



Deutscher Notarverein

Der Präsident

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin

Bundesministerium der Justiz
I A 1
Herrn Ministerialrat
Dr. Meyer

11015 Berlin

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, 14. April 2010

Entwurf eines 2. Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder,
Beteiligung der Länder, Fachkreise und Verbände
AZ: I A 1 – 3480/4 – 12 1889/2009

Sehr geehrter Herr Dr. Meyer,

der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Das Gesetzesvorhaben ist erforderlich, da der Ausschluss der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder von der Erbfolge aufgrund des über die Jahre eingetretenen Wertewandels heute nicht mehr gerechtfertigt erscheint. Auch die Rückbeziehung des Gesetzes auf den 29. Mai 2009 erscheint sachgerecht und verfassungsrechtlich zulässig. Eine zeitlich noch weiterreichende Rückwirkung würde dagegen – bis auf die Fälle, in denen der Staat gesetzlicher Erbe wurde – zu einer unsachgemäßen und verfassungsrechtlich problematischen Revision bereits abgeschlossener Erbfälle führen.

Im Rahmen des Gesetzes sind die Interessen des nichtehelichen Kindes gegen das Vertrauen der Väter in die bisherige Rechtslage abzuwägen. Letzterer kann auch weiterhin gewisse "Ungleichbehandlungen" der neu erbberechtigten Kinder gegenüber ehelichen oder anderen später geborenen nichtehelichen Kindern rechtfertigen. Insbesondere vor dem Hintergrund der umfangreichen praktischen – häufig aber negativen – Erfahrung, die Notare mit den (zumeist in Unkenntnis von deren Folge in handschriftlichen Testamenten angeordneten) Vor- und Nacherbfolgen haben, dürfen wir aber anregen, die gewählte Konstruktion der gesetzli-

chen Nacherbfolge noch einmal zu überdenken (dazu nachfolgend Teil I.). Ergänzend sollte überlegt werden, ob man frühere Zuwendungen der Väter an die nichtehelichen Kinder in die Ausgleichsbestimmungen bzw. Pflichtteilsanrechnung einbezieht (dazu Teil II.). Schließlich sollte klargestellt werden, dass durch die Gesetzesänderung kein Grund zur Anfechtung früherer Testamente geschaffen wird (dazu Teil III.).

I. Vertrauensschutz durch gesetzliche Vor- und Nacherbfolge?

Der Entwurf stellt zutreffend fest, dass die Väter der vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder bisher keine Veranlassung sahen, diese von der Erbfolge auszuschließen und ggf. zum Schutz ihrer Ehefrau/Lebenspartner und/oder weiterer Kinder ein Testament zu errichten. Da fast alle noch lebenden Väter (weit) über 80 Jahre alt sein dürften, erscheint es nicht angezeigt, diese auf die Möglichkeit zu verweisen, nun noch ein Testament zu errichten, um auf die geänderte Rechtslage angemessen zu reagieren. Denn einige der Betroffenen dürften bereits im letzten Jahr verstorben oder zwischenzeitlich testierunfähig sein. Den Übrigen kann man zumindest keinen "Vorwurf" machen, von der neuen rechtlichen Entwicklung keine Kenntnis erhalten zu haben bzw. „ihren“ Sachverhalt nicht korrekt unter die neue Gesetzeslage subsumiert zu haben.

Bedenken hat der Deutsche Notarverein jedoch, ob die gesetzliche Vor- und Nacherbfolge zum Schutz der Witwen das geeignete Mittel ist, das Spannungsfeld zwischen vollständiger Gleichberechtigung der nichtehelichen Kinder auf der einen und dem notwendigen Vertrauensschutz auf der anderen Seite zu erreichen.

1. Nachteile der gesetzlichen Vor- und Nacherbfolge

a) kein typisierter Grundfall

Regelungen, die eine Ungleichbehandlung zur Folge haben, kann der Gesetzgeber zweifellos typisierte Fälle zugrunde legen. Allerdings trifft die vorgeschlagene Vor- und Nacherbfolge einen großen Kreis unterschiedlichster Fälle: Dazu können z. B. auch sehr wohlhabende Familien zählen, bei denen die sofortige Beteiligung des nichtehelichen Kindes am Nachlass zu keiner großen "Belastung" der Witwe führen würde (zumal wenn die Erbquote des nichtehelichen Kindes nur die Quote etwaiger anderer Kinder als Miterben mindert). Andererseits fällt hierunter jedoch auch die Konstellation, in der die kinderlose Witwe von ihrem verstorbenen Ehemann ausschließlich das (Mit-)Eigentum an dem gemeinsamen Familienheim erhält. Diese in rechtlicher wie wirtschaftlicher Hinsicht verschiedenen Sachverhalte einheitlich über die Vor- und Nacherbschaft zu regeln, erscheint uns nicht sachgerecht.

Ohne statistisches Material erscheint auch die Annahme, dass die Witwe meist das gleiche Alter wie der Erblasser hat, als zu undifferenziert. Unsere Erfahrungen legen vielmehr nahe, dass bei vielen Ehepaaren die (letzte) Ehefrau des Erblassers (deutlich) jünger sein wird als

dieser. Nimmt man noch die statistisch nachgewiesene, um etwa sechs Jahre längere Lebenserwartung der Frauen dazu, werden die nichtehelichen Kinder häufig erst im hohen Alter in den – dann vielleicht gar nicht mehr aktiv wahrgenommenen – Genuss der Erbschaft (bei Eintritt des Nacherbfalls) nach ihrem Vater kommen. Im Ergebnis profitieren eher die Erben des nichtehelichen Kindes als dieser selbst. Aus Sicht der nichtehelichen Kinder ist ihnen daher mit der Vor- und Nacherbfolge nicht gedient.

b) streitanfällige Dauerrechtsbeziehung

Aber auch die begünstigten Witwen bzw. die halbbürtigen Geschwister werden keineswegs immer glücklich mit der Regelung des Entwurfs sein. Nicht umsonst spielt die nicht befreite Vor- und Nacherbfolge in der Praxis der notariellen Testamentsgestaltung bis auf Sonderfälle (z. B. beim sog. Behinderten- oder Bedürftigentestament) kaum eine Rolle.

Grund dafür sind die komplexen rechtlichen Beziehungen zwischen Vor- und Nacherben. Als solche sind zu nennen:

- (1) die eingeschränkten Verfügungsrechte des Vorerben (§§ 2113-2115 BGB), die trotz theoretischer Zustimmungspflicht des Nacherben einen Immobilienverkauf in der Praxis nahezu immer vereiteln,
- (2) das Surrogationsprinzip (§ 2111 BGB),
- (3) die Restriktionen der §§ 2116-2119 BGB,
- (4) die umfangreichen Rechenschaftspflichten und Auskunftsrechte (§§ 2121-2123, 2127, 2130 BGB),
- (5) die dem Nießbrauch ähnliche Behandlung von Kosten, Lasten und Verwendungen (§§ 2124- 2126 BGB) einschließlich des Rechts auf Sicherheitsleistung (§ 2128 BGB).
- (6) Daneben eröffnen auch die §§ 2129, 1052 BGB sowie das Haftungsregime der §§ 2131-2135 BGB umfangreiches Streitpotenzial.

Hinzukommt, dass die hier Beteiligten (Überlebender Ehegatte bzw. sonstige gesetzliche Erben des Vaters auf der einen und das nichteheliche Kind auf der anderen Seite), von denen anzunehmen ist, dass sie sich gerade in der hier vom Gesetz vorgesehenen Konstellationen ein Leben lang aus dem Weg gegangen sind, in eine höchst problematische und streitanfällige Dauerrechtsbeziehung gezwungen werden. Möglicherweise handelt es sich bei einem Gutteil der betroffenen Nichtehelichen um Kinder, die von Angehörigen der deutschen Wehrmacht im Ausland gezeugt wurden, bzw. um deren Nachkommen.

Auch wenn der Gesetzgeber die Witwe des Erblassers schützen will, kann die starke rechtliche Bindung mit ihren komplexen (auch wirtschaftlichen) Strukturen dazu führen, dass die ältere Dame durch die – ggf. mit anwaltlicher Hilfe – durchgesetzten Rechte des Nacherben schwer beeinträchtigt wird (von den nicht quantifizierbaren seelischen Beeinträchtigungen durch den zwangsweisen Austausch von Informationen zwischen Witwe und nichtehelichem Kind einmal ganz abgesehen). Der „Lästigkeitswert“ der Nacherbschaft hängt hierbei insbesondere nicht von der Erbquote des Nacherben ab. Lediglich der Verweis, dass die Erben abweichende Regelungen treffen können, löst dieses Problem nicht, da dazu sowohl Vor- als auch Nacherbe bereit sein müssen. Der Vorerbe hat von sich aus kein Ablösungsrecht und ist auf die Zustimmung des Nacherben angewiesen, die sich dieser im Zweifel "teuer erkaufen lassen wird".

Schließlich wird das Vertrauen des Erblassers in die möglichst ungetrübte Erbenstellung seiner sonstigen Kinder durch die Vor- und Nacherbschaft nicht angemessen geschützt. Vielmehr kann sich nach dem Ableben der Witwe noch eine möglicherweise streitige Abwicklung des Vermögensübergangs zwischen Vor- und Nacherben und eine ebenfalls streitige Erbaueinandersetzung anschließen.

2. Geldvermächtnis als Alternative

Der Deutsche Notarverein schlägt daher statt der gesetzlichen Vor- und Nacherbschaft ein gesetzliches Geldvermächtnis in Höhe des rechnerischen Erbteils vor, kombiniert mit einer großzügigen Stundungsregelung, bei der die Besonderheiten des Einzelfalls angemessen berücksichtigt werden können.

Das Geldvermächtnis hätte für das nichteheliche Kind im Vergleich zur Nacherbschaft zum einen den Vorteil, dass dieses sofort nach dem Erbfall zumindest wertmäßig am Nachlass beteiligt wird. Insoweit würde das Vertrauen des Erblassers in die bisherige gesetzliche Regelung aufgrund des Urteils des EGMR erschüttert. Besondere Belastungen könnten allerdings im Einzelfall über die nachfolgend vorgeschlagene Stundungsregelung abgedeckt werden.

Zum anderen vermeidet diese Lösung eine Erbaueinandersetzung. Denn im Interesse des Erblassers wird vor allem eine konfliktfreie Verteilung der Erbschaft liegen. Die Erfahrung der Notare zeigt beispielsweise, dass dem Erblasser regelmäßig wichtig ist, dass seine Wohnimmobilie in einer möglichst kleinen Erbengemeinschaft, bestehend aus der Witwe und/oder den gemeinsamen Kindern verbleibt, um das Risiko einer drohenden Teilungsversteigerung aufgrund der engen persönlichen Beziehungen der Miterben möglichst gering zu halten. Zumindest in diesem Vertrauen auf die bisherige Regelung kann und sollte man den Erblasser schützen, zumal davon auszugehen ist, dass durch die Beteiligung der bislang nicht erbberechtigten nichtehelichen Kinder ein nicht unerhebliches Streitpotential in die Erbengemeinschaften eingebracht wird. Das Interesse des nichtehelichen Kindes an einer

Mitsprache in der Erbengemeinschaft kann demgegenüber zurücktreten – und zwar nicht nur bei einer Erbengemeinschaft mit der länger lebenden Witwe, sondern auch bei einer mit weiteren erbberechtigten Kindern.

Das Geldvermächtnis hat damit zwar den Charakter eines Erbersatzanspruches, der in früheren Gesetzesvorhaben aufgrund der Ungleichbehandlung der nichtehelichen zu ehelichen Kindern nicht weiter verfolgt wurde. Im konkreten Gesetzentwurf halten wir dies aber für verfassungsrechtlich gerechtfertigt, da die Besonderheit auf dem besonderen Vertrauensschutz der nun (hoch-)betagten Väter und ihrer (sonstigen) Hinterbliebenen liegt.

Schließlich hätte die Vermächtnislösung den Vorteil, dass die Erbfolgen, die zwischen dem 29. Mai 2009 und der Verkündung des Gesetzes eingetreten sind, durch das Hinzutreten des nichtehelichen Kindes nicht mehr verändert würden. Die erteilten Erbscheine blieben gültig und müssten nicht eingezogen werden. Dies dient der Gerichtsentlastung und der Rechtssicherheit.

Aufgrund der sofortigen wertmäßigen Beteiligung des Kindes am Nachlass sollte das Geldvermächtnis mit einer großzügigen und praktikablen Stundungsregelung verknüpft werden. Mit dieser kann im Einzelfall – also nicht im typisierten Fall jeder Ehegattenerbfolge – das Vertrauen des Erblassers in den ungestörten Genuss der Witwe wie aber auch möglicher anderer Erbberechtigter an den existenzsichernden Nachlassgütern geschützt werden. Als Vorbild für diese Stundung bietet sich der § 1382 BGB an, der bewusst weiter gefasst ist als § 2331a BGB. Diese Differenzierung ist gerechtfertigt, da das nichteheliche Kind nicht nur seinen verfassungsrechtlich geschützten Pflichtteil als Mindestanspruch, sondern eine volle wertmäßige Erbberechtigung in Form des Geldvermächtnisses erhält.

Art 12 § 10 Abs. 2 und 3 NEheIG n.F. könnte demnach wie folgt lauten:

"(2) Würde ein vor dem 1. Juli 1949 geborenes nichteheliches Kind, dem bis zum 29. Mai 2009 kein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater zustand, aufgrund gesetzlicher Erbfolge Miterbe neben der Ehefrau oder dem Lebenspartner des Vaters oder neben weiteren erbberechtigten Abkömmlingen des Vaters, bleibt es von der Erbfolge ausgeschlossen und erhält ein Geldvermächtnis in Höhe des Wertes des gesetzlichen Erbteils, wie wenn es Miterbe geworden wäre. Für dieses Geldvermächtnis gelten die Bestimmungen der §§ 2311 bis 2317 BGB entsprechend. Im Verhältnis mehrerer Miterben untereinander trägt das Vermächtnis der Erbe, dem der Ausschluss des vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kindes zu Gute kommt.

(3) Der Erbe kann die Stundung des Geldvermächtnisses verlangen, soweit die Erfüllung des Anspruchs auch unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers zur Unzeit erfolgen würde, insbesondere wenn sie die Wohnverhältnisse oder sonstigen Lebensverhältnisse des Erben nachhaltig verschlechtern würde. § 2331a Abs. 2 BGB gilt entsprechend."

Alternativ wäre – bei grundsätzlicher Beibehaltung der Vor- und Nacherbfolge – ein Recht auf Übernahme des Nacherbteils durch den Vorerben gegen Ersatz des auf den Zeitpunkt der Ausübung dieses Rechts abgezinsten Werts der Nacherbschaft denkbar (Ersetzungsbezugnis). Falls der Gesetzgeber dieser Überlegung nähertreten will, wird ein entsprechender Formulierungsvorschlag gerne nachgereicht.

II. Ausgleichung und Pflichtteilsanrechnung

Es ist anzunehmen, dass in einigen Fällen der Vater sein nichteheliches Kind durch Zuwendungen, die über Gelegenheitsgeschenke und Unterhalt hinaus gingen, unterstützt hat. Diese Geschenke können gerade im Hinblick auf das fehlende Erbrecht vom Vater gemacht worden sein, um einen gewissen Ausgleich zwischen den Angehörigen herbeizuführen. Eine Ausgleichsbestimmung nach § 2050 Abs. 3 BGB oder eine Anrechnungsbestimmung nach § 2315 BGB wird in diesen Fällen aber praktisch nie erfolgt sein, da das nichteheliche Kind weder erb- noch pflichtteilsberechtigt war. Sie war auch nach damaliger Rechtslage nicht veranlasst.

Die Neuregelung führt nun dazu, dass das nichteheliche Kind seinen gesetzlichen Erbeil oder zumindest seinen Pflichtteil erhält, ohne frühere Zuwendungen ausgleichen bzw. anrechnen lassen zu müssen. Der Vater kann dies auch nicht mehr durch eine letztwillige Verfügung nachholen. Es erscheint daher gerechtfertigt, dass der Gesetzentwurf eine Ausgleichs- bzw. Anrechnungsbestimmung entsprechend dem Gedanken des § 1380 BGB fingiert. Anderenfalls läge zu Lasten der Verlässlichkeit der Rechtsordnung ein verfassungsrechtlich problematischer Eingriff in abgeschlossene Sachverhalte (Rückbewirkung von Rechtsfolgen bzw. echte Rückwirkung) vor.

Der Deutsche Notarverein schlägt deshalb vor, Art. 12 § 10 NEheG n.F. um folgenden weiteren Absatz 4 zu ergänzen:

"(4) Hat der Vater seinem vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kind, dem bis zum 29. Mai 2009 kein gesetzliches Erbrecht zustand, Zuwendungen gemacht, die den Wert üblicher Gelegenheitsgeschenke übersteigen, gilt die Anordnung zur Ausgleichung nach § 2050 Abs. 3 BGB als erteilt, sofern kein abweichender Wille des Erblassers feststellbar ist. Das Gleiche gilt für die Bestimmung zur Anrechnung nach § 2315 BGB."

III. Ausschluss der Wirkung des § 2079 BGB

Durch die Einbeziehung der nichtehelichen Kinder in den Kreis der erbberechtigten Abkömmlinge findet § 2079 Satz 1 BGB Anwendung. Man wird zwar in den meisten Fällen davon ausgehen, dass der Erblasser seine Verfügung im Sinne des Satzes 2 unverändert aufrechterhalten wollte. Es können damit aber Unsicherheiten und Streitigkeiten verbunden

sein, so dass man die Anfechtung durch den nichtehelichen Abkömmling nach § 2079 Satz 1 BGB für diese Fälle generell ausschließen sollte.

Der Deutsche Notarverein schlägt deshalb vor, Art. 12 § 10 NEheG n.F. um folgenden weiteren Absatz 5 zu ergänzen:

"(5) Ein vor dem 1. Juli 1949 geborenes nichteheliches Kind, dem bis zum 29. Mai 2009 kein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater zustand, kann dessen letztwillige Verfügungen, die vor diesem Zeitpunkt errichtet wurden, nicht nach § 2079 BGB anfechten."

An diesen Absatz 5 würden sich dann die derzeitigen Absätze 2 und 3 als neue Absätze 6 und 7 anschließen.

IV. Verhältnis zu § 2306 Absatz 2 BGB

Sollte der Gesetzgeber an dem derzeitigen Modell einer „gesetzlichen Vor- und Nacherbschaft“ festhalten, regt der Deutsche Notarverein an, zumindest in der Gesetzesbegründung einen klarstellenden Hinweis dazu aufzunehmen,

- a) ob auch in dieser Konstellation für den Nacherben § 2306 Absatz 2 BGB anwendbar ist, und bejahendenfalls,
- b) wie sich in diesem Fall der von dem nichtehelichen Kind geltend zu machende Pflichtteil berechnet.

Für ergänzende Erläuterungen zu unseren Vorschlägen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius