

Aufsätze

Die Pflichtteilsentziehung im Lichte der neueren Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht¹

— Dr. Stephanie Herzog, Rechtsanwältin, Würselen²

I. Einstimmung

Unser Erbrecht verbindet zwei Prinzipien miteinander: das der Testierfreiheit und das des Familienerbrechts. Letzteres ist gem. § 1937 BGB subsidiär. Der Erblasser kann seine nächsten Verwandten oder seinen Ehegatten ohne Angabe von Gründen enterben. Seine Testierfreiheit wird aber durch das Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen beschränkt. Dieser grundsätzlich unentziehbare schuldrechtliche Anspruch auf Teilhabe am Vermögen des Erblassers stellt nach seiner historischen Entwicklung einen Ausgleich zwischen Familienerbrecht und Testierfreiheit dar. Ist dieser Ausgleich im Einzelfall unangemessen, bietet das Pflichtteilsentziehungsrecht eine Korrekturmöglichkeit.

Die rechtspolitische Überzeugungskraft dieser gesetzlichen Konzeption ist in jüngerer Zeit zunehmend in die Kritik geraten. Dies gilt umso mehr, als Rechtsprechung und herrschende Lehre die §§ 2333 ff. BGB sehr einseitig „pro Pflichtteilsrecht“ ausgelegt haben. Schließlich wurde auch die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Regelung infrage gestellt.³ In der rechtspolitischen Diskussion um die Tragfähigkeit, die rechtsethische und die verfassungsrechtliche Legitimation des Pflichtteilsrechts sind inzwischen die Stimmen in der Überzahl, die sich für eine Reform des Pflichtteilsrechts aussprechen. Das Pflichtteilsrecht soll grundsätzlich beibehalten, aber zugunsten der Testierfreiheit eingeschränkt werden.⁴ Ein Ansatz besteht darin, die Pflichtteilsentziehungsgründe zu erweitern; inzwischen sind hierzu konkrete Reformvorschläge erarbeitet worden.⁵

In den Jahren 2004 und 2005 sind nunmehr zwei höchstinstanzliche Entscheidungen des BGH und des BVerfG zu Grundfragen des Pflichtteilsrechts ergangen.⁶ Der BGH klärt die für die Praxis sehr relevante Frage der Zulässigkeit einer Feststellungsklage eines Pflichtteilsberechtigten noch zu Lebzeiten des späteren Erblassers. Das BVerfG nimmt in einer mit Spannung erwarteten Entscheidung erstmalig zur Frage der Verfassungsmäßigkeit und der verfassungsmäßigen Garantie des Pflichtteilsrechts Stellung.

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit hierdurch der bisherige Standpunkt von Rechtsprechung und (wohl immer noch) herrschender Lehre bestätigt wird, wonach das Pflichtteils-

recht weitestgehenden Schutz und Vorrang vor der Testierfreiheit verdient. Außerdem soll aufgezeigt werden, inwiefern das BVerfG Reformbestrebungen im Pflichtteils(entziehungs-)recht einschränkt.

II. Die Entscheidung des BGH vom 10. März 2004 – generelles Feststellungsinteresse des Pflichtteilsberechtigten zu Lebzeiten des Erblassers

In dem jüngst vom BGH entschiedenen Sachverhalt begehrte der klagende Sohn Feststellung, dass sein Vater nicht berech-

¹ Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 10.3.2004 – Az. IV ZR 123/03 – abgedruckt in NJW 2004, 1874, und der BVerfG-Entscheidungen vom 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 – abgedruckt in NJW 2005, 1561.

² Die Autorin ist Partnerin der Rechtsanwaltskanzlei Peter&Partner in Würselen und hat bei Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln, zum Pflichtteilsentziehungsrecht promoviert.

³ Vgl. hierzu die Nachweise unter III. 1.

⁴ Dauner-Lieb, FF, 2000, 110; 2001, 78; Fuchs, JZ 2002, 785; Haas, ZEV 2000, 249; Henrich, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht, Schriften der juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 23, 2000, S. 5 ff.; H. Ch. Huber, Das Pflichtteilsrecht aus positivrechtlicher, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1999; Kick, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, S. 167; Klingelhöffer, ZEV 2002, 293; Langenfeld, NJW 1994, 2133; Leisner, NJW 2001, 126; Linker, Zur Neubestimmung der Ordnungsaufgaben im Erbrecht in rechtsvergleichender Sicht, 1999; Lipp, NJW 2002, 2201; Oechsler, AcP 200 (2000), S. 603; Schlüter, FS 50 Jahre BGH, S. 1047; Schiemann, ZEV 1995, 197; Strätz, FamRZ 1998, 1553; Werkmüller, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden Pflichtteilsrechts, 2002. Deutscher Anwaltstag in Berlin, abgedruckt in FF, Sonderheft 2000 mit Beiträgen von Kirchhof, S. 3 ff.; Diederichsen, S. 7 ff.; Dauner-Lieb, S. 16 ff.; Nave-Herz, S. 25 ff.; Arens, S. 30 ff.; Kilger, S. 40 ff.; Glockner, S. 46 ff.; Tagungsberichte des Rechtspolitischen Forums Erbrecht der Bundesnotarkammer vom 9.11.2000 in Berlin, abgedruckt in DNotZ 2001, 434 ff. mit Beiträgen von Henrich, S. 441 ff.; Strätz, S. 452 ff.; Dauner-Lieb, S. 460 ff.; Schröder, S. 465 ff.; Beschlüsse des 64. DJT in NJW 2002, 3073; Martiny, Gutachten A zum 64. DJT, 2002, Bd. 1 S. A 61 ff.; Tophoven, 49. DJT, S. K 101; Diskussionsbeiträge des Rechtspolitischen Forums Erbrecht der Bundesnotarkammer vom 9.11.2000 in Berlin, abgedruckt in: DNotZ 2001, 434, 440. Kritisch Otte, AcP 202 (2002), 317-362.

⁵ Lange, AcP 204 (2004), 805-831; St. Herzog, FF 2003, 19 ff.; dies., Verhandlungen des 64. DJT, 2002, Bd. II 2, S. L 762-780; Schlüter, FS 50 Jahre BGH, S. 1047, 1075. Gegen eine Erweiterung der Pflichtteilsentziehung Rauscher, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, 1993, Bd. II 2, S. 134.

⁶ S. Fn 1.

tigt gewesen sei, ihm den Pflichtteil wegen der in dessen notariellem Testament benannten Verfehlungen zu entziehen. Der Fall ist ein Beispiel für das in der Praxis bestehende starke Bedürfnis, schon zu Lebzeiten des künftigen Erblassers gerichtlich feststellen zu lassen, ob bestimmten nächsten Angehörigen ein Pflichtteilsanspruch zusteht.⁷ Vor allem das Interesse des künftigen Erblassers nach Gewissheit darüber, ob die von ihm vorgenommenen Verfügungen nach seinem Tode Wirksamkeit erlangen werden, erscheint im Rahmen einer sinnvollen Nachlassplanung verständlich. Wie der aktuell vom BGH entschiedene Fall zeigt, steigt aber auch das Interesse der potenziell Pflichtteilsberechtigten – in der Regel der Kinder des Erblassers – an der Feststellung, ob ihnen ein Pflichtteilsanspruch nach einer bestimmten Person – meist einer der Eltern – zusteht.

Schon früh hatte die Rechtsprechung *Pflichtteilsrecht* und *Pflichtteilsentziehungsrecht* als ein gegenwärtiges feststellungsfähiges Rechtsverhältnis⁸ anerkannt. Dem Erblasser wird ein berechtigtes Interesse an der Feststellung zugesprochen,⁹ wegen eines bestimmten Sachverhaltes ein *Pflichtteilsentziehungsrecht* gegenüber einem nächsten Angehörigen zu haben.¹⁰ Das begehrte Feststellungsurteil gibt allein Aufschluss darüber, ob der Pflichtteilsberechtigte einen der Tatbestände der §§ 2333–2335 BGB verwirklicht hat. Nicht hingegen soll der spätere Erblasser zu Lebzeiten bereits Feststellung verlangen können, dass der Erblasser den Pflichtteil wirksam entzogen hat, da diesbezüglich – etwa wegen §§ 2337, 2336 Abs. 4 BGB – noch keine endgültige Entscheidung getroffen werden kann.¹¹

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Feststellungsklage des Pflichtteilsberechtigten bestand Streit.¹² Der BGH hatte in der Vergangenheit zumindest *nach* Eintritt des Erbfalles eine (Zwischen-)Feststellungsklage gegenüber dem bereits verstorbenen Vater des Klägers für zulässig erachtet.¹³ Aus prozessökonomischen Gründen war in casu aber auch die Feststellungsklage gegenüber der noch lebenden Mutter zugelassen worden, welche dem Kläger in der gleichen Verfügung wie der Vater den Pflichtteil entzogen hatte.¹⁴

Hierüber geht der BGH in seinem Urteil vom 10. März 2004 hinaus und postuliert: Das rechtliche Interesse des Pflichtteilsberechtigten an einer alsbaldigen Feststellung noch zu Lebzeiten des Erblassers, dass ein Recht zur Pflichtteilsentziehung auf Grund der Tatsachengrundlage bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung *nicht* bestehe, sei „in aller Regel“¹⁵ allgemein zu bejahen.¹⁶ Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn das Entziehungsrecht bereits durch letztwillige Verfügung ausgeübt wurde.¹⁷ Der Pflichtteilsberechtigte erhält ebenso wenig wie der Erblasser Gewissheit darüber, ob er bei Eintritt des Erbfalles einen Pflichtteilsanspruch haben wird, da nach der Entscheidung neue Tatsachen eine Pflichtteilsentziehung rechtfertigen können, die von der Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht erfasst sind.

Zur Begründung des Feststellungsinteresses des Pflichtteilsberechtigten führt das Gericht an, eine Gewissheit über das

Fortbestehen seines Pflichtteilsrechts – zumindest im Rahmen der Rechtskraft des Urteils – habe für den Pflichtteilsberechtigten schon vor Eintritt des Erbfalles Bedeutung. So könne er bereits zu Lebzeiten des Erblassers gem. § 311b Abs. 5 BGB mit anderen gesetzlichen Erben einen Vertrag über seinen Pflichtteil schließen oder durch Vertrag mit dem Erblasser auf seinen Pflichtteil (meist gegen entsprechende Gegenleistung) verzichten, § 2346 Abs. 2 BGB. Auch spreche eine

⁷ Die meisten Entscheidungen zur Pflichtteilsentziehung ergingen i.R.e. Feststellungsklage; vgl. nur bspw. RGZ 92, 1; RG DR 1939, 382; BGHZ 109, 306; BGH NJW-RR 1990, 130; BGH NJW-RR 1993, 391; OLG Saarbrücken NJW 1986, 1182; OLG Hamburg NJW 1988, 977.

⁸ RGZ 92, 1 (das Berufungsgericht war insoweit noch anderer Meinung gewesen); in diesem Sinne wohl auch *Motive* zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band V, S. 387; dem folgend: BGH NJW 1974, 1084, 1085; ähnlich BGH NJW-RR 1986, 371, 372 für eine Klage auf Feststellung, dass der Erbvertrag durch den Rücktritt nach §§ 2294, 2333 BGB unwirksam geworden ist. Anders bei der Feststellungsklage hinsichtlich des Erbrechts am Nachlass einer noch lebenden Person. Eine solche Feststellungsklage hatte der BGH in BGHZ 37, 137, 144 f. mangels gegenwärtigen Rechtsverhältnisses als unzulässig abgelehnt.

⁹ BGH NJW 1974, 1084, 1085 (noch für den Fall, dass der Erblasser die Fortführung eines zu seinem Nachlass gehörenden Unternehmens sichern wolle); verallgemeinernd dann aber OLG Hamburg NJW 1988, 977; der BGH ließ die Frage in dieser Revision zunächst noch offen; vgl. BGH NJW-RR 1990, 130. Dem OLG folgend nunmehr aber BGH, Urt. v. 10.3.2004 – IV ZR 123/03, abgedruckt in NJW 2004, 1874, Entscheidungsgründe 2.b).

¹⁰ Der Klage muss also bei der Fassung seiner Anträge genau arbeiten. Allerdings hat die Rechtsprechung „falsche“ Anträge vereinzelt korrigierend ausgelegt, vgl. etwa BGH NJW-RR 1993, 391; BGHZ 109, 306.

¹¹ Der BGH folgt dem Reichsgericht (RG JW 1916, 405 f.) darin, dass eine Pflichtteilsentziehung trotz des Wortlautes des § 2337 S. 2 BGB nicht schon mit der Erklärung wirksam wird, sondern bis zum Zeitpunkt des Todes „in der Schwebe“ bleibt und im Moment der Entziehungserklärung das Pflichtteilsrecht noch nicht ausräumt. Ein Antrag auf Feststellung, dass der Pflichtteil wirksam entzogen wurde, kann (und muss) erst von den Erben des Entziehenden gestellt werden. Hat der Erblasser zunächst auf Feststellung geklagt, dass ihm ein Pflichtteilsentziehungsrecht zustand, so müssen die Erben, die den Rechtsstreit nach seinem Tod fortführen, den Klageantrag im genannten Sinne umstellen; denn sie haben allein ein Interesse daran, Gewissheit darüber zu erlangen, ob der Erblasser wirksam von seinem Recht zur Pflichtteilsentziehung Gebrauch gemacht hat und nicht mehr daran, dass ihm ein Pflichtteilsentziehungsrecht zustand, vgl. BGH NJW-RR 1990, 130 und 1993, 391.

¹² Für die Zulässigkeit: OLG Saarbrücken NJW 1986, 1182; *Lange*, NJW 1963, 1571, 1573; AK–BGB/*Däubler*, § 2333, Rn 7; MüKo/*Lange*, § 2333, Rn 4; *Lange/Kuchinke*, § 37 III.1 b). Dagegen: Soergel/*Dieckmann*, vor § 2333, Rn 4; Staudinger/*Olshausen*, vor § 2333, Rn 19; AnwK–BGB/*St. Herzog*, § 2333, Rn 27.

¹³ BGHZ 109, 306.

¹⁴ BGHZ 109, 306. Kritisch *Leipold*, JZ 1990, 700. Ihr konnte noch nicht allgemein die Zulässigkeit eines solchen Antrags zu Lebzeiten des Erblassers entnommen werden. Vielmehr hatte der BGH in BGHZ 109, 306, 309 noch dafürgehalten, dass „das Interesse des Erblassers an der Klärung der Grenzen einer alsbald erfolgenden zulässigen Testierung im allgemeinen geringeren Aufschub verträgt, als das [...] Interesse eines ungedulden Angehörigen an der Feststellung einer Rechtslage, die für ihn erst nach dem Erbfall fühlbare rechtliche Folgen haben kann“.

¹⁵ Der BGH behält sich offenbar Ausnahmen vor!

¹⁶ BGH, Urt. v. 10.3.2004 – IV ZR 123/03, abgedruckt in NJW 2004, 1874, Entscheidungsgründe 2.e). Ebenso zuvor bereits OLG Saarbrücken NJW 1986, 1182 unter Berufung auf *Lange*, NJW 1963, 1571, 1573.

¹⁷ BGH, Urt. v. 10.3.2004 – IV ZR 123/03, abgedruckt in NJW 2004, 1874, Entscheidungsgründe 2.c) a.E.

mögliche Verschlechterung der Beweissituation des Pflichtteilsberechtigten, die auch durch ein selbständiges Beweisverfahren nicht hinreichend ausgeglichen werden könne, trotz der Beweislastregel des § 2336 Abs. 3 BGB für die Zulassung eines entsprechenden Feststellungsantrages.

Das von der Gegenansicht¹⁸ angeführte Argument, der Erblasser müsse zu seinen Lebzeiten vor einem Rechtsstreit über die Verteilung seines Nachlasses geschützt werden, überzeugt den BGH nicht. Das erstrebte Ergebnis sei allenfalls „wünschenswert“ und dem Pflichtteilsberechtigten möglicherweise sogar zu „empfehlen“, um ggf. eine Verzeihung zu erreichen. Letztendlich stelle die entziehende Verfügung aber einen Eingriff in eine bereits zu Lebzeiten des Erblassers bestehende Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten dar. Dessen (auch gerichtliche) Abwehr oder zumindest Überprüfung müsse der Erblasser dulden.

M.E. ist der Schluss des BGH von der Möglichkeit einer Verfügung über den künftigen Pflichtteilsanspruch zu der Annahme eines Feststellungsinteresses des Pflichtteilsberechtigten nicht zwingend. Denn dem Abschluss von Verträgen mit anderen gesetzlichen Erben über den Pflichtteil gem. § 311b Abs. 5 BGB oder einem Verzicht auf den Pflichtteil gem. § 2346 Abs. 2 BGB steht – auch nach Ansicht des BGH – nicht entgegen, dass zum betreffenden Zeitpunkt noch gar nicht feststeht, ob dem Pflichtteilsberechtigten tatsächlich ein Pflichtteilsanspruch bei Eintritt des Erbfalles zustehen wird. Diese Verträge können also unabhängig davon abgeschlossen werden, ob der konkrete Pflichtteilsanspruch möglicherweise wegen Überschuldung des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalles werthaltig besteht.¹⁹ Hat der Pflichtteilsberechtigte hierüber keine Klarheit, so ist nicht einzusehen, warum er über das Bestehen von Pflichtteilsentziehungsgründen schon zu Lebzeiten des Erblassers Gewissheit braucht, zumal sich das Ergebnis der Feststellungsklage wegen §§ 2336, 2337 BGB oder wegen des Eintritts neuer Pflichtteilsentziehungsgründe bis zum Zeitpunkt des Erbfalles noch ändern kann. Die sonst vom BGH so oft angeführten „Pietäterwägungen“ hätten hier ein Zurückweisen der Interessen der ungeduldigen Angehörigen erfordert. Unbillige Ergebnisse im Rahmen von §§ 311b Abs. 5 und 2346 Abs. 2 BGB können über einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB gelöst werden.²⁰

Einmal mehr hat der BGH den Interessen des Pflichtteilsberechtigten gegenüber denen des Erblassers den Vorrang eingeräumt. Eine Kehrtwende, wie sie in der rechtspolitischen Diskussion in der letzten Zeit eingeleitet wurde, wird mit dieser Entscheidung sicher nicht vollzogen. Vielmehr führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung konsequent fort. Dennoch ist bei genauerem Hinsehen eine Veränderung zu vermerken: Der BGH hatte den Vorrang des Pflichtteilsrechts gegenüber der Testierfreiheit im Rahmen des materiellen Pflichtteils(entziehungs-)rechts bisher zumeist mit eher blumigen Erwägungen begründet wie der, dass eine Pflichtteilsentziehung einer „Verstoßung über den Tod hinaus“ nahe

käme und „demütigenden Charakter“ habe.²¹ Demgegenüber erscheint die Argumentation der Entscheidung vom 10. März 2004 zugunsten des prozessualen Feststellungsinteresses sachlich und frei von emotionaler Verzerrung, allein orientiert an der Frage, ob vor dem Hintergrund der §§ 311b Abs. 3 und 2346 Abs. 2 BGB bereits zu Lebzeiten des Erblassers ein *rechtliches* Interesse an der Feststellung besteht. Ob damit der Weg hin zu einer zu befürwortenden²² objektiveren Auslegung auch der materiellen Pflichtteilsentziehungsgründe beschränkt wird, bleibt abzuwarten.

Die Entscheidung gibt der Praxis jedenfalls die in diesem Bereich notwendige Rechtssicherheit. Schon deshalb ist sie zu begrüßen. Dem Erblasser, der sichergehen will, vor Auseinandersetzungen über seinen Nachlass bereits zu Lebzeiten verschont zu werden, bleibt nur, seine letztwillige Verfügung, in der er einem Pflichtteilsberechtigten seine Mindestbeteiligung am Nachlass entzieht, nicht offen zu legen. Weiß der Pflichtteilsberechtigte nichts von der bereits erfolgten Entziehung, so wird es im Regelfall auch nicht zu einer Feststellungsklage kommen. Erhebt dieser vorsorglich Feststellungsklage, für den Fall, dass der künftige Erblasser wegen eines bestimmten Verhaltens den Pflichtteil zu entziehen versucht, so ist auch nach der jüngsten Rechtsprechung offen, ob diese zulässig ist.

III. Die Entscheidung des BVerfG vom 19. April 2005

Die Entscheidung des BVerfG mit dem Az. 1 BvR 1644/00 wurde seit langem mit Spannung erwartet. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Sohn die spätere Erblasserin vermehrt körperlich schwer und mit Tötungsabsicht misshandelt. Daraufhin hatte die Erblasserin ihrem Sohn den Pflichtteil entzogen. Diesem gelang es schließlich, seine Mutter zu töten. Die Instanzengerichte sahen die nach den ersten Tötungsversuchen verfügte Pflichtteilsentziehung der Mutter als unwirksam an, weil der pflichtteilsberechtigte Sohn zum Zeitpunkt der Tötungshandlungen schuldunfähig gewesen sei. Hiergegen wendet sich die Verfassungsbeschwerde der Erben der Mutter, die vom Betreuer des Sohnes auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch genommen worden waren, letztlich mit Erfolg, da eine Pflichtteilsentziehung wegen einer Lebensnachsstellung kein Verschulden im strafrechtlichen Sinne verlange.

¹⁸ Vgl. hierzu oben Fn 6.

¹⁹ So ausdrücklich der BGH a.a.O. Der Pflichtteilsanspruch ist als künftiger Anspruch auch abtretbar, vgl. Palandt/Heinrichs, § 311b, Rn 75. Besteht der Anspruch wegen wirksam erfolgter Pflichtteilsentziehung nicht, so geht die Abtretung ins Leere.

²⁰ Wiedemann, NJW 1968, 773 wendet § 313 BGB i.R.v. § 311b Abs. 5 BGB bspw. dann an, wenn der Verpflichtete nicht Erbe wird. Diesen Gedanken könnte man auf den Fall übertragen, dass der Verpflichtete keinen Pflichtteil erhält.

²¹ So z.B. BGH NJW 1989, 2054; BGHZ 109, 306, 313.

²² Vgl. St. Herzog, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut, 2003, S. 330.

Dem hiermit verbundenen Verfahren mit dem Aktenzeichen 1 BvR 188/03 lag ein wenn auch weniger „spektakulärer“, so doch in der Praxis wohl relevanterer Fall zugrunde: Der Sohn des späteren Erblassers verwehrte diesem jeglichen Kontakt zu seinen Enkelkindern. Er untersagte schließlich selbst die brieflichen Kontaktversuche des Großvaters, als dieser nach einer schweren Erkrankung aus dem Krankenhaus entlassen und ihm jegliche Aufregung verboten worden war. Daraufhin entzog der Großvater seinem Sohn den Pflichtteil, weil er dadurch Nachteile in seinem Gesundheitszustand erlitten habe. Die Instanzengerichte sahen dies als unwirksam an, da die Erben dem grundsätzlich pflichtteilsberechtigten Sohn jedenfalls kein vorsätzliches Verhalten hätten nachweisen können.²³ Das Erfordernis einer zumindest bedingt vorsätzlichen Handlung im Rahmen des § 2333 Nr. 2 BGB bestätigt das BVerfG.

Über die konkret zur Entscheidung stehenden Fälle hinaus nimmt der 1. Senat des BVerfG Stellung zu allgemeinen Fragen der Verfassungsmäßigkeit des Pflichtteils- und Pflichtteilsentziehungsrechts, die für die weitere Auslegung und die in letzter Zeit immer mehr in den Vordergrund drängenden Reformbestrebungen²⁴ weit über den Einzelfall hinaus Bedeutung haben.

1. Verfassungsmäßige Verankerung des Pflichtteilsrechts

Das BVerfG hatte es bisher offen gelassen, ob – wenn nicht gar das Pflichtteilsrecht – so doch zumindest eine irgendwie geartete unentziehbare Position der nächsten Familienangehörigen oder zumindest der Kinder am Vermögen der Eltern verfassungsmäßig garantiert ist.²⁵ Fest stand nur, dass die Testierfreiheit und das Verwandtenerbrecht verfassungsmäßig verbürgt sind und dass die Erbrechtsgarantie „nicht das [unbedingte] Recht [umfasst], den vorhandenen Eigentumsbestand von Todes wegen ungemindert auf Dritte zu übertragen.“²⁶ Hieraus zog die herrschende Lehre bisher allein den Schluss, dass das Gericht das Pflichtteilsrecht als verfassungsmäßige Begrenzung der Testierfreiheit versteht.²⁷

Über diese Schlussfolgerung geht das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19. April 2005 weit hinaus, indem es feststellt, dass die „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung [zumindest] der Kinder am Nachlass [...] als tragendes Strukturprinzip des geltenden Pflichtteilsrechts durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG geschützt“ ist.²⁸ Das BVerfG folgt damit der ständigen Rechtsprechung des BGH, der stets postuliert hatte, das Pflichtteilsrecht unterstehe in „gewissem Umfang“ dem Schutz der Art. 14 Abs. 1 S. 1 und 6 GG, und damit mehr als einmal seine restriktive Auslegung des Pflichtteilsentziehungsrechts gerechtfertigt hatte.²⁹

Auch die noch herrschende Lehre hatte eine verfassungsmäßige Garantie des Pflichtteilsrechts angenommen, sei es aus Art. 14 GG oder aus Art. 6 GG oder aus einer Zusammenschau beider.³⁰

In jüngerer Zeit mehrten sich aber Stimmen, die die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Rechtslage im Bereich des Pflichtteilsrechts infrage stellten oder gar verneinten. Einige sahen die Einschränkung der Testierfreiheit durch eine unentziehbare Teilhabe am Nachlass mangels tragfähiger rechtspolitischer Grundlage des Pflichtteilsrechts generell oder wegen der zu hohen (namentlich hälftigen) Bindung des Vermögens in Anlehnung an den vom BVerfG zum Steuerrecht entwickelten Halbteilungsgrundsatz als verfassungswidrig an.³¹ Andere meinten, die Pflichtteilsentziehungsgründe seien kein hinreichendes Ausgleichsinstrumentarium, um Unzumutbarkeitsgesichtspunkte auf Seiten des Erblassers im Einzelfall hinreichend zu berücksichtigen;³² sie seien daher zumindest in Verfassungswidrigkeit hineingewachsen.³³

Diesen Ansichten erteilt das BVerfG in zweifacher Hinsicht eine Absage: Nach ihm ist eine unentziehbare Position der Kinder am Nachlass verfassungsrechtlich durch Art. 14 und 6 GG garantiert. Außerdem biete der Katalog des § 2333 BGB seiner Konzeption nach grundsätzlich einen hinreichenden Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht. Die hälftige Teilhabe im Sinne eines schuldrechtlichen Geldanspruchs, wie sie das geltende BGB vorsehe, sei auch grundsätzlich geeignet, den genannten Anforderungen zu genügen. Auch lasse eine hälftige Teilhabe dem Erblasser einen hinreichend großen vermögensmäßigen Freiraum.³⁴

²³ Hierfür tragen die Erben gem. § 2336 Abs. 3 BGB die Beweislast.

²⁴ S. oben.

²⁵ So ausdrücklich noch BVerfG vom 30.8.2000 – Az. 1 BvR 2464/97, z.T. abgedruckt in ZEV 2000, 399.

²⁶ BVerfGE 67, 329, 340; 93, 165, 173; 99, 341, 350; BVerfG ZEV 2000, 399; NJW 2001, 141.

²⁷ Repräsentativ etwa *Otte*, AcP 202 (2002), 317, 327.

²⁸ BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005 – Az. 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050419.html> (abgerufen am 9.1.2006), Rn 65, abgedruckt in NJW 2005, 1561.

²⁹ Vgl. nur BGHZ 98, 226, 232; 109, 306, 313.

³⁰ Maunz/Dürig/Herzog/Papier, GG, Art. 14, Rn 302; Sachs/Wendt, GG, Art. 14, Rn 200; wohl auch von Münch/Kunig/Bryde, GG, Art. 14, Rn 48; MüKo/Leipold, Einl. zum Erbrecht, Rn 28 f.; MüKo/Frank, § 2303, Rn 3; Staudinger/Otte, Einl. § 1922, Rn 69; Haas, ZEV 2000, 249, 253, 260; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 14, Rn 93; Isensee/Kirchhof/Leisner, § 150, Rn 20; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2303, Rn 2; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 37 III. 4.; Gerken, Rpfleger 1989, 45; Otte, AcP 202 (2002), 317, 318. Zweifelnd Staudinger/Haas, Vor §§ 2303 ff., Rn 14; dagegen St. Herzog, Die Pflichtteilsentziehung, S. 310 ff.; Soergel/Stein, Einl. zum Erbrecht, Rn 5 und wohl auch Soergel/Dieckmann, Vor § 2303, Rn 1; Dreier/Wieland, GG, Art. 14, Rn 59; von Mangoldt/Klein/Stark/Depenheuer, GG, Art. 14, Rn 527; skeptisch Isensee/Kirchhof/Leisner, § 150, Rn 20.

³¹ Petri, ZRP 1993, 205 f.

³² Im Ergebnis verneinend Haas, ZEV 2000, 249, 259.

³³ So Leisner, NJW 2001, 126 f.; St. Herzog, Die Pflichtteilsentziehung, S. 326. Auf einen Verstoß gegen Art. 3 GG stellt Bowitz in JZ 1980, 304, ab.

³⁴ BVerfG a.a.O., Rn 76 gegen Petri, ZRP 1993, 205.

a) Zur Begründung der erstgenannten Position führt das Gericht an: Eine dem Grundsatz nach „unentziehbare“ und „bedarfsunabhängige“³⁵ Teilhabe am Nachlass gehöre schon deshalb zu den tragenden Strukturprinzipien des geltenden Erbrechts und sei mithin von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG erfasst, weil der Gedanke des Pflichtteilsrechts – in verschiedenen Ausgestaltungen – als lange Tradition in unserer und in allen Rechtsordnungen, die auf dem gleichen historischen Hintergrund basieren, verankert ist. So sahen neben dem römischen das germanische Recht und alle Partikularrechtsordnungen eine zwingende Beteiligung der Kinder am Nachlass vor. An diese traditionelle Ausgestaltung des Erbrechts hätten nicht nur die Kommissionen zur Schaffung des BGB, sondern auch die Grundgesetzgeber im Rahmen von Art. 14 GG angeknüpft. Dieses Ergebnis bestätige auch die eigenständige Erwähnung des Erbrechts in Art. 14 GG. Ohne eine Verbürgung auch des Verwandtenerbrechts und des Pflichtteilsrechts komme dieser Norm keine eigenständige Funktion gegenüber der Eigentumsfreiheit zu. Denn schon aus der Eigentumsfreiheit allein könne die Testierfreiheit hergeleitet werden.³⁶

Die Verfassung legt nach Ansicht des BVerfG also das gesetzliche Verwandtenerbrecht, die Testierfreiheit und als Ausgleich beider einen grundsätzlich unentziehbaren Anspruch der Kinder des Erblassers auf Teilhabe an dessen Vermögen fest. Von dem immer wieder betonten weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bleibt bei dieser Betrachtungsweise kaum etwas übrig. Dieser ist vielmehr auf die konkrete Ausgestaltung beschränkt; eine grundsätzliche Entscheidung über das Pflichtteilsrecht bleibt einer Verfassungsänderung vorbehalten.

Das BVerfG stärkt die Position der Pflichtteilsberechtigten noch über den Anlass der Verfassungsbeschwerde hinaus, obwohl das gefundene Ergebnis einer verfassungsmäßigen Verankerung des Pflichtteilsrecht m.E. keinesfalls zwingend ist: Das Pflichtteilsrecht im Sinne einer unentziehbaren Position der Kinder am Vermögen des Erblassers war schon bei den Beratungen zum BGB stark umstritten. Das bis dato vorherrschende Noterbrecht wurde zunächst in abgeschwächter Form als schuldrechtlicher Anspruch beibehalten, weil man die Zeit für eine gänzliche Abschaffung als noch nicht reif ansah.³⁷ Seitdem war die Mindestbeteiligung der Kinder am Vermögen ihrer Eltern immer wieder Inhalt starker Kontroversen.³⁸ Es scheint vor diesem Hintergrund kaum wahrscheinlich, dass das Grundgesetz das Pflichtteilsrecht derart stark perpetuieren wollte. Die Testierfreiheit mag aus heutiger Sicht bereits denklologisch aus der Eigentumsgarantie folgen. Ein solch freiheitsbewusstes Denken war zur Zeit der Fassung des Grundgesetzes aber nicht selbstverständlich. Vielmehr kann man in der Doppelbenennung von Eigentum und Testierfreiheit eine Stärkung dieser Freiheitsrechte sehen. Im Übrigen erschöpft sich hierin die Bedeutung der Nennung der Erbrechtsfreiheit in Art. 14 GG auch dann nicht, wenn man eine Mindestbeteiligung nächster Angehöriger nicht als verfassungsmäßig garantiert ansieht. Immerhin verbürgt die Erbrechtsgarantie neben der Testierfreiheit das Verwandtenerbrecht.³⁹

b) Weiter führt das BVerfG aus, dass das Pflichtteilsrecht „in engem Sinnzusammenhang mit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten Schutz des Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seinen Kindern“ stehe. Verfassungsrechtlichen Schutz genieße die „familiäre Verantwortung füreinander, die von der wechselseitigen Pflicht von Eltern wie Kindern zu Beistand und Rücksichtnahme geprägt ist“.⁴⁰ Die Nachlasseteilhabe sei Ausdruck einer „Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise“ zwischen Eltern und Kindern bestehe, und habe die „Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie“ über den Tod hinaus zu ermöglichen.

Dieser die Testierfreiheit begrenzenden und die Familie schützenden Funktion soll nach dem BVerfG insbesondere dann Bedeutung zukommen, wenn die Beziehung zwischen Erblasser und Kind entfremdet oder zerrüttet ist, und damit gerade nichtehelichen Kindern eine Teilhabe am Nachlass des Vaters sichern, was vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 5 GG geboten sei.⁴¹

M.E. muss dieser Ansatz präzisierend modifiziert werden: Das Gesetz geht davon aus, dass zwischen den einzelnen Familienmitgliedern gegenseitige Solidarpflichten bestehen und stellt eine Vermutung dafür auf, dass zwischen den Familienmitgliedern auch gewisse Solidarleistungen erbracht werden. Diese Vermutung ist auch heute noch gerechtfertigt.⁴² Das Pflichtteilsrecht bietet einen pauschalisierten Ausgleich für zu Lebzeiten erbrachte Solidarleistungen als eine Art nachwirkende Solidarpflicht.⁴³ Es geht also gar nicht um das althergebrachte Argumentationsmuster eines Schutzes „der Familie“ vor „familienfeindlichem“ Testierverhalten. Vielmehr geht es um den Schutz einzelner Familienmitglieder. Ob ein solcher Schutz – insbesondere der nichtehelichen Kinder – notwendig ist, bleibt fraglich, ist jedoch nach der Entscheidung des BVerfG nunmehr grundsätzlich der Entscheidungsprärogative des parlamentarischen Gesetzgebers entzogen.

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichtes dahingehend, dass allen voran nichteheliche Kinder eines Schutzes durch das Pflichtteilsrecht bedürften, erscheint mir jedenfalls

³⁵ Das Gericht negiert also den vereinzelt zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts herangezogenen Alimentationsgedanken; vgl. hierzu i.E. *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 216 ff.

³⁶ BVerfG a.a.O., Rn 65-70.

³⁷ Nachweise bei *von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes, Vorlage des Redakteurs, 1879, S. 48; *Bruns*, 14. DJT, Bd. I, S. 50; *Meyersburg*, 14. DJT, Bd. I, S. 72.

³⁸ Vgl. nur die Diskussionen auf dem 14., 49. und 64. DJT.

³⁹ S. oben. Hieraus folgt m.E. nicht zwingend zugleich die verfassungsmäßige Garantie auch des Pflichtteilsrechts, a.A. bspw. *MüKo/Leipold*, Einl. zum Erbrecht, Rn 30.

⁴⁰ Das BVerfG a.a.O. Rn 71 ff. verweist hier auf den Rechtsgedanken des § 1618a BGB.

⁴¹ BVerfG a.a.O. Rn 75.

⁴² Vgl. die Nachweise bei *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 245 ff.

⁴³ So auch *Lange*, AcP 204 (2004), 812.

zu pauschal, um ein so vielschichtiges Thema zu beleuchten. Das Testierverhalten der Erblasser zeigt auch und gerade heute keine familienfeindlichen oder gleichheitswidrigen Tendenzen:⁴⁴ Oft sollen vielmehr die länger lebenden Ehegatten vorrangig vor den Kindern oder bedürftigere Abkömmlinge vor ihren Geschwistern abgesichert werden. Die meisten Erblasser testieren auch heute zugunsten der Familie und bemühen sich hier eine für ihre konkrete Situation angemessene gerechte Verteilung ihres Vermögens zu bewirken. Dies gilt gerade in jüngerer Zeit auch für sog. Patchworkfamilien oder Kinder, deren Eltern in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben. Die alleinige Solidargemeinschaft der rechtlichen Familie hat heute verschiedensten Formen von Solidargemeinschaften Platz gemacht.⁴⁵ Dieser empirische Hintergrund steht im Widerspruch zu dem traditionell geprägten Familienverständnis des BVerfG, das der Entscheidung offenbar zugrunde liegt.

2. Grundsätzlich verfassungsmäßiger Ausgleich zwischen Testierfreiheit und Bindung des Erblasservermögens durch die bestehenden Pflichtteilsentziehungstatbestände

Die konkrete Ausgestaltung des geltenden Pflichtteilsrechts – insoweit besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Literatur – ist nicht durch die Verfassung festgelegt. Hier hat der Gesetzgeber vielmehr einen „weiten Gestaltungsspielraum“, im Rahmen dessen er das Spannungsverhältnis zwischen der grundgesetzlich geschützten Testierfreiheit und der grundsätzlich verfassungsrechtlich gebotenen Mindestteilhabe der Kinder in einen angemessenen Ausgleich bringen muss.⁴⁶

Es gebe aber – so das BVerfG – „Fallgestaltungen, in denen es nicht möglich sei, sowohl das Prinzip der Testierfreiheit als auch den Grundsatz der unentziehbaren Nachlassteilhabe der Kinder gleichermaßen zur Geltung zu bringen.“ Bei besonders schwerwiegendem Fehlverhalten des Kindes könne es für den Erblasser „schlechthin unzumutbar“ sein, eine Erbenstellung desselben hinzunehmen. In diesen Fällen müsse der Gesetzgeber dem Erblasser die Möglichkeit geben, den Pflichtteil zu entziehen oder zu beschränken.⁴⁷

Diese Aufgabe erfüllt das geltende Pflichtteilsentziehungsrecht der §§ 2333 ff. BGB nach Auffassung des BVerfG grundsätzlich vollumfänglich, obwohl oder gerade weil nur in sehr engem und typisiertem Rahmen eine Pflichtteilsentziehung gestattet ist. Wegen der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse dürfe der Gesetzgeber auch – wie stets – generalisierende und typisierende Regelungen verwenden. So sei es auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die Pflichtteilsentziehung an Tatbestandsmerkmale zu knüpfen, deren Vorhandensein leicht nachzuweisen ist. Auch § 2336 BGB soll die Anforderungen nicht überspannen.⁴⁸ Denn ein absoluter Vorrang der Testierfreiheit komme nur in schweren, über die übliche Störung des Familienverhältnisses hinausgehenden Fällen in Betracht, da ansonsten das Pflichtteilsrecht jede praktische Bedeutung verlöre. Um das sicherzustellen, sei

auch die Auslegung der Tatbestände des § 2333 BGB durch Rechtsprechung und Literatur, die ein Verschulden des Kindes fordern, grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.⁴⁹

Dies gelte aber für § 2333 Nr. 1 BGB nicht in vollem Umfang.⁵⁰ Vielmehr müsse, um dem Grundrecht der Testierfreiheit angemessen Geltung zu verschaffen, hier bereits ein „Vorsatz im natürlichen Sinne“ als ausreichend angesehen werden, um einen besonders schweren Fall anzunehmen. Schuldfähigkeit im strafrechtlichen Sinne sei – entgegen der bisherigen Auffassung der Gerichte und herrschenden Lehre – nicht zu fordern.⁵¹

Zur Begründung zieht das BVerfG zu Recht einen Vergleich des Wortlautes der Nr. 1 des § 2333 BGB mit dem der Nr. 2 und 3 des § 2333 BGB sowie die Entstehungsgeschichte des § 2333 Nr. 1 BGB heran.⁵² Im Übrigen sieht das BVerfG richtigerweise ein Trachten nach dem Leben des künftigen Erblassers als ein eigenständiges Fehlverhalten des Kindes an, das in seiner Schwere weit über die übrigen Tatbestände des § 2333 BGB hinausgeht. Daher ist die Zumutbarkeitsgrenze auf Seiten des Erblassers bei einem Nach-dem-Leben-Trachten bereits dann erfüllt, wenn ein (im strafrechtlichen Sinne) schuldunfähiges Kind dem Erblasser ernsthaft „vorsätzlich“ das Leben nehmen will.

Nach dieser Auslegung kann das Pflichtteilsentziehungsrecht des § 2333 Nr. 1 BGB nicht mit der bisher h.M.⁵³ als Strafe angesehen werden. Die Pflichtteilsentziehungsnormen werden m.E. aber ohnehin zu einseitig als Strafvorschriften be-

⁴⁴ Vgl. näher *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 262.

⁴⁵ Ähnlich auch *Lange*, AcP 204 (2004), 829.

⁴⁶ BVerfG, a.a.O., Rn 77; und allg. Meinung. In diesem Zusammenhang wird immer wieder angeführt, dem Gesetzgeber stehe es frei, statt dem Geldanspruch ein materielles Noterbrecht einzuführen, was zu einer weiteren Stärkung der Pflichtteilsberechtigten führen würde und von der rechtspolitischen Diskussion um Reformbemühungen auch nicht als der heutigen Zeit angemessen angesehen wird.

⁴⁷ BVerfG, a.a.O., Rn 79 und 80.

⁴⁸ BVerfG, a.a.O., Rn 79 und 80.

⁴⁹ BVerfG, a.a.O., Rn 82 und 83.

⁵⁰ BVerfG, a.a.O., Rn 88 bis 93.

⁵¹ So auch schon *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 138, 349 und FF 2003, 19, 20; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 37 XIII, Fn 665. Der BGH hatte in ZEV 1998, 142 (mit Anmerkung *Hagena*, ZEV 1998, 131 und *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 110; die Rechtsprechung stellt eine Fortführung von BGHZ 102, 227 dar) zumindest gefordert, dass der Pflichtteilsberechtigte – entgegen § 2336 Abs. 3 BGB – nach allgemeinen Grundsätzen des § 827 BGB die Beweislast für seine Schuldunfähigkeit trägt (anders noch das OLG Düsseldorf in NJW 1968, 944). Die Entscheidung des BVerfG geht über die Entwicklung nun weit hinaus.

⁵² BVerfG, a.a.O., Rn 92 und 93; so bereits *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 349 bis 352; jeweils m.w.N.; *Motive* zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1899, Band V, S. 431; *von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes, Vorlage des Redakteurs, 1879, S. 46.

⁵³ So die Begründung für die Pflichtteilsentziehung bei *von Schmitt*, S. 655; *Motive* V, S. 443; *Protokolle* der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band V, S. 557; auch heute noch h.M., repräsentativ etwa *Staudinger/Olshausen*, vor § 2333, Rn 3.

trachtet. Auch das BVerfG bezieht sich nicht auf diesen Legitimationsversuch des geltenden Pflichtteilsentziehungsrechts, da es mit keinem Wort darauf eingeht, inwieweit ein verschuldensunabhängiger Tatbestand mit der geltenden Konzeption des Pflichtteilsentziehungsrechts vereinbar ist. Vielmehr ist positiv festzustellen, dass das BVerfG vermehrt auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte auf Seiten des Erblassers abstellt. Denn dieser Gesichtspunkt war in der bisherigen Diskussion um das Pflichtteilsentziehungsrecht zu wenig berücksichtigt worden.⁵⁴

Alimentationsgesichtspunkte stehen m.E. einer solchen Auslegung des § 2333 BGB nicht entgegen. Auch das BVerfG nennt den grundsätzlich unentziehbaren Anspruch nächster Angehöriger ausdrücklich bedarfsunabhängig und wendet sich damit zu Recht gegen die Ansicht, die das Pflichtteilsrecht mit einer Alimentationsfunktion zu rechtfertigen versucht.⁵⁵ Eine Regelung aber, die wie das Pflichtteilsrecht Bedürftigkeitsgesichtspunkte auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten nicht berücksichtigt, kann die Schwelle für einen Ausschluss niedriger ansetzen. Die denklogische Folge, dass – gerade im konkret vom BVerfG zu entscheidenden Fall – die gegenüber der Familie größere und anonymere Solidargemeinschaft Staat letztlich für die Versorgung des Kindes sorgen müssen, kann der durch das Gericht gefundenen Auslegung ebenfalls nicht entgegenstehen. Das würde die Solidargemeinschaft Familie, auf die auch das BVerfG zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrecht abstellt,⁵⁶ überbeanspruchen und zu einer zu weiten Einschränkung der Testierfreiheit führen.

3. § 2333 Nr. 2 BGB und seelische Misshandlungen

Zu § 2333 Nr. 2 BGB stellt das BVerfG fest, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, die Pflichtteilsentziehung von einer hinreichenden Substantiierung und gegebenenfalls vom Beweis eines zumindest bedingten Körperverletzungsvorsatzes abhängig zu machen.⁵⁷ Damit bleibt es dabei, dass seelische Misshandlungen nur dann ein Recht zur Pflichtteilsentziehung geben, wenn mit ihnen körperliche Gesundheitsverletzungen i.S.e. pathologischen Zustandes⁵⁸ einhergehen und dem pflichtteilsberechtigten Kind diesbezüglich zumindest dolus eventualis vorzuwerfen ist.⁵⁹ Bleibt zu hoffen, dass die Gerichte mehr von der vom BVerfG angedeuteten Möglichkeit Gebrauch machen, bei einem krassen äußeren Geschehensablauf auf einen zumindest bedingten Körperverletzungsvorsatz zu schließen.⁶⁰

4. Verfassungsmäßigkeit der Pflichtteilsentziehungsgründe der §§ 2333 Nr. 1 und 2; 2336 BGB

Als ausdrücklich mit der Verfassung vereinbar erklärt das BVerfG nur die Pflichtteilsentziehungsgründe der §§ 2333 Nr. 1 und 2; 2336 BGB. Im Rahmen des § 2333 Nr. 1 BGB gilt allerdings die Prämisse der oben dargestellten, gegenüber

der bisher h.M. modifizierten Auslegung. Zu den Nr. 3, 4 und 5 des § 2333 BGB und zu den übrigen Pflichtteilsentziehungsnormen der §§ 2334, 2335, 2337, 2338 BGB hat das BVerfG (bisher noch) keine Stellung genommen.

Das BVerfG betont aber in seiner Entscheidung, dass die Normen, die eine Pflichtteilsentziehung zulassen, den Grundsätzen der Normenklarheit, der Justiziabilität und der Rechtssicherheit Rechnung tragen müssen.

Vor diesem Hintergrund und wegen der Wertung des Art. 6 Abs. 5 GG hält das BVerfG eine allgemeine Zerrüttungs- oder Entfremungsklausel für verfassungswidrig. Auch soll der Gesetzgeber durch die Verfassung nicht gehalten sein, dem Katalog des § 2333 BGB eine Zerrüttungsklausel als Auffangtatbestand anzufügen.⁶¹

IV. Auswirkungen der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung auf die Auslegung der übrigen Tatbestände des § 2333 BGB

Die Entscheidung vom 19. April 2005 lässt über die konkret infrage stehende Auslegung des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB hinaus Rückschlüsse auf die verfassungsmäßig gebotene Auslegung der weiteren Tatbestände des § 2333 BGB zu.

1. Zwingende Abkehr vom ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal der „schweren Pietätsverletzung“ i.R.d. § 2333 Nr. 2 BGB?

Rechtsprechung und herrschende Lehre ließen bisher i.R.d. § 2333 Nr. 2 BGB eine bloße Körperverletzung nicht ausreichen, sondern forderten zusätzlich eine „schwere Pietäts-

⁵⁴ Vgl. schon die Kritik in *AnwK-BGB/St. Herzog*, vor § 2333 Rn 2.

⁵⁵ *Fuchs*, JZ 2002, 785, 797; *Gotthardt*, FamRZ 1987, 757, 762; *Linker*, S. 67 ff., 147; *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 83 m.w.N.; *H. Ch. Huber*, S. 50; *Schnur*, Die Pflichtteilsentziehung, 1982, S. 131 m.w.N. Gegen den Alimentationsgedanken bspw. *Lange*, AcP 204 (2004), 808 f.; *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 216 ff.; *Vollmer*, Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegatten-erbrecht und das Pflichtteilsrecht, Ein Reformvorschlag anhand empirisch gewonnenen Tatsachenmaterials, 2001, S. 24.

⁵⁶ BVerfG, a.a.O., Rn 72 ff.

⁵⁷ BVerfG, a.a.O., Rn 97 und 98.

⁵⁸ Psychische Erkrankungen, die durch ein Verhalten des Pflichtteilsberechtigten hervorgerufen werden, können aber m.E. unter § 2333 Nr. 3 BGB i. V. m. § 223 StGB subsumiert werden, wobei allerdings der Kausalitätsnachweis gerade vor dem Hintergrund des § 2336 Abs. 3 BGB nur schwer zu führen sein wird.

⁵⁹ Vgl. zu diesem Problemkreis etwa *BGH FamRZ* 1977, 47.

⁶⁰ BVerfG, a.a.O., Rn 98: Das Gericht hält aber das Ergebnis im konkreten Fall für nicht zwingend, behält die Würdigung des Sachverhaltes aber dem Tatrichter vor.

⁶¹ BVerfG, a.a.O., Rn 82.

verletzung“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.⁶² Dieses Erfordernis läuft auf eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalles ab, die durch die generalisierende Enumerierungstechnik der Pflichtteilsentziehungsgründe, die das BVerfG gerade als tauglich benennt, vermieden werden soll. Ferner entspricht ein solches Tatbestandsmerkmal kaum der vom BVerfG geforderten Normenklarheit. Darüber hinaus wird durch die Einführung eines solchen zusätzlichen Tatbestandsmerkmals über den Wortlaut hinaus, die Testierfreiheit des Erblassers ähnlich wie durch das Postulat eines Verschuldenserfordernisses bei § 2333 Nr. 1 BGB über Gebühr eingeschränkt. Bloße Nichtigkeiten wie leichte Ohrfeigen aus dem Affekt heraus oder Ähnliches werden bereits durch den Wortlaut der Norm außen vor gelassen, da sie kaum eine „Misshandlung“ darstellen.

2. § 2333 Nr. 4 BGB – keine verwerfliche Handlung erforderlich?

Die gleichen Erwägungen wie bei § 2333 Nr. 1 und 2 BGB sprechen dafür, von dem bisher von der herrschenden Lehre geforderten zusätzlichen, über den Wortlaut der „böswilligen Unterhaltspflichtverletzung“ hinausgehenden Tatbestandsmerkmal der „verwerflichen Handlung“⁶³ im Rahmen des § 2333 Nr. 4 BGB abzusehen.

3. Verfassungswidrigkeit des § 2333 Nr. 5 BGB?

Die Ausführungen des Verfassungsgerichts zur Normenklarheit, Rechtssicherheit und Justiziabilität führen m.E. zur Verfassungswidrigkeit des § 2333 Nr. 5 BGB. Diese Norm, die heute ohnehin überwiegend als nicht mehr zeitgemäß betrachtet wird, da der Erblasser die von seinen Kindern gewählte Lebensweise grundsätzlich als von dessen Persönlichkeitsrecht umfasst respektieren muss, ist vor dem Hintergrund der hierzu bisher ergangenen Rechtsprechung kaum derart konkretisiert worden, dass man hierunter mit einiger Rechtssicherheit subsumieren könnte. Die bisher in diesem Zusammenhang immer wieder genannten Sachverhalte des Ehebruchs, des nichtehelichen Lebensverhältnisses oder der Homosexualität⁶⁴ können heute ohnehin nicht mehr als ehrloser, unsittlicher Lebenswandel angesehen werden. Nach wessen Maßstäben aber sollte sich die Ehrlosigkeit und Unsittlichkeit in einer pluralistischen Gesellschaft richten?⁶⁵

V. Auswirkungen der Entscheidungen des BVerfG auf Reformbestrebungen im Bereich der Pflichtteilsentziehung

1. Eine Abschaffung des Pflichtteilsrechts zugunsten einer absoluten Testierfreiheit, wie sie z.T. vorgeschlagen wurde,⁶⁶ kommt nach dem Urteil des BVerfG, das das Pflichtteilsrecht als verfassungsmäßig garantiert ansieht, de lege ferenda nicht

mehr in Betracht. Dies gilt zumindest, was das Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers betrifft.⁶⁷

2. Ferner schließt das BVerfG die Einführung einer allgemeinen Zerrüttungsklausel als Pflichtteilsentziehungstatbestand, wie sie verschiedentlich gefordert wurde,⁶⁸ als verfassungswidrig aus. Gegen eine solche allgemeine Generalklausel waren aber ohnehin zu Recht überwiegend Bedenken geäußert worden.⁶⁹ Wenn man, wie oben dargestellt, davon ausgeht, dass das Pflichtteilsrecht einen pauschalisierten Ausgleich für zu Lebzeiten erbrachte Solidarleistungen bietet, so würde die Einführung einer allgemeinen Zerrüttungsklausel diese Pauschalisierung wieder aufheben und zu einer Entscheidungsfreiheit des Richters im Einzelfall führen, die von der gesetzlichen Gesamtkonzeption des Pflichtteilsrechts gerade zu vermeiden gesucht wird.

Dem BVerfG ist außerdem darin zuzustimmen, dass die über den Tod hinaus nachwirkende Solidarpflicht des Erblassers nicht schon deshalb automatisch entfällt, weil die Kinder ihren zu Lebzeiten gegenüber dem Erblasser bestehenden

⁶² BGHZ 98, 226, 232; 109, 306, 313: Die Pflichtteilsentziehung komme wegen ihres außerordentlichen Gewichts und ihres demütigenden Charakters einer Verstoßung über den Tod hinaus gleich. Daher könne eine Entziehung nicht ohne konkrete Abwägung der Gewichte der dem Abkömmling vorgeworfenen Vergehen gegen die familiäre Bande einerseits und der darauf gestützten Zerschneidung eben dieser Bande durch Quasi-verstoßung andererseits gerechtfertigt werden. Für eine pauschale Abwägung dahingehend, dass eine vorsätzliche körperliche Misshandlung diesen schweren Eingriff in das Eltern-Kind-Verhältnis immer rechtfertige, sei kein Raum. Wegen des auch vor dem Hintergrund der verfassungsmäßigen Verbürgung des Pflichtteilsrechts gegebenen schweren Eingriffs in die Rechte des Pflichtteilsberechtigten sei über die ausdrücklich genannten Tatbestandsmerkmale des § 2333 Nr. 2 BGB hinaus eine „schwere Pietätsverletzung“ erforderlich.

⁶³ So bspw. Erman/*Schlüter*, § 2333, Rn 6; MüKo/*Lange*, § 2333, Rn 13; RGRK/*Johannsen*, § 2333 Rn 9; Soergel/*Dieckmann*, § 2333, Rn 10; Staudinger/*Olshausen*, § 2333, Rn 16. § 2333 Nr. 4 BGB hat freilich keine große praktische Bedeutung, da derjenige, der auf Unterhalt angewiesen ist, in der Regel keinen großen oder überhaupt keinen Nachlass zu verteilen hat. Das ist aber noch kein Grund, die Norm außer Acht zu lassen; der Anwendungsbereich von § 2333 Nr. 1 BGB wird trotz der nunmehrigen weiteren Auslegung kaum sehr viel größer sein.

⁶⁴ Vgl. die Nachweise bei *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 65 ff.

⁶⁵ Zum Versuch, den Tatbestand handhabbar zu machen, vgl. *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 352 ff.

⁶⁶ *Kokott*, 49. DJT, Band II, S. K 90 ff.

⁶⁷ Über die verfassungsmäßige Verbürgung des Pflichtteilsrechts der Eltern, des Ehegatten und der entfernteren Abkömmlinge hat sich das BVerfG bislang nicht geäußert. Warum allerdings nur das Pflichtteilsrecht der Kinder verfassungsrechtlich geschützt sein soll, ist nicht einsichtig. Zumindest aus Art. 3 GG muss dann doch wohl auch ein Pflichtteilsrecht der Eltern, die den Kindern gegenüber oft sehr viel höhere Solidarleistungen erbracht haben als umgekehrt, garantiert sein. Freilich beschränkt das BVerfG seine Aussage der verfassungsmäßig garantierten Mindestteilhabe auch nur deshalb auf die Kinder des Erblassers, weil ihm allein diese Frage vorlag. Über eine verfassungsmäßig garantierte Mindestteilhabe der restlichen Pflichtteilsberechtigten hat das Gericht schlicht (noch) nicht entschieden.

⁶⁸ So bspw. *Kluge*, ZRP 1976, 285, 286; *Schnur*, Die Pflichtteilsentziehung, 1982, S. 134; *Groß*, Die Pflichtteilsentziehung, 1985, S. 143; *Rauscher*, Bd. II 2, S. 132 ff.

⁶⁹ Vgl. die Nachweise und Argumentation bei *St. Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung, S. 198 ff. und 395 f.; und jetzt auch *Lange*, AcP 204 (2004), 830.

Solidarpflichten nicht hinreichend nachgekommen sind.⁷⁰ Dies würde zu einer Aufrechnung der gegenseitig erbrachten Leistungen führen, die von der pauschalisierenden Regelung gerade vermieden werden soll und die einer Familie unwürdig erschiene. Es ist vor dem Hintergrund der generalisierenden Regelung auch durchaus angemessen, die Entziehung des Pflichtteils nur in so schwerwiegenden Fällen zuzulassen, in denen der Pflichtteilsberechtigte die Solidarität des Erblassers eindeutig nicht mehr verdient und in denen damit auch zuvor vom Pflichtteilsberechtigten an den Erblasser erbrachte Solidarleistungen als nichtig erscheinen.

3. Die Vielgestaltigkeit des Lebens birgt aber immer wieder auch besonders schwerwiegende Fälle, die der Gesetzgeber nicht bedacht hatte. Für diese Fälle ist zu Recht vermehrt vorgeschlagen worden, dem § 2333 BGB einen Auffangtatbestand ähnlich dem § 1579 Nr. 7 BGB anzufügen.⁷¹ Die Entscheidung des BVerfG steht dem m.E. nicht entgegen. Zwar hält das Gericht die Einführung eines solchen Auffangtatbestandes von Verfassungs wegen *nicht für geboten*; es *verbietet* sie aber nicht. Die vom Gericht besonders betonte Normenklarheit erschiene mir nicht verletzt, da auch die Verfassungsmäßigkeit des § 1579 Nr. 7 BGB bisher – soweit ersichtlich – vor diesem Hintergrund nicht in Zweifel gezogen wurde. Und auch das BVerfG selbst gesteht dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts zu.⁷²

4. Das Gericht schließt es wegen des genannten weiten Gestaltungsspielraumes auch ausdrücklich nicht aus, dass die Pflichtteilsquote geändert, also auch reduziert werden kann – man muss wohl einschränkend sagen, solange die Mindestteilhabe hierdurch nicht völlig ausgehöhlt wird. Hieran ließen sich weitere Reformansätze knüpfen:

a) Eine Pflichtteils minderungsmöglichkeit auf ein Drittel oder ein Viertel des gesetzlichen Erbteils könnte wohl ohne verfassungsrechtliche Bedenken eingeführt werden. In Betracht kämen hier Fälle, in denen eines der Kinder des Erblassers gemessen an den Vermögensverhältnissen der anderen besonders bedürftig erscheint oder der Erblasser die von seinem Kind erbrachten Solidarleistungen bereits zu Lebzeiten durch Zuwendungen abgegolten hat. In letztgenanntem Fall sollte dem Erblasser das Recht zugestanden werden, über § 2346 BGB hinaus einseitig letztwillig die (teilweise) Anrechnung solcher Vorausempfangs anzuordnen.⁷³

b) Ferner dürften Kürzungen der Pflichtteilsquote bei einer Enterbung der Kinder zugunsten des länger lebenden Ehegatten, ein Pflichtteilshöchstbetrag oder die Einführung einer Stundungsmöglichkeit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein.⁷⁴

c) Beruht das geltende Pflichtteilsrecht auf der Vermutung für eine bestehende Solidargemeinschaft Familie und damit einhergehenden gegenseitigen Solidarleistungen, welcher Art und welchen Umfangs auch immer, für die das geltende Pflichtteilsrecht einen pauschalen Ausgleich gibt, so ist diese Vermutung widerlegt, wenn überhaupt keine Solidarleistun-

gen ausgetauscht wurden. Auch in diesem Zusammenhang könnte eine Pflichtteils minderung gegenüber Familienmitgliedern zugelassen werden, zu denen der Erblasser überhaupt keinerlei oder seit einem sehr langen Zeitraum (bspw. über 30 Jahre) keinen sozialen Kontakt mehr hatte.⁷⁵ Denn hier geht es nicht mehr um ein Aufrechnen der gegenseitigen Solidarleistungen, was das typisierende Pflichtteilsrecht gerade verhindern will. Hier wurden nie welche erbracht. Eine hälftige Aufteilung hätte den Vorteil, dass die Frage, wer an dieser Zerrüttung Schuld ist, pauschal verteilt würde. Ein solcher Reformvorschlag muss sich allerdings an der durch das BVerfG vorgenommenen Auslegung von Art. 6 Abs. 5 GG messen lassen. Bei aller Skepsis gegenüber der vom BVerfG hierzu vertretenen Auffassung, ist es wahrscheinlich, dass das Gericht eine solche Regelung vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 5 GG für verfassungswidrig halten würde.

d) § 2333 Nr. 5 BGB sollte wegen der damit verbundenen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Bedenken abgeschafft werden. Stattdessen sollte die Pflichtteilsentziehung an eine schwere Verletzung von Pflichten i. S. d. § 1618a BGB und damit an eine Verfehlung gegenüber dem Erblasser anknüpfen. Hiervon wäre auch ein Versagen von Hilfe in hilfsbedürftiger Lage erfasst, was in vielen europäischen Rechtsordnungen als Entziehungsgrund anerkannt ist.⁷⁶ Rechtsprechung und Literatur haben bereits aus dem Normgebot des § 1618a BGB zahlreiche konkrete Beistands- und Rücksichtspflichten entwickelt,⁷⁷ sodass die vom BVerfG geforderte Normenklarheit wohl erreicht sein würde.

e) Die Entscheidung des BVerfG steht einer Umgestaltung des § 2336 Abs. 2 Hs. 2 BGB zu einer Soll-Vorschrift m.E. nicht entgegen.⁷⁸ Können die Erben den Entziehungsgrund nicht

⁷⁰ Das BVerfG drückt dies indirekt aus, wenn es nur davon spricht, dass der Erblasser gegenüber seinen Kindern auch nach seinem Tod noch Solidarpflichten habe, ohne dies als Ausgleich für vor dem Tod erbrachte Solidarleistungen der Kinder zu bezeichnen.

⁷¹ Schlüter, FS 50 Jahre BGH, S. 1047, 1075; St. Herzog, FF 2003, 19, 20.

⁷² Ähnlich auch Lange, AcP 204 (2004), 830 f., der wegen des weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Pflichtteilsentziehungsgründe trotz verfassungsmäßiger Verankerung des Pflichtteilsrechts sogar eine durch Regelbeispiele konkretisierte Generalklausel für zulässig und zweckmäßig erachtet, da hiermit ein höheres Maß an Einzelfallgerechtigkeit erreicht werden könne. Eine solche Generalklausel dürfe die Pflichtteilsentziehung aber nicht schon dann zulassen, wenn niemals Kontakt zur Familie gesucht worden sei, sondern erst dann wenn darin im Einzelfall eine Verletzung familiärer Pflichten zu sehen sei. Außerdem müsse sie aber eine Vermutung für erbrachte Solidarleistungen aufstellen. Auf Grund der Pauschalisierung der Konzeption des Pflichtteilsrechts und wegen der vom BVerfG geforderten Normklarheit, erscheint mir der hier vorgeschlagenen Weg aber als der bessere.

⁷³ So wohl auch Lange, AcP 204 (2004), 830.

⁷⁴ Hierzu näher St. Herzog, FF 2003, 21.

⁷⁵ Ähnlich Lange, AcP 204 (2004), 829 f.

⁷⁶ Henrich, DNotZ 2001, 441, 451.

⁷⁷ Vgl. die Nachweise bei Lange, AcP 204 (2004), 828.

⁷⁸ Ähnlich das slowenische Recht, vgl. Henrich/Schwab/Gec-Korošec/Kraljic, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, 2001, S. 293.

beweisen, so ist die Entziehung nicht gerechtfertigt. Steht es aber zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Erblasser aus einem in §§ 2333 ff. BGB genannten Grund den Pflichtteil gegenüber einem Abkömmling entzogen hat, so sollte der Wirksamkeit einer Entziehung nichts im Wege stehen.

VI. Fazit

Auf den ersten Blick scheinen sowohl die Entscheidung des BGH als auch die des BVerfG ganz auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung und herrschenden Lehre zu liegen, die sehr „pro Pflichtteilsrecht“ eingestellt ist. Dem „ungeduldi- gen“⁷⁹ Pflichtteilsberechtigten wird schon zu Lebzeiten ein Feststellungsinteresse hinsichtlich eines ihm gegenüber nicht bestehenden Pflichtteilsentziehungsrechts zugestanden; dem Erblasser somit schon zu seinen Lebzeiten ein Rechtsstreit über die Verteilung seines Nachlasses aufgezwungen. Das BVerfG stärkt die Position der Pflichtteilsberechtigten – vielleicht über Gebühr –, indem es das Pflichtteilsrecht nicht nur als verfassungsgemäß, sondern (zumindest was die nächsten

Abkömmlinge angeht) als durch das Grundgesetz garantiert sieht. Der von vielen Reformbefürwortern erwartete Durchbruch ist nicht vollbracht.

Bei näherem Hinsehen hat aber gerade die Entscheidung des BVerfG erhebliche Auswirkung auf die Auslegung der Pflichtteilsentziehungsgründe. Dies wird nach oben Gesagtem die Rechtsprechung dazu anhalten, von einer absolut engen Auslegung der Pflichtteilsentziehungsgründe nicht nur im Falle des § 2333 Nr. 1 BGB abzurücken. Die Entscheidung kann daher nur als Anstoß hin zu einem ausgewogeneren Verhältnis zwischen Testierfreiheit auf der einen und der Nachlasseteilhabe der Kinder auf der anderen Seite begrüßt werden. Dies wird hoffentlich dazu beitragen, dem Institut der Pflichtteilsentziehung die korrigierende Bedeutung zukommen zu lassen, die ihm nach der gesetzlichen Konzeption gebührt. Maßvolle, systemimmanente Reformen bleiben zulässig und erstrebenswert.

⁷⁹ So der BGH selbst noch in BGHZ 109, 306.