

Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von
KARLHEINZ MUSCHELER

Hereditare

10

Mohr Siebeck

Hereditare –
Jahrbuch für Erbrecht
und Schenkungsrecht

Band 10 (2020)



Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

herausgegeben von
Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Manuskripte bitte an:
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Ruhr-Universität Bochum
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht
der Familienunternehmen
Universitätsstr. 150
44801 Bochum
erbrecht@rub.de

Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei eingereichten Manuskripten um unveröffentlichte Originalbeiträge handelt, die nicht an anderer Stelle zur Verfügung vorgelegt worden sind. Für Verlust oder Schädigung eingesandter Manuskripte übernehmen Herausgeber und Verlag keine Haftung.

Manuskripte können auch per E-mail eingereicht werden. Bei Postsendungen ist eine digitale Version beizulegen.

Zitiervorschlag: *Autor*, *Hereditare* 10 (2020), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-159963-7 / eISBN 978-3-16-167493-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

ISSN 2192-3795 / eISSN 2569-4049 (*Hereditare*)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Minion gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Jan Peter Schmidt</i> Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik	1
<i>Christopher Keim</i> Schwierigkeiten bei §§ 2315, 2316 BGB	27
<i>Stephanie Herzog</i> Die Entziehung des Pflichtteils – eine Bestandsaufnahme zehn Jahre nach der Erbrechtsreform	55
<i>Sebastian Herrler</i> Pflichtteilsrechtliche Behandlung von Schenkungen unter Vorbehalt von Nutzungs- bzw. Rückforderungsrechten	88
<i>Christoph Karczewski</i> Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und sonstigen Zivilrecht	127
<i>Jan David Hendricks</i> Zusammenfassung der Diskussionen zu den Vorträgen des 10. Bochumer Erbrechtssymposiums	216
Autorenverzeichnis	227

Jan Peter Schmidt*

Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik

A. Einführung

Das mir von den Veranstaltern aufgegebenes Thema „Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik“ ist so breit und vielschichtig, dass ihm ganze Symposien gewidmet werden könnten. Ich muss mich deshalb darauf beschränken, einige Schlaglichter auf die faszinierende Thematik zu werfen. Zu diesem Zweck ist der erste Teil des Vortrags dem Aspekt der „Rechtsvergleichung“ gewidmet. Ich möchte Sie mitnehmen auf eine Art Rundflug über die globale Pflichtteilslandschaft,¹ die sich als außerordentlich bunt und vielgestaltig erweisen wird. Das Ziel besteht erst einmal nur darin, Sie zu informieren und zu unterhalten. Sie sollen sich an der schillernden Welt des Pflichtteilsrechts erfreuen, sich durch sie bereichert fühlen, ähnlich wie beim Besuch einer gelungenen Museumsausstellung. Wir werden sehen, dass das Thema Pflichtteilsrecht in geradezu mustergültiger Weise das bestätigt, was Konrad Zweigert und Hein Kötz schon vor Jahrzehnten als einen Grund für das große Erkenntnispotential rechtsvergleichender Forschung hervorgehoben haben, dass nämlich „den Rechtsordnungen der Welt notwendig mehr und in ihrer Differenzierung reichhaltigere Lösungen eingefallen sind, als der noch so phantasiereiche in den Grenzen seines eigenen Rechts befangene Jurist in seinem kurzen Leben ersinnen kann.“²

Ich möchte indessen nicht auf dieser deskriptiven Ebene verharren, sondern vor allem im zweiten Teil auch normative Aussagen treffen und damit zum Aspekt der „Rechtspolitik“ kommen. Hierbei kann es selbstverständlich nicht darum gehen, die seit der französischen Revolution mal ruhiger, mal hitziger geführten Debatten über Sinn und Unsinn eines Pflichtteilsrechts als Schranke der Testierfreiheit nachzuzeichnen. Die wesentlichen Argumente liegen seit lan-

* Der Text basiert auf dem am 28. Juni 2019 auf dem 10. Bochumer Erbrechtssymposium gehaltenen Vortrag. Die mündliche Form wurde im Wesentlichen beibehalten. Für den fruchtbaren Austausch über die Thematik danke ich den Mitgliedern der „Comparative Law Succession Group“ und insbesondere deren Koordinatoren Kenneth Reid, Marius de Waal und Reinhard Zimmermann.

1 Der Begriff des „Pflichtteils“ wird hier einstweilen untechnisch und weit verstanden. Näher zu den Schwierigkeiten einer Begriffsbildung unten B.

2 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996, 14.

gem auf dem Tisch,³ und man streitet sich vor allem über ihre Gewichtung und die empirischen Grundlagen (insbesondere hinsichtlich der Familienverhältnisse, der Vermögensverhältnisse und des Erblasserleitbilds). Aus diesen Gründen möchte ich mich der rechtspolitischen Dimension des Pflichtteilsrechts nur insoweit widmen, als gerade die Rechtsvergleichung einen Beitrag zu ihr leisten kann. Was können wir aus anderen Rechtsordnungen und insbesondere den darin gemachten Erfahrungen für die Bewertung, aber auch für eine etwaige Reform unseres deutschen Pflichtteilsrechts lernen? Haben sich die Entscheidungen des BGB-Gesetzgebers bewährt oder stellen sie sich rückblickend als Irrweg dar? Gibt es bestimmte internationale Trends? Und schließlich: Gibt es so etwas wie einen Königsweg, eine „best solution“?

Keineswegs bin ich der Erste, der das Pflichtteilsrecht einer vergleichenden Betrachtung unterzieht. Im Gegenteil: Wohl kein Aspekt des Erbrechts hat die Rechtsvergleichung stärker und häufiger interessiert als die Beschränkung der Testierfreiheit durch unentziehbare Rechte naher Angehöriger.⁴ Dies ist auch nicht überraschend: Zum einen stoßen wir, wie bereits angedeutet, bei diesem Thema auf eine enorme Fülle unterschiedlicher Lösungen, und typischerweise sind es ja vor allem die Unterschiede, und weniger die Gemeinsamkeiten, welche die Rechtsvergleichung reizvoll machen. Zum anderen sind diese Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen in aller Regel nicht nur formaler oder rechtskonstruktiver Natur (wie es sonst oftmals der Fall ist⁵), sondern Ausdruck fundamental divergierender Wertentscheidungen. Dies bestätigt die Vermutung, dass das Pflichtteilsrecht zumindest in heutiger Zeit derjenige Aspekt des Erbrechts ist, dem die größte rechtspolitische Brisanz innewohnt.

3 Siehe die meisterhafte Darstellung bei *Muscheler*, Erbrecht, Bd. I, Tübingen 2010, § 13; ferner *Dutta*, Warum Erbrecht?: Das Vermögensrecht des Generationswechsels in funktionaler Betrachtung, Tübingen 2014, §§ 6, 7.

4 Siehe insbesondere *Henrich/Schwab* (Hg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, Bielefeld 2001; *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich, Tübingen 2004; *Anderson/Arroyo i Amayuelas* (Hg.), The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives, Groningen 2011; *Castelein/Foqué/Verbeke* (Hg.), Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society, Antwerpen 2009; *Dutta*, Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa, FamRZ 2011, 1829–1840; *R. Zimmermann* (Hg.) Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012; *Miler*, Dependents’ Relief Legislation and Compulsory Portion, Tübingen 2017 (zum Recht von British Columbia); *Roggendorf*, Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions of Testamentary Freedom, Edinburgh LR 22 (2018), 211–236; *Baumer*, Das neue deutsche Pflichtteilsrecht und das Recht der englischen family provision, Hamburg 2018; *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020.

5 Ein Beispiel sind die Unterschiede zwischen Antrittserwerb und Vonselbsterwerb, die in der Substanz deutlich geringer sind als im Schrifttum häufig suggeriert wird. Näher *J.P. Schmidt*, *Itinera hereditatis*: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive, unter § 1 I.II (im Erscheinen 2021).

B. Methodische Fallstricke

Bevor zum eigentlichen Vergleich geschritten wird, ist noch ein Wort zur Methodik zu sagen. Denn das Pflichtteilsrecht illustriert in besonderer Weise die Gefahren einer formalistischen, allein auf bestimmte Begriffe oder Rechtsinstitute fixierten Betrachtungsweise.⁶ Bislang habe ich ganz unbefangen vom „Pflichtteil“ oder dem „Pflichtteilsrecht“ gesprochen und mich damit an sich dem Verdacht einer rechtsvergleichenden Todsünde ausgesetzt. Denn ich habe suggeriert, dass es sich um rechtsordnungsneutrale Begriffe handle, zu denen sich jede Rechtsordnung der Welt sinnvoll in Bezug setzen ließe. Aber wenn ich den Begriff „Pflichtteil“ technisch im Sinne des deutschen Rechts verstehe, als eine bedarfsunabhängige Nachlassteilhabe in Form eines Geldanspruchs, dann würde ich mit meinem Vergleich nicht weit kommen. Ich würde zwar feststellen, dass es einen Pflichtteil mit diesen Merkmalen z.B. auch in Österreich oder den Niederlanden gibt.⁷ Hingegen würden z.B. die Rechtsordnungen der Schweiz und Italiens aus dem Vergleich herausfallen, weil die nahen Familienangehörigen dort nicht bloß einen schuldrechtlichen Anspruch erhalten, sondern eine unmittelbare Nachlassbeteiligung in Gestalt einer Erbenstellung.⁸ Will ich solche Unterschiede einfangen, brauche ich also einen Begriff der weit genug ist. Ich könnte versuchen, den „Pflichtteil“ untechnisch zu verstehen als den Teil des Nachlasses, der, ganz gleich in welcher rechtlichen Form, den nahen Familienangehörigen reserviert ist und über den der Erblasser daher nicht disponieren kann. Doch wäre auch dieser Ansatz in seiner Leistungsfähigkeit begrenzt. Denn wie wir noch sehen werden, gibt es zahlreiche Rechtsordnungen, die den nahen Familienangehörigen überhaupt keine starre Quotenteilhabe gewähren, sondern nur Anspruch auf eine gerichtlich festzusetzende Teilhabe, die jedenfalls im Ausgangspunkt am Unterhaltsbedarf orientiert ist. Erneut hätte ich das Problem, dass ich über den Begriff des „Pflichtteils“ solche Lösungen gar nicht in den Vergleich einbeziehen könnte.

Was aber soll dann das *tertium comparationis* sein? Als Mitglied einer internationalen Forschungsgruppe zum vergleichenden Erbrecht konnte ich kürzlich aus eigener Anschauung erleben, dass die Antwort auf diese Frage keineswegs trivial ist. Nachdem sich diese Gruppe in einer ersten Gemeinschaftspublikation dem Thema der Testamentsformen gewidmet hatte⁹ und in einer zweiten dem der gesetzlichen Erbfolge,¹⁰ stand zuletzt eben das Thema Pflichtteilsrecht im

⁶ Allgemein hierzu *Zweigert/Kötz* (Fn. 2) § 3.

⁷ Dazu unten C. III.

⁸ Siehe unten C. III.

⁹ *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. I: Testamentary Formalities, Oxford 2011.

¹⁰ *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. II: Intestate Succession, Oxford 2015.

Fokus, und die Frage, über die fast am meisten diskutiert wurde, war die nach dem englischsprachigen Titel des Buches. Die Entsprechung zum „Pflichtteil“ wäre die „compulsory portion“,¹¹ aber diese Terminologie wäre aus den genannten Gründen zu sehr von der deutschen Perspektive her gedacht. Ein anderer gängiger Begriff im Englischen ist „forced heirship“,¹² aber dieser würde schon für das deutsche Recht nicht passen, weil der Pflichtteilsberechtigte hierzulande eben nicht „heir“, also Erbe im technischen Sinne wird. Es wurde dann als Titel etwas wie „Mandatory Participation of Family Members“ vorgeschlagen, also „zwingende Nachlassteilhabe von Familienangehörigen“, aber da meldeten sich Kollegen aus England und Australien und sagten: Das passt für uns nicht, denn bei uns steht die Beteiligung im richterlichen Ermessen. Nach langen Hin und Her einigten sich die Herausgeber schließlich auf den Begriff „Mandatory Family Protection“. Falls Sie künftig auf das Buch stoßen, wissen Sie jetzt also, worum es dabei überhaupt geht!

Ich selbst werde im Folgenden nicht mehr vom „Pflichtteil“ sprechen, sondern die „unentziehbare Nachlassteilhabe“ als Oberbegriff verwenden.¹³ Natürlich hängt vom Begriff letztlich nichts ab. Aber wer sinnvoll vergleichen will, muss sich darüber klar werden, was überhaupt Gegenstand des Vergleichs sein soll.¹⁴

C. Grundlegende Klassifizierungen

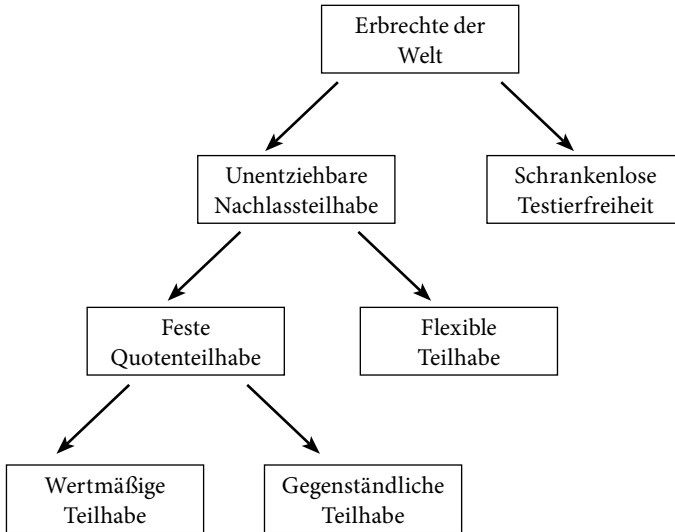
Kommen wir damit zu den Erbrechtsordnungen der Welt. Ich möchte die anzutreffenden Regelungsmodelle nicht einfach wie einen Zettelkasten vor Ihnen auskippen, sondern sie zwecks Übersichtlichkeit und Verständlichkeit nach der folgenden Taxonomie ordnen:

11 Siehe z.B. R. Zimmermann, *The Compulsory Portion in German Law*, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: *Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, 268 (auch Max Planck Private Law Research Paper No. 19/19, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3499075).

12 Siehe etwa Braun, *Forced Heirship in Italian Law*, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: *Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, 108.

13 Ein anderer geeigneter Begriff ist der „zwingende Angehörigenchutz“, siehe R. Zimmermann, *Zwingender Angehörigenchutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen* (erscheint in *RabelsZ* 85 (2021)).

14 Die Notwendigkeit eines funktionalen Pflichtteilsverständnisses wird auch betont von Dutta (Fn. 4) 1830 f.



Diese Einteilung wird im weiteren Verlauf noch der Verfeinerung bedürfen, ermöglicht aber eine erste Annäherung.

I. Unentziehbare Nachlassteilhabe vs. schrankenlose Testierfreiheit

Auf der obersten Stufe der Taxonomie lässt sich unterscheiden zwischen Rechtsordnungen, die irgendeine Form der unentziehbaren Nachlassteilhabe für nahe Angehörige vorsehen und solchen, die schrankenlose Testierfreiheit gewähren. Heutige Rechtsordnungen gehören zum allergrößten Teil der ersten Gruppe an, und zwar auch diejenigen der englischen Tradition.¹⁵ Gibt es für die zweite Gruppe überhaupt Beispiele, oder handelt es sich um eine rein theoretische Kategorie? Ein historisches Beispiel finden wir im vorklassischen römischen Recht, das einem Erblasser gestattete, auch seine Kinder ohne Angabe von Gründen vollständig zu enterben und lediglich verlangte, dass diese Enterbung ausdrücklich geschah.¹⁶ Erst in Reaktion auf eine zunehmende Zahl von Testamenten, die als moralisch anstößig empfunden wurden, schränkten die Römer die Testierfreiheit dann auch in materieller Hinsicht ein,¹⁷ und diese auf dem Pflichtgedan-

¹⁵ Dazu unten C. II. 2.

¹⁶ Näher zu diesem „formellen Noterb(en)recht“ R. Zimmermann, Compulsory Heirship in Roman Law, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 1, 3 f.

¹⁷ Zimmermann (Fn. 16) 6–10.

ken beruhende Nachlassbeteiligung naher Angehöriger bildet eine der beiden historischen Wurzeln der heutigen Erbrechte Kontinentaleuropas.¹⁸

Ein weiteres historisches Beispiel für schrankenlose Testierfreiheit ist das englische Recht,¹⁹ allerdings ist sogleich zu betonen, dass dieser Zustand nur das Ergebnis eines jahrhundertelangen Entwicklungsprozesses und von vergleichsweise kurzer Dauer war.²⁰ Den Ausgangspunkt im Hochmittelalter bildete ein sehr restriktives Regime: Das unbewegliche Vermögen (die sog. „realty“) war der letztwilligen Verfügung vollständig entzogen und ging auf den nach dem Grundsatz der Primogenitur bestimmten „heir“ über. Die bewegliche Habe (die sog. „personalty“) war in Höhe von zwei Dritteln der Witwe und den Kindern vorbehalten (sog. „wife’s part“ und „bairns’ part“).²¹ Nur in Höhe von einem Drittel, dem sog. „dead’s part“, durfte der Erblasser daher frei über seine „personalty“ verfügen. Der „Wills Act“ von 1540 befreite dann das unbewegliche Vermögen aus seiner Bindung, und in einem schleichenden Prozess, der regional nicht einheitlich verlief und dessen Ursachen gar nicht genau bekannt sind, fielen im Laufe der Jahrhunderte auch die Beschränkungen hinsichtlich der beweglichen Habe vollständig weg. Die letzte Bastion des sog. „legitim“, also des unentziehbaren Anteils der nahen Angehörigen an der „personalty“, war London, wo es erst im Jahr 1724 abgeschafft wurde.²² Erst ab diesem Moment lässt sich für das englische Recht also von schrankenloser Testierfreiheit sprechen, obwohl auch dies einer Qualifizierung bedarf. Denn wie uns nicht zuletzt über Romane von Jane Austen oder die Fernsehserie „Downton Abbey“ vermittelt wurde, war Grundvermögen in aller Regel über mehrere Generationen treuhänderisch gebunden, so dass ein Eigentümer in einer ähnlichen Stellung wie ein Vorerbe war.²³ Erst nachdem gegen Ende des 19. Jahrhunderts auch diese „settlements“ weitgehend verschwunden waren, bestand in formaler wie in materialer Hinsicht schrankenlose Testierfreiheit, und diese Phase fand bereits 1938 wieder ihr Ende, als mit der noch näher zu thematisierenden „family provision“ eine Absicherung für nahe Angehörige eingeführt wurde.²⁴

18 Die andere ist die germanische Idee eines der Testierfreiheit von vornherein entzogenen Familieneigentums, dazu unten C. III.

19 Diese Kurzformel meint hier und im Folgenden das Recht von England und Wales.

20 Zum Folgenden ausführlich *Kerridge*, Freedom of Testation in England and Wales, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 384, 384–391.

21 Dazu und zur Verteilungsquote in anderen Konstellationen *Helmholz*, *The Oxford History of the Laws of England*, Bd. I: The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s, Oxford 2005, 425.

22 Eingehend *Helmholz*, *Legitim* in *English Legal History*, *University of Illinois Law Review* (1984), 659 f., 665–674. Interessant ist, dass sich das „legitim“ in Schottland behaupten konnte und in Gestalt der „legal rights“ bis heute fortlebt, siehe unten C. II. 1.

23 Näher *Dutta* (Fn. 3) 66–70.

24 Siehe unten C. II. 2.

Die unbeschränkte Testierfreiheit des 18. und 19. Jahrhunderts hat auch in den ehemaligen englischen Kolonien nicht überlebt, mit einer bedeutenden Ausnahme allerdings, dem Recht der meisten US-amerikanischen Bundesstaaten (eine bundeseinheitliche Regelung des Erbrechts gibt es hier nicht).²⁵ So ist in einem führenden US-amerikanischen Lehrbuch zu lesen: „There is no requirement that a testator leave any property to a child, not even the proverbial one dollar.“²⁶ Und ein anderer Autor stellt klar: „[E]ven a wealthy parent is permitted to leave his needy children penniless.“²⁷ Schaut man dann allerdings in die Rechtspraxis, kommen Zweifel auf, ob mit diesen Sätzen wirklich Ernst gemacht wird.²⁸ Denn Testamente, die nahe Familienangehörige vollständig enterben, werden vor Gericht häufig zu Fall gebracht, etwa indem eine unangemessene Beeinflussung („undue influence“) des Testators geltend gemacht wird.²⁹ Die Beratungspraxis leitet aus diesen Klagerisiken die Empfehlung ab, sich die völlige Enterbung naher Familienangehöriger sehr gut zu überlegen.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass sich auch in einzelnen Flecken Europas, genauer gesagt, in einzelnen Flecken Spaniens, die unbeschränkte Testierfreiheit bis heute halten konnte. So verlangt das Recht der Provinz Navarra vom Testator lediglich, seine nahen Angehörigen mit symbolischen Zuwendungen zu bedenken, worin man Fortwirkungen des formellen Noterbenrechts römischer Provenienz sehen kann.³⁰ In einem bestimmten Teil des Baskenlandes schließlich, dem sog. „Fuero de Ayala“, besteht offenbar nicht einmal diese Hürde.³¹

II. Starre Quotenteilhabe vs. flexible Teilhabe

Kommen wir damit zur zweiten Klassifikationsebene, also denjenigen Rechtsordnungen, die irgendeine Form des zwingenden Angehörigenschutzes vorsehen. Hier lassen sich Rechtsordnungen mit einer starren Quotenteilhabe solchen

²⁵ Zum Folgenden eingehend *Scalise*, Freedom of Testation in the United States, in: R. Zimmermann (Hg.) Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012, 143–170; *ders.*, Family Provision in the United States, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 533, 533–537.

²⁶ *Dukeminier/Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates, 9. Aufl., New York 2013, 556.

²⁷ *Brashier*, Protecting the Child from Disinheritance: Must Louisiana Stand Alone?, Louisiana LR 57 (1996), 1, 3.

²⁸ Hinzu kommt, dass zumindest einige US-amerikanische Bundesstaaten minderjährigen Kindern unter gewissen Voraussetzungen eine Mindestbeteiligung in Form der „homestead allowance“, der „exempt property“ und der „family allowance“ garantieren, siehe stellvertretend §§ 2–402 bis 2–404 Uniform Probate Code. Näher zum Thema *Zimmermann* (Fn. 13) unter VI.3c).

²⁹ Dazu *Scalise*, Freedom of Testation (Fn. 25), 152–154, 162–165.

³⁰ Dazu oben Fn. 16.

³¹ Näher zu beiden Beispielen *Vaquero*, Freedom of Testation in Spain and Catalonia, in: R. Zimmermann (Hg.) Freedom of Testation – Testierfreiheit, Tübingen 2012, 85, 116, 118; *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 84 (2020), 465, 531 f.

Rechtsordnungen gegenüberstellen, die eine flexible, vom Gericht für den konkreten Einzelfall festzusetzende Teilhabe gewähren. Ursprünglich wollte ich an dieser Stelle zwischen bedarfsunabhängiger und bedarfsabhängiger Teilhabe unterscheiden. Doch gelangte ich später zu der Einsicht, dass diese Terminologie insoweit nicht präzise wäre, als in Rechtsordnungen mit flexibler Teilhabe zwar in aller Regel der konkrete Unterhaltsbedarf den Maßstab bildet, dies aber, wie wir noch sehen werden,³² nicht immer der Fall ist.

1. Starre Quotenteilhabe

Zur Gruppe mit einer ebenso rigiden wie abstrakten³³ Quotenteilhabe gehört natürlich das deutsche Recht, ebenso finden wir darin so gut wie alle übrigen Staaten des westeuropäischen Kontinents,³⁴ ferner die Staaten Südamerikas.³⁵ Ein weiteres, auf den ersten Blick vielleicht überraschendes Mitglied dieser Gruppe ist Schottland, wo überlebenden Ehegatten und Kindern in Gestalt von „legal rights“ jeweils ein Drittel des beweglichen Nachlasses reserviert wird. Man könnte spontan vermuten, dass diese Regelung auf einer Rezeption kontinentalen Rechts beruht, aber es handelt sich schlicht um das Fortleben der mittelalterlichen englischen Tradition,³⁶ die, wie gesehen, in ihrem Ursprungsland schon vor Jahrhunderten zu Ende ging.³⁷ Die historische Verbindung sieht man am klarsten in der – aus deutscher Sicht kuriosen – Ausnahme für „heritable property“, also unbewegliches Vermögen.³⁸ Ein Erblasser, der seinen nahen Angehörigen nichts hinterlassen möchte, muss also lediglich sein ganzes Geld in Immobilien umschichten, und diese brauchen nicht einmal im Ausland belegen zu sein. Der Versuch, diese arbiträre Ungleichbehandlung der Vermögensarten zu beenden, scheiterte bislang stets am Widerstand der Großgrundbesitzer und Landwirte.³⁹

³² Siehe unten D. V.

³³ Siehe *Muscheler* (Fn. 3) Rn. 422.

³⁴ Zur Mischlösung vieler osteuropäischer Staaten siehe unten D. VI.

³⁵ Zu letzteren eingehend *J.P. Schmidt*, Forced Heirship and Family Provision in Latin America, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 175 (auch Max Planck Private Law Research Paper No. 19/18, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3491878).

³⁶ *Reid*, Intestate Succession in Scotland, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. II: Intestate Succession, Oxford 2015, 370, 374; *ders.*, Mixing without Matching: Fractions, Slabs, and the Succession Rights of the Surviving Spouse and Children, *Edinburgh Law Review* 24 (2020), 118, 120.

³⁷ Siehe oben C. I.

³⁸ Siehe *Reid*, Intestate Succession (Fn. 36), 391; *ders.*, Legal Rights in Scotland, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 417, 418–426. Bis 1964 hatte der überlebende Ehegatte immerhin eine Art Nießbrauch („terce“ bzw. „courtesy“) am unbeweglichen Vermögen erhalten.

³⁹ *Reid*, Intestate Succession (Fn. 36), 386; *ders.* (Fn. 38) 445 f. Das schottische Recht ist auch darin bemerkenswert, dass es keinerlei Schutz gegen eine Umgehung der zwingenden Nach-

2. Flexible Teilhabe

Schauen wir uns dann die Länder mit einzelfallbezogener Teilhabe an. Die englische „family provision“, von Anatol Dutta als „Archetyp eines flexiblen Pflichtteils“ bezeichnet,⁴⁰ wurde bereits genannt und ist hierzulande längst keine Unbekannte mehr. Vielleicht weniger bekannt ist die Tatsache, dass dieses Modell einer richterlichen Festsetzung der Nachlassbeteiligung bedürftiger Angehöriger seinen Ursprung gar nicht in England selbst hat, sondern in dessen ehemaliger Kolonie Neuseeland. Hier wurde im Jahr 1900 in Reaktion auf die zunehmende Zahl von Witwen und Kindern, denen der Testator in Ausübung seiner unbeschränkten Testierfreiheit nichts hinterlassen hatte und die nicht der Allgemeinheit zur Last fallen sollten, der „Testator’s Family Maintenance Act“ geschaffen.⁴¹ Von seinem entlegenen Winkel des Globus aus trat dieses gesetzgeberische Modell dann schon bald einen weltweiten Siegeszug an: Es wurde insbesondere in den Teiljurisdiktionen Australiens und Kanadas übernommen⁴² und 1938 eben auch in England.⁴³ Dass die USA sich bis heute diesem Trend widersetzt haben, hat seinen Grund u.a. darin, dass man die ohnehin schon sehr gerichtsnahe und damit sehr schwerfällige Nachlassabwicklung nicht durch Ausweitung der richterlichen Befugnisse noch komplexer machen wollte.⁴⁴

Zu betonen ist ungeachtet dessen, dass es das Modell einer flexiblen Nachlassbeteiligung keineswegs nur in Staaten gibt, die der Rechtstradition des Common Law angehören. So finden wir es beispielsweise auch in Mexiko und den

lassteilhabe mittels lebzeitiger Verfügungen vorsieht. Für eine solche Absicherung der „legal rights“ wurde bislang kein praktischer Bedarf gesehen, zudem wurde ein entsprechender Umgehungsschutz als zu komplex betrachtet (letztgenannte Einschätzung wird durch die kontinentaleuropäischen Erfahrungen zweifellos untermauert). Siehe *Reid* (Fn. 38) 438–440.

⁴⁰ *Dutta* (Fn. 4) 1833.

⁴¹ Ausführlich dazu *Peart/Vines*, Family Provision in New Zealand and Australia, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 450, 452–456.

⁴² Zu Australien siehe *Peart/Vines* (Fn. 41) 456 f.; zu Kanada siehe *Popovici/L. Smith*, Freedom of Testation and Family Claims in Canada, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 507, 509–512 (zur abweichenden Rechtsentwicklung in der Provinz Québec ebd. 512–518). Ingegnen ist die bedarfsabhängige Teilhabe im Recht Südafrikas weitgehend das Produkt einer eigenständigen Entwicklung, siehe *De Waal*, Family Provision in South Africa, in: *Reid/De Waal/R. Zimmermann* (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: Mandatory Family Protection, Oxford 2020, 477, 479–481, 486–491.

⁴³ Zum Inheritance (Family Provision) Act 1938 und der nachfolgenden Entwicklung zum Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 *Cooke*, Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, in: *R. Zimmermann* (Hg.), *Freedom of Testation – Testierfreiheit*, Tübingen 2012, 125, 128 f.; *Sloan*, in: *ders.* (Hg.), *Landmark Cases in Succession Law*, Oxford 2019, 301, 302 f.

⁴⁴ *Scalise*, Family Provision (Fn. 25), 536 f.

Ländern Zentralamerikas, deren Privatrecht im Allgemeinen dem Civil Law zuzurechnen ist und die nach der Unabhängigkeit von Spanien zunächst auch dessen Tradition eines sehr starken Familienerbrechts fortgeführt hatten.⁴⁵ Bemerkenswert sind die Regime Mexikos und Zentralamerikas aber auch noch aus einem anderen Grund: Sie haben die flexible Nachlassteilhabe nämlich zum Teil sogar noch früher eingeführt als Neuseeland und waren damit weltweit Vorreiter für ein solches Modell. Den Auftakt machte Honduras im Jahr 1880, kurz danach, 1881, folgte Costa Rica, und 1884 ging Mexiko denselben Schritt. Ca. 20 Jahre später folgten dann El Salvador, Guatemala, Nicaragua und Panama. Wie kam es, dass diese Länder schon Ende des 19. Jahrhunderts für eine auch aus heutiger Sicht so moderne Lösung optierten? Eine Erklärung ist im Einfluss des Liberalismus und von Autoren wie John Stuart Mill zu suchen.⁴⁶ Ein zweiter Faktor für die starke Betonung der Testierfreiheit dürfte die geographische Nähe zu den USA gewesen sein. Der wichtigste Stichwortgeber war aber vermutlich Montesquieu mit seinem oft zitierten Ausspruch, dass das Naturrecht Eltern nur die Pflicht auferlegt, ihre Kinder zu ernähren, nicht hingegen die Pflicht, sie zu Erben zu machen: „La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n’oblige pas de les faire héritiers.“⁴⁷

Schließlich lässt sich der Gruppe der flexiblen Nachlassteilhabe auch noch das Recht der Volksrepublik China zurechnen.⁴⁸ Beachtung verdient das insbesondere deshalb, weil es die Vorstellung widerlegt, dass eine solche Lösung nur in der kapitalistischen Welt anzutreffen sei. Die Überzeugung, dass nur denjenigen Familienmitgliedern eine unentziehbare erbrechtliche Beteiligung zukommen soll, die nicht in der Lage sind, ihren Unterhalt selbst zu bestreiten, lässt sich umgekehrt sogar als prägend für den sozialistischen Rechtskreis ansehen.⁴⁹

III. Wertmäßige Teilhabe vs. gegenständliche Teilhabe

Kommen wir zur letzten strukturellen Unterscheidung, und zwar innerhalb der Gruppe der festen Quotenteilhabe. Hier lässt sich die wertmäßige Teilhabe der gegenständlichen Teilhabe gegenüberstellen. Im ersten Fall erhalten die Berechtigten nur einen Geldanspruch, im zweiten treten sie – ggf. nach vorheriger Erhebung einer Herabsetzungsklage – als Gesamtnachfolger in den Nachlass ein. Wie noch zu zeigen ist, ist die Klassifizierung allerdings nicht immer eindeutig,

⁴⁵ Eingehend dazu *Schmidt* (Fn. 35) 185–188.

⁴⁶ Zu dessen Ablehnung einer zwingenden Nachlassteilhabe *Muscheler* (Fn. 3) Rn. 426.

⁴⁷ *Montesquieu*, *De l’Esprit des Lois* (1748), Buch 26, Kapitel 6. Zum vermuteten Einfluss auf die zentralamerikanischen Gesetzgeber *Schmidt* (Fn. 35) 187 f.

⁴⁸ Eingehend dazu *Pissler/Kleinwegener*, *Necessary Portion in China*, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Hg.), *Comparative Succession Law*, Bd. III: *Mandatory Family Protection*, Oxford 2020, 599, 603–610.

⁴⁹ Dazu auch unten D. VI.