

Christian Szczesny

Die Abtreibung als Pflichtteilsentziehungsgrund

Ein Beitrag zur Strukturierung und
Auslegung des § 2333 Abs. 1 BGB



Herbert Utz Verlag · München

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 815



Zugl.: Diss., München, Univ., 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2017

ISBN 978-3-8316-4590-9

Printed in EU
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

INHALT

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN UND DER ABGEKÜRZT ZITIERTEN LITERATUR.....	7
EINFÜHRUNG, PROBLEMSTELLUNG, METHODIK.....	11
1. Einführung und Problemstellung	11
2. Methodik und Dogmatik	16
TEIL I DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES RECHTS ZUR PFLICHTTEILSENTZIEHUNG	19
A. Die systematische Stellung des Pflichtteils- und Pflichtteilsentziehungsrechts im BGB	19
B. Ursprünge des Pflichtteils und der Pflichtteilsentziehung im römischen Recht	21
I. Das Erbrecht als Familienerbrecht in der vorrepublikanischen Zeit Roms	21
II. Die XII Tafel Gesetzgebung (451 – 449 v. Chr.) und die uneingeschränkte Testierfreiheit.....	22
III. Das Pflichtteilsrecht als Noterbrecht im römischen Reich (die ersten Pflichtteilsentziehungsgründe)	23
IV. Die erste Kodifizierung von Pflichtteilsentziehungsgründen in der Novelle 115.....	26
V. Fazit.....	28
C. Einflüsse des germanischen Erbrechts.....	28
D. Die Entstehung des Pflichtteils- und des Pflichtteilsentziehungsrechts im BGB	29
I. Die deutschen Partikularrechte	29
II. Die Entstehung des Pflichtteilsrechts im BGB.....	30
E. Erbrechtsreform vom 14.06.1976	33
F. Die Erb- und Pflichtteilsrechtsreform vom 01.01.2010.....	33
TEIL II DIE ABTREIBUNG IM STRAFRECHT.....	38
A. Schutzgut und Adressaten der §§ 218 ff. StGB	38
B. Geschichtliche Entwicklung der Strafbarkeit von Abtreibungen	39
I. Die Zeit bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges	39
II. Entwicklung seit Ende des Zweiten Weltkrieges	41
1. Fünftes Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StRG) vom 18. Juni 1974	41
2. 15. Strafrechtsänderungsgesetz vom 18.05.1976	44
3. Schwangeren- und Familienhilfegesetz (SFHG) vom 27.07.1992	45
4. Urteil des BVerfG vom 28.05.1993	46
C. Heute geltende gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruchs im StGB.....	52

I.	Grundsatz des § 218 Abs. 1 StGB	53
II.	Eingriffe in der so genannten Frühphase, § 218 Abs. 1 S. 2 StGB	54
III.	Tatbestandsausschluss des § 218 a Abs. 1 StGB	55
IV.	Medizinisch-soziale Indikation, § 218 a Abs. 2 StGB	56
V.	Kriminologische Indikation, § 218 a Abs. 3 StGB	58
VI.	Strafausschließungsgrund, § 218 a Abs. 4 S. 1 StGB	58
VII.	Absehen von der Strafe, § 218 a Abs. 4 S. 2 StGB	59
VIII.	Strafausschließungsgrund des § 218 Abs. 4 S. 2 StGB	60
IX.	Allgemeine Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe	60
X.	Fazit.....	61
TEIL III	SINN UND ZWECK DER PFLICHTTEILENTZIEHUNG.	62
A.	Strafcharakter	62
I.	„Zivilrechtliche Strafnormen“	63
1.	Aufgaben des deutschen Straf- bzw. Privatrechts	64
2.	Sanktionscharakter etwaiger „zivilrechtlicher Strafnormen“	65
3.	Gesetzgeberischer Wille	68
II.	Fazit.....	69
B.	Erziehungsgedanke	70
C.	Verwirklungsgedanke	71
D.	Verfassungsrechtliche Lokalisierung	73
TEIL IV	DIE ABTREIBUNG ALS GRUND ZUR	
	PFLICHTTEILENTZIEHUNG	74
A.	Einführung und Ausgangslage	74
B.	Die Abtreibung durch eine(n) pflichtteilsberechtigte(n) Abkömmling als Pflichtteilentziehungsgrund im Sinne von § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB	77
I.	Neufassung und Grundlagen des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB	77
II.	Die strafrechtliche Verurteilung	79
III.	Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe	81
1.	Überblick	81
2.	Die Wertvorstellungen des Erblassers	82
3.	Motive der Abtreibenden als Faktor der Unzumutbarkeitserwägungen	86
IV.	Fazit.....	87
C.	Die Abtreibung durch eine(n) pflichtteilsberechtigte(n) Abkömmling als Pflichtteilentziehungsgrund im Sinne von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	88
I.	Neufassung und Grundlagen des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	88
II.	Der „Abkömmling“ in § 2333 Abs. 1 BGB.....	91
1.	Der „Abkömmling“ im Sinne von § 1589 BGB	91
2.	Die Abkömmlingseigenschaft des Nasciturus	91
a)	Der Begriff des Abkömlings im BGB.....	92
b)	Der Begriff des Abkömlings im allgemeinen Sprachgebrauch ..	94
c)	Der (extensive) Wortsinn des Begriffs Abkömmling	95
3.	Stellungnahme	97

4.	Systematische und teleologische Bedenken gegen den Einbezug des Nasciturus in den Schutzbereich von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB?	98
a)	Gesetzgeberische Entstehungsgeschichte und Vorgeschichte	99
aa)	Bekundungen des BGB-Gesetzgebers	99
bb)	Bekundungen des Reformgesetzgebers.....	99
b)	Systematische Gesichtspunkte	100
aa)	Gesetzesimmanente Systematik von § 2333 Abs. 1 BGB	101
bb)	§ 2333 BGB als Teil des BGB	101
	(1) Die Stellung des Nasciturus im (5. Buch des) BGB	102
	(2) Schlussfolgerungen für § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	104
	(3) Möglicher Einwand aus § 1923 Abs. 2 BGB?.....	105
5.	Fazit	107
III.	Die weiteren tatbestandlichen Anknüpfungselemente einer Pflichtteilstentziehung nach § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB.....	107
1.	Der Schwangerschaftsabbruch als Verbrechen oder schweres Vergehen	107
a)	Die Definitionen des Verbrechens und Vergehens im StGB	108
b)	Der Schwangerschaftsabbruch als Vergehen i.S.v. § 12 StGB....	109
2.	„Sich schuldig machen“ im Rahmen von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	111
3.	Fazit	113
IV.	Teleologische Reduktion von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB durch das Erfordernis der individuellen Strafbarkeit als „ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal“?.....	113
1.	Die Einheit der Rechtsordnung	114
a)	Untersagung von Schwangerschaftsabbrüchen nach § 1666 BGB im Einzelnen	115
aa)	Strafbare Schwangerschaftsabbrüche.....	115
bb)	Indizierte Schwangerschaftsabbrüche, § 218 a Abs. 2 und Abs. 3 StGB	116
cc)	Tatbestandsausschluss nach § 218 a Abs. 1 StGB und § 218 Abs. 1 S. 2 StGB	116
	(1) § 218 a Abs. 1 StGB.....	116
	(2) § 218 Abs. 1 S. 2 StGB	117
dd)	Persönliche Strafausschließungsgründe	117
ee)	Fazit	118
b)	Übertragbarkeit auf § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	118
2.	Fazit	121
V.	Einschränkung von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB in Konsequenz des pflichtteilsspezifischen Erfordernis eines „schweren“ Vergehens	121
1.	Ausgangslage.....	122
2.	Das „schwere“ Vergehen	123
a)	Die (bisher) herrschende Meinung.....	123
b)	Der Beschluss des BVerfG vom 19.04.2005 als Grundlage für die Maßgabe eines „schweren“ Vergehen.....	124

c)	Stellungnahme	127
3.	Der Begriff der „Familie“	129
a)	Das zwei Generationen umfassende Familienbild des BVerfG... b) Kritik an und Stellungnahme zu dem Familienbegriff des BVerfG	129 133
aa)	Der Familienverbund.....	134
bb)	Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm	136
cc)	Stellungnahme	137
c)	Fazit	140
4.	Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 01.01.2010	140
a)	Das Familienbild des Reformgesetzgebers	141
b)	Die Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe	141
c)	Fazit	144
VI.	Fazit und Zusammenfassung zu § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB	144
D.	Die Abtreibung durch eine(n) pflichtteilsberechtigte(n) Abkömmling als Pflichtteilsentziehungsgrund im Sinne von § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB	148
I.	Einführung und Ausgangslage.....	148
II.	Wortlautgemäßer Regelungsbereich des § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB	148
1.	Vorbereitungshandlungen	149
2.	Abtreibungen ohne Schuldhaftigkeit.....	150
a)	Der „natürliche Vorsatz“	150
b)	Die Unzumutbarkeit der Nachlassteilhabe	151
3.	Anwendungsbereich im Bereich strafrechtlicher Tatbestandsausschlüsse	152
a)	Die Zeit von der Empfängnis bis zur Nidation (die „Pille danach“)	152
b)	Das Beratungskonzept.....	154
4.	Fazit	157
III.	Analogiebildung bei Anwendung des § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB.....	158
1.	Grundsätzliche Analogiefähigkeit.....	158
2.	Hilfsweise analoge Einbeziehung von vollendeten Abtreibungen in § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB	164
3.	Analoge Anwendung von § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf die Einnahme von schwangerschaftsverhütenden Mitteln.....	166
TEIL V DIE AUSGESTALTUNG UND PRAXIS EINER PFLICHTTEILSENTZIEHUNG AUFGRUND EINER ABTREIBUNG	169
A.	Die Verzeihung, § 2337 BGB	169
I.	Die Verzeihung als rein tatsächliches Verhalten	169
II.	Die Verzeihung einer zur Pflichtteilsentziehung berechtigenden Abtreibung	171
B.	Weitere intertemporäre Problemfelder der Pflichtteilsentziehung	172
C.	Formale Anforderungen an eine Pflichtteilsentziehung	174

I.	Darlegungs- und Beweislast, § 2336 Abs. 3 BGB	174
II.	Konkretisierung des Pflichtteilsentziehungsgrundes.....	175
D.	Fazit.....	177
TEIL VI DIE ABTREIBUNG ALS MÖGLICHER PFLICHTTEILSENTZIEHUNGSGRUND IN DER GESELLSCHAFTLICHEN REALITÄT.....		178
A.	Schwangerschaftsabbrüche in Deutschland.....	178
B.	Auswertung	180
FAZIT		182
LITERATURVERZEICHNIS		185

Einführung, Problemstellung, Methodik

1. Einführung und Problemstellung

Nach einer jahrelang andauernden Diskussion verabschiedete der Deutsche Bundestag – auf Initiative der Bundesregierung – am 02.07.2009 das „*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*“. Das Gesetz ist am 01.01.2010 in Kraft getreten.¹ Kern der Gesetzesreform ist eine Reformierung des Pflichtteilsrechts, also der §§ 2303 ff. BGB, das aufgrund veränderter gesellschaftlicher Bedingungen als nicht mehr zeitgemäß angesehen wurde und sich deshalb seit geraumer Zeit zum Teil heftiger Kritik ausgesetzt sah.² Entgegen einer Forderung aus der Rechtswissenschaft wurde das Pflichtteilsrecht durch die Gesetzesreform nicht gänzlich abgeschafft, sondern lediglich an veränderte Wertvorstellungen der heutigen Gesellschaft angepasst.³

Unter anderem sah sich der Bundestag im Rahmen der Gesetzesreform auch dazu veranlasst, das Recht der Pflichtteilsentziehung – wenigstens moderat – zu reformieren. Insbesondere § 2333 BGB, der die Pflichtteilsentziehungsgründe beinhaltet, erfuhr durch die Gesetzesreform einige Veränderungen. So kann der Erblasser gem. § 2333 Abs. 1 (i.V.m. Abs. 2) BGB dem Abkömmling (oder dem Ehegatten oder einem Elternteil) seit dem 01.01.2010 den Pflichtteil entziehen, wenn der jeweilige Berechtigte

- „1. *dem Erblasser, dem Ehegatten, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person nach dem Leben trachtet,*
2. *sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nr. 1 bezeichneten Personen schuldig macht,*
3. *die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt oder*
4. *wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmelings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Gleches gilt, wenn die Unterbringung des Abkömm-*

¹ BGBI. I (2009), S. 3142 ff.

² *Klingelhöffer*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten im Bereich des Pflichtteilsrechts neu zu gestalten? - Einige Bemerkungen zum Gutachten von *Martiny* für den 64. Deutschen Juristentag -, ZEV 2002, S. 293 ff.; *Leisner*, Pflichtteilsentziehungsgründe nach §§ 2333 ff. BGB verfassungswidrig? – *BVerfG* lässt eine wichtige Frage offen, NJW 2001, S. 126 ff.; *Keim*, Tagungsbericht: Rechtspolitisches Forum Erbrecht der Bundesnotarkammer am 9.11.2000 in Berlin, DNotZ 2001, S. 434 ff.; *Dauner-Lieb*, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, S. 460 ff.; *Haas*, Ist das Pflichtteilsrecht verfassungswidrig?, ZEV 2000, S. 249 ff.

³ *Dauner-Lieb*, Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut – FF Sonderheft 2000, S. 16 ff. (23); *Petri*, Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRP 1993, S. 205 ff. (206).

lings in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entzugsanstalt wegen einer ähnlich schwerwiegenden vorsätzlichen Tat rechtskräftig angeordnet wird.“

Die Norm, die zu einem nicht unerheblichen Teil § 2333 BGB a. F.⁴ entspricht, zählt damit all jene Gründe auf, die den Erblasser zu einer Pflichtteilsentziehung gegenüber dem Abkömmling (und gem. Absatz 2 auch gegenüber dem Ehegatten oder den Eltern) berechtigen.

Schon zu § 2333 BGB a. F. haben sich im Laufe des über hundertjährigen Bestehens der Norm eine Vielzahl von Anwendungsfällen ergeben, die entweder gerichtlich entschieden oder aber wenigstens in der Literatur diskutiert wurden. Ein Fall, der bisher noch von keiner einzigen Stimme in der Literatur erwähnt, und auch nicht von einem deutschen Gericht entschieden wurde, ist, ob die Abtreibung einer Pflichtteilsberechtigten den Erblasser zur Pflichtteilsentziehung berechtigen kann.⁵ Dass zu dieser Konstellation nach hiesiger Kenntnis bisher kein einziger anwaltlicher Schriftsatz verfasst wurde, verwundert, wenn man berücksichtigt, dass schon der Wortlaut des § 2333 Nr. 1 BGB a.F. diesbezüglichen Auslegungsspielraum beinhaltete. Auch § 2333 Nr. 1 BGB a. F. räumte dem Erblasser – ähnlich wie die reformierte Norm – ein Recht zur Pflichtteilsentziehung für die Fälle ein, in denen „*der Abkömmling (...) einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet*“.

Bei diesem Wortlaut drängt (und drängte) sich die Frage auf, ob mit dem „anderen“ („Opfer“-) Abkömmling in § 2333 BGB nur der – horizontal – „andere“ Abkömmling ersten Grades des Erblassers in gerader Linie, d.h. ein Geschwister des („Täter“-) Abkömmings“, oder ob darunter – wie in dieser Arbeit bejaht – auch ein Abkömmling des Erblassers in gerader Linie zweiten Grades, also ein Abkömmling des Abkömmings (d.h. ein Enkel des Erblassers) als „Opfer“ des („Täter“-) Abkömmings zu verstehen ist. Das hängt vom allgemeinen sowie dem speziell im Pflichtteilsrecht geltenden zwei oder drei Generationen umfassenden Bild der Familie ab. Unter Vorgabe einer letztlich von der Verfassung gesteuerten Einheit der

⁴ „Der Erblasser kann einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen:

1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmling des Erblassers nach dem Leben trachtet,
2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Misshandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Misshandlung des Ehegattens jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt,
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht,
4. wenn der Abkömmling die ihm dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt,
5. wenn der Abkömmling einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt.“

⁵ Siehe hierzu das Literaturverzeichnis dieser Arbeit.

Rechtsordnung ist dies davon abhängig, welcher Inhalt und welche Funktion Art. 6 Abs. 1 GG zuzumessen ist. Insoweit hat sich diese Arbeit insbesondere mit dem Beschluss des BVerfG vom 19.04.2005⁶ auseinander zu setzen.

Eine weitere Frage ist, ob von dem Begriff des „Abkömmlings“ (und damit auch des „anderen“ Abkömmlings) nur der schon geborene Abkömmling, d.h. die „Person“ im Sinne von § 1589 BGB gemeint ist, oder ob davon auch der Nasciturus, d.h. die gezeugte, aber noch nicht geborene Leibesfrucht⁷ umfasst ist.

Wird – wie in dieser Arbeit – auch diese Frage grundsätzlich bejaht, führt dies zu deren engerer Thematik: *Ob und ggf. in welchen Fällen eine Abtreibung seitens eines (hier: weiblichen) Abkömmlings, also der schwangeren Tochter des Erblassers, diesen zur Pflichtteilsentziehung berechtigen kann.*⁸

Die Arbeit folgt in ihrem Aufbau nicht in gerader Linie der oben dargelegten Verknüpfung der Fragen, die zu der im Engeren fokussierten Thematik der pflichtteilsrechtlichen Folgen einer Abtreibung der Tochter des Erblassers führt, sondern zunächst der historischen Entwicklung des Pflichtteilsentziehungsrechts (mit der zeithistorischen Zäsur der Entwicklung bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs und der Zeit danach) bis zum aktuell geltenden Pflichtteilsentziehungsrecht. Hierzu wird – in dem ersten Teil der Arbeit – die Entwicklung des Pflichtteilsentziehungsrechts von seinen geschichtlichen Ursprüngen im römischen Recht über die Entstehung des BGB bis zu der Reform des § 2333 BGB nachgezeichnet, wobei im Blick behalten bleibt, ob die Rechtsgeschichte Fälle kennt, in denen eine Abtreibung als Pflichtteilsentziehungsgrund anerkannt wurde.

Die dogmatische Lokalisierung des heutigen Pflichtteilsentziehungsrechts und die Auslegung des § 2333 BGB erfordert in einem anschließenden zweiten Teil der Arbeit, vorab die Geschichte des Abtreibungsrechts im Strafrecht und dabei vor allem die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und Gesetzgebung zur Abtreibung nach dem Zweiten Weltkrieg – auf dem Boden der bundesdeutschen (später gesamtdeutschen) Verfassung vom Mai 1949 – darzustellen. Nur aus dieser Grundperspektive heraus lässt sich die Entwicklung des Pflichtteilsentziehungsrechts verständlich machen und der Zugang zur Erörterung der engeren Thematik dieser Arbeit – nämlich ob und ggf. in welchen Fällen die Abtreibung eines erwarteten weiteren Abkömmlings seitens der schwangeren Tochter des Erblassers diesen zur Pflichtteilsentziehung berechtigen kann – erschließen. In den für die Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Abtreibung entscheidenden Urteilen der

⁶ BVerfGE 112, 332.

⁷ Palandt/Ellenberger, 75. Aufl. 2016, § 1 Rn. 5.

⁸ Die nach § 2333 Abs. 2 BGB im Wesentlichen gleichlaufende Pflichtteilsentziehung unter Ehegatten wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keiner eigenständigen und umfassenden Untersuchung unterzogen, sondern nur vereinzelt beleuchtet, insbesondere bei der Frage der Zumutbarkeitserwägungen (im Rahmen von § 2333 Abs. 1 Nr. 4).

Strafsenate des BVerfG vom 25.02.1975⁹ und vom 28.05.1993¹⁰ zum verfassungsrechtlich gebotenen „Schutz des ungeborenen Lebens“ wie auch im begleitenden Schrifttum spiegelt sich die Auseinandersetzung mit dem Dritten Reich als beherrschendes Nachkriegsthema wider.¹¹

Daran anschließend wird im dritten Teil der Arbeit – abgeleitet aus dem allgemeinen Sinn und Zweck der Möglichkeit einer Pflichtteilsentziehung – der grundsätzliche rechtliche Charakter des Pflichtteilsentziehungsrechts, insbesondere in Abgrenzung zum Strafrecht, herausgearbeitet.

In vierten Teil (dem Hauptteil und Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit) wird dann geprüft, ob und in welchen Fällen § 2333 BGB – in den hier heranzuhaltenden Einzeltatbeständen des Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 – dem Erblasser die Möglichkeit gibt, einer pflichtteilsberechtigten Tochter wegen einer von ihr vorgenommenen Abtreibung den Pflichtteil zu entziehen. Die Gliederung folgt dem Tatbestandsaufbau der Bestimmung. Hierfür gibt das Gesetz keine systematisch zwingende Reihenfolge vor. Für die Zielsetzung dieser Arbeit hat es sich als zielführend erwiesen, die jeweiligen Regelungsbereiche der einzelnen Tatbestände des § 2333 Abs. 1 BGB voneinander abgrenzend – ausgehend von § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB über Nr. 2 und schlussendlich den Regelungsgehalt des § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB – zu untersuchen.

§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB setzt in seinem ersten Tatbestandsteil eine nicht zur Bewährung ausgesetzte einjährige Gefängnisstrafe des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings voraus, zu der es nach § 218 Abs. 3 StGB (als Höchststrafe) auch bei der Abtreibung eines erwarteten weiteren Abkömmlings des Erblassers durch dessen pflichtteilsberechtigte schwangere Tochter kommen kann. Dies erfordert eine Darstellung des Weges zu einer derartigen Freiheitsstrafe (ersatzweise klinischen Unterbringung) und gibt Anlass, klar zu stellen, dass jegliche Pflichtteilsentziehung (auch) einer spezifisch pflichtteilsentziehungsrechtlichen Begründung bedarf.

Bei der Frage, ob und wenn ja, welche Fälle von Abtreibungen seitens der pflichtteilsberechtigten Tochter des Erblassers diesen gem. § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu einer Pflichtteilsentziehung berechtigen, wird neben der Untersuchung der Reichweite der dort aufgeführten materiellen strafrechtlichen Vorgaben ein Schwerpunkt insbesondere auf der Auslegung des Begriffs „Abkömmling“ liegen. Gegenstand der eingehenden Untersuchung wird hier sein, ob der Nasciturus als ungeborenes

⁹ BVerfGE 39, 1.

¹⁰ BVerfGE 88, 203.

¹¹ Im Hinblick auf die historischen und zeitgeschichtlichen Darstellungen in Teil I (S. 19 - 37) und Teil II (S. 38 - 61) dieser Arbeit ist anzumerken, dass insoweit keine historische Grundlagen- und Quellenforschung betrieben wird, dass aber die Darlegung des historischen und zeitgeschichtlichen Hintergrundes Voraussetzung für das Verständnis des aktuellen Pflichtteilsentziehungsrechts und dessen immer noch bestehender Probleme ist.

menschliches Leben grundsätzlich und im speziellen vom Abkömmlingsbegriff umfasst wird. Da dies eine (potenziell) drei Generationen umfassende Fragestellung beinhaltet, wird dabei der für das Pflichtteilsrecht geltende Begriff der „Familie“ zu klären sein. Hier wird ein Schwerpunkt dieser Arbeit in der Auseinandersetzung mit dem Beschluss des BVerfG vom 19.04.2005¹² zum Pflichtteilsentziehungsrecht liegen; dort beschränkt das BVerfG in seinen grundsätzlichen Ausführungen den Begriff der Familie (ohne dass dies für die konkret veranlasste Entscheidung erheblich ist) auf die Eltern-Kind-Beziehung.

Die Frage, unter welchen Umständen eine Abtreibung als „schweres“ Vergehen im Sinne des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB anzusehen ist, wird aus dem vorab erarbeiteten rechtlichen Charakter des Pflichtteils(entziehungs)rechts heraus beantwortet werden müssen. Dabei wird sich, insoweit in Übereinstimmung mit dem Beschluss des BVerfG vom 19.04.2005¹³ zeigen, dass das von der (wohl noch) herrschenden Meinung hier auch für die Reformfassung des § 2333 BGB weiterhin geforderte ungeschriebene Tatbestandsmerkmal einer „schweren Pietätsverletzung gegenüber dem Erblasser“ der Norm inhaltlich wie auch von den zu fordernden Standards der Bestimmtheit und Normenklarheit her nicht (mehr) entspricht.¹⁴

Sodann wird beim Übergang zu § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB abschließend und umfassend zu beantworten versucht, ob (und wenn ja, inwieweit) alle nicht von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 BGB erfassten und auch strafrechtlich irrelevanten Fälle von Abtreibungen den Erblasser gem. § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu einer Pflichtteilsentziehung berechtigen können.

Im vierten Teil der Arbeit kommt es schlussendlich noch zu der zugespitzten Fragestellung, ob der Tatbestand von § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB analog auch auf solche Fälle ausgedehnt werden kann, in denen präventiv Mittel zur Schwangerschaftsverhütung eingenommen werden (z.B. nidationshemmende Mittel wie die „Pille danach“)¹⁵, wobei vorab die generelle Analogiefähigkeit von § 2333 Abs. 1 BGB untersucht wird. Es wird zu untersuchen sein, ob die Nichterwähnung der Einnahme von schwangerschaftsverhügenden Mitteln eine sog. planwidrige Regelungslücke des Gesetzes darstellt, die es im Wege einer analogen Anwendung von § 2333 Abs. 1 Nr. 1 BGB (auf Fälle der Verhinderung des Entstehens von menschlichem Leben) zu schließen gilt. Die Überlegungen hierzu finden vor dem Hintergrund einer derzeit neubelebten Diskussion über das Verhältnis des dem Staat auf-

¹² BVerfGE 112, 332.

¹³ BVerfGE, a.a.O.

¹⁴ Insgesamt spiegelt sich in dem Beschluss des BVerfG vom 19.04.2005 sowie in der Neuregelung des Pflichtteilsentziehungsrechts durch das „Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts“ vom 01.01.2010 der Wandel der Gesellschaft der Nachkriegszeit (und ihrer Werte) zu einer offeneren, pluralistisch-liberalen Gesellschaft wider.

¹⁵ Die sog. „Pille danach“ ist ein hormonelles Mittel zur Verhinderung der Nidation, das bei vermuteter und ungewollter Schwangerschaft spätestens 72 Stunden nach dem in Rede stehenden Geschlechtsverkehr eingenommen wird. Vgl. *Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch*, 266. Aufl. 2014, S. 1491 (siehe unter „Nidations-Hemmer“) und S. 1032 (siehe unter „Interzeption“).

gegebenen Schutzes der Selbstbestimmung des Einzelnen zum Recht der Religionsgemeinschaften statt, die beanspruchen, ihre Religion – auch durch an ihrer Gemeinschaft zugehörigen Einzelindividuen vorgenommene Rituale oder binnenfamiliär durch Nötigung zu einem bestimmten Sexualleben – ausüben zu können.

Schließlich werden in einem fünften Teil die Anforderungen an eine wirksame – ggf. auf eine Abtreibung seitens eines (hier: weiblichen) Abkömmlings gestützte – Pflichtteilsentziehung geprüft. Hierbei wird insbesondere die Problematik der „Verzeihung“ nach § 2337 BGB erörtert werden. Ferner wird auf die formalen Anforderungen an eine wirksame Pflichtteilsentziehung hingewiesen.

Im letzten – sechsten – Teil der Arbeit werden noch einige statistische Erhebungen zitiert und auszuwerten versucht.

2. Methodik und Dogmatik

Die vorzulegende Arbeit ist, wie sich gezeigt hat, an etlichen Schnittstellen erheblich weltanschaulich und zeitgeschichtlich beeinflusst. Dies führt zur Frage der Legitimationsbasis von Rechtserkenntnis, speziell der richterlichen Rechtserkenntnis. Es kann zwar nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine eigene Methodenlehre und verfassungsrechtliche Dogmatik zu entwickeln. Die Begründungswege gerade der hier näher analysierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, welches eine methodische Selbstreflexion und Festlegung – wohl bewusst – vermeidet, nötigen in einer wissenschaftlichen Arbeit jedoch zu einer wenigstens kurSORischen methodischen Verortung.

Es wird sich dabei im Wesentlichen an die – soweit erkennbar – allgemein anerkannte bzw. gebräuchliche Rechtsmethodik angelehnt. Diese bedient sich sowohl in der Rechtsprechung wie der Kommentarliteratur weitgehend der Methodenlehre von Larenz, jetzt Larenz/Canaris, in ihrem an den Rechtsanwender gerichteten Kernstück der Beschreibung der gebräuchlichen Auslegungskriterien und Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung.¹⁶ Daran wird auch in dieser Arbeit angeknüpft, wobei es angezeigt ist, auf den umstrittenen, in der Larenz/Canaris'schen Methodenlehre noch fortwirkenden ideengeschichtlichen Hintergrund der Larenz'schen Methodenlehre und Erkenntnistheorie jedenfalls hinzuweisen.

Der Gesetzesauslegung komme die Aufgabe zu, methodisch geleitete zutreffende Aussagen über Inhalt und Reichweite von Normen zu machen. Dies beinhaltet den Anspruch auf „Richtigkeit“, was nach Savigny, aus dessen Band 1 des „Systems des heutigen Römischen Rechts“ Larenz zitiert, bedeutet, durch die Auslegung „das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen“.¹⁷

¹⁶ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, Kap. 4 und 5.

¹⁷ Larenz/Canaris, a.a.O., S. 133 - 137.

Was dies genau bedeutet, war bereits seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts umstritten. Die sog. „subjektive Theorie“ möchte den Inhalt einer Norm aus dem Willen und den Absichten des historischen Gesetzgebers erschließen, während die sog. „objektive Theorie“ dem Gesetz eine geschichtliche Eigenexistenz zuspricht.¹⁸ Larenz (*Canaris*) folgt einerseits der „objektiven“ Theorie, die er auch noch erweitert, insoweit als er dem Gesetz, aber eben gerade nicht nur dem „Gesetz“, die Zugehörigkeit zur „Seinsschicht des objektiven Geistes“ zuspricht, will aber andererseits auch beide Ansätze verbinden. Um Inhalt und Reichweite einer Norm zu erfassen, hätten sich als allgemein gebräuchliche und anerkannte Auslegungskriterien der „Wortsinn“, der „Bedeutungszusammenhang des Gesetzes“, die „Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers“ sowie „objektiv-teleologische Kriterien“ und das „Gebot verfassungsgemäßer Interpretation“ herausgebildet.¹⁹

An dieser Stelle scheint es – auch und gerade im Hinblick auf die vorliegende Arbeit – umgangänglich, im Hinblick auf die in der Rechtsprechung geläufige unscharfe Terminologie darauf hinzuweisen, dass sich das Kriterium der „objektiv“-teleologischen Auslegung, wie auch überhaupt der (auch von den höchsten Gerichten bis hin zum BVerfG gerne gebrauchte) Begriff des „Objektiven“ als Gegenstand richterlicher Erkenntnis bei genauerer Betrachtung als äußerst vielgestaltig erweist und ins Ungefährre verweist.²⁰ Dies ist auf Grund der durch das Grundgesetz geschaffenen Verfassungslage als zur übergreifenden Rechtsordnung gewordenen „positivierten“ Wertordnung wohl entbehrlich (und droht letztlich das rechtsstaatliche Prinzip der Gewaltenteilung zu unterlaufen).²¹

Das für die Gesetzesauslegung Maßgebliche und Notwendige ist bereits im Ermitteln des Wert- und Bedeutungszusammenhangs des Gesetzes weiterführend enthalten.²² Dies schließt als Grundlage jeglicher subsumtionsfähigen Begriffsbildung eine fortlaufende teleologisch-ordnende, abstrahierende und differenzierende Normkonkretisierung aus den einzelnen Gebietsmaterien und dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung heraus durch den Gesetzesanwender mit ein. Es handelt sich um nichts anderes als die notwendige laufende Herstellung der normativen „Einheit der Rechtsordnung“²³ in Konfrontation mit der geschichtlichen Realität.²⁴

¹⁸ Vgl. die rechtsgeschichtlichen Ausführungen in MüKo/Säcker, 7. Aufl. 2015, Einl. Rn. 78 ff.

¹⁹ Hierzu ausführlich: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 137 ff. und S. 141 ff.; dazu auch: MüKo/Säcker, a.a.O., Einl. Rn. 136 ff.

²⁰ Vgl. Larenz/Canaris, a.a.O., S. 153 ff. sowie weiterführend S. 236 ff. sowie das ganze Kapitel 6.

²¹ Kritisch zu der Inanspruchnahme des Larenz'schen Denkens in sich vorgegebenen „Ordnungen“ bzw. „Wesenheiten“ durch das NS-System s. Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, insbesondere in § 22 Rn. 796 – 821 und in § 23 Rn. 913 – 934.

²² Rüthers, a.a.O., §§ 22 und 23.

²³ Nicht zu verwechseln (wenn auch ineinander greifend) mit der auf logische Konsistenz gerichteten formal-systematischen „Einheit der Rechtsordnung“.

²⁴ Die normative Einheit der Rechtsordnung verwirklicht sich in zunehmenden Abstraktionsstufen in den einzelnen Regelungsbereichen bzw. auf den jeweiligen Regelungsebenen und findet ihren letzten – in ihren elementaren Grundsätzen in Art. 79 Abs. 3 GG dauerhaft festgeschriebenen – Rückbezug in

Der vorliegenden Arbeit begegnet der Begriff des „Objektiven“ in der Rechtsprechung des BVerfG zum strafrechtlichen Abtreibungsrecht im letztlich ungeklärten bleibenden rechtlichen Modus des „ungeborenen Lebens“ als Schutzobjekt oder Grundrechtsträger, und damit als ein die Problematik der „Drittirkung“ der Grundrechte exemplarisch aufzeigendes Betätigungsfeld der Grundrechtsdogmatik.²⁵ Die Schwangerschaftsurteile des BVerfG bieten ein Beispiel dafür, wie sich die nach dem Krieg verfassungsgerichtlich entwickelte Figur der „Drittirkung“ der Grundrechte zum Hebel des Übergreifens der Verfassungsgerichtsbarkeit bis in die Einzelgesetzgebung auszuweiten droht.²⁶

der Verfassung, insbesondere deren Grundrechtsteil, zuletzt in der Unantastbarkeit der per se nur abstrakt zu definierenden und definierten Menschenwürde (s. hierzu *Jarass/Pieroth*, 13. Aufl. 2014, Art. 1 GG Rn. 6 ff. und 11, dort insbesondere zur „Selbstbestimmung“ und zum „Objektiverbot“).

²⁵ So sieht das in dieser Arbeit mehrfach zu erörternde „erste Schwangerschaftsurteil“ des BVerfG vom 25.02.1975 (BVerfGE 39, 1) in den einzelnen Grundrechten verfassungsrechtliche Grundentscheidungen, die als Grundrechtskatalog zusammen mit anderen elementaren Verfassungsnormen eine ganz bestimmte Wertordnung bilden, für die sich der Verfassungsgeber entschieden hat, und die auch in die unterverfassungsrechtliche Rechtsordnung hinein wirkt bzw. „ausstrahlt“ (BVerfGE, a.a.O., 42 ff.) Bezuglich des konkretisierenden Ausfüllens der Verfassungsprinzipien weist das BVerfG ausdrücklich auf die den Verfassungsgebern vorgegebene kulturspezifische und zeitgeschichtliche Ausgangslage, und dabei vor allem auf die notwendige und gewollte Abgrenzung vom unmittelbar voraus gegangenen „Wertesystem“ des Dritten Reiches hin (s. insbesondere BVerfGE, a.a.O., 41 f. und 47 sowie 36 f. und 67); gleichwohl spricht das BVerfG bei seinen Überlegungen zum Schutz des ungeborenen Lebens von einer objektiven Wertentscheidung innerhalb einer objektiven Wertordnung (BVerfGE, a.a.O., 41). Auf dem Weg der Grundrechte in die Gesamtrechtsordnung hinein verändert sich offenbar der Bedeutungsgehalt vom „Objektivierten“ zum „Objektiven“. Es gilt auch insoweit, dass es allenfalls Aufgabe dieser Arbeit sein kann, auf die Fragen, welche die verfassungsgerichtliche Begriffsbildung aufwirft, hinzuweisen, nicht aber eine eigene Dogmatik zu entwickeln.

²⁶ Ausführlich zu dieser Entwicklung, insbesondere im Urteil des BVerfG vom 28.05.1993; siehe Teil II.B.II (S. 41 - 52) dieser Arbeit.

Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung

Herausgegeben von

Prof. Dr. jur. Michael Lehmann, Dipl.-Kfm.
Universität München

Band 819: Bertram Kloss: **The Exercise of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court** ·

Towards a more Principled Approach
2017 · 270 Seiten · ISBN 978-3-8316-4633-3

Band 818: Stephan Hillenbrand: **Der Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses**

2017 · 290 Seiten · ISBN 978-3-8316-4607-4

Band 817: Daniel Meßmer: **Das werkvertragliche Selbstvornahmerecht** · Eine Untersuchung am Beispiel des Softwareerstellungsvertrages

2016 · 260 Seiten · ISBN 978-3-8316-4593-0

Band 816: Martin Pusch: **Der automatisierte Abruf von Kontoinformationen durch Finanz- und**

Sozialbehörden · Ein Instrument heimlicher Ermittlungstätigkeit im Spannungsfeld zwischen Steuergerechtigkeit, Leistungsmisbrauch, effektiver Strafverfolgung und dem rechtsstaatlich gebotenen Schutz des Steuerpflichtigen/Leistungsempfängers
2016 · 346 Seiten · ISBN 978-3-8316-4591-6

Band 815: Christian Szczesny: **Die Abtreibung als Pflichtteilsentziehungsgrund** · Ein Beitrag zur

Strukturierung und Auslegung des §233 Abs. 1 BGB
2017 · 208 Seiten · ISBN 978-3-8316-4590-9

Band 814: Jan-Philipp Günther: **Roboter und rechtliche Verantwortung** · Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung

2016 · 280 Seiten · ISBN 978-3-8316-4553-4

Band 813: Chih-Wei Chang: **Migration und Integration** · Der Integrationsprozess der Migranten unter dem Blickwinkel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland und der Verfassung der Republik China auf Taiwan

2016 · 350 Seiten · ISBN 978-3-8316-4543-5

Band 812: Radadiana Alexandra Taric-Koch: **Genetische Ressourcen und die Angabe ihrer Herkunft als Problem des modernen Patentrechts**

2016 · 410 Seiten · ISBN 978-3-8316-4539-8

Band 811: Robin Haas: **Multiple Damages – Mehrfacher Schadensersatz**

2015 · 232 Seiten · ISBN 978-3-8316-4518-3

Band 810: Alban Barrón: **Der Europäische Verwaltungsverbund und die Außenbeziehungen der Europäischen Union** · Verwaltungskooperation mit auswärtigen Partnern

2015 · 386 Seiten · ISBN 978-3-8316-4515-2

Band 809: Varadanu Vigaranan: **Die Genehmigungsfiktion im Allgemeinen Verwaltungsrecht** ·

Fortbestehender Umsetzungsbedarf im Hinblick auf die Europäische Dienstleistungsrichtlinie
2015 · 218 Seiten · ISBN 978-3-8316-4512-1

- Band 808: Markus Kaulartz: **Cloud Computing und Vertragsrecht: Eine rechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung von PaaS-Clouds**
2015 · 334 Seiten · ISBN 978-3-8316-4508-4
- Band 807: Wenzel Richter: **Rechtsbehelfe Privater gegenüber der Hoheitsgewalt in der Russischen Föderation**
· Eingaben im Versicherungsaufsichtsrecht
2017 · 226 Seiten · ISBN 978-3-8316-4473-5
- Band 806: Claus Färber: **Patentfähigkeit angewandter Algorithmen**
2015 · 230 Seiten · ISBN 978-3-8316-4454-4
- Band 805: Alexander Hardingham: **Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe** · Der Kronzeuge im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 46b StGB
2014 · 436 Seiten · ISBN 978-3-8316-4425-4
- Band 804: Benjamin Schmittlein: **Verbands-Compliance**
2015 · 254 Seiten · ISBN 978-3-8316-4420-9
- Band 803: Vera Haesen: **Der Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb in Deutschland und England vor dem Hintergrund fortschreitender europäischer Harmonisierung**
2014 · 518 Seiten · ISBN 978-3-8316-4410-0
- Band 802: Szu-Chieh Hsu: **Die Gebrauchsanmaßung** · Eine Untersuchung aus dem Blickwinkel der Rechtsvergleichung zwischen Deutschland und Taiwan
2015 · 220 Seiten · ISBN 978-3-8316-4406-3
- Band 801: Milena Sophia Charnitzky: **Die „fiduziарische Stiftung“ im deutschen und französischen Recht**
2015 · 230 Seiten · ISBN 978-3-8316-4402-5
- Band 800: Daniel Felix Schiopu: **Ergänzende Schutzzertifikate auf der Grundlage vorläufiger Zulassungen** · Erlangung, Laufzeitbestimmung und Validität nach altem und neuem Recht
2014 · 282 Seiten · ISBN 978-3-8316-4401-8
- Band 799: Johannes Druschel: **Die Behandlung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR)**
2014 · 422 Seiten · ISBN 978-3-8316-4400-1
- Band 798: Verena Klug: **Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Spanien** · Eine rechtsvergleichende Studie
2014 · 352 Seiten · ISBN 978-3-8316-4397-4
- Band 797: Saskia Klatte: **Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Schiedsrichtern in zwischenstaatlichen und gemischten Verfahren**
2014 · 344 Seiten · ISBN 978-3-8316-4395-0
- Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utzverlag.de
- Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de