



Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht im Deutschen Anwaltverein
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Erbrecht im Deutschen Anwaltverein
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Juristinnenbund
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Familiengerichtstag e.V.
- Deutsches Forum für Erbrecht e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- Verband Deutscher Anwaltsnotare e.V.
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
- Redaktionen der NJW; FamRZ; FuR; Familie, Partnerschaft und Recht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 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. Damit kommt der Gesetzgeber nicht nur den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention nach, wie sie im Urteil des EGMR v. 28.05.2009 – 3545/04 – Brauer / Deutschland (NJW-RR 2009, 1603 ff) entwickelt wurden. Er erfüllt auch den Auftrag des Grundgesetzes, nichtehelichen Kindern die gleiche Stellung in der Gesellschaft zu verschaffen wie den ehelichen.

#### **1. Zu Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG-E**

Mit der geplanten Aufhebung der Stichtagsregelung des Art. 12 § 10 Abs. 2 NEhelG-E und der Gleichstellung der vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder mit ehelichen wird diese Absicht folgerichtig umgesetzt. Dies gilt insbesondere auch für die Gleichstellung der Abkömmlinge und anderer Verwandter dieser Kinder im Rahmen des gesetzlichen Erbrechts nach §§ 1924 ff BGB.

Richtig ist, dass das nichteheliche Kind erbrechtlich mit ehelichen Kindern nicht nur in den Fällen gleichgestellt werden soll, in denen zwischen dem Kind und dem Vater tatsächlich familiäre Beziehungen bestanden. Eine derartige Sichtweise wäre im Hinblick auf die Regelung in Art. 6 Abs. 5 GG problematisch (das Gebot der Gleichstellung knüpft nicht an die Existenz einer Familie an).

Die anzustrebende Gleichstellung sollte nicht dadurch verwässert werden, dass dem nichtehelichen Kind im Verhältnis zur Ehefrau oder dem Lebenspartner des Vaters nur eine Nacherbenstellung eingeräumt wird, Art. 10 Abs. 2 NEhelG-E. Das nichteheliche Kind würde durch die Einsetzung als Nacherbe nach dem Ehegatten oder Lebenspartner in seinen Rechten eingeschränkt. Durch die in der Praxis häufig zu beobachtende Konfrontation zwischen dem Vor- und Nacherben würde ferner eine problematische Konfliktlage geschaffen.

Für eine Schlechterstellung nichtehelicher Kinder bestehen auch unter Berücksichtigung der Entscheidungsgründe des Urteils des EGMR v. 28.05.2009 keine zwingenden Gründe. Solche wären aber erforderlich, um die erneute Ungleichbehandlung gegenüber spätergeborenen Kindern, seien sie ehelich oder nichtehelich, zu rechtfertigen. Vielmehr sollte auch inso-

weit die Auffassung des EGMR beachtet werden, dass der Gesichtspunkt des Vertrauens des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung nichtehelicher und ehelicher Kinder unterzuordnen ist (EGMR, a.a.O., Tz. 43).

Gilt dies nach Auffassung des EGMR schon für einen Erbfall, der sich im Jahr 1998 ereignete, besteht für einen Vertrauensschutz zu Lasten der Stellung des nichtehelichen Kindes für die Zeit nach der Verkündung des EGMR-Urteils erst Recht keine tragfähige Grundlage. Im Übrigen unterstellt der Entwurf bei der Abschaffung der Stichtagsregelung zu Recht selbst, dass das Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage spätestens durch die Entscheidung des EGMR erschüttert wurde. Ab Verkündung dieser Entscheidung hatten die Betroffenen hinreichend Anlass, durch eine letztwillige Verfügung entsprechend Vorsorge zu treffen.

Die Annahme, Ehegatte oder Lebenspartner gehörten regelmäßig derselben Generation an, erscheint fragwürdig, wenn man sich vor Augen hält, dass die potentiellen Erblasser mindestens 20 Jahre älter sein dürften als ihre vor dem 01.07.1949 geborenen, heute also über 60 Jahre alten Kinder. Nicht selten ist der Erblasser in zweiter Ehe mit einem wesentlich jüngeren Ehegatten verheiratet. Dabei privilegiert der Entwurf sogar Ehegatten und Lebenspartner aus Ehen oder Lebenspartnerschaften, die erst nach der Entscheidung des EGMR bzw. nach Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurden oder werden. In diesen Fällen war dem Erblasser aber ohne Weiteres eine Vorsorge durch letztwillige Verfügung möglich. Ein Vertrauenstatbestand, der eine fortbestehende Zurücksetzung des nichtehelichen Kindes rechtfertigen könnte, ist insoweit nicht gegeben.

Dazu kommen Zweifelsfragen und Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung. Insbesondere ist nicht zweifelsfrei, ob dem nichtehelichen Kind im Fall der Nacherbschaft das Ausschlagungsrecht des § 2306 BGB zustehen soll. Grundsätzlich führt die Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils nicht zur Pflichtteilsberechtigung, weil der Pflichtteilsberechtigte insoweit nicht durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB, statt aller etwa MünchKomm/Lange, 5. Aufl., § 2303 BGB Rn. 21).

Auch wenn der DAV nicht verkennt, dass die uneingeschränkte Gleichstellung der vor dem 01.04.1949 geborenen nichtehelichen Kinder in Einzelfällen zu Härten führen kann, namentlich wenn der sich in hohem Alter befindliche Erblasser seine Testierfähigkeit verloren hat und deshalb auf die geänderte Rechtslage nicht mehr reagieren kann, treten sie doch gegenüber den dargelegten rechtlichen und tatsächlichen Bedenken und Schwierigkeiten zurück. Vor allem aber sollte den vor 01.04.1949 geborenen nichtehelichen Kindern endlich

vorbehaltlos die gleiche rechtliche Stellung eingeräumt werden, wie allen anderen nichtehelich oder ehelich geborenen Kindern auch. Ihre Diskriminierung entspricht nicht mehr den heute ganz überwiegenden gesellschaftlichen Anschauungen. Sie sollte daher auch nicht in einem abgemilderten Umfang aufrechterhalten werden.

## **2. Zu Art. 12 § 10 Abs. 3 und 4 NEheG-E und zur Ablehnung einer Rückwirkung auf Erbfälle vor dem 29.05.2009**

Der Entwurf lehnt grundsätzlich eine rückwirkende Gleichstellung der vor dem 01.07.1949 Geborenen für Erbfälle ab, die bereits vor dem 29.05.2009 eingetreten sind. Lediglich für Fälle, in denen der Bund oder ein Land gem. § 1936 BGB Erben geworden sind, sieht er einen Entschädigungsanspruch in Höhe der entgangenen erbrechtlichen Ansprüche vor, § 10 Abs. 2 Abs. 3 und 4 NEheG-E.

Eine Rechtfertigung dafür, dass das nichteheliche Kind auf Entschädigungsansprüche gegen den Fiskus verwiesen werden soll, ist nicht ersichtlich. Nach Auffassung des DAV soll sich der Fiskus dem nichtehelichen Kind gegenüber nicht auf eine Rechtsposition berufen dürfen, die letztlich auf einer Diskriminierung dieser Kinder beruht.

Für die übrigen Ansprüche gilt:

Die leitenden Erwägungen der Entwurfsverfasser – keine rückwirkende Entziehung des bereits mit dem Erbfall erworbenen Eigentums und Hinnahme der konventionswidrigen Rechtslage für den Zeitraum vor der Entscheidung des EGMR, in dem diese beanstandet wurde (EGMR NJW 1979, 2449, Ls. 8 und Tz. 58) – treffen zwar aus rechtlicher Sicht zu. Gleichwohl gibt der DAV zu bedenken, dass der Ausschluss jeglicher erbrechtlicher Ansprüche der vor dem 01.04.1949 geborenen nichtehelichen Kindern nach der Entscheidung des EGMR v. 28.05.2009 spätestens mit Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes nicht mehr der Konvention entsprach.

Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass die Entscheidung einen Erbfall betraf, der zwischen dem 30.06. und 03.07.1998 eingetreten ist, und der Gerichtshof eine Entschädigung der Beschwerdeführerin gem. Art. 41 EMRK für den ihr versagten Erbteil für angezeigt hielt. Für seine Feststellung, die Argumente für die Diskriminierung der vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder gälten heute nicht mehr, verweist der EGMR zum einen darauf, dass der rechtliche Status nichtehelicher Kinder heute demjenigen der ehelichen entspreche. Dies war aber bereits mit Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes am 01.04.1998 der Fall. Die weiteren Gründe – einfache und zuverlässige Vaterschaftsfeststellung durch

DNA-Untersuchung und die schon früher erreichte Gleichstellung im Beitrittsgebiet – sprechen ebenfalls für einen spätestens 1998 abgeschlossenen Bewertungswandel (EGMR, a.a.O., Tz. 43). Leipold (ZEV 2009, 488, 492) hält bei noch nicht rechtskräftig entschiedenen Erbverhältnissen sogar eine konventionskonforme Auslegung der Stichtagsregelung für möglich.

Es wird daher angeregt zu prüfen, ob die Benachteiligung der vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder nicht schon rückwirkend zum 01.04.1998 gemindert werden kann. Denkbar wäre etwa die Einführung eines Anspruchs gegen die Erben, der in Höhe und Ausgestaltung dem Pflichtteilsanspruch entspricht. Dieser ließe die Eigentumsstellung der Erben unberührt und belastete sie nur mit einem Geldanspruch. Dabei könnte dieser Anspruch ähnlich § 2329 BGB auf den Wert des noch vorhandenen Nachlasses beschränkt werden, um den auf die bisherige Rechtslage vertrauenden Erben Dispositionsschutz zu gewähren.

### 3. Zu Art. 12 § 3 Abs. 1 S. 3 NEhelG-E

Kritisch ist in diesem Zusammenhang auch die Anpassung des Art. 12 § 3 Abs. 1 S. 3 NEhelG-E zu würdigen. Danach wird der Ausschluss der vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder für deren Nachkommen und Verwandte aufrechterhalten, wenn alle unmittelbar Beteiligten – Vater, Mutter und Kind – am 29.05.2009 verstorben waren. Auch insoweit bleibt die rechtliche Diskriminierung dieser nichtehelich geborenen Kinder ebenfalls in abgemilderter Form bestehen, da – wie im Entwurf an anderer Stelle ausdrücklich betont wird – im Übrigen die allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften des Verwandtenerbrechts gelten sollen (so auch Leipold ZEV 2009, 488, 491).

### 4. Zu Art. 12 § 3 Abs. 2 NEhelG-E

Dagegen wird die Angleichung der Anfechtungsregelungen in Art. 12 § 3 Abs. 2 NEhelG-E an die allgemein für die Vaterschaftsanfechtung geltenden Bestimmungen uneingeschränkt befürwortet. Sie entspricht der angestrebten Gleichstellung und Modernisierung des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens, das auch für die beizubehaltenden Vaterschaftsnachweise nach dem vor Inkrafttreten des NEhelG-E geltenden Recht gem. § 3 Abs. 1 S. 1 NEhelG-E Anwendung finden soll.

#### 5. Zu Art. 235 § 1 EGBGB-E

Die Aufhebung von Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB ist als redaktionelle Änderung ebenfalls zu befürworten. Für Erbfälle ab dem 29.05.2009 gilt uneingeschränkt das neue Recht. Für frühere Erbfälle bleibt es bei der bisherigen Rechtslage, die die schon zu Zeiten der DDR erreichte Gleichstellung der nichtehelichen Kinder aufrechterhielt. Da diesen Kindern bereits zum 29.05.2009 ein gesetzliches Erbrecht zustand, gelten für sie die Beschränkungen des Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheG-E weiterhin nicht. Ebenso wenig sind sie auf den neu eingeführten Entschädigungsanspruch gegen den Fiskus angewiesen.

Herrn Rechtsanwalt  
Dr. Wolfram Theiss  
Brienner Str. 28  
80333 München

Noerr LLP		München	
ZUM Akt	16. April 2010	bitte Akt	
1	2	3	
4	5	6	