

# Fortgeschrittenenklausur: Der homophobe Erblasser

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Sonja Breustedt**, Frankfurt am Main\*

*Die auf drei Zeitstunden angelegte Klausur behandelt Probleme des Erbrechts mit Verknüpfungen zum Sachenrecht. Den Schwerpunkt bilden sittenwidrige Bedingungen in und Form-erfordernisse an Testamenten sowie in der Abwandlung das Konstrukt der Vor- und Nacherbschaft.*

*(Testament, Sittenwidrigkeit, Vor- und Nacherbschaft)*

## Sachverhalt

### Ausgangsfall

Der frisch gebackene Rentner Erich Erlmann wohnt glücklich verheiratet mit seiner Frau Frieda in einem kleinen Häuschen im Frankfurter Westend. Das ihm von seinen Eltern vererbte Haus hat einen objektiven Verkehrswert von 800.000 €. Erich beschließt, sich zu Beginn seines neuen Lebensabschnitts noch einen Jugendtraum zu erfüllen und gönnt sich für 100.000 € einen Sportwagen. Anschließend entscheidet er, seine Vermögensverhältnisse zu regeln. Zu diesem Zweck setzt er sich an seinen Schreibtisch und verfasst folgendes, formgültiges Testament:

„Frankfurt, den 15.3.2020

Ich vererbe meinen beiden Kindern Tanja und Sven mein gesamtes Vermögen zu gleichen Teilen. Sollte Sven sich allerdings bis zu meinem Ableben nicht von seinem unnützen Freund Gustav trennen und endlich eine Frau heiraten, so erhalten im Falle meines Todes die Söhne meiner Tochter Tanja, meine beiden Enkel Torben und Tobias, seinen Anteil. Sven muss dann ohne mein Vermögen zu-rechtkommen. Ich dulde keine Verbindung, aus der keine weiteren Enkel hervorgehen können.

Erich Erlmann“

Stolz präsentiert Erich das Testament seiner Frau Frieda. Diese ist erbost, dass Erich sich in den Lebenswandel ihres Sohnes Sven einmischen möchte und redet in den darauffolgenden Wochen immer wieder auf Erich ein, er solle doch Sven in jedem Fall in seinem Testament bedenken. Nach einigen Diskussionen lenkt Erich ein, hat aber keine Lust, das ganze Testament nochmals neu abzufassen. Deshalb greift er zu einem auf dem Schreibtisch liegenden Post-It-Block und notiert:

„Sven soll ein Viertel bekommen und das andere Viertel geht an meine Enkel.  
Frankfurt, 18.5.2020  
Erich Erlmann“

Anschließend klebt er den Notizzettel auf das Testament vom 15.3.2020 und legt beides zurück in die Schreibtischschub-lade, in der sich auch zuvor das Testament befunden hatte.

---

\* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für mittelalterliche und neuere Rechtsgeschichte und für Zivilrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. (Prof. Dr. Albrecht Cordes, M.A.).

## Frage 1

Wie ist die Erbfolge nach Erich Erlmann?

## Abwandlung

Dieses Mal beschließen Erich und Frieda, ein gemeinsames Testament zu errichten. Sie verfassen folgendes, formgültiges Testament:

„Frankfurt, den 15.3.2020

Unser letzter gemeinsamer Wille: Wir setzen uns gegenseitig zu gemeinsamen Erben ein. Der überlebende Ehegatte wird jedoch nur Vorerbe. Nacherbin wird allein Tanja, Sven wird enterbt.

Erich Erlmann und Frieda Erlmann“

Völlig unerwartet stirbt Erich Erlmann am 25.5.2020. Frieda ist der Meinung, ihr Sohn Sven käme nach ihrem Ableben zu schlecht weg und beschließt, ihn mit dem Sportwagen zu versorgen. Kurzerhand verschenkt sie den nagelneuen Sportwagen an Sven, der von Anfang an von dem Gefährt begeistert war. Überglücklich nimmt Sven, der den Inhalt des Testaments genau kennt, das teure Geschenk an. Am 16.8.2020 verstirbt plötzlich auch Frieda.

Tanja fordert nun den Sportwagen von Sven heraus. Er verweigert dies und argumentiert, dass ihm ein Teil der Erbschaft von Gesetzes wegen zustünde.

## Frage 2

Wie ist die Rechtslage?

## Lösung Ausgangsfall

Zu prüfen ist die Erbfolge nach Erich Erlmann.

### I. Testament vom 15.3.2020

Sven (S), seine Schwester Tanja (T) und ihre Söhne Torben und Tobias könnten gem. §§ 1922 Abs. 1, 1937 BGB Erben des Erich (E) geworden sein. Dazu müsste E sie testamentarisch als Erben eingesetzt haben, was durch das Testament vom 15.3.2020 geschehen sein könnte. Fraglich ist, ob dieses wirksam ist und zu wessen Gunsten E das Testament errichtet hat.

#### 1. Testierwille und Form

E verfasste laut Sachverhalt ein eigenhändiges (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB), formgültiges Testament. An der Testierfähigkeit (§ 2229 BGB), der Höchstpersönlichkeit (§§ 2064, 2065 BGB) sowie dem Testierwillen bestehen ebenfalls keine Zweifel.

#### 2. Inhalt

Das Testament unterliegt als nicht empfangsbedürftige Willenserklärung den Auslegungsregeln des § 133 BGB. Danach ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht auf den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks abzustellen. Indem E sein gesamtes Vermögen zu gleichen Teilen seinen Kindern T und

S zugesprochen hat, hat er seine Ehefrau Frieda (F) enterbt. Ts Erbteil beläuft sich auf  $\frac{1}{2}$ . Die Erbenstellung des S, der grundsätzlich auch einen Erbteil von  $\frac{1}{2}$  erhalten soll, hat E jedoch an die Trennung von dessen Freund Gustav (G) und die Heirat einer Frau geknüpft. Fraglich ist, ob das Testament mit diesem Inhalt wirksam ist oder die Bedingung des E sittenwidrig und die bedingte Erbeinsetzung des S gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein könnte.

#### a) Rechtsnatur der Bedingung

Bei der Bedingung, die E ausgesprochen hat, könnte es sich um eine aufschiebende Potestativbedingung nach § 158 Abs. 1 BGB handeln. Die Potestativbedingung ist eine Bedingung, deren Eintritt vom Willen, wörtlich von der Macht (lat. potestas), des Bedachten abhängig ist.<sup>1</sup> E hat die Erbeinsetzung des S von dessen Verhalten abhängig gemacht. Es handelt sich mithin um eine Potestativbedingung. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass es sich um eine „echte Bedingung“ handelt und nicht nur um ein unverbindliches Anliegen des Erblassers. E hat mit der Formulierung „Ich dulde keine Verbindung, aus der keine weiteren Enkel hervorgehen können“ unmissverständlich klarstellt, dass Zweck der Vererbung aus seiner Sicht die Weitergabe des Vermögens an die nächste Generation ist. Potestativbedingungen sind, soweit sie nicht der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung, § 2065 BGB, widersprechen, grundsätzlich zulässig.<sup>2</sup> Fraglich ist, ob es sich um eine aufschiebende (§ 158 Abs. 1 BGB) oder eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) handelt. Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so tritt die Wirkung desselben erst mit Bedingungseintritt ein. Die Einsetzung des S zum Erben des E entfaltet zunächst keine Rechtswirkung, sondern erst wenn die Bedingung, Trennung vom Freund und Heirat einer Frau, erfüllt ist. Mithin liegt eine aufschiebende Bedingung i.S.d. § 158 Abs. 1 BGB vor.

#### b) Sittenwidrigkeit der Bedingung

Die Verfügung könnte jedoch nichtig sein, wenn die Bedingung gegen die guten Sitten verstößt, § 138 Abs. 1 BGB. Für die Definition der Sittenwidrigkeit hat sich die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ durchgesetzt. Sie ist aufgrund ihres „leerformelartigen Charakters“ konkretisierungsbedürftig.<sup>3</sup> Ein besonders wichtiges Konkretisierungselement stellen hierbei die Grundrechte dar. Die Grundrechte binden zwar gem. Art. 1 Abs. 3 GG nur den Staat in unmittelbarer Form, jedoch können sie im Wege der sog. mittelbaren Drittwirkung auch auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen „ausstrahlen“, sodass sie im Rahmen von ausle-

gungsbedürftigen Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB zu beachten sind.

#### aa) Grundrechtseingriff

Grundsätzlich ist die Testierfreiheit als bestimmendes Element der Erbrechtsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützt und kann durch die Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB nur eingeschränkt werden, wenn ein klarer gesetzgeberischer Wille oder die allgemeine Rechtsauffassung der Einschränkung zugrunde liegen.<sup>4</sup> Letztere festzustellen, ist Aufgabe des Gerichts, das i.R.d. § 138 BGB die Grenzen der Testierfreiheit bestimmen muss.<sup>5</sup> Im Hinblick auf letztwillige Verfügungen hat sich nach der gewissermaßen als „Richtschnur“<sup>6</sup> geltenden Entscheidung des BVerfG im sog. „Hohenzollernfall“ die „Drucktheorie“ durchgesetzt. Sie qualifiziert Bedingungen als sittenwidrig, die geeignet sind, unzumutbaren Druck auf die grundrechtlich geschützte Freiheit des Prätendenten auszuüben und damit in seine Entscheidungsfreiheit einzugreifen.<sup>7</sup>

Indem E in Aussicht stellt, die Hälfte seines Vermögens – immerhin mindestens 450.000 € – nur dann an S zu vererben, wenn dieser seine Lebensführung nach der Vorstellung des E ausrichtet, versucht er unter anderem, auf die Eheschließungsfreiheit des S einzuwirken und versucht damit, in die grundrechtlich geschützten Bereiche der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) einzugreifen.<sup>8</sup> Da S die Erbschaft ausschlagen kann, kommt zwar eine unmittelbare Beeinträchtigung seiner Grundrechte nicht in Betracht, jedoch ist bei dem recht hohen Nachlasswert ein faktischer Druck und damit eine mittelbare Beeinträchtigung zu erwarten, die mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.

#### bb) Rechtfertigung

Dem steht die Testierfreiheit des E als kollidierendes Grundrecht gegenüber, die einen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen könnte. Allerdings darf die Testierfreiheit nicht so weit gezogen werden, dass sie selbst Eingriffe in den Kern des Art. 6 Abs. 1 GG und den Kern der persönlichen Lebensführung gestattet. Insofern müssen hier die Grundrechte des S die Testierfreiheit des E überwiegen.

<sup>4</sup> BayObLG DNotZ 2003, 439.

<sup>5</sup> Röthel (Fn. 1), § 20 Rn. 10.

<sup>6</sup> Röthel (Fn. 1), § 20 Rn. 16.

<sup>7</sup> Loritz, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2003, § 2074 Rn. 29; Paal, JZ 2005, 436 (440); Otte (Fn. 1), § 2074 Rn. 39; Michalski/Schmidt (Fn. 1), Rn. 470; Leipold, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2074 Rn. 18.

<sup>8</sup> Ob hier tatsächlich ein Eingriff in die Eheschließungsfreiheit vorliegt, mag diskussionswürdig sein (Zweifel äußern Gutmann, NJW 2004, 2347 [2348] und Isensee, DNotZ 2004, 754 [762]). Es liegt aber zumindest ein Eingriff in die grundrechtlich geschützte Entscheidungsfreiheit und damit in das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) vor.

<sup>1</sup> Gursky/Lettmaier, Erbrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 125; Otte, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2019, § 2074 Rn. 27; Michalski/Schmidt, BGB-Erbrecht, 5. Aufl. 2019, Rn. 470; Röthel, Erbrecht, 18. Aufl. 2020, § 20 Rn. 15.

<sup>2</sup> Leipold, Erbrecht, 22. Aufl. 2020, Rn. 448.

<sup>3</sup> Armbrüster, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 138 Rn. 14.

cc) *Zwischenergebnis*

Die Bedingung war bereits objektiv sittenwidrig, sodass es auf das subjektive Element nicht mehr ankommt. Damit ist die Bedingung des E, S nur zum Erben einzusetzen, wenn er sich von G trennt und eine Frau heiratet, sittenwidrig.

c) *Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit*

Fraglich ist, welche Rechtsfolge sich aus der Sittenwidrigkeit der Bedingung für das Rechtsgeschäft ergibt. § 138 Abs. 1 BGB zieht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich. Fraglich ist jedoch, ob nur die Bedingung sittenwidrig und die Erbeinsetzung des S zu ½ (auch ohne Erfüllung der Bedingung) wirksam ist, oder ob die letztwillige Verfügung des E in Bezug auf die Erbeinsetzung des S insgesamt nichtig ist. Da es sich bei einer bedingten Erbeinsetzung nicht um mehrere Verfügungen, sondern nur um eine Verfügung handelt, ist § 2085 BGB nicht anwendbar und mangels Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts kommt auch § 139 BGB nicht in Betracht.<sup>9</sup> Denkbar ist indes eine Umdeutung nach § 140 BGB, die allerdings regelmäßig das Problem birgt, dass der Erblasser das Rechtsgeschäft ohne die Bedingung gerade nicht aufrechterhalten wollte, wie es auch vorliegend der Fall ist. Rechtsfolge wäre dann die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts und eine damit einhergehende Benachteiligung des Bedachten. Um dieses Problem zu umgehen, besteht die Möglichkeit, auf den Zweck des § 138 Abs. 1 BGB, der zur Nichtigkeit führt, abzustellen. Ergibt sich die Sittenwidrigkeit aus der Reduzierung der Freiheitsrechte des Bedachten, so muss einer Ansicht nach die Zuwendung dem Schutzzweck zufolge ohne Bedingung aufrechterhalten werden.<sup>10</sup> Würde anderenfalls die gesamte Verfügung nichtig, würde S als Bedachtem jede Möglichkeit genommen werden, Erbe des E zu werden, also auch dann, wenn er die Bedingung aus freien Stücken erfüllen wollte. Daher besteht nach Ansicht der Schutzzwecklehre die Möglichkeit, den über § 138 Abs. 1 BGB vermittelten Schutz der Freiheitsrechte des S nicht allein dadurch zu erreichen, dass die Bedingung als sittenwidrig angesehen wird, sondern seine Erbeinsetzung im Übrigen als unbedingte Zuwendung aufrechtzuerhalten.

Gegen diese Handhabung spricht jedoch der – auch in diesem Fall – klar entgegenstehende Erblasserwille sowie der eindeutige Wortlaut des § 138 BGB, der die Nichtigkeit der gesamten Verfügung anordnet. Eine teleologische Reduktion der Rechtsfolge des § 138 BGB erscheint indes problematisch, da der Erblasserwille substituiert würde. Sofern man die umfassende Testierfreiheit nicht unnötig einschränken möchte, muss im Wege der ergänzenden Auslegung (§ 2084 BGB) der tatsächliche Wille des Erblassers ermittelt werden.<sup>11</sup> Für diese Lösung spricht im Übrigen auch, dass der Erblasser

ohne Begründung den Bedachten enterben und auf seinen Pflichtteilsanspruch verweisen könnte. Legt man den Willen des E zugrunde, so erben seine Enkel Torben und Tobias ½, mithin jeder gem. §§ 2093, 2091 BGB ¼.<sup>12</sup>

3. *Ergebnis*

Die Erbeinsetzung der T ist gem. § 2085 BGB aufrechtzuerhalten, da anzunehmen ist, dass E diese Verfügung unabhängig von der Frage, ob S oder die Enkel die andere Hälfte erben, aufrechterhalten wollte. Nach dem Testament vom 15.3.2020 erben somit T ½ und die Enkel Torben und Tobias jeweils ¼.<sup>13</sup>

II. *Post-it vom 18.5.2020*

Bei dem Post-it vom 18.5.2020 könnte es sich um ein weiteres Testament handeln, durch welches das erste Testament vom 15.3.2020 gem. §§ 2253, 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben worden sein könnte.

1. *Wirksames Testament*

Fraglich ist, ob es sich bei dem Post-it um ein wirksames Testament handelt. An der Testierfähigkeit des E i.S.d. § 2229 BGB sowie der höchstpersönlichen Errichtung, §§ 2064, 2065 BGB bestehen keine Zweifel. Es genügt auch den formalen Anforderungen an ein ordentliches Testament, eigenhändiges Verfassen sowie Unterschreiben, § 2247 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 BGB sowie die Einhaltung der Sollvorschriften zur Orts- und Zeitangabe nach § 2247 Abs. 2 BGB. Zweifel bestehen jedoch am Testierwillen des E.

a) *Testierwille*

Ogleich die formgültige Abfassung eines Testaments Indiz für den Testierwillen des Erblassers ist, ist diskussionswürdig, ob das Niederschreiben des letzten Willens auf einem Post-it den Anforderungen an den Testierwillen genügt. Nach § 133 BGB liegt ein Testierwille vor, wenn der Erblasser die von ihm erstellte Urkunde als rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat. Gegen einen Testierwillen spricht die ungewöhnliche Papierform, die nicht den üblichen Gepflogenheiten zur Abfassung eines Testaments entspricht und auf einen bloßen Entwurf ohne Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit hindeuten könnte. Erschwerend kommt hinzu, dass E seinen Text weder mit Testament noch mit letztwilliger Verfügung überschrieben hat, was ein eindeutiger Anhaltspunkt für das Vorliegen eines Testierwillens gewesen wäre. E klebte jedoch nach Abfassung des Notizzettels diesen auf das ursprüngliche Testament vom 15.3.2020 und legte beides zurück in die Schreibtischschublade, in der sich auch zuvor das Testament befunden hatte. Die Aufbewahrung zusammen mit dem ersten Testament spricht für einen Testierwillen. Gerade

<sup>9</sup> Schmidt, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 2074 Rn. 2; Leipold (Fn. 7), § 2074 Rn. 28; Loritz (Fn. 7), § 2074 Rn. 33.

<sup>10</sup> Leipold (Fn. 7), § 2074 Rn. 28 f.; Gursky/Lettmaier (Fn. 1), Rn. 125.

<sup>11</sup> Litztenburger, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 58, Stand: 1.5.2021, § 2074 Rn. 26.

<sup>12</sup> Hier ist sowohl das Abstellen auf den Erblasserwillen als auch auf den Zweck der Vorschrift des § 138 BGB im Sinne der Schutzzwecklehre vertretbar.

<sup>13</sup> Sofern man auf den Zweck des § 138 BGB abstellt, erbt Sven ½, die Bedingungen Erwins zur Erbeinsetzung Svens sind nichtig. Die Enkel erben nicht.

bei ungewöhnlichen Testamentsformaten ist für die Ermittlung des Testierwillens auch auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände abzustellen.<sup>14</sup> E hatte hier über einen längeren Zeitraum von ca. zwei Monaten mit seiner Frau F über die Erbeneinsetzung diskutiert und schließlich eingelenkt. Die vorangegangenen Diskussionen sowie der Aufbewahrungsort sprechen für eine bewusste rechtsverbindliche Erbeinsetzung, sodass von der Ernsthaftigkeit und damit von einem Testierwillen auszugehen ist.

#### b) Zwischenergebnis

Damit war das Post-it vom 18.5.2020 ein wirksames, formgültiges Testament.

#### 2. Widerruf des Testaments vom 15.3.2020

Fraglich ist, inwieweit das Testament vom 18.5.2020 das vom 15.3.2020 widerrufen hat. Nach § 2258 Abs. 1 BGB wird durch Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Im Testament vom 18.5.2020 wird nur die Hälfte des Nachlasses, nämlich der ursprünglich unter einer Bedingung stehende Erbteil des S neu aufgeteilt. Ein Widerspruch zur hälftigen Erbeinsetzung Ts im alten Testament entsteht dadurch nicht, diese ist also durch das neue Testament nicht widerrufen. Auch ändert das neue Testament nichts an der Enterbung Fs. Widersprüchlich ist nur, dass S nicht mehr unter Erfüllung der Bedingung  $\frac{1}{2}$  bekommen soll, sondern bedingungslos  $\frac{1}{4}$  und das verbleibende  $\frac{1}{4}$  die Enkel bekommen sollen, die mangels Bestimmung der Bruchteile gem. §§ 2093, 2091 BGB zu gleichen Teilen erben. Nur insoweit ist das alte Testament widerrufen und das neue gilt.

### III. Gesamtergebnis

E hat mit dem Testament vom 18.5.2020 das Testament vom 15.3.2020 teilweise widerrufen. Nunmehr erbt T  $\frac{1}{2}$ , S  $\frac{1}{4}$  und die Enkel Torben und Tobias erben gem. § 2091 BGB je  $\frac{1}{8}$ .

### Lösung Abwandlung

T könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Sportwagens haben.

#### I. Erbschaftsanspruch gem. § 2018 BGB

In Betracht kommt ein Erbschaftsanspruch gem. § 2018 BGB. Hierfür müsste T Erbin und S Erbschaftsbesitzer sein. S hat jedoch das Auto von seiner Mutter F zu Lebzeiten geschenkt bekommen und nicht aufgrund einer ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbschaft erlangt, sodass er kein Erbschaftsbesitzer i.S.d. § 2018 ist. Ein Anspruch nach § 2018 kommt somit nicht in Betracht.

#### II. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB

T könnte jedoch gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des Pkw nach § 985 BGB haben. Hierfür müsste T Eigentümerin und S Besitzer ohne Besitzrecht sein.

<sup>14</sup> OLG München NJW-RR 2020, 329 f.

#### 1. Eigentümer

##### a) Eigentümerstellung der F

Ursprünglich war E Eigentümer des Autos. Mit seinem Tod könnte das Eigentum an dem Wagen aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.3.2020 gem. §§ 1937, 1922 Abs. 1 BGB auf seine Ehefrau F übergegangen sein.

##### aa) Wirksames Testament

Die Voraussetzungen der wirksamen Ehe nach § 2265 BGB und eines gemeinsamen Testierwillens nach §§ 133, 157 BGB liegen vor. Laut Sachverhalt errichteten E und F zudem ein formgültiges Testament (§ 2267 BGB i.V.m. §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB). Inhaltlich setzten E und F sich gegenseitig als Alleinerben ein, T hingegen als Schlusserbin. Die Einsetzung von Schlusserben beim gemeinschaftlichen Testament kann zwei Bedeutungen haben. Entweder findet die Erbfolge nach dem Einheitsprinzip oder nach dem Trennungsprinzip statt. Setzen sich die Ehegatten gegenseitig als uneingeschränkte Erben und den Dritten als Schlusserben des Letztversterbenden ein, so verschmelzen die Vermögensmassen bei Tod des Erstversterbenden, und der Dritte erbt nach dem zweiten Erbfall das gesamte Vermögen (sog. Einheitsprinzip). Sofern der überlebende Ehegatte hinsichtlich des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten nur als Vorerbe eingesetzt wird, ist der Schlusserbe als Nacherbe zu qualifizieren und es finden zwei getrennte Erbgänge statt (sog. Trennungsprinzip).<sup>15</sup> Dem gemeinschaftlichen Testament Es und Fs zufolge sollte der überlebende Ehegatte Vorerbe, T hingegen Nacherbin i.S.d. § 2100 BGB sein. Wenngleich die Verwendung der Begriffe Vor- und Nacherbe nicht zwingend auf eine Nacherbschaft i.S.d. §§ 2100 ff. BGB hinweisen<sup>16</sup>, gibt es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte, dass etwas anderes gemeint gewesen wäre. Demnach war der überlebende Ehegatte als Vorerbe, die T als Nacherbin eingesetzt.

##### bb) Zwischenergebnis

F wurde mithin zum Zeitpunkt des Erbfalls am 25.5.2020 Vorerbin und damit Eigentümerin des Autos.

##### b) Übereignung an S

F könnte ihr Eigentum an dem Auto jedoch durch die Übereignung des Autos an S gem. § 929 S. 1 BGB verloren haben. Einigung, Übergabe und Einigsein liegen vor. Fraglich ist allerdings, ob F berechtigt war. F unterliegt als Vorerbin den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 Abs. 2 BGB. Danach ist eine unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand insoweit unwirksam, als dass im Falle des Eintritts der Nacherbfolge das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt würde. Da jedoch die Verfügungen des Vorerben zunächst wirksam und erst mit Eintritt des Nacherbfalls ex nunc unwirksam werden<sup>17</sup>, war F zum Zeitpunkt der Verfü-

<sup>15</sup> *Leipold* (Fn. 2), Rn. 462 f.

<sup>16</sup> *Lieder*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2100 Rn. 12.

<sup>17</sup> BGH NJW 1969, 2043; vgl. *Lieder* (Fn. 16), § 2113 Rn. 17.

gung verfügungsberechtigt. Damit ist S zunächst Eigentümer des Autos geworden.

*c) Eigentumserwerb der T mit Eintritt des Nacherbfalls*

Mit dem Eintritt des Nacherbfalls, dem Tod der F am 16.8.2020, könnte T gem. § 2139 BGB Eigentum an dem Auto erworben haben. T war in dem gemeinschaftlichen Testament vom 15.3.2020 als Nacherbin eingesetzt worden, sodass mit dem zweiten Erbfall am 16.8.2020 der Nachlass des E gem. § 2139 BGB auf T übergegangen ist. Dadurch könnte sie auch das Eigentum an dem Sportwagen erlangt haben. Dafür müsste allerdings zum Zeitpunkt des Erbfalls das Auto noch zum Nachlass gehört haben, was aufgrund der von F vorgenommenen Übereignung des Wagens an S fraglich ist. Diese Verfügung könnte mit Eintritt des Nacherbfalls gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch unwirksam geworden sein. Bei der Übereignung des Autos an S handelt es sich um eine unentgeltliche Verfügung, die das Recht der T als Nacherbin vereitelt hat. Sie entsprach weder einer sittlichen Pflicht noch erfolgte sie anstandshalber, sodass die Ausnahmeregelungen des § 2113 Abs. 2 S. 2 BGB nicht greifen. Damit ist die Verfügung über das Auto gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls – dem Tod der F – ex nunc unwirksam geworden. Ein etwaiger Gutgläubenserwerb, der nach § 2113 Abs. 3 BGB eine Ausnahme ermöglicht, scheidet an der positiven Kenntnis des S von der Vorerbenstellung der F. Damit wurde die Verfügung der F an S mit dem Eintritt des Nacherbfalls gem. § 2113 Abs. 2 S. 1 BGB i.V.m. § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam. Mithin gehörte das Auto zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls noch zur Erbschaft.

*d) Zwischenergebnis*

Somit ist T gem. § 2139 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls Eigentümerin des Autos geworden.

*2. Besitzer*

S war zum Zeitpunkt des von T geltend gemachten Herausgabeanspruchs auch Besitzer.

*3. Recht zum Besitz*

S könnte jedoch die Herausgabe des Pkws gem. § 986 Abs. 1 S. 1 BGB verweigern. Dazu müsste er gegenüber der T als Eigentümerin zum Besitz berechtigt sein. In Betracht kommt ein relatives Besitzrecht aus dem zwischen F und S geschlossenen Schenkungsvertrag. Der zwischen F und S geschlossene Schenkungsvertrag wirkt zwar nur inter partes. T wurde aber durch den zweiten Erbfall Vollerbin ihrer Mutter und rückt als direkte Rechtsnachfolgerin gem. § 1922 Abs. 1 BGB in die Rechtsposition der F ein. Zwar lag dem Schenkungsvertrag mangels notarieller Beurkundung ein Formmangel nach § 518 Abs. 1 S. 1 BGB zugrunde, dieser wurde aber durch das Bewirken der Leistung, hier die Übereignung des Autos gem. §§ 929 ff. BGB, geheilt. § 2113 Abs. 2, Abs. 1 BGB bewirkt zwar, dass die Verfügung mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wird. § 2113 BGB hat jedoch nur eine ex-nunc-Wirkung, sodass zum Zeitpunkt des Bewirkens die Verfügung wirksam war und der Formmangel geheilt ist.

Mithin begründet der Schenkungsvertrag ein Recht zum Besitz für S. Ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB besteht somit nicht.

*4. Ergebnis*

T hat gegen S keinen Anspruch auf Herausgabe des Autos nach § 985 BGB.

**III. Herausgabeanspruch gem. § 812 BGB**

Ein Herausgabeanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB scheidet am vorhandenen Rechtsgrund, dem Schenkungsvertrag zwischen F und S gem. §§ 516, 518 BGB.

**IV. Herausgabeanspruch gem. § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB**

T könnte gegen S einen Anspruch auf Herausgabe des geschenkten Autos gem. § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB haben.<sup>18</sup> Eine direkte Anwendung kommt nicht in Betracht, da kein Erbvertrag, sondern ein gemeinschaftliches Testament vorliegt.

*1. Analoge Anwendung*

Voraussetzung für eine analoge Anwendung sind eine planwidrige Regelungslücke sowie das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage. Die §§ 2265 ff. BGB enthalten für das gemeinschaftliche Testament keine dem § 2287 BGB vergleichbare Anwendung. Jedoch ist die Interessenlage beim Vertragserben und beim Schlusserben eines gemeinschaftlichen Testaments gleich, sodass nicht ersichtlich ist, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Regelung gewollt hat, und vorliegend eine planwidrige Regelungslücke anzunehmen ist. Zudem vermittelt § 2287 BGB dem Vertragserben einen Schutz vor ihn beeinträchtigenden Schenkungen des Erblassers. Sofern es beim gemeinschaftlichen Testament ebenfalls eine erbrechtliche Bindung gibt, die den Schlusserben vor einer Beeinträchtigung schützen soll, besteht eine vergleichbare Interessenlage. Wenn ein Ehegatte seine wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des anderen Ehegatten nicht mehr widerrufen kann, ist eine erbrechtliche Bindung gegeben. Fraglich ist, ob die Erbeinsetzung der T im gemeinschaftlichen Testament des E und der F wechselbezüglich ist. Mangels anderer Anhaltspunkte ist die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB heranzuziehen. Danach ist von einer wechselbezüglichen Verfügung auszugehen, wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist. Im gemeinschaftlichen Testament wurde der F vom E eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens der F eine Verfügung zugunsten der T getroffen, die als Tochter des E mit ihm verwandt ist. Folglich stellt die Erbeinsetzung der T gem. § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB eine wech-

<sup>18</sup> Zur analogen Anwendung des § 2287 BGB auf gemeinschaftliche Testamente siehe: *Musielak*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2269 Rn. 36.

selbezügliche Verfügung dar. Damit ist vorliegend eine erbrechtliche Bindung gegeben, die T als Schlusserbin vor einer Beeinträchtigung schützen soll. Der Herausgabeanspruch nach §§ 2287 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 812 ff. BGB ist analog anwendbar.

## 2. Schenkung in Beeinträchtigungsabsicht

Zunächst müsste der Erblasser eine Schenkung in der Absicht, den testamentarisch bestimmten Erben zu schädigen, vorgenommen haben.

### a) Schenkung

Unter einer Schenkung i.S.d. § 2287 BGB ist jede den Empfänger bereichernde Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers anzusehen. Der Sportwagen gehörte im Zeitpunkt der Zuwendung zum Nachlass des E, mithin zum Vermögen der F, und bereicherte S. Die Zuwendung des Sportwagens an S ist somit eine Schenkung i.S.d. § 2287 BGB. Aufgrund des Schenkungsvertrags erfolgte diese auch nicht rechtsgrundlos, sodass die Frage, ob ein Rechtsgrund für die Anwendung des § 2287 BGB vorliegen muss, nicht entschieden werden muss.

### b) Objektive Beeinträchtigung

Neben der Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers müsste zunächst eine objektive Beeinträchtigung des testamentarisch eingesetzten Erben vorliegen. Dies ist vorliegend fraglich. Sofern die Schenkungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgen, ist eine Beeinträchtigung des testamentarischen Erben nur anzunehmen, wenn die Schenkungen des Erblassers den Pflichtteil des Berechtigten wertmäßig übersteigen, da die Pflichtteilsansprüche vom Erben vorab erfüllt werden müssen und seinen Rechten vorgehen.<sup>19</sup> Eine objektive Beeinträchtigung könnte vorliegend zu verneinen sein. Dafür müsste S Pflichtteilsberechtigter sein und der Wert des Sportwagens dürfte die Höhe des Pflichtteilsanspruchs nicht übersteigen.

### aa) Pflichtteilsberechtigung

S ist sowohl Abkömmling des E als auch der F und war durch das gemeinschaftliche Testament vom 15.3.2020 von der Erbfolge ausgeschlossen worden, sodass ihm in beiden Erbfällen ein Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB zustand. Nach § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Im ersten Erbfall betrug der gesetzliche Erbteil der F, die mit E im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hatte, gem. § 1931 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 1371 Abs. 1 BGB die Hälfte der Erbschaft. Der gesetzliche Erbteil der Kinder belief sich gem. § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB auf je  $\frac{1}{4}$  des Vermögens. Der Pflichtteilsanspruch des S beträgt somit im ersten Erbfall  $\frac{1}{8}$  des Vermögens.

Im zweiten Erbfall betrug der gesetzliche Erbteil beider Kinder gem. § 1924 Abs. 1, Abs. 4 BGB je  $\frac{1}{2}$  des Vermögens. Der Pflichtteilsanspruch des S beträgt somit im zweiten Erbfall  $\frac{1}{4}$  des Vermögens.

Insgesamt steht dem S somit Pflichtteilsansprüche in Höhe von  $\frac{1}{8}$  des gesamten Vermögens aus dem ersten Erbfall sowie  $\frac{1}{4}$  des gesamten Vermögens aus dem zweiten Erbfall zu, die vorab von T zu erfüllen sind und ihren Rechten vorgehen.

### bb) Höhe des Pflichtteilsanspruchs

Der Sportwagen hat einen Wert von 100.000 €, das Haus einen von 800.000 €. Der Nachlasswert i.S.d. § 2311 Abs.1 BGB beläuft sich mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben im ersten Erbfall auf 900.000 €. Der Pflichtteilsanspruch beträgt also 112.500 €. Für den zweiten Erbfall weist der Sachverhalt keine Vermögenswerte auf, sodass der Pflichtteil mit 0 € anzusetzen ist. Addiert man beide Pflichtteilsansprüche, so stehen S insgesamt 112.500 € zu.

### cc) Zwischenergebnis

Der Sportwagen hat einen Wert von 100.000 € und übersteigt den Pflichtteilsanspruch i.H.v. 112.500 € somit nicht, sodass keine objektive Beeinträchtigung gegeben ist.

## 3. Ergebnis

Ein Herausgabeanspruch nach § 2287 Abs. 1 BGB analog i.V.m. §§ 812 ff. BGB scheidet an der objektiven Beeinträchtigung.

## V. Gesamtergebnis

T kann von S die Herausgabe des Autos nicht verlangen.

<sup>19</sup> Musielak (Fn. 18), § 2287 Rn. 10.