



Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur verbindlichen Auslegung letztwilliger Verfügungen?

Prof. Dr. Katharina Uffmann

Der Testamentsvollstrecker ist verpflichtet, mit der gebotenen Sorgfalt den genauen Inhalt der letztwilligen Verfügungen und damit den Erblasserwillen in eigener Verantwortung festzustellen. Gleichwohl ist das Auslegungsergebnis des Testamentsvollstreckers, kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, nur unverbindlicher Entscheidungsvorschlag. Bis heute ist nicht rechtssicher geklärt, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker zur verbindlichen Auslegung letztwilliger Verfügungen ermächtigen kann oder ob hierin nicht ein Verstoß gegen den Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit liegt. Der Beitrag zeigt einen dogmatisch gangbaren Weg für eine Auslegungsermächtigung auf, die jenseits der Schiedsrichterbestellung liegt, da letztere erst jüngst durch ein Urteil des BGH noch steiniger geworden ist.



Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen an der Ruhr-Universität Bochum.

I. Problemaufriss

1. Des Erblassers Wille – sein Himmelreich...

„Des Menschen Wille ist sein Himmelreich, die Unentschlossenheit seine Hölle“. Mit diesem Spruch lässt sich treffend beschreiben, vor welcher Herausforderung der Testamentsvollstrecker steht, wenn er gem. § 2203 BGB seiner Hauptaufgabe nachkommen möchte, die „*letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen*“, also etwa die Erben als Eigentümer eines Grundstücks eintragen zu lassen, Vermächtnisse oder Auflagen zu vollziehen. Denn seine zentrale vorgelagerte Pflicht besteht darin, mit der gebotenen Sorgfalt den genauen Inhalt der letztwilligen Verfügungen und damit den Erblasserwillen, der in den Worten des BGH die oberste Norm für die Befugnisse und Aufgaben des Testamentsvollstreckers darstellt,¹ in eigener Verantwortung festzustellen.² Und über dessen „*richtige*“ Interpretation und Umsetzung lässt sich mit Erben, Vermächtnisnehmern und Auflagenbegünstigten respektive -beschwerten in der Praxis trefflich streiten.³ Schließlich werden Testamentsvollstreckungen für wirtschaftlich sowie familiär komplexe und damit rechtlich herausfordernde Erbfolgeregelungen angeordnet.⁴ Ist die Berechnungsgrundlage des Vermächtnisses zutreffend festgestellt worden, ist auch tatsächlich der Aufлагenzweck eingehalten

worden? Dies und vieles mehr kann streitig sein. Liegt der Testamentsvollstrecker mit seiner Interpretation falsch, muss er neben einer ggf. stattfindenden Entlassung aus dem Amt⁵ unter Umständen für die Konsequenzen fehlerhafter Ausführungen oder Unterlassungen nach § 2219 BGB haften, sofern seine Auslegung nicht mehr vertretbar war.⁶

2. ... dessen Interpretation eine „höllische“ Aufgabe im Spannungsfeld des § 2065 BGB ist

Wie sieht es also mit den rechtlichen Grundlagen der Mitverantwortung des Testamentsvollstreckers bei der Interpretation des Erblasserwillens aus? Die Rollenverteilung ist an sich klar: Sie bestimmt sich vom Ausgangspunkt her nach den §§ 2064, 2065 BGB, sprich den Grundsätzen der formellen und materiellen Höchstpersönlichkeit:

1 BGH Beschl. v. 15.4.2015 – XII ZB 534/14, ZEV 2015, 414 (415, Tz. 12).
2 Burandt/Rojahn/Hekschen, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2203 Rn. 4f.; BeckOGK BGB/Leitzen, Stand 1.10.2019, § 2203 Rn. 8, 35 f.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, Rn. 361; BeckOK BGB/Lange, Stand 1.11.2019, § 2203 Rn. 8; MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2203 Rn. 7; Storz ZEV 2009, 265 (266); Schmidl ZErB 2010, 251; aA Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 3 Rn. 133, allerdings unter problematischer Gleichsetzung von Auslegung mit authentischer Interpretation.
3 Storz ZEV 2009, 265.
4 MAH-Erbrecht/Lorz, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 1; Schmidl ZErB 2010, 251.
5 BayObLG Beschl. v. 11.7.2011 – 1 Z BR 131/00, ZEV 2002, 155 (156) mAnm Klingelhöffer.
6 BGH Urt. v. 11.3.1992 – IV ZR 31/91, NJW-RR 1992, 775; OLG Koblenz Beschl. v. 13.8.2013 – 1 W 294/13, FamRZ 2014, 1665; Staudinger/Reimann BGB, Neubearb. 2016, § 2219 Rn. 5; MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2203 Rn. 7; BeckOGK BGB/Leitzen, Stand 1.10.2019, § 2203 Rn. 35.1; BeckOK BGB/Lange, Stand 1.11.2019, § 2203 Rn. 8; Storz ZEV 2009, 265 (266); Klingelhöffer ZEV 2002, 155 (157).

Der Erblasser hat seine letztwilligen Verfügungen höchstpersönlich zu errichten. Zum Schutz vor Umgehungen muss er zudem über die Geltung seiner letztwilligen Verfügung selbst bestimmen (§ 2065 Abs. 1 BGB) und kann die Bestimmung der Person des Bedachten und des Gegenstands der Zuwendung nicht einem Dritten überlassen (§ 2065 Abs. 2 BGB).⁷ Eine Vertretung im Willen ist grundsätzlich ausgeschlossen, die Verfügungsverantwortung abweichend zu den schuldrechtlichen Grundsätzen der §§ 315 ff. BGB nicht delegierbar.

Allerdings: „Grundsätzlich“ ist zugleich das entscheidende Wort. Denn das Erbrecht sieht insbesondere⁸ für Vermächtnisse und Auflagen mit den §§ 2151–2156, 2192, 2193 BGB zahlreiche Instrumente vor, mit denen der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit in § 2065 Abs. 2 BGB wieder eingeschränkt wird⁹ oder anders formuliert, von der Testierfreiheit gedacht kommend, mit deren Hilfe der Erblasser jenseits von Erbeinsetzungen seinem Willen entsprechend Entscheidungen zur Person des Bedachten bzw. Begünstigten und des Zuwendungsgegenstandes auf einen Dritten delegieren kann. Als ein solcher Dritter kann der Testamentsvollstrecker mit dem Ziel berufen werden, eine sachkundige, fremdnützige Willensvollstreckung¹⁰ durch eine Vertrauensperson zu gewährleisten.

Problematisch ist, dass bis heute letztlich unklar ist, was aus diesem gesetzlichen Regel-Ausnahme-Konzept genau für die auf den Testamentsvollstrecker übertragbaren Interpretationskompetenzen folgt. Wo verläuft die Grenze zur unzulässigen Vertretung im Willen – was muss der Erblasser vorgeben, was kann er offenlassen und dem Testamentsvollstrecker überantworten? Hintergrund der Unsicherheit ist, dass Zweck und Reichweite des § 2065 BGB bis heute nicht abschließend geklärt sind.¹¹ Fest steht nur, dass es sich um eine besonders begründungsbedürftige Einschränkung der auch verfassungsrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG verbürgten Testierfreiheit handelt, die im Lichte der systematischen Rundschau auf die sonst zugelassenen Drittbestimmungsmöglichkeiten bei Vermächtnissen und Auflagen bereits dem Grundsatz nach sehr umstritten ist. Die hM sieht den Zweck des § 2065 BGB nicht bloß darin, den Erben schnell zu ermitteln,¹² sondern darin, dass der Erblasser die sittliche Verantwortung für die Verfügungen über sein Vermögen – und zwar für Inhalt und Geltung – selbst übernehmen müsse; es solle keine Rechtsmacht ohne Verantwortung geben, schon um Missbräuche zu verhindern.¹³

II. Grundsatz – Gerichtliche Beilegung von Auslegungstreitigkeiten

Was bedeutet das nun für die Auslegung? Besteht Streit über den Inhalt letztwilliger Verfügungen, gehört es zu den vornehmsten Aufgaben der Gerichte, den formgerecht geäußerten Erblasserwillen zu ermitteln, sprich die Verfügungen vor allem unter Beachtung der Andeutungstheorie auszulegen.¹⁴ Hierbei handelt es sich um Rechtsanwendung, nicht um bloße Tatsachenfeststellung.¹⁵ Bis das Auslegungsergebnis verbindlich feststeht, kann es insofern dauern. Verfahrensrechtlich unterliegt die von der ersten Instanz vorgenommene Auslegung der vollen inhaltlichen Überprüfung durch das Berufungs- bzw.

Beschwerdegericht. Ist die zweite Instanz von dem vertretbaren Auslegungsergebnis der ersten Instanz inhaltlich nicht überzeugt, kann sie die aus ihrer Sicht für richtig gehaltene Auslegung an deren Stelle setzen.¹⁶ Das Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegericht überprüft die von den Tatsacheninstanzen vorgenommene Auslegung zwar nur noch auf Rechtsfehler und damit an sich eingeschränkt. So darf das Auslegungsergebnis nicht dem klaren Sinn und Wortlaut der letztwilligen Verfügung widersprechen, gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Erfahrungssätze und Denkgesetze verstoßen oder eine in Betracht kommende andere Auslegung überhaupt nicht erwogen oder einen wesentlichen Umstand übersehen haben.¹⁷ Gleichwohl muss man sich vor Augen führen, dass diese Kriterien so unbestimmt sind, dass sie praktisch dazu führen, dass das Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegericht dort, wo es will, eine Möglichkeit finden wird, in das Auslegungsergebnis einzugreifen.¹⁸ Schließlich ist nach der Rechtsprechung des BGH selbst ein klarer und eindeutiger Wortlaut einer Auslegung zugänglich.¹⁹ Demzufolge kann man sich erst nach Ausschöpfung des Rechtswegs bzw. mit Bestandskraft der Entscheidung über den Inhalt streitiger Verfügungen endgültig sicher sein.

7 Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2016 § 2065 Rn. 1 ff.; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2064 Rn. 2 f.; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 1 ff.

8 Daneben sind § 2048 S. 2 BGB, §§ 2198–2200 BGB, § 14 Abs. 3 HöfEO zu nennen.

9 Zum Überblick Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2016, § 2065 Rn. 10 ff.; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 2–5; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2065 Rn. 4–8; Otte, Hereditare 4 (2014), 23 (27 ff.).

10 MAH-Erbrecht/Lorz, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 1; Staudinger/Reimann BGB, Neubearb., Vorbem. §§ 2197–2228 Rn. 17; Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2203 Rn. 1 ff.

11 BeckOGK BGB/Gomille, Stand 1.7.2018, § 2065 Rn. 3 ff.; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 1; Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2013, § 2065 Rn. 2 ff.; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2065 Rn. 1; Muscheler, Erbrecht I, 1. Aufl. 2010, Rn. 552 ff.; Lange, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 27 Rn. 11 ff.; Goebel DNortZ 2004, 101 (104 ff.); Otte, Hereditare 4 (2014), 23 (24 f.). Im Einzelnen zu den Legitimationsansätzen Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie, 2014, 352 ff.

12 So aber Lange, Erbrecht, 2. Aufl. 2017, § 27 Rn. 11.

13 BGH Urt. v. 18.11.1954 – IV ZR 152/54, NJW 1955, 100; BGH Urt. v. 14.7.1965 – V BLw 11/65, NJW 1965, 2201; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 1; BeckOGK BGB/Gomille, Stand 1.7.2018, § 2065 Rn. 3; Otte, Hereditare 4 (2014), 23 (25 f.).

14 Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2016, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rn. 119; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 3; Horn/Kroiß NJW 2012, 666 (667 f.).

15 MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rn. 166; vgl. auch BGH Urt. v. 18.1.1978 – IV ZR 181/76, LM Nr. 14 zu § 2084, = WM 1978, 377 (378); Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 79; Horn ZEV 2016, 565 (566).

16 BGH Urt. v. 14.7.2004 – VIII ZR 164/03, BGHZ 160, 83 (86 ff.); MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rn. 170; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2085 Rn. 81 a.

17 BGH Urt. v. 12.7.2017 – IV ZB 15/16, ZEV 2017, 629 mAnm Leipold; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rn. 173; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 81 b.

18 Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 81 b.

19 BGH Urt. v. 8.12.1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 (45).

III. Auslegung des Testamentsvollstreckers – gewichtiger, aber unverbindlicher Entscheidungsvorschlag

Das gilt auch, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Zwar ist der Testamentsvollstrecker zur eigenverantwortlichen Auslegung der letztwilligen Verfügungen sowohl befugt als auch verpflichtet.²⁰ Zudem haben die Gerichte den Äußerungen des Testamentsvollstreckers bei der Interpretation des Erblasserwillens besondere Bedeutung zuzumessen, jedenfalls bezüglich solcher Verfügungen, die nicht die Testamentsvollstreckung selbst oder das Amt des Testamentsvollstreckers betreffen.²¹ Doch was heißt das konkret? Dass das Gericht der Auslegung der Verfügung durch den Testamentsvollstrecker und damit seiner wertenden Entscheidung²² im Zweifel folgt, sofern sich diese im Rahmen der vertretbaren Auslegungsmöglichkeiten bewegt? Das nun gerade nicht. Denn es würde bedeuten, dem Testamentsvollstrecker eine verbindliche Entscheidungsmacht bereits *qua* seines Testamentsvollstreckeramts zuzusprechen. Eine solche wird aber ersichtlich zu Recht einhellig verneint.²³ Warum? Es fehlt die rechtliche Grundlage hierfür. Im Unterschied zur vormaligen Rechtslage nach dem Allgemeinen Preussischen Landrecht (§ 561 ALR I 12)²⁴ sehen die §§ 2203 ff. BGB eine entsprechende Auslegungskompetenz nicht mehr vor.²⁵ Da dem Testamentsvollstrecker somit jedenfalls kraft seines Amtes keine verbindliche Auslegungshoheit zukommt, sollte er sich bei Auslegungszweifeln grundsätzlich absichern.²⁶ Im ersten Schritt ist dabei zu versuchen, bezüglich der Interpretation der letztwilligen Verfügung Einvernehmen mit den Erben, Bedachten und/oder Beschwerzten zu erzielen. Gelingt dies nicht, sind gerichtliche Absicherungsstrategien zu verfolgen, also zB Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu erheben,²⁷ schon um sich haftungsrechtlich von einer Inanspruchnahme nach § 2219 BGB abzusichern. Der Sache nach ist die vom Testamentsvollstrecker vertretene Auslegung somit nur der „*unverbindliche Startpunkt*“ eines mitunter zeit- und kostenintensiven außergerichtlichen und gerichtlichen Klärungsprozesses, dessen Ausgang sich häufig nur schwer abschätzen lässt.

IV. Einräumung verbindlicher Auslegungsbefugnis durch Erblasser? – bis heute nicht rechtssicher geklärt

Angesichts dessen ist es naheliegend, über alternative Konfliktlösungswege nachzudenken: Kann der Erblasser das Grundmodell der gerichtlichen Beilegung von Auslegungsstreitigkeiten kraft letztwilliger Verfügung „*abwählen*“, indem er dem Testamentsvollstrecker auch die Befugnis zur verbindlichen Auslegung seiner Verfügungen, zumindest in gewissem Umfang, überträgt? Ein Interesse hieran kann nicht bloß aus Zeit- und Kostengründen bestehen. Dem Erblasser kann vielmehr daran gelegen sein, die im Rahmen der Auslegung ggf. zu treffenden Wertentscheidungen einer Vertrauensperson zuzuweisen, der die familiären Verhältnisse bekannt sind.²⁸

Ob, und wenn ja *wie*, dem Testamentsvollstrecker letztwillig eine solche Auslegungsermächtigung eingeräumt werden kann, ist bis heute nicht rechtssicher geklärt. Die höchstrichterliche Entscheidungsbasis ist mit zwei Entscheidungen des RG sowie einer des BGH aus den 1960er Jahren mehr als spärlich. Jüngere einschlägige höchstrichterliche Rechtspre-

chung liegt soweit ersichtlich nicht vor. Auch die Literatur hat sich bislang kaum vertieft mit dieser Frage beschäftigt, sondern referiert im Wesentlichen die genannten drei älteren Entscheidungen, die sie dabei teilweise auch unterschiedlich interpretiert. Anlass genug, die Rechtsprechungsentwicklung einmal kritisch zu beleuchten und hierbei auf die Folgewirkungen des Beschlusses des BGH vom 8.11.2018²⁹ einzugehen, in welchem eine Schiedsklausel als unwirksam verworfen wurde, weil ein Testamentsvollstrecker als Einzelschiedsrichter auch über Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker entscheiden sollte. Denn hiermit stellt sich die Frage, wie zweckmäßig es künftig noch ist, Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter zu berufen.

Vorab sollte man sich allerdings klarmachen, um was es rechtlich gesehen bei dem Streit um eine Auslegungsermächtigung letztlich geht. Dies wird in der derzeit geführten Diskussion oftmals nicht hinreichend deutlich.

1. „*Ob*“ einer Auslegungsermächtigung – § 2065 BGB als absolute Grenze?

Die erste Frage betrifft das grundsätzliche „*Ob*“ einer Auslegungsermächtigung: Kann der Erblasser aufgrund seiner Testierfreiheit dem Testamentsvollstrecker die verbindliche Auslegung unklarer erbrechtlicher Verfügungen überhaupt übertragen oder liegt darin eine unzulässige Vertretung im Willen, womit gegen den in § 2065 BGB verankerten, höchst umstrittenen Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit³⁰ ver-

- 20 OLG Koblenz Beschl. v. 13.8.2013 – 1 W 294/13, FamRZ 2014, 1665; OLG Schleswig Beschl. v. 6.7.2015 – 3 Wx 41/15, FamRZ 2016, 667; Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2203 Rn. 4 f.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, N Rn. 361; MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2203 Rn. 7; BeckOGK BGB/Leitzen, Stand 1.10.2019, § 2203 Rn. 8, 35 f.; BeckOK BGB/Lange, Stand 1.1.2019, § 2203 Rn. 8; Storz ZEV 2009, 265 (266); Schmidl ZErB 2010, 251; aA Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 3 Rn. 133, allerdings unter problematischer Gleichsetzung von Auslegung mit authentischer Interpretation.
- 21 RG v. 29.4.1907 – IV 506/06, RGZ 66, 103 (106); Bengel/Reimann/Klumpp, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 3 Rn. 135; Staudinger/Reimann BGB, Neubearb. 2016, § 2203 Rn. 15; Storz ZEV 2009, 265 (268).
- 22 Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2016, § 2065 Rn. 17.
- 23 OLG Koblenz Beschl. v. 13.8.2013 – 1 W 294/13, FamRZ 2014, 1665; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, N Rn. 361.
- 24 § 561 ALR lautete: „*Wenn über den Sinn einer Verordnung des Erblassers zwischen dem Testamentsvollzieher und dem Erben gestritten wird; so gebührt, im zweifelhaften Falle, der Meinung des Ersteren der Vorzug.*“ Zur allerdings begrenzten Reichweite dieser Auslegungskompetenz des Testamentsvollstreckers Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 102.
- 25 Zur vormaligen Rechtslage RG v. 29.4.1907 – IV 506/06, RGZ 66, 103 (106); Storz ZEV 2009, 265; Mankowski FamRZ 1995, 851.
- 26 Zum Nachfolgenden Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, N Rn. 362; Schmidl ZErB 2010, 251 (252).
- 27 OLG Schleswig Beschl. v. 6.7.2015 – 3 Wx 41/15, FamRZ 2016, 667; BeckOK BGB/Lange, Stand 1.1.2019, § 2203 Rn. 8; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, N Rn. 361 f.; Storz ZEV 2009, 265 (268 f.); Schmidl ZErB 2010, 251 (252).
- 28 Storz ZEV 2009, 265; Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 101.
- 29 BGH Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, NJW 2019, 857 = ErBR 2019, 306 (308, Tz. 24); zu Recht kritisch zur vom BGH dogmatisch nicht begründeten Unwirksamkeitsfolge Bandel MittBayNot 2019, 466 (467 f.).

stoßen würde. Es geht mithin um die Reichweite seiner Verfügungsbefugnis.

2. „Wie“ einer Auslegungsermächtigung?

Die zweite Frage betrifft das „Wie“: Wenn § 2065 BGB eine Auslegungsermächtigung nicht grundsätzlich sperren sollte, ist zu klären, auf welchem Weg dem Testamentsvollstrecker eine Auslegungskompetenz übertragen werden kann. Dogmatisch sind dabei drei Anknüpfungspunkte denkbar, ein verfahrensrechtlicher sowie zwei materiellrechtliche:

a) Verfahrensrechtliche Lösung: Schiedsrichterfunktion gem. § 1066 ZPO

Im Fokus der Diskussion, weil von der Rechtsprechung vorgezeichnet, steht der verfahrensrechtliche Weg: Er besteht darin, dem Testamentsvollstrecker letztwillig gem. § 1066 ZPO³¹ eine Schiedsrichterrolle einzuräumen, also letztwillig ein Schiedsgericht zu bestellen und den Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter zu benennen.³² Die Auslegungsentscheidung des Testamentsvollstreckers im Umfang und anstelle des Gerichts unterläge dann keiner gerichtlichen Inhaltskontrolle mehr, da ausweislich des § 1059 ZPO keine sachliche Richtigkeitsprüfung durchgeführt wird – eine verbindliche Auslegungsbefugnis wäre damit erreicht. Dieser verfahrensrechtliche Weg ist indes äußerst eingeschränkt. Zum einen gegenständlich: Der BGH klammert, nach wengleich umstrittener Ansicht, aus dem Kreis der objektiv schiedsfähigen Gegenstände neben den Pflichtteilsansprüchen³³ sämtliche Streitigkeiten über die nach § 2220 BGB zwingend ausgestalteten grundlegenden Pflichten des Testamentsvollstreckers sowie dessen Entlassung mangels Verfügungsmacht des Erblassers aus.³⁴ Alle damit in Zusammenhang stehenden Auslegungsfragen können daher nicht zugewiesen werden. Entscheidend ist daneben, dass mit Blick auf § 1036 ZPO, der angesichts der nur eingeschränkten Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs nach § 1059 ZPO die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters verfolgt, zu bedenken ist, dass man bei Selbstbetroffenheit nicht als Schiedsrichter fungieren kann.³⁵ Bezieht sich der Gegenstand des Verfahrens auf seine Testamentsvollstreckerstellung oder ist der Testamentsvollstrecker Miterbe, ist seine Neutralität nicht gewahrt, seine Bestellung scheidet aus.³⁶ In anderen Fällen einer Betroffenheit, etwa als Vermächtnisnehmer oder Auftragsbegünstigter, kann der Testamentsvollstrecker als Schiedsrichter zudem ggf. wegen Befangenheit gem. §§ 1036 Abs. 2, 41 f. ZPO abgelehnt werden.³⁷ Wirklich zweckmäßig ist dieser Weg einer Personalunion wegen zahlreicher denkbarer Interessenskollisionen daher nicht,³⁸ im Gegenteil kann er sogar bei fehlender Vorsorge in Gestalt einer Ersatzschiedsrichterbestellung gefährlich werden. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 8.11.2018³⁹ eine testamentarische Schiedsklausel für unwirksam befunden, die nicht ausgeschlossen hatte, dass ein Testamentsvollstrecker als Einzelvollstrecker auch über Streitigkeiten zwischen ihm und den Erben entscheiden sollte.

b) Erbrechtliche Lösung: Gewillkürte Erweiterung der Rechte des Testamentsvollstreckeramts

Jenseits dessen läge ein materiellrechtlicher Weg prinzipiell darin, die gesetzlich normierten Befugnisse des Testaments-

vollstreckers durch den Erblasser um eine Auslegungsermächtigung gewillkürt zu erweitern. Das würde voraussetzen, dass die §§ 2203–2210 BGB nicht zwingend das Maximum an Befugnissen regeln und der Erblasser daher letztwillig dem Testamentsvollstrecker ein weiteres subjektives Recht, das die Grenzen des § 2065 BGB beachtet, im Rahmen seines privaten Amtes zuweisen könnte. Dieser Weg ist indes methodisch versperrt, weil die §§ 2203 ff. BGB ausweislich des historischen Gesetzgeberwillens abschließend sind.⁴⁰

c) Schuldrechtliche Lösung: Sonderrolle als Dritter entsprechend §§ 317 ff. BGB

Schließlich wäre es auch denkbar, das private Amt des Testamentsvollstreckers nicht zu modifizieren, sondern ihm jenseits dessen materiellrechtlich die Sonderrolle eines „*schiedsgutachtenden*“ Dritten⁴¹ entsprechend § 317 BGB zuzuweisen, auf die die §§ 1025 ff. ZPO gerade nicht anzuwenden wären.⁴²

30 *Goebel* DNotZ 2004, 101 (104 ff.); BeckOGK BGB/*Gomille*, Stand 1.7.2018, § 2065 Rn. 3 ff.; *Lange*, *Erbrecht*, 2. Aufl. 2017, § 27 Rn. 11 ff.; *MüKoBGB/Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 1; *Muscheler*, *Erbrecht* I, 1. Aufl. 2010, Rn. 552 ff.; *Otte*, *Hereditäre* 4 (2014), S. 23 ff.; *Staudinger/Otte* BGB, Neubearb. 2013, § 2065 Rn. 2 ff.

31 Vgl. hierzu *Crezelius* FS Westermann, 2008, 161 ff.; *Schmoekel/Otte*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 2008, 62 ff.; *Haas* ZEV 2007, 49; *Stallknecht* RNotZ 2019, 433.

32 Das ist nach hM zulässig RG Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76 (78); BGH Urt. v. 22.1.1964 – V ZR 37/62, BGHZ 41, 23 (25 f.); OLG Frankfurt Urt. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, ZERB 2013, 267 (271); *MüKoBGB/Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, § 2203 Rn. 18; *MüKoZPO/Münch*, 5. Aufl. 2017, § 1066 Rn. 7; *Bengel/Reimann/Klump*, *Handbuch der Testamentsvollstreckung*, 6. Aufl. 2017, § 3 Rn. 137 ff.; *Burandt/Rojahn/Heckschen*, *Erbrecht*, 3. Aufl. 2019, § 2203 Rn. 5; *Haas* ZEV 2007, 49 (54); unzweckmäßig *Nieder/Kössinger*, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 4. Aufl. 2011, Rn. 15.332; unzulässig *Kipp/Coing* *Erbrecht*, 14. Aufl. 1990, § 78 III 5 wonach § 1036 ZPO als Schutznorm nicht ausreiche, da der Testamentsvollstrecker ein Eigeninteresse habe.

33 BGH Beschl. v. 16.3.2017 – I ZB 50/16, NJW 2017, 2115; *MüKoBGB/Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 1937 Rn. 35 mN zum Streitstand; *Staudinger/Otte* BGB, Neubearb. 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 8 a.

34 BGH Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, NJW 2019, 857; BGH Beschl. v. 17.5.2017 – IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112 mAnm *Muscheler* ZEV 2018, 120.

35 Zum Erfordernis der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern *Zöller/Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1036 Rn. 1 ff.; *MüKoZPO/Münch*, 5. Aufl. 2017, § 1036 Rn. 1 ff.

36 BGH Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, NJW 2019, 857; *Musielak/Voit*, ZPO 16. Aufl. 2019 § 1066 Rn. 2; *Staudinger/Otte* BGB, Neubearb. 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 12; *MüKoBGB/Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 1937 Rn. 37; *Zöller/Geimer*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1066 Rn. 16, 22.

37 *Schmoekel/Otte*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht*, 2008, 62 (77); *Stallknecht* RNotZ 2019, 433 (443); *Staudinger/Reimann* BGB, Neubearb. 2016, § 2203 Rn. 16; *Kobler* DNotZ 1969, 125 mit Beispielen.

38 *Staudinger/Otte* BGB, Neubearb. 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 12; *Stallknecht* RNotZ 2019, 433 (443); *Bandel* MittBayNot 2019, 464 (468); *Schmidl* ZERB 2010, 251.

39 BGH Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, NJW 2019, 857.

40 Vgl. *Motive* zu § 1905 des 1. Entwurfs Bd. 5 S. 241; *Protokolle der II. Lesung* Bd. 5 S. 308 unter III; RG v. 29.4.1907 – IV 506/06, RGZ 66, 103 (106); *MüKoBGB/Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, § 2203 Rn. 3; *Storz* ZEV 2009, 265 (268).

41 Allgemein hierzu *MüKoBGB/Würdinger*, 8. Aufl. 2019, § 317 Rn. 9; *Staudinger/Rieble* BGB, Neubearb. 2015, § 317 Rn. 18 ff.; *Erman/Hager* BGB, 15. Aufl. 2017, § 317 Rn. 8; im Einzelnen hierzu *Kleinschmidt*, *Delegation von Privatautonomie auf Dritte*, 2014, 328 ff.

42 *Staudinger/Rieble* BGB, Neubearb. 2015, § 317 Rn. 30; *Musielak/Voit*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1029 Rn. 17; *MüKoZPO/Münch*, 5. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 1025 Rn. 81.

Nach § 317 BGB können einem Dritten nicht nur rechtsgestaltende Leistungsbestimmungsrechte übertragen werden, was erbrechtlich gesehen jenseits der Sonderfälle wegen § 2065 BGB gesperrt ist. Möglich ist auch, dem Dritten die Aufgabe der Feststellung von Umständen zu übertragen,⁴³ worunter man die Inhaltsbestimmung via Auslegung als Rechtsanwendung fassen kann.⁴⁴ Dieser Weg wird, soweit ersichtlich, bislang nicht diskutiert. Im Unterschied zum verfahrensrechtlichen Weg des Schiedsgerichts, das den Rechtsstreit anstelle staatlicher Gerichte entscheiden soll, würde dem Testamentsvollstrecker insofern nur die feststellende Interpretation, die sich wegen § 2065 BGB nach den Auslegungsgrundsätzen und nicht nach billigem Ermessen⁴⁵ richten müsste, gewisser letztwilliger Verfügungen übertragen, wobei das Auslegungsergebnis im Unterschied zum Spruch des Schiedsgerichts einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle auf offenbare Unrichtigkeit nach § 319 Abs. 1 S. 2 BGB – das wären die Maßstäbe einer revisionsgerichtlichen Kontrolle⁴⁶ – unterläge.⁴⁷ Hiermit wäre vor allem auch abgesichert, dass § 2065 BGB nicht umgangen werden kann. Denn das entscheidende rechtliche Unbehagen gegen eine verbindliche Auslegungsbefugnis des Testamentsvollstreckers jenseits einer Schiedsrichterrolle wird darin gesehen, dass eine unkontrollierbare Interpretationsmacht des Testamentsvollstreckers diesem *de facto* doch die Möglichkeit eröffnet, der Verfügung einen anderen Inhalt zu geben, sie also faktisch zu ändern.⁴⁸ Dieser Einwand läuft aber ins Leere, wenn man die Auslegungsbefugnis dogmatisch in einer entsprechenden Anwendung des § 317 BGB verortet, da dann ein Kontrollmechanismus vorhanden ist. Der Interpretationsvorschlag des Testamentsvollstreckers als Schiedsgutachter unterliegt auf diese Weise einer Rechtskontrolle, aber keiner Zweckmäßigkeitkontrolle. Das Gericht hätte das Auslegungsergebnis zu akzeptieren, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass es sich hierbei um eine offensichtlich fehlerhafte Einschätzung handelt, die dem niedergelegten Erblasserwillen widerspricht.⁴⁹ Da der Erblasser grundsätzlich aufgrund seiner Testierfreiheit zu allen Anordnungen befugt ist, die ihm nicht ausdrücklich durch Gesetz untersagt sind, ist dieser Weg dogmatisch gesehen sowohl schuldrechtlich gangbar als auch erbrechtlich zulässig. Der nachfolgende kritische Blick auf die Rechtsprechung zur Auslegungsermächtigung eines Testamentsvollstreckers führt dabei zu keinem abweichenden Ergebnis.

3. Analyse der Rechtsprechungsentwicklung

a) Authentische Auslegung durch Testamentsvollstrecker als unzulässige Vertretung im Willen (RG v. 29.4.1907 – IV 506/06, RGZ 66, 103 ff.)

Als erstes ist hier die Entscheidung des RG aus dem Jahr 1907 zu skizzieren. Anlässlich einer Klage auf Leistung eines nach Ansicht des Testamentsvollstreckers nicht angeordneten Vermächtnisses musste es zur Frage der Auslegungsermächtigung des Testamentsvollstreckers Stellung beziehen. Die fragliche testamentarische Anordnung lautete: „*In allen Fällen, in denen der Wortlaut oder der Sinn der letztwilligen Bestimmungen etwa unklar oder zweifelhaft sein möchte*“ sollen die Testamentsvollstrecker befugt sein, das Testament „*authentisch zu interpretieren*“.

Das RG wertete diese *authentische Interpretationsbefugnis* als unzulässige Vertretung im Willen und verwarf sie daher wegen Verstoßes gegen das Drittbestimmungsverbot des § 2065 BGB als nichtig.

Auf den ersten Blick muss das an sich erstaunen. § 2065 BGB greift nämlich nach fast einhelliger und zutreffender Ansicht erst nachgelagert ein, wenn der Inhalt der letztwilligen Verfügung im Wege der Auslegung ermittelt wurde.⁵⁰ Insofern wird auch das auslegende Gericht dogmatisch konsequent gerade nicht als Dritter im Sinne des § 2065 BGB eingeordnet, weil es keine eigene, willkürliche Willensentscheidung trifft. Auch wenn die Auslegung wertende Elemente beinhaltet, setzt sie eine vom Erblasser stammende, der Auslegung zugängliche Erklärung voraus. Bei der Auslegung wird der Erblasserwille ermittelt, nicht aber bestimmt.⁵¹ Dass dessen Wille nicht mittels Auslegung verfälscht wird, indem ihm via Auslegung ein anderer Wille untergeschoben wird, wird durch die vom Gericht zu beachtenden Auslegungsregelungen, vor allem durch das Formerfordernis der Andeutung, abgesichert.⁵²

Allerdings muss man die Begründung des RG sorgfältig analysieren, um zu vermeiden, aus dem Urteil voreilige und vor

43 Allgemein hierzu Staudinger/Rieble BGB, Neubearb. 2015, § 317 Rn. 13; MüKoBGB/Würdinger, 8. Aufl. 2019, § 317 Rn. 6 f.; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie, 2014, 44; Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 103.

44 Für eine Auslegungskompetenz des Schiedsgutachters mit bindender Wirkung gegenüber dem Gericht nach den Maßstäben der revisionsgerichtlichen Kontrolle Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, 2007, Rn. 129, 161, Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vorbem. zu §§ 402–414 Rn. 1, 5; Kasolowsky/Schnabl SchiedsVZ 2012, 84 (85, 87); Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1029 Rn. 18; die Kompetenz des Schiedsgutachters zur nach Maßgabe des § 319 BGB verbindlichen Entscheidung von Rechtsfragen ist zwar immer noch str., wird aber mittlerweile überwiegend bejaht siehe etwa Gädtke, Effizienz durch Verfahrenswahl, DisputeResolution 1/2013, 13 ff. abrufbar unter <https://docplayer.org/16716870-Www-disputeresolution-magazine-de-ausgabe-1-4-dezember-2013.html>, zuletzt abgerufen am 13.1.2020; ausführlich Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014, 784 f. mwN.

45 Ein billiges Ermessen steht dem Schiedsgutachter gerade nicht zu BGH Urt. v. 16.11.1987 – II ZR 111/87, NJW-RR 1988, 506; Staudinger/Rieble BGB, Neubearb. 2015, § 317 Rn. 21 f.; MüKoBGB/Würdinger, 8. Aufl. 2019, § 317 Rn. 31, 38.

46 Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, 2007, Rn. 161.

47 Allgemein zum Unterschied dieser beiden Wege hinsichtlich der Bindungswirkung Muscheler ZEV 2018, 120 (122); Kasolowsky/Schnabl SchiedsVZ 2012, 84 (85); BeckOGK BGB/Netzer, Stand 1.7.2019, § 317 Rn. 38; OLG München Beschl. v. 23.12.2015 – 34 SchH 10/15, NJW 2016, 1964 (1965, Rn. 13) mAnm Lotz.

48 Sehr deutlich Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 103; Crezelius FS Westermann, 2008, 161 (169).

49 Diesbezüglich ergibt sich eine teilweise vergleichbare Problematik bei Auslegungsverträgen. Insofern spricht sich richtigerweise mittlerweile ein zunehmender Teil der Literatur für eine Bindungswirkung der Gerichte aus, wenn die im Auslegungsvertrag getroffene Auslegung vertretbar ist, siehe Dressler ZEV 1999, 289 (293); dem folgend nunmehr auch MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2010, § 2084 Rn. 162 mwN.

50 BayObLG Beschl. v. 23.5.2001 – 1Z BR 10/01, FamRZ 2002, 200 (200 f.); Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014, 315; Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2013, § 2065 Rn. 16; Staudinger/Otte, BGB, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 9; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 7, 11; Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 9; Muscheler, Erbrecht I, 1. Aufl. 2010, Rn. 555; Karczewski ZEV 2018, 192 (196); Schütze BB 1992, 1877 (1881).

51 Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2065 Rn. 9.

52 Soergel/Loritz/Uffmann BGB, 14. Aufl. im Erscheinen, § 2084 Rn. 9; Storz ZEV 2009, 265 (267) allerdings unter dem missverständlichen Begriff der authentischen Auslegung.

allem zu weitreichende Schlüsse dergestalt zu ziehen, dass jegliche bindende Auslegungsermächtigung zugunsten des Testamentsvollstreckers bereits an § 2065 BGB scheitert.⁵³ Unter authentischer Interpretation verstand das RG nämlich konkret die Befugnis, „an [...] Stelle [des Erblassers] und mit der Wirkung, wie wenn [dieser] hinterher in eigener Person deswegen (also wegen der Unklarheit, Anm. d. Verf.) verfügt hätte, Bestimmung darüber zu treffen, in welcher Bedeutung der erklärte letzte Wille Geltung haben soll“. Es ging damit von einem ganz bestimmten Begriffsverständnis der „*authentischen Interpretation*“ aus. Das wird noch deutlicher, wenn man sich diese Figur in anderen Kontexten anschaut. Die sog. authentische Auslegung hat einen zentralen Anwendungsbereich im intertemporalen Kollisionsrecht. Sie bezeichnet dort den Fall, dass der Normgeber selbst als Urheber Auslegungszweifel dadurch beseitigt, dass er den Inhalt einer zweifelhaften Rechtsnorm durch eine spätere Rechtsnorm mit Rückwirkung verbindlich klarstellt.⁵⁴

Eine solche authentische Interpretation ist dem Testamentsvollstrecker jedenfalls bezüglich Erbeinsetzungen in der Tat wegen § 2065 BGB verwehrt, da er diesbezüglich nicht an die Stelle des Erblassers treten kann.⁵⁵ Nur diesem steht aufgrund seiner Testierfreiheit bei Beachtung der Formgebote eine *unbegrenzte* Interpretationsbefugnis zu, die auch umfassen kann, dass er seiner früheren Erklärung einen neuen Inhalt beimisst. Denn so wie er neu testieren kann, kann er später auch letztwillig den Inhalt einer früheren Verfügung willkürlich verbindlich klarstellen bzw. ergänzen. Grundlage der authentischen Auslegung sind insofern nicht gesetzliche Auslegungsregeln, an die sich die Gerichte halten müssen, sondern der Wille des Erblassers.⁵⁶ Der Testamentsvollstrecker sollte nun in dem zu entscheidenden Fall nach Ansicht des RG nicht bloß anstelle des Gerichts als Schiedsrichter auslegend tätig werden, was bedeutet hätte, dass er nur begrenzt hätte interpretieren und damit konkret den formgerecht niedergelegten Erblasserwillen hätte ermitteln dürfen. Insofern kam das RG nicht mehr zu der Frage des „Wie“ der Übertragung einer Auslegungsermächtigung. Es riss nur den verfahrensrechtlichen Weg der Zuweisung einer Schiedsrichterrolle an, ließ dessen Zulässigkeit aber offen.

Es ist wichtig, sich diesem spezifischen Begriffsverständnis des RG bewusst zu sein, da dieses in der derzeitigen Diskussion nicht immer hinreichend beachtet wird.⁵⁷ So versteht etwa Storz⁵⁸ authentische Auslegung als Synonym zur verbindlichen Auslegung nach den Maßstäben und damit Grenzen, denen auch die Gerichte unterliegen und damit gerade nicht als unbegrenzte, willkürliche Interpretationsbefugnis. Ein solches Begriffsverständnis findet sich auch in der Entscheidung des OLG Schleswig aus dem Jahr 2015.⁵⁹ Diese unterschiedlichen Begriffsinhalte führen zwangsläufig zu Missverständnissen.⁶⁰

Als Zwischenergebnis und damit These lässt sich folgendes festhalten: Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit des § 2065 BGB steht in seinem Anwendungsbereich nur der Einräumung einer unbegrenzten und damit willkürlichen Auslegungskompetenz des Testamentsvollstreckers entgegen, nicht aber einer gebundenen, den formgerecht niedergelegten

Erblasserwillen feststellenden, wie sie auch den Gerichten obliegt.

b) Gebundene Auslegung durch Testamentsvollstrecker in Schiedsrichterrolle (RG v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76 ff.)

Damit gelangt man zum „Wie“ der Einräumung einer Auslegungskompetenz. Der Weg war hier, wie oben bereits gesagt, vorgezeichnet, da das RG von Anfang an die Schiedsrichterrolle kraft letztwilliger Anordnung nach § 1066 ZPO im Auge hatte: Im Jahr 1920 hatte es dann auch Gelegenheit, zu der bis *dato* noch offen gelassenen Frage der Schiedsrichterbestellung eines Testamentsvollstreckers Stellung zu beziehen. In dem dem Fall zugrundeliegenden Testament hatte die Erblasserin bestimmt, dass „über etwaige Streitigkeiten bei der Testamentsvollstreckung [...] der Testamentsvollstrecker entscheiden [solle]“. Das Berufungsgericht hatte diese Klausel als letztwillige Anordnung eines Schiedsgerichts gem. § 1066 ZPO ausgelegt. Obwohl das RG Zweifel anmeldete, ob bei einer rechtsunkundigen Erblasserin ohne die Verwendung des Begriffs eines Schiedsrichters ein solcher Wille angenommen werden könne, ging es von dieser Feststellung aus. Das RG bestätigte zunächst unter Verweis auf RGZ 66, 106, dass dem Testamentsvollstrecker nicht *unbeschränkt* die Befugnis zur Auslegung des Testaments eingeräumt werden könne. „Ein Schiedsrichter dagegen, der vollständig an die Stelle des ordentlichen Richters trete, müsse natürlich auch die Befugnis haben, streitige Testamentsbestimmungen auszulegen.“⁶¹ § 2065 BGB stehe dem nicht entgegen, sofern der Erblasser aus seiner Sicht erschöpfende Anordnungen getroffen habe und nur für den immer möglichen Fall, dass sich Meinungsverschiedenheiten über deren Inhalt ergeben, die Entscheidung darüber einem Schiedsrichter übertragen wolle. Denn bei der Auslegung gehe es nicht um eine Vertretung im Willen, sondern um dessen Feststellung.⁶² Diese Aussage des RG lässt

53 So aber etwa Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 102 f.

54 Hess, Intertemporales Privatrecht, 1998, 427 ff.; hierzu auch Arnhold, Die selbständige Stiftung und der Testamentsvollstrecker, 2010, 101.

55 Staudinger/Otte BGB, Neubearb 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 9; Schmoekel/Otte, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (68 f.); MüKo-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2010, § 2065 Rn. 11; Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie, 2014, 795.

56 Vgl. auch Staudinger/Otte BGB, Neubearb 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 9.

57 Zum Überblick Schmoekel/Otte, Verfassungsrechtliche Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht, 2008, 62 (68 f.).

58 Storz ZEV 2009, 265 (267 ff.).

59 OLG Schleswig Beschl. v. 6.7.2015 – 3 Wx 41/15, FamRZ 2016, 667 (668).

60 Otte spricht zu Recht von irreführenden Auseinandersetzungen, Staudinger/Otte BGB, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 9; ebenso Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie, 2014, 795 insbesondere Fn. 164.

61 RG Urt. v. 27.9.1920 – IV 2/20, RGZ 100, 76 (77).

62 Zustimmend OLG Celle Beschl. v. 10.12.2015 – 6 W 204/15, NJW-RR 2016, 331; Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 9; Soergel/Stein BGB, 13. Aufl. 2002, § 1937 Rn. 9; Zöller/Geimer, 33. Aufl. 2020, § 1066 ZPO Rn. 17; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 32 Rn. 26; Crezelius FS Westermann 2008, 161 (170).

sich mittlerweile als herrschende Meinung einordnen.⁶³ Die Position des Schiedsrichters könne zudem auch von einem Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden. Allerdings, so das RG, setze der allgemeine Grundsatz, dass niemand Richter in eigener Sache sein könne, der auf diese Weise zuerkannten Auslegungsermächtigung zugunsten des Testamentsvollstreckers inhaltliche Grenzen. Auch das entspricht mittlerweile der herrschende Ansicht.⁶⁴

c) Zumindest kein „Richten in eigenen Angelegenheiten“ (BGH 22.1.1964 – V ZR 37/62, BGHZ 41, 23 ff.)

Der BGH⁶⁵ hatte es anlässlich eines Streits, bei dem es unter anderem um das Ende der Testamentsvollstreckung durch Ausführung aller Aufgaben ging, wiederum mit einer auf die Auslegung begrenzten testamentarischen Anordnung folgenden Inhalts zu tun: „Bei allen in Bezug auf die Auslegung dieses Testaments etwa anstehenden Zweifeln [...] [soll] die Entscheidung ausschließlich und endgültig meinen Testamentsvollstreckern zustehen.“ Der Sache nach ging es in dem Verfahren um die Frage, ob der Testamentsvollstrecker nur bei der Gründung der Stiftung oder auch bei der späteren Umgestaltung der Stiftungsverhältnisse mitwirken sollte. Der Kläger vertrat dabei die Auffassung, dass die Gerichte bei der Auslegung an die Auffassung der Testamentsvollstrecker gebunden seien.

Die Entscheidung wirft Fragezeichen auf, da sich der BGH weder zum „Ob“ noch zum „Wie“ einer Interpretationsbefugnis klar positioniert hat. Vielmehr merkte er zunächst an, dass es schon zweifelhaft sei, ob die Übertragung der Testamentsauslegung auf einen Testamentsvollstrecker nicht überhaupt mit Blick auf § 2065 BGB unzulässig sei, wobei er nicht nachvollziehbar davon ausgeht, dass das RG in RGZ 66, 103 eine andere Position hierzu vertreten habe als in RGZ 100, 76.⁶⁶ Wie aufgezeigt wurde ein Verstoß gegen § 2065 BGB jedoch vom RG bereits zutreffend verneint, sofern es um Auslegung in den Grenzen geht, unter denen auch Gerichte zur Auslegung befugt sind. Der BGH judizierte allerdings weiter, dass sich eine solche Übertragung, wenn man sie zuließe, jedenfalls nicht auf die Auslegung derjenigen Testamentsbestimmungen erstrecken könne, die den Bestand des Testamentsvollstreckeramts selbst betreffen. Denn niemand könne Richter in eigener Sache sein. Zur Erinnerung – im Fall ging es um die Frage, ob das Amt des Testamentsvollstreckers aufgrund der Ausführung aller Aufgaben beendet war.

Zu betonen ist, dass der BGH in der genannten Entscheidung nicht explizit davon gesprochen hat, dass eine Übertragung nur in der Form der Schiedsrichterrolle möglich sei. Im Gegenteil hat er diesen verfahrensrechtlichen Weg nicht erwähnt, sondern lediglich pauschal auf RGZ 100, 76 ff. verwiesen, womit offen ist, ob er nicht auch einem der oben aufgezeigten materiellrechtlichen Lösungswege gegenüber aufgeschlossen wäre, solange die Auslegungsbefugnis des Testamentsvollstreckers begrenzt ist und damit § 2065 BGB gewahrt wird.

Schlussbetrachtung

Was folgt aus alledem nun für die Praxis? Da Gestaltungen nach dem Gebot des sichersten Weges vorzunehmen sind, ist

bei der Einräumung von Auslegungsbefugnissen zugunsten des Testamentsvollstreckers zweifellos Vorsicht geboten.

Materiellrechtlich sollte immer klargestellt werden, dass es nur um eine begrenzte Auslegungsbefugnis unter Achtung der Auslegungsgrundsätze geht – nur dann ist der Einwand unzulässiger Vertretung im Willen gebannt. Vermieden werden sollte dabei der irreführende Begriff der authentischen Auslegung.

Bezüglich des Umsetzungsweges ist bislang nur der verfahrensrechtliche Weg der Schiedsrichterbestellung höchstrichterlich geklärt. Allerdings ist der Weg nur sehr eingeschränkt gangbar und damit impraktikabel. Denn es muss stets überlegt werden, welche Gegenstände ausgenommen werden müssen, um eine persönliche Betroffenheit des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter zu vermeiden.

Nach hier vertretener Ansicht ist es methodisch möglich und dogmatisch zulässig, dem Testamentsvollstrecker eine begrenzte Auslegungskompetenz entsprechend der Regelung des § 317 BGB einzuräumen, womit eine gerichtliche Kontrolle nach § 319 BGB verbleibt, die aber so ausgestaltet wäre, dass dem Entscheidungsvorschlag des Testamentsvollstreckers ein höherer Richtigkeitsgehalt eingeräumt werden müsste. Vorteil dieses Lösungsweges wäre auch, dass angesichts der gerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle keine dem Schiedsrichteramt vergleichbaren Anforderungen an die Unparteilichkeit des Testamentsvollstreckers⁶⁷ in seiner Rolle als Schiedsgutachter gestellt werden müssten.

63 MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1937 Rn. 34; Stein/Jonas/Schlosser, 23. Aufl. 2014, § 1066 Rn. 3; Crezelius FS Westermann, 2008, 161 (168 ff.); Haas ZEV 2011, 506 (509); Stallknecht RNotZ 2019, 433 (437); Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie, 2014, 795.

64 OLG Koblenz Beschl. v. 13.8.2013 – 1 W 294/13, FamRZ 2014, 1665; OLG Frankfurt Urte. v. 4.5.2012 – 8 U 62/11, RNotZ 2013, 238 (242); BGH Beschl. v. 8.11.2018 – I ZB 21/18, NJW 2019, 857; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1937 Rn. 38; Zöller/Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 1066 Rn. 17; Staudinger/Otte BGB, Neubearb. 2017, Vorbem. zu §§ 1937–1941 Rn. 12; Storz ZEV 2009, 265 (269); Walter Mitt-RhNotK 1984, 69 (78); Haas ZEV 2007, 49 (54); Stallknecht RNotZ 2019, 433 (443); aA Kipp/Coing Erbrecht, 14. Aufl. 1990, § 78 III 5 wonach der Testamentsvollstrecker wegen seiner generellen Eingebundenheit nie Schiedsrichter sein könne.

65 BGH Urte. v. 22.1.1964 – V ZR 37/62, BGHZ 41, 23 mAnm Bund JuS 1966, 60 (61 ff.).

66 Konkret lautet die Passage aus dem Urteil des BGH: „Es ist schon zweifelhaft, ob die Übertragung der Testamentsauslegung auf einen Testamentsvollstrecker nicht überhaupt unzulässig ist (s. § 2065 BGB und dazu einerseits RGZ 66, 103, 105/6, andererseits RGZ 100, 76, 77/9). Aber auch wenn man dies nicht für völlig ausgeschlossen hält, kann die Übertragung sich doch nicht auf die Auslegung derjenigen Testamentsbestimmungen erstrecken, die den Bestand des Testamentsvollstreckeramts selbst betreffen, da niemand Richter in eigener Sache sein kann (vgl. RGZ 100 aaO S. 79)“.

67 Das ist allerdings str., siehe Staudinger/Rieble BGB, Neubearb. 2015, § 317 Rn. 3, 95 ff.; im Einzelnen zur Diskussion Kleinschmidt, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014, 420 ff. mwN, der sich im Ergebnis für ein Neutralitätsgebot ausspricht, 492.