl. Rz. 332 ff.) äusserte sich das Bundesgericht soweit ersichtlich mit keinem Wort zum Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit, obschon dieses auch bei Erbverträgen – bei der von Todes wegen verfügenden 187

einem Dritten überlassen hat, kann auch die ergänzende Auslegung in der Regel nicht weiterhelfen, da man aus der nach § 2065 unwirksamen Anordnung keinen Anhaltspunkt für die Schließung der Lücke entnehmen kann»; BayObLG, Urteil vom 16. Oktober 1980, BReg. 1 Z 52/80, BeckRS 2010, 18673.

538 BayObLG, Urteil vom 16. Oktober 1980, BReg. 1 Z 52/80, BeckRS 2010, 18673.

539 GLAUS, 188.

540 GLAUS, 184; SCHAUER, 30 f. Vgl. hierzu auch BGE 100 II 98 E. 3.b.

541 LÜDI, 226. Vgl. zum subjektiven Willen Rz. 296 ff.

542 GLAUS, 184 ff.

543 OLG München, Urteil vom 4. Juli 2017, 31 Wx 211/15, ZEV 2017, 634, 640 Rn. 59: «*Die Testamentsauslegung ist, auch wenn sie wertende Elemente enthält, nicht die in § 2065 BGB gemeinte unzulässige Willensentscheidung; das Gericht ist insoweit nie Dritter*.»

Partei – massgeblich ist.[544] Im ersteren Fall lag zwar genau genommen ein Ehevertrag vor, die Modifikation betraf aber auch erbvertragliche Anordnungen;[545] im anderen Fall handelte es sich um einen Erbvertrag mit beidseitigen erbvertraglichen Pflichten.[546] In beiden Fällen waren jedenfalls von Todes wegen verfügende Parteien betroffen. Aufgrund des Dargelegten kann daher davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht eine mögliche Verletzung der materiellen Höchstpersönlichkeit deswegen nicht prüfte oder in der Ergänzung gar keine Verletzung erblickte, da sich bei beiden Fällen der hypothetische Wille aus dem bestehenden Zweck und den erkennbaren Willensrichtungen heraus ergab und der hypothetische Wille keine neuen Verpflichtungen schuf.[547] Insofern setzte die Ergänzung nur das um, was zweckmässig war, wobei der Zweck von den Parteien selbst vorgegeben wurde. Solange die ergänzende Auslegung diese Vorgehensweise verfolgt, ist nach der vorliegenden Auffassung das Prinzip der (materiellen und formellen) Höchstpersönlichkeit gewahrt.

2. Formvorschriften

2.1 Begriff und Bedeutung

188 Verfügungen von Todes wegen sind stets formbedürftig.[548] Die Schriftlichkeit bedeutet für die Auslegung einerseits, dass stets ein *physisches* Auslegungsmittel vorhanden ist, was eine Beweiserleichterung darstellt und so die Auslegung grundsätzlich vereinfacht. Allerdings beschränken die Formvorschriften das Auslegungsergebnis auch: Selbst, wenn die Verfügung bei einem Formmangel nur auf erhobene Klage hin (teilweise) unwirksam wird,[549] beeinflusst die Form die Gültigkeit und somit Wirksamkeit eines Auslegungsergebnisses. Die Formgebundenheit der Verfügungen von Todes wegen hat auch zur Anwendung von bestimmten Auslegungsregeln geführt, nämlich der Eindeutigkeits- und der Andeutungsregel,

544 Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 29.

545 BGE 127 III 529 E. 3.a ff.; vgl. auch die Urteilsbesprechungen von SCHMID, 318, sowie HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 806 ff.

546 BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.3.1.

547 Vgl. BGE 127 III 529 E. 3.b; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.3 ff.

548 Art. 498 und 512 ZGB; vgl. hierzu BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 1 und 5; BSK ZGB II-JEITZINER, Art. 512 N 1 f.

549 Art. 520 ZGB. Vorbehalten sind diejenigen Formmängel, die zur Nichtigkeit führen. Siehe hierzu BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 4 und 22 ff.

die die Auslegung des materiellen Inhalts betreffen.[550] Die Formvorschriften haben demnach einen Einfluss auf die Auslegung des *Inhalts* der Verfügung, was auch die ergänzende Auslegung und insbesondere den hypothetischen Willen tangiert. Aus diesem Grund ist es unerlässlich, den Zweck der Form und die Formstrenge zu untersuchen.

2.2 Zwecke der Formvorschriften

189 Da im schweizerischen Privatrecht grundsätzlich Formfreiheit besteht (Art. 11 Abs. 1 OR), bedürfen Formvorschriften neben einer gesetzlichen Grundlage stets auch einer bestimmten Rechtfertigung, des Formzwecks.[551] Dies gilt gemäss Art. 7 ZGB auch für Verfügungen von Todes wegen.[552] Da die erbrechtlichen Formvorschriften allesamt zwingend sind und somit die Privatautonomie beschränken, ist für die Beurteilung ihrer Reichweite entscheidend, welchen Zweck sie verfolgen.[553]

190 Formvorschriften haben im Allgemeinen namentlich zum Zweck, die Parteien vor Übereilung zu schützen, Beweiserleichterungen zu schaffen und den Rechtsverkehr klar und sicher zu gestalten.[554] Verfügungen von Todes wegen ziehen auch eine nicht unerhebliche wirtschaftliche Bedeutung nach sich, ihre Wirkungen treten hingegen erst dann ein, wenn die verfügende Person verstorben ist und dazu keine weiteren Angaben mehr machen kann. Diese (oft rechtsunkundige) Person soll daher nur dann rechtlich gebunden sein, wenn ihr wohlüberlegter Wille in einer bestimmten Form Ausdruck findet (Selbstschutz, Solennitätszweck).[555] Die Form zwingt sie, sich intensiver mit der Regelung zu befassen und ihre Worte möglichst eindeutig zu formulieren.[556] Je vertiefter man sich mit der Nachfolge

---

550 Vgl. die Ausführungen in Rz. 210 ff.

551 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 75 f. und N 120 ff.; STUMPF, 226. Vgl. auch KELLER, 15 ff.: «*Formvorschriften sind eine von Menschen um bestimmter Zwecke willen geschaffene Einrichtung*.»

552 Art. 7 ZGB. Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 15.

553 STUMPF, 226.

554 Dazu eingehend BREITSCHMID, Formvorschriften, N 125 ff. Vgl. ferner BSK ZGB II-DERS., Art. 498 N 1 ff.; PICENONI, 33. Zum Obligationenrecht siehe BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 46 ff.

555 BGE 116 II 117 E. 7.d; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 125 und 129 ff.; BSK ZGB II-DERS., Art. 498 N 6; JOOS, 48 ff.; KELLER, 17.

556 JOOS, 49 f. m.w.H.

beschäftigt, desto eher lassen sich Irrtümer und dergleichen vermeiden.[557] Ein wohlüberlegter Wille erhöht allgemein die Akzeptanz einer Verfügung bei Drittpersonen.[558]

191 Die Schriftlichkeit der Verfügung ermöglicht es einer Person ausserdem, ihren Willen mit Bestand auszudrücken; ihre Vorstellungen sind im Nachhinein nur wirksam, wenn sie wahrnehmbar und als ihr zugehörig identifizierbar sind.[559] Nach ihrem Tode könnte man eine formlose Erklärung nicht einfach erfassen und die Betroffenen könnten die Anordnungen nicht nachvollziehen (Sicherungs- und Perfektionszweck der Form).[560] Die Form hat somit auch Beweiszweck und schützt besser vor Fälschungen (Sicherstellung der Echtheit).[561] Zudem dient die Form zur Abgrenzung der richtigen Verfügung von Entwürfen und von Verfügungen mit unterschiedlichem Alter.[562] Die Form soll den *animus testandi* sichtbar machen.[563] Auch kann bspw. das Datum als Formelement bei der Beantwortung der Frage dienen, ob die verfügende Person überhaupt verfügungsfähig war.[564]

192 Ferner verfolgen die Formvorschriften auch Klarheitszwecke; so erfolgt insbesondere bei öffentlich beurkundeten Verfügungen vorab eine notarielle Aufklärung und die Urkundsperson ist bemüht, sich klar (und der Verkehrssprache entsprechend) auszudrücken.[565] Dieser Zweck wird beim handschriftlichen Testament gewissermassen relativiert, da man dort (bewusst) Falschbezeichnungen benutzen

---

557 Vgl. STUMPF, 228.

558 Vgl. STUMPF, 229.

559 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 46; STUMPF, 230.

560 BGE 116 II 117 E. 7.d.; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 93; JOOS, 49 f. Vgl. auch STUMPF, 233 f., zur «*Streitvermeidungsfunktion*» der Form.

561 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 125; COTTIER, 22 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 47; STUMPF, 230 f.; WEIGOLD, 19. Die Form ist aber keine reine Beweisform, siehe hierzu BGE 101 II 211 E. 4.b.

562 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 136; JOOS, 49; KELLER, 18.

563 BGE 131 III 601 E. 3.1; 116 II 117 E. 7.c; 88 II 67 E. 2; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 106 ff.; JOOS, 50.

564 BREITSCHMID, Formprobleme, 276.

565 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 125; STUMPF, 231 f. Aber auch wenn bei notariellen Urkunden die Vermutung besteht, dass die gewählte Sprache der Verkehrssprache entspricht, kann der subjektive Sprachgebrauch der verfügenden Person dennoch Vorrang gewinnen (vgl. Rz. 319). Wäre der objektive Sprachgebrauch vorrangig, würde man von einer Person faktisch erwarten, dass sie sich kostenpflichtig beraten und ihre Verfügung fachmännisch überprüfen liesse, was angesichts des handschriftlichen Testaments als *Laienverfügung* keine Voraussetzung sein darf.

kann, was u.a. die Beweissicherungsfunktion tangiert.[566] Dieses Beispiel verdeutlicht, dass der jeweilige Zweck einer Formvorschrift bei verschiedenen Testamentsarten durchaus unterschiedlich ist.

Die Formvorschriften bezwecken jedenfalls im Allgemeinen, den erblasserischen Willen zu übermitteln, zu schützen und dessen Identifizierung und Authentifizierung zu ermöglichen. Sie dienen der Festhaltung der gewillkürten Erbfolge[567], die Priorität vor der gesetzlichen geniesst. 193

2.3 Die Formstrenge in Rechtsprechung und Lehre

a. Rechtsprechung

Das Bundesgericht verfolgte bei Formfehlern in der frühen Rechtsprechung einen sehr strengen Ansatz und erachtete bspw. die einzelnen Formerfordernisse bei handschriftlichen Testamenten, d.h. die Angabe von Ort, Datum und Zeit, alle als grundsätzlich «*unentbehrlich*».[568] Das Bundesgericht mass der Formkonformität somit grosse Bedeutung zu, obschon es eigentlich früh anerkannt hatte, dass die Formvorschriften einschränkend auszulegen sind.[569] Erst mit dem Urteil BGE 116 II 117 machte das Bundesgericht einen wichtigen Schritt weg von der bislang strikten Auffassung und relativierte die Formstrenge bei handschriftlichen Testamenten.[570] Gemäss dieser Praxisänderung stellt ein unrichtiges Datum nicht mehr 194

---

566 STUMPF, 231.

567 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 5; DERS., Formvorschriften, N 125; PICENONI, 33.

568 BGE 116 II 117 E. 3. Vgl. ferner BGE 101 II 31 E. 2 ff.; 95 II 1 E. 1 ff.; 75 II 343 E. 4 f.; 64 II 406 E. 2 ff.; 57 II 150 E. 3; 54 II 357 E. 1 ff.; 50 II 6 E. 2 ff.; 49 II 9 E. 1; 45 II 150, S. 151 f.; 44 II 354, S. 354 f.; 40 II 190 E. 3 ff. Vgl. zu der älteren Rechtsprechung namentlich KELLER, 42 f.

569 Vgl. z.B. BGE 89 II 185 E. 3.

570 Vgl. BGE 116 II 117 E. 3 zur bisherigen Praxis und E. 6 ff. zur Praxisänderung. Im besagten Entscheid änderte das Bundesgericht seine ältere Praxis und erklärte eine versehentlich unrichtige Datumsangabe in einem handschriftlichen Testament für unbeachtlich, sofern die Angabe formell vollständig war. Damit wurde die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechungspraxis, nach welcher unrichtige Zeitangaben auf Anfechtung hin stets zur Ungültigkeit der Verfügung führten, gemildert. Bestätigt in BGE 117 II 145 E. 2 ff.; allerdings wieder strenger: 117 II 246 E. 3.a und 117 II 239 E. 3. Diese uneinheitliche Rechtsprechung sowie die Kritik in der Lehre zur Formstrenge führten schliesslich zur Gesetzesrevision betreffend Art. 505 Abs. 1 ZGB und Art. 520a ZGB, vgl. hierzu den Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Natio-

zwingend einen Ungültigkeitsgrund dar, wenn der Mangel nicht absichtlich herbeigeführt wurde und die Richtigkeit des Datums von keiner Bedeutung ist. Das Bundesgericht anerkannte in diesem Entscheid zudem ausdrücklich, dass die Form nicht Selbstzweck sei und man sie dem Zwecke nach (unter Beizug von Externa) auslegen müsse.[571] Diese Relativierung der einzelnen Formelemente beim handschriftlichen Testament wurde schliesslich durch die Revision von Art. 505 Abs. 1 ZGB und der Einfügung des neuen Art. 520a ZGB bestätigt.[572] Mängel in der Datierung sind gemäss dieser Gesetzesrevision nun nicht mehr gleich bedeutend wie früher.[573] Der vorliegenden Auffassung nach lässt sich aus diesen Entwicklungen eine allgemeine Tendenz zur Lockerung der Formstrenge erkennen.

195 Wir dargelegt wurde, stellte die Form in der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch ein gewichtiges Argument gegen die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung dar.[574] Das Bundesgericht folgt in seiner jüngsten Praxis zur ergänzenden Auslegung bei Erbverträgen nun allerdings der schuldrechtlichen Lehre, «*dass sich die gesetzlichen Formvorschriften auf die Regelung des Vertragsinhaltes durch die Vertragsparteien bezögen und nicht auf die vertragsergänzende Tätigkeit des Richters*».[575] Gemäss dieser Rechtsprechung ist ein (Erb-)Vertrag, wenn er in seiner bestehenden Form formgültig zustande gekommen ist, unabhängig von der Form ergänzungsfähig.[576] In diesem Urteil sprach sich das Bundesgericht auch gegen die Andeutungsregel aus.[577] Das Bundesgericht hat sich somit in Bezug auf die ergänzende Auslegung von Erbverträgen stark von seiner frühe-

nalrates vom 10. Mai 1994 betreffend die Parlamentarische Initiative: «*Form des eigenhändigen Testaments*» (Initiative GUINAND), BBl 1994 III 516, 521 ff., sowie dazu die Stellungnahme des Bundesrates, BBl 1994 V 607 ff. Siehe zu dieser Gesetzesänderung auch DRUEY, Formerleichterung, 21 ff.

571 BGE 116 II 117 E. 7.c. Vgl. SCHNYDER, 170 ff.

572 In Kraft seit dem 1. Januar 1996; vgl. BBl 1994 V 607 ff.

573 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 520a N 1.

574 Vgl. Rz. 67 ff.

575 BGE 127 III 529 E. 3.c m.w.H.

576 BGE 127 III 529 E. 3.c mit Hinweis auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (1998), N 1278 f. (entspricht GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1278 f. [2020]).

577 BGE 127 III 529 E. 3.c. Bestätigt in BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4. Vgl. zur Andeutungsregel Rz. 210 ff.

ren Rechtsprechung distanziert.[578] Was Testamente betrifft, so ist (noch) keine solche Entwicklung eingetreten.[579]

b. Lehre

Auch in der Lehre lassen sich ähnliche Entwicklungen erkennen. Zwar mass die Mehrheit der älteren Lehre den Formvorschriften noch erhebliche Bedeutung zu und befürwortete die Ungültigkeitsfolge bei Nichtbeachtung der Form in jedem Falle[580]; nichtsdestotrotz anerkannten bereits einige ältere Lehrmeinungen die Massgeblichkeit des Form*zwecks* und die entsprechend restriktive Auslegung der Formvorschriften.[581] So war beispielsweise DANZ der Auffassung, dass die Form dann zurücktrete, wenn der Zweck der Form trotz Formfehler erreicht werde.[582] Auch WEIGOLD lehnte einen zu starren Formalismus ab.[583] In der neueren Lehre vertritt insbesondere BREITSCHMID die Hervorhebung des Formzweckes, welcher (insbesondere) die Übermittlung des erblasserischen Willens sei.[584] Ihm zufolge sei stets primär der Zweck der Form und nicht bloss die Form zu erfüllen; sofern der Zweck erfüllt sei, dürfe eine vom Laien subjektiv geprägte Form nicht schaden.[585] Auch WEIMAR war der Auffassung, dass die Formvorschriften dort zu mildern seien, wo es mit deren Zweck vereinbar sei.[586] 196

Es kann also wiederum zusammenfassend festgestellt werden, dass in der jüngeren Rechtsprechung und Lehre in Bezug auf die Formstrenge grundsätzlich eine lockerere Auffassung vorherrscht und bei der Auslegung der Form der Form*zweck* betont wird. 197

Was allerdings die Auslegung des materiellen Inhalts einer Verfügung von Todes wegen betrifft, ist die Strenge der Formvorschriften und somit auch ihr Einfluss 198

---

578 Dies im Kontrast zu der weiterhin strengen Rechtsprechung bei Testamenten, vgl. Rz. 73 f. und 221 ff.

579 Vgl. zur Rechtsprechung Rz. 73 ff.

580 So namentlich HAGMANN, 46 ff.; PICENONI, 33 f.; PIOTET, SPR IV/1, 209.

581 ZK ZGB-ESCHER, Art. 505 N 26; REICHLIN, 129 ff.

582 DANZ, 292 ff.

583 WEIGOLD, 21 ff. WEIGOLD betonte aber dennoch die Relevanz der Formvorschriften, da diese zum Schutze der verfügenden Person aufgestellt worden seien.

584 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 75 und 125 ff.; DERS., Formprobleme, 274 ff.

585 BREITSCHMID, Formprobleme, 276 und 278. Eine strenge Umsetzung der Formvorschriften sei seiner Meinung nach nur bei der Prüfung des *animus testandi* notwendig.

586 BK ZGB-WEIMAR, Vorb. vor Art. 498 N 7; zustimmend SEILER, Rz. 699.

auf die (erläuternde und ergänzende) Auslegung weiterhin umstritten, insbesondere bei Testamenten. In Frage stehen dabei insbesondere die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel, welche die ergänzende Auslegung massgeblich beschränken können.[587] Nachfolgend wird zunächst untersucht, ob die ergänzende Auslegung mit den dargestellten Formzwecken grundsätzlich vereinbar ist. Im darauffolgenden Abschnitt werden dann die erwähnten Auslegungsregeln näher betrachtet.[588]

2.4 Kritische Würdigung der Formstrenge

a. Allgemeine Bemerkungen

199 Die in Rechtsprechung und Lehre ersichtliche Lockerung in der Handhabung der Formstrenge wird vorliegend begrüsst. Formvorschriften dürfen der vorliegenden Auffassung nach nicht als (zu) starre Grösse angesehen werden, ansonsten sie der Privatautonomie unzulässigerweise Schranken auferlegen.[589] Sie sind gemäss der dargestellten neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Anwendung von Art. 11 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 7 ZGB ihrem Zwecke nach auszulegen und nicht über den gesetzlichen Wortlaut hinaus auszudehnen.[590]

200 Es gilt also, die Balance zwischen der Umsetzung des letzten Willens und einer zweckgemässen Beachtung der Form zu finden, denn sowohl die Form als auch der Wille haben bei den Verfügungen von Todes wegen ihre Berechtigung.[591] Dennoch kommt dem Willen nach der vorliegenden Auffassung im Zweifelsfall eine vorrangige Bedeutung zu: Ist kein letzter Wille vorhanden, kann eine Verfügung von Todes wegen gar nicht existieren, selbst wenn deren Formerfordernisse erfüllt wären.[592] Die vorrangige Bedeutung des Willens ergibt sich auch aus der Ungültigkeitsfolge gemäss Art. 520 f. ZGB, da ein Formmangel nur dann zum Un-

---

587 Siehe Rz. 210 ff.

588 Siehe die folgenden Rz. 213 ff.

589 Zur Vereinbarkeit der Form mit der Privatautonomie siehe STUMPF, 236 ff.

590 BGE 118 II 273 E. 3.b; 116 II 117 E. 6 f.; 103 II 84 E. 2.b; 93 II 161 E. 1.b; 89 II 363 E. 2; 89 II 185 E. 3; 53 II 442, S. 443. In diesem Sinne auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 498 N 5; DERS., Formvorschriften, N 187 ff.; DANZ, 292 ff.; HAGMANN, 53 («*Bei ungenauer Ausdrucksweise des Gesetzes soll stets restriktiv interpretiert, also nur das Minus der Formerfordernisse angenommen werden.*»); JOOS, 51; WEIGOLD, 20 f.

591 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 206; WEIGOLD, 21 f.

592 BGE 101 II 211 E. 4.b; 116 II 117 E. 7.c; vgl. Rz. 36.

gültigkeitsgrund wird, wenn er auf Klage hin festgestellt wird.[593] Es herrscht somit die gesetzliche Vermutung, dass eine Verfügung von Todes wegen – unter Vorbehalt eines krassen Formfehlers[594] – gültig ist, wodurch der letzte Wille trotz Formmangel aufrechterhalten bleibt.[595] Damit wird vom allgemeinen zivilrechtlichen Prinzip abgewichen, wonach formwidrige Geschäfte nichtig sind.[596]

Der Vorrang des Willens zeigt sich auch anhand von Art. 510 Abs. 2 ZGB: Besteht nachweislich ein animus testandi, aber unbeabsichtigterweise keine Urkunde (mehr), so kann die Verfügung dennoch wirksam bleiben.[597] Sodann hat der Gesetzgeber die Formungültigkeit in Art. 520 f. ZGB bewusst von den *substanziellen* Mängeln gemäss Art. 519 ZGB getrennt, was der vorliegenden Auffassung nach die zweitrangige Stellung der Formmängel aufzeigt.[598] Formvorschriften sind daher lediglich *für* den letzten Willen und nicht um ihrer selbst willen entstanden.[599] Die Form ist nicht Selbstzweck der Verfügung, sondern Zweckform und somit keine *absolute* Gültigkeitsform.[600] Der *animus testandi* ist die einzige unerlässliche Voraussetzung für die Gültigkeit der Verfügung.[601] Die Form stellt somit das *«Gefäss»*[602] des Testierwillens dar, dessen unzweifelhafter Nachweis ohne schriftliche Form aber nicht möglich wäre. 201

---

593 Art. 520 Abs. 1 ZGB; BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 23. Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 95 ff., zur Frage, ob die Formvorschriften Gültigkeits- oder Beweisvorschriften sind. Nach seiner Auffassung sind sie Gültigkeitsformen *sui generis*.

594 Zur Nichtigkeit siehe RIEMER, FS Keller, 248 ff.

595 BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, Art. 519/520 N 23.

596 Siehe hierzu BGE 113 II 270 E. 3.a m.w.H. auf 112 II 332 E. 1; BK OR-MÜLLER, Art. 11 N 188 ff. Vorbehalten bleibt das Missbrauchsverbot, vgl. hierzu BSK OR I-SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Art. 11 N 18 ff. m.w.H.

597 BGE 101 II 211 E. 4.b: «*[...] für den Beweis einer letztwilligen Verfügung ist aber die formgerechte Urkunde nicht erforderlich. Die Testamentsform ist Gültigkeitsform (Solennitätsform), und nicht Beweisform. Der Untergang der Testamentsurkunde hat somit nicht notwendig den Untergang der letztwilligen Verfügung zur Folge.*»; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 509–511 N 10; DERS., Formvorschriften, N 714.

598 Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 692.

599 BGE 116 II 117 E. 7.d; WEIGOLD, 21; vgl. auch KELLER, 28.

600 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 95 ff. («*Gültigkeitsform sui generis*»); BSK ZGB II-DERS., Art. 498 N 5; JOOS, 48; RIEMER, FS Keller, 253.

601 BGE 131 III 601 E. 3.1; 116 II 117 E. 7.c; BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.

602 JOOS, 50.

202 Gleichwohl verkörpert die Form nicht den alleinigen Beweis des Willens, was sich insbesondere bei der Anfechtung eines Motivirrtums zeigt, wo Externa geradezu essentiell sind.[603] Zudem, wie schon PICENONI festhielt, dient die Form im Bereich des Erbrechts auch den Interessen der Erbinnen und Erben, denn diese haben ein Sicherheitsinteresse.[604] Der Formzweck darf aber nicht primär Drittinteressen verfolgen, sondern muss der vorliegenden Auffassung nach immer noch prioritär das Ziel haben, den erblasserischen Willen (auch vor Anfechtungen) zu schützen. Immerhin räumt auch der Erbvertrag zu Lebzeiten der von Todes wegen verfügenden Person lediglich eine Anwartschaft ein.[605] Entspricht ein Rechtsgeschäft den Formvorschriften, kann dies aber zumindest als Vermutung für das Vorliegen eines solchen Willens und schliesslich einer Verfügung von Todes wegen dienen.[606]

203 Schliesslich gilt es zu erwähnen, dass das Verständnis der Formvorschriften sich den gesellschaftlichen Gegebenheiten anpassen sollte und die Legitimation der aktuellen Formvorschriften aufgrund technologischer Fortschritte mehr und mehr auf wackligen Beinen steht. So wird in der Lehre und Politik bspw. zu Recht in Frage gestellt, ob die elektronische Signatur auch bei eigenhändigen Testamenten Gültigkeit haben kann[607] oder bspw. auch audiovisuelle Testamente zulässig sein sollen[608].

204 Aufgrund der *zweckgebundenen* Ansicht der Formvorschriften ist ersichtlich, dass ein Formmangel im Einzelfall nicht zwingend zur Ungültigkeit führen muss, was auch die Möglichkeit der (modifizierten) Teilungültigkeit oder der Konversion zeigt.[609] Vielmehr muss man die Form im Einzelfall unter Berücksichtigung der

---

603 BGE 101 II 211 E. 4.b; STUMPF, 233; vgl. die Ausführungen in Rz. 113.

604 Das Pflichtteilsrecht als materielle und die Form als formelle Schranke schützen die Erbinnen und Erben und ihre Anwartschaft, vgl. PICENONI, 27. Ähnlich BREITSCHMID, Formvorschriften, N 127, der betont, dass das Pflichtteilsrecht der einzige Schutz für die Erben sei. Andere Willenserklärungen müssten sich die Erben entsprechend gefallen lassen.

605 Vgl. Rz. 32.

606 Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 108 m.w.H.

607 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 505 N 1.

608 Vgl. VE-Art. 506 ZGB gemäss Vorentwurf und erläuterndem Bericht zur Erbrechtsrevision vom 5. Juni 2020, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html (12. Juli 2022). Dieser Artikel wurde im Entwurf der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Erbrechtsrevision (vorerst) nicht berücksichtigt, vgl. BBl 2018 5813.

609 Bei Erbverträgen ist es zudem grundsätzlich denkbar, dass die Ungültigkeitsfolge zufolge Rechtsmissbräuchlichkeit dann ausgeschlossen ist, wenn der Vertrag (von der

Verfügung als Ganzes auslegen, um zu bestimmen, ob sie resp. ihr Zweck noch gewahrt wird.[610] Die Relevanz des Zweckes im Einzelfall zeigt nach der vorliegenden Auffassung, dass zur Bestimmung der Formkonformität schematische Regeln nicht ausreichen, sondern eine individuelle und ganzheitliche Betrachtung nötig ist.[611] Diese Erkenntnisse sind für die Untersuchung der Andeutungsregel von Relevanz (vgl. nachfolgend Rz. 221 ff.). Aufgrund des Dargelegten ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht nachvollziehbar, die Erbverträge und Testamente in Bezug auf die Andeutungsregel und somit Formprüfung völlig unterschiedlich behandelt, obschon insbesondere das öffentliche Testament die gleiche Form hat wie der Erbvertrag.[612]

b. Folgen für die ergänzende Auslegung

Wie festgestellt wurde, sind die Formvorschriften restriktiv und zweckgebunden auszulegen. Dabei sind die Auslegungs- und Formfrage der vorliegenden Auffassung nach zu trennen, denn die Form definiert nicht, wie der Inhalt auszulegen ist, sondern nur, wie er erklärt werden muss.[613] Die Prüfung der Form findet somit erst *nach* der inhaltlichen Auslegung statt, denn erst diese zeigt überhaupt auf, welcher Inhalt formelle Gültigkeit beanspruchen will.[614] Die Form beeinflusst demnach die 205

Gegenseite) bereits teilweise erfüllt wurde. Vgl. hierzu ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 537.

610 Zutreffend BREITSCHMID, Formprobleme, 279: «*Bei der Prüfung, ob der Erblasser die gesetzliche Form erfüllt habe, ist seine Verfügung nicht einfach auf die äusserliche Erfüllung der gesetzlichen Formelemente hin zu betrachten, sondern es sind sämtliche formalen Gegebenheiten der Verfügung daraufhin auszulegen, ob sie in ihrer Gesamtheit der gesetzlichen Form genügen. Dies ergibt sich ohne weiteres, wenn man sich vor Augen hält, dass nicht die Form, sondern nur der erblasserische Wille der Verfügung die Rechtfertigung verleiht, dass aber bei der Feststellung des wirklichen Willens – mit Recht – grosser Aufwand betrieben wird.*» Vgl. auch BGE 133 III 601 E. 3.1; 122 III 361 E. 4; JOOS, 47 ff. und 51; LEUBA, 33.

611 Vgl. zum Beispiel BGE 131 III 601 E. 3.1 f., wo das Bundesgericht unter Berücksichtigung der ganzen Verfügung prüfte, ob der handschriftliche Teil den *animus testandi* genügend zum Ausdruck brachte (was es letztlich verneinte). Zu Recht kritisch zu diesem Entscheid: FANKHAUSER, 753 ff.

612 Vgl. Art. 512 Abs. 1 ZGB.

613 BGE 146 III 37 E. 4; 122 III 361 E. 4; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24 m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENNEGGER, N 1278 f.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 537; WACHENDORF EICHENBERGER, 182.

614 BGE 122 III 361 E. 4: «*Formbedürftige Rechtsgeschäfte sind nach den allgemeinen Grundsätzen auszulegen, das heisst es ist nach den gesamten Umständen zu ermitteln,*

Gültigkeit des Geschäftes, nicht das Auslegungsergebnis.[615] Diese Erkenntnisse unterstreichen der vorliegenden Auffassung nach das Willensprinzip gemäss Art. 18 OR[616] und sprechen auch dafür, dass ein bei der ergänzenden Auslegung ermittelter hypothetischer Wille nicht von vornherein gegen die Form verstösst, selbst wenn dieser nicht ausdrücklich im Text enthalten ist.

206 Wie erwähnt hat das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung bezüglich Erbverträgen festgehalten, dass die Formvorschriften sich nicht auf die ergänzende Tätigkeit des Gerichts beziehen. Eine ergänzende Auslegung ist somit ohne Anhaltspunkte in der vorhandenen Verfügung möglich.[617] Das Bundesgericht stützte sich im Urteil BGE 127 III 529 (Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*)[618] explizit auf die Lehrmeinung von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, welche primär auf den Argumenten fusst, dass die Formvorschriften sich nur auf den Abschluss eines Vertrages durch die Parteien, nicht aber auf die Ergänzung durch das Gericht bezögen.[619] Dieser Auffassung wird vorliegend zugestimmt, sofern die ergänzende Auslegung wie vorliegend lediglich als Instrument verstanden wird, das *bestehende* Willensrichtungen verlängert.[620] Sobald ein formgültiges Geschäft vorliegt und sich diesem mit gewisser Sicherheit Willensrichtungen entnehmen lassen, erstreckt sich die Formkonformität des bestehenden Geschäfts problemlos auch auf die Ergänzung.[621] Nichts anderes ergab sich auch bei der Untersuchung der Konversion (vgl. Rz. 130 ff.). Die Willensrichtungen müssen der vorliegenden Auffassung nach zwar nicht zwingend nur im Text der Verfügung enthalten sein, denn sie können auch mittels Externa ermittelt werden; nichtsdestotrotz sind sie mit den gewählten Formulierungen stets in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht.[622]

---

was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen sind [...]. In einem weiteren Schritt ist anschliessend zu beurteilen, ob der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist [...].»

615 Präjudizienbuch OR-GÖKSU, Vorb. Art. 11–16 N 1.

616 Nach welchem der wirkliche Wille und nicht die falsche Bezeichnung massgeblich ist. Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1.

617 BGE 127 III 529 E. 3.c; bestätigt in BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4.

618 Vgl. zu diesem Fall Fn. 183.

619 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY (1998), N 1278 f.; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (2020), N 1278 f.

620 GLAUS, 184. Vgl. auch MüKo BGB-BUSCHE, § 157 N 30; STUMPF, 251.

621 Vgl. GLAUS, 184.

622 Vgl. zu den Willensrichtungen Rz. 307 ff.

Diese Erkenntnis ergibt sich der vorliegenden Auffassung nach auch bei Berücksichtigung des Prinzips der Höchstpersönlichkeit von Verfügungen von Todes wegen. Wie in Rz. 176 ff. dargestellt wurde, reichen gemäss der h.L. und Rechtsprechung *genügend bestimmbare* Anordnungen aus, um das Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit zu wahren. Entsprechend müssen nur die wesentlichen Bestandteile einer Verfügung von der verfügenden Person selbst geäussert werden.[623] Da sich das Prinzip der Höchstpersönlichkeit u.a. aus den Formvorschriften ableitet,[624] gilt das Gesagte im Wesentlichen auch für die Form. Sofern also die wesentlichen Bestandteile von der ursprünglichen Form der Verfügung gedeckt sind, gilt die Formkonformität auch für die Ergänzung.[625] Dasselbe hat sich auch bei der Untersuchung der Konversion gezeigt, insbesondere beim gesetzlichen Konversionsfall gemäss Art. 539 Abs. 2 ZGB: Obschon der erblasserische Wille bei der Konversion *zweckgemäss,* aber eben *mit veränderten Mitteln* umgesetzt wird, ist dieses Vorgehen sowohl hinsichtlich der Höchstpersönlichkeit, als auch der Form zulässig.[626] Die Formzwecke – d.h. primär der Zweck nach Übermittlung des erblasserischen Willens[627] – verlangen keine strengere Beachtung der Form.[628] Dies muss sowohl bei Erbverträgen als auch bei Testamenten gelten. Dem vorliegenden Verständnis nach darf aber niemals eine gänzlich fehlende Anordnung ohne bestehende Willensrichtungen nachgeholt werden, ansonsten dieser Vorgang die erbrechtlichen Formvorschriften sowie die Höchstpersönlichkeit völlig aus den Angeln heben würde.[629] 207

In diesem Sinne sind grundsätzlich auch die Fälle *Langlebige Mutter* (vgl. Rz. 332 ff.) und *Modifizierte Meistbegünstigung* (vgl. Fn. 183)[630] zu verstehen. Die Ergänzungen folgten in diesen Urteilen dem jeweiligen ursprünglichen Zweck 208

623 GLAUS, 185.

624 Vgl. Rz. 167 ff.

625 GLAUS, 184.

626 Vgl. BGE 100 II 98. Vgl. eingehend zur Konversion Rz. 130 ff.; WACHENDORF EICHENBERGER, 182 f.

627 Vgl. Rz. 193 ff.

628 Vgl. GLAUS, 184.

629 Vgl. hierzu FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 15 m.w.H.: «*Der hypothetische Erblasserwille kann nur in dem Umfang berücksichtigt werden, in dem er seine Grundlage in dem vom Erblasser tatsächlich geäusserten Willen hat [...]».* Siehe im Detail zu den Willensrichtungen Rz. 307 ff.

630 Vgl. auch das vorinstanzliche Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. 1.c.

nach gegenseitiger Begünstigung und formten somit bestehende Willensrichtungen aus, ohne den von den Parteien gesetzten Rahmen zu verlassen.

209 Nachfolgend werden zur Vervollständigung der aufgezeigten Thematik die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel näher untersucht, da diese sich aus den Formvorschriften ableiten. Hierbei steht insbesondere das Testament im Fokus.

3. Die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel

3.1 Begriff und Bedeutung

210 Die Eindeutigkeitsregel (auch Klarheitsregel resp. -theorie genannt) stellt die Voraussetzung auf, dass man einen Text nur dann überhaupt auslegen darf, wenn der Wortlaut an sich unklar oder mehrdeutig ist.[631] Nach diesem Prinzip ist ein an sich klarer Text nicht (weiter) auszulegen und insbesondere sind keine ausserhalb der Verfügung stehenden Faktoren (Externa) zu berücksichtigen.[632] Der Andeutungsregel (bzw. Anhaltsregel resp. -theorie) zufolge muss der erblasserische Wille in der Verfügung selbst angedeutet sein[633], d.h. ein nicht im Text enthaltener oder nicht angedeuteter Wille ist unbeachtlich und kann keine Rechtswirkungen entfalten. Ist die Andeutungsregel massgeblich, können Externa nur dann Beachtung finden, wenn sich im Text der Verfügung zumindest ein Anhaltspunkt findet, der auf das Externum schliessen lässt.[634] Das Bundesgericht definiert die Theorien folgendermassen:

> «*Auszugehen ist vom Wortlaut. Ergibt dieser für sich selbst betrachtet eine klare Aussage, entfallen weitere Abklärungen. Sind dagegen die testamentarischen Anordnungen so formuliert, dass sie ebenso gut im einen wie im andern Sinn verstanden werden können, oder lassen sich mit guten Gründen mehrere Auslegungen vertreten, dürfen ausserhalb der Testa-*

631 BGE 115 II 323 E. 1.a; BAUMANN, 242; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 26.

632 BGE 83 II 427 E. 1.a; BGer 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6. Vgl. ferner LEUBA, 28 f.; RASELLI, 1263 f.

633 BGE 117 II 142 E. 2.a; 108 II 393 E. 6.c (zum Stiftungsgeschäft); BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24; EITEL, Der letzte Wille, 283; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 71 ff.

634 BGE 131 III 106 E. 1.1; 124 III 414 E. 3; 69 II 373 E. 1; BGer 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6; FANKHAUSER, 753; KÜMIN, 112; RASELLI, 1264. Siehe zur Auslegung von Stiftungsgeschäften VON ORELLI, 116 ff.; BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 120.

mentsurkunde liegende Beweismittel zur Auslegung herangezogen werden.»[635]

Die Regeln basieren auf den Formvorschriften sowie dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit, denn sie möchten verhindern, dass ein nicht geäusserter (fremder) Wille Einfluss auf den Inhalt der Verfügung nimmt.[636] Die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel bezwecken zudem, die Reichweite des Willensprinzips einzudämmen: Entsprechend solle zwar der wirkliche erblasserische Wille massgeblich sein, dieser könne aber nicht *völlig* losgelöst von der Erklärung gelten.[637] 211

Die Anwendbarkeit und die Wirkung der Eindeutigkeits- und der Andeutungsregel können die ergänzende Auslegung beschränken oder gar verunmöglichen, denn bei der ergänzenden Auslegung geht es gerade um einen hypothetischen Willen. Dieser ist i.d.R. nicht im Text enthalten und das Gericht muss ihn namentlich mittels Externa feststellen. Ob und in welchem Umfang die Regeln anwendbar sind und was ihr Einfluss auf die ergänzende Auslegung ist, wird nachfolgend untersucht. 212

3.2 Die Eindeutigkeitsregel in Rechtsprechung und Lehre

a. Rechtsprechung

Die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung folgte der Eindeutigkeitsregel und räumte dem Wortlaut einer Verfügung von Todes wegen absolute Priorität vor den übrigen Auslegungsmitteln ein.[638] Entsprechend verneinte das Bundesgericht bei klarem Wortlaut die Möglichkeit, weiter auszulegen und Externa beizuziehen.[639] 213

---

635 BGE 131 III 106 E. 1.1. Vgl. auch 124 III 414 E. 3; BGer 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6.

636 Vgl. BGE 131 III 601 E. 3.1; BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 5.3.1; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24; RASELLI, 1263; siehe auch BGE 108 II 393 E. 6.c (zum Stiftungsgeschäft). A.M. zur Grundlage der Andeutungsregel BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 78.

637 Insofern lehnen sich die Auslegungsregeln an das Erklärungsprinzip an, siehe STAGL, 164 ff.; vgl. auch LEUBA, 27 ff. Auch das Vertrauensprinzip ist mit dem Erklärungsprinzip verbunden, siehe PICENONI, 19 f.; RASELLI, 1262 f.

638 So bspw. in BGE 120 II 182 E. 2.a; 117 II 142 E. 2.a; 115 II 323 E. 1.a; 100 II 440 E. 6; 83 II 427 E. 1.a; 72 II 225 E. 3.b; 47 II 23 E. 3; 46 II 213 E. 3.

639 Das Bundesgericht folgte damit (zumindest in Theorie) dem Prinzip *In claris non fit interpretatio*, so bspw. BGE 69 II 373 E. 1.d: «*Ist der Sinne des Testamentes klar, erübrigt es sich, auf die Ausführungen einzugehen, mit denen die Vorinstanz dartun*

Diese Haltung gab das Bundesgericht immerhin bei schuldrechtlichen Verträgen früh auf[640] und verneinte etwas später auch ihre Anwendbarkeit bei Erbverträgen.[641] Die Eindeutigkeitsregel hat bei Erbverträgen daher keinen Bestand mehr.

214 Bei der Auslegung von Testamenten hat das Bundesgericht die Regel hingegen noch nicht (explizit) verworfen.[642] In einem Entscheid aus dem Jahre 2013 relativierte das Bundesgericht zwar die Bedeutung des Wortlautes und stellte fest, dass es keinen absolut klaren Wortlaut gebe. Es eröffnete so die Möglichkeit, vermeintlich klare Texte auszulegen.[643] Das Bundesgericht anerkannte damit, dass Externa ebenfalls berücksichtigt werden dürfen, auch wenn der Wortlaut an sich klar erscheint und hat somit der Eindeutigkeitsregel zumindest implizit die Anwendung versagt. Im Fall *Unbeliebte Schwester* (vgl. Rz. 97) hat das Bundesgericht die Eindeutigkeitsregel ebenfalls implizit verworfen. Das Bundesgericht betonte in diesem Fall wieder, dass es keine an sich klare Erklärung gebe und das Gericht bei der Auslegung Externa beiziehen dürfe.[644] Trotz dieser beiden Urteile hat das Bundesgericht die Eindeutigkeitsregel hingegen in weiteren, teilweise späteren Urteilen – zumindest in der Theorie – wieder zur Anwendung gebracht.[645] Wie sich bei

---

will, dass der Testator eigentlich etwas anderes gewollte hatte [...]»; vgl. ferner BGE 47 II 23 E. 4; BGer 5A_698/2008 vom 24. April 2009, E. 2.2.

640 So bspw. BGE 129 III 702 E. 2.4.1; 127 III 444 E. 1.b; 122 III 361 E. 4; BGer 4C.325/1994 vom 10. März 1995, E. 4 (besprochen in MÜNCH, 241 ff.). Vgl. auch DANZ, 206; RASELLI, 1264; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 25. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung wurde die Eindeutigkeitsregel bereits vor einiger Zeit verworfen, insbesondere aus dem Grund, dass es keinen an sich eindeutigen Wortlaut geben könne. Vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1982, IVa ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673; vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 6. Januar 2011, Wx 484/10, ZEV 2011, 427; MüKo BGB-BUSCHE, § 133 N 65 ff.

641 BGE 127 III 529 E. 3.c; BGer 5A_84/2017 vom 7. November 2017, E. 3.1; 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4.

642 BGE 131 III 601 E. 3.1; 131 III 106 E. 1.1; 124 III 414 E. 3; BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014, E. 2.1; 5A_698/2008 vom 24. April 2009, E. 2.2.

643 BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 3.3: «*Wie gerade die vorliegende Auseinandersetzung zeigt, ist auch die Frage, ob sich aus dem eigenhändig festgehaltenen Text selbst ein bestimmter Inhalt ergebe, eine solche der Interpretation. Das aber bedeutet nichts anderes, als dass es eine ‹an sich› klare Erklärung nicht geben und der Wortlaut als solcher keinen selbständigen Bestand haben kann.*»

644 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 5.3.2.

645 So BGer 5A_286/2021 vom 22. März 2022, E. 2.2; 5A_862/2020 vom 25. Mai 2021, E. 6.2.1; 5A_914/2013 vom 4. April 2014, E. 2.1; 5A_698/2008 vom 24. April 2009, E. 2.2. BREITSCHMID nennt den Entscheid BGer 5A_914/2013 vom 4. April 2014 zu

der Betrachtung der bundesgerichtlichen Praxis also feststellen lässt, ist die Rechtsprechung zur Eindeutigkeitsregel nicht immer einheitlich, hat sich aber zumindest in den letzten Jahren etwas von dieser wegbewegt.[646] Explizit verworfen hat das Bundesgericht die Regel zwar bislang noch nicht, es ist aber zweifellos eine Tendenz dahingehend erkennbar, dass dem Wortlaut alleine nicht mehr dieselbe Stellung zukommt. Wie WEIMAR zu Recht feststellt, scheint die Eindeutigkeitsregel für das Bundesgericht aber ohnehin nur «*eine Floskel ohne praktische Bedeutung*» zu sein.[647]

b. Lehre

In der Lehre ist die Eindeutigkeitsregel bei der Auslegung im Erbrecht umstritten. 215
Insbesondere die ältere Doktrin befürwortete sie unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und mit der Begründung, dass die Auslegung nicht zu einem Ergebnis führen könne, dass in der Erklärung keine Stütze finde.[648] Aber auch in der älteren Lehre vertraten einige Stimmen die Meinung, dass es gar keinen klaren Willen an sich geben könne[649] und dem Willensprinzip zufolge der wirkliche Wille massgeblich sei, unabhängig von dessen Bezeichnung im Text.[650]

Der überwiegende Teil der neueren Lehre lehnt die Eindeutigkeitstheorie sowohl 216
bei Erbverträgen auch bei Testamenten gänzlich ab, mit dem Argument, dass es keinen an sich klaren Text gebe und sonst unzulässigerweise die Auslegung verunmöglicht würde.[651] Zudem verhindere die Eindeutigkeitsregel den Beizug von

---

Recht «*verfehlt*» und betont, dass nicht jeder Textbaustein in einem nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid präjudiziell sei, BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 26. Vgl. auch HORAT, Rz. 7 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 53 f.

646 Vgl. BREITSCHMID/VÖGELI, 235; HORAT, Rz. 11.

647 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 70. WEIMAR weist zutreffend darauf hin, dass das Bundesgericht Externa nur dann die Anwendung versagte, wenn sich im Sinne der Andeutungsregel kein Anhaltspunkt finden liess und somit nicht die Eindeutigkeits-, sondern die Andeutungsregel anwendete.

648 ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 13; FAHRLÄNDER, 32 f.; vgl. auch DANZ, 202 f.

649 So u.a. PICENONI, 73 f. und 112 f.

650 PIOTET, SPR IV/1, 207 f.; GLAUS, 9. Vgl. dazu auch BREITSCHMID, Formvorschriften, N 197 ff.

651 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 26; DRUEY, Grundriss, § 9 N 27; EITEL, successio 2008, 234; FANKHAUSER, 753 f.; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 240; JOOS, 50 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 178; RASELLI, 1262 ff.; SEILER, Rz. 553 ff.; BK ZGB-WEIMAR, Art. 469 N 15 f.; BK ZGB-DERS., 14. Titel, Einleitung, N 64 ff.

Externa und somit letztendlich die (wahre) subjektive Auslegung.[652] Die aktuelle h.L. geht daher davon aus, dass auch beim Testament jeglicher (unklarer und scheinbar klarer) Wortlaut auslegungsfähig ist und das Gericht stets Externa beiziehen darf.[653]

3.3 Kritische Würdigung der Eindeutigkeitsregel

a. Allgemeine Bemerkungen

217 Nach der vorliegenden Auffassung kann es nie einen absolut klaren Wortsinn geben. Denn auch die Erkenntnis, dass der Wortlaut scheinbar klar ist, ist ein Ergebnis der Auslegung.[654] *Jede* sprachliche Willensäusserung bedarf entsprechend der Auslegung.[655] Was das Bundesgericht immerhin bereits bei Erbverträgen und anderen Verträgen explizit festgestellt hat, muss auch für Testamente gelten. Eine Ungleichbehandlung der beiden Verfügungsformen ist nicht nachvollziehbar, u.a., da sie beide ähnlich strengen Formvorschriften unterstehen und insbesondere das öffentliche Testament der Form des Erbvertrages sehr nahesteht. Zudem enthält gerade das handschriftliche Testament oft umgangssprachliche Begriffe und zu knappe Formulierungen, die nur auf den ersten Blick klar erscheinen und somit auslegungsbedürftig sind.[656] Demnach darf und muss das Gericht der vorliegenden Meinung nach auch einen scheinbar klaren Wortlaut auslegen, im Übrigen jeweils mit der Möglichkeit, unbeschränkt Externa zur Erforschung des Willens beizuziehen.[657]

Vgl. auch VON ORELLI, 70 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 26. A.M. WOLF/GENNA, SPR IV/1, 399, die die Eindeutigkeitsregel zumindest bei Testamenten für anwendbar erklären. Sie anerkennen allerdings, dass die Auffassung, bei eindeutigem Wortlaut sei jegliche Auslegung ausgeschlossen, zu absolut ist.

652 BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 52 ff.; LEUBA, 28 f.; RASELLI, 1267. Vgl. auch GLAUS, 9.

653 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 26 ff.; RASELLI, 1263 ff.

654 LEUBA, 30 f.; RASELLI, 1265; REICH, 28 f.; SEILER, Rz. 554; VON ORELLI, 71. Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre, 94 ff.

655 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 217; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 56;

656 Dies zeigt sich nach der vorliegenden Auffassung auch beim Fall *Unbeliebte Schwester* (BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020; vgl. zum Fall oben Rz. 97), in welchem der an sich klaren Formulierung eine viel weitergehende Bedeutung zugemessen wurde.

657 Vgl. hierzu auch die Ausführungen zur Andeutungsregel in Rz. 230 ff.

Die Eindeutigkeitsregel widerspricht der vorliegenden Auffassung nach zudem dem Willensprinzip, welches bei Testamenten allerdings uneingeschränkt Geltung hat. Diesem Prinzip zufolge ist der *wirkliche* Wille der erklärenden Person massgebend für die Auslegung; unbeachtlich ist also, wie dieser Wille von anderen verstanden werden könnte.[658] Aufgrund der Anwendung des Willensprinzips darf dem objektiven Sinn des Wortlautes also nicht zu viel Bedeutung zukommen. Indem aber die Eindeutigkeitsregel vorschreibt, dass die Auslegung primär dem objektiven Wortsinn Vorrang einräumen soll und eine (weitere) Auslegung nur bei nicht eindeutigem Wortlaut möglich ist, verunmöglicht sie die wahre Durchsetzung des wirklichen Willens.[659] Im Endeffekt entspricht dieses Vorgehen vielmehr dem Erklärungsprinzip, welches aber als überholt gilt.[660] Die Regel vermengt so ausserdem inhaltliche Auslegungsfragen mit der Formfrage, indem sie versucht, das Auslegungsergebnis auf den wörtlichen Sinn zu begrenzen. Diese Fragen sind aber auseinanderzuhalten (vgl. oben Rz. 199). Auch ist das Empfinden, ob ein Text als eindeutig verstanden wird oder nicht, höchst subjektiv und lässt daher Rechtsunsicherheiten entstehen. 218

Der Wortlaut ist daher lediglich als zeitlich primäres Auslegungsmittel zu betrachten, das nur im Zweifelsfall Vorrang erhält.[661] Ein scheinbar klarer Wortlaut ist stets nur eine Hypothese und muss durch Berücksichtigung sämtlicher Auslegungsmittel überprüft werden.[662] Externa sind somit in jedem Falle und unbeschränkt zulässig, ansonsten die Auslegung nicht subjektiv ist.[663] Der Wortlaut bildet somit zwar die Grundlage der Auslegung, aber nicht deren Grenze (im Sinne des Verbots der Buchstabenauslegung).[664] Der wahre Sinn der Anordnungen er- 219

---

658 Vgl. BGE 120 II 182 E. 2.a (wenn auch unter Anwendung der Eindeutigkeitsregel); BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 118; zum Stiftungsrecht: VON ORELLI, 70 ff.

659 VON ORELLI, 71 f. m.w.H. So verletzt die Regel bei strikter Umsetzung auch das Prinzip von *falsa demonstratio non nocet* gemäss Art. 18 Abs. 1 OR, vgl. RASELLI, 1267 f. Dass die Eindeutigkeitsregel sich aber nicht der *falsa demonstratio* entgegensetzen darf, ergibt sich nach der vorliegenden Auffassung bereits aus dem bei Testamenten anwendbaren Art. 469 Abs. 3 ZGB.

660 BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 142. Vgl. zum Erklärungsprinzip, das auf den objektiven Wortsinn abstellt; PICENONI, 65 ff.

661 Vgl. RASELLI, 1265.

662 Vgl. VON ORELLI, 120 f. zur Auslegung von Stiftungsgeschäften.

663 GLAUS, 9.

664 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 25 und 37 m.w.H. Auch bei der Gesetzesauslegung gilt, dass der Wortlaut nicht die Grenze der Auslegung darstellt, da gemäss der Recht-

schliesst sich immer erst anhand des ganzen Rechtsgeschäfts, d.h. anhand des Gesamtzusammenhangs und der verfolgten Zwecke, sowie unter Einbezug von Externa.[665]

b. Folgen für die ergänzende Auslegung

220 Wie dargelegt wurde, hat die Eindeutigkeitsregel nach der vorliegenden Auffassung sowohl bei der Auslegung von Erbverträgen als auch bei der Auslegung von Testamenten keinen Bestand mehr. Insofern darf das Gericht auch einen vermeintlich klaren Wortlaut auslegen und externe Auslegungsmittel berücksichtigen. Dies kann dazu führen, dass das Gericht in einem scheinbar klaren Wortlaut eine Lücke erkennt. Die ergänzende Auslegung ist somit nicht von Vornherein auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen der Wortlaut von Anfang an zweideutig oder unklar erscheint. Die Eindeutigkeitsregel steht der ergänzenden Auslegung somit nicht entgegen, da sie generell verworfen wird.

3.4 Die Andeutungsregel in Rechtsprechung und Lehre

a. Rechtsprechung

221 Das Bundesgericht berief sich bei der Auslegung von Testamenten und Erbverträgen in seiner früheren Praxis stets auf die Andeutungsregel, wenn auch nicht ausdrücklich.[666]

222 Wie bereits in Rz. 73 erwähnt, hat es die Regel in einem Leitentscheid aus dem Jahre 2001 (Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*) erstmals in Bezug auf die ergän-

---

sprechung und h.L. bspw. auch die extensive Auslegung sowie der Analogieschluss zulässig sind. Vgl. hierzu u.a. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 377 ff.; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 2 N 12 ff.

665 Siehe zur Auslegung eines Erbvertrages BGer 5A_84/2017 vom 7. November 2017, E. 3.1: «*Dabei hat der Wortlaut Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, es sei denn, er erweise sich aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht. Die Begleitumstände des Vertragsabschlusses oder die Interessenlage der Parteien in jenem Zeitpunkt dürfen ergänzend berücksichtigt werden*».

666 Bspw. BGE 124 III 414 E. 3; 120 II 182 E. 2.a; 117 II 142 E. 2.a; 104 II 337 E. 2.c; 101 II 31 E. 3; 70 II 7 E. 2; 64 II 186, S. 187; 57 II 150 E. 3; 56 II 12 E. 1; 45 II 150, S. 153; BGer 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6.

zende Auslegung eines Ehevertrages mit erbrechtlichen Anordnungen verworfen. Die Anwendbarkeit der Andeutungsregel und die Zulässigkeit des hypothetischen Willens bei Testamenten liess das Bundesgericht in diesem Entscheid hingegen bewusst offen.[667] Die Abkehr von der Andeutungsregel bei Erbverträgen – sowohl im Zusammenhang mit der ergänzenden Auslegung, als auch generell bei der erläuternden Auslegung – hat das Bundesgericht in den Folgejahren ausdrücklich bestätigt.[668] Zudem unterstellte das Bundesgericht allem Anschein nach die im Erbvertrag vorhandenen einseitigen, testamentarischen Klauseln ebenfalls nicht der Andeutungsregel.[669]

Demgegenüber wendet das Bundesgericht die Andeutungsregel weiterhin bei der Auslegung von Testamenten an, ohne dabei die verschiedenen Testamentsformen zu unterscheiden.[670] Auch bei Stiftungsurkunden stützen sich das Bundesgericht resp. das Bundesverwaltungsgericht weiterhin auf die Andeutungsregel.[671] Immerhin setzte das Bundesgericht die Anforderungen an den notwendigen Anhaltspunkt bereits in der frühen Rechtsprechung sehr tief an: Es genüge, wenn der erblasserische Wille im Testament einen «*auch unvollkommenen Ausdruck gefunden hat*».[672] Im Jahre 2011 schlussfolgerte das Bundesgericht weiter, dass der Wille 223

---

667 BGE 127 III 529 E. 3.c. Vgl. hierzu EITEL, Der letzte Wille, 282; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 793 ff.

668 BGE 133 III 406 E. 3.3; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4. Im Bereich der formbedürftigen Verträge unter Lebenden hatte das Bundesgericht die Andeutungsregel bereits verworfen, siehe BGE 122 III 361 E. 4; 121 III 118 E. 4b/bb; BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002, E. 1.c; vgl. ZK OR- JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 535 ff.

669 BGE 133 III 406 E. 3.3.

670 BGE 131 III 601 E. 3.1; 131 III 106 E. 1.1; 120 II 182 E. 2.b; 117 II 142 E. 2.a; 115 II 323 E. 1.a m.w.H.; BGer 5A_286/2021 vom 22. März 2022, E. 2.2; 5A_106/2014 vom 26. Mai 2014, E. 6; 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 2.1 (vgl. hierzu die Urteilsbesprechung in STEINAUER, 273 f.); 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011, E. 3.1.1; 5C_140/1998 vom 28. Januar 1999, E. 3.a (vgl. hierzu die Urteilsbesprechung in BREITSCHMID, AJP 1999, 883).

671 Vgl. namentlich BVGer B-1854/2011 vom 18. Oktober 2011, E. 4.1; BGer 5A_232/2010 vom 16. September 2020, E. 3.1.1.

672 BGE 47 II 23 E. 3. Ähnlich BGE 109 II 403 E. 2.b, in welchem das Bundesgericht in Bezug auf eine Rechtswahlklausel festgehalten hat, dass die Rechtswahl *auch nur annähernd oder gar stillschweigend* sein könne, solange der Wortlaut Indizien dafür enthalte («*può anche riferirvisi in modo approssimativo o persino implicito, purché il testo della disposizione a causa di morte contenga indizi univoci, gli elementi estrin-*

auch *konfus* oder *unvollständig* angedeutet sein könne,[673] und im Fall *Unbeliebte Schwester* wurde gar eine versteckte resp. negative Formulierung als genügender Anhaltspunkt verstanden.[674] Die Tendenz in der Praxis geht daher zu einer sehr grosszügigen Bejahung des Anhaltspunktes.

b. Lehre

224 In der Lehre ist die Andeutungsregel seit jeher umstritten. Einige Autorinnen und Autoren (darunter besonders die ältere Lehre wie bspw. PICENONI[675], TUOR[676] und ESCHER/ESCHER[677]) befürworteten die Andeutungsregel sowohl bei Testamenten als auch bei Erbverträgen. Grund hierfür war nach ihrer Meinung insbesondere die Formgebundenheit der Verfügung von Todes wegen.[678] Nur wenige ältere Stimmen befürworteten den unbeschränkten Beizug von Externa.[679]

225 Auch in der jüngeren Lehre gibt es weiterhin einige Stimmen, die die Andeutungsregel befürworten. RIEMER hält die Andeutungsregel im Zusammenhang mit Stiftungsgeschäften aus Gründen der Rechtssicherheit *grundsätzlich* für massgeblich, anerkennt aber wenige Ausnahmesituationen. Zum Beispiel könne die verfügende Person für sie selbstverständliche Dinge in der Urkunde nicht erwähnen, die dann

---

seci potendo servire semmai a interpretare le indicazioni che emergono dal testo, ma non a supplire o a sostituire il medesimo»). Bestätigt u.a. in BGE 125 III 35 E. 3.b ff.

673 BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011 (*Chalet-Fall*), E. 3.1.1: «*[…] d'éclairer la volonté exprimée dans le texte, aussi confuse ou incomplète soit-elle […]*.» Siehe dazu die Urteilsbesprechung von ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, 216 ff.; vgl. zum Fall auch Rz. 99 und 175.

674 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020 (*Unbeliebte Schwester*), E. 6.1 ff.; der Satz «*Frau E. erbt nichts*» wurde als genügender Anhaltspunkt erachtet, um auch die Kinder der Frau E. von der Erbfolge auszuschliessen – obschon der Text nichts zur Familie von Frau E. aussagte. Es ist ersichtlich, dass ein Anhaltspunkt tatsächlich auch in versteckter oder negativer Form ausreicht. Vgl. hierzu ZEMP GSPONER, Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln, 249 ff. sowie oben Rz. 97.

675 PICENONI, 43 ff. und 95. PICENONI ging zudem noch von der Massgeblichkeit des Erklärungsprinzips aus, wonach nur der *erklärte* Wille für die Auslegung massgeblich sein könne.

676 TUOR, 326 f.

677 ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 13.

678 Siehe ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 13: «*Ausgelegt werden darf nur, was im Rechtsgeschäft von Todes wegen enthalten ist.*»

679 So namentlich BECK, 92.

zwar nicht angedeutet, aber dennoch vom Willen umfasst seien.[680] WEIMAR sah in der Andeutungsregel zwar keine Folge aus den Formvorschriften, erachtete die Regel hingegen bei jeglicher Art von Rechtsgeschäften als massgeblich. Nach seiner Meinung ging es bei der Andeutungsregel um die allgemeine Frage, ob der Wille überhaupt erklärt wurde.[681] HRUBESCH-MILLAUER befürwortet die Andeutungsregel ebenfalls aufgrund der Formvorschriften, sofern sie sich lediglich auf die Formfrage (und nicht die Auslegungsfrage) bezieht.[682] Namentlich WOLF/GENNA bejahen die Anwendbarkeit der Regel bei Testamenten, ebenfalls aus Gründen der Formgebundenheit.[683] Wiederum andere Lehrmeinungen sprechen sich für eine relativierte Andeutungsregel aus, indem sie die Anforderungen an den Anhaltspunkt sehr tief ansetzen.[684]

Ein grosser Teil der neueren Lehre erachtet die Andeutungsregel demgegenüber 226
als gänzlich überholt.[685] Teilweise wird sie mit dem Argument abgelehnt, dass sie die Auslegungs- und Formfrage nicht trenne.[686] Der materielle Inhalt der Verfügung solle nicht in den strikten Grenzen der Form ausgelegt werden müssen, vielmehr sei der wirkliche Wille schrankenlos zu eruieren.[687] Entsprechend beeinträchtige sie das Willensprinzip.[688] BREITSCHMID zufolge genügt der «*überzeugende Nachweis*», dass die verfügende Person mit ihrer Formulierung ein bestimmtes Ergeb-

680 BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 120 über die Andeutungsregel im Zusammenhang mit der Auslegung von Stiftungsgeschäften.

681 BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 72 ff.

682 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 243 ff.; DIES., Rechtsprechung, 507.

683 WOLF/GENNA, SPR IV/1, 399 f. Vgl. auch BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 118; KÜMIN, 112.

684 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 243 f.; KÜMIN, 114; PraxKomm ZGB-SCHRÖDER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 23 ff.; SEILER, Rz. 572. Vgl. auch BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 77 ff.

685 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24 ff.; DRUEY, Grundriss, § 12 N 6 und 13; FANKHAUSER, 754; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1244 ff. m.w.H.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 536 f.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 236; RASELLI, 1265 ff.; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, § 71 N 7; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 54; ZEMP GSPONER, Andeutungsregel, 219.

686 HUGUENIN, Rz. 298; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 537; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 52 ff. und 93; PIOTET, SPR IV/1, 208; RASELLI, 1265 ff.; WACHENDORF EICHENBERGER, 81, 182 und 191; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 54. A.M. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 78.

687 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24 m.w.H.

688 RASELLI, 1266. Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24.

nis beabsichtigt hat, auch wenn im Text hierfür kein Anhaltspunkt gefunden werden kann.[689] Der von dieser Person unzweckmässig oder fehlerhaft geäusserte Wille dürfe nach dem wirklichen Sinn umgesetzt werden, denn dadurch werde ihr kein fremder Wille *untergeschoben*.[690] Auch DRUEY lehnt die Andeutungsregel grundsätzlich ab; das Auslegungsergebnis sei seiner Meinung nach nur dann nicht von der Form umfasst, wenn es «*nicht zu den Vorstellungen gehört, die zum Text führen*».[691]

227 In Bezug auf die Anwendbarkeit der Andeutungsregel bei der ergänzenden Auslegung ist die Lehre, soweit sie die ergänzende Auslegung überhaupt befürwortet, ebenfalls gespalten. EITEL befürwortet eine «*wohlverstandene*» resp. «*minimale*» Andeutungsregel in dem Sinne, dass das Auslegungsergebnis nicht «*unzweideutig*» angedeutet sein müsse.[692] SEILER fordert die Anwendung einer «*aufgeweichten*» Andeutungsregel, denn es könne nicht gänzlich auf einen Anhaltspunkt verzichtet werden.[693] So solle auch bei der ergänzenden Auslegung die Intention der verfügenden Person, die zum hypothetischen Willen führe, im formgerechten Text angedeutet sein, wobei die Anforderungen je tiefer seien, desto klarer die Intention sich aus Externa ergebe.[694] Auch GLAUS sieht es als genügsam an, wenn der erblasserische Zweck, an welchem sich der hypothetische Wille orientiert, aus der Verfügung heraus ersichtlich ist. Als Anhaltspunkte für den hypothetischen Willen seien die formgültig erklärten Willensrichtungen resp. Motive der entsprechenden Person entscheidend. Dabei stützt GLAUS sich grösstenteils auf die deutsche Lehre.[695]

689 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24.

690 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24.

691 DRUEY, Grundriss, § 12 N 13: «*wenn auf irgendeine Weise erstellt ist, was der Erblasser mit einem (vielleicht ganz rätselhaften) Passus hat ausdrücken wollen [...]. Ein Inhalt ist nur dann nicht durch die Form abgedeckt, wenn er nicht zu den Vorstellungen gehört, die zum Text führen*».

692 EITEL, Der letzte Wille, 283; DERS., successio 2008, 236 mit Hinweis auf DRUEY, Grundriss, § 12 N 13.

693 SEILER, Rz. 572.

694 SEILER, Rz. 572.

695 GLAUS, 183 ff.

Namentlich BREITSCHMID[696], DRUEY[697] und TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO[698] verneinen demgegenüber die Anwendung der Andeutungsregel bei der Ermittlung des hypothetischen Willens ganz. Gemäss BREITSCHMID ist ein Testament ebenso ergänzungsfähig wie formbedürftige schuldrechtliche Rechtsgeschäfte; ein Anhaltspunkt sei für den ergänzten Inhalt nicht erforderlich.[699] DRUEY fordert ebenso, dass der hypothetische Wille auch (ausschliesslich) auf Externa beruhen dürfe.[700] TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO schliessen sich der Auffassung von DRUEY an und stellen fest, dass nur ein *überhaupt nicht* verurkundeter Wille nicht massgeblich sei.[701] 228

Ob formbedürftige Verträge unbeschränkt ergänzend ausgelegt werden dürfen, ist in der allgemeinen schuldrechtlichen Lehre allerdings ebenfalls umstritten: Während bspw. WIEGAND[702] und KRAMER/SCHMIDLIN[703] die Andeutungsregel befürworten und somit für die Ergänzung einen formgültig erklärten Anhaltspunkt in der Urkunde voraussetzen, sind namentlich GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER[704], JÄGGI/GAUCH/HARTMANN[705] und MÜLLER[706] der Meinung, dass die Formvorschriften nur die Regelung des Vertragsinhaltes durch die Parteien beträfen und nicht die richterliche Vertragsergänzung. Das Bundesgericht hat sich, wie in Rz. 73 erwähnt, im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* explizit dieser letzten Betrachtungsweise angeschlossen und die Notwendigkeit eines Anhaltspunktes bei der ergänzenden Auslegung von formbedürftigen Verträgen (so auch Erbverträgen) verneint.[707] 229

696 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24 f. und 30; DERS., Formprobleme, 284.

697 DRUEY, Grundriss, § 12 N 16 f.

698 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 72 Rz. 10 f.

699 BREITSCHMID, Formprobleme, 284 m.w.H. auf GAUCH/SCHLUEP, Rz. 926 b f. (1987). Das Bundesgericht hat diese Auffassung in BGE 127 III 529 E. 3.c bestätigt.

700 DRUEY, Grundriss, § 12 N 16 f.

701 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 72 Rz. 10 f.

702 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 88.

703 BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 260.

704 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1278 f.

705 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 626.

706 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 536.

707 BGE 127 III 529 E. 3.c (mit Hinweis auf GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1278 f. [1998]). Vgl. auch BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4; BGE 133 III 406 E. 3.3.

3.5 Kritische Würdigung der Andeutungsregel

a. Allgemeine Bemerkungen

230 Da das Bundesgericht die Andeutungsregel bereits im Zusammenhang mit der Auslegung von Erbverträgen und schuldrechtlichen Verträgen verworfen hat, beschränken sich die vorliegenden Ausführungen wiederum vornehmlich auf die Auslegung von Testamenten. Die dargestellten Argumente sind aber grösstenteils allgemeiner Natur und lassen sich auch auf (Erb-)Verträge übertragen.

231 Die Andeutungsregel versucht, das materielle Auslegungsergebnis mit den Formvorschriften in Einklang zu bringen. Dieser Zweck wird so allerdings nicht erreicht. Nach der vorliegenden Auffassung muss die Andeutungsregel daher auch bei Testamenten verworfen werden, und zwar aus mehreren Gründen: Einerseits verletzt die Regel das Willensprinzip, da sie den wirklichen Willen umstösst, der nicht im Text angedeutet ist.[708] Bei Anwendung des Willensprinzips darf der Wille allerdings nicht ausschliesslich an die objektiv vorhandene Erklärung geknüpft werden (vgl. bereits zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.).[709] So würde bei einer strengen Umsetzung der Andeutungsregel eine subjektiv geprägte Formulierung, die nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, keinen genügenden Anhaltspunkt in der Verfügung darstellen.[710] Auch falsche Ausdrücke würden nicht als Anhaltspunkt ausreichen, was aber das Prinzip von *falsa demonstratio non nocet* verletzt.[711] Aufgrund dieses Prinzips sowie des allgemeinen Willensdogmas gemäss Art. 18 OR muss man die Form notwendigerweise relativieren bzw. zeigt sich dadurch der im Zweifel zu bejahende Vorrang des Willens gegenüber der Form. Die Andeutungsregel tangiert ansonsten unzulässigerweise die Testierfreiheit, da sie der Umsetzung des erblasserischen Willens Hürden aufstellt.[712]

232 Andererseits läuft die Andeutungsregel darauf hinaus, ausschweifende Texte zu bevorzugen und knappe, sachliche Formulierungen zu benachteiligen.[713] Wenn die

---

708 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 537.

709 GLAUS, 9; BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 2 N 118; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 69; RASELLI, 1265.

710 Vgl. RASELLI, 1266; WELTER, 105 f.

711 Vgl. RASELLI, 1267; REICH, 143 f.; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 73; VON ORELLI, 122; kritisch: STUMPF, 243 f. Dies ergibt sich nach der vorliegenden Auffassung auch aus Art. 469 Abs. 3 ZGB.

712 Vgl. STAGL, 4.

713 PERKAMS, 65 f.; SEROZAN, 13; STUMPF, 248.

verfügende Person etwas für selbstverständlich erachtet und dies nicht ausdrücklich erwähnt, findet sich oft keine Andeutung im Text. Ob ein Anhaltspunkt vorhanden ist oder nicht, ist entsprechend oftmals Zufall.[714] Die Regel an sich ist sehr vage und stellt keine objektiven Kriterien zum Anhaltspunkt auf.[715]

Dem Willensprinzip sowie dem Bedürfnis nach der Berücksichtigung eines individuellen Sprachgebrauchs versucht das Bundesgericht dadurch zu entsprechen, dass es bereits eine konfuse, unvollständige oder sogar negative *Spur* einer Andeutung genügen lässt.[716] Es ist anhand der Bundesgerichtspraxis ebenfalls ersichtlich, dass man das Vorhandensein eines Anhaltspunktes oft erst durch den Beizug von Externa überhaupt klären kann.[717] Der Begriff der *Andeutung* lässt bei so einer unklaren Handhabe allerdings erhebliche Rechtsunsicherheiten entstehen, denn es obliegt dem Gericht zu entscheiden, ob eine solche gegeben ist und diese ausreicht.[718] Die Andeutungsregel führt auch dazu, dass oft ein Anhaltspunkt scheinbar künstlich in den Text hineininterpretiert wird.[719] Dies zeigt sich auch am bekannten Beispiel des vermachten Weinkellers, der aus Jux als «*Bibliothek*» bezeichnet wird:[720] Der individuelle Sprachgebrauch muss dem Willensprinzip zufolge Vorrang haben, doch erscheint es sehr willkürlich, im Wort «*Bibliothek*» einen Anhaltspunkt für den Weinkeller zu sehen.[721] Durch solche tiefen Anforderungen an den Anhaltspunkt wird nach der vorliegenden Auffassung versucht, das Willensprinzip mit der Form in Einklang zu bringen. Diese *lockere* Haltung bringt im Gegenteil aber mehr als deutlich zum Ausdruck, dass dem Anhaltspunkt gar

233

714 SEROZAN, 13.

715 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 236; LEUBA, 32; STAGL, 5.

716 Vgl. den Fall *Unbeliebte Schwester* (BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020), Rz. 97, und den *Chalet-Fall* (BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011), Rz. 99 und 175. Strenger war das Bundesgericht bspw. im Entscheid BGE 69 II 373 E. 1.c f., wo es die Höhe des Vermächtnisses (CHF 30'000) nicht als Anhaltspunkt genügen liess, um mittels Externa herauszufinden, ob dieser Betrag brutto oder netto gemeint war. Vgl. hierzu auch STAGL, 35 m.w.H.

717 Vgl. bspw. BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 6.1 ff. (Fall *Unbeliebte Schwester*, vgl. Rz. 97).

718 LEUBA, 32; STUMPF, 248. Vgl. auch STAGL, 29 ff. und 163 f., der zu Recht zum Ergebnis kommt, dass die Andeutungsregel keine Rechtssicherheit herbeiführe, sondern oftmals nur den Interessen der Erben gerecht werde.

719 LEUBA, 32.

720 DANZ, 209. Siehe hierzu namentlich BREITSCHMID, Formprobleme, 282 mit Fn. 29; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 136 Fn. 246; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 74.

721 Vgl. BREITSCHMID, Formprobleme, 282 mit Fn. 29.

keine grosse Bedeutung zukommen kann. Das Vorhandensein eines Anhaltspunkts bringt somit gar keine Sicherheit, wenn versteckte, vage und zufällige Andeutungen ausreichen, um die Frage der Formkonformität zu beantworten. Solche Andeutungen wahren insofern die mit der Form beabsichtigten Zwecke nicht.[722] Der objektive Wortlaut bietet keine Gewähr für den wirklichen Willen.[723]

234 Versteht man die Andeutungsregel *subjektiv* – was im Sinne des Willensprinzips geboten wäre[724] – ergibt sich die Folge, dass aus Sicht der verfügenden Person ein Anhaltspunkt gegeben sein kann, aus objektiver Sicht aber nicht (so auch beim erwähnten Beispiel der «*Bibliothek*»). Die Andeutungsregel in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheint aber eher einer objektiven Ansicht zu folgen und betrachtet die Anhaltspunkte anhand des allgemeinen Sprachgebrauchs. Damit muss der erblasserische Wille auch beim Testament (unzulässigerweise) einem Empfängerhorizont genügen. Wie RASELLI zu Recht vorbringt, werden somit durch das Andeutungsprinzip auch bei einer willensorientierten Testamentsauslegung «*über die Hintertür*» objektive Auslegungsgrundsätze verwirklicht.[725] Vielmehr sollte entscheidend sein, was die konkrete Person mit ihren gewählten Worten ausdrücken wollte, selbst wenn der subjektive Sinn stark vom objektiven Verständnis des Wortlautes abweicht. Wenn man nun aber eine subjektive Andeutungsregel durchsetzt, so ist dies ein Widerspruch in sich, denn man gibt den Bezug zum objektiven Wortlaut notwendigerweise auf.[726]

235 Die Andeutungsregel vermischt letztlich auch die inhaltliche Auslegung mit der Frage, ob die Formvorschriften eingehalten werden.[727] Wie in Rz. 199 erläutert wurde, folgt die Form aber dem Willen und nicht umgekehrt. «*Nicht die Form, sondern der Wille macht das Testament.*»[728] Die Form kann den Beweis des Wil-

722 REICH, 144 ff.

723 Vgl. GLAUS, 179.

724 Vgl. BREITSCHMID, Formprobleme, 283: «*Entscheidend ist nicht, ob der Auslegende in der Verfügung einen entsprechenden Anhaltspunkt erkennt; der Erblasser muss ganz einfach mit der von ihm gewählten Formulierung das von ihm beabsichtigte Ergebnis ausgedrückt haben wollen; es soll sein Wille geschehen.*»

725 RASELLI, 1266. Vgl. auch STAGL, 30, der die Andeutungsregel als «*stark erklärungstheoretisch ausgerichtet*» betrachtet.

726 STAGL, 172 f. Vgl. ferner BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203.

727 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 537; LEUBA, 32.

728 BREITSCHMID, Formprobleme, 315 mit Fn. 143 m.w.H. auf BGE 116 II 117 E. 7.c.

lens nicht ersetzen.[729] Eine Formprüfung kann dementsprechend erst in einem zweiten Schritt und losgelöst von der inhaltlichen Auslegung erfolgen.[730] Dabei ist *gesamthaft* und dem Einzelfall gerecht zu prüfen, ob der durch Auslegung ermittelte rechtsgeschäftliche Inhalt formgültig geschlossen wurde.[731] «*Die Anerkennung eines erblasserischen Willens, der im Wortlaut des Testaments keine Andeutung findet, braucht daher die Formvorschrift keineswegs ihrer Bedeutung, ihres Zweckes zu berauben*.»[732]

Entscheidend ist demnach, dass der subjektive Wille sich mit einer grossen Wahr- 236
scheinlichkeit feststellen lässt, unabhängig von objektiven Anhaltspunkten.[733] Wenn man allerdings einen vom Wortlaut abweichenden Willen umsetzen will, muss man die abweichende Bedeutung beweisen. Dabei können die Anforderungen an den Nachweis eines vom Wortlaut abweichenden Willens hoch angesetzt werden – je höher, desto weiter weg vom Wortlaut –, womit der Zweck der Beweissicherheit erfüllt wird.[734] Dabei herrscht allerdings kein bestimmtes Beweismass (wie bspw. bei Art. 469 Abs. 3 ZGB).[735] Wie DRUEY zu Recht festhält, ist das Auslegungsergebnis grundsätzlich nur dann nicht von der Form gedeckt, wenn es «*nicht zu den Vorstellungen gehört, die zum Text führen*».[736] Denn auch bei

729 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 196.

730 Vgl. BGE 122 III 361 E. 4; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 197; LEUBA, 33 f.

731 Vgl. BGE 122 III 361 E. 4; BGer 4C.298/2001 vom 12. Februar 2002, E. 1.c; BREITSCHMID, Formprobleme, 279 ff.; HÄSEMEYER, 157.

732 RASELLI, 1266 f.

733 RASELLI, 1267: Entscheidend sei gemäss RASELLI, dass der Erblasser «*mit der von ihm gewählten – gegebenenfalls völlig missglückten – Formulierung das von ihm beabsichtigte Ergebnis ausgedrückt haben will*». Ebenso BREITSCHMID, Formvorschriften, N 197: Weiche der subjektive Wille vom Wortlaut ab, sei er vielleicht «*unzweckmässig*» formuliert, was aber keinen Formverstoss darstelle. «*Es geht nicht darum, nicht zum Ausdruck Gekommenes zu realisieren, sondern das Ausgedrückte richtig zu realisieren*.»

734 Vgl. Staudinger-SINGER, § 133 N 34: «*Da die Andeutungstheorien nur scheinbar Sicherheit gewährleisten, erscheint es vorzugswürdig, offen dort anzusetzen, wo die Unsicherheit ihren Ursprung und Ausgangspunkt hat, also beim Problem des Beweises und der Beweiswürdigung. Für die Urkunde streitet die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit [...]. Diese Vermutung ist zwar widerleglich, aber die Last der Widerlegung obliegt dem, der einen abweichenden Geschäftsinhalt behauptet [...].*»

735 BGE 124 III 414 E. 3.

736 DRUEY, Grundriss, § 12 N 13. Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 24; DERS., Formprobleme, 282 f.

Ablehnung der Andeutungsregel darf das Gericht der verfügenden Person nichts unterschieben.[737]

237 Selbst die Tatsache, dass der Wortlaut naturgemäss das primäre Auslegungsmittel ist, ändert nichts daran, dass das Gericht den Sinngehalt einer Aussage dennoch losgelöst vom Text erforschen muss. Dass eine solche gesamtheitliche Betrachtung nötig ist, zeigt sich auch bei Beispielen wie der *Unbeliebten Schwester*: Nur durch Berücksichtigung des Testamentstextes als Ganzes sowie durch Beizug von Externa konnte das Gericht den Willen der Erblasserin, auch die Nachkommen ihrer Schwester auszuschliessen, verstehen.[738] Die Behauptung, dass sich dieses Ergebnis auch im Sinne der Andeutungsregel vertreten liesse, überzeugt nicht, denn die Formulierung «*Frau E. erbt nichts*» enthält objektiv gesehen keinen Ausschluss der Nachkommen.

238 Die Rechtsprechung und Lehre anerkennen aus den dargelegten Gründen ausserhalb der Auslegung von Testamenten, dass die Andeutungsregel nicht mehr massgeblich ist.[739] Die Ungleichbehandlung von Testamenten und Erbverträgen ist allerdings nicht nachvollziehbar, denn beide Verfügungsformen unterstehen qualifizierten Formvorschriften.[740] Weswegen ein Teil der Lehre die neuere Bundesgerichtspraxis beim Erbvertrag demgegenüber scheinbar kritiklos übernimmt, die Andeutungsregel aber bei Testamenten weiterhin anwendet,[741] ist nach der vorliegenden Auffassung unter diesem Gesichtspunkt nicht konsequent. Auch (oder besonders) bei Testamenten gilt, dass der wirkliche Wille Vorrang vor dessen falscher Erklärung hat. Bei Testamenten existiert ohnehin keine weitere Partei, die geschützt werden muss.[742] Insofern ist es naheliegender, die Andeutungsregel bei der Auslegung von Testamenten aufzugeben. Externa können sodann unbeschränkt bei der Anfechtung eines Motivirrtums,[743] der Konver-

737 Vgl. BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 78.

738 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 6.1 ff. Vgl. Rz. 97.

739 BGE 127 III 529 E. 3.c m.w.H.; bestätigt in BGE 133 III 414 E. 3.3; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4. Kritisch zu BGE 127 III 529 E. 3.c allerdings HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 807.

740 Siehe Rz. 26 ff.

741 So bspw. WOLF/GENNA, SPR IV/1, 399 und 402.

742 Vgl. Rz. 31.

743 Bei der Irrtumsanfechtung ist die Berücksichtigung von Externa essentiell, andernfalls kann das Gericht den irrtumsfreien Willen nicht ermitteln; vgl. Rz. 113. Siehe auch BGE 75 II 280 E. 3; GLAUS, 13 f.; PICENONI, 50; JOOS, 52 mit Fn. 372. JOOS spricht in diesem Zusammenhang davon, dass in Bezug auf die Berücksichtigung von Externa

sion[744], dem Beweis des Fehlens des *animus testandi*[745] und schliesslich der Auslegung der Form selbst beigezogen werden.[746]

Entsprechend wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass man die Andeutungsregel konsequenterweise auch bei der erläuternden Auslegung von Testamenten verwerfen muss. Das Gericht darf somit bei der Ermittlung des wirklichen Willens Externa stets unbeschränkt heranziehen. 239

b. Folgen für die ergänzende Auslegung

Obschon das Bundesgericht die Andeutungsregel bei der ergänzenden Auslegung von Erbverträgen längst verworfen hat,[747] hat es sich, soweit ersichtlich, aber nicht eingehend zu den Gründen geäussert, die konkret gegen die Regel sprechen. Die Rechtsprechung hat in den Urteilen vielmehr direkt auf die Erkenntnisse der schuldrechtlichen Lehre abgestellt, da sie die Auslegung und Ergänzung von Erbverträgen den Verträgen unter Lebenden gleichsetzt.[748] Entsprechend lassen sich den genannten Urteilen auch keine Ausführungen dazu entnehmen, ob die Andeutungsregel bei der ergänzenden Auslegung von Testamenten gleichermassen irrelevant sein kann oder ob sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung der beiden Verfügungsformen sprechen. Diesen Fragen wird im Nachfolgenden nachgegangen. 240

Zunächst ist festzuhalten, dass der hypothetische Wille notwendigerweise nicht ausdrücklich im Text enthalten sein kann, ansonsten gar keine Lücke vorliegt. Dies zeigt sich auch bei der Konversion, bei der die Andeutungsregel abgelehnt wird (vgl. Rz. 140). Ein Anhaltspunkt für den hypothetischen Willen könnte bei einem umzudeutenden Geschäft sowieso meistens nicht vorliegen, denn es gibt in 241

---

eine grosszügigere Auslegungspraxis und somit «*Waffengleichheit*» zwischen der Irrtumsanfechtung und der Auslegung wünschenswert seien.

744 Vgl. Rz. 130 ff.

745 BGE 117 II 142 E. 2.a.

746 So sieht bspw. Art. 520a ZGB explizit die Anwendung von Externa zur Feststellung der zeitlichen Angaben vor; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 520a N 2. Zudem anerkennt das Bundesgericht den unbeschränkten Beizug von Externa bei anderen Auslegungsvorgängen, bspw. bei Art. 510 Abs. 2 ZGB (Beweis des Widerrufs). Siehe hierzu BGE 82 II 513 E. 3 f.; 79 II 36 E. 3; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 509–511 N 7.

747 Vgl. BGE 127 III 529 E. 3.c; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4. Vgl. hierzu Rz. 73 ff.

748 BGE 127 III 529 E. 3.c; BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4.

diesem Fall kein (form)gültiges Geschäft.[749] Auch bei der (destruktiven) Umsetzung des hypothetischen Willens im Rahmen der Anfechtung aufgrund eines Motivirrtums verzichtet die Praxis auf die Beachtung der Andeutungsregel.[750] Dementsprechend kann die Andeutungsregel bei der Ermittlung eines hypothetischen Willens nicht in ihrer klassischen Form Anwendung finden, sondern bedarf zumindest einer gewissen Relativierung. Wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung mehrheitlich zeigt, können zwar auch sehr lockere Verbindungen zum Verfügungstext als Anhaltspunkt genügen. Nichtsdestotrotz stellt sich die Frage, welche Art eines Anhaltspunkts bei der ergänzenden Auslegung möglich und notwendig wäre.

242 Die Lehre und Rechtsprechung in Deutschland setzen bei der ergänzenden Testamentsauslegung eine relativierte Art der Andeutungsregel um.[751] Der BGH stellte in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts[752] fest, dass lediglich die Willensrichtung im Text angedeutet sein müsse.[753] Gemäss dem OLG Köln könne bei einem hypothetischen Willen sowieso per se kein Anhaltspunkt gegeben sein.[754] Entsprechend muss weder der hypothetische Wille noch das Auslegungs-

749 SEILER, Rz. 575; vgl. Rz. 131.

750 Vgl. Rz. 113.

751 BGH, Urteil vom 15. Dezember 1956, IV ZR 238/56, NJW 1957, 421, 422; RG, Urteil 10. Dezember 1931, IV 261/31, RGZ 134, 277, 280; RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 86; HORN/KROISS, § 7 N 132 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 96 ff.; Nieder-KÖSSINGER/NAJDECKI, § 23 N 36.

752 RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 86; so auch RG, Urteil 10. Dezember 1931, IV 261/31, RGZ 134, 277, 280.

753 BGH, Urteil vom 15. Dezember 1956, IV ZR 238/56, NJW 1957, 421, 422: «*Diese von ihm verfolgten Zwecke können, wenn sie im Testament einen irgendwie erkennbaren Ausdruck gefunden haben, es ermöglichen, aus dem Testament eine bestimmte Willensrichtung des Erblassers zu ermitteln, an die die ergänzende Testamentsauslegung anknüpfen kann.*» Siehe ferner MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 97 ff.

754 OLG Köln, Urteil vom 10. November 2008, 2 Wx 38/08, ZEV 2009 241, 242 f.: «*Würde man einen Anhaltspunkt für das Ergebnis der ergänzenden Auslegung im Testament fordern, wäre dies sinnwidrig: Wenn ein solcher Anhaltspunkt im Testament zu finden wäre, hätte der Erblasser die mögliche Entwicklung bereits berücksichtigt, so dass es sich nicht um eine ergänzende, sondern um eine einfache Auslegung handeln würde. Auch für den hypothetischen Willen selbst kann es angesichts der Irrealität dieses Willens keine Andeutung im Testament geben. Dem Formerfordernis ist deshalb bereits dann Rechnung getragen, wenn sich für die Willensrichtung des Erblassers, seine Motivation oder Zielsetzung ein – auch noch so geringer – Anhaltspunkt oder ein – noch so unvollkommener – Ausdruck aus dem Testament selbst ergibt [...].*»

ergebnis selbst angedeutet sein.[755] Die Andeutung beziehe sich nur auf das angestrebte Ziel (die Willensrichtung) einer verfügenden Person, für das diese «*aber infolge der unrichtigen Bewertung der Verhältnisse die falschen Mittel gewählt hat*»[756]. Die Anforderungen an den Anhaltspunkt sind dadurch erheblich tiefer, es reicht gemäss der deutschen Rechtsprechung ein unvollkommener, versteckter oder nur vager Anhaltspunkt in Bezug auf die reale Willensrichtung.[757] Zudem kann das Gericht die Willensrichtung auch anhand von Externa feststellen.[758] Massgeblich bei dieser Lösung in Deutschland ist zudem, dass die Andeutungsregel nicht bei der Auslegungs-, sondern erst bei der Formfrage greift.[759] Somit prüft das Gericht bei der Auslegung des Inhalts erst im zweiten Schritt, ob die Willensrichtungen im Text angedeutet sind und trennt die Auslegungs- von der Formfrage.[760]

---

755 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 97 ff.; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 22.

756 KEIM, 400.

757 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, I-3 Wx 261/11, MittBayNot 2012, 397, 399; OLG Hamm, Urteil vom 6. Januar 2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428; OLG Köln, Urteil vom 10. November 2008, 2 Wx 38/08, ZEV 2009, 241, 242 f.; BayObLG, Urteil vom 25. April 1991, 1 a Z 72/90, NJW-RR 1991, 1094, 1096; HORN/KROISS, § 7 N 135; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 96 ff. Vgl. ferner zur erläuternden Auslegung BGH, Urteil vom 9. April 1981, Iva ZB 6/80, NJW 1981, 1736, 1737 f.; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. August 1999, 14 Wx 44/99, NJWE-FER 2000, 14.

758 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 97: «*Auch verlangt jedenfalls der BGH nicht, dass diese Willensrichtung im Testament enthalten ist, was aus Gründen der Beweissicherheit nicht unvernünftig wäre, aber in der Tat dem weitschweifig abgefassten Testament einen ungerechtfertigten Vorzug verleihen würde. Dass die Willensrichtung anhand des Testaments festzustellen ist, bedeutet, dass beim Testament anzusetzen ist, gestattet aber die Feststellung der Willensrichtung auch dann, wenn sie aus dem Testament selbst nicht unmittelbar hervorgeht*.»

759 BGH, Urteil vom 16. Juli 1997, IV ZR 356/96, NJWE-FER 1997, 252: «*Ziel der Auslegung von letztwilligen Verfügungen ist, ihren rechtlich maßgeblichen Inhalt zu ermitteln. Dabei ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Dafür muß der Richter auch alle ihm aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranziehen. Die Frage, ob der so ermittelte Erblasserwille eine hinreichende Stütze im Testament selbst findet, stellt sich erst danach*.»

760 Einzuräumen ist allerdings, dass eine separate, vorrangige Betrachtung des materiellen Inhalts in der Praxis allenfalls zu unnötigen Beweisaufnahmen führen kann, sowie dazu, dass das Gericht (aufgrund des bereits erzielten Auslegungsergebnisses) eher geneigt ist, einen Anhaltspunkt zu bejahen. In der Praxis wird die Formfrage die Aus-

243 Einzuwenden ist allerdings, dass die Andeutungsregel auch in Deutschland umstritten ist und von einem Teil der Lehre aus grundsätzlich denselben Gründen wie in der Schweizer Lehre abgelehnt wird.[761] Zudem handhaben die deutschen Gerichte das Genügen eines Anhaltspunktes trotz der erwähnten Rechtsprechung des BGH sehr unterschiedlich: Das OLG München stellte in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2013 fest, dass die Willensrichtung als Anhaltspunkt genüge.[762] Auch das OLG Hamm entschied in 2011 noch zugunsten einer sehr abgeschwächten Andeutungsregel und liess die Willensrichtungen als Anhaltspunkt genügen;[763] im Jahre 2013 erliess dasselbe Gericht allerdings einen unklaren Entscheid und liess erkennen, dass das Auslegungsergebnis selbst angedeutet sein müsse.[764] Auch das OLG Frankfurt hat das erstgenannte Urteil des OLG Hamm in einem Entscheid von 2019 kritisiert und festgestellt, dass das Auslegungsergebnis selbst einen Anhaltspunkt haben

---

legungsfrage im Sinne der Andeutungsregel daher wohl weiterhin beeinflussen, weswegen eine Trennung der beiden Fragen nicht immer gelingt. Um unnötige Beweisaufnahmen zu vermeiden, kann dem Vorrang der Formfrage dann zugestimmt werden, wenn man die Formungültigkeit klar in Frage stellt. Siehe HORN/KROISS, § 7 N 80.

761 Als Argumente werden in der deutschen Lehre namentlich vorgebracht, dass die Andeutungsregel nicht mit dem Prinzip *falsa demonstratio non nocet* vereinbar sei, dass Externa stets berücksichtigt werden müssen, dass die Regel zu Rechtsunsicherheiten führe und dass sie die Form- und Auslegungsfrage nicht trenne; vgl. MüKo BGB-BUSCHE, § 133 N 36; HORN/KROISS, § 7 N 72 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 16 ff.; SOERGEL/HEFERMEHL, § 133 N 28; Staudinger-ROTH, § 157 N 12; Staudinger-SINGER, § 133 N 30 ff.

762 OLG München, Urteil vom 13. Juni 2013, 31 Wx 267/12, FGPrax 2013, 177: «*Die ergänzende Auslegung setzt voraus, dass das Testament eine planwidrige Regelungslücke aufweist, die durch den festzustellenden Willen des Erblassers zu schließen ist. Dabei muss aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar sein, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht.*» Ähnlich OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148: «*Sie setzt voraus, dass aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar ist, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht und beruht damit auf dem Erblasserwillen bei Testamentserrichtung*».

763 OLG Hamm, Urteil vom 06. Januar 2011, I-15 Wx 484/10, BeckRS 2011, 4515: «*Wollte man die Andeutungstheorie hingegen so verstehen, dass sich schon das Auslegungsergebnis selbst in der formgerechten Willenserklärung andeuten müsste, würde man der Auslegung, insbesondere der ergänzenden Auslegung Grenzen setzen, die mit der o.a. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht vereinbar wären.*»

764 OLG Hamm, Urteil vom 28. Februar 2013, I-10 U 71/12, DNotZ 2014 60, 66 f. (i.c. scheiterte die ergänzende Auslegung am fehlenden Anhaltspunkt).

müsse.[765] In dieselbe Richtung ging das OLG Schleswig in einem Urteil im Jahre 2013.[766] Auch das OLG Düsseldorf hat einen Anhaltspunkt auf die Willensrichtungen als ungenügend erachtet.[767]

Die deutsche Rechtsprechung zeigt, dass die Andeutungsregel unterschiedlich streng umgesetzt wird. Auch werden ähnliche Fallkonstellationen von verschiedenen Gerichten unterschiedlich beurteilt. So verneinte das OLG Hamm die Ersatzerbeneinberufung der Nachkommen eines begünstigten Geliebten mangels Näheverhältnis i.S.v. § 2069 BGB analog,[768] das BayObLG entschied hingegen genau das Gegenteil und bejahte die Ersatzerbenanordnung auf der Grundlage der weggefallenen Klausel.[769] 244

Die tiefe Anforderung an den Anhaltspunkt verdeutlicht, wie wenig aussagekräftig die Andeutungsregel bei der ergänzenden Auslegung überhaupt ist. Dies zeigt sich auch in der Rechtsprechung, wenn bereits die lückenhafte Anordnung an sich als 245

765 OLG Frankfurt, Urteil vom 23. Oktober 2018, 21 W 38/18, DNotZ 2019, 368, 372 m.w.H. auf die Rechtsprechung des BGH: «*Nach diesseitiger Auffassung ist daher im Rahmen der Andeutungstheorie zu prüfen, ob das Auslegungsergebnis Andeutungen im Inhalt des Testaments findet. Der Auffassung des OLG Hamm, dass hiermit der Auslegung Grenzen gesetzt würden, die nicht mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar seien (OLG Hamm v. 6. 1. 2011 – I-15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428), wird nicht zugestimmt.*»

766 OLG Schleswig, Urteil vom 13. Mai 2013, 3 Wx 43/13, NJW-RR 2013, 906, 908.

767 OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, I-3 Wx 261/11, MittBayNot 2012, 397, 399. Dieses Urteil wird von KEIM als zu streng befunden, denn die Andeutungsregel bedürfe bei der ergänzenden Auslegung ja gerade nur eines Anhaltspunktes bezüglich des Zieles, was in dem Falle gegeben sei. Siehe die Anmerkungen von KEIM, 400.

768 OLG Hamm, Urteil vom 25. März 1976, 15 W 121/75, OLGZ 1977, 260, 264: «*Zwischen der Erblasserin und dem von ihr eingesetzten Vater der Beteiligten zu 1) bis 3) bestand nämlich keine Verwandtschaft, Schwägerschaft oder Ehe, sondern ein Liebesverhältnis. Das legt die Annahme nahe, daß sie ihn nicht lediglich als den ersten seines Stammes, sondern gerade um der engen persönlichen Beziehungen willen als ihren Erben eingesetzt hat.*»

769 BayObLG, Urteil vom 11. Dezember 1992, 1Z BR 84/92, NJW-RR 1993, 459: «*Als dem Erblasser nahestehende Person hat die Rechtsprechung in erster Linie Verwandte und insbesondere seinen Ehegatten angesehen [...]. Zu ihnen kann auch eine ‹Geliebte› des Erblassers gehören [...] und zwar insbesondere dann, wenn es sich um eine tiefergehende und auf eine gewisse Dauer angelegte Beziehung handelt.*»

Anhaltspunkt dient.[770] Wenn aber die Lücke selbst der Andeutungsregel genügt, bedarf es sowieso nie eines anderen Anhaltspunktes. Wie MUSCHELER zutreffend feststellt, scheitert die ergänzende Auslegung – nach diesem Verständnis der Andeutungsregel – nie am Anhaltspunkt,[771] denn das Ziel ist immer irgendwie in der Verfügung erkennbar, zumal nach dem vorliegenden Verständnis der ergänzenden Auslegung keine Lücken i.e.S. geschlossen werden.[772] Würde man hingegen eine Andeutung für das Ergebnis der ergänzenden Auslegung verlangen, würde dies die ergänzende Auslegung geradezu verunmöglichen.[773]

246 Insofern lässt sich auch in der deutschen Rechtsprechung keine einheitliche Praxis erkennen. Obschon sich der Anhaltspunkt gemäss der Rechtsprechung des BGH nur auf das reale Ziel (die Willensrichtung) der verfügenden Person bezieht,[774] setzen einige Gerichte strengere Massstäbe durch. Dies führt weiterhin zu massiver Rechtsunsicherheit. Gemäss HAMMANN zeigen diese Entscheidungen deutlich «*wie dünn das Eis ist, auf dem man sich im Bereich der ergänzenden Testamentsauslegung bewegt und wie wenig berechenbar die Ergebnisse sind*».[775] Auch MUSCHELER stellt fest, dass die Andeutungsregel «*recht beliebig gehandhabt werden kann*».[776]

247 Eine analoge Anwendung einer gemässigten Andeutungsregel *im zweiten Schritt* wäre zwar grundsätzlich auch in der Schweiz umsetzbar, indem erst nach der ergänzenden Auslegung überprüft wird, ob sich die konkreten Willensrichtungen

---

770 BayObLG, Urteil vom 20. Februar 1991, BReg. 1 Z 71/90, BeckRS 2010, 30296: «*Hinsichtlich eines derartigen Anhalts für den hypothetischen Willen des Erblassers können bereits geringe Anhaltspunkte in der Testaments Urkunde als ausreichend angesehen werden. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass in der Urkunde ein Hinweis auf die Person des Ersatzerben enthalten ist. Nach der Anschauung des Gesetzgebers, die vor allem in der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Ausdruck kommt, kann schon in der Einsetzung einer dem Erblasser nahestehenden Person ein der Auslegung fähiger und aus dem Testament hervorgehender Anhalt für den Willen des Erblassers gesehen werden, dass bei Wegfall des Bedachten andere Personen, insbesondere seine Abkömmlinge, an dessen Stelle treten.*» Vgl. auch den Fall *Unbeliebte Schwester* (BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020), Rz. 97.

771 MUSCHELER, N 1872; zustimmend: HAMMANN, 426.

772 Vgl. die Ausführungen zu den anfänglichen Lücken in Rz. 264 ff.

773 Vgl. OLG Köln, Urteil vom 10. 11. 2008, 2 Wx 38/08, ZEV 2009 241, 242.

774 BGH, Urteil vom 15. Dezember 1956, IV ZR 238/56, NJW 1957, 421, 422; HORN/KROISS, § 7 N 132 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 97.

775 HAMMANN, 426.

776 MUSCHELER, N 1875. Siehe hierzu auch OLG Hamm, Urteil vom 6. Januar 2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428.

auf irgendwelche Anhaltspunkte stützen. Dabei wären die Anforderungen an den Anhaltspunkt analog zu der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei der erläuternden Auslegung sehr tief, womit auch eine unklare oder gar versteckte Andeutung der Willensrichtungen ausreichen müsste. Diesbezüglich zeigt nun aber die deutsche Rechtsprechung ganz klar, dass ein so vager Anhaltspunkt die Form gar nicht wahren kann. Wie auch anhand des Falles der *Unbeliebten Schwester* ersichtlich ist, kann ein Anhaltspunkt allein wenig über den dahinterstehenden Willensentschluss aussagen (vgl. Rz. 97).[777] Das Vorhandensein eines so diffusen Anhaltspunktes bietet daher keine Gewähr dafür, dass Formzwecke wie namentlich der Übereilungsschutz oder das Bedürfnis nach Transparenz gewahrt würden.[778] Ein Festhalten an einem Anhaltspunkt kann daher zu einer falschen Sicherheit führen. Wendet man die Andeutungsregel bei der ergänzenden Auslegung an, führt dies wie auch bei der erläuternden Auslegung nur dazu, dass – je nach der Einstellung des Gerichts – so lange ein Anhaltspunkt gesucht wird, bis er sich künstlich irgendwie erkennen lässt.[779]

Dementsprechend muss auch bei der ergänzenden Auslegung von Testamenten ganz auf die Andeutungsregel verzichtet werden. Ist die Verfügung, so wie sie errichtet wurde, als formgültig zu erachten, so ist auch die ergänzende Auslegung von der Formkonformität umfasst.[780] Wie in Rz. 206 ff. dargelegt wurde, ist die Form durch den hypothetischen Willen ohnehin nicht gefährdet, wenn die ergänzende Auslegung nach dem vorliegenden Verständnis umgesetzt wird. So gilt, dass bei der ergänzenden Auslegung nur ergänzend ausgelegt wird, *weil* etwas verfügt wurde. Lücken werden in Ermittlung der bestehenden Willensrichtungen geschlossen; es werden aber keine gänzlich fehlenden Verfügungen nachgeholt.[781] Wie es beispielsweise das OLG Düsseldorf zutreffend beschreibt, «*hält sich auch* 248

---

777 In diesem Urteil schien ein nicht vorhandener Anhaltspunkt zu genügen, siehe BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 6.2.2.

778 Vgl. REICH, 144 f.

779 LEUBA, 40 f. m.w.H. auf RASELLI, 1266.

780 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 625.

781 OLG München, Urteil vom 14. 6. 2010, 31 Wx 151/09, FGPrax 2010, 244, 245 (Erblasserin verfügte nur über einen Bruchteil des Vermögens; die unterlassene Verfügung konnte aber nicht ersetzt werden); OLG München, Urteil vom 19. Dezember 2012, 31 Wx 434/12, NJW-RR 2013, 329, 330 (Ehepaar regelte die Erbfolge bei Erstversterben nicht): «*Die ergänzende Auslegung dient dazu, planwidrige Lücken im Testament durch Anpassung der letztwilligen Verfügung zu schließen, nicht aber dazu, eine unterlassene letztwillige Verfügung zu ersetzen [...]*»; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90. Vgl. ferner Staudinger-ROTH, § 157 N 12.

die ergänzende Testamentsauslegung an den festgestellten Willen des Erblassers und richtet sich vorrangig an den in der Verfügung erkennbaren festgelegten Zielen aus. Sie setzt voraus, dass aus dem Gesamtbild des Testaments selbst eine Willensrichtung des Erblassers erkennbar ist, die tatsächlich in Richtung der vorgesehenen Ergänzung geht und beruht damit auf dem Erblasserwillen bei Testamentserrichtung.»[782] Somit wahrt die ergänzende Auslegung automatisch gewisse Grenzen.[783] Sofern der hypothetische Wille eine *Verlängerung* des angestrebten (formgültig erklärten) Zweckes darstellt, ist die Form folglich gewahrt.[784] Auch im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* (vgl. Fn. 183), wo das Bundesgericht ausdrücklich von der Andeutungsregel absah, war der hypothetische Wille des Ehepaares notwendigerweise im Text angedeutet, denn die Ersatzregel folgte dem grundsätzlichen Ziel des Paares, sich gegenseitig zu begünstigen.[785] Entsprechend kann der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt werden, die die ergänzende Tätigkeit des Gerichts von den Formvorschriften loslöst.[786] Dieses Vorgehen lässt sich auch bei den älteren Bundesgerichtsentscheiden erkennen, bei denen es Testamente (nicht explizit) ergänzend ausgelegt hatte.[787]

249 Dabei ist nach der vorliegenden Auffassung aber eine *subjektive* Betrachtungsweise zentral: Lässt sich ein subjektiver, konkreter hypothetischer Wille feststellen, wird dieser in der Regel einen Anhaltspunkt in der Verfügung haben;[788] findet

---

782 OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 (Fall *Insolventer Tierschutzverein*, vgl. Rz. 279 und 338 sowie Fn. 991).

783 SIEKER, 703.

784 STUDHALTER, Rz. 432, 507; ZK ZGB-ESCHER, Einleitung, N 5; BREITSCHMID, Das Prinzip materieller Höchstpersönlichkeit, 257 mit Fn. 4; HAUSHEER, 55 ff.; BK ZGB-WEIMAR, Einleitung vor 467 N 28; ähnlich zur Konversion WACHENDORF EICHENBERGER, 181. In ähnlicher Weise unterscheidet die stiftungsrechtliche Lehre auch die (ohne Weiteres) zulässige Ergänzung von Lücken in einer Stiftungsurkunde sowie die (restriktive) eigentliche Abänderung des Stiftungszweckes, welche der Genehmigung der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 86 ZGB bedarf. Siehe hierzu BK ZGB-RIEMER, Syst. Teil, N 139.

785 Siehe Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. 1.c.

786 Siehe hierzu Rz. 118 und 206 ff. Vgl. ferner FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 1; WACHENDORF EICHENBERGER, 182.

787 Vgl. Rz. 70 f.

788 WACHENDORF EICHENBERGER, 192. Verfolgte man bei der Erforschung des hypothetischen Willens hingegen einen objektiven Ansatz, so müsste der Formfrage eine grössere Bedeutung zukommen, denn der objektive hypothetische Wille entspringt nicht den erblasserischen Motiven und könnte so nicht automatisch von der Form gedeckt sein (vgl. Rz. 299 ff. zum Verhältnis der subjektiven und objektiven Auslegungsprinzipien).

sich kein Anhaltspunkt für die Motive und Willensrichtungen, kann in erster Linie gar kein subjektiver hypothetischer Wille vorliegen.[789] Es dürfte nach dem vorliegenden Verständnis also gar nicht vorkommen, dass ein durch Wortlaut und Externa ermittelter, subjektiver hypothetischer Wille sich nicht einmal in einer geringen Spur im Wortlaut finden lässt.[790] Die lückenhafte Verfügung dient nämlich stets als Grundlage – oder wenn man so will, als *Anhaltspunkt* – für die Auslegung.[791] Das praktische Problem, einen subjektiven hypothetischen Willen zu finden – zumal die verfügende Person bereits verstorben ist und keine Aussagen mehr machen kann – darf nicht mit der Formfrage vermischt werden.[792]

Indem der hypothetische Wille zudem nur dann massgeblich ist, wenn er sich mit einer grossen Wahrscheinlichkeit erkennen lässt (vgl. Rz. 314), ist dem Bedürfnis nach zweckmässiger Beschränkung der ergänzenden Auslegung nach der vorliegenden Auffassung Genüge getan. Zudem gilt weiterhin, dass auch das auslegende Gericht formungültige Klauseln nicht für gültig befinden kann, denn ansonsten würden die Formvorschriften völlig aus den Angeln gehoben. So konnte das Bundesgericht im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung* (vgl. Fn. 183) auch nicht entscheiden, dass die erbrechtliche Anordnung trotzdem gültig ist – obschon der Parteiwille dahingehend wohl zweifellos feststand.[793] 250

Nach der vorliegenden Auffassung gilt somit auch bei der ergänzenden Auslegung von Testamenten, dass die Andeutungsregel nicht massgeblich sein kann. 251

§ 11 Fazit zum dritten Teil

Die Untersuchungen im dritten Teil dieser Arbeit haben gezeigt, dass die Lehre und Rechtsprechung bereits diverse Instrumente im Erbrecht anerkennen und anwenden, die allesamt den hypothetischen Willen erforschen und (wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung) umsetzen. Namentlich anerkennt das Bundesgericht die Möglichkeit der modifizierten Teilungültigkeit bei Erbverträgen, wobei 252

789 Ähnlich: HRUBESCH-MILLAUER/LENGACHER, 1184 Fn. 102.

790 VON ORELLI, 122.

791 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 214.

792 BGE 127 III 529 E. 3.c; STUMPF, 188; CHK OR-KUT, Art. 18 N 22; vgl. auch BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 284.

793 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, 809.

es sogar dazu überging, nicht vitiöse Teile zu modifizieren. Dasselbe geschieht bei der Konversion, die ebenfalls (form)ungültige Verfügungen aufrechterhält. Auch die ergänzende Auslegung wird mittlerweile bei Erbverträgen angewendet. Diese Entwicklung wurde bei Testamenten bislang zwar offengelassen, aber auch nicht explizit verneint. Demgegenüber wird auch bei Testamenten seit Jahrzehnten die Möglichkeit einer Konversion bejaht.

253 Aus den vorangehenden Ausführungen lässt sich zudem die Erkenntnis gewinnen, dass die dargestellten Instrumente – (modifizierende) Irrtumsanfechtung, Konversion sowie die clausula – erhebliche Überschneidungen aufweisen und sich nicht eindeutig abgrenzen lassen. Wie dargelegt, können aufgrund der genannten Überschneidungen auch einige Anwendungsfälle der Konversion sowie der modifizierten Teilungültigkeit unter die ergänzende Auslegung subsumiert werden. Anerkennt man bei Testamenten die Möglichkeit der Konversion einzelner Testamentsklauseln, so muss dies auch für die modifizierte Teilungültigkeit und die ergänzende Auslegung im Allgemeinen gelten. Auch die clausula, dank welcher nachträglichen Veränderungen begegnet werden kann, lässt sich nur schwer vom Tatbestand einer nachträglichen Lücke bei der ergänzenden Auslegung abgrenzen. Entsprechend stellt die *ergänzende Auslegung* einen weiten Begriff dar, der eben nicht nur die Feststellung des hypothetischen Willens bei der Auslegung beinhaltet. Nichtsdestotrotz befürwortet ein Teil der Lehre sowie besonders die Rechtsprechung gerade im Bereich der Testamente nur einen Teil dieser Prozesse, was aber zu praktischen Diskrepanzen führt. Aufgrund der Gleichbehandlung der Verfügungsformen und im Sinne des *favor testamenti* ist es hingegen angezeigt, im Erbrecht von der allgemeinen Zulässigkeit der konstruktiven Umsetzung des hypothetischen Willens auszugehen.

254 Wie dieser Teil der Arbeit ebenfalls aufgezeigt hat, stehen die Charakteristika der Verfügungen von Todes wegen der Anwendung einer ergänzenden Auslegung nicht entgegen. Bei der Untersuchung des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit hat sich ergeben, dass sie keine starren Voraussetzungen an den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen stellt. Über die Zeit wurde die materielle Höchstpersönlichkeit sodann lockerer ausgelegt, und nun werden auch Verfügungen als zulässig erachtet, die nur *genügend bestimmbar* sind, aber dennoch gewisse Unvollständigkeiten enthalten. Sodann hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur ergänzenden Auslegung von Erbverträgen gezeigt, dass sich das Höchstpersönlichkeitsprinzip problemlos mit der ergänzenden Auslegung vereinen lässt und somit auch die Anordnungen der von Todes wegen verfügenden Personen ergänzungsfähig sind. Dabei liegt das Augenmerk der Konformität auf dem

in der Verfügung ersichtlichen Zweck, welchen die entsprechenden Personen selbst äussern müssen. Ferner wurde dargelegt, dass die Formvorschriften nach dem Formzweck und nicht zu streng auszulegen sind. Es ist angezeigt, die Formprüfung von der Auslegungsfrage zu trennen und stets eine einzelfallabhängige Betrachtungsweise einzunehmen. Sofern der Zweck der Verfügung irgendwie aus dieser selbst hervorgeht, ist das Formprinzip durch die ergänzende Auslegung nicht tangiert. Es wird dementsprechend auch der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt, dass die Formvorschriften bei der richterlichen ergänzenden Auslegung nicht mehr als massgeblich zu betrachten sind.

Auch die aus den Formvorschriften entstandenen Eindeutigkeits- und Andeutungsregeln wurden kritisch durchleuchtet. Die Eindeutigkeitsregel hat keinen Bestand, da es keinen absolut klaren Wortsinn gibt und sie die Auslegung unzulässigerweise beschränkt. Durch die Ablehnung der Eindeutigkeitsregel wird die ergänzende Auslegung überhaupt ermöglicht, denn bei ihrer Anwendung könnten keine Lücken entgegen einem klaren Wortlaut der Verfügung gefüllt werden.[794] Auch die Andeutungsregel ist für die ergänzende Auslegung von grosser Relevanz. Wendet man die Andeutungsregel nämlich (streng) an, verunmöglicht dies die Umsetzung des hypothetischen Willens, da dieser ja eben nicht formgerecht ausgedrückt wird.[795] Wie mehrfach ausgeführt wurde, wurde die Andeutungsregel vom Bundesgericht bei Erbverträgen bereits aufgegeben. Bei Testamenten ist nach der vorliegenden Auffassung aber ebenfalls darauf zu verzichten, da sie namentlich keine Sicherheit dafür bietet, dass der *wirkliche* Wille umgesetzt wird. Sodann führt die Andeutungsregel zu erheblicher Rechtsunsicherheit, da ihre Voraussetzungen nicht definiert sind – dies hat auch die deutsche Rechtsprechung gezeigt. Durch die Aufgabe der Andeutungsregel ist der Beizug von Externa auch bei der ergänzenden Auslegung unbeschränkt zulässig.[796] Die konkrete Umsetzung der ergänzenden Auslegung wird nachfolgend in den Rz. 306 ff. näher erläutert. 255

[794] So auch DRUEY, Grundriss, § 12 N 16.

[795] BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 25 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 96; HORN/KROISS, § 7 N 132.

[796] RASELLI, 1267.

Teil 4:

Anwendung der ergänzenden Auslegung im Erbrecht

§ 12 Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung im Erbrecht

1. Allgemeine Definition der Lücke

Privatrechtliche Rechtsgeschäfte sind immer in gewisser Hinsicht unvollständig, denn es gelingt den Parteien selten, eine Materie umfassend, d.h. mit allen sich (in der Zukunft) stellenden Fragen, zu regeln.[797] Entsprechend wichtig ist es für die rechtliche Massgeblichkeit solcher Rechtsgeschäfte, dass man gewissen Unvollständigkeiten mittels ergänzender Auslegung begegnen kann.[798] Die ergänzende Auslegung wird meist als «*Lückenfüllung*» bezeichnet, da nach dem allgemeinen Verständnis nur bei einer Lücke Raum für eine Ergänzung besteht.[799] Man muss den Begriff der Lücke aber notwendigerweise definieren und abgrenzen, ansonsten die ergänzende Auslegung geradezu *ausufern* würde. 256

Im Vertragsrecht liegt eine Lücke dann vor, wenn eine Frage regelungsbedürftig ist, die Parteien dazu aber keine (vollständige) Regelung getroffen haben.[800] Die Vertragslücke kann dabei bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden haben.[801] 257

797 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 551.

798 Dies wird, wie erwähnt, bereits im Bereich der Schuldverträge sowie namentlich bei Stiftungsgeschäften, Dienstbarkeitsverträgen und Grundbucheinträgen anerkannt. Vgl. Rz. 44.

799 HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 223; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 539 ff.; STUMPF, 168; vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29 f.; LEUBA, 34. Vgl. zur Abgrenzung der Art der Lückenfüllung im Schuldrecht BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 67.

800 BGer 9C_454/2016 vom 9. März 2017, E. 6.6.1 m.w.H.: «*Eine Vertragslücke liegt vor, wenn die Parteien eine Rechtsfrage, die den Vertragsinhalt betrifft, nicht oder nicht vollständig geregelt haben.*» Vgl. auch BGE 115 II 484 E. 4.a; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 61.

801 Die Parteien müssen sich aber immerhin in Bezug auf die objektiv wesentlichen Punkte geeinigt haben, ansonsten der Vertrag mangels Konsenses nicht zustande gekommen ist, was die Vertragsergänzung grundsätzlich ausschliesst, vgl. BGE 119 II 347 E. 5; GAUCH, 228 f.; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 223; OFK OR-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 18 N 16; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 85 f.; differenzierter ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 620 ff.

258 Entscheidend ist, dass die Lücke nicht beabsichtigt ist (*Planwidrigkeit*).[802] Haben die Parteien eine Sache hingegen bewusst nicht geregelt, obschon sie die Regelungsbedürftigkeit erkannt haben, liegt i.d.R. qualifiziertes Schweigen und keine Lücke vor.[803] Ebenfalls liegt keine Lücke vor, wenn zwingendes Recht zur Beantwortung des Problems anwendbar ist.[804] Der Lückenbegriff im Vertragsrecht lehnt sich an denjenigen der Gesetzesauslegung an.[805] Auch im Stiftungsrecht[806] sowie bei Dienstbarkeiten[807] werden Lücken gleichermassen als *planwidrige Unvollständigkeit* definiert.

259 Gemäss Art. 18 OR i.V.m. Art. 7 ZGB lassen sich Lücken auch im Bereich der Verfügungen von Todes wegen durch *Unvollständigkeit* und *Planwidrigkeit* charakterisieren.[808] Eine Lücke im Erbvertrag oder im Testament ist demnach ebenfalls eine planwidrige Unvollständigkeit und liegt vor, wenn die verfügende Person bzw. die Erbvertragsparteien eine regelungsbedürftige Sache planwidrig nicht (abschliessend) geregelt haben.[809] Bei Erbverträgen muss die Lücke bei allen Parteien vorliegen.[810]

---

802 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 65. Die Voraussetzung der Planwidrigkeit gilt namentlich auch für Lücken im Stiftungsgeschäft, vgl. VON ORELLI, 140 f.; und bei der Auslegung einer Dienstbarkeit, vgl. BGE 131 III 345 E. 2.2.2.

803 Die Planwidrigkeit bezieht sich auf den Zeitpunkt, in dem die Regelungsbedürftigkeit erkennbar ist. So kann eine Angelegenheit von den Vertragsparteien bei Vertragsschluss bewusst nicht geregelt worden sein, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht relevant erschien; ergibt sich nach einiger Zeit aber, dass der Punkt trotzdem regelungsbedürftig gewesen wäre, so ist die Lücke dennoch als planwidrig zu bezeichnen. Vgl. GAUCH, 221 f.; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 544; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 451.

804 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 547; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 450; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 65.

805 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 62; vgl. zu Gesetzeslücken BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 27 f.

806 VON ORELLI, 140 f.

807 BGE 131 III 345 E. 2.2.2; vgl. eingehend zum Thema ESCHMANN, 114 f.

808 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251 f.; und auch in der deutschen Rechtsprechung und Lehre wird eine Lücke gleichermassen definiert, vgl. OLG Köln, Urteil vom 14. Mai 2010, 2 U 159/09, BeckRS 2010, 30783; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 86; STUMPF, 171.

809 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251; STUMPF, 169.

810 Vgl. HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 223; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 544.

Eine Lücke erkennt man durch vorgängige erläuternde Auslegung. Hierbei ist aber nicht nur der Wortlaut, sondern das Rechtsgeschäft gesamtheitlich zu betrachten, andernfalls liessen sich die Lücken nicht von der bewussten Wahl der gesetzlichen Erbfolge abgrenzen.[811] Eine Lücke liegt entsprechend dann nicht vor, wenn etwas bewusst nicht geregelt wurde, da man sich auf die subsidiär anwendbare gesetzliche Erbfolge beruft. Das Kriterium der Planwidrigkeit ist im Erbrecht daher besonders relevant, da bei Verfügungen von Todes wegen als *Rückfallebene* automatisch (und bewusst gewählt) die gesetzliche Erbfolge eintritt.[812] Planwidrig ist die Lücke nur, wenn sie bei Kenntnis der vollständigen, richtigen Sachlage nicht offengelassen, sondern eine Regelung getroffen worden wäre.[813] Im Übrigen liegt auch dann keine Lücke vor, wenn eine Frage durch zwingendes Recht beantwortet wird[814] oder sich bereits durch erläuternde Auslegung eine Antwort finden lässt (allenfalls unter Beizug von Externa oder Auslegungshilfen)[815]. Ebenfalls keine Lücke ist eine vorhandene und vollständige Regelung, die lediglich (für die Hinterbliebenen) ungerecht oder überraschend wirkt und so in deren Augen *lückenhaft* oder unbillig ist.[816] Massgeblich ist stets die Sichtweise der verfügenden Person(en). 260

Im Zusammenhang mit der Planwidrigkeit stellt sich bei Testamenten allerdings die Frage, wie man deren jederzeitige Widerrufbarkeit werten muss. GRUNDLER bringt im Zusammenhang mit der Anwendung der clausula bei Testamenten vor, dass eine verfügungsfähige Person das Testament zu Lebzeiten stets widerrufen könne, weswegen nur Veränderungen nach dem Tode zur Anrufung der clausula 261

811 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 86: «*Das Vorhandensein einer Lücke kann nicht schematisch auf Grund des Wortlauts festgestellt werden. Sonst wären auch alle jene Testamente als lückenhaft anzusehen, in denen der Erblasser bewusst nur über einen Teil seines Nachlasses Verfügungen von Todes wegen getroffen hat. [...] Vielmehr ist eine wertende Beurteilung erforderlich, um den grundsätzlichen Vorrang der gewillkürten Erbregelung zu wahren. Die Betrachtung muss beim Gesamtbild des Testaments ansetzen und fragen, ob sich die getroffenen Verfügungen angesichts der damit verfolgten Ziele als lückenhaft darstellen. In Übernahme eines zur Gesetzesinterpretation entwickelten Begriffs empfiehlt es sich, die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit zu bezeichnen.*»

812 Vgl. LANGE/KUCHINKE, 787; STUMPF, 174.

813 BREITSCHMID, Formprobleme, 284; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251; STUMPF, 171.

814 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 65.

815 Vgl. hierzu Rz. 48 ff. und 323 ff.

816 Vgl. LEUBA, 37.

legitimieren.[817] Reagiere die verfügende Person zu Lebzeiten nicht auf die Veränderung, akzeptiere sie damit diese Veränderung.[818] Dieser Auffassung wird für das vorliegende Verständnis der Planwidrigkeit grundsätzlich zugestimmt: Ist erkennbar, dass eine Person die Lücke im Testament erkannte, aber dennoch nicht neu verfügte, kann dieses Untätigbleiben als Indiz, resp. Externum[819], gegen die Planwidrigkeit gedeutet werden.[820] So kann die Auslegung diesfalls ergeben, dass der ursprüngliche Wille die Veränderung bereits umfasst und somit keine Lücke vorliegt.[821] Allerdings muss jeweils der Einzelfall entscheidend sein, denn selbst wenn die Person nach einer Veränderung noch Jahre leben sollte, nimmt sie allenfalls nicht mehr alle Veränderungen bewusst wahr bzw. kann mangels Verfügungsfähigkeit vielleicht nicht mehr reagieren. Insofern ist es nach der vorliegenden Auffassung stets entscheidend, ob der ursprüngliche Wille die Veränderungen tatsächlich umfasst oder nicht, was z.B. bei Veränderungen kurz nach der Errichtung eher der Fall ist.

262 Ein späterer Wille ist allerdings generell nur dann massgeblich für die ergänzende Auslegung, wenn dieser sich auf den ursprünglich geäusserten bezieht und diesen somit weiterführt; gänzlich neue Willensentschlüsse sind für die ergänzende Auslegung irrelevant.[822] So dient die ergänzende Auslegung nicht dazu, den ursprünglich geäusserten Willen an einen späteren Willen anzupassen.[823] Entscheidend ist bei der ergänzenden Auslegung nämlich nur, was die verfügende Person zum Zeitpunkt der Errichtung gewollt hätte, hätte sie die Veränderungen vorhergesehen resp. alle Umstände gekannt.[824]

263 Man unterscheidet die Lücken ferner in anfängliche und nachträgliche Lücken, abhängig davon, ob sie vor oder nach der Verfügungserrichtung entstanden sind.[825] Diese Arten von Lücken werden nachfolgend näher betrachtet.

---

817 GRUNDLER, 143; so auch LÜDI, 203.

818 GRUNDLER, 143.

819 Vgl. Rz. 329 f.

820 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 104.

821 Vgl. LÜDI, 203.

822 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 102.

823 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 102 und 104: «*Der spätere Wille gewinnt also nur Bedeutung, wenn er sich als bruchlose Weiterführung der ursprünglichen Motivation darstellt, nicht, wenn es sich um einen neu gefassten Willen handelt*.»

824 BREITSCHMID, Formprobleme, 284.

825 HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 251; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 86 ff.

2. Anfängliche Lücken

Eine anfängliche Lücke liegt gemäss dem allgemeinen Verständnis dann vor, wenn die Verfügung etwas *nicht* oder *nicht vollständig* enthält, d.h. von Anfang an eine Anordnung fehlt.[826] Solche Lücken sind inhaltliche Unvollständigkeiten, die aber nicht auf Formulierungsschwierigkeiten, Verschriebe oder dergleichen gründen, sondern darauf, dass etwas nicht in der Verfügung enthalten ist.[827] Fraglich ist, wie weit solche anfänglichen Lücken überhaupt gefüllt werden können, zumal dies dazu führen könnte, dass das Gericht unzulässigerweise neue Inhalte in die Verfügung einfügt. 264

Bei der Ergänzung von Schuldverträgen ist es dem Gericht nur erlaubt, gewisse anfängliche Lücken zu füllen.[828] Wie das Bundesgericht feststellt, darf die Vertragsergänzung nicht dazu führen, grundsätzlich Neues in den Vertrag einzufügen und ein «*zufälliges Element zu ergänzen, das er nicht enthält*».[829] Entsprechend ist die Vertragsergänzung insoweit beschränkt, als dass sie eine Ausformung dessen ist, «*was die Parteien mit dem Vertragsabschluss im Prinzip gewollt, aber damals nicht in jeder Hinsicht bedacht, oder zwar bedacht, aber nicht (übereinstimmend) entschieden haben*».[830] Die Vertragsergänzung orientiert sich also stets am bestehenden Vertragsgegenstand; Lücken, die über den *abgesteckten Rahmen* hinausgehen, sind nicht ergänzungsfähig.[831] Die Vertragsergänzung dient somit nicht dazu, den Vertragsgegenstand zu erweitern.[832] Sodann ist die Ergänzung nach der h.L. und bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei objektiv wesentlichen Punkten grundsätzlich ausgeschlossen, da diesfalls i.d.R. der Konsens fehlt.[833] Die Ergän- 265

---

826 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 554 f.

827 HORN/KROISS, § 7 N 107; LEUBA, 34; vgl. auch STUMPF, 173 f.

828 So kann das Gericht beispielsweise eine unvollständige Kündigungsregelung in einem Mietvertrag ergänzen, siehe BGE 115 II 484 E. 4.

829 BGE 93 II 272 E. 2.

830 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 558.

831 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 557; MüKo BGB-BUSCHE, § 157 N 56; HK BGB-DÖRNER, § 157 N 5: «*Da eine ergänzende Vertragsauslegung nur ‹weiße Flecken› im Vertragsgefüge ausfüllt, darf sie sich nicht über die vom Parteiwillen gezogenen Grenzen hinwegsetzen*» m.w.H. auf BGH, Urteil vom 1. Februar 1984, VIII ZR 54/83, NJW 1984, 1177; ähnlich auch FLUME, 326.

832 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 611.

833 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 620 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 86. Zu objektiv wesentlichen Punkten vgl. BGer 4C.155/2004 vom 6. Juli 2004, E. 2.2: «*Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfassen den unentbehrlichen Ge-*

zung von formbedürftigen Verträgen ist gemäss der neueren Rechtsprechung im gleichen Masse wie bei formfreien möglich.[834]

266 Diese Schranken müssen nach der vorliegenden Auffassung auch bei Verfügungen von Todes wegen gelten. Die ergänzende Auslegung von Verfügungen von Todes wegen darf keine *gar* nicht getroffene Verfügung ersetzen.[835] Sie kann keinen neuen Zweck einfügen, der so nicht bereits festgehalten wurde. Ergänzende Auslegung ist immer noch Auslegung.[836] Das Nachholen einer gar nicht verfügten Anordnung kann dementsprechend weder der formellen und materiellen Höchstpersönlichkeit,[837] noch der Formgebundenheit[838] genügen. Unabhängig von der (vorliegend abgelehnten) Andeutungsregel gilt nämlich auch bei der ergänzenden Auslegung, dass ausgelegt wird, *weil* verfügt wurde.[839] Unzulässig ist demnach das Ergänzen einer Anordnung, die als solche *gänzlich* fehlt. Das kann namentlich dann vorkommen, wenn ein Testamentsentwurf versehentlich nicht vollständig in die richtige Abschrift übernommen wird oder wenn die verfügende Person es vergisst, eine geplante Anordnung zu treffen. Wenn in so einem Fall bspw. ein Vermächtnis ganz vergessen ging, kann das Gericht dieses nicht mehr nachholen. Angesichts der Formvorschriften sowie des Höchstpersönlichkeitserfordernisses ist nämlich in solchen Fällen i.d.R. keine Ergänzung möglich.[840] Zudem liesse sich

---

schäftskern, das heisst die Elemente, die nach den Umständen ein sinnvolles Ganzes darstellen [...].»

834 Dementsprechend auch ohne einen Anhaltspunkt im Vertrag, siehe BGE 127 III 529 E. 3.c; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 625 f.; a.M. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 88.

835 OLG München, Urteil vom 19. Dezember 2012, 31 Wx 434/12, NJW-RR 2013, 329, 330: «*Die ergänzende Auslegung dient dazu, planwidrige Lücken im Testament durch Anpassung der letztwilligen Verfügung zu schließen, nicht aber dazu, eine unterlassene letztwillige Verfügung zu ersetzen [...].*»; vgl. auch BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203; PraxKomm ZGB-ZEITER, Vorb. zu Art. 467 ff. N 46.

836 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 30; DERS., Formvorschriften, N 203 m.w.H.

837 Vgl. Rz. 166 ff. Siehe auch GLAUS, 188; LEUBA, 39. Auch in Deutschland gelten diese Konstellationen nicht als ursprüngliche Lücken, siehe BeckOK BGB-LITZENBURGER, § 2084 N 43 m.w.H.: «*Das Selbstbestimmungsgebot des § 2065 [...] kann nicht durch ergänzende Auslegung außer Kraft gesetzt werden [...].*»

838 Vgl. Rz. 188 ff. Siehe auch GLAUS, 188.

839 BREITSCHMID, Formvorschriften, N 203; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 82. Vgl. zu den zulässigen ursprünglichen Lücken auch MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90.

840 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90 f. Zwar liesse sich der Testamentsentwurf als Externum betrachten, um den erblasserischen Willen zu erhellen. Nichtsdestotrotz fehlt in diesem Fall das Auslegungsobjekt an sich, da eben keine formgültige Verfügung

der hypothetische Wille in diesen Fällen wohl nicht mit genügender Sicherheit feststellen.

Entsprechend ist der Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung nur dann eröffnet, wenn zwar eine Anordnung besteht, diese die Lage aber nicht abschliessend regelt.[841] Ergänzt wird somit lediglich ein fehlendes Element.[842] Eine zulässige anfängliche Lücke stellt zum Beispiel der Fall dar, wenn Umstände, die zur Zeit des Vertragsabschlusses unbekannt waren, eine an sich vorhandene Regelung lückenhaft machen. Das lässt sich am Beispiel des Falles *Modifizierte Meistbegünstigung* illustrieren: Hier hat das Gericht die Liegenschaften trotz anderslautender ehevertraglicher Klausel wieder aus dem Gesamtgut herausgenommen, um die beabsichtigte Begünstigung der eigenen Familie zu erreichen. Diese Begünstigung wurde aufgrund der Formungültigkeit der erbrechtlichen Anordnung nicht mehr vollständig erreicht. Der von den Parteien vorgegebene Rahmen, der Zweck (die Begünstigung durch Zuweisung der Liegenschaften), wurde vom Gericht nicht verlassen.[843] Auch im Fall *Langlebige Mutter*[844] hatten die Parteien das gemeinsame Ziel, die jeweiligen Erben gleich zu begünstigen, was durch das unerwartete Überleben der Mutter nachträglich lückenhaft wurde. Der Zweck wurde dann dank neuer, ausführender Mittel gewahrt, es wurden aber wiederum keine neuen Verpflichtungen geschaffen. 267

Dasselbe muss auch bei der ergänzenden Auslegung von Testamenten gelten: Wenn bspw. die begünstigte Person schon im Zeitpunkt der Verfügungserrichtung vorverstorben ist, dieser Umstand der verfügenden Person aber nicht bekannt ist, würde die Lücke wiederum innerhalb eines bestehenden Rahmens vorliegen und die Frage nach einem Ersatzerben diese Zwecksetzung nicht verlassen. Dies zeigen die Fälle *Enterbter Neffe* und *Schwester Emma*.[845] 268

besteht. Dasselbe kann auch vorliegen, wenn ein Teil der Verfügung formungültig ist und der formgültige Teil deswegen lückenhaft erscheint; die Lücke kann durch Beizug des formungültigen Teils als Externum erläuternd ausgelegt werden. So in BGE 131 III 601 E. 3.2, wo der maschinengetippte Teil des Testamentes ungültig war, aber Aufschluss über den an sich gültigen handschriftlichen Teil gab.

841 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90.

842 Staudinger-OTTE, Vorb. zu §§ 2064 ff. N 79 m.w.H. auf KIPP, 142.

843 Vgl. Fn. 183.

844 In diesem Fall lag aber eine nachträgliche Lücke vor, vgl. Rz. 332 ff.

845 Siehe bspw. die Fälle *Enterbter Neffe* (BGE 56 II 254; vgl. Rz. 277) und *Schwester Emma* (BGE 64 II 186; vgl. Rz. 276). Vgl. ferner MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 91.

269 Zulässig können anfängliche Lücken aufgrund des Gesagten dann sein, wenn die Verfügung beispielsweise den Kreis der Berechtigten, die Vermögensgegenstände oder Quoten nicht exakt benennt.[846] Wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung gezeigt hat, kommen solche anfänglichen Lücken auch oft vor.[847] Sie können der vorliegenden Auffassung nach aber nur geschlossen werden, wenn die Auslegung sich mit dem Prinzip der materiellen Höchstpersönlichkeit sowie der Form vereinbaren lässt (vgl. Rz. 166 ff.). Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der Zweck einer Anordnung nicht genügend von der verfügenden Person selbst geäussert wird.[848] Daher ist es bei Verfügungen von Todes wegen zu Recht unzulässig, eine Entscheidung – wie beispielsweise die Bestimmung einer begünstigten Person – an Dritte zu delegieren, ohne sachliche Kriterien aufzustellen.[849] Zulässige anfängliche Lücken sind also nur solche, in denen sich die lückenhafte Anordnung wie beim *Chalet-Fall* (vgl. Rz. 99 und 175) dank Kriterien ergänzen lässt, die die verfügende Person selbst aufgestellt hat.[850] Ein gesetzliches Anwendungsbeispiel für eine zulässige lückenhafte Anordnung ist ferner Art. 539 Abs. 2 ZGB, denn auch dieser Konversionsfall setzt voraus, dass der Kreis der Begünstigten von der betroffenen Person selbst genügend umschrieben wird.[851] Nichtsdestotrotz werden auch hier die *ausführenden Mittel* vom Gericht festgelegt.[852]

270 Ob man ein solches Auslegungsergebnis letztlich der ergänzenden Auslegung oder der erläuternden zuschreiben will, ist allerdings nicht immer eindeutig zu beantworten.[853] Wie in Rz. 98 dargelegt wurde, lassen sich die beiden Auslegungsarten oft nur schwer abgrenzen resp. ist es nicht klar, ob ein solcher Wille *hypothetisch* oder *wirklich* ist. Nach der vorliegenden Auffassung stellen die beschriebenen Fälle grundsätzlich keine Anwendungsfälle der ergänzenden Auslegung dar, zumindest sofern die aufgestellten Kriterien so eindeutig sind, dass die Konkretisierung zu einem unzweifelhaften Ergebnis führt. In diesen Fällen wird der wirkliche Wille der Person ausgelegt. Sofern die Kriterien allerdings mehr Spielraum lassen,

---

846 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90.

847 Vgl. Rz. 173 ff.

848 Vgl. Rz. 173 ff.

849 Vgl. DRUEY, Grundriss, § 8 N 23; GLAUS, 188. Vgl. zu unzulässigen Fällen der «*Unentschlossenheit*» der verfügenden Person BeckOK BGB-LITZENBURGER, § 2065 N 8.

850 DRUEY, Grundriss, § 8 N 26; vgl. eingehend LÜDI, 40 f.

851 BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 539 N 13.

852 Vgl. WACHENDORF EICHENBERGER, 181 ff.

853 Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 90.

verschwimmt diese Abgrenzung.[854] Die Unterscheidung solcher Lücken ist nach der vorliegenden Auffassung aber letztlich von geringer Praxisrelevanz, denn einerseits greifen die erläuternde und die ergänzende Auslegung ineinander und andererseits zeigen diese Fälle nur umso deutlicher auf, dass auch die ergänzende Auslegung bereits praktiziert wird und ein Bedarf danach besteht.

3. Nachträgliche Lücken

3.1 Allgemeines

Den Hauptanwendungsfall der ergänzenden Auslegung stellen vermutungsweise die Lücken dar, die sich erst *nach* der Verfügungserrichtung ergeben.[855] 271

Eine nachträgliche Lücke entsteht namentlich dann, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände nach der Verfügungserrichtung geändert haben und sich der Verfügung keine (passende) Regelung entnehmen lässt, die die neue Sachlage erfasst.[856] Aufgrund der höheren Lebenserwartung des Menschen und des schnellen gesellschaftlichen Wandels können sich zwischen der Errichtung der Verfügung und dem Tode namentlich Gesetzesänderungen,[857] Veränderungen in den Vermögensstrukturen und den persönlichen Beziehungen der verfügenden Person und ihres Umfelds oder Veränderungen der Wirtschaftslage, Krieg usw. 272

854 Wie in Rz. 99 und 175 ausgeführt wurde, ist am Beispiel des *Chalet*-Falls (BGer 5A_850/2010 vom 4. Mai 2011) erkennbar, dass der Erblasser zwar selbst Kriterien zur Bestimmung der Töchter aufgestellt hatte, diese aber durchaus einen gewissen Spielraum zur Bestimmung liessen.

855 HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 251.

856 OLG München, Urteil vom 19. Dezember 2012, 31 Wx 434/12, NJW-RR 2013, 329, 330; HAMMANN, 421; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 87; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 14; STUMPF, 171.

857 So wird auch die am 1. Januar 2023 in Kraft getretene Revision des Erbrechts, die namentlich Änderungen des Pflichtteilrechts nach sich zieht, bei früher errichteten Verfügungen zu Auslegungsproblemen führen. Obschon Art. 16 Abs. 3 SchlT ZGB festlegt, dass jeweils das zum Todeszeitpunkt geltende (Pflichtteils)recht massgeblich ist, können sich auf der Ebene des erblasserischen Willens durchaus Fragen dazu ergeben, ob mit einer Zuwendung des Pflichtteils bestimmte Quoten gemeint sind oder stets das gesetzlich erlaubte Minimum. Vgl. hierzu BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 15/16 SchlT ZGB N 5 ff.

ergeben.[858] Die einmal getroffene Anordnung passt oftmals nicht mehr zu den geänderten Rahmenbedingungen.[859] Da Testamente und Erbverträge meist einige Zeit vor dem Ableben verfasst werden, ist es praktisch unmöglich, dass man zum Zeitpunkt der Erstellung bereits alle zukünftigen Umstände des Ablebens erkennt bzw. potenzielle Änderungen vorhersieht. Der letzte Wille stellt meistens nicht buchstäblich den wirklich *letzten* Willen dar, sofern eine Verfügung von Todes wegen nicht möglichst kurz vor dem Ableben verfasst wird.[860] Dies ist insbesondere bei Erbverträgen selten der Fall.[861]

3.2 Zeitpunkt des Eintritts

273 Im Zusammenhang mit nachträglichen Lücken drängt sich die Frage auf, bis wann man eine nachträgliche Veränderung noch im Rahmen der ergänzenden Auslegung berücksichtigen kann. Anders als anfängliche Lücken können sich nachträgliche Lücken nämlich zu einem beliebigen Zeitpunkt nach der Verfügungserrichtung ergeben resp. ersichtlich werden. Eine unbeschränkte Beachtung solcher nachträglichen Lücken kann im Sinne der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes der Hinterbliebenen aber nicht möglich sein.[862] Massgeblich ist daher der Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Anordnung, da sich ab diesem Zeitpunkt Rechtsfolgen ergeben.[863] Für die ergänzende Auslegung relevant sind daher grundsätzlich nur die Lücken, die im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Verfügung bestehen, was i.d.R. der Todeszeitpunkt ist.[864] Verfügungen von Todes wegen entfalten üblicherweise in diesem Zeitpunkt ihre Wirkung und der Nachlass fällt aufgrund der Universalsukzession an die Erbinnen und Erben.[865] Aspekte, die nach dem Wirksamkeitszeitpunkt auftreten, sind auch grundsätzlich gar nicht mehr von der ursprünglichen Willensbildung erfasst und somit für die ergänzende Auslegung

---

858 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 29; DERS., Formvorschriften, N 204; HAMMANN, 421; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 39 ff.; STUMPF, 171 f.

859 Vgl. BREITSCHMID, Höchstpersönlichkeit, 257.

860 Vgl. BREITSCHMID, Formvorschriften, N 204.

861 EITEL, Der letzte Wille, 277.

862 HAMMANN, 423; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 131.

863 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 131.

864 GLAUS, 116; HORN/KROISS, § 2 N 95; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 131 ff.; Staudinger-OTTE, Vorb. zu §§ 2064 ff. N 87 f.; STUMPF, 172. A.M. SIEKER, 712 f.

865 Art. 560 Abs. 1 ZGB. Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 131.

irrelevant.[866] Zu dieser allgemeinen Regel gibt es allerdings einige Ausnahmen, so bspw. bei Vermächtnissen (spätere Fälligkeit)[867], Willensvollstreckungen[868], Auflagen und Bedingungen (Fälligkeit resp. Zeitpunkt der Erfüllung/des Eintritts)[869] und Nacherbeneinsetzungen[870], welche noch nach dem Todestag Wirkungen entfalten.[871] Ebenfalls möglich ist es, dass bei vertraglichen Pflichten in einem Erbvertrag einzelne Leistungen bereits vor dem Tode der einen Partei wirksam werden.[872] Zur Bestimmung des Wirksamkeitszeitpunktes sowie der Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung ist stets eine Einzelfallabwägung notwendig.[873]

3.3 Beispiele

Da nachträgliche Lücken (vermutungsweise) den Hauptanwendungsfall der ergänzenden Auslegung darstellen, werden im Folgenden einige Anwendungsbeispiele näher erläutert. Bei dieser Betrachtung werden auch bundesgerichtliche Urteile miteinbezogen, die eine ergänzende Auslegung zwar teilweise verneint hatten, aber dem Grundsatz nach zumindest die Thematik der nachträglichen Lücke anerkannten. Sodann wird zum Teil die deutsche Rechtsprechung vergleichsweise hinzugezogen, welcher sich eine Fülle von Urteilen zur ergänzenden Auslegung entnehmen lässt. 274

866 STUMPF, 210.

867 BGH, Urteil vom 25. Januar 1971, III ZR 171/67, BeckRS 1971, 105646, Rn. 18 f.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 132; Nieder-KÖSSINGER/NAJDECKI, § 23 N 32.

868 Vgl. HAMMANN, 423; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 132; SOERGEL/LORITZ, § 2084 BGB N 41.

869 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 132; SOERGEL/LORITZ, § 2084 BGB N 41.

870 GLAUS, 116; HAMMANN, 423; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 132; Nieder-KÖSSINGER/NAJDECKI, § 23 N 32.

871 OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. September 2019, 11 W 114/17, NZFam 2019, 1000, 1006 m.w.H. auf die Rechtsprechung: «*Der ergänzenden Testamentslauslegung steht nicht entgegen, dass das vom Erblasser nicht vorhergesehene Ereignis nach dem Erbfall liegt. Nach der Rechtsprechung ist eine ergänzende Testamentsauslegung auch dann möglich, wenn sich die Ereignisse erst nach dem Erbfall ändern*.»

872 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 495 N 6; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 208 f.

873 HORN/KROISS, § 7 N 111.

a. Änderungen innerhalb des Begünstigtenkreises

275 Wird eine Person in einer Verfügung bedacht, verstirbt sie aber noch vor dem Erbfall, stellt sich die Frage, ob an ihrer Stelle jemand anders als Ersatzerbin oder Ersatzerbe gelten soll. Liegt keine Ersatzverfügung[874] vor, kann sich hier eine Lücke ergeben.

276 Das Bundesgericht hat solche Fälle in der Vergangenheit sehr unterschiedlich beurteilt. In BGE 64 II 186 (Fall *Schwester Emma*) war die als Alleinerbin eingesetzte Schwester der Erblasserin vorverstorben, weswegen fraglich war, ob deren Kinder als Ersatzerben galten. Das Bundesgericht verneinte i.c. eine ergänzende Auslegung mit Hinweis auf Art. 542 ZGB und die für eine Ersatzbestimmung notwendige Andeutung im Text.[875] Bemerkenswert ist in diesem Urteil aber gleichwohl die grundsätzliche Bereitschaft des Bundesgerichts zur Berücksichtigung eines Sinnes, der dem Wortlaut gewissermassen zuwiderlief (was zu dieser Zeit nicht gewöhnlich war, siehe Rz. 67 ff.).[876] Ebenfalls abgelehnt hat das Bundesgericht in BGE 50 II 332 ein Ersatzvermächtnis zugunsten der Nachkommen eines

---

874 Siehe Art. 487 ZGB. Art. 487 ZGB gilt sowohl bei Wegfall einer eingesetzten als auch einer gesetzlichen Erbin sowie bei Wegfall eines Vermächtnisnehmers, vgl. BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, Art. 487 N 2 m.w.H. Ist keine Ersatzverfügung ersichtlich, so fällt dieser Teil gemäss Art. 481 Abs. 2 ZGB (analog) wieder an die übrigen Erbinnen und Erben oder bei einem Vermächtnis zugunsten der belasteten Person dahin (Art. 543 Abs. 2 ZGB). Siehe BGE 64 II 186, S. 187 ff.; BOSSHARDT/HRUBESCH-MILLAUER/UMMEL, 1175; vgl. ferner BSK ZGB II-SCHWANDER, Art. 543 N 7 f.; OFK ZGB-STUDHALTER, Art. 487 N 1. Demgegenüber kommen bei gesetzlichen Erbinnen und Erben Eintrittsrechte zur Anwendung, siehe Art. 457 Abs. 3 ZGB, Art. 458 Abs. 3 ZGB und Art. 459 Abs. 3–5 ZGB. Diese Eintrittsrechte gelten aber nicht bei der gewillkürten Erbfolge, vgl. BGE 64 II 186, S. 187 ff.

875 BGE 64 II 186, S. 189: «*Wollte aus weitern, ausserhalb des Testamentes liegenden Äusserungen des Testators und den Begleitumständen etwas anderes abgeleitet werden, so wäre dies nicht mehr Auslegung, sondern Ergänzung der letztwilligen Verfügung, die unzulässig ist.*»

876 BGE 64 II 186, Regeste: «*Die Ersatzverfügung für den Fall des Vorabsterbens des eingesetzten Erben oder Vermächtnisbedachten braucht nicht in einer ausdrücklichen Bezeichnung eines Ersatzbegünstigten zu bestehen; es genügt auch, wenn sich die Ersatzbegünstigung nur mittelbar, aber ‹aus der Verfügung› nachweisen lässt.*»

bereits vorverstorbenen Stiefbruders, wiederum insbesondere aus dem Grunde, da der Text keine solche Anordnung enthielt.[877]

Im Fall BGE 56 II 254 (*Enterbter Neffe*) war die Enterbung eines geistig eingeschränkten Neffen nicht mehr durch den ursprünglichen Willen der Erblasserin gedeckt, da die anderen zu begünstigenden Personen alle vorverstorben waren. Das Bundesgericht sah in diesem Fall über den eigentlich klaren Wortlaut des Ausschlusses sowie der fehlenden Ersatzbestimmung hinweg.[878] Es legte den Ausschluss des Neffen so aus, dass dieser nur gelte, wenn für den Neffen sonst gut gesorgt werde (die Enterbung sei gemäss dem Bundesgericht also bedingt); da diese Bedingung nach dem Vorversterben der übrigen Familienmitglieder nicht mehr erfüllt wurde, fiel sie dahin.[879] Obschon hier allenfalls ein Irrtum über einen künftigen Sachverhalt oder ein Tatbestand der clausula vorlag, äusserte sich das Bundesgericht dazu oder zur ergänzenden Auslegung mit keinem Wort, sondern ging sogar von «*une simple question d'interprétation du testament*» aus.[880] Hingegen handelte es sich in diesem Fall nach der vorliegenden Auffassung vielmehr um die Erforschung eines hypothetischen Willens, denn die Ersatzbegünstigung des Erben war mit keinem Wort erwähnt.[881] Jedenfalls bestätigte das Bundesgericht die Möglichkeit, den Zweck einer Verfügung über den Wortlaut zu stellen, wenn sich nachträgliche familiäre Veränderungen ergeben.[882] Auch im Fall *Unbeliebte Schwester* hat das Bundesgericht einen Ausschluss der übrigen Familienmitglieder geprüft und schliesslich unter Erforschung des hypothetischen Willens 277

877 BGE 50 II 332 E. 3. Das Bundesgericht hielt auch fest, dass die fehlende Bezeichnung der Nachkommen des vorverstorbenen Bruders nicht i.S.v. Art. 469 Abs. 3 ZGB berichtigt werden könne.

878 BGE 56 II 254 E. 5.

879 BGE 56 II 254 E. 5. Die Bedingung war allerdings nicht als solche formuliert, siehe dazu GLAUS, 53 ff.

880 BGE 56 II 254 E. 5.

881 Die Erblasserin hatte im Gegenteil für den Fall des Vorversterbens der eingesetzten Erbinnen und Erben verfügt, dass diesfalls deren Nachkommen eintreten und für die Pflege des Neffen zu sorgen hätten. Vgl. BGE 56 II 254, S. 255, Sachverhaltsbeschreibung.

882 BGE 56 II 254 E. 5. Das Bundesgericht anerkannte, dass die Erblasserin ihren Neffen nur aufgrund seiner mentalen Krankheit und nicht *auf jeden Fall* ausschliessen wollte. Der Zweck des Ausschlusses bestand vielmehr darin, das Vermögen u.a. ihrer Schwester zu geben, damit diese den Neffen pflegen konnte. Vgl. BK ZGB-WEIMAR, Art. 481 N 7.

verneint.[883] Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Bereitschaft gezeigt, den Ausschluss von weiteren Erben auch bei einer gewissermassen fehlenden Anordnung genügen zu lassen.[884]

278 Solche Veränderungen können auch bei Erbverträgen eintreten, wie das Beispiel *Langlebige Mutter* zeigt: Die Parteien hatten das Überleben der Mutter einer der Parteien nicht bedacht, weswegen eine nachträgliche Lücke entstand (vgl. hierzu Rz. 332 ff.). Das Bundesgericht füllte die Lücke, indem es den Pflichtteil der Mutter zweckgemäss an die Seite ihres Sohnes anrechnete.[885]

279 In der deutschen Rechtsprechung gilt das Vorversterben einer bedachten Person als typischer Anwendungsfall der ergänzenden Auslegung.[886] In so einem Fall ermittelt das Gericht, ob der ursprüngliche erblasserische Wille nur die Begünstigung der genannten Person (bspw. aufgrund der innigen Beziehung) oder allenfalls auch deren Familie mitumfasst.[887] In den Fällen, in denen die weggefallenen Erbinnen und Erben keine Nachkommen,[888] aber nahe Angehörige sind oder in einem sehr engen Verhältnis zur verfügenden Person stehen, kann die ergänzende Auslegung zur Ersatzeinberufung der Nachkommen der weggefallenen Person führen.[889] Dies gilt bspw. bei der Begünstigung der Lebenspartner, der Stiefkinder,

---

883 Vgl. Rz. 97.

884 BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 5.3.2. Vgl. zu diesem Urteil die Besprechung von ZEMP GSPONER, Ersatzwillensvollstrecker-Klauseln, 251.

885 BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.5

886 Siehe bspw. OLG Nürnberg, Urteil vom 30. September 2009, 14 U 2056/08, ZEV 2010, 411, 414; BayObLG, Urteil vom 19. Dezember 1996, 1Z BR 107/96, NJW-RR 1997, 517, 519. Vgl. hierzu MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 110 ff. m.w.H.

887 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2069 N 38 m.w.H.

888 Bei Nachkommen ist § 2069 BGB anwendbar: «*Hat der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht und fällt dieser nach der Errichtung des Testaments weg, so ist im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden.*»

889 Vgl. zum Beispiel OLG München, Urteil vom 11. Juni 2018, 31 Wx 294/16, FGPrax 2018, 231, 233; OLG München, Urteil vom 13. Juni 2013, 31 Wx 267/12, FGPrax 2013, 177, 178 f.; BayOblG, Urteil vom 19. April 2000, 1 Z BR 43/99, ZEV 2001, 24, 25; OLG Karlsruhe, Urteil vom 18. August 1992, 4 W 24/92, NJW-RR 1992, 1482; BayOblG, Urteil vom 16. Mai 1988, 1 Z 47/87, NJW 1988, 2744 f.; RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 83 ff. Die h.L. und Rechtsprechung verneint hierbei aber eine analoge Anwendbarkeit von § 2069 BGB, vgl. OLG Hamm, Urteil vom 12. Juni 2001, 15 W 127/00, BeckRS 2006, 4644; HAMMANN, 427; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2069 N 38 ff.

Geschwister oder der Schwiegertochter/des Schwiegersohnes.[890] Das Reichsgericht hatte die ergänzende Auslegung in so einem Fall bereits in einem Urteil im Jahre 1920 bejaht und die Kinder der vorverstorbenen Person als Ersatzerben qualifiziert.[891]

Auch das Hinzutreten von weiteren Personen mit gleichem verwandtschaftlichem oder sonstigem Verhältnis kann zu einer ähnlichen Lücke führen.[892] In gleicher Weise können ferner unerwartete persönliche Entwicklungen innerhalb der Familie nachträgliche Lücken hervorrufen. Das OLG Düsseldorf erachtete bspw. die spätere Entwicklung des Sohnes (geistige Beeinträchtigung), der als uneingeschränkter Erbe eingesetzt war, grundsätzlich als Regelungslücke.[893] Sodann können sich auch Veränderungen der Begünstigten ergeben, wenn diese keine natürlichen, aber juristischen Personen sind. Ein solches Urteil erging vor dem OLG Düsseldorf, das als Ersatzerben eines zwischenzeitlich in Insolvenz befindlichen Tierschutzvereins dessen Nachfolger bezeichnete. Es betrachtete die Begünstigung der Tiere als massgeblichen Zweck der testamentarischen Anordnung und nicht die Begünstigung der juristischen Person selbst.[894] Dies zeigt im Übrigen der Fall des *Grütlivereins* (vgl. Rz. 70). 280

---

890 HAMMANN, 427 m.w.H.

891 RG, Urteil vom 22. April 1920, IV B 2/20, RGZ 99, 82, 86 f. Vgl. dazu auch KIPP, 141.

892 BayObLG, Urteil vom 4. April 1991, BReg. 1a Z 78/90, BeckRS 2010, 30314; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 114.

893 OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, I-3 Wx 261/11, MittBayNot 2012, 397, 398 f. (i.c. aber mangels Erkennbarkeit des hypothetischen Willens und mangels Andeutung verneint).

894 Siehe den Fall *Insolventer Tierschutzverein* (OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147). Das Gericht bejahte die Ersatzbegünstigung, obwohl die besagte Begünstigungsklausel wie folgt lautete (mit Hervorhebung), vgl. ZEV 2017, 147, Sachverhalt: «*Zu meinem Alleinerben berufe ich das Tierheim ... Kleve e.V., ... in ... Kranenburg-Mehr.* ***Einen Ersatzerben*** *möchte ich für den Fall des Erlöschens des Vereins vorerst* ***nicht bestimmen***.» Das Gericht stellte aber fest, dass der Erblasser klar die Tiere begünstigen wollte, und nicht den Verein, siehe Rn. 20 ff.: «*Mithin ist das notarielle Testament des Erblassers auslegungsbedürftig. Der Erblasser hat die zwischen Testamentserrichtung und Eintritt des Erbfalls eingetretenen Veränderungen weder vorausgesehen noch sonst bedacht. Dies gilt insbesondere für die Tatsache, dass bei einer Alleinerbschaft des im Testament genannten Vereins und heutigen Insolvenzschuldners der Nachlass nicht (mehr) den Tieren im Tierheim in der Keekener Strasse zugutekäme, sondern ausschließlich den Gläubigern des Insolvenzschuldners. [...] Mit Zuwendungen an juristische Personen will der Erblasser regel-*

281 Bei der Schliessung einer solchen Lücke sowie bei der ergänzenden Auslegung im Allgemeinen kommen dem Gesamtkontext der Verfügung und den Externa grosse Bedeutung zu.[895] Voraussetzung ist, dass «*[n]ach der Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung [...] anzunehmen sein [muss], dass er die Ersatzerbeneinsetzung gewollt hätte, sofern er vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätte*».[896] Lässt sich eine solche Willensrichtung nicht feststellen, bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge.[897] Im Sinne der in Deutschland massgeblichen Andeutungsregel genügt gemäss der deutschen Rechtsprechung bereits die ursprüngliche Begünstigungsanordnung als Anhaltspunkt für die Ersatzbegünstigung.[898]

b. Änderung der Beziehung zu einer Person

282 Wenn sich die Beziehung zu einer begünstigten Person nachträglich verändert oder diese ein unerwartetes Verhalten an den Tag legt, kann sich die erblasserische Anordnung als nicht mehr passend erweisen. Solchen Veränderungen trug das Bundesgericht im bereits erwähnten Fall *Grütliverein* Rechnung, indem es die unerwartete spätere Neuformation durch ergänzende Auslegung regelte (vgl. Rz. 70).[899]

283 In BGE 94 II 88 (*Familienunternehmung*) beurteilte das Bundesgericht einen Fall, in welchem sich die Besitz- und Machtverhältnisse innerhalb einer Unternehmung

---

mäßig nicht die juristische Person um ihrer selbst willen, sondern den Zweck fördern, dem die juristische Person dient. Nimmt eine andere juristische Person die Aufgaben der bedachten und nicht (mehr) bestehenden juristischen Person wahr, entspricht es daher in der Regel dem Erblasserwillen, dass sie als Trägerin der zu fördernden Aufgabe Zuwendungsempfängerin sein soll [...] So liegt der Fall hier.» Vgl. zu diesem Fall auch Rz. 338 sowie Fn. 991.

895 OLG München, Urteil vom 11. Juni 2018, 31 Wx 294/16, FGPrax 2018, 231, 233.

896 OLG München, Urteil vom 13. Juni 2013, 31 Wx 267/12, FGPrax 2013, 177, 178 m.w.H.

897 OLG München, Urteil vom 13. Juni 2013, 31 Wx 267/12, FGPrax 2013, 177, 177 f.

898 Vgl. BayObLG, Urteil vom 19. April 2000, 1 Z BR 43/99, ZEV 2001, 24, 25: «*Der erforderliche Ansatzpunkt für die Auslegung im Sinne einer Ersatzberufung kann die Zuwendung an eine dem Erblasser nahe stehende Person selbst sein; es bedarf keiner weiteren Andeutung eines auf die Ersatzberufung gerichteten Erblasserwillens, insbesondere keines Hinweises auf die Person des Ersatzerben im Testament [...]*.» Vgl. zur Andeutungsregel Rz. 221 ff.

899 BGE 46 II 225 (*Grütliverein,* Rz. 70); gl.M. GLAUS, 64 f.; PICENONI, 70.

entgegen den erblasserischen Vorstellungen nachträglich veränderten: Der von der Leitung der Gesellschaft testamentarisch ausgeschlossene Sohn erlangte nach der Verfügung dank Aktienkäufen die Mehrheit der Aktien, weswegen sich bei der Auslegung die Frage stellte, ob der ursprüngliche Ausschluss auch weiterhin gelte. Das Gericht kam zum Schluss, dass die Ausschlussklausel (Auflage) die neue Sachlage nicht erfasste, weswegen sie hinfällig war.[900] Was der Erblasser alternativ angeordnet hätte, hätte er die Entwicklungen vorhergesehen, liess sich allerdings nicht ermitteln.[901] Das Bundesgericht anerkannte immerhin, dass nachträgliche Veränderungen zu einem Auslegungsergebnis führen können, das den Wortlaut der Anordnung umstösst.

In der deutschen Rechtsprechung lassen sich einige ähnliche Fälle finden: In einem Fall vor dem BGH hatte eine Erblasserin ihrer Nichte ein monatlich zu bezahlendes Vermächtnis zugeteilt mit den Worten, «*daß sie für ihren Jungen die gute Erziehung ermöglicht*».[902] Da die Nichte später den eigenen Sohn («*ihren Jungen*») versucht hatte zu töten, stand die Lückenhaftigkeit des Testaments im Raum und die Möglichkeit des Wegfalls des Vermächtnisses.[903] Wie dieses Urteil zeigt, kann das Gericht bei unerwartetem Verhalten einer begünstigten Person mittels ergänzender Auslegung eine (resolutive) Bedingung so auslegen, dass die Begünstigung wieder entfällt.[904] 284

In einem anderen Fall vor dem BayObLG führte die unerwartet eingetretene Krankheit des einen Erbvertragspartners zu einer ergänzenden Auslegung in dem Sinne, dass der vertragliche Änderungsvorbehalt trotz anderslautender Regelung bereits zu Lebzeiten eine Änderung zuliess.[905] 285

---

900 BGE 94 II 88 E. 8. Vgl. hierzu BREITSCHMID et al., S. 285 f. Rz. 90. PIOTET, 209, sieht in diesem Urteil einen Anwendungsfall der clausula. A.M. GLAUS, 57 f.

901 BGE 94 II 88 E. 8.

902 BGH, Urteil vom 21. März 1962, V ZR 157/61, NJW 1962, 1058, Sachverhaltsbeschreibung.

903 BGH, Urteil vom 21. März 1962, V ZR 157/61, NJW 1962, 1058, 1059 ff. Der Fall wurde letztlich aber zur Neubeurteilung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

904 Vgl. HAMMANN, 425.

905 BayObLG, Urteil vom 09. November 1995, 1Z BR 31/95, MittBayNot 1996, 112, 114: «*Das Landgericht hat das Ergebnis seiner Auslegung damit begründet, daß es den Ehegatten darum gegangen sei, bis zum Tod des Erstversterbenden eine Änderung der Schlußerbfolge nur aufgrund gemeinsamer Willensbildung beider Ehegatten zu ermöglichen. Es habe der Interessenlage der Ehegatten entsprochen, jedenfalls zu ihren Lebzeiten Einfluß auf diese Entscheidung zu haben. Den Fall, daß einer der Ehegatten*

c. Änderung der Rechtslage

286 Auch Gesetzesrevisionen gelten als Umstände, die eine nachträgliche Lücke entstehen lassen können.[906] So bspw. Änderungen des Erbrechts selbst.[907]

287 In einigen älteren Urteilen hat das Bundesgericht die Anpassung einer Anordnung an das revidierte Gesetz abgelehnt, hierbei aber immerhin geprüft, ob das alte Recht dem erblasserischen Willen noch gerecht wurde. In BGE 45 II 17 (*Neuenburger Zivilgesetz*) anerkannte das Bundesgericht eine Lücke aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesrevision. Da das kantonale Erbrecht durch das ZGB abgelöst wurde und die vom Erblasser erwähnten gesetzlichen Erbinnen und Erben nach neuer Regelung nicht mehr dieselben waren, stellte sich die Frage, welche Personen nun gemeint waren.[908] Das Bundesgericht berücksichtigte bei der Auslegung den Zeitpunkt des Testaments (1911) und stellte fest, dass der Erblasser damals Kenntnis von der kommenden Revision gehabt haben musste und somit erkannte, dass sein Nachlass einst vom revidierten Recht geregelt werden würde. Demnach sei seine Anordnung unter der neuen Gesetzeslage zu verstehen.[909] Externa (wie bspw. eine Zeugenaussage) zog das Gericht soweit ersichtlich aber nicht heran.[910] In BGE 46 II 213 (*Graubündner Zivilgesetz*) stellte sich dieselbe Frage, nämlich, ob die Begünstigung der Ehefrau anlässlich der zwischenzeitlich eingetretenen Gesetzesrevision auszuweiten sei.[911] Das Bundesgericht verneinte schliesslich die Anpassung an die unter neuem Recht grössere Verfügungsfreiheit,

---

zwar noch lebt, aus gesundheitlichen Gründen aber nicht mehr in der Lage ist, an dieser Willensbildung teilzunehmen, haben die Eheleute nicht bedacht. [...] Die erforderliche ergänzende Vertragsauslegung ergibt, daß die Ehegatten dem Überlebenden eine Änderung der Schlußerbeneinsetzung noch zu Lebzeiten des Erstversterbenden jedenfalls dann gestattet hätten, wenn der Erstversterbende aus gesundheitlichen Gründen auf Dauer gehindert war, an einer solchen Änderung mitzuwirken.». Das Gericht stellte in diesem Urteil wiederum fest, dass als Anhaltspunkt bereits der Änderungsvorbehalt als solcher ausreiche (S. 113 f.). Zur Andeutungsregel vgl. Rz. 221 ff.

906 FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 14 m.w.H.

907 BGer 5C.183/2003 vom 9. Dezember 2003, E. 2 f.; HAMMANN, 422 m.w.H.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 128.

908 Der Erblasser hatte seine Erbinnen und Erben nur als «*héritiers légaux*» bezeichnet, siehe BGE 45 II 17, S. 19.

909 Zudem habe der Erblasser durch seine offene Formulierung die spätere Eingrenzung ohnehin dem Gesetz – und zwar jenem zum Zeitpunkt seines Versterbens, also dem ZGB – überlassen. Siehe BGE 45 II 17, S. 20 f.

910 BGE 45 II 17, S. 20 f.

911 BGE 46 II 213 E. 3.

da der Wortlaut und der Gesamtkontext gegen die Ausweitung sprachen.[912] Das Bundesgericht zog bei der Ermittlung zwar Externa (bspw. das Verhältnis des Erblassers zur Ehefrau) bei, betonte aber die Notwendigkeit des «*in gesetzlicher Form zum Ausdruck gebrachten Abänderungswillen[s]*».[913]

288 In einem Fall aus dem Jahre 1983 vor dem Obergericht Zürich (*Kantonaler Pflichtteilsschutz*) verneinte das Zürcher Obergericht die Möglichkeit der ergänzenden Auslegung hinsichtlich einer nach Testamentserrichtung eingetretenen Reduktion des Pflichtteilsrechts.[914] Das Obergericht kam zum Schluss, dass die Erblasserin ihre Schwester nur auf den Pflichtteil setzen wollte; dass sie ihr allenfalls alles entziehen wollte, sei so nicht im Testament erkennbar. Das Obergericht verneinte dabei explizit die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung.[915]

289 In BGer 5C.183/2003 (*Erbrechtsrevision*) legte das Bundesgericht schliesslich einen unter altem Eherecht geschlossenen Ehe- und Erbvertrag aus. In diesem Fall kam die Frage auf, ob der Erblasser seiner Ehefrau in Kenntnis des neuen Erbrechts mehr zugewendet hätte.[916] Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der Erblasser die Ehefrau nicht mehr als die Nachkommen begünstigen wollte, weswegen ihre Quote nicht erhöht werden sollte.[917]

---

912 BGE 46 II 213 E. 3: «*Uebrigens hätte er ja Gelegenheit und Veranlassung gehabt nach Inkrafttreten des ZGB oder schon vorher sein Testament dem neuen Recht anzupassen. Aus dem Gutachten Calonder musste er schon 1910 mit aller Deutlichkeit ersehen, dass für 1912 eine Erweiterung der Verfügungsfreiheit bevorstehe. Trotzdem liess er es bei der einmal gewählten Formulierung bewenden. Dieses Verhalten legt den Schluss nahe, dass er die Zuwendung an seine Frau von ⅕ des Ererbten, von ½ des Errungenen und der Nutzniessung am Rest als genügend betrachtete.*»

913 BGE 46 II 213 E. 3.

914 Urteil des Obergerichtes Zürich, vom 3. November 1982, in: ZR 82/1983, 170.

915 Urteil des Obergerichtes Zürich, vom 3. November 1982, in: ZR 82/1983, 172: «*Der Richter kann sich nicht zum Testator erheben und seiner Auslegung das zugrunde legen, was der Erblasser allenfalls erklärt hätte, wenn er einen künftigen Umstand (hier die Gesetzesänderung) gekannt hätte. Er darf nicht das Testament ergänzen, mit der Begründung, für den Fall einer Aufhebung des Pflichtteilsrechts der Geschwister habe der Erblasser seiner Schwester überhaupt nichts zukommen lassen wollen. So ist denn auch ein besonderes Motiv des Erblassers dafür, der Rekurrentin – falls rechtlich möglich (wie vorliegend nach Wegfall des Pflichtteilsrechts der Geschwister) – überhaupt nichts zukommen zu lassen, nicht aktenkundig und von der Gegenpartei auch nicht behauptet worden.*»

916 BGer 5C.183/2003 vom 9. Dezember 2003, E. 2.2.1.

917 BGer 5C.183/2003 vom 9. Dezember 2003, E. 2.2.2 f.

290 Ähnliche Beispiele ergaben sich in Deutschland namentlich anlässlich der deutschen Wiedervereinigung: Oftmals wurde Vermögen in der DDR nicht im Testament erwähnt oder an Personen in der DDR vermacht, da man die Wiedervereinigung nicht erwartet hatte. Nach 1990 wurde das Vermögen wieder verfügbar und hatte meist gar eine Wertsteigerung erfahren, weswegen sich die Frage stellte, ob die Verfügung ergänzend ausgelegt werden kann.[918]

291 Dieselben Auslegungsfragen werden sich auch mit der am 1. Januar 2023 in Kraft getretenen Erbrechtsrevision stellen,[919] weswegen es empfehlenswert ist, die Gründe und Ziele erblasserischer Anordnungen sowie den genauen Umfang einer Begünstigung resp. Nichtbegünstigung ebenfalls in die Verfügung aufzunehmen (vgl. Rz. 315).

d. Geldentwertungen und Währungsveränderungen

292 In BGE 49 II 12 (*Entwertungsstreit*) stellte sich die Frage, ob der Vermächtnisnehmer Anspruch auf Anpassung eines durch Währungszerfall entwerteten Vermächtnisses habe.[920] Das Bundesgericht verneinte dies, denn die Verfügung dürfe nicht «*so umgestaltet werden, wie wenn er diese Veränderung vorausgesehen hätte*».[921] Zudem habe der Erblasser das Legat nicht variabel bezeichnet und bis zu seinem Tode nicht verändert.[922] Das Bundesgericht lehnte die ergänzende Auslegung somit ab.

---

918 Siehe hierzu OLG Frankfurt, Urteil vom 19. Januar 1993, 20 W 59/93, OLGZ 1993, 382, 382 f.; OLG Oldenburg, Urteil vom 30. März 1992, 5 W 26/92, DtZ 1992, 290, 291; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 108 ff.; SIEKER, 697 ff. Vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 1. Dezember 1993, IV ZR 261/92, MittBayNot 1994, 146, 148 (i.c. Prüfung der Anfechtung wegen Motivirrtums).

919 BBl 2018 5905 ff. Siehe allgemein zur Auslegungsproblematik bei Gesetzesrevisionen BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 15/16 SchlT ZGB N 7 ff.

920 BGE 49 II 12 E. 2.

921 BGE 49 II 12 E. 2: *«[...] und wenn die Sache nach Eröffnung der Erbschaft entwertet wird, so trägt der Legatar das Risiko (Art. 485); dies trifft auch zu, wenn die vermachte Sache infolge des Verschwindens oder der Entwertung nicht mehr zum ausgesetzten Zwecke, für den sie bestimmt wurde, geeignet ist. Wenn der Erblasser für diese Fälle keine Ersatzverfügung getroffen hat, so bleibt der Zweck unerfüllt, auch wenn dadurch der Wille des Testators, wie er aus der Zwecksetzung hervorgeht, noch sehr unerfüllt bleibt.*»

922 BGE 49 II 12 E. 2.

Die deutsche Rechtsprechung zeigt demgegenüber, dass die ergänzende Auslegung solche Lücken, die aufgrund von Wertveränderungen entstehen, durchaus schliessen kann.[923] Ergibt sich aus dem Testament und den aussenstehenden Umständen, dass der ursprüngliche Anrechnungsbetrag in diesem ursprünglichen Verhältnis galt, so ist es nicht der Wille der verfügenden Person, die Hinterlassenen aufgrund einer Geld- resp. Vermögensaufwertung/-entwertung anders zu begünstigen. Durch ergänzende Auslegung kann man den Anrechnungswert gemäss dem hypothetischen Willen anpassen.[924] So erachtete bspw. das OLG Frankfurt eine aufgrund der Auflösung der DDR eingetretene (nicht bedachte) Wertveränderung eines Grundstückes als Regelungslücke.[925] Auch wenn der Wert des Legats durch eine solche ergänzende Auslegung wertmässig zu einer objektiv *anderen* Verpflichtung führt, als es ohne Auslegung der Fall wäre, wird nach der vorliegenden Auffassung dennoch kein neuer Zweck eingefügt oder den Erbinnen und Erben mehr zugemutet.[926] Ausschlaggebend ist nach der vorliegenden Auffassung, dass die Wertanpassung immer noch im Verhältnis zu der gewünschten Zuwendung und somit gemäss dem ursprünglichen Willen erfolgt. 293

---

923 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 130 m.w.H.

924 Vgl. BGH, Urteil vom 30. September 1959, V ZR 66/58, NJW 1959, 2252, 2255: «*Wenn Zweck des Vermächtnisses Zuwendung gerade dieses Gegenstandes war, etwa wegen des besonderen Interesses des Bedachten an ihm oder weil der Erblasser ihn in der Hand des Bedachten am besten aufgehoben glaubte, spricht das gegen den Willen zum Wertersatzvermächtnis; wenn Vermächtniszweck in erster Linie die Zuwendung eines wirtschaftlichen Wertes überhaupt an einen besonders Nahestehenden war, wobei der vermachte Gegenstand nur eines von mehreren möglichen Mitteln zur Verwirklichung dieser Absicht ist, spricht das für ein Wertersatzvermächtnis (BGH, aaO).*» Vgl. hierzu auch GLAUS, 183 m.w.H.; HORN/KROISS, § 7 N 106; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 130; STUMPF, 167 m.w.H.

925 So OLG Frankfurt, Urteil vom 19. Januar 1993, 20 W 59/93, OLGZ 1993, 383, 393 («*Dabei ist zu ermitteln, was nach dem Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung als von ihm gewollt anzusehen wäre, sofern er vorausschauend die spätere politische und rechtliche Entwicklung [Einigungsvertrag, Vermögensgesetz] bedacht hätte*»); BGH, Urteil vom 25. Januar 1971, III ZR 171/67, BeckRS 1971, 105646, Rn. 12 ff. Vgl. hierzu ferner OLG Köln, Urteil vom 20. Dezember 1993, 2 Wx 26/93, DtZ 1994, 216, 217; BayObLG, Urteil vom 9. November 19931, Z BR 91/92, MittBayNot 1994, 152, 155.

926 Vgl. hierzu Rz. 313.

e. Weitere Beispiele

294 Analog zu den genannten Beispielen können auch weitere Konstellationen zu nachträglichen Lücken führen. Erfährt bspw. die Vermögenslage der verfügenden Person nach der Verfügungserrichtung eine grosse Veränderung (ob negativ oder positiv), kann dies eine Lücke hervorrufen. Dies ist namentlich der Fall, wenn unerwartet Vermögenswerte zufliessen, bspw. durch Erbschaft oder Schenkung.[927] Die zwischenzeitliche Veräusserung eines Gegenstandes resp. das fehlende Eigentum an einem vermachten Vermögenswert kann ebenfalls eine Lücke darstellen.[928]

§ 13 Auslegungsmethodik

295 Im Folgenden wird dargestellt, wie sich die ergänzende Auslegung in die allgemeine Auslegungspraxis einbettet und welche Auslegungsprinzipien massgeblich sind.

1. Auslegungsmassstab

1.1 Bei Testamenten

296 Zur Erforschung des hypothetischen Willens kann es bei Testamenten einzig auf den *subjektiven* Willen der verfügenden Person ankommen.[929] Auch wenn sich das Willensprinzip[930] nicht in ursprünglicher Form auf die ergänzende Auslegung übertragen lässt, ist es auch im Rahmen der ergänzenden Auslegung weiterhin ausschlaggebend, dass das Testament ein einseitiges und nicht empfangsbedürftiges Geschäft darstellt. Insofern kann der hypothetische Wille beim Testament ein ausschliesslich subjektiver sein, der sich einzig an den *konkreten, vorhandenen*

927 OLG München, Urteil vom 28. März 2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505, 507; BGH, Urteil vom 12. Juli 2017, IV ZB 15/16, NJW-RR 2017, 1035, Rn. 12 f.; HAMMANN, 427; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 123 ff.

928 Vgl. hierzu HAMMANN, 427.

929 Vgl. FLUME, 336.

930 Vgl. zum Willensprinzip Rz. 56 f.

Willensrichtungen orientiert.[931] Würde man einem objektiven oder objektivierten Massstab folgen, würde dies die Privatautonomie der betroffenen Person verletzen.[932] Zudem liefe eine objektiv geprägte Ergänzung auch der Form sowie dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit zuwider, denn die objektiven Aspekte würden sich nicht genügend auf die bestehenden Willensrichtungen stützen.[933] Es geht bei der ergänzenden Auslegung gerade nicht darum, etwas zu ergänzen, das das Gericht für objektiv sinnvoll hält.[934]

Kann der subjektive hypothetische Wille nicht mit gewisser Wahrscheinlichkeit identifiziert werden, muss es beim Ergebnis der erläuternden Auslegung bleiben.[935] 297

1.2 Bei Erbverträgen

Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens von Erbvertragsparteien hat das Bundesgericht im Fall *Langlebige Mutter* festgestellt, dass dem dispositiven Gesetzesrecht bei der Lückenfüllung – wie allgemein bei der Vertragsergänzung – Priorität vor dem subjektiven Willen zukomme und dem hypothetischen Willen das Konzept einer *vernünftig handelnden Vertragspartei* zugrunde liege.[936] Nichtsdestotrotz stützte sich das Ergebnis der Ermittlung letztlich (primär) auf den konkreten Parteiwillen ab, so auch im Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*.[937] Un- 298

---

931 LEUBA, 35 ff.; STUMPF, 185 ff. So bereits BGH, Urteil vom 21. März 1962, V ZR 157/61, NJW 1962, 1058, 1059 ff., in welchem das BGH die vorinstanzliche Auslegung rügte, welche auf einen *durchschnittlichen* hypothetischen Willen abgestellt hatte. Vgl. zum Stiftungsgeschäft VON ORELLI, 143 ff., der primär den hypothetischen Willen der konkreten Personen umsetzen will, allerdings im Sinne des Wirkungsprinzips auch ein objektiviertes Ergebnis genügen lässt.

932 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93; STUMPF, 186 f.

933 STUMPF, 187.

934 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93.

935 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93. Vgl. auch die Ausführungen in Rz. 314.

936 BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4: «*Ist ein lückenhafter Vertrag zu ergänzen, so hat der Richter – falls dispositive Gesetzesbestimmungen fehlen – zu ermitteln, was die Parteien nach dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Bei der Feststellung dieses hypothetischen Parteiwillens hat er sich am Denken und Handeln vernünftiger und redlicher Vertragspartner sowie an Wesen und Zweck des Vertrages zu orientieren*.»

937 Siehe BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.5; so ebenfalls die Vorinstanz, Urteil des Obergerichts Bern, ZK 2007 518, E. 2.a f. Vgl. zum Fall *Modifizierte Meistbegüns-*

klar ist, ob das Bundesgericht damit bei Erbverträgen der generell-abstrakten oder der individuell-konkreten Methode der Vertragsergänzung folgt.[938]

299 In der Lehre zur allgemeinen Vertragsergänzung ist es umstritten, ob bei der Erforschung des hypothetischen Willens die generell-abstrakte oder die individuell-konkrete Methode zur Anwendung gelangen soll.[939] Mit diesen divergierenden Auffassungen in der Lehre ist auch die umstrittene Frage verknüpft, wie das Verhältnis zwischen dispositivem Gesetzesrecht und dem hypothetischen Willen ist bzw. ob bei der Lückenfüllung primär auf dispositives Recht zurückzugreifen ist.[940] Generell-abstrakt (objektiv) ist die Methode, wenn das Gericht eine Fremdnorm setzt, welche sich auf objektive Gesichtspunkte wie dispositives Gesetzesrecht und die Verkehrsübung stützt.[941] Individuell-konkret (subjektiv) ist die Ergänzung demgegenüber, wenn das Gericht eine Eigennorm einfügt, die es durch *Fortschreibung* des wirklichen Willens hin zum hypothetischen Willen findet.[942] Das Bundesgericht wendet bei Schuldverträgen mehrheitlich die generell-abstrakte Methode an und scheint somit dem dispositiven Gesetzesrecht Priorität einzuräumen, wenn auch die Rechtsprechung nicht einheitlich ist.[943]

---

tigung, in welchem das Gericht den hypothetischen Willen der konkreten Parteien erforschte: BGE 127 III 529 E. 3.c sowie das vorinstanzliche Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. II.1.b; vgl. Fn. 183.

938 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 459 ff.

939 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 565 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 459 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 70 ff. je m.w.H.; vgl. auch die Übersicht zum Lehrstreit bei BISCHOFF, 62 ff.

940 Die Fragestellung betrifft ebenfalls die Terminologie der Vertragsergänzung: Ein Teil der Lehre unterscheidet zwischen der Lückenfüllung i.w.S. und der eigentlichen Lückenfüllung. Bei der Ersteren gehe es um die Anwendung von dispositiven Gesetzesrecht, während die Letztere nur dann vorliegen soll, wenn das Gericht individuell-konkret vorgehe; so namentlich ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 597. Vgl. zu den verschiedenen Terminologien BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 67 ff.; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. vor Art. 184 ff. N 39 ff.

941 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 464.

942 Diese Methode lässt sich nur schwer von der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip im Rahmen der erläuternden Auslegung unterscheiden. Siehe BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 460 ff.

943 Vgl. namentlich BGE 115 II 484 E. 4.b; 111 II 260 E. 2.a; BGer 4A_696/2015 vom 25. Juli 2016, E. 6.2.1 m.w.H.; 4A_380/2011 vom 5. März 2012, E. 5.1.3; 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3; 4A_356/2011 vom 9. November 2011, E. 7.1; 4C.286/2005 vom 18. Januar 2006, E. 2.2; anders namentlich BGer 4A_365/2017 vom 26. Februar 2018, E. 6.1.

Ein Teil der Lehre erachtet den subjektiven hypothetischen Willen als vorrangig an, insbesondere aufgrund der Privatautonomie im Vertragsrecht (individuell-konkrete Methode).[944] Andere Stimmen priorisieren die gesetzliche Regelung aufgrund ihres Charakters als Reserveordnung bzw. aufgrund von Art. 1 Abs. 1 ZGB und befürworten entsprechend die generell-abstrakte Methode.[945] Die h.L. folgt hingegen einem Mittelweg und anerkennt, dass *stets der Parteiwille* ausschlaggebend ist, denn auch dispositives Gesetzesrecht gelte nur aufgrund des (und nicht gegen den) (hypothetischen) Willen der Parteien.[946] Die h.L. unterscheidet hierbei allerdings zwischen *typischen* Verträgen, bei welchen primär das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung gelange[947], und *atypischen* Verträgen, bei denen eine individuelle Fremdnorm nötig sei[948]. 300

Vorliegend wird für Erbverträge die Auffassung vertreten, dass dem konkreten hypothetischen Willen stets der Vorzug zu geben ist. Sofern aus dem bestehenden Erbvertragsgefüge und den Externa ein konkreter hypothetischer Wille der beteiligten Parteien erkennbar ist, der die Regelungslücke schliessen kann, ist dieser 301

944 So namentlich BISCHOFF, 64; DESCHENAUX, SPR II, 172 f.; HUGUENIN, Rz. 306; KOLLER, Vertragslücken, 1112 ff.; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rz. 34.05; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 71 ff. Für eine Darstellung der Lehrmeinungen vgl. auch BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 467 Fn. 980.

945 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 565 ff.; GAUCH, 222 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENNEGGER, N 1254.

946 Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 469 f. (aber mit Betonung des Parteiwillens) und BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 71 je m.w.H. zur h.L.

947 Bei den typischen Verträgen entspreche das dispositive Gesetz grundsätzlich dem (hypothetischen) Willen der Parteien, zumal es als sekundäres Recht immer dann eingreife, wenn die Parteien nichts anderes regeln. Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 471; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 71 f. Ein typischer Vertrag liegt gemäss HADZIMANOVIC namentlich dann vor, wenn die Fragestellung und die Konstellation oft vorkommen oder sich zumindest oft wiederholen könnten; das Problem betreffe daher viele Parteien gleichermassen. Es reiche aber nicht aus, dass ein Vertrag sich unter eine gewisse Legaldefinition subsumieren lasse, denn die Grenzen verschiedener Typen seien nicht klar gezogen. Vielmehr müsse die mit dem Vertrag verbundene Fragestellung als solche häufig sein. Siehe HADZIMANOVIC, 206 ff.

948 Bei *atypischen* Verträgen solle ausschliesslich der hypothetische Parteiwille umgesetzt werden, denn dann sei grundsätzlich ersichtlich, dass sich die Parteien von der gesetzlichen Regelung distanzieren möchten und die Lücke einer spezifischen Regelung bedürfe. In diesen Fällen enthalte das dispositive Gesetzesrecht oft ohnehin keine passende Norm; dies gelte besonders bei Innominatverträgen. Vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 472 f. und N 475 ff. zur «*Untauglichkeit des dispositiven Gesetzesrechts*»; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 71 f.

massgeblich.[949] Diese Ergänzungsmethode schliesst bei Bedarf die Natur des Geschäftes resp. den Vertragszweck mit ein und führt die von den Parteien beabsichtigte Ordnung weiter.[950] Gelingt dies, bleibt ein abstrakter hypothetischer Wille unbeachtlich, auch wenn die konkrete Lösung objektiv gesehen unvernünftig ist.[951] Der konkrete subjektive Parteiwille muss im Erbrecht insbesondere aufgrund der Formbedürftigkeit und Höchstpersönlichkeit des Rechtsgeschäfts Vorrang geniessen, zumindest sofern es im Erbvertrag um Verfügungen von Todes wegen geht. Zudem würde das dispositive Gesetzesrecht bei Erbverträgen – sofern solche Normen überhaupt einschlägig sind – i.d.R. die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung bringen, die aber gerade nicht gewollt war. Der Vorrang des subjektiven Willens ergibt sich nach der vorliegenden Auffassung zudem aus der Privatautonomie und aus Art. 18 OR, der die Relevanz des *wirklichen* Willens unterstreicht.[952] Im Übrigen geht es bei Erbverträgen oft nicht um gleichwertige Interessen – im Gegensatz zu schuldrechtlichen Verträgen –, weswegen der von der Vertragsergänzung im Schuldrecht verfolgte Interessenausgleich nicht anwendbar ist.[953]

302 Angesichts dessen muss der hypothetische Wille nach der vorliegenden Auffassung stets vorrangig subjektiv, d.h. anhand der jeweiligen Parteien ermittelt werden.[954] Insofern müssen bei der ergänzenden Auslegung eines Erbvertrages primär die konkreten Willensrichtungen der Parteien untersucht werden. Hierbei wird der Erbvertrag als Ganzes ausgelegt und es wird versucht, die vorhandenen realen Parteiabsichten (Willensrichtungen) *weiterzudenken*.[955] Als Auslegungsmittel sind nach der vorliegenden Auffassung auch sämtliche relevante Externa zu berücksichtigen, gleich wie bei der erläuternden Auslegung.[956]

---

949 So auch KOLLER, Vertragslücken, 1112 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 78.

950 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 80.

951 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 78; vgl. auch FLUME, 326. Dabei kann der konkrete hypothetische Wille theoretisch auch auf dieselbe Lösung hindeuten, die sich dem dispositiven Gesetzesrecht entnehmen liesse.

952 Vgl. KOLLER, Vertragsstreitigkeiten, 645; DERS., AJP 2019, 1113.

953 Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 83.

954 Vgl. FLUME, 336.

955 Vgl. LEUBA, 36 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 78; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, 3 Wx 261/11, NJW-RR 2012, 391, 392; siehe eingehend zu den Willensrichtungen Rz. 307 ff.

956 Vgl. Rz. 323 ff.

Dispositives Erbrecht und weiteres dispositives Gesetzesrecht können somit höchstens *sekundär* zur Lückenfüllung genutzt werden und das auch nur, wenn dieses sich problemlos und harmonisch in das Gefüge einbettet und somit mit dem hypothetischen Parteiwillen vereinbar ist.[957] «*Dispositives Gesetzesrecht gilt nur aufgrund des (hypothetischen) Parteiwillens, aber nicht – wie zwingendes Gesetzesrecht – auch entgegen, also unabhängig vom (hypothetischen) Parteiwillen*».[958] 303

Der hypothetische Wille muss beim Erbvertrag allerdings von allen Parteien getragen werden.[959] Die Ergänzung muss also konsensfähig sein. Dies gilt auch für einseitig verpflichtende Erbverträge.[960] Demnach rechtfertigt sich bei der Ermittlung des hypothetischen Willens bei Erbverträgen zumindest eine leicht objektivierte Ansichtsweise, wie sie das Vertrauensprinzip festlegt. Sofern die Willensrichtungen also nicht auf einen wirklichen, gemeinsamen, hypothetischen Willen hindeuten, soll es der vorliegenden Auffassung nach möglich sein, den hypothetischen Willen objektiviert-normativ anhand der Denkfigur des *vernünftigen Dritten* zu ermitteln.[961] Dies ist bei empfangsbedürftigen Geschäften wie dem Erbvertrag aufgrund des Vertrauensschutzes der Gegenpartei geboten.[962] Ein solches Auslegungsergebnis muss sich allerdings dennoch stets mit dem konkreten Erbvertrag vereinen lassen und darf niemals dazu führen, dass das Gericht rein objektiv ergänzt, d.h. primär nach dispositiven Regeln, nach Billigkeit oder gemäss 304

957 So für die Vertragsergänzung BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 78 f. Vgl. auch BRÄNDLI, AJP 2020, 512: «*Rechtsökonomisch betrachtet verkörpert das dispositive Recht dann einen objektivierten und positivierten (gesetzlich festgelegten) hypothetischen Parteiwillen*.»

958 BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 470; ähnlich auch CHK OR-KUT, Art. 18 N 35. Gleichwohl bleibt einzuräumen, dass der *subjektive* hypothetische Wille oft unbewiesen bleibt, weswegen das Gericht im Schuldrecht oft die dispositiven Gesetzesnormen zur Lückenfüllung heranzieht.

959 Siehe das Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. II.1.c; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, I-3 Wx 261/11, NJW-RR 2012, 391, 392; GRUNDLER, 263; MüKo BGB-MUSIELAK, Vor § 2274 N 31.

960 OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Dezember 2011, I-3 Wx 261/11, NJW-RR 2012, 391, 392; MüKo BGB-MUSIELAK, Vor § 2274 N 31.

961 Vgl. BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 N 224 ff. Siehe auch OLG München, Urteil vom 3. November 2021, 31 Wx 110/19, 31 Wx 272/20, NJW-RR 2021, 1593, 1594, Rn. 15; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 59, je mit Verweis auf die Auslegungsgrundsätze gemäss § 157 BGB.

962 STUMPF, 210.

Usanzen.[963] Denn trotz der Zwei- resp. Mehrseitigkeit und den Interessen der Gegenseite gilt, dass Erbverträge nicht wie schuldrechtliche Verträge Verkehrsgeschäfte darstellen, weswegen man den Vertrauensschutz relativieren muss.[964] Lässt sich kein Ergebnis finden, das dem subjektiven hypothetischen Willen der Parteien entspricht resp. sich mit diesem vereinen lässt, ist der ergänzenden Auslegung im Zweifelsfall die Anwendung zu versagen. Bei Verfügungen von Todes wegen kann nach der vorliegenden Auffassung jedenfalls nie ein rein objektiver hypothetischer Wille massgeblich sein.

2. Ex-tunc-Betrachtungsweise

305 Die Auslegung erfolgt bei Verfügungen von Todes wegen wie bei Verträgen im Allgemeinen *ex tunc*, rückwirkend auf den Zeitpunkt der Erstellung.[965] Dies ergibt sich bereits aus dem Willens- resp. Vertrauensprinzip.[966] Demnach muss sich der vorliegenden Meinung nach auch die ergänzende Auslegung auf denselben Zeitpunkt beziehen: Das Gericht fragt nicht danach, was die Parteien beim späteren Eintritt einer Veränderung resp. der späteren Entdeckung der Lücke neu verfügen würden, sondern was sie bei der Errichtung der betroffenen Verfügung in Kenntnis aller richtigen Umstände verfügt *hätten*.[967] Externa müssen entsprechend einen Rückschluss auf den Willen zum Zeitpunkt der Verfügungserstellung erlauben.[968] Auch eine spätere Willensäusserung derselben Person kann als Auslegungsmittel bei der Auslegung des früheren Willens dienen.[969] Zudem hilft die spätere Willensäusserung bei der Beurteilung der Planwidrigkeit der Lücke.[970]

---

963 Vgl. STUMPF, 210; ähnlich VON ORELLI, 142.

964 Vgl. BGE 99 II 382 E. 4.a m.w.H.

965 BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020, E. 6.1; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 218 ff.; VON ORELLI, 83; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 36.

966 Vgl. hierzu die Ausführungen in Rz. 56 ff.

967 Urteil des Obergerichts Glarus, OG.1999.00031, vom 27. Oktober 2000, E. II.1.b; BayObLG, Urteil vom 19. 4. 2000, 1 Z BR 43/99, ZEV 2001, 24, 25; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 Rn. 22; GLAUS, 115; FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 15; BK ZGB-WEIMAR, 14. Titel, Einleitung, N 79 f. A.M. FLUME, 337.

968 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93 ff.

969 GLAUS, 115 f.

970 Allerdings kann man die Planmässigkeit nicht ohne Weiteres annehmen. Es kommt auf die jeweiligen Umstände an, ob die Lückenhaftigkeit bewusst belassen wurde oder

3. Ermittlung des hypothetischen Willens

3.1 Erkenntnis der Lücke

Wie dargestellt wurde, beabsichtigt die ergänzende Auslegung, Lücken zu füllen, wobei insbesondere nachträgliche Veränderungen oft zu einer Ergänzungsbedürftigkeit führen.[971] Die Lücke lässt sich durch erläuternde Auslegung erkennen, denn nur durch diese ist überhaupt klar, was die Verfügung erreichen will.[972] Der ergänzenden Auslegung geht also stets die erläuternde Auslegung voraus.[973] HAMMANN umschreibt die Erkenntnis einer Lücke zutreffend als *Soll/Ist-Vergleich*. Wenn sich das Soll, also der Zweck der Verfügung, mit der bestehenden Anordnung (dem Ist) nicht erreichen lässt, liegt eine Lücke vor.[974] Die fehlende Konformität liegt an den Umständen, die die verfügende Person planwidrig nicht berücksichtigt hat.[975] Am Beispiel der testamentarisch bedachten Person, die bereits vorverstorbenen ist,[976] ist die Lücke sehr offensichtlich, denn das Ziel (die Begünstigung) wird nicht mehr erreicht. Beim Beispiel des Währungszerfalls[977] ergibt der Soll/Ist-Vergleich ebenfalls, dass die Durchführung der Verfügung dem Ziel (der Begünstigung im ursprünglichen Umfang) nicht mehr gerecht wird. Die ergänzende Auslegung kommt jedenfalls nur dann zur Anwendung, wenn eine Lücke 306

nicht; siehe MUSCHELER, N 1878: «*Erkennt der Erblasser im Nachhinein die Lückenhaftigkeit des Testamentes und unterlässt er es jetzt, die Lücke zu bereinigen, so dürfte dies gegen die Annahme sprechen, der Erblasser hätte zum Testierzeitpunkt die Lücke geschlossen. Etwas anderes kann sich ausnahmsweise daraus ergeben, dass der Erblasser zu dem späteren Zeitpunkt meinte, das Testament nun nicht mehr ändern zu dürfen oder zu müssen [...]*» Vgl. auch BayObLG, Urteil vom 23. Mai 1995, 1Z BR 128/94, NJW 1996, 133, 135; BayObLG, Urteil vom 8. März 1995, 1Z BR 175/94, BeckRS 1995, 31022739; BayObLG, Urteil vom 4. April 1991, BReg. 1a Z 78/90, BeckRS 2010, 30314; MüKo BGB-LEIPOLD § 2084 N 89; HAMMANN, 424 (der die Planwidrigkeit als Kausalität bezeichnet); FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 14 m.w.H.

971 Vgl. Rz. 271 ff.

972 Vgl. Rz. 306.

973 Vgl. hierzu Rz. 22 ff.

974 HAMMANN, 421; ähnlich STUMPF, 168.

975 HAMMANN, 423.

976 Vgl. Rz. 276 ff.

977 Vgl. Rz. 292.

vorliegt, ansonsten bereits die erläuternde Auslegung zu einem ausreichenden Auslegungsergebnis führt.[978]

3.2 Willensrichtungen

307 Die ergänzende Auslegung setzt einen hypothetischen Willen um.[979] Wie LÖHNIG es anschaulich beschreibt, wird der hypothetische Wille dadurch gefunden, dass der wirkliche Wille «*zu Ende*» gedacht wird; die auf dem wirklichen Willen beruhenden Willensrichtungen dienen als Grundlage für den hypothetischen Willen.[980] Man kann die Willensrichtungen auch als die beabsichtigten Ziele bzw. als Zweck der (einzelnen) Verfügung ansehen. Der Zweck der Verfügung spielt im Rahmen der Auslegung allgemein eine wichtige Rolle, denn jede Willenserklärung beabsichtigt, eine gewisse Wirkung zu erzielen.[981] Die Willenserklärung umfasst daher das zur Verfolgung des Zweckes gewählte Mittel.[982] Legt das Gericht ergänzend aus, macht es nichts anderes, als diesen Zweck durch andere/neue Mittel zu erreichen.[983]

308 Das Ziel der Verfügung ist nicht nur die beabsichtigte Rechtsfolge, sondern umfasst auch die damit verbundenen Wünsche und Absichten der verfügenden Person. So stellt beispielsweise die Gleichbehandlung der Kinder, die Fortführung des Familienunternehmens oder der Ausschluss gewisser Personen von der Erbfolge ein allgemeines Ziel dar.[984] Auch die Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten ist ein oft verfolgtes Ziel.[985] Möglicherweise verfolgt die ganze Verfügung einen solchen Hauptzweck, welcher entsprechend alle Anordnungen mittelbar beeinflusst; oftmals haben bei erbrechtlichen Verfügungen aber auch die einzelnen

---

978 Vgl. zum Verhältnis der beiden Auslegungsarten vorne Rz. 22 ff.; siehe auch STUMPF, 168 f.

979 FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 15. Siehe ausführlich vorne, Rz. 105 ff.

980 FachKomm Erbrecht-LÖHNIG, § 2084 N 15; vgl. auch FLUME, 337 f.

981 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 565; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 30. Bei der Gesetzesauslegung wird in gleicher Weise die *ratio legis* erforscht, d.h. der Zweck der Gesetzesnorm. Vgl. BK ZGB-HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Art. 1 N 90.

982 REICHLIN, 17.

983 Vgl. GLAUS, 184.

984 HAMMANN, 423.

985 HAMMANN, 423 m.w.H. Siehe auch die Fälle *Langlebige Mutter* (BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008), Rz. 332 ff., sowie *Modifizierte Meistbegünstigung* (BGE 127 III 529), Fn. 183.

Anordnungen je eigene Zwecke.[986] Diese können sich bereits aus der Natur der Verfügungsart ergeben (unmittelbarer Zweck).[987] Kann das Gericht die allgemeinen Wünsche und Ziele einer Verfügung feststellen, können diese andere, unklare Anordnungen erhellen. Teilweise werden die Absichten in der Verfügung selbst niedergeschrieben, bspw. im Sinne einer Präambel.[988]

Für die Ermittlung des Zweckes muss das Gericht die Verfügung als Ganzes samt ihrer Systematik betrachten. Hierbei geht es zunächst vom Wortlaut aus, da sich aus der Willenserklärung als *Mittel des Zweckes* auch der Zweck erkennen lässt.[989] Im Anschluss daran müssen aber stets alle Auslegungsmittel herangezogen werden, um die Interessen und Motive gesamthaft zu ermitteln.[990] Insbesondere dienen die Lebensumstände der beteiligten Personen dazu, den Zweck zu verstehen (vgl. unten Rz. 326). 309

Dass die Lebensumstände und Erlebnisse der verfügenden Person den Zweck erhellen können, zeigt sich namentlich am Fall *Insolventer Tierschutzverein*: Der Erblasser hatte zu seinen Lebzeiten seine Kaninchen versehentlich verhungern lassen, da er sich aufgrund seiner Krankheit nicht mehr um sie kümmern konnte. Da er gemäss Aussagen von Drittpersonen ein sehr schlechtes Gewissen hatte, wandte er sein Vermögen letztwillig einem Tierschutzverein zu. Da dieser Verein zum Zeitpunkt seines Todes in Insolvenz stand, anerkannte das Gericht dank der aussenstehenden Tatsachen, dass der Zweck der Verfügung die Begünstigung der *Tiere* und nicht des Vereins war. Somit konnte die Lücke durch Ersatzerbeneinsetzung des Nachfolgevereins gefüllt werden.[991] 310

Auch muss der Zweck stets anhand der im Erbrecht rechtlich zulässigen Verfügungsarten beleuchtet werden. Im Gegensatz zu vertragsrechtlichen Geschäften ist 311

---

986 Vgl. zum Zweck ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 402 ff.

987 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 405 ff.

988 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 410.

989 REICHLIN, 19.

990 REICHLIN, 19: «*Erst aus der Würdigung aller Attribute der Willenserklärung kristallisiert sich dann die Erkenntnis eines einzigen, oder mehrerer möglicher Zwecke heraus*». Vgl. hierzu auch ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 410 ff.; zum deutschen Recht siehe OLG München, Urteil vom 11. Juni 2018, 31 Wx 294/16, FGPrax 2018, 231, 213 ff.; BayObLG, Urteil vom 25. April 1991, BReg. 1 a Z 72/90, NJW-RR 1991, 1094, 1096; BGH, Urteil vom 16. November 1982, IV a ZR 52/81, BeckRS 2010, 7142; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 96 ff.

991 OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148; vgl. hierzu auch Rz. 279 und 338; sowie ferner zum Thema REICHLIN, 18 f.

bei der Zweckermittlung im Erbrecht (mit Ausnahme gewisser synallagmatischer Erbverträge) dabei weniger auf Rechte und Pflichten abzustellen, sondern vielmehr auf private Lebensverhältnisse und Umstände. Liegt ein Erbvertrag mit beidseitigen Rechten und Pflichten vor, widersprechen sich die Interessen der Parteien aber unter Umständen, weswegen der Zweck oft ein Kompromiss verschiedener Interessen darstellt und nicht immer leicht ermittelt werden kann.[992]

312 Die Willensrichtung ist nach der vorliegenden Auffassung stets in irgendeiner Form im Text vorhanden, denn der Zweck liegt den bestehenden Anordnungen notwendigerweise zugrunde. Nichtsdestotrotz ist es stets möglich, unbeschränkt Externa zur Ermittlung beizuziehen.[993]

3.3 *Verlängerung* der Willensrichtungen

313 Aus den Willensrichtungen heraus lässt sich der hypothetische Wille ermitteln. Dieser stellt «*eine wertende Schlussfolgerung des Richters auf der Grundlage des Testaments und der erkennbaren realen Willensrichtung bei Testamentserrichtung*» dar.[994] Das Gericht verlängert die ermittelte Willensrichtung in dem Sinne, als es damit die bestehende Anordnung weiterentwickelt; es passt die Anordnung also zweckgemäss den Gegebenheiten an.[995] Die Ermittlung des hypothetischen Willens darf aber nicht dazu führen, dass das Gericht neue Verpflichtungen kreiert oder gänzlich fehlende Verfügungen nachholt, da dies nicht mit dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit und der Form in Einklang stünde.[996] Der hypothetische Wille darf dementsprechend nicht über die Willensrichtungen hinausgehen und erfolgt somit niemals losgelöst von den bestehenden Willenserklärungen.[997] Umgekehrt darf die ergänzende Auslegung auch nicht dazu führen, dass sie eine vollständige und umsetzbare Verfügung umstösst. Der Wegfall einer Verfügung bleibt grundsätzlich der Anfechtung vorbehalten.[998]

---

992 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 30.

993 Vgl. hierzu die Ausführungen zur Andeutungsregel in Rz. 230 ff.

994 MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93.

995 LEUBA, 38; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 93 f. und 99 ff.; SCHAUER, 30.

996 Zum Prinzip der Höchstpersönlichkeit vgl. Rz. 166 ff.; zu der Form siehe Rz. 188 ff. Vgl. ferner GLAUS, 184 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 258.

997 Vgl. HAMMANN, 424.

998 Vgl. MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 99 ff.

Der hypothetische Wille muss sich zudem stets mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit feststellen lassen; so reicht es nicht, wenn er sich auf blosse Mutmassungen stützt.[999] Nur, wenn die Willensrichtungen klar sind und sich das ausführende Mittel mit grosser Wahrscheinlichkeit bestimmen lässt, kann die ergänzende Auslegung Erfolg haben.[1000] Dabei kann bei einem hypothetischen Willen allerdings naturgemäss kein strenges Beweismass gelten, sondern es muss nach der vorliegenden Auffassung das der hohen Wahrscheinlichkeit ausreichen.[1001] Auch wenn dennoch ein kleines Restrisiko besteht, dass die neuen ausführenden Mittel den erblasserischen Willen falsch umsetzen, so ist diese Gefahr des Fremdeinflusses aber insofern eingeschränkt, da die ergänzende Auslegung eben keine neuen Ziele ergänzt. Zudem sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass der hypothetische Wille namentlich bei der Konversion und der Anfechtung eines Motivirrtums anerkannt und umgesetzt wird und dort das Beweismass der Wahrscheinlichkeit ausreicht.[1002] Kann das Gericht den hypothetischen Willen nicht mit genügender Wahrscheinlichkeit finden, scheitert die ergänzende Auslegung. Diese darf nämlich nicht dazu verkommen, dass das Gericht seine eigenen oder objektive Ansichten umsetzt.[1003] Die ergänzende Auslegung sollte daher zurückhaltend praktiziert und im Zweifelsfall verneint werden, damit sie nicht zur willkürlichen Ergänzung und Einfügung von *objektiv* sinnvollen Aspekten führt. 314

Letztlich gilt als allgemeine Empfehlung, dass man beim Verfassen einer Verfügung von Todes wegen an verschiedene (wenn auch im Zeitpunkt der Verfügung nicht plausibel erscheinende) Konstellationen und Ersatzanordnungen denkt und jeweils den beabsichtigten Zweck klar wiedergibt.[1004] 315

[999] GLAUS, 186; HRUBESCH-MILLAUER, Erbvertrag, Rz. 257.

[1000] GLAUS, 186 f.

[1001] Vgl. BayObLG, 19. April 2000, 1 Z BR 43/99, ZEV 2001, 24, 26; GLAUS, 46 m.w.H. sowie 186; DRUEY, Grundriss, § 12 N 17. Jedenfalls gilt bei der erläuternden Auslegung kein bestimmtes Beweismass, vgl. BGE 124 III 414 E. 3. Wie dieses Urteil auch zeigt, handhabt das Bundesgericht auch das Beweismass «*mit Sicherheit*» gemäss Art. 469 Abs. 3 ZGB nicht besonders streng.

[1002] So gerade bei der Irrtumsanfechtung, siehe BGE 119 II 208 E. 3.bb («*rende vraisemblable*»); vgl. hierzu auch ABT, 83 m.w.H. sowie Rz. 114. Dieses Beweismass gilt auch bei der Konversion, vgl. Rz. 140.

[1003] Siehe STUMPF, 187.

[1004] HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 258 mit Hinweis auf DRUEY, Grundriss, § 12 N 17.

4. Auslegungsmittel

316 Als Auslegungsmittel gelten alle Aspekte und Tatsachen, die einen Rückschluss auf den Willen zum Zeitpunkt der Willenserklärung geben.[1005] Die klassischen Auslegungsmittel in der Gesetzes- und Vertragsauslegung basieren auf SAVIGNY und umfassen vier Elemente: das grammatikalische, das logische resp. teleologische, das historische und das systematische Element.[1006] Dabei ergeben sich die Auslegungsmittel entweder aus der Verfügung selbst oder sind als aussenstehende Mittel (Externa) zu berücksichtigen.[1007] Die Mittel der Auslegung im Vertragsrecht können gemäss Art. 18 OR i.V.m. Art. 7 ZGB auch für die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen herangezogen werden.[1008] Dabei sind aber die Besonderheiten der erbrechtlichen Geschäfte zu beachten.

317 Im Folgenden wird dargestellt, wie und welche Auslegungsmittel im Rahmen der ergänzenden Auslegung zur Ermittlung und Verlängerung der Willensrichtungen dienen können.

4.1 Die Verfügung

a. Wortlaut im Allgemeinen

318 Primäres Auslegungsmittel bei Verfügungen von Todes wegen ist stets der Wortlaut (sprachlich-grammatikalisches Element). Mit der Bezeichnung *primär* ist aber keine absolute Priorisierung des Auslegungsmittels angesprochen, sondern die zeitliche Reihenfolge.[1009] Der Wortlaut verkörpert die schriftliche Willenserklärung als solche, weswegen man sich bei der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen naturgemäss zunächst auf den zugrunde liegenden Text stützt.[1010] Bei der Auslegung des Wortlautes gilt dabei die grundsätzliche Vermutung, dass *Gewoll-*

1005 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18.

1006 VON SAVIGNY, 212 f. Vgl. ferner BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 9; KRAMER, Methodenlehre, 66; MEDICUS/PETERSEN, Rz. 307 ff.

1007 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18. Vgl. die folgenden Ausführungen zu Externa unter Rz. 323 ff.

1008 Vgl. zu der Massgeblichkeit von Art. 18 OR Rz. 45 f.

1009 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 m.w.H.; RASELLI, 1263 m.w.H.; siehe eingehend zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.

1010 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 374; RASELLI, 1263; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19.

tes mit *Gesagtem* übereinstimmt.[1011] Der Wortlaut erlaubt demnach Rückschlüsse auf den dahinterstehenden Willen. Da man nach der vorliegenden Auffassung die Eindeutigkeitsregel verwerfen muss, bildet der Wortlaut zwar den Ausgangspunkt, aber unter keinen Umständen die Grenze der Auslegung.[1012] Der Wortlaut schliesst andere Auslegungsmittel nicht aus, denn selbst wenn der Wortlaut – auch im Gesamtkontext – klar erscheint, müssen stets Externa in die Auslegung einbezogen werden, wenn diese geeignet sind, den erblasserischen Willen zu belegen.[1013] Dies dient dazu, das gemäss Wortlaut ermittelte Auslegungsergebnis zu prüfen und letztendlich zu bestätigen oder zu widerlegen. Der Wortlaut geniesst nämlich nur dann Vorrang gegenüber den anderen Auslegungsmitteln, solange diese nicht mit *Sicherheit* auf einen anderslautenden Willen schliessen lassen.[1014] Deuten die Externa auf den wahren Willen der verfügenden Person hin, der aber vom Wortlaut abweicht, so tritt der Wortlaut u.U. zurück.[1015]

Bei der Betrachtung des Wortlautes ist der Sprachgebrauch der konkreten Person(en) zum Zeitpunkt der Entstehung der Verfügung entscheidend.[1016] Grundsätzlich besteht die Vermutung, dass man seine Worte im Einklang mit dem eigenen üblichen Sprachgebrauch verwendet.[1017] Ein spezieller, individueller Sprachgebrauch muss bei der Auslegung allerdings berücksichtigt werden, denn es sind der wirkliche Wille und somit die subjektive Wortwahl massgeblich.[1018] Auch wenn die verfügende Person einen bestimmten Beruf ausübt oder in einem Verein tätig ist, der auf einen branchenüblichen Sprachgebrauch schliessen lässt, ist dieser zu 319

1011 BGE 131 III 106 E. 1.2 m.w.H. auf RASELLI, 1263. Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 378.

1012 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 25. Vgl. eingehend zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.

1013 RASELLI, 1263. Vgl. zu den Externa vorne Rz. 323 ff.

1014 Siehe zum Beispiel BGE 130 III 417 E. 3.2: «*Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté*». Vgl. auch ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 399 m.w.H.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 m.w.H.

1015 Dabei ist diejenige Partei beweispflichtig, die sich bei der Auslegung auf einen Willen beruft, der vom objektiv erkennbaren Sinn und Wortlaut abweicht. Siehe BGE 131 III 106 E. 1.2 m.w.H. auf RASELLI, 1267. Vgl. auch BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22.

1016 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19.

1017 RASELLI, 1263; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19 m.w.H.

1018 Vgl. BGE 87 II 234 E. 3; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 20. Siehe auch DANZ, 203 und 209 f. zu seinem vielzitierten Beispiel der «*Bibliothek*», die eigentlich den Weinkeller meint (vgl. Rz. 233 f.).

berücksichtigen.[1019] Bei Erbverträgen ist – je nach der Art des Vertrages – grundsätzlich der *allen* Parteien bekannte Sprachgebrauch massgeblich.[1020]

320 Anhand des Wortlautes wird auch im Rahmen der ergänzenden Auslegung erforscht, was die Willensrichtungen der konkreten Personen sind. Wie der Fall *Langlebige Mutter* zeigt, kann sich die Willensrichtung bereits allein aus dem Wortlaut (und der textlichen Systematik, siehe nachfolgend Rz. 321 f.) ergeben.[1021] Oftmals lassen sich die Willensrichtungen aber nicht genügend aus dem Wortlaut allein erkennen, da der Zweck als solcher stets einer Gesamtschau aller Auslegungsmittel entspringt.

b. Systematik

321 Das systematische Element misst dem Auslegungsobjekt als Ganzes Bedeutung zu und berücksichtigt dabei namentlich den Gesamtkontext und die Stellung einer einzelnen Anordnung innerhalb der ganzen Verfügung.[1022] Die Systematik folgt dem Verbot der reinen Buchstabenauslegung.[1023] Eine Klausel ist daher unter Betrachtung aller anderen Anordnungen im Sinne einer Gesamtschau, d.h. dem *roten Faden* der Verfügung bzw. der systemischen Logik, auszulegen.[1024] «*Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht*.»[1025] Die Systematik der Verfügung trägt dazu bei, den Willen als

---

1019 Vgl. BGE 100 II 440 E. 7.d, BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 21 m.w.H.

1020 Vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19 ff.; MüKo BGB-LEIPOLD, § 2084 N 59.

1021 Vgl. Rz. 332 ff.

1022 REICHLIN, 14 ff.: «*[...] indem sie glaubt, ein Satz erhalte seine Bedeutung aus den Worten, aus denen er besteht, während tatsächlich das Wort den Sinn erst aus dem Zusammenhang heraus erhält.*» Vgl. auch BGer 4A_220/2013 vom 30. September 2013, E. 4.4.5; zur Gesetzesauslegung KRAMER, Methodenlehre, 100 ff.: «*Unmittelbare Relevanz für den Normsinn hat die systematische Stellung einer einzelnen gesetzlichen Regelung im Gefüge des Gesetzesganzen, eines Teilgebietes der Rechtsordnung, ja der Rechtsordnung insgesamt*.»

1023 BGer 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017, E. 4.3; vgl. zur Eindeutigkeitsregel Rz. 213 ff.

1024 BGE 115 II 323 E. 1.b; 108 II 278 E. 4.a; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 22.

1025 BGer 5A_924/2016 vom 28. Juli 2017, E. 4.3. So auch BGE 133 III 406 E. 2.2; 122 III 118 E. 2.c; BGer 4A_220/2013, vom 30. September 2013, E. 4.4.5; 4A_71/2012 vom 27. November 2012, E. 5.1; 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.3.1.

Ganzes zu verstehen.[1026] Die Systematik ergibt sich dabei grösstenteils aus der Verfügung selbst und ist insofern als Internum zu betrachten. Allerdings können auch Externa zur Gesamtschau beitragen, so bspw. andere, vorherige Verfügungen und die begleitenden Umstände (siehe nachfolgend Rz. 323 ff.).

Bei handschriftlichen Testamenten, die keinem bestimmten Aufbau folgen, hat die Systematik eine andere Bedeutung als bei notariell beurkundeten und somit unter fachlichem Einfluss erstellten Rechtsgeschäften. Nichtsdestotrotz folgen auch handschriftliche Testamente einer gewissen Systematik, die es zu berücksichtigen gilt.[1027] 322

4.2 Externa

Bei der Suche nach dem erblasserischen Willen und den Willensrichtungen sind stets auch Anhaltspunkte bzw. Indizien ausserhalb der Urkunde beizuziehen.[1028] Da die Eindeutigkeits- und die Andeutungsregel nach der vorliegenden Auffassung vollständig aufzugeben sind, kann das Gericht Externa nicht nur bei unklarem oder zweideutigem Wortlaut heranziehen.[1029] Vielmehr sind sie stets zulässig, auch wenn kein formeller Anhaltspunkt in der Verfügung besteht.[1030] Dasselbe gilt auch bei der ergänzenden Auslegung, die grundsätzlich darauf angewiesen ist, dass Externa untersucht werden. Dabei sind die Externa nicht auf die Umstände beschränkt, die bereits vor oder bei der Errichtung der Verfügung vorhanden waren.[1031] Nachfolgend werden einige Arten von Externa dargestellt, die bei der Erforschung der Willensrichtungen Bedeutung erlangen können. 323

1026 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N 381 f. und 472 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 18 N 142; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 1210; VON ORELLI, 77 ff.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 24.

1027 Vgl. BGE 115 II 323 E. 1.b.

1028 BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27; RASELLI, 1263.

1029 Siehe die Ausführungen in Rz. 220 ff. und 240 ff.

1030 BGE 127 III 529 E. 3.c (Fall *Modifizierte Meistbegünstigung*, vgl. Fn. 183).

1031 Vgl. Rz. 275; BREITSCHMID, Formvorschriften, N 204.

a. Allgemeine Begleitumstände

324 Von Relevanz sind zum einen die Umstände, die bei der Errichtung der Verfügung vorgelegen und diese beeinflusst haben.[1032] Anhand solcher Begleitumstände lässt sich der damalige Gedankengang der verfügenden Person erleuchten.[1033] Es handelt sich dabei um Aspekte wie namentlich die Interessenlage der Parteien sowie Ort und Zeit der Errichtung.[1034]

325 Als allgemeine Umstände gelten zum anderen die wirtschaftliche Situation zum Zeitpunkt der Verfügung, geltende Gesetze, aussergewöhnliche Umstände und dergleichen.[1035] Diese Umstände haben die Ansichten und Erfahrungen der verfügenden Person geprägt, die diese zur Zeit der Verfügung hatte. Solche Umstände sind für die ergänzende Auslegung von grosser Bedeutung, zumal sie auf Lücken schliessen lassen und gleichzeitig die Ermittlung der erblasserischen Willensrichtungen ermöglichen.[1036] Namentlich anhand der Familienverhältnisse lässt sich bei fehlender Ersatzerbenbestimmung allenfalls eine Ersatzerbin oder ein Ersatzerbe eruieren (vgl. oben Rz. 276 ff.). Die Relevanz solcher Lebensumstände bei der ergänzenden Auslegung zeigt sich auch im Fall *Langlebige Mutter* (vgl. unten, Rz. 332 ff.).

b. Private Verhältnisse

326 Sehr bedeutsam sind auch die privaten Lebensverhältnisse der verfügenden Person. So haben bspw. bereits das Alter, der Beruf und die Gesundheit der Person Einfluss auf den Inhalt der Verfügung.[1037] Weiter können die familiären Verhältnisse und Beziehungen zu anderen Personen Aufschluss darüber geben, wie gewisse Begünstigungen zu verstehen sind.[1038] Auch die Lebensweise, finanzielle Situation, allgemeine Gewohnheiten und Charakterzüge, Hobbies sowie bspw.

1032 BGE 133 III 406 E. 2.2; 131 III 377 E. 4.2.1; 113 II 49 E. 1.b; 107 II 117 E. 6; BGer 5A_88/2012 vom 7. Juni 2012, E. 3.2.1; JOOS, 53.

1033 BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 28.

1034 BGer 5A_88/2012 vom 7. Juni 2012, E. 3.2.1; VON ORELLI, 78; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 28 m.w.H.

1035 ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 394; VON ORELLI, 79.

1036 BGer 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 3.3.

1037 Vgl. ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 393.

1038 BGer 5A_286/2021 vom 22. März 2022, E. 4.4; 5A_323/2013 vom 23. August 2013, E. 3.3; BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27; ähnlich VON ORELLI, 79.

auch eine Religionszugehörigkeit erlauben Rückschlüsse auf den Willen.[1039] Solche habituellen Einstellungen resp. Wertvorstellungen können zum Beispiel auch durch vorangehende Verfügungen rekonstruiert werden.[1040] Alle diese Umstände können wichtige Indizien sein, um dem Willen hinter dem Wortlaut der Verfügung einen Sinn zu geben.[1041] Hinsichtlich der Auslegung des individuellen Sprachgebrauchs beeinflussen persönliche Umstände ferner die Verwendung individueller Begrifflichkeiten (siehe oben Rz. 319).

c. Entstehungsgeschichte

Im Sinne eines historischen Elements sind diejenigen Auslegungsmittel relevant, die zur Entstehung der Verfügung führten, so beispielsweise vorangegangene Verfügungen, Verhandlungen, Entwürfe, Beratungsgespräche usw.[1042] Relevant können auch die sonstigen Äusserungen der verfügenden Person sein, die keinen Niedergang in der Verfügung gefunden haben, zum Beispiel mündliche Äusserungen, Korrespondenz mit Drittpersonen (bspw. einer Anwältin) und Ähnliches.[1043] Man darf aber nicht vergessen, dass die verfügende Person ihre Meinung während des Entstehungsprozesses noch geändert haben könnte.[1044] Nichtsdestotrotz sind vorangegangene Umstände insofern aufschlussreich, als sie auf den Willen in einem grösseren Kontext schliessen lassen (siehe oben zu den habituellen Einstellungen Rz. 326). 327

Bei den nachträglichen Lücken ist der historische Aspekt auch insofern relevant, als man die nachträgliche Veränderung als Lückentatbestand berücksichtigen muss. 328

[1039] BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27. Vgl. auch BGE 88 II 162 E. 3.

[1040] OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 Rn. 26.

[1041] BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27.

[1042] BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 27; Präjudizienbuch OR-GÖKSU, Art. 18 N 23 m.w.H.; vgl. auch VON ORELLI, 77.

[1043] BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 469 N 27.

[1044] BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 27.

d. Verhalten und Äusserungen nach der Errichtung

329 Das Verhalten der verfügenden Person(en) ist bei der Auslegung der Willenserklärungen bedeutsam und lässt Rückschlüsse auf den wirklichen Willen zu.[1045] Während das Verhalten vor der Errichtung der Verfügung dem historischen Element zugeordnet werden kann, ist das Verhalten danach als eigenständiges Externum zu betrachten. Nachträgliches Verhalten wie bspw. spätere lebzeitige Zuwendungen von Vermögenswerten, Ausgleichsdispense usw. können als Indizien dienen, wen die verfügende Person wie begünstigen wollte.

330 Auch bei der ergänzenden Auslegung kann das nachträgliche Verhalten Rückschlüsse auf den hypothetischen Willen geben, einerseits, wenn dieses in zeitlichem Zusammenhang mit der Lücke steht, andererseits, wenn das Verhalten zeigt, dass gar keine planwidrige Lücke, sondern eine bewusste Nichtregelung vorliegt.[1046] Die Planwidrigkeit darf aber nicht ohne Weiteres verneint werden.[1047] So darf namentlich von Laien nicht erwartet werden, dass sie jegliche Gesetzesrevisionen kennen und verstehen und die Verfügung bei Bedarf umgehend anpassen.[1048]

e. Äusserungen von Drittpersonen

331 Es ist stets der *subjektive* hypothetische Wille vorrangig; eine rein objektive Auslegung im Sinne der Feststellung des Willens einer vernünftigen Drittperson ist ausgeschlossen (vgl. Rz. 296 ff.). Auch ist es ausgeschlossen, dass eine Drittperson im Sinne einer *authentischen Auslegung* selbst verbindlich vorgibt, wie Begriffe zu verstehen sind, da dies dem Höchstpersönlichkeitsprinzip widerspricht.[1049] Nichtsdestotrotz kann die Meinung einer Drittperson gewissen Einfluss auf das Auslegungsergebnis haben, und zwar in der Form eines Externums. Hat sich die verfügende Person bspw. anwaltlich beraten lassen oder in einem Gespräch einer anderen Person von gewissen Absichten erzählt, gelten diese Korres-

---

1045 BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 132 III 626 E. 3.1; 107 II 417 E. 6; BGer 4A_134/2017 vom 24. Juli 2017, E. 2.1; 4A_620/2017 vom 28. Juni 2017, E. 4.1; 5A_452/2014 vom 17. September 2014, E. 2.1; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 29.

1046 Vgl. BGE 46 II 213 E. 3; ähnlich BGer 5C.183/2003 vom 9. Dezember 2003, E. 2.2.2.

1047 Siehe Rz. 261 und Rz. 305 mit Fn. 970.

1048 BGer 5C.183/2003 vom 9. Dezember 2003, E. 2.2.2.

1049 Hierbei handelt es sich um eine unzulässige Vertretung im Willen, siehe MüKo BGB-LEIPOLD, § 2065 N 11.

pondenzen und Konversationen als wichtige Indizien bei der Auslegung.[1050] Dies zeigt sich am Beispiel der *Unbeliebten Schwester* (vgl. Rz. 97). Da in diesem Fall der Beschwerdeführer im Prozess selbst äusserte, dass die Erblasserin nicht wollte, dass auf die Familie der Frau E. «*ein Rappen entfiele*», konnte das Gericht diese Äusserung als Indiz für den erblasserischen Willen verwenden. Das Gericht entschied demzufolge, dass die Nachkommen der Frau E. ebenfalls ausgeschlossen seien.[1051]

4.3 Anwendungsbeispiele

Die Erkenntnisse zu den Auslegungsmitteln im Rahmen der ergänzenden Auslegung lassen sich auch beispielhaft anhand des Falles *Langlebige Mutter* verdeutlichen. In diesem Fall lauteten die erbvertraglichen Klauseln wie folgt: 332

> *«Art. 2 Beim Tod des erstversterbenden Partners wird der überlebende Partner als alleiniger Vorerbe eingesetzt.*
>
> *Art. 3 Nach dem Tod beider Partner fällt das ganze dann noch vorhandene Vermögen je zur Hälfte an die gesetzlichen / eingesetzten Erben von Frau C._____ bzw. Herrn D._____ als (Nach)Erben.*
>
> *Art. 7 Die Parteien erklären, dass sie vom Notar eingehend über die rechtlichen Konsequenzen dieser vertraglichen Regelungen aufgeklärt worden sind. Insbesondere kennen sie die Pflichtteilsrechte, die Mutter von Herrn D._____ lebt noch. [...].»*[1052]

Vor Gericht war fraglich, ob die Parteien den Fall, dass die erwähnte Mutter ihren Pflichtteil geltend machen wird, in Artikel 3 erfasst haben. Da sich der wirkliche Wille gemäss vorinstanzlicher Feststellung nicht mehr ermitteln liess, legten das vorinstanzliche Gericht und auch das Bundesgericht nach dem Vertrauensprinzip aus. Die Vorinstanz und das Bundesgericht kamen letztlich zum Schluss, dass eine Vertragslücke vorlag.[1053] Der Wortlaut erscheint nämlich bereits im Rahmen der erläuternden Auslegung unklar; einerseits liesse er (vermeintlich) darauf schlies- 333

[1050] Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 (Fall *Insolventer Tierschutzverein*); vgl. Rz. 279 und 338 sowie Fn. 991.

[1051] BGer 5A_799/2019 vom 14. Mai 2020, E. 4. Vgl. zu diesem Fall *Unbeliebte Schwester* Rz. 97.

[1052] BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, Sachverhaltsbeschreibung.

[1053] BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.3 ff.

sen, dass auch die Mutter als Nacherbin von Artikel 3 erfasst ist. Eine systematische Betrachtung unterstreicht diese Annahme, da den Parteien der Pflichtteil der Mutter durchaus bekannt war (Artikel 7). Dennoch wurde der Pflichtteil weder in Artikel 2 noch in Artikel 3 berücksichtigt und es wurde eine Nacherbschaft auf den Überrest angeordnet, weswegen der Pflichtteil der Mutter gerade nicht in Artikel 3 enthalten sein kann.

334 Um die Lücke ergänzend auszulegen, ist wiederum zunächst vom sprachlich-grammatikalischen Element auszugehen. Aus dem Wortlaut und der Systematik lässt sich der allgemeine Zweck bzw. eine allgemeine Willensrichtung ableiten, dass sich die Erbvertragsparteien zunächst gegenseitig maximal begünstigen, anschliessend aber ihre jeweils eigenen Erben gleich behandeln wollten. Der Pflichtteil der Mutter wurde nirgends explizit ausgeschlossen, der Zweck der Gleichbehandlung der Erben bezog sich daher dem Wortlaut nach auch auf die Mutter. Grundsätzlich könnte daraus die Annahme getroffen werden, dass der Pflichtteil der Mutter auch der Hälfte des Nachlasses der jeweiligen Partei angerechnet werden soll.

335 Da aber der Wortlaut unter Berücksichtigung der Systematik i.d.R. nicht allein zur abschliessenden Ermittlung der Willensrichtungen ausreicht (vgl. Rz. 320 ff.), muss der wortinterpretative Sinn des Zweckes bei der ergänzenden Auslegung stets anhand weiterer Auslegungsmittel überprüft resp. ergänzt werden. Denn auch bei der ergänzenden Auslegung gilt, dass der durch den Wortlaut erkennbare Zweck unter Umständen einem abweichenden Sinn weichen muss, sofern sich ein solcher durch Externa ermitteln lässt. Dabei können bei der Betrachtung der Willensrichtungen insbesondere die Lebensumstände der verfügenden Person entscheidend sein.

336 Als Externum war vorliegend insbesondere die Tatsache relevant, dass die beiden Erbvertragsparteien nicht verheiratet waren. Personen in einer faktischen Lebensgemeinschaft haben kein gesetzliches Erbrecht zueinander, was den gesetzlichen Erbteil und entsprechend auch den Pflichtteil anderer Erbinnen und Erben vergrössert. Die Parteien hätten den Pflichtteil der Mutter – wären sie davon ausgegangen, dass diese sie überleben könnte – mit grosser Wahrscheinlichkeit in Artikel 3 berücksichtigt, da sie nicht über ihn hinweg entscheiden konnten. Zum Zeitpunkt des Erbvertrages war aber noch nicht bekannt, wer wen überleben würde; in einem anderen Szenario wäre der Pflichtteil der Mutter erst beim Zweitversterben entstanden und somit von der Nacherbschaft allenfalls nicht tangiert gewesen oder

allenfalls gar nicht beansprucht worden.[1054] Dass die Mutter überleben könnte, haben die Parteien wohl nicht vermutet. Der Umstand, dass der Nachlass der beiden vorwiegend aus einer Liegenschaft bestand, spricht zudem dafür, dass es ihnen einfach möglich gewesen wäre, den potenziellen Pflichtteil der Mutter zu berechnen. Dieser Pflichtteil wäre durch eine Erwähnung der Mutter als Nacherbin sodann wohl gedeckt gewesen, hätte sie den hälftigen Wert der Liegenschaft oder bspw. ein Wohnrecht erhalten.[1055]

Die besagte Mutter war im Übrigen die einzige Erbin mit einem Pflichtteil. Diese Tatsache unterstreicht einerseits, dass klar eine Lücke vorliegt, andererseits aber auch, dass die Erbvertragsparteien das Überleben der Mutter wohl nicht vermutet und deswegen ihren Pflichtteil nicht berücksichtigt hatten und sie nicht willentlich ausschliessen wollten. Die Externa betonen daher den bereits aus dem Wortlaut und der Systematik der Urkunde ersichtlichen Zweck und bieten keine anderslautenden Hinweise darauf, dass die Erbinnen und Erben einer der Vertragsparteien hätten bevorzugt werden sollen. In Verlängerung dieses Zweckes haben die Vorinstanzen und auch das Bundesgericht die bestehende Anordnung in Ziffer 3 dahingehend ergänzt, dass der Pflichtteil der Mutter der entsprechenden Seite angerechnet wurde (hypothetischer Parteiwille). Im Ergebnis erhielten somit beide Seiten die Hälfte, was dem Zweck des Erbvertrages entsprach.[1056] 337

Wie dieser Fall illustriert, kann sich die Willensrichtung bereits massgeblich aus dem vorhandenen Wortlaut ergeben. Die Externa dienten in diesem Fall aber dennoch dazu, den Wortlaut zu unterstreichen. Dass sich die Willensrichtungen und somit der hypothetische Wille auch (nur) aus Externa ergeben können, zeigt gegenteilig das Urteil *Insolventer Tierschutzverein.*[1057] Die testamentarische Alleinerbeneinsetzung des Tierschutzvereins lautete wie folgt: 338

> *«Zu meinem Alleinerben berufe ich das Tierheim ... Kleve e.V., ... in ... Kranenburg-Mehr. Einen Ersatzerben möchte ich für den Fall des Erlöschens des Vereins vorerst nicht bestimmen.»*

[1054] Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, APH 07518, vom 16. Januar 2008, E. III.2.b.

[1055] Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern, APH 07518, vom 16. Januar 2008, E. III.2.b.

[1056] BGer 5A_122/2008 vom 30. Juli 2008, E. 3.4.

[1057] OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 (vgl. Rz. 279 sowie Fn. 991).

339 Zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers war dieser eingesetzte Verein aber insolvent und in Auflösung; ein anderer Verein übernahm dagegen den Geschäftsbetrieb und die Tiere. Auch wenn der eingesetzte Verein noch nicht *erloschen*, sondern nur aufgelöst war, ergab sich die Frage, ob dieser Nachfolgeverein als Ersatzerbe gelten könnte (Lücke). Betrachtet man im ersten Schritt den Wortlaut dieser Klausel, entsteht der Anschein, dass erstens der Verein selbst als Alleinerbe gelten und zweitens im Falle von dessen Erlöschen niemand sonst begünstigt werden solle. Der Zweck der Verfügung, d.h. die alleinige Begünstigung des genannten Vereins, erscheint somit vermeintlich klar. Erst unter Berücksichtigung diverser Externa kann die Willensrichtung erleuchtet werden. Zu den Externa gehörte vorliegend namentlich der Umstand, dass der Erblasser an einer schweren Krankheit litt und zu Lebzeiten seine Kaninchen nicht mehr hatte versorgen können, weswegen diese verhungerten. Wie ein Krankenbetreuer dieses Erblassers später als Zeuge aussagte, hatte der Erblasser aufgrund ihres Todes ein so schlechtes Gewissen, dass er den Tierschutzverein als Alleinerben einsetzte (obwohl er namentlich noch eine Schwester hatte). Somit liess sich der wirkliche Zweck der Verfügung dank der genannten Externa erkennen: Der Erblasser wollte die Tiere und nicht den Verein als juristische Person begünstigen, auch wenn er wörtlich anordnete, dass dieser Verein bis zum *Erlöschen* als Erbe gelte, und er sonst ausdrücklich keine Ersatzerben bestimmte.[1058] Insgesamt war der konkrete hypothetische Wille aber klar ersichtlich, weswegen der Nachfolgeverein als Ersatzerbe anerkannt wurde.

§ 14 Fazit zum vierten Teil

340 Der Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung ist bei anfänglichen Lücken beschränkt. Gänzlich fehlende Anordnungen können nicht durch ergänzende Auslegung nachgeholt werden, da dies nicht mit dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit sowie den Formvorschriften vereinbar wäre. Die ergänzende Auslegung füllt daher lediglich Lücken innerhalb von bestehenden Anordnungen, d.h. teilweise Unvollständigkeiten. Lücken treten zudem insbesondere durch nachträgliche Veränderungen auf. Als Beispiele solcher (nachträglichen) Lücken können insbesondere die Veränderungen innerhalb des Begünstigtenkreises, die Änderung einer Bezie-

[1058] OLG Düsseldorf, Urteil vom 12. Januar 2017, I-3 Wx 257/16, ZEV 2017, 147, 148 Rn. 26.

hung zu einer Person, allgemeine Änderungen der Rechts- und Wirtschaftslage sowie Geldwertveränderungen genannt werden. Wie auch die deutsche Rechtsprechung zeigt, können solche Konstellationen dank ergänzender Auslegung ergänzt resp. angepasst werden.

341 Bei Testamenten ist bei der Ermittlung des hypothetischen Willens ein rein subjektiver Massstab massgeblich; nichts anderes liesse sich mit dem Willensprinzip sowie dem Höchstpersönlichkeitsprinzip und den Formvorschriften vereinbaren. Bei Erbverträgen muss dementsprechend ebenfalls der subjektiven Methode gefolgt werden, weswegen der hypothetische Wille der konkreten Parteien massgeblich sein müssen. Nur wenn sich dieser nicht mit einer hohen Wahrscheinlichkeit ermitteln lässt, können eine objektivierte Betrachtungsweise resp. dispositive Gesetzesnormen berücksichtigt werden, die sich aber stets mit dem konkreten Willen vereinen lassen müssen. Im Zweifelsfall ist der ergänzenden Auslegung jedenfalls die Anwendung zu versagen, denn ein rein objektiver hypothetischer Wille ist im Erbrecht niemals möglich.

342 Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens sind die real erkennbaren Willensrichtungen der verfügenden Person(en) weiterzudenken. Diese Willensrichtungen entsprechen grundsätzlich dem Zweck der Verfügung und lassen sich oftmals bereits im Text der Verfügung erkennen. Nichtsdestotrotz müssen die Willensrichtungen durch den Beizug von Externa überprüft werden, da sich der Zweck der Verfügung auch (nur) aus externen Auslegungsmitteln ergeben kann. Bei der Untersuchung des hypothetischen Willens sind jedenfalls in Anlehnung an die Gesetzesauslegung die vier Auslegungselemente, d.h. das sprachliche, das teleologische, das historische sowie das systematische Element zu beachten. Dem Wortlaut als Verkörperung der Willenserklärung kommt dabei zeitlich und im Zweifelsfall Priorität zu.

Teil 5:
Zusammenfassende Darstellung

Verfügungen von Todes wegen sind, wie auch sämtliche andere privatrechtliche Rechtsgeschäfte, stets auslegungsbedürftig. Wie das Bundesgericht bereits bei der Auslegung von Erbverträgen und Schuldverträgen feststellte, muss das Gericht auch einen scheinbar klaren Wortlaut auslegen, wobei es sich auf alle Auslegungsmittel stützen darf. Die erläuternde Auslegung dient dabei dem Verständnis des Gewollten und verhilft der Erklärung zu rechtlicher Massgeblichkeit. Hierbei wird auch bei Verfügungen von Todes wegen Art. 18 OR analog herangezogen. Bei Testamenten folgt die erläuternde Auslegung dem Willensprinzip, d.h. sie erforscht den wirklichen erblasserischen Willen. Bei Erbverträgen – mit Ausnahme von testamentarischen Verfügungen – muss das Gericht bei Fehlen des wirklichen Willens nach dem Vertrauensprinzip auslegen. 343

Durch die erläuternde Auslegung lassen sich oft Lücken, d.h. Unvollständigkeiten im Rechtsgeschäft, erkennen. Denn erst durch die erläuternde Auslegung wird ersichtlich, welche Ziele die verfügende Person verfolgt und wo diese nicht erreicht werden resp. wo eine Lücke besteht. Dies trifft auch (oder insbesondere) auf Verfügungen von Todes wegen zu, die oftmals eine lange Zeit vor dem Versterben errichtet werden. Es besteht daher gerade im Erbrecht ein legitimes Interesse daran, solchen Lücken mit ergänzender Auslegung begegnen zu können, so wie es namentlich auch im Vertragsrecht und Stiftungsrecht möglich ist. Die ergänzende Auslegung setzt dabei einen hypothetischen Willen um, welcher danach fragt, was die betroffene Person in Kenntnis aller Umstände verfügt *hätte*. 344

Die ergänzende Auslegung wurde in der frühen Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich abgelehnt, insbesondere aus dem Grunde, da sich ein hypothetischer Wille (scheinbar) nicht mit der Höchstpersönlichkeit sowie der Formgebundenheit der Verfügungen von Todes wegen vereinbaren lasse. In der jüngeren Lehre und Rechtsprechung mehren sich allerdings die Stimmen, die die ergänzende Auslegung auch im Erbrecht befürworten. Schliesslich hat das Bundesgericht die ergänzende Auslegung mittlerweile bei Erbverträgen anerkannt, wodurch deren Zulässigkeit grundsätzlich nur noch bei Testamenten in Frage steht. 345

Es bestehen hingegen bereits andere Vorgänge, die den hypothetischen Willen einer von Todes wegen verfügenden Person auch bei Testamenten umsetzen, so namentlich bei der Anfechtung eines Motivirrtums. Der hypothetische Wille wird dabei allerdings nur destruktiv genutzt, wenn auch das Gesetz sowie die Rechtsprechung erkennen lassen, dass dem Prinzip des *favor testamenti* auch bei der Irrtumsanfechtung grosse Bedeutung zukommt. Da das Bundesgericht die Möglichkeit der modifizierten Teilungültigkeit immerhin bei Erbverträgen anerkennt, ist nach der vorliegen Auffassung davon auszugehen, dass Verfügungen von 346

Todes wegen grundsätzlich bei jeglichen Ungültigkeitsgründen modifizierbar sind (analog zu Art. 20 Abs. 2 OR). Bejaht man dies, setzt man den hypothetischen Willen konstruktiv um. Sodann bestehen auch weitere Instrumente im Erbrecht, die sich im weitesten Sinne der ergänzenden Auslegung zuordnen lassen. So ist insbesondere die Konversion als Ausdruck des *favor testamenti* zu verstehen, da sie ungültige Verfügungen aufrechterhält. Angesichts der Möglichkeit, auch nur einzelne Testamentsklauseln inhaltlich umzudeuten, ist ersichtlich, dass die ergänzende Auslegung bereits in einer verwandten Art praktiziert wird. Im Sinne des *favor testamenti* und der Privatautonomie, und um eine willkürliche Ungleichbehandlung der beiden Verfügungsformen zu vermeiden, muss die ergänzende Auslegung im Erbrecht im Allgemeinen zulässig sein.

347 Der hypothetische Wille lässt sich auch mit den Charakteristika der Verfügung von Todes wegen, d.h. der Höchstpersönlichkeit und der Formgebundenheit, in Einklang bringen. Während die frühere Lehre und Rechtsprechung den Formvorschriften und dem Prinzip der Höchstpersönlichkeit grundsätzlich viel Gewicht beimassen, haben sich die Ansichten über die Zeit mehrheitlich gelockert. Gemäss der jüngsten Praxis gilt nun, dass Formvorschriften im Allgemeinen restriktiv auszulegen sind und dem Form*zweck* grössere Bedeutung zukommt. Ein Formmangel führt somit nicht mehr zwingend zur Ungültigkeit der Verfügung. Sodann genügt es auch hinsichtlich des Prinzips der materiellen Höchstpersönlichkeit, wenn die Verfügung *genügend bestimmbar* ist, was der verfügenden Person etwas mehr Freiheiten bei der Formulierung ihrer Verfügungen lässt.

348 Die aus den Formvorschriften sowie der Höchstpersönlichkeit abgeleiteten Eindeutigkeits- und Andeutungsregeln, welche das Bundesgericht zumindest bei Testamenten weiterhin anwendet, sind im Übrigen zu verwerfen. Grund hierfür ist namentlich das Willensprinzip, welches durch eine Beschränkung der Auslegung verletzt wird; bei der Ermittlung des wirklichen Willens einer Person darf der Wortlaut nicht die Grenze der Auslegung sein und es müssen stets auch Externa beigezogen werden. Zudem zeigt die Umsetzung der Andeutungsregel in der Bundesgerichtspraxis auch, dass sie die Form gar nicht zu schützen vermag. Diese Regeln können nach der vorliegenden Auffassung entsprechend auch bei der ergänzenden Auslegung keinen Bestand haben, bieten sie doch keinen Schutz davor, den Fremdeinfluss des Gerichts zu beschränken. Vielmehr reicht es gemäss dem vorliegenden Verständnis der ergänzenden Auslegung aus, wenn eine Person den beabsichtigten Zweck ihrer Verfügung genügend ersichtlich zum Ausdruck bringt und sich die Auslegung darauf stützt. Die Ausführung des Zweckes, auch durch abgeänderte Mittel, lässt sich ohne Weiteres mit der Höchstpersönlichkeit und der

Form vereinbaren, was namentlich auch der Vorgang der Konversion zeigt. Dementsprechend ist die ergänzende Auslegung als Teil des allgemeinen Auslegungsprozesses zu verstehen und bettet sich problemlos in diesen ein.

Der Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung ist allerdings begrenzt, denn sie kann nur Lücken füllen, die sich in bereits bestehenden Anordnungen ergeben. Das Gericht darf demgegenüber nichts gänzlich Fehlendes nachholen. Eine Lücke wird dabei grundsätzlich durch einen *Soll/Ist*-Vergleich erkannt; entscheidend ist, ob sich der beabsichtigte Zweck der Verfügung mit den bestehenden Mitteln noch erreichen lässt. In einem zweiten Schritt muss das Gericht zudem ermitteln, ob diese Lücke planwidrig ist oder nicht. Ist die Planwidrigkeit ebenfalls gegeben, darf das Gericht den hypothetischen Willen der verfügenden Person(en) ermitteln, um die Lücke zu schliessen. 349

Das Gericht muss den hypothetischen Willen stets subjektiv ermitteln, denn ein rein objektiver hypothetischer Wille ist auch beim Erbvertrag nicht zulässig. Dabei werden die durch die erläuternde Auslegung gewonnenen Willensrichtungen (Ziele) *verlängert*, um den bestehenden Zweck auf die Lücke anzuwenden. Die ursprüngliche Sicht der Parteien wird um die Kenntnis der unberücksichtigten Umstände vervollständigt. Dabei können Externa unbeschränkt beigezogen werden. Als Auslegungsmittel gelten wie auch bei der erläuternden Auslegung im Allgemeinen sowohl die Verfügung selbst (der Wortlaut samt Systematik), als auch alle zweckdienlichen externen Auslegungsmittel (bspw. die privaten Lebensumstände der verfügenden Person, die zum Zeitpunkt der Verfügungserrichtung vorherrschende Wirtschaftslage usw.). Auch wenn sich die Willensrichtungen (nur) aus dem Wortlaut der Verfügung allein ergeben können, ist es gerade im Bereich der ergänzenden Auslegung nötig, den Zweck stets durch Externa zu überprüfen. Nur so kann der hypothetische Wille mit genügender Wahrscheinlichkeit ermittelt und nur so kann der Einfluss des auslegenden Gerichts begrenzt werden. Der dank der Willensrichtungen zu ergänzende Teil muss sich letztlich in den bestehenden Kontext einfügen und darf dem beabsichtigten Inhalt nicht zuwiderlaufen. Ist kein hypothetischer Wille mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit erkennbar, so versagt die ergänzende Auslegung und es bleibt bei dem durch die erläuternde Auslegung erzielten Ergebnis. Würden diese Grenzen nicht beachtet, so müsste den gegnerischen Stimmen der ergänzenden Auslegung zugestimmt werden: Das Gericht würde sich selbst zur verfügenden Person erheben, was unzulässig ist. 350

Wird die ergänzende Auslegung in dem beschriebenen Sinne verstanden, lässt sie sich nach der vorliegenden Auffassung auch trotz der spezifischen Charakteristika 351

der Verfügungen von Todes wegen umsetzen. Sie stellt somit einen Teil des allgemeinen Auslegungsvorganges dar, so wie sie auch bereits bei anderen Rechtsgeschäften praktiziert wird. Die ergänzende Auslegung ist somit auch im Erbrecht grundsätzlich zulässig.

Curriculum Vitae

PERSÖNLICHE DATEN

Name	Suzan Can
Geburtsdatum	9. September 1993

AUSBILDUNG

02/2020 – heute	Doktorandin an der Law School der Universität St. Gallen
04/2021 – 05/2021	Forschungsaufenthalt am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, Italien
11/2019	Erwerb des Rechtsanwaltspatentes des Kantons St. Gallen
09/2016 – 03/2018	MLaw (Universität Zürich)
09/2012 – 09/2016	BLaw (Universität Zürich)

BERUFLICHE ERFAHRUNG

09/2021 – heute	Associate bei LALIVE SA (Zürich), spezialisiert auf Private Clients
09/2021 – heute	Lehrbeauftragte für Übungen im Familienrecht an der Universität St. Gallen
01/2020 – 08/2021	Wissenschaftliche Assistentin an der Universität St. Gallen, Institut für Rechtswissenschaften und Rechtspraxis (IRP-HSG), sowie Tutorin und Lehrbeauftragte für Privat- und Gesellschaftsrecht an der Universität St. Gallen
05/2019 – 10/2019	Auditorin am Kantonsgericht St. Gallen
05/2018 – 04/2019	Substitutin in einer Anwaltskanzlei in St. Gallen
10/2015 – 04/2018	Juristische Assistentin einer Familienrechtsexpertin und Mediatorin
08/2017 – 09/2017	Juristisches Kurzpraktikum in einer Anwaltskanzlei in St. Gallen
12/2015 – 06/2016	Hilfsassistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, Prof. Dr. iur. Andrea Büchler
11/2015 – 04/2016	Praktikum in der Rechtsabteilung eines internationalen Grossunternehmens