

# Aktuelle Praxisprobleme des Erbnunwürdigkeitsrechts

Jan Holtmeyer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht und Steuerrecht, Leipzig.

Das Recht der Erbnunwürdigkeit scheint von einer gewissen Beharrlichkeit geprägt. Anders als z. B. im Pflichtteilsrecht, in dem das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrecht vom 2.7.2009 (nachfolgend Erbrechtsreformgesetz genannt) wesentliche Neuerungen erbracht hat<sup>1</sup> und jüngere Gerichtsentscheidungen zur Bewertung von Lebensversicherungen gemäß § 2311 BGB<sup>2</sup> oder zum Fristlauf gemäß § 2325 Abs. 3 BGB beim Vorbehalt von Wohnrechten<sup>3</sup> zum Andauern lebhafter Diskussionen geführt haben, vermittelt das Schrifttum zu den §§ 2339-2345 BGB den Eindruck, als seien hier die wesentlichen Fragen seit Längerem bereits erschöpfend diskutiert (wenn auch nicht einhellig geklärt). Dieser Eindruck täuscht. Das Bundesverfassungsgericht hat mit einer jüngeren Entscheidung zum Pflichtteils- und Erbnunwürdigkeitsrecht die Weichen für die Auslegung der Erbnunwürdigkeitsgründe der Tötungsdelikte gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 neu gestellt, nämlich zum Schuldbegriff (dazu nachstehend I.) und zur Bedeutung dieser Erbnunwürdigkeitsgründe als Bestandteil des deutschen *ordre public* im Internationalen Privatrecht gemäß Art. 6 EGBGB (dazu nachstehend IV.). Die wachsende Anzahl älterer Menschen und – damit verbunden – von Betreuungen verstärkt auch die Einfluss- und Missbrauchsmöglichkeiten des Betreuers hinsichtlich des Betreuten als potenziellen Erblassers, die von der herrschenden Auslegung der Erbnunwürdigkeitstatbestände nicht hinreichend berücksichtigt werden (dazu nachstehend II.). Der Grundsatz der Subsidiarität der Sozialhilfe macht in jüngerer Zeit auch vor der Anrechnung erbrechtlichen Erwerbs nicht halt. Es stellt sich die Frage, ob diese Entwicklung auch für das Anfechtungsrecht gemäß § 2341 BGB Bedeutung hat (dazu nachstehend III.).

## I. Der Schuldbegriff bei den Tötungstatbeständen des § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB

Gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB ist erbnunwürdig, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht hat.

### 1. Die herrschende Lehre: Schuld im Sinne strafrechtlicher Verantwortlichkeit

Nach herrschender Lehre muss der Täter schuldhaft gehandelt haben und zwar im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seiner Tat. Unzurechnungsfähigkeit schließt also Erbnunwürdigkeit aus.<sup>4</sup>

### 2. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005

Es erscheint fraglich, ob diese Rechtsansicht nach einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005<sup>5</sup> aufrechterhalten werden kann. In dieser Entscheidung zur Pflichtteilsentziehung wegen Lebensnachstellung gemäß § 2333 Ziff. 1 BGB ging es um einen schuldunfähigen Täter, der seine Mutter zunächst mehrfach tätlich angegriffen hatte und später erschlug. Das Bundesverfassungsgericht kam zum Ergebnis, dass für die Lebensnachstellung natürlicher Vorsatz ausreicht, es also auf ein Verschulden im strafrechtlichen Sinne nicht ankommt.<sup>6</sup> Es betont dabei einerseits den hohen Rang des Pflichtteilsrechts des Abkömmlings, das als bedarfsunabhängiges Recht sogar Verfassungsrang gemäß Art. 14 Abs. Satz 1 iVm Art. 6 Abs. 1 GG hat, andererseits aber die ebenso grundrechtlich ebenfalls über Art. 14 GG geschützte Testierfreiheit des Erblassers.<sup>7</sup> Bei einem außergewöhnlich schweren Fehlverhalten des Abkömmlings gegenüber dem Erblasser, das für diesen die Nachlasseteilhabe des Abkömmlings unzumutbar mache, habe die Testierfreiheit Vorrang.<sup>8</sup> Diesem Gebot sei bei einer verfassungskonformen Auslegung von § 2333 Ziff. 1 BGB Rechnung zu tragen, eben dadurch, dass für die Lebensnachstellung eine zielgerichtete Handlung ausreiche, strafrechtliche Schuld also nicht erforderlich sei. Dieser Auslegung stehe auch nicht der Wortlaut oder die Entstehungsgeschichte des § 2333

Ziff. 1 BGB entgegen.<sup>9</sup> Ob dies auch für § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB gilt, hat das Bundesverfassungsgericht mangels Entscheidungserheblichkeit dahinstehen lassen.<sup>10</sup>

Für das Recht der Pflichtteilsentziehung hat sich der Gesetzgeber die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung des § 2333 Abs. 1 Ziff. 4 BGB gemäß dem Erbrechtsreformgesetz zu eigen gemacht, der lautet:

„Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn der Abkömmling (...) wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleiches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömmlings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Erziehungsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.“

Die Erweiterung auf die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Erziehungsanstalt soll nach

1) BT-Drucks. 16/13543; dazu z. B. Holtmeyer, *ErbR* 2009, 298 ff; Klingerl/Mörtl, *NJW-Spezial* 2009, 503 ff; Klinck, *ZEV* 2009, 533 ff; Lange, *DNotZ* 2009, 732 ff; Kuhn, *FamRB* 2009, S. 357 ff; Langensfeld, *NJW* 2009, 31241 ff; Ludyga, *ZErB* 2009, 289 ff; Wälzholz, *DSrR* 2009, 2104 ff.  
2) OLG Düsseldorf, *ZEV* 2008, 292 ff; OLG Stuttgart, *NJW-RR* 2008, 389 ff; LG Paderborn, *FamRZ* 2008, 1292 ff; LG Göttingen, *ZEV* 2007, 386 ff; MüKo/Lange, 4. Auflage 2004, § 2325 Rn 22; Staudinger/Olshausen, 13. Auflage 1993 ff, § 2315 Rn 38; Erman/Schlüter, 12. Auflage 2008, § 2325 Rn 1; Soergel/Dieckmann, 13. Auflage 2000 ff, § 2325 Rn 22; Bamberger/Roth/H. Mayer, 1993, § 2325 Rn 9; Ahrens, *ErbR* 2008, 247 (250); Elfring, *ZEV* 2004, 305 (307); Kuhn/Rohlfing, *ErbR* 2006, 11 (15); Progl, *ZErB* 2008, 288 (291).  
3) OLG Düsseldorf, *FamRZ* 1997, 1114; OLG Celle, *OLGR* 2003, 371 ff; OLG Bremen, *NJW* 2005, 1726; OLG München, *ZEV* 2008, 480 ff; OLG Karlsruhe, *FamRZ* 2008, 1377 f; LG Dortmund, Urteil vom 18.4.2008, Az. 7 O 343/06 (nicht veröffentlicht); s. ferner Überblick bei Herrler, *ZEV* 2008, 461 ff.  
4) Staudinger/Olshausen, § 2339 Rn 25; MüKo/Helms, § 2339 Rn 11.  
5) BVerfG, 1 BvR 1644/00.  
6) BVerfG, *NJW* 2005, 1561 (1566); dem folgt nunmehr z. B. Palandt/Edenhofer, 68. Auflage 2009, § 2333 Rn 3.  
7) BVerfG, *NJW* 2005, 1561 (1563).  
8) BVerfG, *NJW* 2005, 1561 (1565).  
9) BVerfG, *NJW* 2005, 1561 (1566).  
10) BVerfG, *NJW* 2005, 1561 (1566).

dem Gesetzgeberwillen dem Umstand Rechnung tragen, dass gemäß dem vorgenannten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005 eine Pflichtteilsentziehung nicht nur bei strafrechtlicher Schuld, sondern auch bei „natürlichem Vorsatz“ geboten ist.<sup>11</sup> Für das Recht der Pflichtteilsentziehung hält der Reformgesetzgeber daher den Entzug der grundsätzlich grundrechtlich geschützten Mindestbeteiligung am Nachlass auch dann, wenn der Betroffene nicht im engen strafrechtlichen Sinne schuldfähig ist, für angemessen.

### 3. Die Konsequenzen für die Auslegung der § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 1 und 2 BGB

Dies dürfte Auswirkungen auch für die Auslegung der Erbnwürdigkeitsgründe haben.<sup>12</sup> Zwar hat der Reformgesetzgeber die Vorschriften der §§ 2339–2345 ff BGB nicht geändert und finden sich in den Begründungen zum Gesetzesentwurf vom 2.7.2009 und seinen Vorläufern keine entsprechenden Erwägungen. Dies dürfte, worauf Helms<sup>13</sup> zu Recht hinweist, damit zusammenhängen, dass die Reformdiskussion vor allem unter dem Blickwinkel des Verhältnisses zwischen Testierfreiheit und dem Prinzip des Verwandtenerbrechts geführt wurde und die Pflichtteilsentziehung, anders als die Erbnwürdigkeit, auf einer direkten Willensäußerung des Testierenden beruht. Allerdings hat der Reformgesetzgeber auch den Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Ziff. 1 BGB („nach dem Leben trachten“) nicht geändert, ohne dass nach der Begründung zum Gesetzesentwurf vom 2.7.2009 zweifelhaft sein sollte, dass für dessen Verwirklichung nunmehr „natürlicher Vorsatz“ ausreicht.

#### a) Normzweck der §§ 2339 ff BGB: u. a. Ergänzung des Pflichtteilsentziehungsrechts

Nach herrschender Meinung besteht der Normzweck der §§ 2339 ff BGB in einer Ergänzung insbesondere der §§ 2333 ff BGB<sup>14</sup>, was sich für den in § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB normierten Tötungsversuch auch in einer Auslegung zeigt, die im Einklang mit § 2333 Ziff. 1 BGB („nach dem Leben Trachten“) steht. Angesichts dessen erscheint es als konsequent, spätestens mit dem Inkrafttreten des Erbrechtsreformgesetzes auch für die vorsätzliche und widerrechtliche Tötung und den Tötungsversuch gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB nicht mehr (volle) strafrechtliche Schuld zu verlangen, sondern „natürlichen Vorsatz“ ausreichen zu lassen. Die noch vor dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005 zum seinerzeit anhängigen Verfahren, 1 BvR 1644/00, geäußerte gegenteilige Ansicht von Helms beruft sich auf die restriktive Gesetzesfassung, die noch nicht einmal die fahrlässige Tötung umfasse.<sup>15</sup> Dagegen spricht aber, dass in Hinblick auf den vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit der Nachlasseteilhabe ein deutlicher Unterschied zwischen der vorsätzlichen (wenngleich schuldlosen) Tatbegehung einerseits und der fahrlässigen Tatbegehung andererseits besteht.

#### b) Die Gesetzgebungsgeschichte

Für einen Willen des Gesetzgebers zur restriktiven Auslegung des Erbnwürdigkeitsgrundes der vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung geben die Gesetzesmaterialien im Übrigen nichts her. Zwar enthielt die einschlägige Vorschrift der ersten Entwurfsfassung zum BGB, der E I § 2045 noch nicht den Tatbestand des Tötungsversuchs, allerdings findet sich bereits zum Tatbestand der vorsätzlichen und widerrechtlichen Tötung in den Motiven die Begründung, dass – auf der subjektiven Seite –

der Wille zur Tötungshandlung ausreiche.<sup>16</sup> Noch deutlicher ist die Begründung durch die 2. Kommission, dass „blutige Hand kein Erbe nehmen solle“ und „durch die Tötung der Täter jedes Band zwischen sich und dem Erblasser zerrissen habe“.<sup>17</sup> Die Ablehnung des Tatbestands des Tötungsversuchs durch die 1. Kommission beruhte darauf, dass „nicht vom Gesichtspunkt der Strafe ausgegangen sei“.<sup>18</sup> Dem ist aber wohl lediglich die Zurückhaltung der 1. Kommission zu entnehmen, die Beurteilung der Erbnwürdigkeit dem Strafrecht mit seinen ggf. vom Zivilrecht abweichenden Wertungen zu überlassen.<sup>19</sup> Die 2. Kommission sah auf entsprechenden Vorschlag eines Kommissionsmitglieds die Aufnahme des Tötungsversuchs demgegenüber als selbstverständlich an.<sup>20</sup>

Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte ist daher der Schluss auf einen restriktiven Gesetzgeberwillen hinsichtlich der Erbnwürdigkeitsgründe der vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung nicht angebracht. Für einen derartigen Willen kann auch aus der Fassung der Erbnwürdigkeitsgründe allgemein nichts hergeleitet werden, denn nach zutreffender Ansicht geben diese für Verallgemeinerungen weder im Sinne einer extensiven noch einer restriktiven Auslegung Anlass.<sup>21</sup>

## II. „Heimunterbringung“ und Erbnwürdigkeit gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 oder Ziff. 2 BGB

Nach geltendem Betreuungsrecht soll, wie sich aus § 1897 Abs. 4 und 5 BGB ergibt, für die Bestellung zum Betreuer das Wohl des Betreuten ausschlaggebend sein.<sup>22</sup> In der Praxis ist es aber nicht selten, dass – z. B. mangels anderer Verwandter, die zum Betreueramt bereit oder in der Lage sind – als Betreuer ein Verwandter bestellt wird, dessen Verhältnis zum Betreuten bestenfalls unpersönlich ist oder sich im Laufe der Betreuung, sei es aufgrund der Mühen des Amtes oder aus sonstigen Gründen, abkühlt.

### 1. Das Problem: die Verhinderung der Testamenterrichtung oder -änderung des „behinderten“ Betreuten durch den „passiven“ Betreuer

Nicht selten ist, dass sich der Betreute im Laufe der Betreuung vom Betreuer vernachlässigt fühlt. Damit einher geht zuweilen die Drohung, den Betreuer zu enterben. Oftmals ist der Betreute aber zur Errichtung eines entsprechenden Testaments körperlich ohne Weiteres nicht mehr in der Lage, z. B. weil er blind oder gelähmt ist, sodass er nur ein notarielles Testament errichten kann. Ist der der Betreute aufgrund der Veranlassung des Betreuers und in Ausfüllung des Aufgabenkreises

11) BT-Drucks. 16/8954, S. 25.

12) In diesem Sinne bereits Damrau/Mittenzwei, *Praxiskommentar Erbrecht*, 2004, § 2339 Rn 9.

13) In MüKo, § 2339 Rn 4.

14) MüKo/Helms, § 2339 Rn 3; Staudinger/Olshausen, § 2339. Rn 6.

15) MüKo/Helms, § 2339 Rn 11.

16) *Motive*, Band V Erbrecht, S. 517.

17) *Protokolle*, Band V Erbrecht, S. 636.

18) *Motive*, Band V Erbrecht, S. 518.

19) Eine ähnliche Zurückhaltung des historischen Gesetzgebers zeigt sich gegenüber der Anknüpfung an die strafrechtliche Begriffsbildung zum seinerzeitigen Tatbestandsmerkmal des „Betrugs“ im E I § 103 Abs. 1 Alt. 2, der Vorläufervorschrift zum heutigen § 123 BGB („arglistige Täuschung“), vgl. *Motive*, Band I Allgemeiner Teil, S. 208.

20) *Protokolle*, Band V Erbrecht, S. 637.

21) Staudinger/Olshausen, § 2339, Rn 21; MüKo/Helms, § 2339 Rn 7.

22) Palandt/Diederichsen, § 1897 Rn 22; BayObLG, FamRZ 2002, 768.

„Aufenthaltsbestimmung“ in einem Heim untergebracht<sup>23</sup>, ist der Betreute zur Verwirklichung seines Testierwillens, der den Kontakt zum Notar voraussetzt, letztlich auf die Mitwirkung des Betreuers als dessen „Mittler zur Außenwelt“ angewiesen. Kennt der Betreuer den Wunsch des Betreuten zur Errichtung des ihn enterbenden Testaments, stellt sich die Frage, ob seine Passivität diesem Wunsch gegenüber mit der Folge, dass die Errichtung unterbleibt, als Erbunwürdigkeitsgrund zu bewerten ist.

Geht man sachverhaltlich davon aus, dass der Betreuer die Heimunterbringung bereits bewirkt hat, bevor er vom Testamentsänderungswillen des Betreuten erfährt, scheidet eine Verhinderung im Sinne des § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB in Form eines – aktiven – Tuns aus und es kommt lediglich ein Handeln in Form des Unterlassens bei Bestehen einer Handlungspflicht in Betracht, was aber zur Tatbestandserfüllung ausreicht.<sup>24</sup> Legt man hierfür die Maßstäbe der Garantenstellung gemäß § 13 StGB an,<sup>25</sup> wird man eine Verpflichtung des Betreuers dazu, dem Testamentsänderungswillen des Betreuten zu verwirklichen, aus dem Gesichtspunkt der „engen Gemeinschaftsbeziehung“ bejahen können, wie sie z. B. auch für Pflegeverhältnisse vertreten wird.<sup>26</sup> Dafür spricht auch die in § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB normierte Verpflichtung des Betreuers, den Wünschen des Betreuten zu entsprechen, soweit dieses dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.

## 2. Überblick: keine Erbunwürdigkeit nach der herrschenden Auslegung zu § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3 und § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB

Fraglich ist aber, ob in unserem Fall auch die Anforderungen an die subjektive Tatbestandsseite erfüllt sind. Die wohl herrschende Ansicht in der Literatur fordert für § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB, dass die dort beschriebene Verhinderung absichtlich geschieht.<sup>27</sup> Dies wird offenbar als Absicht im strafrechtlichen Sinne verstanden, wonach der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg anstrebt.<sup>28</sup> Folgt man dieser zu § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB zur „vorsätzlichen Verhinderung“ vertretenen Auslegung, scheidet eine Erbunwürdigkeit des die Testamentserrichtung hindernden Betreuers nach dieser Vorschrift in unserem Fall aus, wenn dieser zwar die Verhinderung nicht gerade beabsichtigt, sie aber als sichere Folge seines Unterlassens voraussieht. Es kommt dann zwar eine Erbunwürdigkeit gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3. BGB in Betracht wegen des Versetzens des Erblassers in den Zustand der Testierunfähigkeit, wofür keine Absicht gefordert wird.<sup>29</sup> Dies scheidet aber aus, wenn nach zuweilen vertretener Ansicht dieser Zustand ein körperlicher oder geistiger sein muss und z. B. ein Einsperren des Erblassers nicht ausreicht,<sup>30</sup> sinngemäß also die Herbeiführung einer das Testieren hindernden Körper- oder Geistesschwäche verlangt wird. Die Kombination dieser Auslegungen zu § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 2 BGB führt also dazu, dass in unserem Falle eine Erbunwürdigkeit nicht vorliegt. Dieses Ergebnis gibt Anlass, die Berechtigung dieser Auslegungen genauer zu prüfen.

## 3. „Versetzen in den Zustand der Testierunfähigkeit“?

Die Auslegung des § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3 BGB, wonach der durch das Versetzen herbeigeführte Zustand der Testierunfähigkeit ein Zustand körperlicher oder geistiger Testierunfähigkeit sein muss, ergibt sich jedenfalls nicht eindeutig aus dem

Wortlaut dieser Vorschrift. Auch die historische Auslegung ist unergiebig: Zwar ist die Herbeiführung der Testierunfähigkeit durch eine körperliche Misshandlung in den Gesetzgebungsmaterialien erwähnt, aber nur beispielhaft.<sup>31</sup> Für ein derartiges Verständnis des in § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB verwendeten Begriffs der „Unfähigkeit“ spricht allerdings, dass die vom Gesetzgeber verwendeten ähnlichen Begriffe des „Nichtimstandeseins“ (Geschriebenes zu lesen) und des „Unvermögens“ (zu sprechen) in § 2233 Abs. 2 und 3 BGB aF<sup>32</sup> ebenfalls körperlich definiert wurden.<sup>33</sup> Ist mit dieser Ansicht daher der Weg verschlossen, beim passiven Betreuer die Herbeiführung von Testierunfähigkeit iSd § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3 BGB beim Erblasser zu bejahen, ist die Anwendbarkeit von § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB zu prüfen.

## 4. Keine „Verhinderung der Errichtung/Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen“?

Für die Auslegung des § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB, die den Vorsatz einengend als Absicht versteht, kann aus dem Wortlaut dieser Vorschrift nichts gewonnen werden. Nach einhelligem Verständnis umfasst Vorsatz neben Absicht auch den direkten Vorsatz (Wissen um den sicheren Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs) sowie den dolus eventualis, bei dem der Täter die Verwirklichung des tatbestandlichen Erfolgs ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.<sup>34</sup>

Möglicherweise erklärt sich die für den Vorsatz in § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB Absicht fordernde Ansicht aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.<sup>35</sup> In der Begründung zum Entwurf der Ersten Kommission zum seinerzeitigen E I § 2045 Ziff. 2, der mit § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB wortlautgleich ist, findet sich zwar noch keine Differenzierung hinsichtlich der Vorsatzarten,<sup>36</sup> allerdings liefern die Verhandlungen der Zweiten Kommission dazu einen Anhaltspunkt. Dort ging es um die Frage, ob der Fall, dass der Erblasser nicht in der Absicht, ihn testierunfähig zu machen, sondern nur objektiv durch irgendeine vorsätzliche Handlung des Erben, z. B. eine schwere körperliche Misshandlung, an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung gehindert werde, unter E I § 2045 Ziff. 2 falle. Die Zweite Kommission verneinte dies,<sup>37</sup> ohne allerdings explizit auszuführen, welches Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt sei. In Betracht kommt, dass in diesem Fall nach Ansicht der Zwei-

23) Vgl. Palandt/Diederichsen, § 1896, Rn 20.

24) Palandt/Edenhofer, § 2339 Rn 5.

25) Was explizit nicht gefordert wird, aber gedeckt ist von der zu allen Erbunwürdigkeitsgründen § 2339 BGB vertretenen Ansicht, dass ein strafbares Verhalten erforderlich ist, so z. B. Soergel/Damrau, § 2339 Rn 2.

26) Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1996, § 59 IV. 3. b.

27) Staudinger/Olshausen, § 2339 Rn 35; Brox/Walken, Erbrecht, 23. Auflage 2009 Rn 277; Schlüter, Erbrecht, 16. Auflage 2007, Rn 415.

28) Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 29 III. 1; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 27. Auflage 2006, § 15 Rn 64.

29) Vgl. Staudinger/Olshausen, § 2339 Rn 32; Soergel/Damrau, § 2339 Rn 4.

30) Staudinger/Olshausen, § 2339 Rn 32; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Auflage 2001, § 6 II 1, Fn. 27.

31) Protokolle der Kommission für die II. Lesung des BGB, Band V, Erbrecht, Nr. 383. S. 639.

32) Aufgehoben durch das Gesetz vom 23.7.2002 (BGBl I, S. 2850).

33) Vgl. Palandt/Edenhofer, 61. Auflage 2001, § 2233 Rn 2 f.

34) Vgl. nur Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 29 III. 2. und 3.

35) Ohne dass die Vertreter dieser Ansicht sich allerdings darauf berufen würden, vielmehr sucht man – jedwede – Begründung dieser Einschränkung vergebens.

36) Motive zum BGB, Band 5, Erbrecht, S. 517.

37) Protokolle der Kommission für die II. Lesung des BGB, Band V, Erbrecht, Nr. 383. S. 639.

ten Kommission entweder – objektiv – die Verhinderung oder – subjektiv – der dort geforderte „Vorsatz“ nicht vorlag. Da allerdings nichts dagegen spricht, die Verhinderung der letztwilligen Verfügung durch eine schwere körperliche Misshandlung unter E I § 2045 Ziff. 2 zu subsumieren, könnte man der Haltung der Zweiten Kommission durchaus entnehmen, dass sie einen einfach-vorsätzlichen Verhinderungswillen nicht ausreichen ließ, sondern eine Verhinderungsabsicht verlangte. Allerdings wird man diese Argumentation nicht überbewerten dürfen. Denn die Zweite Kommission versuchte damit in erster Linie die Existenzberechtigung des E I § 2045 Ziff. 1, letzte Alternative („Versetzen in den Zustand der Testierunfähigkeit“)<sup>38</sup>, gegen einen entsprechenden Streichungsvorschlag zu verteidigen. Dazu hätte es indessen nicht bedurft, in E I § 2045 Ziff. 2 das Absichtserfordernis hineinzulesen. Ein von der „Verhinderung“ gemäß E I § 2045 Ziff. 2/§ 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB nicht erfasster Anwendungsbereich der dritten Alternative des E I § 2045 Ziff. 1/§ 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB besteht nämlich, wenn der Täter die Testierunfähigkeit eines Erblassers herbeiführt, der (noch) gar keinen Testierwillen hat, z. B. des Erblassers vor Vollendung des 16. Lebensjahrs, § 2229 Abs. 1 BGB. Denn § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB verlangt, dass der Erblasser einen konkreten Errichtungs- oder Aufhebungsakt beabsichtigt.<sup>39</sup> Es ist daher aus systematischen Gründen nicht veranlasst, die Abgrenzung zwischen § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3 BGB einerseits und § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB andererseits anhand unterschiedlicher Vorsatzformen vorzunehmen.

Im Übrigen war die Unterscheidung zwischen Absicht, einfachem Vorsatz und *dolus eventualis* bereits zur Zeit der Entstehung des BGB bekannt<sup>40</sup> und auch der historische Zivilgesetzgeber war für strafrechtliche Vorsatzprobleme sensibilisiert, wie aus der Entwurfsbegründung zum E I § 103, der Vorgängervorschrift des heutigen § 123 BGB, hervorgeht, der als Tatbestandsmerkmal statt der „arglistigen Täuschung“ noch den „Betrug“ enthielt.<sup>41</sup> Eine Ausklammerung der beiden letztgenannten Vorsatzformen aus dem Anwendungsbereich des § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB könnte also auch nicht mit dem seinerzeitigen Entwicklungsstand der Straf- oder Zivilrechtswissenschaft begründet werden.

Auch Sinn und Zweck des § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB decken die Ansicht, dass jede Art von Vorsatz ausreicht. Denn dieser liegt darin, dass der Erbunwürdige den Erblasser daran hindert, von seiner Testierfähigkeit Gebrauch zu machen.<sup>42</sup> Diese Verhinderung liegt aber nicht nur bei absichtlichem Handeln, sondern auch bei direktem Vorsatz oder *dolus eventualis* vor. Daher sollte in unserem Fall die vorsätzliche und widerrechtliche Verhinderung der Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen durch den Betreuer bejaht werden.

### III. Erbanfechtungsberechtigung und Sozialrecht

In jüngerer Zeit sind erbrechtliche Rechtspositionen verstärkt aus dem sozialrechtlichen Blickwinkel betrachtet worden. Dabei geht es neben der Frage, ob und ggf. in welchem Umfang sich der Sozialleistungen beziehende Erbe eine Erbschaft anrechnen lassen muss<sup>43</sup>, auch um die Überleitung gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII (§ 90 Abs. 1 BSHG aF), wonach der Sozialhilfeträger für von ihm erbrachte Hilfe auf das Vermögen des Hilfeempfängers zurückgreifen kann.<sup>44</sup> Für denjenigen Verwandten des Erblassers, der Sozialleistungen bezieht und bei Erbunwür-

digkeitserklärung eines Dritten nächstberufener Erbe gemäß § 2344 Abs. 2 BGB würde, scheint sich die Problematik einer Überleitung des Rechts zur Erbanfechtung gemäß § 2341 BGB ebenfalls zu stellen. Zur Frage der Zugriffsmöglichkeiten Dritter hat es in Kommentaren zum Erbunwürdigkeitsrecht diesbezüglich meist mit der Feststellung, dass das Anfechtungsrecht nicht verpfändet oder gepfändet werden könnte, sein Bewenden.<sup>45</sup> Allerdings ist § 93 Abs. 1 SGB XII *lex specialis* gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO<sup>46</sup>, sodass insoweit der Überleitung nichts entgegensteht.

#### 1. Überleitung des Anfechtungsrechts gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII und „Höchstpersönlichkeit“

Das Überleitungsrecht könnte allerdings mit Blick auf die Höchstpersönlichkeit des Anfechtungsrechts gemäß § 2341 BGB<sup>47</sup> problematisch sein. Das lenkt den Blick auf Lösungen für parallele Fragestellungen in anderen Rechtsbereichen: Im Pflichtteilsrecht wird wegen der Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts<sup>48</sup> überwiegend gefolgert, dass der Sozialhilfeträger nicht das Ausschlagungsrecht des Hilfeempfängers auf sich überleiten kann, um auf diese Weise über § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB auf dessen Pflichtteilsanspruch zugreifen zu können.<sup>49</sup> Problematisch ist dort, ob der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch auch in denjenigen Fällen auf sich überleiten kann, in denen gemäß dem Wortlaut einer Pflichtteilsstrafklausel in einem Ehegattentestament die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs (über den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten) zum Verlust der Erbschaft nach dem zuletzt versterbenden Ehegatten führt; in diesem Verlust könnte eine der Ausschlagung wirtschaftlich gleichstehende Folge gesehen werden mit der Folge, dass dies ebenfalls der Überleitung des Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger entgegenstehen würde.<sup>50</sup> Diese Fragestellung ist für bestimmte Fälle des sog. Behindertentestaments virulent.<sup>51</sup> Der BGH hat in zwei jüngeren Entscheidungen das Ergebnis vermieden, dass die Geltend-

38) Des heutigen § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 Alt. 3 BGB.

39) *Motive*, S. 518; *Staudinger/Olshausen*, § 2339 Rn 33; *Palandt/Edenhofer*, § 2339 Rn 5; *MüKo/Helms*, § 2339 Rn 18.

40) S. z. B. *Binding*, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 7. Auflage 1907, § 47.

41) *Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band I, *Allgemeiner Teil*, S. 208.

42) *Vgl. Motive*, S. 517; *Protokolle*, S. 635; *Staudinger/Olshausen*, § 2339 Rn 4; *Soergel/Damrau*, § 2339 Rn 1.

43) *Dazu jüngst: SG Dortmund, Beschluss vom 25.09.2009, Az. S 29 AS 309/09 ER, ferner etwa: SG Aachen, Urteil vom 11. 9. 2007, Az. S 11 AS 124/07.*

44) *S. allgemein zur Überleitung von Ansprüchen gemäß SGB XII ausführlich: Hufmann, ZEV 2005, 54 ff.*

45) *Palandt/Edenhofer*, § 2341 Rn 1; *MüKo/Helms*, § 2341 Rn 3; *Soergel/Damrau*, § 2341 Rn 2.

46) *Staudinger/Haas*, § 2317 Rn 48 a.

47) *Langel/Kuchinke*, *Erbrecht*, § 6 III. 3. a).

48) *Vgl. nur Damrau/Masloff, Praxiskommentar*, § 1952 Rn 1; *Palandt/Edenhofer*, § 1952 Rn 1.

49) *So z. B. OLG Stuttgart, FamRZ 2002, 367 (369); OLG Frankfurt, ZEV 2004, 24 (25); MüKo/Lange*, § 2317 Rn 10; *Soergel/Dieckmann*, § 2306 Rn 36; *aA: van de Loo*, *NJW* 1990, 2852 (2856).

50) *Vgl. zum Streitstand: MüKo/Lange*, § 2317 Rn 10; *Staudinger/Haas*, § 2317 Rn 48 c.

51) *Bei der dort interessierenden Ausgestaltung des Behindertentestaments versucht der Testator, die Stellung des bedachten Behinderten dadurch zu verbessern, dass er diesem im Testament Leistungen zuwendet, die er zusätzlich zu den Leistungen der Sozialhilfe erhalten soll. Gleichzeitig soll der Nachlass dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen werden. Eine derartige Regelung kann sich auch in einem Ehegattentestament finden, in dem die Ehegatten sich gegenseitig zu Alleinerben des zuerst Versterbenden, den behinderten Abkömmling zum Schlusserven einsetzen, eine Pflichtteilsstrafklausel für diesen Abkömmling anordnen und über seinen Erbteil Testamentsvollstreckung anordnen des Inhalts, dass aus dem Nachlass Leistungen an den Abkömmling zu erbringen sind, die entfallen sollen, wenn sie auf die Sozialhilfe anzurechnen sind.*

machung des Pflichtteilsanspruchs durch der Sozialhilfeträger wegen der Pflichtteilsstrafklausel zum Verlust des Erbteils nach dem letztversterbenden Ehegatten führte,<sup>52</sup> und ist dabei überwiegend auf Zustimmung gestoßen.<sup>53</sup> Welche Konsequenzen sich aus dieser Rechtsentwicklung für das Spannungsverhältnis zwischen dem Überleitungsrecht des Sozialleistungsträgers und der Höchstpersönlichkeit des in Betracht kommenden überleitenden Rechts ergeben, soll hier nicht allgemein entschieden werden.

## 2. Eigenes Anfechtungsrecht des Fiskus gemäß § 2341 BGB

Für das Erbnunwürdigkeitsrecht wird diese Fragestellung in der Praxis nämlich erheblich dadurch entschärft, dass nach § 2341 BGB jeder anfechtungsberechtigt ist, dem der Wegfall des Erbnunwürdigen, sei es auch nur bei dem Wegfall eines anderen, zustatten kommt. Dieses Anfechtungsrecht hat über § 1936 BGB demnach auch der Fiskus.<sup>54</sup> Er kann daher – als gesetzlich zuletzt berufener Erbe – das Anfechtungsrecht auch ausüben, wenn der bei Erfolg der Erbanfechtung zuvor berufene Empfänger von Sozialleistungen sein Anfechtungsrecht nicht ausübt. Dies folgt aus dem Sinn des § 2341 BGB, wonach die Erbnunwürdigkeit nicht an der Passivität eines Anfechtungsberechtigten scheitern soll.<sup>55</sup> Die erfolgreiche Geltendmachung der Erbnunwürdigkeit durch die vom Fiskus betriebene Anfechtungsklage und der Anfall der Erbschaft an den Bezieher von Sozialleistungen hat zur Folge, dass sich der Erbe ggf. sein Erbe auf Sozialleistungen anrechnen lassen muss.

## IV. Kollisionsrechtliche Probleme bei sog. Ehrenschildmorden

In den letzten Jahren haben Fälle Aufsehen erregt, in denen junge in Deutschland lebende Frauen von ihren nächsten Verwandten, meist ihren Brüdern, getötet wurden, weil sie durch ihren modernen, westlichorientierten Lebensstil nach Auffassung der Täter die Ehre der Familie beschädigt hätten. Bekannt wurden Fälle aus türkischen Familien, aber auch aus „Communities“ mit anderweitigem Migrationshintergrund. Zum Teil beriefen sich die Täter auch auf islamische Wertvorstellungen.<sup>56</sup>

### 1. Das Problem: Ggf. keine Erbnunwürdigkeit des Mörders gemäß dem durch das deutsche IPR berufenen Recht

Neben der allfälligen strafrechtlichen haben diese Fälle unter Umständen auch eine prekäre erbrechtliche Dimension: Geht man von der nicht ungewöhnlichen Konstellation aus, dass das Opfer kinderlos war und kein Testament hinterlassen hat, kommt in Betracht, dass der Täter zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört, der Bruder z. B. dann, wenn ein Elternteil nicht mehr lebt. War das Opfer – gemäß seiner kulturellen Aufgeschlossenheit – mit einem Deutschen verheiratet, findet sich der deutsche Ehemann ggf. in einer Erbengemeinschaft mit einem Mörder wieder. Ob dessen Nachlasseteilhabe aus dem Gesichtspunkt der Erbnunwürdigkeit verhindert wird, entscheidet sich nach dem über das deutsche Kollisionsrecht berufenen anwendbaren Erb(sach)recht, das durchaus nicht immer das deutsche Erbrecht sein muss. In diesem Zusammenhang sollen im Folgenden einige ausgewählte typische Konstellationen betrachtet werden.

### 2. „Deutsch-türkische“ Fälle:

War die Erblasserin Türkin, finden die Regelungen der §§ 14 ff der Anlage zu Art. 20 des Konsularvertrages zwischen der Türkischen Republik und dem Deutschen Reiche vom 28.5.1929<sup>57</sup> (nachfolgend deutsch-türkisches Nachlassabkommen genannt) als gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 1 EGBGB dem autonomen Kollisionsrecht vorrangige Vorschriften Anwendung. Hinsichtlich des – hier schwerpunktmäßig behandelten – beweglichen Nachlasses finden gemäß § 14 Abs. 1 des deutsch-türkischen Nachlassabkommens die Gesetze des Landes, dem die Erblasserin zurzeit ihres Todes angehörte, Anwendung.

#### a) Erblasserin mit doppelter Staatsangehörigkeit

Hatte die Erblasserin gleichzeitig die deutsche Staatsbürgerschaft, findet das deutsch-türkische Nachlassabkommen keine Anwendung.<sup>58</sup> Es findet also unmittelbar Art. 25 Abs. 1 EGBGB und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB Anwendung, wonach deutsches Erb(sach)recht berufen ist. Dieser Anwendungsvorrang des deutschen Erbrechts ist unbedingte, es spielt es also keine Rolle, ob die Indizien des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB (z. B. gewöhnlicher Aufenthalt, wirtschaftliche und berufliche Beziehungen, sprachliche und kulturelle Zugehörigkeit<sup>59</sup>; diese wären freilich im vorliegenden Falle zu bejahen, in dem die Erblasserin in Deutschland lebte und ggf. arbeitete und ihre Aufgeschlossenheit für die Lebensformen ihrer deutschen Umwelt z. B. durch entsprechende sprachliche Fertigkeit und Freundschaften zeigte) in concreto auf deutsches Recht hinweisen. In dem oben gebildeten Fall besteht dann eine Erbengemeinschaft zwischen dem Ehemann und dem Täter (u. ggf. weiteren Verwandten des Opfers). Der Ehemann kann dann die Nachlasseteilhabe des Täters durch Anfechtungsklage wegen Erbnunwürdigkeit gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB verhindern.

#### b) Erblasserin mit ausschließlich türkischer Staatsangehörigkeit

War das Opfer ausschließlich türkische Staatsangehörige, findet türkisches Erb(sach)recht Anwendung. Nach dem türkischen Zivilgesetzbuch in der Fassung des Gesetzes Nr. 4721 vom 22.11.2001<sup>60</sup> gehören zu den gesetzlichen Erben der Ehegatte (Art. 499 ZGB), und, wenn Kinder nicht vorhanden sind, die Eltern. Ist ein Elternteil vorverstorben, treten an deren Stelle die Nachkommen (Art. 496 Abs. 2 ZGB). Somit entsteht auch nach türkischem Recht in dem von uns betrachteten Fall eine Erbengemeinschaft zwischen dem Ehemann und dem Täter (u. ggf. weiteren Verwandten des Opfers). Auch das türkische Recht sieht Erbnunwürdigkeit desjenigen vor, der den Erblasser vorsätzlich und rechtswidrig getötet hat (Art. 578 Abs. 1 Ziff. 1

52) BGH FamRZ 2005, 448 (450); BGH NJW-RR 2006, 223 (224).

53) Vgl. z. B. Staudinger/Haas § 2317 Rn 48c; Kasper in: Anwaltshandbuch Erbrecht, 2. Auflage 2007, § 21 Rn 8.

54) Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 6 III 3. a).

55) Vgl. Palandt/Edenhofer, § 2341 Rn 1.

56) Vgl. dazu z. B. <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,411282,00.html>;

<http://www.stern.de/panorama/ehrenmord-urteil-neun-jahre-haft-fuer-den-bruder-559477.html>.

57) Abgedruckt bei Ferid/Firsching/Dörner/Hausman, Internationales Erbrecht, Loseblattsammlung, Länderteil „Türkei“, Texte A Nr. 1.

58) Staudinger/Dörner, EGBGB, Vorbem. Art. 25, Rn. 173.

59) MüKo/Sonnenberger, EGBGB Art. 5 Rn. 5.

60) Abgedruckt bei Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Länderteil „Türkei“, Texte B Nr. 2.

ZGB). Anders als im deutschen Recht tritt die Erbinwürdigkeit ohne Erfordernis einer Willenserklärung oder einer Klage ein, und zwar ex tunc.<sup>61</sup> Somit wird auch nach türkischem Recht die Nachlasseteilhabe des Mörders verhindert.

### 3. Fälle der Anwendung einer „islamischen“ Rechtsordnung

War das Opfer weder deutsche noch türkische Staatsangehörige, wird – vorbehaltlich einer gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB angenommenen Rückverweisung auf das deutsche Sachrecht – über Art. 25 Abs. 1 EGBGB oder vorrangiges staatsvertragliches Kollisionsrecht ggf. das materielle Erbrecht eines anderen Staates zur Anwendung berufen.<sup>62</sup> Dieses Ergebnis, die Anwendung eines dem deutschen Rechtsanwender ggf. völlig fremden Rechts, ist Konsequenz des Festhaltens des IPR-Reformgesetzgebers am Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit des Erblassers, anstatt modernere wie den gewöhnlichen Aufenthalt zu wählen, wie es rechtspolitisch z.T. seit geraumer Zeit gefordert wird.<sup>63</sup> Allerdings hat die Kommission der EU am 14. Oktober 2009 einen „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses“ vorgelegt.<sup>64</sup> Art. 16 des Vorschlags sieht vor, dass grundsätzlich die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates unterliegt, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.<sup>65</sup>

Handelt es sich bei dem durch das derzeitige deutsche IPR berufenen Recht um dasjenige eines Staates mit islamischer Rechtsordnung, d. h. einer Rechtsordnung, deren Rechtsquellen – vereinfacht ausgedrückt – vorrangig im Koran in der Sunna des Propheten Mohammeds, im Konsens der Rechtsgelehrten und den darauf aufbauenden Methoden der Rechtsfindung bestehen,<sup>66</sup> steht der überlebende deutsche Ehemann vor dem Problem, sich ggf. in einer Erbengemeinschaft mit dem Mörder wiederzufinden.

#### a) Problem der Apostasie/interreligiöser Erbverbote

Es kommt nämlich in Betracht, dass nach einer heutzutage freilich kaum vorherrschenden Auffassung vom Koran die Hinwendung der Erblasserin zu den westlich orientierten Lebensformen als Apostasie im Sinne des Abfalls vom Islam aufgefasst wird, die ggf. den Verlust der bürgerlichen Rechte nach sich zieht<sup>67</sup>, sodass sich die Frage eines zu vererbenden Nachlasses streng genommen überhaupt nicht stellt. Weniger weitgehend kommen interreligiöse Erbverbote vor, die den deutschen nicht muslimischen Ehemann als Erben ausschließen.<sup>68</sup> Bereits derartige Rechtsinstitute werfen die Frage der Vereinbarkeit mit den deutschen (Grund-)Rechtsvorstellungen<sup>69</sup> auf, die aus Raumgründen hier allerdings nicht vertieft werden kann.

#### b) Fehlende Erbinwürdigkeitsregelung gemäß dem islamischen Recht und deutscher ordre public

Auch wenn sich aus dem im Einzelfall anwendbaren islamischen Recht aus den vorgenannten Gesichtspunkten nichts gegen die (Mit-)Erbenstellung des überlebenden deutschen Ehemanns ergibt, mag das Problem auftreten, dass dieses Recht keinen Ausschluss des Mörders der Erblasserin von der Nachlasseteilhabe unter dem Gesichtspunkt der Erbinwürdigkeit

vorsieht. Dann stellt sich die Frage, ob dieser Ausschluss über die deutsche Sachrechtsvorschrift des § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB aufgrund der ordre public – Klausel des Art. 6 EGBGB – erreicht wird.

Allerdings wird die kollisionsrechtlich unbedingte Anwendung der deutschen Erbinwürdigkeitsgründe (einschließlich der Tötung des Erblassers gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB) z.T. verneint<sup>70</sup> oder jedenfalls für zweifelhaft gehalten.<sup>71</sup> Die Berechtigung dieser Auffassung soll im Folgenden genauer untersucht werden.

Art. 6 EGBGB bestimmt, dass eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden ist, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist. Art. 6 EGBGB kommt auch in Betracht, wenn sich die Unvereinbarkeit aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung des Auslandsrechts ergibt,<sup>72</sup> hier also bei Fehlen von Erbinwürdigkeitsgründen. Nicht jede Abweichung des ausländischen vom deutschen Sachrechts (auch nicht von dessen zwingenden Normen) stellt allerdings einen Verstoß gegen den ordre public dar, vielmehr muss der Widerspruch zu den dem deutschen Recht zugrunde liegenden Gerechtigkeitsvorstellungen gerade untragbar sein.<sup>73</sup>

Gemäß dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005 gebietet die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, Regelungen vorzusehen, die dem Erblasser eine Entziehung oder Beschränkung der Nachlasseteilhabe des Kindes ermöglichen wegen groben Fehlverhaltens oder bei Gründen, die schwerwiegend genug sind, um von einer Unzumutbarkeit für den Erblasser, auszugehen. Der in § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB normierte Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund der vorsätzlichen rechtswidrigen Tötung des Erblassers genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen.<sup>74</sup> Das Fehlen einer die Nachlasseteilhabe des Erblassermörders ausschließenden Regelung würde daher meines Erachtens einen Verstoß gegen die grundrechtlich gewährte Erbrechtsgarantie darstellen. Insoweit spricht also nichts dagegen, in dem Ergebnis des ausländischen Rechts, dass der Mörder der Erblasserin Miterbe wird einen

61) Süß/Haas, *Erbrecht in Europa*, 2. Auflage 2008, Länderteil „Türkei“ Rn 75.

62) Für eine Sonderanknüpfung der Erbinwürdigkeit dagegen MüKo/Birk, *EGBGB Art. 25 Rn 213*.

63) Vgl. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage 2006, § 51 I 1.

64) Das Dokument ist in einer deutschen Übersetzung abrufbar im Internet unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:DE:PDF>.

65) Ausführlich dazu Süß, *ZErb* 2009, 342 ff.

66) Dazu eingehend Robe, *Das Islamische Recht*, 2009, S. 43 ff; ferner: Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Auflage 1996, § 22 II; zum islamischen Erbrecht: Pattar, *ErbR* 2009, 272 ff.

67) Vgl. dazu Robe, *Das Islamische Recht*, S. 134 f.

68) Vgl. dazu Robe, *Das Islamische Recht*, S. 230–232.

69) Kritisch dazu unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 EGBGB Staudinger/Dörner, *EGBGB Art. 25 Rn 728*.

70) Staudinger/Olshausen § 2339 Rn 15; anders noch Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Auflage 1981, Einl. zu §§ 2339 ff, Rn 41.

71) MüKo/Helms § 2339 Rn 14.

72) MüKo/Sonnenberger, *EGBGB Art. 6 Rn 48*; Palandt/Thorn, *EGBGB Art. 6 Rn 5*.

73) BGHZ 123, 268 (270); Staudinger/Blumenwitz, *EGBGB Art. 6 Rn 150*;

MüKo/Sonnenberger, *EGBGB Art. 6 Rn 58*.

74) BVerfG, *Az. 1 BvR 1644/00*, NJW 2005, 1561 (1565).

verstoß gegen den ordre public im Sinne von Art. 6 Satz 2 EGBGB zu sehen.<sup>75</sup>

Die Erbrechtsgarantie als – nicht nur Inländern gewährtes – Menschenrecht<sup>76</sup> erfüllt auch das für Art. 6 EGBGB aufgestellte Erfordernis des internationalen Anwendungswillens des beeinträchtigten Grundrechts.<sup>77</sup>

Das Eingreifen des ordre public erfordert ferner einen hinreichenden Inlandsbezug, z. B. durch den gewöhnlichen Aufenthalt, die kulturelle Bindung des Rechtsträgers an das Inland und die Belegenheit von Vermögensmassen.<sup>78</sup> Diese Voraussetzungen liegen in den hier betrachteten Fällen regelmäßig vor: Die Erblasserin hatte ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland, war hier berufstätig, beherrschte die deutsche Sprache, hatte einen deutschen Ehemann und Freunde aus dem deutschen Milieu, war allgemein westlichen Lebensformen aufgeschlossen und besaß nur inländisches Vermögen.

Die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen den ordre public ist umstritten: Als Ersatzrecht wird entweder auf die Sachnormen der lex fori<sup>79</sup> oder diejenigen des von unseren Kollisionsnormen berufenen fremden Rechts<sup>80</sup> abgestellt. In dem hier betrachteten Fall, dass das ausländische Recht gar keine Regelung der

Erbunwürdigkeit des Nachlassmörders enthält, ist allerdings nicht ersichtlich, wie eine Lückenfüllung unter Heranziehung dieses Rechts zu dem von Art. 6 EGBGB gebotenen Ergebnis führen sollte. Daher ist meines Erachtens mit der erstgenannten Ansicht das deutsche Erb(sach)recht des § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB anzuwenden.

75) So bereits Staudinger/Dörner, EGBGB, Art. 25 Rn 732; Lange/Kuchinke, Erb-recht, § 3 II 4. b); im Ergebnis auch (über Sonderanknüpfung der Erbunwürdigkeit) MüKo/Birk, EGBGB Art. 25 Rn 213. Für mit Art. 6 EGBGB vereinbar soll nach Bamberger/Reihls. Lorenz, EGBGB Art. 25 Rn 60, noch eine ausländische Regelung sein, die die Erbunwürdigkeit wegen vorsätzlicher und rechtswidriger Tötung des Erblassers abweichend von § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB von weiteren Voraussetzungen wie z. B. der strafgerichtlichen Verurteilung abhängig macht. Weitergehend hält MüKo/Helms, § 2339 Rn 14, einen Verstoß gegen Art. 6 EGBGB auch dann für nicht gegeben, wenn das ausländische Recht überhaupt keine Erbunwürdigkeit vorsieht, mit dem Argument, der Schutz der Testierfreiheit müsse nicht zwingend mithilfe erbrechtlicher Mittel gewährt werden. Diese Ansicht ist meines Erachtens aber mit dem zur Erbrechtsgarantie gemäß Art. 14 GG vertretenen Postulat des Bundesverfassungsgerichts im vorgenannten Beschluss nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber Vorschriften vorsehen muss, welche die Nachlassteilhabe in den Fällen der Unzumutbarkeit für den Erblassers verhindern müssen.

76) Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, 9. Auflage 2007, Art. 14 Rn 92.

77) Von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1, Art. 7 Rn 264; Kroppholler, Internationales Privatrecht, § 36 IV 1.

78) Kroppholler, Internationales Privatrecht, § 36 II 2.; Staudinger/Blumenwitz, EGBGB, Art. 6 Rn 152 ff.

79) Z. B. Von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band 1, Art. 7 Rn 285 ff.

80) Z. B. MüKo/Sonnenberger, EGBGB Art. 6 Rn 91.

### Auf einen Blick

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.4.2005 genügt für den Erbunwürdigkeitsgrund des § 2339 Abs. 1 Ziff. 1 BGB (vorsätzliche rechtswidrige Tötung/Tötungsversuch) „natürlicher Vorsatz“. Verhindert der „passive“ Betreuer die Errichtung oder Änderung einer Verfügung von Todes wegen durch den Betreuten, kommt Erbunwürdigkeit gemäß § 2339 Abs. 1 Ziff. 2 BGB auch bei direktem Vorsatz oder dolus eventualis in Betracht. Die Überleitung nach § 93 Abs. 1 SGB XII des Anfechtungsrechts gemäß § 2341

BGB ist wegen dessen Höchstpersönlichkeit problematisch, allerdings kommt ein Anfall des Erbes an den Empfänger von Sozialleistungen und die Anrechnung dieses Erwerbs aufgrund des eigenen Anfechtungsrechts des Fiskus in Betracht. Bei sogenannten Ehrenmorden führen in deutsch-türkischen Erbfällen regelmäßig die deutschen oder türkischen Erbrevorschriften zur Erbunwürdigkeit des Mörders; fehlen ausländische Erbunwürdigkeitsregelungen, ergibt sich das gleiche Ergebnis über die ordre-public-Klausel des Art. 6 EGBGB.

## Landwirtschaftserbrecht

Die tatsächliche Entwicklung landwirtschaftlicher Betriebe im Spiegel des Erbrechts und des neuen Erbschaftsteuergesetzes<sup>1</sup>

Susanne Rachel Wellmann, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Steuerrecht, Partnerin WKLP Partnerschaftsgesellschaft, Südlohn

Nachfolgend soll auf Basis der vorgefundenen Daten untersucht werden, ob die gesetzlichen und rechtlichen Grundlagen nach der für die Hofnachfolge in den Bundesländern Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hamburg und Schleswig-Holstein geltenden spezialgesetzlichen Höfeordnung ausreichend sind, ob durch sie Behinderungen entstehen und ob sie geeignet sind, im Sinne der vorgefundenen Entwicklung eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Hofnachfolge zu gewährleisten. Ein besonderer Fokus richtet sich dabei auf die rechtliche und steuerliche Behandlung der Übertragung verpachteter Betriebe insbesondere unter dem Blickwinkel von Änderungen durch das Gesetz zur Reform der Erbschaft- und Schenkungsteuer 2009.

Die weit überwiegend als Einzelunternehmen geführten landwirtschaftlichen Betriebe nehmen in ihrer Anzahl kontinuierlich ab. Betriebe in einer Größenordnung von bis zu 100 ha Ackerfläche haben sich im Zeitraum 1991–2007 halbiert.<sup>2</sup>

Bei differenzierter Betrachtung ergibt sich, dass hier die kleineren Betriebe mit einer Fläche von 2–10 ha exponentiell stark abgenommen haben.

Je größer der Betrieb, desto wahrscheinlicher der Fortbestand. In einer Vielzahl der Betriebe ist die Hofnachfolge nicht geklärt. Die bei sinkender Betriebszahl gleichbleibende landwirtschaft-

1) Gekürzte Fassung der Masterarbeit zur Erlangung des Hochschulgrades LL.M. des von der jurGrad gGmbH an der Universität Münster veranstalteten Postgraduiertenstudiengangs zum Private Wealth Management.

2) Statistisches Bundesamt Pressemitteilung Nr. 029 vom 22.1.2008; unter www.destatis.de, Agrarstrukturerhebung 2007.