BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 54/13

Verkündet am:
20. November 2013
Heinekamp
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 2287, 822

Bei einer den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkung kann die Herausgabe des Geschenks gemäß § 2287 BGB auch von einem Dritten, der den Gegenstand unentgeltlich vom Beschenkten erlangt hat, unter den Voraussetzungen des § 822 BGB verlangt werden.

BGH, Urteil vom 20. November 2013 - IV ZR 54/13 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, die Richter Dr. Karczewski, Lehmann und die Richterin Dr. Brockmöller auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2013

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Dezember 2012 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 23. Februar 2011 zu Ziffer 1 zurückgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt - soweit für das Revisionsverfahren noch erheblich - als Schlusserbe des am 27. Februar 2009 verstorbenen Erblassers Georg Z. vom Beklagten, dem Sohn der verstorbenen zweiten Ehefrau des Erblassers, Übereignung und Herausgabe eines Grundstücks.

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

2 Der Kläger wurde am 16. September 1945 als außerehelicher Sohn der Ruth Z. geboren. Die Mutter des Klägers heiratete 1950 den Erblasser. 1978 erwarben die Eheleute das Anwesen Uhlandstraße 9 in M. am M. zu je hälftigem Miteigentum. Am 15. März 1982 errichteten sie ein Testament folgenden Inhalts:

> "Wir, die Eheleute Georg und Ruth Z. ..., setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses ein.
>
> Erbe des Letztversterbenden soll unser Sohn Wilfried [der Kläger] sein. Erlebt unser Sohn sein Erbe nicht, dann erbt unser Enkelkind Markus Z. ."

3 Die Mutter des Klägers verstarb am 18. März 1982. Der Erblasser heiratete am 4. Mai 1983 Gertrude Melita Z. , die ihren am 10. März 1961 geborenen Sohn, den Beklagten, mit in die Ehe brachte. Nach der Eheschließung machte der damalige Bevollmächtigte des Klägers Ansprüche gegen den Erblasser nach dem Tod der Mutter des Klägers geltend. Im Schreiben vom 10. Mai 1983 heißt es:

> "... Das von Ihnen und Ihrer verstorbenen Gattin gemeinsam errichtete Testament vom 15. März 1982 liegt mir vor. Da mein Mandant nur Schlußerbe ist und damit erst nach Ihrem Tode erben wird, hat er einen Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils. Er kann somit ein Viertel des Nachlaßwertes in Geld beanspruchen. Von der Geltendmachung des Anspruchs wurde bisher abgesehen. Da Sie jedoch inzwischen wieder geheiratet haben, ist es sicherlich für beide Seiten gut, wenn jetzt eine abschließende Regelung der Erbschaftsangelegenheit erfolgt. Weder Sie noch Ihre neue Ehefrau hätten dann künftige Ansprüche zu vergegenwärtigen. ..."

4 In der Folgezeit führten der Kläger sowie der Erblasser Verhandlungen über die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Während der Kläger sei-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

nen Pflichtteilsanspruch auf 30.000 DM bezifferte, zahlte der Erblasser an diesen zunächst am 9. April 1984 den von ihm errechneten Betrag in Höhe von 14.009,80 DM. Der Kläger nahm den Erblasser daraufhin hinsichtlich des verbleibenden Pflichtteilsbetrages auf Zahlung vor dem Landgericht Darmstadt (9 O 407/84) in Anspruch. Mit notariellem Vertrag vom 6. August 1984 übertrug der Erblasser das Eigentum an dem Anwesen in M. auf seine zweite Ehefrau und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht vor. Am 17. Dezember 1984 schlossen der Kläger und der Erblasser in dem Verfahren vor dem Landgericht Darmstadt folgenden Vergleich:

> "1. Der Beklagte zahlt zur Abgeltung aller gegenseitigen Forderungen an den Kläger 7.500,- DM.
>
> 2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben."

5 Mit weiterem notariellem Vertrag vom 20. März 2004 übertrug die zweite Ehefrau des Erblassers das Eigentum an dem Hausgrundstück unter Zustimmung des Erblassers auf den Beklagten und behielt sich ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht vor. Am 3. August 2008 verstarb sie. Der Kläger nahm den Beklagten klageweise unter anderem auf Übereignung und Herausgabe des Grundstücks in Anspruch. Kurz vor Verkündung des landgerichtlichen Urteils gründete der Beklagte am 18. Februar 2011 die "S. G. Limited" (i.F.: Limited), eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung auf Aktien mit Sitz in England und Wales. Auf diese übertrug er mit notariellem Vertrag vom 4. März 2011 das Grundstück in M. unter Vorbehalt eines lebenslang unentgeltlichen Wohnrechts zu einem Preis von 35.000 €. Die Limited wurde am 20. Juni 2011 als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Am 30. März 2011 übertrug der Beklagte nach

seiner Behauptung ferner seine Geschäftsanteile an der Limited an eine "J. Incorporated" mit Sitz in Oregon und Nevada.

6 Mit Urteil vom 23. Februar 2011 hat das Landgericht den Beklagten unter anderem (Ziff. 1 des Urteilstenors) verurteilt, das Grundstück in M. herauszugeben und aufzulassen.

7 Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungantrag bezüglich des Grundstücks weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Das Rechtsmittel führt im ausgeurteilten Umfang zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat der Beklagte das ihm von seiner Mutter geschenkte Grundstück gemäß §§ 2287, 822 BGB an den Kläger als testamentarischen Schlusserben des Georg Z. herauszugeben. Zu Recht habe das Landgericht die Einsetzung des Klägers als Schlusserben infolge wechselbezüglicher Verfügungen in dem Testament vom 15. März 1982 bejaht. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass Ruth Z. ihren einzigen Sohn zugunsten ihres Ehemannes enterbt hätte, wenn nicht ihr Ehemann diesen zugleich als seinen Erben eingesetzt hätte, zumal er keine eigenen Abkömmlinge gehabt habe. Dies möge letztlich dahinstehen, weil Georg Z. niemals eine abwei-

chende testamentarische Bestimmung getroffen habe. Der Kläger habe auch nicht im Pflichtteilsprozess im Jahre 1984 oder im Zusammenhang mit diesem auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament verzichtet. Der Erblasser habe durch die Übertragung des Grundstücks an seine zweite Ehefrau eine unentgeltliche Verfügung i.S. des § 2287 Abs. 1 BGB vorgenommen. Dies sei in der Absicht geschehen, den Kläger zu benachteiligen. Zwar sei die zur Entstehung des Anspruchs aus § 2287 BGB erforderliche Voraussetzung des Todes des Erblassers im Zeitpunkt des Versterbens seiner zweiten Ehefrau noch nicht eingetreten gewesen. Ihr Nachlass sei aber mit dieser noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehung belastet gewesen. Eine Haftung des Beklagten als gesetzlicher Erbe seiner Mutter scheide aus. Ihre Herausgabepflicht sei wegen Wegfalls der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB entfallen, nachdem sie das Grundstück durch die Schenkung vom 20. März 2004 unentgeltlich weitergegeben habe. In einem solchen Fall ermögliche § 822 BGB den Durchgriff auf den Beklagten als Beschenkten. Es handele sich um eine Art gesetzliche Schuldübernahme, die den Dritten in die Position einrücken lasse, die vormals der Erstempfänger innegehabt habe. Der Gläubiger solle durch die Entreicherung des Erstempfängers weder besser noch schlechter stehen als zuvor. Soweit der Beklagte das Grundstück nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert habe, könne er sich auf einen Wegfall der Bereicherung nicht berufen.

10 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

11 1. Rechtsfehlerfrei sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Wechselbezüglichkeit. Hat der Erblasser in der Ab-

sicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB). Diese Regelung ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (Beschluss vom 26. Oktober 2011 - IV ZR 72/11, ZEV 2012, 37 Rn. 7; Urteil vom 26. November 1975 - IV ZR 138/74, BGHZ 66, 8, 15). Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des Klägers als Schlusserben festgestellt. Es hat ausdrücklich ausgeführt, das Landgericht habe diese Wechselbezüglichkeit zu Recht bejaht und hat das näher begründet. Soweit das Berufungsgericht weiter ausführt, dies könne letztlich dahinstehen, weil Georg Z. niemals eine abweichende testamentarische Bestimmung getroffen habe, handelt es sich lediglich um eine Zusatz- oder Hilfsbegründung. Demgegenüber bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Berufungsgericht abweichend von seinen zuvor getroffenen Feststellungen und den Ausführungen des Landgerichts, denen es sich angeschlossen hat, die Wechselbezüglichkeit in Frage stellen und im Ergebnis offen lassen wollte.

12 Rechtsfehler bei der Feststellung der Wechselbezüglichkeit sind dem Berufungsgericht ebenfalls nicht unterlaufen. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die fehlende Wechselbezüglichkeit folge daraus, dass das Testament weder eine Pflichtteilsstraf- noch eine Wiederverheiratungsklausel enthalte. Zwar kann die Wiederverheiratungsklausel im Einzelfall ein Indiz für die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen sein (Se-

natsbeschluss vom 16. Januar 2002 - IV ZB 20/01, BGHZ 149, 363, 365 f.). Ihr Fehlen lässt aber nicht auf das Fehlen der Wechselbezüglichkeit schließen. Hier spricht für die Wechselbezüglichkeit, dass die Eheleute sich angesichts des offenbar unmittelbar bevorstehenden Todes der Ehefrau noch dazu entschlossen, eine entsprechende Verfügung mit wechselseitiger Erbeinsetzung und Schlusserbeneinsetzung des Klägers zu errichten. Warum sie dies getan haben sollten, wenn der Überlebende ohne weiteres wieder zu einer abweichenden Verfügung berechtigt sein sollte, ist nicht nachvollziehbar. Auch wenn im Testament vom Kläger als "unser Sohn" die Rede ist, muss ferner berücksichtigt werden, dass dieser nicht der leibliche Sohn des Erblassers ist. Die Ehefrau hatte mithin ein berechtigtes Interesse daran, die Stellung des Klägers auch nach dem Ableben des Erblassers zu sichern, was nur durch wechselbezügliche Verfügungen mit entsprechender Bindungswirkung möglich war.

13 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil angenommen, der Kläger habe nicht auf sein Erbrecht aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 15. März 1982 verzichtet. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch. Die tatrichterliche Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Recht hat das Berufungsgericht nicht auf das Schreiben des Bevollmächtigten des Klägers vom 10. Mai 1983 an den Erblasser, mit dem er den Pflichtteilsanspruch nach seiner verstorbenen Mutter geltend gemacht hat abgestellt. Ob in dem Schreiben überhaupt ein Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung zu sehen ist, kann offen bleiben, da ein derartiger Erb- bzw. Zuwendungsverzicht jedenfalls gemäß §§ 2348, 2352 Satz 3 BGB mangels notarieller Beurkundung unwirksam wäre.

14 Soweit die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass auch der Prozessvergleich vom 17. Dezember 1984 keinen Erbverzicht des Klägers enthält, lässt das ebenfalls keinen revisionsrechtlich beachtlichen Fehler erkennen. Die Überprüfung einer vertraglichen Vereinbarung, insbesondere eines Vergleichs, ist im Revisionsverfahren ohnehin nur insoweit möglich, als das Berufungsgericht gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt hat (BGH, Urteil vom 11. März 1996 - II ZR 26/95, NJW-RR 1996, 932 unter I; Staudinger/Marburger, BGB (2009), § 779 Rn. 57 f.). Das ist hier nicht der Fall. Ein ausdrücklicher Verzicht des Klägers auf seine Schlusserbeneinsetzung aus dem Testament vom 15. März 1982 wurde in dem Vergleich nicht erklärt. Es ist nicht ersichtlich, dass in dem Prozess, der unmittelbar nur den Pflichtteilsanspruch des Klägers nach der vorverstorbenen Mutter zum Gegenstand hatte, überhaupt über einen Vergleich des Inhalts gesprochen wurde, dass der Kläger zugleich auf seine Rechtsstellung als Schlusserbe verzichten sollte. Infolgedessen verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger nunmehr Ansprüche aus seiner Erbenstellung gegen den Beklagten geltend macht.

15 3. Der Vertragserbe oder der bindend eingesetzte Schlusserbe kann gemäß § 2287 Abs. 1 i.V.m. § 822 BGB auch vom Zweitbeschenkten Herausgabe des Geschenks verlangen.

16 a) Ein Anspruch gegen den Zweitbeschenkten - hier also den Beklagten - kommt in Betracht, weil im Rahmen von § 2287 BGB auch § 822 BGB mit der darin vorgesehenen Herausgabepflicht eines Dritten angewendet werden kann. § 2287 BGB verweist hinsichtlich der Rechtsfolgen auf die Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung,

so dass jedenfalls die §§ 818-821 BGB Anwendung finden (MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. § 2287 Rn. 21; Staudinger/Kanzleiter, BGB (2006) § 2287 Rn. 23). Der Senat hat die Frage einer Anwendung auch von § 822 BGB in einer älteren Entscheidung offengelassen (Urteil vom 19. März 1981 - IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205, 211 f.). Im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, § 822 BGB finde entsprechend Anwendung (vgl. MünchKomm-BGB aaO m.w.N.; Soergel/Wolf, BGB 13. Aufl., § 2287 Rn. 25; Litzenburger in Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 2287 Rn. 23). Die Gegenauffassung lehnt eine entsprechende Anwendung ab, weil § 822 BGB nicht nur den Umfang des Bereicherunganspruchs bestimme, sondern einen selbständigen Anspruch darstelle (so Staudinger/Kanzleiter aaO). Insoweit ist allerdings bereits im Bereicherungsrecht streitig, ob § 822 BGB eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstellt (so Staudinger/Lorenz, BGB (2007) § 822 Rn. 2; anders MünchKomm-BGB/Schwab, 6. Aufl. § 822 Rn. 7; offen gelassen von BGH, Urteil vom 10. Februar 2004 - X ZR 117/02, BGHZ 158, 63, 67).

17 Der Senat beantwortet die Frage nunmehr dahin, dass § 822 BGB unabhängig von seiner dogmatischen Einordnung auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB zumindest entsprechend anzuwenden ist. Hierfür spricht der Sinn und Zweck der §§ 2287, 822 BGB, wonach der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig ist als das Interesse des Vertrags- bzw. Schlusserben an der Herausgabe des Geschenks. So hat auch bereits der Bundesgerichtshof auf den Rückforderungsanspruch des bedürftigen Schenkers nach § 528 BGB die Regelung des § 822 BGB entsprechend angewendet (Urteile vom 3. Februar 1989 - V ZR 190/87, BGHZ 106, 354, 357 f.; vom 10. Februar 2004 aaO 65). Hierzu hat er ausgeführt, dass das Erfordernis der Unterhaltssicherung Vorrang

vor dem Vertrauen des Beschenkten in die Rechtsbeständigkeit der Zuwendung hat. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers nur gegen den von ihm Beschenkten und nicht auch gegen einen Dritten bestünde, an den das Geschenk unentgeltlich weitergegeben worden sei. Der Dritte sei nicht schutzwürdiger als der ursprünglich Beschenkte. § 822 BGB beruhe auf der Interessenbewertung, dass derjenige, der unentgeltlich das erlangt habe, was der unmittelbar Bereicherte hätte herausgeben müssen, nicht schutzwürdig sei. Dafür spreche auch, dass anderenfalls § 528 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Geschenks zu Lasten Unterhaltsverpflichteter oder sonst der Allgemeinheit übergangen werden könnte.

18 Vergleichbares gilt im Rahmen von § 2287 BGB. Auch hier ist der unentgeltliche Erwerb des Dritten weniger schutzwürdig als das Interesse des Vertragserben bzw. unwiderruflich eingesetzten Schlusserben, die Erbschaft ungeschmälert von beeinträchtigenden Schenkungen zu erhalten. Die Wertung des § 822 BGB, dass der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese an den Gläubiger herauszugeben hat, soweit infolge der Zuwendung die Verpflichtung des ersten Empfängers entfallen ist, beansprucht auch in den Fällen des § 2287 BGB Geltung. Anderenfalls hinge es vom Zufall zeitlicher Abfolge ab, ob der Gläubiger seinen Anspruch noch gegen den ursprünglich Beschenkten gemäß § 2287 Abs. 1 BGB durchsetzen kann oder dies wegen unentgeltlicher Weitergabe des Geschenks nicht mehr möglich wäre. Abgesehen davon würde Manipulationen bei der Weitergabe des Geschenks Tür und Tor geöffnet.

19 Die hiergegen vorgebrachten Bedenken der Revision greifen nicht durch. Sie macht zunächst geltend, dass im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB der zur Rückforderung des Schenkungsgegenstandes führende

"Mangel" in der Person des Schenkers und damit im Verhältnis zwischen Schenker und Beschenktem liege. Demgegenüber entstehe der Anspruch aus § 2287 BGB wegen eines Fehlverhaltens des Erblassers gegenüber einem Dritten (dem Vertrags- bzw. Schlusserben), nicht jedoch wegen eines Fehlverhaltens des Erstbeschenkten. Der zur Kondiktion führende Mangel liege somit außerhalb der Schenkungskette. Diese Argumentation überzeugt schon deshalb nicht, weil es auch im Rahmen von § 528 Abs. 1 BGB nicht um ein Fehlverhalten des Erstbeschenkten geht. Er hat das Geschenk deshalb herauszugeben, weil der Schenker es wegen Verarmung benötigt. Der Umstand, dass bei § 2287 Abs. 1 BGB der Herausgabeanspruch dem Vertrags- bzw. Schlusserben zusteht, beruht auf der erbrechtlichen Wertung dieser Vorschrift, dass die Interessen des Vertrags- bzw. Schlusserben Vorrang vor denen des Beschenkten haben. Ist der Beschenkte mithin in beiden Fällen nicht schutzwürdig und rückt der Zweitbeschenkte in dessen Rechtsstellung ein, so ist kein Grund ersichtlich, warum § 822 BGB nicht auch im Rahmen von § 2287 Abs. 1 BGB Anwendung finden sollte.

20 Der unterschiedliche Beginn der Verjährungsfrist rechtfertigt ebenfalls keine andere Beurteilung. Zwar beginnt die dreijährige Verjährung des § 195 BGB bei den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkungen gemäß § 2287 Abs. 2 BGB erst mit dem Erbfall. Dies ist aber nur Konsequenz daraus, dass auch der Anspruch nach § 2287 BGB erst entsteht, nachdem dem Vertrags- bzw. Schlusserben die Erbschaft angefallen ist. Für die Frage der Anwendung von § 822 BGB gibt der Beginn der Verjährungsfrist nichts her.

21 b) Kommt somit eine entsprechende Anwendung von § 822 BGB und damit eine Durchgriffsmöglichkeit auf den Zweitbeschenkten in Be-

tracht, so setzt dies zunächst voraus, dass ursprünglich ein Herausgabeanspruch gegen den Erstbeschenkten bestanden hat. Dies scheitert hier noch nicht daran, dass die zweite Ehefrau des Erblassers vor diesem verstorben ist. Zwar kann der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB von dem Vertrags- bzw. Schlusserben erst nach dem Anfall der Erbschaft geltend gemacht werden. Ist zu dieser Zeit - wie im Streitfall - der Beschenkte bereits verstorben, bleibt § 2287 Abs. 1 BGB aber dennoch anwendbar. Der Anspruch richtet sich dann gegen die vertraglichen bzw. gesetzlichen Erben des Beschenkten. Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die dem Grunde nach bereits durch die Schenkung angelegt ist, sich aber erst durch den Erbfall in der Person des Vertrags- bzw. Schlusserben verwirklicht. Zu den Nachlassverbindlichkeiten zählen gemäß § 1967 Abs. 2 BGB alle vom Erblasser "herrührenden" Schulden. Erfasst werden mithin auch Verbindlichkeiten aus noch werdenden und schwebenden Rechtsbeziehungen. Entsprechend hat der Bundesgerichtshof für einen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB angenommen, dass dieser sich bei Bedürftigkeit des Schenkers, die erst nach dem Tod des Beschenkten eintritt, gegen die Erben des Beschenkten richtet (Urteil vom 7. Juni 1991 - V ZR 214/89, NJW 1991, 2558 unter II).

22 c) Der Anspruch aus § 822 BGB setzt ferner voraus, dass die Verpflichtung des ursprünglichen Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung gerade infolge der unentgeltlichen Zuwendung des Erlangten an den Dritten ausgeschlossen ist. Der Dritte haftet daher nur subsidiär. Es verbleibt mithin bei der Haftung des Empfängers, wenn die Weitergabe des Erlangten erst nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit erfolgt ist (§ 818 Abs. 4 BGB) oder wenn der Empfänger gemäß §§ 819 f. BGB verschärft haftet (vgl. Staudinger/Lorenz aaO § 822 Rn. 11; Litzenburger in

Bamberger/Roth, BGB 3. Aufl. § 2287 Rn. 24; MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. § 2287 Rn. 21). Die verschärfte Haftung tritt ein, sobald der Beschenkte von der Bindung des Erblassers an den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament und von dessen Beeinträchtigungsabsicht Kenntnis erlangt (MünchKomm-BGB/Musielak aaO). Diese Frage hat das Berufungsgericht nicht erörtert, sondern ist unter Ziff. 1.5 ohne weiteres von einem Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB durch unentgeltliche Weitergabe des Grundstücks ausgegangen. Im Ergebnis kann dies offen bleiben, da eine Inanspruchnahme des verschärft haftenden Bereicherungsschuldners auch ausscheidet, wenn sich die Befreiung von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, z.B. gemäß § 275 Abs. 1 BGB wegen Unmöglichkeit der Herausgabe, ergibt (Palandt/Sprau, BGB 72. Aufl. § 818 Rn. 53). Das ist hier der Fall, da die zweite Ehefrau des Erblassers nach der Übertragung des Grundstücks an den Beklagten zu einer Rückgabe - unabhängig von ihrer Bösgläubigkeit - nicht mehr in der Lage war.

23 4. Der Herausgabeanspruch des Klägers gemäß § 2287 Abs. 1 BGB ist nicht im Hinblick auf ein Pflichtteilsrecht der beschenkten zweiten Ehefrau beschränkt. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass durch Schenkungen des Erblassers an einen Pflichtteilsberechtigten die Vertragserben nicht beeinträchtigt werden, sofern die Schenkungen dem Pflichtteil wertmäßig entsprechen (Senatsurteile vom 28. September 1983 - IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272; vom 29. Juni 2005 - IV ZR 56/04, ZEV 2005, 479 unter 3 b; Senatsbeschluss vom 3. Mai 2006 - IV ZR 72/05, ZEV 2006, 505 unter II 3 a; MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. § 2287 Rn. 10). Diese Entscheidungen des Senats behandelten aber ausschließlich Fälle, bei denen die Pflichtteilsberechtigten noch lebten und jeweils selbst klageweise auf Herausgabe des

Geschenks in Anspruch genommen wurden. In solchen Fallgestaltungen kommt dem Grunde nach die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs in Betracht. Der Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB ist dann auf dasjenige beschränkt, was nach Begleichung des Pflichtteils übrig bleibt. Der Gläubiger muss, wenn er die Herausgabe des Geschenks beansprucht und verlangen kann, zugleich den fiktiven Pflichtteil an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten auskehren (vgl. Senatsurteil vom 28. September 1983 - IVa ZR 168/82, BGHZ 88, 269, 272). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Die zweite Ehefrau des Erblassers war bereits vor diesem verstorben. Ein Pflichtteilsanspruch war zu keinem Zeitpunkt entstanden und konnte auch nicht mehr entstehen. Der bloßen abstrakten Pflichtteilsberechtigung des Beschenkten als Quelle, aus der erst mit dem Erbfall unter gewissen Voraussetzungen ein Pflichtteilsanspruch entstehen kann (Muscheler, Erbrecht 2010 Rn. 4098) kommt demgegenüber keine maßgebliche Bedeutung zu.

24 5. Das Berufungsurteil ist jedoch aufzuheben, weil es dem Umstand der Veräußerung des Grundstücks durch den Beklagten nicht hinreichend Rechnung getragen hat. Soweit es in Ziff. 1.8 des Urteils hierzu lediglich heißt, der Beklagte könne sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht auf einen Wegfall der Bereicherung berufen, ist das in dieser Form - jedenfalls ohne weitere Feststellungen - unzutreffend.

25 a) Zunächst liegt kein Anwendungsfall der §§ 265, 325 ZPO vor. Gemäß § 265 Abs. 1 ZPO schließt die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei nicht aus, die streitbefangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch abzutreten. In einem derartigen Fall hat die Veräußerung oder Abtretung auf den Prozess keinen Einfluss (§ 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Streitbefangen ist eine Sache nur,

wenn die für das Verfahren maßgebliche Sachlegitimation des Rechtsvorgängers auf seiner rechtlichen Beziehung zu der Sache beruht und diese den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreits bildet (BGH, Urteile vom 20. Juli 2007 - V ZR 245/06, NJW-RR 2008, 102 Rn. 26; vom 5. Juli 2002 - V ZR 97/01, MDR 2002, 1185 unter II 1; vom 16. Januar 1963 - V ZR 237/60, BGHZ 39, 21, 25 f.; Musielak/Foerste, ZPO 10. Aufl. § 265 Rn. 3; Roth in Stein/Jonas, ZPO 22. Aufl. § 265 Rn. 7). Danach muss die Veräußerung dem Kläger die Aktivlegitimation oder dem Beklagten die Passivlegitimation entziehen. Dies ist im Regelfall dann gegeben, wenn das Eigentum oder ein dingliches Recht an der Sache streitig ist (Urteil des BGH vom 20. Juli 2007 aaO; Roth in Stein/Jonas aaO Rn. 7 f.). Schuldrechtliche Ansprüche gegen den Eigentümer auf Herausgabe oder auf Auflassung aufgrund eines Schuldverhältnisses werden dagegen in der Regel von § 265 ZPO nicht erfasst (BGH, Urteil vom 16. Januar 1963 aaO; Roth in Stein/Jonas, aaO Rn. 9; Musielak/Foerste, ZPO 10. Aufl. § 265 Rn. 4; offen gelassen im Urteil vom 5. Juli 2002 - V ZR 97/01, MDR 2002, 1148 unter II 1). Eine Ausnahme kann lediglich in Betracht kommen, wenn nichtdingliche Rechte einer Sache in einer dinglichen Rechten vergleichbaren Weise anhaften (BGH, Urteil vom 20. Juli 2007 aaO). Bei dem Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB handelt es sich - auch wenn er auf Herausgabe gerichtet ist - um einen rein schuldrechtlichen Anspruch, dessen Rechtsfolgen sich nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung richten. Der Vertrags- bzw. Schlusserbe hat mithin Anspruch auf Übereignung und Besitzverschaffung des verschenkten Gegenstandes. Dieser selbst ist allerdings nicht streitbefangen i.S. von § 265 Abs. 1 ZPO.

26 b) Soweit das Berufungsgericht eine Haftung des Beklagten nach § 818 Abs. 4 BGB angenommen hat, hat es verkannt, dass der Kläger

gegen den Beklagten keinen Geldzahlungsanspruch oder einen solchen auf Leistung vertretbarer Sachen geltend macht, sondern Auflassung und Herausgabe eines individualisierten Grundstücks verlangt. Auch eine verschärfte Haftung gemäß §§ 818 Abs. 4, 819 BGB ändert nichts daran, dass sich eine Befreiung des Kondiktionsschuldners von der Leistungspflicht aus allgemeinen Vorschriften, etwa wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nach § 275 Abs. 1 BGB, ergeben kann (Palandt/Sprau, BGB 72. Aufl. § 818 Rn. 53). Hat der Schuldner die geschuldete Sache veräußert, ist die Leistung allerdings nicht schon deswegen unmöglich, weil er über den Gegenstand nicht mehr verfügen kann und auf ihn auch keinen Anspruch hat. Unmöglichkeit liegt vielmehr erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann. Solange dagegen die Möglichkeit besteht, dass der Dritte dem Schuldner die Verfügungsmacht wieder einräumt oder der Verfügung zustimmt, steht sein Unvermögen nicht fest (BGH, Versäumnisurteil vom 26. März 1999 - V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 181 f.; Urteil vom 25. Oktober 2012 - VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 Rn. 33). Darlegungs- und beweispflichtig für die Unmöglichkeit der Herausgabe ist der Bereicherungsschuldner, hier also der Beklagte.

27 Insoweit fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Dass der Beklagte das Grundstück nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils an die Limited unter Vorbehalt eines lebenslangen unentgeltlichen Wohnrechts veräußert hat und diese am 20. Juni 2011 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde, muss noch nicht dazu führen, dass dem Beklagten eine Übertragung des Grundstücks auf den Kläger unmöglich wäre. Eine solche Übertragung käme etwa in Betracht, wenn der Beklagte diese als Geschäftsführer und/oder

Gesellschafter der Limited oder auf andere Weise veranlassen könnte. Anlässlich der Gründung der Limited war der Beklagte auch noch selbst alleiniger Anteilseigner. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat er dann zwar vorgetragen, er habe seine Anteile an der Limited gemäß Urkunde vom 30. März 2011 an eine J. Incorporated in Oregon und Nevada übertragen. Diesbezüglich hat er allerdings nur ein nicht unterschriebenes Schreiben der Limited vom 7. April 2011 unter Bezugnahme auf eine Protokollniederschrift vom 30. März 2011 übergeben. Ebenfalls steht nicht fest, wer Anteilseigner der neuen Gesellschaft in Oregon und Nevada ist. Sollte dies der Beklagte sein, wäre es ihm weiterhin möglich, das Grundstück an den Kläger zu übertragen. Der Beklagte wird daher im Einzelnen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen haben, dass ihm keinerlei rechtliche oder tatsächliche Einfluss-

möglichkeit auf die nunmehrige Grundstückseigentümerin verblieben ist mit dem Inhalt, dass diese das Grundstück entweder unmittelbar oder mittelbar über den Beklagten an den Kläger übereignet.

Mayen Harsdorf-Gebhardt Dr. Karczewski

Lehmann Dr. Brockmöller

Vorinstanzen:
LG Darmstadt, Entscheidung vom 23.02.2011 - 2 O 351/09 -
OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 20.12.2012 - 22 U 45/11 -