

**Kurz-Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung für ein  
Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts  
– Bundestagsdrucksache 16/8954 –**

vorgelegt

zur Anhörung am 8. Oktober 2008  
vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages

von

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer

Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und  
Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg

Die Aufforderung zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme ist mir so kurzfristig zugegangen, dass keine umfassende Prüfung des Gesetzentwurfs möglich war. Die nachfolgende Stellungnahme muss sich daher auf einige Grundzüge sowie im bisherigen Gesetzgebungsverfahren kontroverse Aspekte beschränken. Mit dieser Maßgabe nehme ich wie folgt Stellung:

1. Der Entwurf enthält neben einer Fülle von technischen Änderungen einige vorsichtige Erweiterungen der Testierfreiheit, lässt aber insbesondere das Pflichtteilsrecht grundsätzlich unangetastet. Diese Linie verfolgt der Entwurf auch, soweit es um Änderungen im Recht der Pflichtteilsentziehung geht. Das entspricht, ebenfalls im Grundsatz, den Maßgaben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach jedenfalls die zwingende Beteiligung der Kinder am Nachlass durch die Garantie des Eigentums- und Erbrechts wie durch den grundgesetzlichen Schutz der Familie verfassungsrechtlich verbürgt ist.

Gleichwohl bestehen auch unter der Berücksichtigung dieser Verbürgungen Regelungsspielräume des Gesetzgebers. Diese betreffen etwa die Frage, ob das Pflichtteilsrecht als echtes Erbrecht, wie in etwa in Frankreich, oder als bloßer Zahlungsanspruch wie in Deutschland ausgestaltet wird. Allerdings hat der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung der quotalen Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts und der Entziehungsgründe gewisse Spielräume.

2. Im Spannungsverhältnis zwischen privatautonomer Testierfreiheit und Weitergabe des Vermögens in der Familie wählt das deutsche Pflichtteilsrecht, auch im Vergleich zur

stärkeren Stellung der Familie in den romanischen Ländern und der weitergehenden Testierfreiheit des anglo-amerikanischen Rechts, einen Mittelweg. Die wesentliche rechtspolitische Entscheidung des Entwurfs besteht darin, hieran festzuhalten.

Die gutachterliche Befassung des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht der Universität Heidelberg im Rahmen von Gutachten zu ausländischen Erbrechtsordnungen im Auftrag deutscher Gerichte ergibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass mit anderen Systemen des Pflichtteilsrechts ein wesentlicher Gerechtigkeitsgewinn erzielt werden könnte. Die rechtsvergleichende Erfahrung zeigt vor allem, dass Ausweitungen der Testierfreiheit typischerweise die letzte Ehefrau und deren Kinder auf Kosten von Kindern aus früheren Ehen begünstigen.

3. Wie schon die Gesetzesbegründung erkennen lässt, ist die Begünstigung pflegender gesetzlicher Erben durch § 2057 b BGB problematisch.

a) Rechtspolitisch lautet ein Kernproblem:

Mit jeder Schaffung gesetzlicher Ausgleichsansprüche für Pflegeleistungen in der Familie ist eine Verrechtlichung eines weiteren Bereichs der persönlichen Sphäre verbunden. Das hat zwar auch nachteilige Folgeerscheinungen (z.B. Streitigkeiten mit Beweisaufnahmen über Notwendigkeit und Umfang der Pflege bis hinein in den Intimbereich). Das Gesetz hat sich aber bereits mit § 2057a BGB dafür entschieden, dies wegen der erheblichen und zukünftig noch steigenden Bedeutung der familiären Pflege hinzunehmen. Das ist im Rahmen einer Abwägung zumindest gut vertretbar.

Allerdings ist zu überlegen, ob innerfamiliären Rechtsstreitigkeiten der angedeuteten Art noch weiter vorgebeugt werden kann. Es kommt beispielsweise in Betracht, die typisierende Anknüpfung an § 36 Abs. 3 SGB XI bei der Bemessung des Ausgleichsanspruchs und die Bedeutung der bereits erfolgten Zuordnung zu einer Pflegestufe zu verstärken. Hierzu könnte man § 2057b Abs. 3 BGB-E wie folgt formulieren:

*Bei der Bemessung des Ausgleichbetrags sind die Regelsätze des § 36 Abs. 3 SGB XI zugrunde zu legen, soweit dies nicht grob unbillig ist.*

*War der Erblasser einer Pflegestufe im Sinne des § 15 SGB XI zugeordnet, so ist diese Zuordnung zugrunde zu legen.*

Eine etwas offenere Alternative zum letztgenannten Punkt würde lauten:

*War der Erblasser einer Pflegestufe im Sinne des § 15 SGB XI zugeordnet, so ist diese Zuordnung zugrunde zu legen, soweit sie nicht offensichtlich unrichtig war.*

#### b) Beschränkung des Personenkreises

Hält man Pflegeleistungen für grundsätzlich ausgleichspflichtig, so bedürfen Beschränkungen des berechtigten Personenkreises einer besonderen Rechtfertigung.

Der Entwurf nennt lediglich „gesetzliche Erben“ als mögliche Begünstigte, um den Kreis der Begünstigten gegenüber dem jetzigen § 2057a BGB zu erweitern. Zum Verständnis des Entwurfs ist zunächst zu beachten: Das BGB bezeichnet (in den

§§ 1935, 1948, 1964 Abs. 2, 1966, 2011 BGB und öfter) nur diejenigen als „gesetzliche Erben“, die zum Zeitpunkt des Erbfalls auch gesetzlich als Erbe berufen sind. Hiervon geht auch die Begründung aus, wenn sie als Beispiel die pflegende Schwester eines kinderlosen Ehepaars nennt (vgl. BT-Drs. 16/8954, S. 17). Damit sind etwa pflegende Enkelkinder auch zukünftig ausgeschlossen, weil und solange nicht sie, sondern die Eltern als gesetzliche Erben berufen sind (§ 1924 Abs. 2 BGB).

Für einen Ausschluss des Anspruchs bestimmter Personen kommen lediglich zwei Gründe in Betracht: Einmal kann es darum gehen, den Kreis der Erbengemeinschaft nicht zu erweitern. Zum anderen muss auch die Testierfreiheit gewahrt werden. Beides steht jedoch einer Ausweitung des Personenkreises nicht entgegen.

aa) Mit beiden Zielen ist es vereinbar, die Beschränkung auf *gesetzliche* Erben fallen zu lassen und gewillkürte Erben einzubeziehen. Die Erbengemeinschaft wird durch Erstreckung der Vorschrift auf gewillkürte Erben nicht erweitert. Wen der Erblasser in welchem Umfang als gewillkürten Erben einsetzt, hat er zudem selbst in der Hand.

Allerdings ist zu beachten, dass bei der Erbeinsetzung eines Pflegenden schon die Erbeinsetzung selbst nach der Vorstellung des Erblassers selbst eine angemessene Remuneration des Pflegenden umfasst.

Vorschläge zu § 2057b BGB-E:

*Das Merkmal „gesetzlich“ in der Überschrift des § 2057b BGB-E wird gestrichen.*

§ 2057b BGB-E wird folgender Absatz 3 beigefügt:

*Absatz 1 und 2 gelten für Erben, die durch letztwillige Verfügung eingesetzt wurden, entsprechend, soweit sich nicht aus der letztwilligen Verfügung ergibt, dass die Pflegeleistung bereits mit der Erbeinsetzung vergolten sein soll.*

bb) Ein gesetzliches Vermächtnis, das die Entwurfsbegründung mit Recht für Nichterben in Erwägung zieht, verwirft der Entwurf im Ergebnis, weil darin eine Beschränkung der Testierfreiheit liege. Das trifft indessen nur zu, wenn es sich um ein nicht-dispositives (nicht entziehbares) gesetzliches Vermächtnis handelt, nicht jedoch, wenn der Erblasser das gesetzliche Vermächtnis frei entziehen kann. Gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage ist ein solches entziehbares Vermächtnis aber allemal vorzugswürdig, weil es besser dem Grundgedanken der Ausgleichspflicht für Pflegeleistungen entspricht. Das Vermächtnis sollte auch deshalb entziehbar sein, weil Dispositivität im Grundsatz (abgesehen vom Fall der Pflichtteilsberechtigung) auch für den erhöhten Erbteil nach § 2057b BGB besteht und weil nicht ausgeschlossen werden sollte, dass sich die Beteiligten darüber einig sind, sowohl zu Lebzeiten als auch nach dem Tod des Erblassers keine weitere Ausgleichung vorzunehmen. Ebenso sollte nicht ausgeschlossen werden, dass der Erblasser die vorgesehene Remuneration ausschließlich in Form einer Einsetzung als Erbe vornimmt.

Allerdings sollte das gesetzliche Vermächtnis auf Personen beschränkt werden, die mit dem Erblasser verwandt oder verschwägert sind oder in häuslicher Gemeinschaft leben, weil

in allen anderen Fällen davon auszugehen ist, dass die Parteien die Vergütungsfrage geklärt haben.

Vorschlag:

*In den § 2047 ff. (etwa als § 2050a BGB) wird ein dispositives gesetzliches Vermächtnis für nicht schon zu Lebzeiten vergütete Pflegeleistungen von Verwandten, Verschwägerten oder mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft Lebender Personen geschaffen.*

4. Der Tatbestand für die Pflichtteilsentziehung ist vergleichsweise eher vorsichtig gefasst. Grundsätzlich Zustimmung verdient der Ansatz, die Pflichtteilsentziehung bei einer rechtskräftigen Verurteilung wegen einer Straftat zu ermöglichen. Welche Schwelle hier anzusetzen ist, wird nur insoweit von der Verfassung vorgegeben, als es sich um Umstände handeln muss, die ihrem Gewicht nach über eine bloße Störung der familiären Beziehung, wie sie der bloßen Enterbung üblicherweise zugrunde liegt, hinausgeht. Hier wird man einerseits erwägen können, dass eine nicht mehr zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe oft erst in Fällen verhängt wird, in denen ein Täter bereits eine beachtliche „kriminelle Karriere“ hinter sich gebracht hat. Insofern ist der Gesetzentwurf der Bundesregierung recht eng gefasst. Eine Erstreckung auf Fälle der Verwirkung einer einjährigen Freiheitsstrafe, die zur Bewährung ausgesetzt wurde, wie dies der Bundesrat vorschlägt, erscheint andererseits zu weit gefasst: Hierunter kann auch ein einmaliger Fehltritt mit günstiger Sozialprognose fallen.

Prüfungsvorschlag:

Ein Weg könnte in einer Ergänzung von § 2333 BGB-E um den weiteren Tatbestand einer dreimaligen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe liegen.

5. An der Regelung der §§ 2050 Abs. 4 und 2053 Abs. 1 Satz 2 BGB-E sollte trotz der erwägenswerten Bedenken des Bundesrates festgehalten werden. Der Erblasser kann diese Fragen damit durch Testament oder durch Erbvertrag mit dem Empfänger der Zuwendung regeln. Die Geltung der für die ursprüngliche Zuwendung maßgebenden Form (Prüfungsbitte des BR, BT-Drs. 16/8954, S. 31) würde im Falle der Handschenkung beweglicher Sachen zu einer vollständigen Formfreiheit solcher Anordnungen führen. Das wird man aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnen müssen.

6. Die Frage, ob die Sonderregelung für Ehegatten in § 2325 BGB auch für eingetragene Lebenspartner gilt, ist bislang, soweit ersichtlich, gerichtlich noch nicht entschieden worden. Das Schrifttum geht überwiegend von einer Anwendbarkeit aus; allerdings herrscht keine vollständige Klarheit, weil die Verweisung in § 10 Abs. 6 LPartG auf das Pflichtteilsrecht insofern nicht ganz eindeutig formuliert.

Soweit man an der Sonderregel für Ehegatten festhält, wird es ausreichen, wenn der Bericht des Rechtsausschusses erkennen lässt, die Änderung des § 2325 BGB auf der Annahme beruht, dass die Vorschrift auch auf eingetragene Lebenspartner angewandt wird.

Zu bedenken sind die Überlegungen des Bundesrates aber möglicherweise insofern, als bei Ehegatten auch Vorgänge ausgleichspflichtig sein können, die mehr als dreißig Jahre zurück liegen. Die Rückverfolgung derart lange zurück

liegender Vorgänge will das Gesetz, wie etwa die dreißigjährigen Höchstfristen des Verjährungsrechts zeigen, in aller Regel vermeiden. Wenn man das Anliegen des Bundesrates aufgreifen will, kommt hierfür die Einführung einer ergänzenden Höchstfrist von dreißig Jahren in Betracht.

## 7. Erbrecht des Fiskus

Die Regelungen leuchten grundsätzlich ein.

Korrekturbedarf besteht möglicherweise im Internationalen Privatrecht: Rechtspolitisch ist es nicht einzusehen, warum bei Erblassern, deren Rechtsnachfolge von Todes wegen ausländischem Recht unterliegt, im Falle des Fehlens sonstiger Erben, der ausländische Fiskus erben soll. Zumindest bei inländischen Grundstücksrechten könnte man für erbenlose Nachlässe eine Sonderanknüpfung zugunsten eines Noterbrechts des deutschen Fiskus erwägen.

Umgekehrt wird nämlich bei erbenlosen Nachlässen deutscher Erblasser im Hinblick auf ausländische Grundstücke das Erbrecht des deutschen Fiskus im großen Umfang durch die Anwendung ausländischen Rechts verdrängt, weil in vielen Rechtsordnungen unbeweglicher Nachlass nach dem Belegenheitsprinzip vererbt wird (durchweg im anglo-amerikanischen Rechtskreis, Frankreich, Belgien u.a.).

Prüfungsvorschlag:

Das subsidiäre Erbrecht des Fiskus (Belegenheitslandes) wird im Wege der kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung auf alle erbenlosen Grundstücke ausländischer Erblasser erstreckt, die in Deutschland belegen sind.

Heidelberg, den 1. 10. 2008

Prof. Dr. Thomas Pfeiffer