

Berlin, März 2011  
Stellungnahme Nr. 11/11  
abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Ergänzende Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Erbrechtausschuss**

zum

**Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung  
nichtehelicher Kinder (BT-Drs. 17/3305)**

**(jetziger Titel: Zweites Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher  
Kinder, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung)**

**(in Ergänzung zur Stellungnahme Nr. 18/2010 zum Referentenentwurf)**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Frieser (Vorsitzender)  
Rechtsanwältin Dr. Stephanie Herzog  
Rechtsanwalt Dr. Daniel Lehmann  
Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Richard Lindner (Berichterstatter)  
Rechtsanwalt Dr. Christian von Oertzen  
Rechtsanwalt und Notar Dr. Hubertus Rohlfing  
Rechtsanwalt Dr. Stephan Scherer

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Christine Martin

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Deutscher Bundestag, Rechtspolitische Sprecher der Fraktionen
- Deutscher Bundestag, Vorsitzender des Rechtsausschusses
- Deutscher Bundestag, Vorsitzende des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
- Deutscher Bundesrat, Vorsitzender des Rechtsausschusses
- Deutscher Bundesrat, Vorsitzende des Ausschusses für Familie und Senioren
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Deutsches Forum für Erbrecht e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Redaktionen der NJW, ZEV, ZErB, ErbR, FamRZ

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 68.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

Der DAV begrüßt die Absicht, nichteheliche und eheliche Kinder rechtlich grundsätzlich gleichzustellen. Er begrüßt daher, dass der Regierungsentwurf die aus der Praxis kommende Anregung aufgenommen hat, die betroffenen nichtehelichen Kinder für Erbfälle ab dem 29.05.2009 uneingeschränkt den anderen Abkömmlingen gleichzustellen.

### **I. Zu Art. 1 Nr. 2 (§ 10 Abs. 2 NEhelG n.F.)**

Er befürchtet aber weiterhin, dass die Beschränkung der Gleichstellung auf die vor dem 1. Juli 1949 geborenen nichtehelichen Kinder selbst in den Fällen, in denen Vater, Mutter und Kind beim Erbfall bereits verstorben waren, einer Überprüfung am Maßstab des Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK nicht standhalten wird.

§ 10 Abs. 2 NEhelG n.F. diskriminiert einerseits die nachrückenden Verwandten eines nichtehelichen Kindes gegenüber gleichrangigen oder ferner stehenden Verwandten des Vaters. Andererseits werden danach die nachrückenden Verwandten eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes gegenüber den nachrückenden Verwandten eines später geborenen, aber ebenfalls vorverstorbenen nichtehelichen Kindes benachteiligt. Zwingende Gründe, die diese Diskriminierungen rechtfertigen könnten – beispielsweise den Ausschluss der Kinder eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes gegenüber dem Kind eines anderen nichtehelichen Abkömmlings des Vaters vom Erbe – sind nicht ersichtlich.

Der Ausschluss kann insbesondere nicht damit gerechtfertigt werden, dass in den genannten Fällen keine persönlichen Bindungen zwischen dem Erblasser und den nachrückenden Verwandten bestanden hätten und deshalb der Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK nicht eröffnet sei. Dies ist schon tatsächlich nicht auszuschließen. Die vorgesehene Beschränkung sieht keine Ausnahme für Fälle vor, in denen eine persönliche Beziehung bestanden hat. Hierfür dürfte es genügen, wenn der Vater das Kind anerkennt und Unterhaltszahlungen erbracht hat. Fraglich ist aber auch, ob der Ausschluss der nachrückenden Verwandten noch vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 5 GG Bestand haben kann, wenn ansonsten eine völlige Gleichstellung nicht nur angestrebt wird, sondern zumindest völkerrechtlich sogar geboten ist.

### **II. Erbfälle vor dem 29.5.2009**

1. Angesichts des weitgehenden gesellschaftlichen Konsenses, der heute hinsichtlich der Gleichbehandlung nichtehelicher Kinder herrscht, sollte zudem überdacht werden, ob und inwieweit eine rückwirkende Angleichung der Rechtsstellung der vor dem 1.7.1949 Geborenen möglich ist. Damit würde zugleich der Rechtsprechung des EGMR entsprochen. Er begründete seine Entscheidung damit, dass die für eine Ungleichbehandlung angeführten Argumente heute nicht mehr gelten. Spätestens mit Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes am 1.4.1998 war der Prozess, der zu ihrer rechtlichen Gleichstellung führen sollte, abgeschlossen. Auch die praktischen Schwierigkeiten der Vaterschaftsfeststellung sind heute dank moderner Nachweismethoden vernachlässigbar gering. Dementsprechend hat der EGMR die Konventionswidrigkeit für einen Altfall festgestellt. Es ist daher zu befürchten, dass er dies für vergleichbare Altfälle wiederholt. Um auch dem Geist der Konvention

gerecht zu werden, sollte daher ausgelotet werden, wie unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes der Erben eine rückwirkende Beteiligung der Betroffenen für Erbfälle ab dem 1.4.1998 erreicht werden kann.

2. Der DAV wiederholt deshalb seine Anregung, den nichtehelichen Kindern für Erbfälle ab dem 1.4.1998 einen Anspruch einzuräumen, der ihrem Pflichtteilsanspruch entspricht.

Dadurch wird ihm die auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich garantierte Mindestbeteiligung am Nachlass gewährt. Diese Garantie wurde vom Bundesverfassungsgericht insbesondere mit Blick auf die nichtehelichen Kinder des Vaters herausgearbeitet (BVerfG NJW 2005, 1561, 1564, unter C.I.3.d der Gründe). Vor dem Hintergrund dieses verfassungsrechtlichen Schutzes erscheint auch eine teilweise Durchbrechung des Rückwirkungsverbotes gerechtfertigt. Dabei greift die Einführung eines Zahlungsanspruches nicht unmittelbar in die Inhaberschaft der Erben am Nachlass ein. Sie werden nur mit einem Zahlungsanspruch in Höhe eines Bruchteils des Nachlasswertes belastet.

Mit der Gewährung dieser Mindestbeteiligung wird auch nicht rückwirkend in die Testierfreiheit des Erblassers eingegriffen. Es wird lediglich die Rechtslage geschaffen, die aus der Sicht der EMRK spätestens 1998 hätte hergestellt werden müssen. Da er aber mit Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes den Pflichtteilsanspruch des nichtehelichen Kindes nicht mehr ausschließen konnte, geht die vorgeschlagene Beschränkung durch Einführung eines gesetzlichen, dem Pflichtteilsanspruch nachgebildeten Zahlungsanspruches nicht über die von der Verfassung ohnehin geforderte Einschränkung seiner Testierfreiheit hinaus.

Gleichzeitig wird mit dieser Lösung dem regelmäßigen Willen des Erblassers entsprochen, jedenfalls den ihm bekannten nichtehelichen Abkömmling erbrechtlich nicht zu bedenken. War dessen Existenz bekannt, hätte der Erblasser durch letztwillige Verfügung oder eine Gleichstellungsvereinbarung gem. Art. 12 § 10a NEheG letztwillige Zuwendungen an diesen sicherstellen können. Hat er dies unterlassen, spricht dies dafür, dass er ihn nicht bedenken wollte. Das nichteheliche Kind wäre mithin – ein gesetzliches Erbrecht als Abkömmling unterstellt – auf den unentziehbaren Pflichtteil gesetzt worden.

War seine Existenz dem Erblasser und dessen Familie bis zum Erbfall unbekannt geblieben, ist aufgrund des gänzlichen Fehlens einer familiären Nähebeziehung ebenfalls nicht davon auszugehen, dass dieser ihn bedacht hätte. Auch insoweit erscheint die Pflichtteilslösung daher angemessen. Denn das nichteheliche Kind erhält sein gesetzliches Erbrecht und seinen Pflichtteilsanspruch grundsätzlich unabhängig vom tatsächlichen Bestehen einer solchen Nähebeziehung (BVerfG NJW 2005, 1561, 1564, 1565).

Ein Vertrauensschutz wäre allenfalls noch insoweit zu gewähren, als die Erben im Vertrauen auf die fehlende Belastung des Nachlasses mit einem Pflichtteilsanspruch darüber wertauschöpfend verfügt haben. Dies wird aber bereits dadurch gewährleistet, dass ihnen auch ohne die einschränkenden Voraussetzungen des § 1990 BGB die Dürftigkeitseinrede gegeben wird und sie so ihre Haftung auf den noch vorhandenen Nachlass beschränken können.

Andere Gründe, die den fortbestehenden Ausschluss der betroffenen nichtehelichen Kinder rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Namentlich sind die Erben nicht davor zu schützen, dass sie den Ansprüchen eines für sie fremden Abkömmlings des Vaters ausgesetzt sind. Diese Belastung unterscheidet sich nicht von den Belastungen, die durch die Pflichtteilsberechtigung der nichtehelichen Kinder oder der Kinder aus früheren Beziehungen entstehen, die die Erben als störende, ihrer Familie fremde Eindringlinge betrachten. Wenig überzeugend ist auch der Hinweis, in manchen Fällen sei der Nachlass zwischenzeitlich aufgebraucht und gingen die nichtehelichen Kinder daher ohnehin leer aus. Diese Überlegung rechtfertigt nicht ihren Ausschluss in den Fällen, in denen noch werthaltiger Nachlass vorhanden ist.

Im Gegenteil: Wird die Korrektur auf Erbfälle beschränkt, die nach dem 29.5.2009 eintreten, bliebe angesichts der Altersstruktur der Beteiligten ein großer, möglicherweise sogar der überwiegende Teil weiterhin vom Erbe ihres Vaters ausgeschlossen. Die ausgeschlossenen nichtehelichen Kinder waren am 1.4.1998 mindestens 48 Jahre alt; am 29.5.2009 waren sie mindestens 60 Jahre. Ihre Väter dürften mithin am 1.4.1998 68 Jahre und älter gewesen sein; bei Erbfällen nach dem 29.5.2009 waren sie 80 Jahre und älter. Bei einer durchschnittlichen Lebenserwartung vor 1930 geborener Männer von ca. 60 Jahren dürfte daher der überwiegende Teil der Erbfälle vor dem 29.5.2009 gelegen haben.

3. In Fällen, in denen wie in der Entscheidung des EGMR die Erben selbst nicht zu dem Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörten, sondern dem Erblasser fernstanden, wäre sogar daran zu denken, dem nichtehelichen Kind rückwirkend ein gesetzliches Erbrecht einzuräumen.

Mangels eines Näheverhältnisses zum Erblasser erschien deren erbrechtlicher Erwerb letztlich zufällig. Sie konnten auch nicht sicher ausschließen, dass doch noch ein näherstehender gesetzlicher Erbe gefunden wird. In diesen Fällen ist es daher durchaus vertretbar, sie wie Scheinerben zu behandeln, die gemäß §§ 2018 ff BGB verpflichtet sind, das Erbe an den tatsächlichen Erben herauszugeben. Dabei ist die Herausgabepflicht auf das beschränkt, was vom Nachlass noch vorhanden ist, § 2021 BGB.

Erst recht gilt dies im Verhältnis zum Fiskus als Erben. Er darf nicht von einer konventionswidrigen Gesetzeslage profitieren.