

auf die schon diskutierten Verteilungsregeln.¹⁰¹ Aus den bereits genannten Gründen scheiden das Prioritäts- und Zufallsprinzip aus. Damit beschränkt sich die Wahl auf das Selbstbestimmungsrecht und damit die Wahlfreiheit des Schenkers¹⁰² oder eine Gleichbehandlungspflicht¹⁰³. Mit dem Notbedarf entsteht eine Mangellage, auf die der Schuldner mit der Einrede reagieren *kann*. Nach der in § 519 BGB getroffenen Wertung muss der Beschenkte als Gläubiger diese Beeinträchtigung seiner Rechtsposition hinnehmen. Das kann man dem G_1 gegenüber nur dann rechtfertigen, wenn ihm kein Sonderopfer im Vergleich zu G_2 aufgezungen wird. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie steht es zwar im Belieben des Schenkers, wem er ihm gehörende Gegenstände zuwendet und ob dies überhaupt geschieht. Weil die Einrede aber nicht auf dem Willen des Schenkers, sondern ausschließlich darauf beruht, dass der Notbedarf objektiv entsteht, so der Bundesgerichtshof zu § 528 Abs. 2 BGB, „kann ihm nicht überlassen bleiben, wer im Ergebnis die wirtschaftlichen Nachteile eines Notbedarfs tragen soll.“¹⁰⁴ G_1 hat daher ein schutzwürdiges Interesse, dass S die zeitgleich vorgenommene Schenkung an G_2 innerhalb des Schuldverhältnisses S- G_1 berücksichtigt. S ist daher bei der Ausübung der Einrede an den Grundsatz der Gleichbehandlung gebunden. Er darf seine Leistung gegenüber G_1 grundsätzlich nur anteilmäßig verweigern. Im Übrigen ist die Einrede unwirksam erhoben, weil sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz als objektive Grenze der Rechtsmacht des Schenkers verstößt.

Beispiel: S verspricht dem G_1 Barmittel von 50.000 € und der G_2 im Wert von 25.000 €. Es stellt sich ein Notbedarf von 30.000 € heraus. Klagt G_1 auf Erfüllung und erhebt S dagegen Einrede aus § 519 Abs. 1 BGB, ist die Klage iHv 30.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Klagt dagegen G_2 und erhebt S die Einrede, ist die Klage iHv 15.000 € begründet und wird im Übrigen als zur Zeit unbegründet abgewiesen.

VIII. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der Erbfolge

Das Erbrecht kennt mit der gewillkürten und der gesetzlichen Erbfolge zwei grundsätzlich gleichrangige,¹ auf unterschiedlichen Geltungsgründen beruhende

¹⁰¹ Siehe oben § 5 VII 2 b).

¹⁰² So Herrmann in: Erman, § 519 Rn. 4; Mansel in: Jauernig, BGB, § 519 Rn. 1.

¹⁰³ So die wohl hM: Neuner, AcP 203 (2003), 46, 58 f; Wimmer-Leonhardt in: Staudinger, § 519 Rn. 23; Koch in: MünchKomm-BGB, § 519 Rn. 5; Gehrlein in: Bamberger/Roth, BGB, § 519 Rn. 4; Weidenkaff in: Palandt, § 519 Rn. 5.

¹⁰⁴ BGHZ 137, 76, 86.

¹ Herkömmlich wird ein „Vorrang“ der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge postuliert (vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 8, 227 f; Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 44). Das ist missverständlich, weil beide Modi nebeneinander zur Verfügung stehen und sich lediglich anhand des Anknüpfungsgegenstandes (letztwillige Verfügung vorhanden/nicht vorhanden) unterscheiden; differenzierend auch Schmoeckl, Erbrecht 2009, § 12 Rn. 1 ff.

und strukturell voneinander zu trennende Institutionen.² In beiden Säulen lassen sich Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungsprinzipien³ sowie Nichtdiskriminierungsgrundsätze nachweisen.

1. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gewillkürten Erbfolge

Die gewillkürte Erbfolge wird maßgeblich vom Prinzip der Testierfreiheit geprägt.⁴ „Die Testierfreiheit als Bestandteil der Erbrechtsgarantie umfasst“, so das Bundesverfassungsgericht, „die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen, insbesondere einen gesetzlichen Erben von der Nachlassbeteiligung auszuschließen und wertmäßig auf den gesetzlichen Pflichtteil zu beschränken. Dem Erblasser ist hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, die Erbfolge selbst durch Verfügung von Todes wegen weitgehend nach seinen persönlichen Wünschen und Vorstellungen zu regeln.“⁵ Innerhalb der gewillkürten Erbfolge partizipieren die Angehörigen des Erblassers als Erbenanwärter – mit Ausnahme des Pflichtteils⁶ – nicht gleichberechtigt an der Verteilung des Nachlasses. Allerdings sieht das Gesetz die gleiche Berechtigung der vom Erblasser bestimmten Erben in vier Fällen vor, die man auf den vermuteten Willen des Erblassers zurückführen kann:⁷ (1.) Nach der Auslegungsregel des § 2052 BGB soll es auch innerhalb der gewillkürten Erbfolge zum Ausgleich lebzeitiger Zuwendungen kommen. Weil sich die gewillkürte Erbfolge im Ergebnis mit der gesetzlichen Erbfolge trifft, geht das Gesetz davon aus, dass der Erblasser das *dort* geltende Gleichberechtigungsprinzip *auch* hier *gewollt* hat.⁸ (2.) Lassen sich die Erbquoten oder ein gemeinschaftlicher Erbteil (§ 2093 BGB) mehrerer Erben überhaupt nicht bestimmen,⁹ „sind sie zu gleichen Teilen eingesetzt“, § 2091 BGB. Darin wird ein „Ausdruck der Gerechtigkeit wie der Resignation“ des Gesetzgebers gesehen.¹⁰ (3.) Ähnliches lässt sich für die gesetzliche Fiktion des § 2073 BGB sagen.¹¹ Ist die vom Erblasser gewählte Bezeichnung des Erben objektiv mehrdeutig und lässt sich nicht ermitteln, wen er meinte, gelten alle damit gemeinten Personen als Erben zu gleichen Teilen. In beiden Fällen fungiert die gleiche Berechtigung der Erben als Auffanglösung, weil sich der letztwil-

2 Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 20.

3 Zum Unterschied oben § 5 II 1.

4 Dazu jetzt näher Kroppenberg, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 153 ff.

5 BVerfGE 112, 332, 349.

6 Dazu gleich im Text.

7 Vgl. Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 32, der allerdings § 2052 BGB nicht erwähnt.

8 Siehe Schlüter in: Erman, § 2052 Rn. 1; Ann in: MünchKomm-BGB, § 2052 Rn. 1.

9 Zum Vorrang von Auslegung und gesetzlichen Auslegungsvermutungen *Schlichting* in: MünchKomm-BGB, § 2019 Rn. 3 ff.

10 Langel/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 556.

11 Vgl. Leipold in: MünchKomm-BGB, § 2073 Rn. 1 mwN.

ligen Verfügung kein ausreichender Verteilungsmaßstab entnehmen lässt. (4.) Hat der Erblasser mehrere Erben auf Bruchteile eingesetzt, ergibt deren Summe aber nicht den gesamten Nachlass, erhöht sich jeder Anteil *pro rata*, wenn sie nach dem Willen des Erblassers alleinige Erben sein sollen, § 2089 BGB. Von diesen Fällen der gleichen Berechtigung gewillkürter Erben muss man die Gleichbehandlung von (potentiellen) Erben streng unterscheiden.¹² Innerhalb der gewillkürten Erbfolge trifft den Erblasser jedenfalls im Ergebnis keine Gleichbehandlungspflicht. Er ist nicht gezwungen, die von ihm bestimmten Erben gleich zu behandeln. Daher kann er die jeweiligen Erbteile der gewillkürten Erben frei bestimmen.¹³ Er muss den Nachlass unter ihnen nicht gleich verteilen. Das belegt § 2048 BGB, der es als Ausprägung der Testierfreiheit dem Erblasser ermöglicht, die Teilung des Nachlasses unter Miterben nach seinem Belieben anzuordnen.¹⁴

Das *Gleichberechtigungsprinzip* ist auch Strukturmerkmal der Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff BGB).¹⁵ Die Erbengemeinschaft ist nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kein eigenständiges handlungs- und rechtsfähiges Rechtssubjekt, sondern lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.¹⁶ Über die ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung¹⁷ des Nachlasses (Geschäftsführung) und – nach umstrittener Auffassung¹⁸ – das Eingehen von Verpflichtungsgeschäften¹⁹ (Vertretungsbefugnis) wird durch Stimmenmehrheit (§ 2038 Abs. 2 BGB iVm § 745 BGB)²⁰ nach Anteilen (§ 2038 Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 745 Abs. 1 S. 2 BGB)²¹ entschieden. Im Übrigen sind alle Erben nach Köpfen gleich berechtigt, weil ihnen die außerordentliche Verwaltung (§ 2038 Abs. 1 BGB) und die Verfügung über Nachlassgegenstände (§ 2040 Abs. 1 BGB) gemeinschaftlich zusteht. Gemeinschaftlichkeit der Verwaltung bedeutet Einstimmigkeit nur im Prinzip, im Alltag herrscht die Mehrheit. Aufgrund der Verweisung auf die Verwaltungsregeln der Bruchteilsgemeinschaft²² stellt sich bei der Erbengemeinschaft ebenfalls die Frage, ob die bestehenden Schranken der Mehr-

12 Zum Unterschied des Gleichberechtigungsprinzips vom Gleichbehandlungsgrundsatz siehe oben § 5 II 1 b).

13 Vgl. *Leipold* in: MünchKomm-BGB, § 1937 Rn. 49.

14 Siehe *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2048 Rn. 11.

15 Dazu *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 34, der allerdings konsequent von „Gleichbehandlung“ spricht, während hier zwischen beiden Formen unterschieden wird, dazu § 5 II 1 b.

16 BGH NJW 2002, 3389, 3390 mwN; BGH NJW 2006, 3715, 3716.

17 Näher *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 172; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 26 ff.

18 Zum Meinungsstand näher *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 228 f; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 48 ff; *Schlüter* in: Erman, § 2038 Rn. 12 mwN; *Weidlich* in: Palandt, § 2038 Rn. 5.

19 BGHZ 56, 47, 49 ff; die Erstreckung auf Verfügungsgeschäfte wird von der Rechtsprechung noch überwiegend abgelehnt, BGHZ 164, 181 Rn. 9; differenzierend aber BGH NJW 2007, 150 Rn. 11 ff. Näher zum Ganzen *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 230 f; *Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313 ff.

20 Dazu vertiefend *Muscheler*, ZEV 1997, 169 ff.

21 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001, 24.

22 Dazu oben § 5 II 1 b) (1).

heitsherrschaft²³ weitergehend durch einen *Gleichbehandlungsgrundsatz* ergänzt werden. *Karlheinz Muscheler* verneint das.²⁴ Das überzeugt mich nicht, weil *Muscheler* den Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz gleichsetzt.²⁵ Im Ausgangspunkt gewährleistet das Gleichberechtigungsprinzip (§ 2038 Abs. 2 S. 1 BGB iVm § 745 Abs. 3 S. 2 BGB) lediglich, dass die Nutzungsquote des einzelnen Erben nicht beschränkt wird. Die Norm erlaubt eine ungleiche Verteilung der Nutzungsart, solange sie bei der Verteilung des Auseinandersetzungs Guthabens berücksichtigt wird.²⁶ Die Gleichbehandlung der einzelnen Erben im Rahmen der Nutzungsart ist damit nicht Regelungsgegenstand. Ich halte es daher für geboten, den bruchteilsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz²⁷ auf die Erbengemeinschaft entsprechend anzuwenden. Dabei tritt an die Stelle des einzelnen Gegenstandes der Bruchteilsgemeinschaft der gesamte Nachlass.²⁸ Verstößt der Mehrheitsbeschluss gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, ist er fehlerhaft. Fehlerhafte Beschlüsse der Erbengemeinschaft sind im Innen- und Außenverhältnis unwirksam.²⁹

2. Testierfreiheit und Diskriminierungsverbote

Die gewillkürte Erbfolge basiert auf der im einfachen Recht vorausgesetzten und in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG gewährleisteten Testierfreiheit.³⁰ Der Erblasser ist danach im Grundsatz nicht verpflichtet, bei der Bestimmung der Erben seine Abkömmlinge gleich zu behandeln.³¹ In der gewillkürten Erbfolge gibt es kein Recht eines Abkömmlings, Erbe zu werden.³² Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob der Erblasser seine Entscheidung an ein „verpöntes“ Diskriminierungsmerkmal³³ anknüpfen darf.

Ausgangspunkt ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Pla and Puncernau v. Andorra*.³⁴ Die Parteien stritten vor den nationalen Gerichten über eine Testamentsklausel aus dem Jahr 1939. Die 1949 verstorbene Erblasserin hatte darin eine Nacherbschaft für den Fall angeordnet,

23 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 170, 223 f.

24 *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 224.

25 Zum Unterschied oben § 5 II 1 b).

26 So auch *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 172.

27 Dazu oben § 5 II 1 b) (2).

28 Vgl. *Brox/Walker*, Erbrecht, 2009, Rn. 492.

29 Näher dazu *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 231 f.

30 Vgl. dazu bereits oben § 1 I 2.

31 Siehe BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 – Hohenzollern; BVerfGE 67, 329, 345; BVerfG NJW 2004, 2008; BVerfGE 112, 332, 349; BGHZ 70, 313, 324 ff; BGHZ 140, 118, 130; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 32; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 2001, 825; *Leipold*, Erbrecht, 2009, Rn. 255.

32 Zutreffend *Schmoeckel*, JZ 1999, 517, 518; *Gutmann*, NJW 2004, 2347, 2348.

33 Zu den Diskriminierungsgründen im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht vgl. unten § 6 III.

34 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>.

dass ihr Sohn, der testamentarische Erbe, den Nachlass nicht an einen Sohn oder Enkel „aus einer gesetzmäßigen und kanonischem Recht entsprechenden Ehe“ weitergeben konnte.³⁵ Der Sohn der Erblasserin heiratete und adoptierte gemeinsam mit seiner Frau zwei Kinder, darunter einen Jungen. Er setzte diesen als Nacherben für sein Vermögen und für das von ihm ererbte Vermögen der Erblasserin ein. Nach dem Tod des Erben klagten zwei Nachfahren der Erblasserin auf Herausgabe der Erbmasse und obsiegten in letzter Instanz. Das nationale Gericht interpretierte die Klausel dahingehend, dass es dem Willen der Erblasserin entsprach, nur vom Erben abstammende Kinder zu berücksichtigen. Maßgeblich dafür war seine Erwägung, dass mit der Adoption lediglich ein Eltern-Kind-Verhältnis begründet, das Kind aber nicht in den Familienverband aufgenommen werde. Damit sei der von der Klausel verfolgte Zweck nicht erfüllt. Dieser bestünde darin, das Familienvermögen innerhalb des Familienverbandes zu halten.³⁶ Adoptierte Kinder zählen danach nicht. Der Gerichtshof sah in dieser *Auslegung* einen offenkundigen Verstoß gegen Art. 14 EMRK iVm dem Recht auf Privatleben, Art. 8 EMRK.³⁷ Obwohl er nicht für die Entscheidung privater Zivilrechtsstreitigkeiten zuständig sei,

„it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.“³⁸

Weil sich im Testament kein ausdrücklicher Anhaltspunkt dafür finde, dass die Erblasserin adoptierte Söhne ausschließen wollte, sei das Gericht im Ergebnis aufgrund der konventionsrechtlichen Vorgaben gezwungen, einen solchen Ausschluss auch nicht über die Auslegung des Testaments zu rekonstruieren.³⁹ Ein verfahrensrechtlich ordnungsgemäß adoptiertes Kind ist „in the same legal position as a biological child of his or her parents in all respects: relations and consequences connected with his or her family life and the resulting property rights.“⁴⁰ Die Entscheidung ist auf scharfe Kritik gestoßen, vor allem deshalb, weil das Gericht in der Sache von einer unmittelbaren Horizontalwirkung des

35 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 11.

36 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 18.

37 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 62 zur Frage der zeitlichen Anwendbarkeit der EMRK.

38 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 59.

39 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 58, 60. Der Gerichtshof stellt insoweit lediglich auf die Auslegung der Klausel ab, siehe *Lange*, Erbrecht, 2011, § 2 Rn. 23.

40 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 61.

Art. 14 EMRK ausgehe.⁴¹ Das ist zweifelhaft, weil der Gerichtshof an einer Stelle betont, dass die Erblasserin eine Ungleichbehandlung ausdrücklich hätte treffen können und damit implizit von deren Wirksamkeit ausgeht.⁴² Damit bleibt die Frage, ob der Gleichheitssatz eine letztwillige Verfügung begrenzen kann, offen.

Die Antwort darauf hängt davon ab, ob das positive Recht ein an den Erblasser adressiertes Diskriminierungsverbot kennt. Das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht nimmt „erbrechtliche Schuldverhältnisse“ zwar von seinem Anwendungsbereich aus (§ 19 Abs. 4 AGG).⁴³ Allerdings kann eine Ungleichbehandlung der Abkömmlinge gegen das allgemeine Nichtdiskriminierungsrecht⁴⁴ verstoßen. Insbesondere die in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Wertungen können sich im Zivilrecht über die Generalklauseln, insbesondere § 138 Abs. 1 BGB, durchsetzen.⁴⁵ Daher ergibt die hier gestellte Frage nur dann Sinn, wenn man davon ausgeht, dass die Grundrechte im Allgemeinen und die Gleichheitsgrundrechte im Besonderen der Testierfreiheit Grenzen setzen können.⁴⁶ Nach der Rechtsprechung verlangt Art. 3 GG jedenfalls nicht, dass der Erblasser seine Abkömmlinge gleich behandeln muss.⁴⁷ Die Testierfreiheit umfasse das Recht, die Vermögensnachfolge *nicht* an den allgemeinen gesellschaftlichen Überzeugungen oder Anschauungen der Mehrheit ausrichten zu müssen.⁴⁸ Deshalb dürfe der Erblasser Personen gerade wegen ihrer Religion, ihres Geschlechts⁴⁹ oder ihrer sexuellen Identität „benachteiligen“. ⁵⁰ Andererseits wollen viele einer testamentarischen Ungleichbehandlung aus rassistischen Gründen die rechtliche Wirksamkeit versagen⁵¹. Diese Differenzierung innerhalb der von Art. 3 Abs. 3 GG genannten Gründe ist nicht

41 Siehe dazu *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489, 512 f mwN.

42 EGMR, Urt. v. 13.7.2004, App. No. 69498/01 – *Pla and Puncernau v. Andorra* = <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc/>, para. 58: „There is nothing in the will to suggest that the testatrix intended to exclude adopted grandsons. The Court understands that she could have done so but, as she did not, the only possible and logical conclusion is that this was not her intention.“

43 Statt aller *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, Rn. 40. Zum sachlichen Anwendungsbereich des AGG näher unten § 6 IV 1.

44 Zum Begriff unten § 6 I aE.

45 Zur Sittenwidrigkeit allgemein *Paal*, JZ 2005, 436; zum Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz außerhalb des AGG vgl. *Gaier/Wendtland*, AGG, 2006, 22-23; *Thüsing* in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 91 f; *Ambrosius* in: Däubler, AGG, § 19 Rn. 57; aus verfassungsrechtlicher Perspektive *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 395-396.

46 Dazu *Otte*, ZEV 2004, 393, 395. Kritisch *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 766; ablehnend, soweit es um Art. 3 GG geht, *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, 340-341.

47 BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38; BVerfG NJW 2000, 2495 Rn. 9; BVerfGE 67, 329; BGHZ 140, 118, 130; BGHZ 70, 313, 324-326.

48 BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38; BVerfG NJW 2000, 2495 Rn. 9; BayObLGZ 1996, 204, 226; *Isensee*, DNotZ 2004, 754, 758 f.

49 So etwa BGHZ 140, 118, 129 f (Ausschluss der weiblichen Abkömmlinge von der Nacherbfolge), insoweit von BVerfG NJW 2004, 2008 Rn. 38 nicht beanstandet; BGHZ 70, 313, 324-326 (Bevorzugung männlicher Abkömmlinge in erbvertraglichem Stiftungsgeschäft).

50 So z. Bsp. *Brox/Walker*, Erbrecht, 2009, Rn. 263. Anders aber *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 235 ff.

51 So schon *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157, 160, 179; *Stein* in: Soergel, § 1937 Rn. 26; dagegen jetzt *Otte* in: Staudinger, Vorbem. zu §§ 2064 ff, Rn. 152.

neu,⁵² wirft aber nach wie vor erhebliche methodische Probleme auf. Der Verfassungsgesetzgeber hat die „politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind, [...] verfassungskräftig verneint.“⁵³ Daraus folgt für die Berücksichtigung der objektiven Dimension des Art. 3 Abs. 3 GG im Zivilrecht, dass im Ausgangspunkt jedes dort genannte Merkmal „suspekt“ ist. Das scheint mittlerweile auch die Auffassung des Bundesgerichtshofs zu sein. Auslöser dafür waren die sog. „Ebenbürtigkeitsklauseln“.⁵⁴ Danach hängt die Erbenstellung davon ab, ob sich der potentielle Erbe „standesgemäß“ verheiratet oder aus einer „standesgemäßen“ Ehe hervorgegangen ist.⁵⁵ Der BGH verneinte im *Hohenzollernfall* letztlich nur im Ergebnis eine „gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßende [...] Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft“.⁵⁶ Der Abkömmling, der als Erbe grundsätzlich in Betracht kommt, durch Verfügung von Todes wegen aber von der Erbfolge ausgeschlossen ist, wird im Vergleich zu den anderen Abkömmlingen und tatsächlich eingesetzten Erben ungleich behandelt. Diese „Ungleichbehandlung des ältesten Sohnes des Erblassers, aber ebenso der übrigen – insbesondere weiblichen – Familienmitglieder“, so der Bundesgerichtshof, „ist Ausdruck der Testierfreiheit des Erblassers und überschreitet deren Grenzen nicht.“⁵⁷ Genauso gut könnte man formulieren, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, weil der Erblasser seine grundrechtlich geschützte Testierfreiheit ausübt. Problematisch war die Tatsache, dass die Erbfähigkeitsklausel keine „einfache“ Ungleichbehandlung, sondern eine gegen Art. 3 Abs. 3 GG verstoßende Diskriminierung nach Abstammung und Herkunft ist:

„Die Klausel knüpft die Folge der Erbfähigkeit nicht nur daran, daß der an sich berufene Abkömmling in einer nicht hausverfassungsmäßigen Ehe lebt. Sie führt vor allem auch dann zur Erbfähigkeit, wenn ein Abkömmling nicht aus einer hausverfassungsmäßigen Ehe stammt.“⁵⁸

Die Diskriminierung als solche führt nicht zur Unwirksamkeit der Erbklausel. Eine willkürliche Differenzierung kann nämlich Ausdruck der Testierfreiheit des

52 Siehe dazu bereits oben § 4 I 2 c.

53 BVerfGE 3, 225, 240.

54 Knapper Überblick bei *Leipold*, Erbrecht, 2009, Rn. 253–257b. Zum besonderen Problem des maßgeblichen Zeitpunkts siehe *Leipold*, LM § 138 (Cd) Nr. 30.

55 Siehe BGHZ 140, 118, aufgehoben durch BVerfG NJW 2004, 2008 (Ebenbürtigkeitsklausel greift in die Eheschließungsfreiheit des Abkömmlings ein); BVerfG NJW 2000, 2495, welches die Entscheidungen BayObLGZ 1996, 204, 224 ff und BayObLG FamRZ 2000, 380 bestätigt (kein Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit, wenn Erbvertrag die Erbenstellung von einer Zustimmung des Familienoberhaupts zur Heirat eines Abkömmlings abhängig macht).

56 BGHZ 140, 118, 131 ff (gerechtfertigt, weil sachliche Ziele verfolgt werden, insoweit von BVerfG NJW 2004, 2008 nicht beanstandet); siehe auch die Vorinstanz OLG Stuttgart FamRZ 1998, 260.

57 BGHZ 140, 118, 129 f.

58 BGHZ 140, 118, 131 ff.

Erblässers sein. Dazu der Bundesgerichtshof in einer vom Bundesverfassungsgericht *nicht* diskutierten⁵⁹ Passage seiner Entscheidung:

„[E]ine den Differenzierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG widerstreitende letztwillige Verfügung [kann] im Lichte der Testierfreiheit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen sittenwidrig sein. Ein solcher Ausnahmefall wird grundsätzlich nicht schon dann in Betracht kommen, wenn der Erblasser zwar in seiner letztwilligen Verfügung unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG differenziert, damit aber andere, von der Testierfreiheit gedeckte Ziele verfolgt wie insbesondere die aus Anlaß des Erbfall es erforderlich werdende Regelung seiner Vermögensverhältnisse und damit sachlich zusammenhängende Fragen.“⁶⁰

Die Testierfreiheit schützt also das (freiheitsrechtliche) Anliegen des Erblassers, unter allen Personen diejenige auszuwählen, die ihm am besten geeignet scheint, den Nachlass in seinem Sinne fortzuführen.⁶¹ Das ist aus zwei Gründen bemerkenswert: (1.) Gegenüber einer Diskriminierung kann sich nur eine positive Konzeption der Testierfreiheit durchsetzen. (2.) Die privatautonome Entscheidung des Erblassers ist rechtfertigungsbedürftig. Daraus sind Konsequenzen in methodischer Hinsicht zu ziehen: Die maßgeblichen Gründe des Erblassers sind als sachliche Gründe einer Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung auf der Rechtfertigungsebene zu verankern. Bei einer „einfachen“ oder „sonstigen“ Ungleichbehandlung bildet bereits der Hinweis auf die negative Konzeption der Testierfreiheit den sachlichen Grund. Anders bei einer Diskriminierung.⁶² Knüpft der Erblasser die Ungleichbehandlung an ein von Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich verbotenes Diskriminierungsmerkmal an, steigen auf der Rechtfertigungsebene die Anforderungen an den sachlichen Grund.⁶³ Der „nackte“ Verweis auf die Testierfreiheit als Schutz der negativen Freiheit genügt nicht mehr. Der Erblasser wird gezwungen, die von ihm mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele offen zu legen, damit sie einer gleichheitsrechtlichen Überprüfung standhalten können. Die Anknüpfung an das Diskriminierungsmerkmal muss mit Hilfe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden.⁶⁴ Voraussetzung ist, dass die Anknüpfung an ein verbotenes Diskriminierungsmerkmal von einem davon zu trennenden sachlichen Grund getragen ist. Es darf sich, mit anderen Worten, also nicht um eine intrinsische, sondern nur um eine instrumentale Diskriminierung handeln.⁶⁵ Die Anknüpfung an das Merkmal muss seinerseits geeignet und erforderlich sein, um diesen Zweck zu erreichen und sie muss das Freiheitsrecht des einen mit dem Gleichbehandlungsrecht des anderen in einen angemessenen Aus-

⁵⁹ Vgl. BVerfG NJW 2004, 2008.

⁶⁰ BGHZ 140, 118, 132.

⁶¹ BGHZ 140, 118, 133 f.

⁶² Eingehend dazu unten § 7 IV.

⁶³ I.E. auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 I 4 b).

⁶⁴ Vgl. BGHZ 123, 368, 378, wenn auch unter genau umgekehrten Vorzeichen: Das Gericht prüft dort einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, während hier das Grundrecht der Testierfreiheit als Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung geprüft wird.

⁶⁵ Zu den Begriffen näher unten § 6 V 1 c.

gleich bringen. Voraussetzung dafür ist es, die Diskriminierung des Abkömmlings als zweites Gleichheitsproblem zu erkennen.⁶⁶ Diskriminierungen wegen der Abstammung und Herkunft bzw. wegen des Geschlechts sind problematisch, weil sie stereotype Aussagen über Personen machen, die ihren Anspruch, als Gleiche wahrgenommen zu werden, verletzen. Im Hohenzollernfall knüpfte der Erblasser an diese Merkmale an, weil aus seiner vordemokratischen Sicht Frauen und nicht standesgemäße Abkömmlinge grundsätzlich nicht taugliche Erben sein können. Das Entscheidungsproblem lässt sich gleichheitsrechtlich rekonstruieren. Diesen Weg ist der Bundesgerichtshof freilich nicht gegangen.⁶⁷ Er behandelt den Konflikt vielmehr rein freiheitsrechtlich unter dem Aspekt der Begrenzung eines subjektiven Rechts. Ein sittenwidriger Ausnahmefall läge nur vor,

*„wenn die letztwillige Verfügung nach dem festgestellten Willen des Erblassers und den Umständen des Einzelfalls [...] darauf gerichtet und auch objektiv geeignet ist, den Betroffenen wegen des Merkmals, an das die Differenzierung anknüpft, nachhaltig in seiner Würde herabzusetzen“.*⁶⁸

Die Ungleichbehandlung wurde damit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Diskriminierungsopfers ersetzt. Das hat in Deutschland Tradition.⁶⁹ Das Bundesverfassungsgericht blendete die gleichheitsrechtliche Dimension des Falles schließlich ganz aus. Es untersuchte nur die Frage, ob die Klausel geeignet sei, „die Eheschließungsfreiheit des als Nacherben eingesetzten Abkömmlings des Erblassers mittelbar zu beeinflussen“.⁷⁰ Damit verfehlte es zwangsläufig die Punkte des Falles. Die Ebenbürtigkeitsklausel schränkte die „Freiheit, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner einzugehen“,⁷¹ nur ein, soweit es um die „Abstammung und Herkunft der zukünftigen Ehefrau“⁷² geht. Der Erblasser transportierte damit eine in monarchischen Staats- und (!) Gesellschaftsordnungen anerkannte Statushierarchie mittels privatrechtlicher Institutionen in demokratische Systeme, rettete und perpetuierte sie damit. Das Bundesverfassungsgericht wies mit Recht auf die Fragwürdigkeit dieses Vorgangs hin.⁷³ Daher erstaunt es um so mehr, dass es den darin liegenden Angriff auf den gleichen Status der zukünftigen Ehefrau oder des zukünftigen Kindes nicht thematisierte. Darin liegt ein klassischer Anwendungsfall einer Diskriminierung in Dreiecksverhältnissen.⁷⁴

66 Siehe dazu oben § 2 III.

67 Kritisch auch *Leipold*, FG 50 Jahre BGH (Bd. 2), 2000, 1011, 1043 f.

68 BGHZ 140, 118, 132, insoweit nicht von BVerfG NJW 2004, 2008 beanstandet.

69 Siehe dazu oben § 4 I 5.

70 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

71 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

72 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010.

73 BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 f.

74 Dazu ausführlich unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

3. Gleichberechtigung und Gleichbehandlung in der gesetzlichen Erbfolge

Bei der gesetzlichen Erbfolge gilt nach traditioneller Auffassung „der“ Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷⁵ Das primär herrschende Parentelsystem⁷⁶ beruht auf dem Gedanken der gleichmäßigen Verteilung des Nachlasses unter gleichrangigen Erben.⁷⁷ § 1924 Abs. 4 BGB steht dafür paradigmatisch. Wie im Übrigen die §§ 2050 ff BGB zeigen, geht das Gesetz insgesamt davon aus, dass der Erblasser bei der gesetzlichen Erbfolge oder einer dieser inhaltlich entsprechenden gewillkürten Erbfolge (vgl. § 2052 BGB) seine Abkömmlinge grundsätzlich gleich berechtigen will.⁷⁸ Danach müssen Abkömmlinge bei der gesetzlichen Erbfolge, mangels entgegenstehender Anordnung des Erblassers, Zuwendungen, die sie vor dem Erbfall von ihm erhalten haben (Vorempfänge), ausgleichen. Leitbild der gesetzlichen Erbfolge ist der *gleich gerechte* Erblasser, der eine gleichmäßige Vermögensausstattung seiner Kinder anstrebt.⁷⁹ Nach hier verwendeter Terminologie müsste man in diesen Fällen von Gleichberechtigung⁸⁰ sprechen: Das Gesetz – und nicht der Erblasser! – behandelt vergleichbare Gruppen von Angehörigen gleich. Mit der Festlegung der gesetzlichen Erbfolge gestaltet der Gesetzgeber das verfassungsrechtlich in Art. 14 Abs. 1 Var. 2 GG geschützte Institut „Erbrecht“ aus, indem er bestimmt, wie der Nachlass des Erblassers zu verteilen ist. Der Gesetzgeber genießt dafür einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Er muss allerdings den grundlegenden Gehalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung wahren und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten. Dazu gehören auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 3 GG.⁸¹ Die vom Gesetz bei der gesetzlichen Erbfolge vorgesehene gleiche Berechtigung vergleichbarer Angehöriger ist damit verfassungsrechtlich zwingend vorgegeben. *Anne Röthel* spricht plastisch von den „verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Gleichgerechtigkeit der Erbordnung“⁸². Die maßgeblich nach den familienrechtlichen Verwandtschaftsverhältnissen ausgerichtete Differenzierung zwischen den einzelnen Ordnungen (§§ 1924–1929 BGB) sowie das nach Stämmen bzw. Linien ausgerichtete Repräsentationssystem (vgl. § 1924 Abs. 2 BGB) und Eintrittsrecht (vgl. § 1924 Abs. 3

75 Grundlegend Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 31 ff, 148, 268 f.

76 Dazu Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 53.

77 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 31; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 2001, 228.

78 Schlüter in: Erman, § 2050 Rn. 1; Brox/Walker, Erbrecht, 2009, Rn. 528; Ann in: MünchKomm-BGB, § 2050 Rn. 1.

79 Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A57.

80 Zum Unterschied siehe oben § 5 II 1 b).

81 Vgl. BVerfGE 99, 341, 352 – *Behindertentestament*; BVerfGE 112, 332, 348 – *Pflichtteilsrecht*; zum Einfluss des Art. 3 GG auf das Erbrecht jetzt im Überblick Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A20 ff.

82 Röthel, Gutachten A, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentags, Berlin 2010, Bd. I, 2010, A 1, A56.

BGB) genügen diesen Anforderungen. Der Gesetzgeber darf und muss sich bei der Differenzierung an den Wertmaßstäben des Art. 6 GG orientieren.⁸³ Dabei hat er auch Art. 6 Abs. 5 GG als unmittelbar geltendes und ihn nach Art. 1 Abs. 3 GG bindendes Verfassungsrecht zu beachten.⁸⁴ Als besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes⁸⁵ verpflichtet ihn die Norm zur Gleichberechtigung des nichtehelichen Kindes im Erbrecht.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass Gleichberechtigung nicht notwendigerweise Gleichbehandlung bedeutet.⁸⁶ Danach genügt es, wenn dem nichtehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlass in Form eines Erbrechtes oder eines Geldanspruchs zuerkannt wird.⁸⁷ Der Gesetzgeber war daher *verfassungsrechtlich* nicht verpflichtet, das nichteheliche Kind *wie* ein eheliches zu behandeln. Entscheidend ist nur, dass das nichteheliche Kind wirtschaftlich *wie* ein eheliches am Nachlass partizipieren kann. Der Gesetzgeber des Jahres 1969 entschied sich daher gegen ein Erbrecht des nichtehelichen Kindes. Um Konflikte zu den ehelichen Abkömmlingen und dem Ehegatten zu vermeiden, war das nichteheliche Kind grundsätzlich nur in Form eines Geldanspruchs (Erbersatzanspruch, §§ 1934a ff BGB bzw. vorzeitiger Erbaugleich, §§ 1934d f BGB) zu beteiligen.⁸⁸ Diese Ungleichbehandlung wurde erst mit Wirkung zum 1.4.1998 beseitigt.⁸⁹ Allerdings nicht vollständig. Nach Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG ist jeder Erbanspruch eines vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kindes weiterhin ausgeschlossen.⁹⁰ Das ist nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch deshalb gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber das Vertrauen auf die Weitergeltung des alten Rechtszustandes schützen durfte.⁹¹ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschied dagegen im Jahr 2009, dass diese Gründe mittlerweile die Ungleichbehandlung der nichtehelichen Abkömmlinge nicht mehr rechtfertigen können.⁹² Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG verstößt damit gegen Art. 14 EMRK iVm Art. 8 Abs. 1 EMRK.⁹³ Die Vorschrift wird in absehbarer Zeit aufgehoben.⁹⁴ Damit werden

83 Vgl. BVerfGE 112, 332, 353 ff – Pflichtteilsrecht.

84 BVerfGE 25, 167, 178 ff.

85 BVerfGE 25, 167, 173 mwN.

86 Zu dieser Diskrepanz in anderem Zusammenhang oben § 5 II 1 b) (2).

87 BVerfGE 25, 167, 174; BVerfGE 44, 1.

88 Eingefügt mit Art. 1 Nr. 88 des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder (NichtehelG) v. 19.8.1969, BGBl. I S. 1243.

89 Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – Erb-GleichG) v. 16.12.1997, BGBl. I S. 2968.

90 Dazu näher Werner in: Staudinger, Vorbem zu §§ 1924-1936 Rn. 36 ff.

91 BVerfGE 44, 1, 24 ff, 34 f; BVerfG Beschl. v. 3.7.1996, 1 BvR 563/96 (juris) und zuletzt BVerfG ZEV 2004, 114.

92 EGMR, Urt. v. 28.8.2009, App. No. 3545/04 – *Bauer v. Deutschland* = ZEV 2009, 510 Rn. 43.

93 EGMR, Urt. v. 28.8.2009, App. No. 3545/04 – *Bauer v. Deutschland* = ZEV 2009, 510 Rn. 45. Näher dazu Leipold, ZEV 2009, 488 ff; aA KG Beschl. v. 29.6.2010, 1 W 161/10 (juris).

94 Dazu näher der Entwurf zum Zweiten Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder, BT-Drs. 17/3305.

die nichtehelichen Kinder bei Erbfällen ab dem 29.5.2009⁹⁵ auch dann wie eheliche behandelt, wenn sie vor dem 1.7.1949 geboren wurden.⁹⁶ Die Ungleichbehandlung bleibt danach in zwei Fällen bestehen: (1.) Beide Eltern und das Kind sind vor dem Stichtag verstorben.⁹⁷ (2.) Der Erbfall trat vor dem Stichtag ein.⁹⁸

4. Durchbrechungen der Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge

Anhand des Gleichberechtigungs- und Gleichbehandlungsprinzips lässt sich der strukturelle Unterschied von gewillkürter und gesetzlicher Erbfolge verdeutlichen: In der gewillkürten Erbfolge gilt das Gleichberechtigungsprinzip nur in einer Erbengemeinschaft; im Übrigen geht das Gesetz nicht von der Gleichberechtigung der (potentiellen) Erben aus. Auch der Erblasser ist im Ergebnis nicht zur Gleichbehandlung seiner Angehörigen verpflichtet. Diskriminiert er unter Anknüpfung an bestimmte persönliche Merkmale, wird die letztwillige Verfügung rechtfertigungsbedürftig. Bei der gesetzlichen Erbfolge verteilt der Staat den Nachlass. Daher ist er unmittelbar an den allgemeinen und die besonderen Gleichheitssätze gebunden. Setzt man diese privatrechtlich um, führen sie zur Gleichberechtigung und grundsätzlich auch zur Gleichbehandlung der Erben.

Das Gesetz führt die Dichotomie zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge nicht streng durch. Prinzipien der gewillkürten Erbfolge wirken sich auf die gesetzliche aus und umgekehrt. Ein Beispiel für den Einfluss der Testierfreiheit auch in der gesetzlichen Erbfolge findet sich in § 2050 Abs. 1 BGB. Danach greift das gesetzliche Gleichberechtigungsprinzip beim Ausgleich nur, soweit der Erblasser keine entgegenstehende Anordnung getroffen hat.⁹⁹ Anders formuliert: Der Wille des Erblassers ist Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung im System der gesetzlichen Erbfolge. Weil die Entscheidung des Erblassers dem System der gewillkürten Erbfolge zuzurechnen ist, ist er selbst nicht zur Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge verpflichtet.

Das wichtigste Beispiel dafür, wie sich das System der gesetzlichen Erbfolge auf die gewillkürte auswirken kann, ist das Pflichtteilsrecht. In jüngerer Zeit hat man die verfassungsrechtliche und rechtspolitische Rechtfertigung dieses Instituts kontrovers diskutiert.¹⁰⁰ Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur

95 Am 28.5.2009 erging die Entscheidung des EGMR; vgl. dazu BT-Drs. 17/3305, S. 7.

96 Vgl. näher BT-Drs. 17/3305, S. 6 f.

97 Vgl. Art. 12 § 10 Abs. 2 NichtehelG-E.

98 Vgl. Art. 3 des Gesetzentwurfes; zu den verfassungsrechtlichen Erwägungen dazu BT-Drs. 17/3305, S. 7 ff.

99 Näher *Ann* in: MünchKomm-BGB, § 2050 Rn. 21.

100 Zum Streit über den Normzweck vgl. einerseits *Martiny*, Gutachten A, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, A 1, A 65 ff und andererseits *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78, 79 f mwN. Instrukтив auch der Überblick bei *Haas*, ZEV 2000, 249, 250 ff; *Haas* in: Staudinger, Einl zu §§ 2303 ff Rn. 17 ff.

verfassungsrechtlichen *Pflicht* zum Pflichtteil dürfte hier für Orientierung sorgen.¹⁰¹ Das Pflichtteilsrecht sei danach tragendes Strukturprinzip des geltenden Erbrechts und als solches von der Institutsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst.¹⁰² Die strukturprägenden Merkmale der Nachlasseteilhabe von Kindern seien daneben auf Art. 6 GG zurückzuführen und Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasser und seinen Kindern bestehe.¹⁰³ Danach sichert der Pflichtteil eine bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass aus der Familiengebundenheit des Vermögens.¹⁰⁴ Die pflichtteilsberechtigten Personen („Abkömmlinge“) sind identisch mit den gesetzlichen Erben erster Ordnung (vgl. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB und § 1924 Abs. 1 BGB). Daher wird das Pflichtteilsrecht als partielle Verfestigung der gesetzlichen Erbfolge aufgefasst.¹⁰⁵ Das lässt sich an den Spuren der Gleichberechtigung im Pflichtteilsrecht¹⁰⁶ nachweisen. Dazu das Bundesverfassungsgericht:

„[D]as Pflichtteilsrecht [setzt] der Testierfreiheit des Erblassers und der damit für ihn eröffneten Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu ‘bestrafen’, Grenzen. Es beschränkt die Entscheidungsfreiheit des Erblassers, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise er seine Kinder an seinem Nachlass beteiligen will. Das Pflichtteilsrecht schließt auf diese Weise die Ungleichbehandlung von Kindern durch den Erblasser zwar nicht aus, aber es relativiert diese Möglichkeit.“¹⁰⁷

Diese Aussage muss aber relativiert werden. Es geht dem Pflichtteilsrecht nicht um die gleiche Behandlung der gesetzlichen Erben: Die enttäuschte Erberwartung pflichtteilsberechtigter Personen wird in verfassungsrechtlich zulässiger Weise¹⁰⁸ ausschließlich mit einem Geldanspruch kompensiert (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁰⁹ Es kann daher allenfalls um die „gleiche“ Berechtigung der gesetzlichen Erben gehen. Um die Eigengesetzlichkeit der *gewillkürten* Erbfolge nicht vollständig zu negieren, kann die vom Pflichtteilsrecht erstrebte „gleiche“ Berechtigung schon im Ausgangspunkt nicht auf eine gleiche wirtschaftliche Partizipation am Nachlass angelegt sein. „Verfassungsrechtlich muss lediglich eine unentziehbare angemessene Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers gewährleistet werden.“¹¹⁰ Dieser Aspekt erklärt letztlich die freiheitsdienende Funktion des gleichheitsrechtlichen Aspekts im Pflichtteilsrecht. Rückt man mit dem Bundes-

101 Skeptisch beispielsweise *Lange* in: MünchKomm-BGB, § 2303 Rn. 4 f.

102 BVerfGE 112, 332, 349 ff – *Pflichtteilsrecht*.

103 BVerfGE 112, 332, 352 ff – *Pflichtteilsrecht*.

104 BVerfGE 112, 332, 349 – *Pflichtteilsrecht*.

105 Vgl. *Leipold*, JZ 1996, 287, 288; *Martiny*, Gutachten A, in: Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentags, Berlin 2002, Bd. I, 2002, A 1, A 63.

106 Dazu *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 148, 269; *Gaier*, ZEV 2006, 2, 4.

107 BVerfGE 112, 332, 353 – *Pflichtteilsrecht*.

108 BVerfGE 112, 332, 354 – *Pflichtteilsrecht*.

109 *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, 23 f.

110 BVerfGE 112, 332, 355 – *Pflichtteilsrecht*.

verfassungsgericht die „bedarfsunabhängige Teilhabe am Nachlass“¹¹¹ und den Zusammenhang von Vermögen und Familie ins Zentrum der Rechtfertigung dieser Institution, dringt man zum primär freiheitsrechtlichen Charakter des Pflichtteilsrechts vor. Es sichert die Partizipation der Abkömmlinge am Vermögen des Erblassers und damit einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich, um ihnen eine eigenverantwortliche Gestaltung ihres Lebens auf der ökonomischen Basis des Vermögens des verstorbenen Elternteils zu ermöglichen. Ob diese Partizipation als solche auch in der gewillkürten Erbfolge gerechtfertigt ist, kann man mit guten Gründen bezweifeln.¹¹² Akzeptiert man sie, folgt daraus zwingend die gleiche Berechtigung aller Abkömmlinge am Nachlass. Diese Freiheit soll dem Kind im Kern auch dann erhalten bleiben, wenn eine „Entfremdung zwischen dem Erblasser und seinen Kindern“ eingetreten ist. Im Ergebnis darf der Erblasser seine Abkömmlinge innerhalb der gewillkürten Erbfolge ungleich behandeln. Mit dem Pflichtteilsanspruch sichert das Recht dennoch die gleiche Berechtigung der übergebenen Abkömmlinge, allerdings nur als Geldanspruch (§ 2303 Abs. 1 S. 2 BGB) und nur zur Hälfte des wirtschaftlichen Werts (§ 2303 Abs. 1 S. 1 BGB). Beides sind vom Standpunkt der gewillkürten Erbfolge aus betrachtet Eingriffe in die Willensherrschaft des Erblassers. Vom Standpunkt der gesetzlichen Erbfolge aus gesehen, handelt es sich um Konzessionen an das Prinzip der Testierfreiheit.¹¹³ Von diesem Standpunkt aus erklärt sich auch die fortbestehende Ungleichbehandlung der übergebenen Abkömmlinge zu einem letztwillig bedachten Kind: Sie ist gerechtfertigt, weil die Testierfreiheit des Erblassers ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist.

IX. Zwischenergebnis – Zurück in die Zukunft?

1. Heterogenität klassischer Legitimationsstrategien

Aus den problembeladenen Versuchen *Ludwig Raisers*¹ und *Götz Huecks*² zur Begründung einer allgemeinen Gleichbehandlungspflicht zog *Franz Bydlinski* vor einem halben Jahrhundert die Konsequenz, und gab die Hoffnung auf eine einheitliche, positive Begründung der Gleichbehandlungsfälle endgültig auf.³ Diesen Befund haben *Axel Metzger* und *Friedemann Kainer* jüngst in zwei unabhängig voneinander vorgelegten Studien bestätigt.

111 BVerfGE 112, 332, 350 – *Pflichtteilsrecht*.

112 *Dauner-Lieb*, FF 2001, 78, 79 f.

113 Vgl. zum Abwägungsvorgang BVerfGE 112, 332, 354 f – *Pflichtteilsrecht*.

1 Dazu oben § 4 I 1.

2 Siehe oben § 4 I 3.

3 *Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 42; ähnlich auch *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 600 (kein einheitliches Rechtsprinzip, sondern jeweils verschieden zu begründende Gleichbehandlungsprinzipien mit unterschiedlichen Funktionen).