

Vertiefungsveranstaltung zur Vorlesung Erbrecht

Sommersemester 2019

Stunde 7: Anfallprinzip

Lösung

I. Erbrecht

Hinsichtlich der Erbenstellung des A ergibt sich nichts ausdrücklich aus dem formgültigen und gem. § 1937 BGB der gesetzlichen Erbfolge vorgehenden Testament aus dem Jahr 2007. Auch eine konkludente Erbeinsetzung des A als gesetzlicher Erbe i.S.d. § 2066 S. 1 BGB lässt sich dem insofern schweigenden Testament durch Auslegung nach dem in der Erklärung zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gem. § 133 BGB nicht entnehmen. Einziger Anhaltspunkt für eine Erbeinsetzung auch des A ist die am Ende des Testaments ausgedrückte Hoffnung, den Nachlass unter den engsten Verwandten verteilt zu haben, da A als einer von zwei Abkömmlingen zu den engsten Verwandten des E gehört. Ausschlaggebend ist aber, dass die Person des A, anders als die der T, nicht im Testament genannt ist und eben auch keine allgemeine begriffliche Bezugnahme auf die gesetzlichen Erben erfolgt. Hinzu kommt, dass die entsprechende Testamentspassage als bloßer abschließender Ausdruck einer Hoffnung des Erblassers formuliert ist, wodurch sich wiederum ein Kontrast zur Formulierung hinsichtlich der T ergibt.¹

Die Erbenstellung des A kann demnach nur aus seiner Stellung als gesetzlicher Erbe gem. § 1924 I, IV BGB folgen. Ob A als Sohn des E als gesetzlicher Erbe zum Zuge kommt, hängt davon ab, ob die Erbfolge im Testament abschließend verfügt ist. Ist dies nicht der Fall, tritt hinsichtlich des freibleibenden Teils gem. § 2088 I BGB im Zweifel gesetzliche Erbfolge ein. Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, welche Rechtsstellung L am Nachlass zukommen soll. Nach dem Testamentswortlaut ist zu ihren Gunsten ein Vermächtnis ausgesetzt. Dieses verschafft gem. §§ 1939, 2174 BGB einen schuldrechtlichen Anspruch bezogen auf einzelne Nachlassgegenstände und ist hierdurch von der Erbeinsetzung als Beteiligung an der Universalsukzession gem. § 1922 I BGB unterschieden. Nicht nur die Bezeichnung im Testament, sondern auch die im Gegensatz zur Erbeinsetzung der T zu „ein Halb“ stehende konkrete Bezugnahme auf einen einzelnen Gegenstand spricht dafür, dass L Vermächtnisnehmerin und nicht Erbin ist. Die Höhe des Wertes des Flügels ist nach der gesetzlichen Unterscheidung von Erbeinsetzung und Vermächtnisaussetzung nicht maßgeblich, sodass die insgesamt knapp die Hälfte des Gesamtwertes des Nachlasses ausmachende Höhe des Gegenstandes unerheblich ist. Auf die Zweifelsregelung des § 2087 II BGB als Ausdruck des Rechtsgedankens *falsa demonstratio non nocet* kommt es bei dieser nach Wortlaut und rechtlichem Inhalt eindeutigen Regelung im Testament nicht mehr an. Das Testament ist hinsichtlich der Erbfolge auf eine Bruchteilseinsetzung beschränkt. Für die nach

¹ A. A. bei entsprechender Argumentation vertretbar.

der Erbeinsetzung der T zu ein Halb freibleibende Nachlasshälfte greift gesetzliche Erbfolge ein. Dies ergibt sich bereits daraus, dass E von seiner durch § 1937 BGB einfachgesetzlich abgesicherten Testierfreiheit nur zum Teil Gebrauch gemacht hat. Auf die Zweifelsregelung des § 2088 I BGB kommt es nicht mehr an. Ein vorrangig zu berücksichtigendes Ehegattenerbrecht besteht aufgrund des Vorversterbens E's Ehefrau nicht. A als Abkömmling des E ist gem. § 1924 I BGB gesetzlicher Erbe des E. Die Quote richtet sich gem. § 1924 IV BGB danach, ob T, die gem. § 1924 I, III BGB ebenfalls erbberechtigter Abkömmling des E ist, im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge nochmals zum Zuge kommen soll, oder ob sie durch die testamentarische Erbeinsetzung zugleich auf eben diesen Erbteil beschränkt, mithin insofern enterbt wurde. Diese Frage ist wiederum durch Testamentsauslegung gem. § 133 BGB zu beantworten. Aus dem bereits sprachlich durch E hergestellten Zusammenhang T's Erbeinsetzung mit der ausdrücklichen Enterbung des O folgt, dass T auf einen Anteil von ein Halb beschränkt sein soll und sich der Regelungsinhalt des Testaments hinsichtlich der Erbenbestimmung darin erschöpft, T an die Stelle des nach der gesetzlichen Erbfolge gem. § 1924 II BGB vorrangigen O treten zu lassen. Dass hierfür eine einfache Enterbung des O gem. § 1938 BGB genügt hätte, ist unerheblich.

A erbt somit mit einer Erbquote von einem Halb.

II. Anfall der Erbschaft

Gem. §§ 1922 I, II, 1942 I BGB fiel die Erbschaft dem A unmittelbar mit dem Tod des E von selbst an, ohne dass es einer Annahmehandlung oder Kenntnis seitens des A vom Todesfall und seiner Erbenstellung bedürfte. Dem Erben steht jedoch gem. § 1942 I BGB a.E. das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen. Gem. § 1953 I BGB wirkt die Ausschlagung auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurück, indem der Anfall beim vorläufigen Erben als nicht erfolgt gilt. Die Ausschlagung wurde gem. § 1945 I HS. 1 BGB ausdrücklich gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht erklärt. Die Form des § 1945 I HS. 2 Alt. 2 BGB ist gewahrt. Fraglich ist aber, ob der Erbschaftsausschlagung nicht § 1943 BGB entgegenstand, wonach die Erbschaft nicht mehr ausgeschlagen werden kann, wenn sie angenommen wurde oder die Ausschlagungsfrist verstrichen ist und die Annahme hieraufhin gem. § 1943 HS. 2 BGB fingiert wird.

1) Ausschluss der Ausschlagung wegen Annahme

Bei der Annahme handelt es sich mangels einer §§ 1945, 1955 BGB vergleichbaren Bestimmung um eine formlos mögliche und auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die objektiv eindeutig auf die Erlangung der endgültigen Erbenstellung gerichtet ist. Bloße Fürsorgemaßnahmen zugunsten des Nachlasses sind hiervon abzugrenzen. In der brieflichen Bitte an das Nachlassgericht auf Testamentseröffnung kommt ein Wille zum endgültigen Behaltenwollen der Erbschaft nicht zweifelsfrei zum Ausdruck.² Bevor A vom Testamentsinhalt und damit auch seiner – durch das Testament unberührten – eigenen Erbenstellung Kenntnis erlangte, konnte er zwischen Annahme und Ausschlagung auch begrifflich gar keine Entscheidung treffen.

2) Ausschluss der Ausschlagung wegen Fristablaufs

² Palandt/Weidlich, 76. Aufl. 2016, § 1943 Rn. 2.

Entscheidend ist somit gem. §§ 1943 HS. 1 Alt. 2 BGB, ob mit der Erklärung vom 28. 12. 2015 eine fristgerechte Ausschlagungserklärung vorliegt.

Anmerkung: Aus § 1943 HS. 1 Alt. 2 BGB folgt der Prüfungsstandort der Fristgemäßheit der Ausschlagungserklärung im Rahmen der negativen Ausschlagungsvoraussetzung der Annahmefiktion durch Fristablauf. Eine – erbrechtliche Prüfungen ansonsten regelmäßig strukturierende – chronologische Prüfung könnte sich an dieser Stelle dem Vorwurf aussetzen, dass die in § 1943 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtswirkung der Annahme beziehungsweise des Fristablaufs in der klausurmäßigen Darstellung nicht präzise herausgearbeitet wurde. Der hier gewählte Aufbau folgt dem Prinzip: Aufbau nach Rechtsfolgen.

Die maßgebliche Frist richtet sich mangels Auslandsbezug nach § 1944 I BGB und beträgt sechs Wochen. Der Fristbeginn richtet sich nach § 1944 II BGB. Da A nicht durch Verfügung von Todes wegen zum Erben berufen ist, beginnt die sechswöchige Ausschlagungsfrist gem. § 1944 II S. 1 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem A vom Erbschaftsanfall und dem Berufungsgrund Kenntnis erlangt hat. Dass A bereits am Todestag des E, dem 5. 11. 2015, vom Versterben erfuhr, ist hiernach nicht maßgeblich. Ihm muss vielmehr der Sachverhalt, welcher die gesetzliche Erbfolge begründet, ebenso bekannt sein wie die Tatsache, dass eine die gesetzliche Erbfolge gem. § 1937 BGB ausschließende Verfügung von Todes wegen nicht errichtet wurde. Teilweise wird es für letzteres als genügend angesehen, dass der vorläufige Erbe keine Kenntnis und auch keine begründete Vermutung dahingehend hat, dass eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die ihn von der Erbfolge ausschließt. Hiernach erlangte A mit seiner Kenntnis vom Tod des E ebenfalls Kenntnis von seinem – letzten Endes freilich gesetzlichen – Erbrecht, was seine brieflich an das Nachlassgericht geäußerte Gewissheit zeigt, Erbe des E zu ein Halb zu sein. Fordert man dagegen die Gewissheit des A, dass keine ihn als Erbe ausschließende Verfügung von Todes wegen vorliegt, wofür der Wortlaut des § 1944 II S. 1 BGB in Form des Begriffes „Kenntnis“ an sich sowie auch die Aufnahme des Berufungsgrundes als Bezugspunkt spricht, hätte A erst am 13. 11. 2015 Kenntnis erlangt. Bei dieser strengerer Betrachtung kann der 5. 11. 2015 nicht entscheidend sein, da A zunächst irrig davon ausging, testamentarischer Erbe des E zu sein. Fristbeginn ist demnach gem. § 187 I BGB der 14. 11. 2015. Dass es sich hierbei um einen Sonnabend handelt, führt angesichts des klaren Wortlauts des § 193 BGB nicht zu einer analogen Anwendung dieser Vorschrift. § 2306 I HS. 2 BGB steht diesem Fristbeginn nicht entgegen, da A am Tag der Testamentseröffnung auch von den ausgesetzten Vermächtnissen erfuhr. Fristablauf wäre gem. § 188 II Alt. 1 BGB grundsätzlich mit Ablauf des 25. 12. 2015 eingetreten. Da es sich hierbei jedoch gem. Art. 1 I Nr. 1 BayFTG um einen gesetzlichen Feiertag handelt, ist gem. § 193 BGB der 28. 12. 2015 der letzte Tag der Ausschlagungsfrist. Die Erbschaftsausschlagung durch A am 28.12.2015 ist demnach fristgerecht erfolgt. Gem. § 1953 I BGB ist seine Erbenstellung damit rückwirkend zum 5. 11. 2015 entfallen.

B. Erbenstellung der T

Das Erbrecht der T ergibt sich zur Hälfte aus der testamentarischen Einsetzung durch E. Zur anderen Hälfte könnte es sich aus § 1924 I, III i.V.m. § 1953 I, II BGB ergeben, wenn sie in Folge der Ausschlagung des A als Repräsentantin ihres vorverstorbenen Vaters O gesetzliche Erbin zu ein Halb wurde.

I. Testamentarischer Erbteil

Dem Erbanfall gem. §§ 1922 I, 1942 I, 1937 BGB könnte gleichfalls eine Ausschlagung mit Wirkung des § 1953 I BGB entgegenstehen.

1) Ausschlagungserklärung durch F3

F3 gab am 18.12.2015 im Namen der T eine gem. § 1945 I HS. 1 BGB an das Nachlassgericht gerichtete Ausschlagungserklärung ab. Für eine Zurechnung gem. § 164 I S. 1 BGB müsste F3 daneben mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Zur Vertretung der minderjährigen T ist gem. §§ 1626 I, 1629 I S. 1, 2 HS. 1, 1680 I BGB grundsätzlich T's Mutter M berechtigt. Die Vertretungsmacht des F3 ergibt sich aus seiner familiengerichtlichen Bestellung zum Ergänzungspfleger gem. §§ 1909 I, 1915 I S. 1, 1917 I i.V.m. §§ 1774 S. 1, 1778, 1793 I S. 1 BGB. Aufgrund der der Anordnung i.S.d. 1774 I S. 1 BGB zukommenden rechtsgestaltenden Wirkung³ kommt es auf die Rechtmäßigkeit der Anordnung im Sinne des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1909 I S. 2 i.V.m. § 1638 I BGB an dieser Stelle nicht an.

Gem. § 1915 I S. 1 i.V.m. 1822 Nr. 2 BGB war die Vertretungsmacht des F3 als Ergänzungspfleger durch einen Genehmigungsvorbehalt des Familiengerichts beschränkt. Ein Genehmigungsbeschluss liegt seit dem 28. 1. 2016 vor. Fraglich ist, wie es sich auf die Wirksamkeit der Erklärung auswirkt, dass F3 im Erklärungszeitpunkt noch keine Genehmigung hatte. Gem. 180 S. 1 BGB ist Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ohne Heilungsmöglichkeit unzulässig. Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich aus dem über § 1915 I S. 1 BGB anwendbaren § 1831 S. 1 BGB, wobei dieser für den Fall von im Erklärungszeitpunkt aufgrund fehlender Genehmigung fehlender Vertretungsmacht *lex specialis* zu § 180 S. 1 BGB ist. Im Fall der Erbschaftsausschlagung ist aber § 1945 III S. 2 Alt. 2 BGB analog anzuwenden, um eine ungleiche Behandlung von gewillkürter und gesetzlicher Vertretung zu vermeiden.⁴ Eine solche aber träte ein, da sich § 1945 III S. 2 Alt. 2 BGB ausdrücklich über die *lex generalis* des § 180 S. 1 BGB hinwegsetzt, indem er erklärt, dass bei gewillkürter Vertretung die fehlende Vollmacht innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden kann. Gerade bei den fristgebundenen Erklärungen von Annahme und Ausschlagung der Erbschaft entspricht es auch dem Minderjährigenschutz, die Unwirksamkeitsfolge des § 1831 S. 1 BGB auszuschalten. Der Schutz des Minderjährigen ist eine dem Schutz des Vollmachtgebers jedenfalls vergleichbare Interessenlage, wenn er nicht gar ein höheres Schutzniveau gebietet.

Anmerkung: §§ 180 S. 1, 1831 S. 1 BGB sollten jedenfalls von einer überdurchschnittlichen Bearbeitung erkannt werden; das Problem des Nichtvorhandenseins einer familiengerichtlichen Genehmigung im Erklärungszeitpunkt war im Sachverhalt angelegt. Die Lösung über eine analoge Anwendung des § 1945 III S. 2 Alt. 2 BGB liegt wohl nach einer Lektüre der Normen zu Annahme und Ausschlagung nahe. Mit dem methodischem Vorgehen, zunächst die generellen Normen anzuwenden, um dann in der Sondermaterie nach speziellen Vorschriften zu suchen, kann dieser auf den ersten Blick vielleicht „verstreckt“ erscheinende Lösungsweg erreicht werden.

³ Palandt/Götz, § 1774 Rn. 2.

⁴ Soergel/Stein § 1945 Rn. 6; Soergel/Zimmermann, § 1831 Rn. 5.

F3 wählte die Form der öffentlichen Beglaubigung, indem er die Erklärung schriftlich abfasste und mit einer notariell beglaubigten Unterschrift versah, § 1945 I HS. 2 Alt. 2 i.V.m. 129 I S. 1 BGB.

a) Ausschluss der Ausschlagung wegen Fristablaufs

Die Erklärung vom 18. 12. 2015 liegt noch innerhalb der gem. § 1944 I BGB sechswöchigen Ausschlagungsfrist, die gem. § 1944 II S. 2 i.V.m. § 2306 I HS. 2 BGB mit Testamentseröffnung und damit eintretender Kenntnis beim maßgeblichen gesetzlichen Vertreter F3, § 166 I BGB, am 13. 11. 2015 begann. Fristbeginn war gem. § 187 I BGB der 14. 11. 2015. Fristende war gem. §§ 188 II Alt. 1, 193 BGB der 28. 12. 2015. Problematisch ist indes, dass die familiengerichtliche Genehmigung trotz der noch fristgerechten Beantragung am 18. 12. 2015 dem Nachlassgericht durch F3 erst am 1. 2. 2016 und damit außerhalb der Ausschlagungsfrist zugestellt wurde. Man könnte in enger Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes vertreten, dass die erforderliche Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist erteilt, bekanntgegeben und dem zuständigen Nachlassgericht übermittelt werden muss. Es könnte aber auch ausreichen, wenn die Genehmigung innerhalb der Ausschlagungsfrist beantragt wird. Die Ausschlagungsfrist kann dann als gem. §§ 1944 II S. 3, 206 BGB bis zu dem Zeitpunkt gehemmt angesehen werden, in dem der Beschluss wirksam bekanntgegeben wird, sodass für die Zeit der Übermittlung an das Nachlassgericht keine Hemmung mehr stattfindet. Für letztere, § 206 BGB extensiv auslegende Ansicht spricht, dass es Ziel der im Regelfall mit sechs Wochen äußerst kurzen Ausschlagungsfrist ist, im Interesse der Nachlassgläubiger schnell klare Verhältnisse hinsichtlich der Erbenstellung herbeizuführen. Hat der zur raschen Erklärung angehaltene Erbe sich innerhalb der Frist erklärt und eine gegebenenfalls erforderliche staatliche Genehmigung fristgerecht beantragt, überspannt es die Bewertung des Gläubigerinteresses, dass auch die vom Staat vorzunehmende Genehmigung innerhalb der Frist ergeht. Schließlich hat der vorläufige Erbe innerhalb der kurzen Zeitspanne alles seinerseits Erforderliche getan. Ihn mit der für ihn letztlich unkalkulierbaren Bearbeitungsdauer durch das Familiengericht zu belasten, bedeutete die für ihn Verlagerung nicht aus seiner Sphäre stammender zeitlichen Risiken. Vier Tage nach Zustellung der Genehmigung an F3 samt Rechtskraftvermerk am 28. 1. 2016 ging sie dem Nachlassgericht zu. Unter Nichtberücksichtigung des Zeitraums zwischen dem 18. 12. 2015 und dem 28. 1. 2016 gem. § 209 BGB erfolgte die schließlich wirksame Ausschlagungserklärung auch fristgemäß.

Anmerkung: Sollte man sich an dieser Stelle anders entscheiden, müsste der Ausschlagungsausschluss der Annahme gleichfalls erörtert werden, um sich im Anschluss der Frage zu widmen, ob Fristversäumnis und Annahme anfechtbar sind. Im Falle der Anfechtbarkeit nur des einen ist für eine Ausschlagungserklärung kein Raum. Eine Anfechtung der Fristversäumnung ist gem. § 1956 BGB grundsätzlich denkbar.

b) Ausschluss der Ausschlagung wegen Annahme durch M

Eine Ausschlagung könnte aber gem. § 1943 HS. 1 Alt. 1 BGB dadurch ausgeschlossen sein, dass im Namen der T eine wirksame Annahme der Erbschaft erklärt wurde.⁵ Eine solche ausdrückliche Erklärung (zum notwendigen Inhalt und zur fehlenden Form- und

⁵ Eine Annahme durch T selbst bedürfte aufgrund des mit ihr gem. § 1943 HS. 1 Alt. 1 BGB eintretenden Verlustes des Ausschlagungsrechts gem. § 107 BGB einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, gem. § 111 S. 1 BGB möglich nur durch vorangehende Zustimmung in Form der Einwilligung i.S.d. 183 S. 1 BGB.

Empfangsbedürftigkeit vgl. o.) gab M am 27. 11. 2015, gem. § 164 I S. 1 BGB auch ausdrücklich im Namen der T, ab. Die für eine Zurechnung von § 164 I S. 1 BGB geforderte Vertretungsmacht kam ihr dabei grundsätzlich als gesetzliche Vertreterin der T gem. §§ 1626 I, 1629 I S. 1 i.V.m. § 1680 I BGB zu. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf der gesetzliche Vertreter für die Annahmeerklärung nach einem *e contrario* Schluss aus dem Wortlaut des 1643 II S. 1 BGB nicht. Indes könnte die Vertretungsmacht der M gem. § 1638 I Alt. 1 BGB beschränkt worden sein. Die Vermögenssorge, gem. § 1626 I S. 1 Alt. 2 BGB ein Teilbereich der elterlichen Sorge, ist hiernach bei entsprechender Bestimmung durch den Erblasser im Rahmen einer letztwilligen Verfügung beschränkt, soweit es um das Vermögen geht, welches das Kind von Todes wegen erwirbt. Eine solche Beschränkung nahm E in sein Testament ausdrücklich auf.

Anmerkung: Auch § 1630 I BGB enthält die Rechtsfolge einer Beschränkung der elterlichen Vertretungsmacht. Jenseits der Pflegerbestellung durch das Familiengericht sollte in der Falllösung aber auch auf die materiellrechtliche Dimension eingegangen werden, welche durch § 1638 I Alt. 2 BGB (und ebenfalls aufgegriffen in § 1909 I S. 2 BGB) vorgegeben wird. Nur so kann auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingegangen werden.

Ob § 1638 I Alt. 2 BGB Annahme und Ausschlagung der Erbschaft umfasst, ist streitig. Dagegen wird vorgebracht, dass die dem Erbschaftsantritt auch begrifflich vorgelagerte Frage von Annahme und Ausschlagung die Personensorge betrifft, welche von der Beschränkungsmöglichkeit des § 1638 I Alt. 2 BGB gerade nicht erfasst ist. Dies wird damit begründet, dass sich die Entscheidung über die wirtschaftliche Bedeutung hinaus bedeutend auf die persönlichen Verhältnisse und die persönliche Entwicklung des Kindes auswirken könne.⁶ Es verstößt nach dieser Ansicht auch gegen den Sinn der zuweisenden Einordnung von Pflege und Erziehung des Kindes als natürliches Recht der Eltern in Art. 6 II GG, wenn der Erblasser als Dritter die Entscheidung der Eltern über Annahme und Ausschlagung ausschalten könne.⁷ Für eine Einordnung der Ausschlagung in den einer Beschränkung zugänglichen Bereich der Vermögenssorge spricht hingegen bereits die Rechtsnatur der Ausschlagung als auf die Erbschaft bezogenes und folglich vermögensrechtliches Gestaltungsrecht, wobei der angeordnete Ausschluss bereits mit dem *ipso iure* eintretenden Anfall der Erbschaft gem. §§ 1922 I, 1942 I BGB wirksam wird.⁸ Die Motivation zu einer solchen Erklärung beziehungsweise die persönlichen Bezüge im tatsächlichen Bereich liegen außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und können demnach für eine Einordnung nicht maßgebend sein. Angebracht werden kann weiter der Zweck des § 1638 I Alt. 2 BGB, der ausgehöhlt werden könnte, wenn von ihm erst die einer Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung nachgeordneten rechtsgeschäftlichen Entscheidungen erfasst wären.⁹ Die zuletzt angeführte Argumentation passt auch für die Annahme der Erbschaft, durch welche der erbende Minderjährige sein Ausschlagungsrecht – vorbehaltlich einer Anfechtung – endgültig verliert, womit es sich bei der Annahme ebenfalls um ein auf die Erbschaft bezogenes, vermögensrechtliches Gestaltungsrecht handelt.¹⁰ Die Annahme bildet gem. § 1943 HS. 1 Alt. 1 BGB die Kehrseite der Ausschlagung. Aus einer Annahme können im

⁶ Vgl. zuletzt etwa Ott, NJW 2014, 3473, 3474.

⁷ aaO.

⁸ Vgl. zu letzterem Frenz, DtNotZ 1995, 908, 913.

⁹ So zur Ausschlagung BGH, NJW 2016, 3033, 3034. (Anm. bei Wellenhofer, JuS 2017, 555)

¹⁰ Für eine einheitliche Bewertung von Annahme und Ausschlagung, auch im hier vertretenen Sinne, s. etwa Frenz, aaO. Vgl. zur Einheitlichkeit der Auseinandersetzung hinsichtlich Annahme und Ausschlagung auch die Kommentierung im Staudinger (Neubearbeitung 2015) zu § 1638 BGB Rn. 1 ff.

Vergleich zu einer Ausschlagung nicht minder schwere wirtschaftliche Nachteile für das Kind drohen, sodass sich eine Anordnung des Erblassers i.S.d. § 1638 I BGB, die grundsätzlich zu gesetzlichen Vertretern berufenen Personen von der Nachlassverwaltung fernzuhalten, auch auf eine Erbschaftsannahme erstrecken muss.

M fehlte für die Annahme die Vertretungsmacht, sodass ihre Erklärung der T nicht gem. § 164 I S. 1 BGB zugerechnet werden kann. § 180 S. 1 BGB schließt eine nachträgliche Heilung des Mangels in der Vertretungsmacht aus.

Anmerkung: Die Aufspaltung der Argumentation erfolgt aus Transparenzgründen vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung des BGH.¹¹ In einer klausurmäßigen Bearbeitung kann die Kenntnis dieser Entscheidung freilich nicht erwartet werden, sodass dort nichts gegen eine von Anfang an einheitliche Argumentation von Annahme und Ausschlagung spricht.

c) Ausschluss der Ausschlagung wegen Annahme durch F3

Gem. § 1943 HS. 1 Alt. 2 i.V.m. § 164 I S. 1 BGB erklärte F3 am 4. 12. 2015 im Namen der T die Annahme der Erbschaft, wobei er als familiengerichtlich bestellter Ergänzungspfleger gem. §§ 1909 I, 1915 I S. 1, 1917 I i.V.m. §§ 1774 S. 1, 1778, 1793 I S. 1 BGB auch mit Vertretungsmacht handelte. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte er nicht, vgl. o. Die Ausschlagung des testamentarischen Erbteils ist somit ausgeschlossen.

2) Ausschlagung kraft Anfechtung der Annahme durch F3

Die Erklärung des F3 vom 18. 12. 2015 könnte indes als – auch ausdrücklich als solche erklärte – Anfechtungserklärung die Annahme gem. §§ 142 I, 1957 I Alt. 1 BGB beseitigen.

a) Anfechtungsgrund

Mangels *leges speciales* ist auf die allgemeinen Anfechtungsgründe der §§ 119 ff. BGB zurückzugreifen. Gem. § 166 I BGB ist für die Frage eines Irrtums auf die Person des Vertreters abzustellen. F3 brachte in seiner Erklärung einen Irrtum hinsichtlich der Nachlassbewertung und einen anderen Irrtum hinsichtlich der rechtlichen Bewertung des Pflichtteilsrechts an.

(1) Eigenschaftsirrtum gem. § 119 II BGB

Gem. § 119 II BGB kann eine Willenserklärung ausnahmsweise wegen eines Motivirrtums, mithin eines Irrtums im Prozess der Willensbildung, angefochten werden. Voraussetzung ist, dass es sich bei dem Motiv als Gegenstand des Irrtums um die verkehrswesentliche Eigenschaft einer Sache handelt. Der Sachbegriff ist dabei nicht im engen Sinn des Sachenrechts gem. § 90 BGB zu verstehen, sondern umfasst aufgrund der systematischen Einordnung des § 119 II BGB im Allgemeinen Teil des BGB jeden Geschäftsgegenstand, mithin auch eine Erbschaft. Fraglich ist, ob F3 sich über eine Eigenschaft des Nachlasses geirrt hat. Eigenschaften i.S.d. § 119 II BGB sind dabei die wertbildenden Faktoren, aufgrund

¹¹ S. Fn. 9.

der fehlenden Anhaftung an einen Gegenstand nicht hingegen der sich erst am Markt bildende Wert selbst. Wertbildende Faktoren eines Nachlasses sind sowohl Aktiva als auch Passiva. Die Belastung des Nachlasses mit einem notariell beurkundeten Schenkungsversprechen innerhalb einer vollstreckbaren Urkunde in Höhe von 400.000 Euro gem. §§ 516 I, 518 I S. 1, 197 Nr. 4 BGB hat F3 zunächst übersehen. Der Begriff des Irrtums verlangt indes eine positive Vorstellung des Erklärenden, von welcher die tatsächliche Sachlage abweicht. Unabhängig hiervon ist selbst die positive Fehlvorstellung über eine Nachlassposition nicht als verkehrswesentlich anzusehen, da keine Verkehrsauffassung dahingehend besteht, ab welcher Größe eine Erbschaft angenommen oder ausgeschlagen wird.¹² Neben den Einzelpositionen kann möglicherweise auch in der Überschuldung des Nachlasses als solcher eine verkehrswesentliche Eigenschaft gesehen werden, zumindest wenn er auf falschen Vorstellungen über das Vorhandensein von Nachlassgegenständen oder Nachlassverbindlichkeiten und nicht lediglich auf deren fehlerhafter Bewertung beruht. Unter dem Blickwinkel eines Irrtums über die Überschuldung des Nachlasses im Ganzen kann auch die bloße Nichtkenntnis eines Nachlassgegenstandes beziehungsweise Nachlassverbindlichkeit ein Anfechtungsrecht begründen.¹³ Dies braucht indes nicht vertieft zu werden, da es sich beim Nachlass des E auch bei Abzug der Verbindlichkeit aus dem nicht verjährten Schenkungsversprechen nicht um einen überschuldeten Nachlass handelt.¹⁴

(2) Inhaltsirrtum gem. § 119 I Alt. 2 BGB

Gem. § 119 I Alt. 2 BGB stellt ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung einen Anfechtungsgrund dar. F3 ging davon aus, dass T trotz der Annahme der Erbschaft wertmäßig in jedem Fall ihr Pflichtteil verbleibt. Tatsächlich aber kann ein mit Vermächtnissen beschwerter Erbe gem. 2306 I HS. 1 BGB den Pflichtteil nur dann verlangen, wenn er die Erbschaft ausschlägt. Dies bestätigt die Grundregel des § 2303 I S. 1 BGB, wonach pflichtteilsberechtigt nur ist, wer durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen ist. § 2305 S. 2 BGB stellt in diesem Zusammenhang deklaratorisch fest, dass Beschwerden durch Vermächtnisse abschließend durch § 2306 BGB geregelt werden und nicht zur Geltendmachung eines Zusatzpflichtteils gem. § 2305 S. 1 BGB berechtigen. Mithin kann T tatsächlich keinen Pflichtteil aus dem Nachlass verlangen, sodass sich die von F3 aufgeworfene Frage der Reihenfolge der Tilgung von Vermächtnissen einerseits und Pflichtteilsanspruch andererseits nach tatsächlicher Rechtslage gar nicht stellt. Nur die Ausschlagung des Erbes hätte gem. § 2306 I HS. 1 BGB den Weg zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs eröffnet. Dieser betrüge für T die Hälfte ihrer gesetzlichen Erbquote von ein Halb, § 1924 I, III, IV BGB, von 800.000 Euro, mithin 200.000 Euro. Unter Zugrundelegung der Ausschlagung des A wäre der Nachlass in diesem Fall überschuldet. Gem. §§ 1992 S. 1, 1991 IV BGB wären vom Erben die Pflichtteilsansprüche vorrangig zu befriedigen.

Es steht mithin fest, dass sich F3 über die Pflichtteilsberechtigung bei Erbschaftsannahme geirrt hat und dieser Irrtum für die Erklärung der Erbschaftsannahme auch kausal war. Fraglich bleibt, ob dieser Irrtum als Inhaltsirrtum einzuordnen ist. Problematisch ist dies deshalb, weil es sich bei den Folgen der Erklärung für die Pflichtteilsberechtigung möglicherweise um eine durch das Gesetz festgelegte Rechtsfolge handelt, § 119 I Alt. 2

¹² Staudinger/Otte, Neubearbeitung 2017, § 1954 Rn. 14.

¹³ Röhmel, Erbrecht (17. Auflage), § 27 Rn. 42.

¹⁴ Kritisch gegenüber der Differenzierung der h.M. Staudinger/Otte, § 1954 Rn. 15.

BGB aber nur davor schützt, dass in Folge einer Willenserklärung Rechtsfolgen eingetreten sind, die nicht mit dem Willen übereinstimmen. Als Inhaltsirrtum kann der Irrtum des F3 gewertet werden, wenn der Wegfall der Pflichtteilsberechtigung noch als durch die Annahmeerklärung herbeigeführt angesehen werden kann. Fraglich ist mit anderen Worten, ob die Erklärung so gefasst werden kann, dass F3 über den Inhalt seiner Erklärung geirrt hat. Zur Bestimmung der noch durch die Erklärung gezeitigten Rechtsfolgen wird auf das Wesentlichkeitskriterium zurückgegriffen. Der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, soll keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern einen unbeachtlichen Motivirrtum darstellen. Anders dagegen wird der Fall behandelt, dass das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt.¹⁵ Der Verlust des Pflichtteilsrechts ist zwingende Folge des Einrückens in die Erbenstellung durch Annahme der Erbschaft. Einem Irrtum steht nicht entgegen, dass das Gesetz durch die Neufassung des § 2306 I BGB verständlicher geworden ist. Der Regelungsgehalt des § 2306 I BGB steht nämlich gerade im Gegensatz zu dem sonstigen Grundsatz, wonach die Erbschaftsausschlagung zum Verlust jeder Nachlassbeteiligung führt.¹⁶

b) Anfechtungserklärung innerhalb der Frist

F3 erklärte die Anfechtung gem. § 1955 S. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Die gem. §§ 1955 S. 2, 1945 I HS. 2 Alt. 2, 129 I S. 1 BGB vorgeschriebene Form der öffentlichen Beglaubigung hat F3 gewahrt. Die gem. § 1954 I BGB sechswöchige und gem. §§ 1954 II S. 1 Alt. 2, 187 I BGB mit Kenntniserlangung vom zur Anfechtung berechtigenden Rechtsirrtum am 18. 12. 2015 beginnende Frist hat F3 durch die Erklärung am 18. 12. 2015 gewahrt. Die Zurechnungsvoraussetzungen des § 164 I S. 1 BGB sind erfüllt, da F3 die Erklärung im Namen der T abgab, als Ergänzungspfleger gem. §§ 1909 I, 1915 I S. 1, 1793 I S. 1 BGB mit Vertretungsmacht handelte und auch die in – angesichts der Wirkungsgleichheit von Ausschlagung und Annahmeanfechtung gem. § 1957 I Alt. 1 BGB – erweiternder Auslegung des § 1822 Nr. 2 BGB auch für die Anfechtung der Annahme erforderliche familiengerichtliche Genehmigung am 1. 2. 2016 vorlag. Dass diese nicht bereits im Erklärungszeitpunkt vorlag, ist ebenso unschädlich wie die Tatsache, dass die Genehmigung erst nach dem 28. 1. 2016 erfolgte, da die Frist zwischenzeitlich gehemmt war. Die wie eine Ausschlagung wirkende Anfechtung der Annahme kann insofern nicht anders behandelt werden als die Ausschlagung selbst; vgl. deshalb zur Argumentation zu diesen beiden Fragen insgesamt oben.

c) Rechtsfolge

Die Anfechtung der Annahme hat gem. § 1957 I Alt. 1 BGB die Wirkung einer Ausschlagung. Rechtsfolge der Ausschlagung als gewillkürter Erbe ist, dass für den Berufenen als gesetzlicher Erbe eine neue Ausschlagungsfrist läuft. T ist als Abkömmling des E gem. § 1924 I, III BGB dessen gesetzliche Erbin, da A durch seine zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Anfechtung durch familiengerichtliche Genehmigung bereits wirksame Ausschlagung des gesetzlichen Erbrechts als vorverstorben fingiert wird, § 1953 II HS. 1

¹⁵ S. schon BGH NJW 1997, 653.

¹⁶ So erst jüngst BGH NJW 2016, 2954.

BGB. § 1949 II BGB enthält für die Ausschlagungserklärung die Vermutung, dass sie sich auf alle dem Ausschlagenden, mithin gem. § 166 I BGB F3, bekannten Berufungsgründe bezieht. F3 war in Folge der Testamentseröffnung bekannt, dass T Abkömmling des E ist und der ihr grundsätzlich vorrangige O enterbt wurde. Der Zweifelsregelung bedarf es aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Ausschlagung indes gar nicht. Schon die Auslegung der Anfechtungserklärung gem. §§ 133, 157 BGB ergibt, dass T unter keinem Berufungsgrund Erbin des E sein soll.

II. Gesetzlicher Erbteil

1) Zeitpunkt des Anfalls

Der hier in Rede stehende gesetzliche Erbteil fiel T gem. §§ 1953 II, 1922 I BGB in Folge der wirksamen Ausschlagung durch A vom 28. 12. 2015 mit Rückwirkung zum Erbfall am 5. 11. 2015 an.

2) Ausschlagungserklärung durch F3

Die Erklärung des F3 vom 18. 12. 2015, welche am 1. 2. 2016 wirksam wurde, bezieht sich möglicherweise auch auf diesen gesetzlichen Erbteil. Problematisch ist, dass dieser gesetzliche Erbteil T am 18. 12. 2015 tatsächlich noch gar nicht angefallen ist, sondern erst aufgrund der Rückwirkungsfiktion am 28. 12. 2015. Letztlich ist die Reichweite der Erklärung vom 18. 12. 2015 durch Auslegung zu ermitteln. Aufgrund der Empfangsbedürftigkeit der Ausschlagung hat die Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu erfolgen. § 1946 BGB macht zur Voraussetzung einer Ausschlagung allein, dass der Erbfall eingetreten ist, woraus folgt, dass eine Ausschlagung wirksam auch vor Lauf der Ausschlagungsfrist erklärt werden kann. F3 äußerte in seiner Erklärung, dass T unter keinen Umständen mehr Erbin des E sein wolle. Hieraus kann geschlossen werden, dass sich die Ausschlagung auch auf das in Folge einer Ausschlagung des A ergebende gesetzliche Erbrecht erstrecken soll. Bei dem tatsächlich erst später eintretenden Anfall handelt es sich um eine gesetzliche Voraussetzung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, mithin um eine bloße Rechtsbedingung.¹⁷

3) Kein Ausschluss der Ausschlagung

Die Ausschlagung ist auch nicht gem. § 1943 BGB ausgeschlossen, da weder eine sich auf den gesetzlichen Erbteil erstreckende Annahmeerklärung vorliegt, noch die hierfür laufende Ausschlagungsfrist abgelaufen ist. Die Annahmeerklärung vom 4. 12. 2015, welche aufgrund der fehlenden Empfangsbedürftigkeit allein nach § 133 BGB auszulegen ist, kann aufgrund ihres eindeutigen Wortlauts und dem völligen Fehlen von Anhaltspunkten für einen zusätzlichen Berufungsgrund nicht als auf den gesetzlichen Erbteil bezogen angesehen werden, der T infolge der Ausschlagung des A gem. § 1953 BGB anfällt.

Die gem. § 1944 I BGB sechswöchige Ausschlagungsfrist begann hinsichtlich des gesetzlichen Erbteils gem. § 1944 II S. 2 BGB erst zum Zeitpunkt der Ausschlagung des A am 28.12.2015 zu laufen. Die Ausschlagung durch F3 erfolgte insofern fristgerecht, vgl. o.

¹⁷ Staudinger/Otte, § 1946 Rn. 4; § 1947 Rn. 2.

T ist aus keinem Berufungsgrund Erbin des E geworden.

C. Pflichtteilsansprüche von A und T gem. § 2303 I BGB

Der Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 I BGB richtet sich gemäß Satz 1 der Vorschrift gegen den Erben. K ist gem. §§ 1953 II, 1926 I, 1930 BGB als gesetzliche Erbin der dritten Ordnung berufen.

Der Pflichtteilsquote von A und T beträgt gem. §§ 2303 I, 2306 I HS. 1 i.V.m. §§ 1924 I, III, IV BGB jeweils die Hälfte der gesetzlichen Erbquote von einem Halb, mithin ein Viertel. Der gem. § 2311 I S. 1 BGB zugrunde zulegende, sich aus einer Subtraktion von Nachlassverbindlichkeiten i.S.d. § 1967 II HS. 1 BGB vom Aktivbestand ergebende Nachlasswert beträgt 800.000 Euro. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass Vermächtnisse und Pflichtteilsrechte, obwohl es sich dabei gem. § 1967 II HS. 2 BGB um Nachlassverbindlichkeiten handelt, nicht abzuziehen sind, da ansonsten der Zweck des Pflichtteilsrechts als Gewährung einer Mindestteilhabe am Nachlass ausgeschaltet würde.¹⁸ Abzugsfähig sind nur Verbindlichkeiten, die auch beim Eintritt gesetzlicher Erbfolge gegeben wären, mithin neben den vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten solche, die auf dem Erbfall beruhen. Der Pflichtteilsanspruch von A beträgt somit ebenso wie derjenige von T 200.000 Euro.

D. Vermächtnisanspruch der F

F könnte einen Anspruch gegen K auf Übergabe und Übereignung des Druckes von Dalí gem. §§ 1939, 2147, 2174 BGB haben. Dies ist entweder der Fall, wenn der Anspruch Gegenstand des Nachlassvermögens des vorverstorbenen F1 ist, dessen Alleinerbin sie ist, oder die Rechtsposition jedenfalls auf sie überging und schließlich in ihrer Position zum Vollrecht erstarkte. Die gemeinsame Voraussetzung für beide Fälle, dass S als Erbin auch Beschwerter ist, ist erfüllt. Nach dem im Testament zum Ausdruck gekommenen Willen wurzeln die ausgesetzten Vermächtnisse in persönlichen Beziehungen zu den bedachten Personen. Die Person des Erben ist hierfür nicht entscheidend. Es lässt sich wohl sogar aus einem *a maiore ad minus* Schluss folgern, dass erst recht die mit dem Erblasser nicht bekannte gesetzliche Erbin S mit den Vermächtnissen belastet sein soll. Auf die Zweifelsregelung des § 2161 BGB kommt es nicht mehr an.

I. Ererbter Anspruch

F ist gem. § 1922 I BGB Inhaberin des Anspruchs, wenn dieser bereits im Todeszeitpunkt ihres Mannes F1 entstanden ist, wobei es auf die nachgelagerte Frage der Fälligkeit nicht ankommt. Die Entstehung des Vermächtnisanspruches wird in §§ 2176 ff. BGB als Anfall bezeichnet. Gem. § 2177 BGB fällt ein aufschiebend bedingtes oder befristetes Vermächtnis erst mit Eintritt der Bedingung oder des Termins an, wenn das Ereignis dem Erbfall zeitlich nachfolgt. Im Zeitpunkt des Todes des F1 ist die Bedingung des Erreichens des 60. Lebensjahres beziehungsweise der Termin des 7. 4. 2016 noch nicht eingetreten. Ein Vermächtnisanspruch war damit im Todeszeitpunkt nicht Gegenstand seines Vermögens.

¹⁸ Für Vermächtnisse vgl. bereits Motive zum BGB V, 406.

II. Ererbtes Anwartschaftsrecht

F1 könnte indes Inhaber eines Anwartschaftsrechts gewesen sein, das mit seinem Tod als Gegenstand seines Vermögens auf F gem. § 1922 I BGB überging. § 2179 BGB erklärt die §§ 160 ff. BGB als Schutzvorschriften zugunsten desjenigen, dem ein Vermächtnis unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung ausgesetzt ist, für anwendbar. Vom mehraktigen Tatbestand des Anfalls des Vermächtnisses in Form von Erbfall und Eintritt des Ereignisses hängt nur noch vom Eintritt der Bedingung oder des Termins ab. Für die Zwischenzeit ist der Vermächtnisnehmer geschützt. Seine Rechtsposition ist demnach hinreichend stark, um sie als Anwartschaftsrecht rechtlich anzuerkennen, auch wenn zuzugeben ist, dass der Bedingungseintritt weniger in der Hand des Vermächtnisnehmers liegt als beispielsweise die Zahlung des Kaufpreises bei der Übereignung unter Eigentumsvorbehalt. Abzugrenzen ist jedoch die aufschiebende Bedingung von der aufschiebenden Befristung, da für erstere die Zweifelsregelung des § 2074 BGB gilt, wonach die Zuwendung nur gelten soll, wenn der Bedachte selbst den Eintritt der Bedingung erlebt. Die Zweifelsregelung ist dabei ihrem Wesen nach Ausdruck eines vermuteten Erblasserwillens. Hiernach entspricht es dem Bedingungscharakter als Abhängigmachung eines Rechtsgeschäfts von einem künftigen ungewissen Ereignis eher, den Eintritt derselben noch zu Lebzeiten des Bedachten zur zwingenden Entstehungsvoraussetzung eines Vermächtnisanspruches zu machen, andernfalls die Bedingung nicht mehr eintreten kann. Die Vererblichkeit einer Vermächtnisanwartschaft ist in diesem Fall ausgeschlossen.

Vorliegend besteht freilich die Besonderheit, dass die Abhängigmachung von einem künftigen Ereignis ausgelegt als Bedingung begriffsnotwendig nur eintreten kann, wenn der Vermächtnisnehmer den Eintritt der Bedingung, nämlich die Vollendung seines 60. Lebensjahres, erlebt. Abzugrenzen ist diese Auslegung aber von der Interpretation des Testamentswortlauts als Befristung auf den 7. 4. 2016. Für eine solche Auslegung spricht noch nicht so sehr die möglicherweise bloß stilistischen Gründen geschuldete Aufnahme des Geburtsdatums in den Testamentswortlaut. Die Erwähnung der F und ihres Kunstsinns stellt jedoch ein beachtliches Indiz dafür da, dass die Wirkung nicht zwingend vom Erleben des 60. Lebensjahres durch F1 selbst abhängig gemacht werden sollte. Entscheidend im Rahmen der Auslegung gem. § 133 BGB ist die Inbezugnahme des vorzeitigen Ruhestandes des F1, in welchem dieser die Betrachtung des Sticks genießen sollte. Das Vermächtnis ist auf das ungewisse Erreichen des 60. Lebensjahres aufschiebend bedingt und damit bereits begriffsmäßig mit dem Tod des F1 endgültig nicht entstanden.

E. Vermächtnisanspruch des F2 auf Übergabe und Übereignung des Bargelds

F2 hat gem. §§ 1939, 2147, 2174 BGB einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung von Bargeld in Höhe von 100.000 Euro. Das Vermächtnis ist nach dem Testamentswortlaut mit dem Erbfall angefallen, § 2176 BGB. von ihm ausgewählten Gemäldes haben. Gem. § 271 I BGB ist die Schuld auch im Zweifel sofort fällig. Für § 2181 BGB fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung im Testament, wonach die Bestimmung der Fälligkeit im Belieben des Beschwerten steht.

F. Vermächtnisanspruch des F2 auf Übergabe und Übereignung des von ihm ausgewählten Gemäldes

Fraglich ist, ob F2 daneben gem. §§ 2174, 2154 I S. 1 BGB einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des von ihm ausgewählten Gemäldes hat. Die Leistung des von ihm ausgewählten Gegenstands könnte im Zuge der Übereignung von F3 an G gem. § 275 I Alt. 1 BGB für die nunmehr beschwerte S (vgl. o.) unmöglich geworden sein. Die Übereignung an G ist gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1 BGB wirksam. Der mangels Eigentümerstellung und fehlender Verfügungsbefugnis nicht berechnigte F3 übergab G das Gemälde i.S.d. § 929 S. 1 BGB. In der Person des G lag keine den Rechtsschein der Besitzverschaffungsmacht ausschließende grobe Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfaltspflichten hinsichtlich einer Nachforschungsobliegenheit nach der wahren Eigentümerstellung vor. Dass F3 bisher seinem Bekannten G gegenüber nicht als Kunstinteressent nach außen trat, begründet kein hinreichendes Verdachtsmoment. Der die subjektive Unmöglichkeit begründende Umstand liegt darin, dass G mangels anderweitiger Angaben im Sachverhalt nicht zur Rückveräußerung an die nunmehr beschwerte S (vgl. o.) bereit ist.

G. Vermächtnisanspruch des F2 auf Übergabe und Übereignung des dritten Gemäldes von E's Sammlung

Fraglich ist, ob F2 im Zuge der Unmöglichkeit nicht wenigstens einen Anspruch auf Übergabe und Übereignung des dritten Gemäldes aus E's Sammlung gem. §§ 2174, 2154 S. 1 BGB hat. Gem. § 265 S. 1 Alt. 2 BGB, der auf das Wahlvermächtnis mangels *leges speciales* im Erbrecht dann entsprechend anwendbar ist, beschränkt sich das Schuldverhältnis bei nachträglich eintretender Unmöglichkeit auf die übrigen Leistungsgegenstände. E setzte ein solches Wahlvermächtnis, bei welchem der Bedachte das Recht zur Auswahl des Leistungsgegenstandes haben sollte, aus. E überließ F2 die Wahl zwischen zwei seiner drei Gemälde. § 265 S. 1 Alt. 2 BGB kann indes dann nicht mehr eingreifen, wenn F2 gem. § 263 I BGB sein Wahlrecht vor dem, in Verbindung mit der fehlenden Rückveräußerungsbereitschaft des G, die Unmöglichkeit begründenden Umstand der Veräußerung vom 27. 11. 2015 bereits ausgeübt hat, da in diesem Fall gem. § 263 II BGB eine *ex tunc* wirkende Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die ausgewählte Sache Platz greift. Mit Ausübung des Wahlrechts geht mit anderen Worten die Leistungsgefahr auf den wahlberechtigten Schuldner über. F2 hat gegenüber den vorläufigen Erben A und T, bei letzterer zugegangen gegenüber ihrem Vertreter F3 gem. § 164 III BGB, sein Wahlrecht durch Erklärung 25. 11. 2015 ausgeübt und sich für den nunmehr veräußerten Leistungsgegenstand entschieden. Problematisch ist, dass A und T gem. § 1953 I BGB rückwirkend ihre Erbenstellung verloren haben. Gem. § 1959 III BGB bleibt indes ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden muss, auch nach der Ausschlagung wirksam. Die Erklärung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Sie musste auch dem Erben als solchem gegenüber vorgenommen werden, was die obige Testamentsauslegung hinsichtlich der Person des Beschwerten ergeben hat.¹⁹

H. Vermächtnisanspruch der L (ohne inhaltliche Probleme)

¹⁹ A.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar.