

NOMOSLEHRBUCH

Schmoeckel

# Erbrecht

6. Auflage



Nomos

**NOMOSLEHRBUCH**

**Prof. Dr. Mathias Schmoeckel**  
Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

# **Erbrecht**

6. Auflage



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8487-6241-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-0354-3 (ePDF)

6. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort zur 6. Auflage

Dank der kontinuierlichen Nachfrage war es wieder möglich, eine neue aktuelle Auflage zum Druck vorzubereiten. Das gab die Gelegenheit, neue Judikatur und einige Fragen neuer Rechtsfälle sowie neue wissenschaftliche Erkenntnisse einzuflechten.

Das Erbrecht erfreut sich eines steigenden Interesses. Dies gilt nicht nur in der Praxis, sondern auch in der Wissenschaft. Die neuen Bände zur Rechtsvergleichung mögen dafür *pars pro toto* stehen\*. Auch die inzwischen begonnene Arbeit an dem Historisch-kritischen Kommentar zum Erbrecht hilft uns bereits, unser Wissen über unser die Ursprünge, die Motive und Ausrichtung des Erbrechts erheblich zu erweitern.

Erfreulicherweise zeigt sich die Nachfrage nach diesem Lehrbuch und seinem Gegenstand auch im Ausland. Die fünfte Auflage wurde durch Herrn Yiyue Wu in die chinesische Sprache übersetzt. Ich hoffe, dass der Wert der generationenübergreifenden Vermögenssicherung durch die Individuen für ihre Gesellschaft dort zunehmend anerkannt wird.

Wieder einmal wurde ich durch meine Mitarbeiter kompetent unterstützt. Hier möchte ich insbesondere Dr. Gero Fuchs und Dr. Alexander Kustermann sowie Johannes Öhmann, Jara Brandenburg, Henriette Löschner, Tim Vieten, Alexander Jansen und Moritz Grabowsky nennen.

*Mathias Schmoeckel*

---

\* Karl Heinz Neumayer/ Ulrich Drobnig (Hrsg.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. V: Succession, (*International Encyclopedia of Comparative Law*), 2017.

## Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Ein neues Lehrbuch zum Erbrecht erscheint nicht unbedingt notwendig, da es bereits hervorragende und noch wesentlich ausführlichere Lehrbücher zum Erbrecht gibt. Aber umfassend soll das hier vorgelegte gerade nicht sein; vielmehr soll eine ausreichende Grundlage zum Verständnis dieser Materie gegeben werden. Andere Lehrbücher sind dagegen kürzer und beschränken sich auf einen überblicksartigen Grundriss. Die hier vorgelegte Darstellung soll jedoch nicht nur die Grundlinien, sondern eine verlässliche Einführung in die Materie geben. Aber auch als Einführung in die Materie, die ein verlässliches Verständnis über den Stoff schaffen will, betritt das hier vorgelegt Buch kein Neuland, da das Lehrbuch von Dieter Leipold genau diesen Anspruch erhebt und erfüllt. Zur Begründung meines Unterfangens und meines Ansatzes muss ich daher etwas weiter ausholen.

Wer jetzt Erbrecht lernt, muss mit einschneidenden Änderungen in der Zukunft rechnen. Das lange Zeit wenig veränderte Erbrecht gibt noch so stark wie kein anderes Buch des BGB die Konzeption des BGB von 1896 wieder. Doch in der letzten Zeit mehren sich die Anzeichen dafür, dass das Erbrecht in der nächsten Zeit in Fluss geraten könnte. Der Angriff auf die Privatautonomie im Vertragsrecht, der durch die Antidiskriminierungsrichtlinie ausgelöst und in Deutschland verschärft wurde, kann nicht ohne Auswirkungen auf die Testierfreiheit bleiben. In die gleiche Richtung drängen jüngere Entscheidungen bis hin zur problematischen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Sache „Preußen“.\* Damit wird das Grundprinzip der gewillkürten Erbfolge, wenn nicht des deutschen Erbrechts insgesamt berührt. Es fragt es sich daher, inwieweit die Testierfreiheit für das deutsche Erbrecht tragend ist.

Veränderungen können wie die Antidiskriminierungsrichtlinie ihren Ursprung in der europäischen Gesetzgebung haben. Die mögliche Neuausrichtung des Erbrechts wird dabei vor dem Hintergrund der verschiedenen europäischen Erbrechtsordnungen vorgenommen. Das gilt sowohl für den Einfluss der europäischen Rechtsprechung als auch europäischer Forscherkooperativen, die das Projekt einer neuen gemeineuropäischen Kodifikation in Angriff nehmen wollen. Aufgrund dieser Überlegungen wird deutlich, dass man sich auch im Erbrecht nicht darauf verlassen darf, dass in den nächsten Jahrzehnten alles beim Alten bleiben wird und nur das Erbrecht keinen Veränderungen ausgesetzt sein wird. Ein neues Lehrbuch zum Erbrecht muss daher zwei Anforderungen genügen:

Zum einen muss es die Strukturen und die Grundentscheidungen des BGB-Gesetzgebers vor dem Hintergrund alternativer Gestaltungsmöglichkeiten profilieren. Es kommt dabei nicht darauf an, zahlreiche Details aufzulisten, vielmehr sind aus den verschiedenen Rechtsinstituten und Regelungen die Prinzipien herauszuarbeiten, die im

---

\* BVerfG (22.3.2004–1 BvR 2248/01), FamRZ 2004, 765–768, auch in ZEV 2004, 241–243, EuGRZ 2004, 339–342, NJW 2004, 2008–2011, FPR 2004, 376–378, DNotZ 2004, 798–801, BVerfGK 3, 112–123; besprochen von *Ansgar Staudinger*, Anmerkung zu BVerfG 22.3.2004–1 BvR 2248/01, FamRZ 2004, 768–771; *Thomas Gutmann*, Der Erbe und seine Freiheit, NJW 2004, 2347–2349; *Gerhard Otte*, Die Bedeutung der „Hohenzollern“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für die Testierfreiheit, ZEV 2004, 393–398; *Josef Isensee*, Inhaltskontrolle des Bundesverfassungsgerichts über Verfügungen von Todes wegen – zum „Hohenzollern-Beschluss“ des BVerfG –, DNotZ 2004, 754–766; *Christoph Scheuren-Brandes*, Wiederverheirungsklauseln nach der Hohenzollern-Entscheidung – Handlungsbedarf für die Gestaltungspraxis?, ZEV 2005, 185–188; *Andreas Horsch*, Neue Aspekte zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts der Sittenwidrigkeit von letztwilligen Verfügungen, Rpfleger 2005, 285–292. Zur Problematik dieser Entscheidung s.u. bei Fn. 156 ff.

## Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

---

Idealfall wie im Fall des BGB ein kohärentes Erbrecht ergeben. Es ist daher beispielsweise zu fragen, welche Rolle der gesetzlichen Erbfolge zukommt, inwieweit die Testierfreiheit geschützt wird, welches die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Erbrecht sind.

Zum anderen ist immer wieder auf andere Problemlösungen in der Vergangenheit und Gegenwart hinzuweisen. Worin die Charakteristika der BGB-Regelungen liegen, versteht man nur, wenn man über Alternativen informiert wird. Dieses Verständnis hilft zunächst bei dem Erlernen des BGB-Stoffes: Wer Damnations- und Vindikationslegat zu unterscheiden weiß, wird nie den schuldrechtlichen Charakter des deutschen Vermächtnisses verkennen. Der Blick auf die Besonderheiten des BGB ermöglicht es ferner, die Konsistenz dieser Grundentscheidungen zu erkennen. Nur so lässt sich ermessen, wie wichtig auch heute noch vor allem die Testierfreiheit ist. Schließlich ermöglicht das Aufzeigen der Differenzen zum Erbrecht anderer Ländern den Rechtsvergleich. Dieser ist im Erbrecht nicht nur wegen der eben aufgezeichneten europäischen Dimension der Rechtsentwicklung unerlässlich, sondern vor allem weil grenzüberschreitende Fälle mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme sind und daher nicht ohne IPR und Rechtsvergleichung lösbar sind.

Das bedeutet nicht, dass hier durchgehend rechtsvergleichend verschiedene Lösungen zu erörtern sind. Dies würde der Aufgabe nicht gerecht werden, das deutsche Recht zu erklären. Die vergleichenden Hinweise sind nur erforderlich, um die Merkmale des deutschen Rechts besser erkennen zu können. Dieses Verständnis erst ermöglicht den souveränen Umgang mit dem Stoff sowie Kritikfähigkeit. Dadurch kann man selbst bei unbekanntem Problemen im Examen souverän mit dem Stoff umgehen und fundiert argumentieren.

Insgesamt soll diese Darstellung konzise die Struktur des Erbrechts erläutern. Studenten und Referendare sollen in den Stand versetzt werden, den Examensanforderungen zu genügen. Dazu gehört vor allem die Fähigkeit, den Stoff anwenden zu können. Man muss die Vorteile verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten kennen. Dies ergibt sich erst dann, wenn man den Stoff beherrscht. Zu diesem Zweck müssen einige besonders häufig geprüfte Bereiche detaillierter dargestellt werden als andere, die weniger häufig gefragt werden bzw. nicht mehr zum Prüfungsstoff gehören. Zu diesem Zweck wurden ebenso Verständnisfragen und einige Fälle mit Lösungen beigegeben. Erbrecht lernt sich nicht allein durch die dogmatische Darstellung. Hinzu kommt ein Verständnis für den Aufbau und die Reihenfolge der zu prüfenden Probleme des Falles. Jeder, der das Buch durcharbeitet, sollte daher zunächst eigenständig die Bearbeitung der Fälle versuchen, bevor die Lösung studiert wird.

Dadurch soll die wunderbare Klarheit der erbrechtlichen Strukturen verdeutlicht werden. Nur ein solches grundlegendes Verständnis hilft, sowohl den immer neuen Examensfragen gerecht zu werden, aber auch auf die möglichen Neuerungen der Rechtsentwicklungen vor dem Hintergrund konkurrierender Modelle des Auslands vorbereitet zu sein.

## Inhalt

<b>Vorwort zur 6. Auflage</b>	5
<b>Aus dem Vorwort zur 1. Auflage</b>	6
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	15
<b>Bibliographische Hinweise</b>	17

### A. EINLEITUNG

---

<b>§ 1 Aufgabe</b>	19
<b>§ 2 Historischer Überblick</b>	21
<b>§ 3 Alternativen zum Erbrecht</b>	26
<b>§ 4 Grundbegriffe und Prinzipien</b>	29
<b>I. Testierfreiheit</b>	29
<b>II. Nachlass</b>	30
1. Grundsatz	30
2. Höchstpersönliche Rechte	32
3. Digitaler Nachlass	34
<b>III. Prinzipien</b>	35
1. Universalsukzession	35
2. Soforterbfolge	37
3. Vonselbsterwerb	37
<b>§ 5 Berufung zum Erben, Erbfähigkeit</b>	40
<b>§ 6 Einschlägige Normen und Geltungsbereich</b>	41
<b>I. Einschlägige Gesetze</b>	41
<b>II. Geltungsbereich</b>	42
<b>§ 7 Das Erbrecht des Staates, Erbschaftsteuer</b>	45
<b>I. Bedeutung</b>	45
<b>II. Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Steuerpflicht</b>	48
<b>§ 8 Legalordnung des Erbrechts</b>	52
<b>Fragen zur Wiederholung und Vertiefung</b>	52

### B. VOM ERBFALL ZUM ERBE

---

<b>§ 9 Nachlassverfahren</b>	54
<b>I. Eröffnung des Nachlassverfahrens</b>	54
<b>II. Verfahren nach FamFG</b>	55

## Inhalt

---

III. Erbschein	57
1. Inhalt und Funktion	57
2. Verfahren	61
§ 10 Erbschaftsanspruch, § 2018 BGB	63
§ 11 Annahme und Ausschlagung der Erbschaft	67
I. Fragestellung	67
II. Ausschlagung §§ 1942 ff BGB	68
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	71
<hr/>	
C. GESETZLICHE ERBFOLGE	
§ 12 Ziele der gesetzlichen Erbfolge	72
§ 13 Parentelordnung	76
§ 14 Erbrecht der verschiedenen Ordnungen	79
§ 15 Erbrecht der nichtehelichen Kinder	82
§ 16 Erbrecht des überlebenden Ehepartners	84
§ 17 Weitere Erbrechte	88
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	88
§ 18 Pflichtteilsrecht	89
I. Einleitung	89
II. Pflichtteilsberechtigte	90
III. Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruchs	91
IV. Natur des Anspruchs	92
V. Anspruchsinhalt	93
VI. Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils	94
VII. Entzug des Pflichtteils	96
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	97
<hr/>	
D. GEWILLKÜRTE ERBFOLGE	
§ 19 Einführung	98
I. Sinn und Aufgabe des Testamentsrechts	98
II. Funktion der Testierfreiheit	103
III. Erbrecht der Angehörigen?	105
§ 20 Testament – Allgemeine Voraussetzungen	108
I. Charakteristika des Testaments	108
II. Testierfähigkeit	109
III. Testamentsformen	113
1. Das privatschriftliche Testament	113



## Inhalt

---

2. Das öffentliche Testament	115
3. Formen des Testaments in Notfällen	116
<b>IV. Widerruf eines Testaments</b>	117
<b>V. Höchstpersönlichkeit</b>	118
<b>VI. Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen</b>	122
<b>Fragen zur Wiederholung und Vertiefung</b>	127
<b>§ 21 Weitere Arten letztwilliger Verfügungen</b>	129
<b>I. Gemeinschaftliches Testament</b>	129
1. Anwendungsbereich	129
2. Formerleichterung	130
3. Trennungs- oder Einheitsprinzip	130
4. Wechselbezügliche Verfügungen	132
5. Besondere Nichtigkeitsgründe	134
<b>II. Erbvertrag</b>	134
1. Anwendungsbereich	135
2. Umgehungsgeschäfte	136
3. Voraussetzungen	137
4. Grenzen der Bindungswirkung	137
<b>Fragen zur Wiederholung und Vertiefung</b>	139
<b>§ 22 Testamentarische Anordnungen</b>	140
<b>I. Erbeinsetzung</b>	140
1. Einsetzung und Erbquote	140
2. Wegfall eines Erben: Ersatzerbe, Nacherbe, Anwachsung	142
3. Vor- und Nacherbschaft	144
a) Funktion	144
b) Gestaltungsmöglichkeiten	145
c) Vor- und Nacherbfall	146
d) Zeitliche Beschränkung der Nacherbfolge	147
e) Rechte des Vorerben	148
<b>II. Vermächtnis</b>	152
1. Funktion	152
2. Abgrenzungen	153
3. Vorausvermächtnis	153
4. Voraussetzungen	154
5. Forderungsrecht	154
6. Haftungsfragen	155
7. Verschiedene Arten des Vermächtnisses	156
8. Abgrenzung von Vermächtnis und Erbeinsetzung	157
<b>III. Auflage</b>	158
<b>IV. Weitere mögliche Inhalte eines Testaments</b>	158
<b>Fragen zur Wiederholung und Vertiefung</b>	160
<b>§ 23 Auslegung letztwilliger Verfügungen</b>	162
<b>I. Einleitung</b>	162
<b>II. Ermittlung des wirklichen Willens</b>	163
<b>III. Auslegungsregeln und gesetzliche Vermutungen</b>	166

## Inhalt

---

IV. Ergänzende Auslegung	167
V. Spätere Willensänderung	168
VI. Auslegungsvertrag	169
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	170

## E. AUSSCHLUSS VON DER ERBFOLGE

---

§ 24 Einleitung	171
§ 25 Erbverzicht	172
§ 26 Erbunwürdigkeit	174
§ 27 Anfechtung letztwilliger Verfügungen	176
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	178

## F. LEBZEITIGE GESCHÄFTE AUF DEN ERBFALL HIN

---

§ 28 Einleitung und Folgeprobleme	179
I. Einleitung	179
II. Zusammenhang zu Pflichtteilergänzungsansprüchen	181
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	182
§ 29 Die Trennung nach § 2301 BGB	183
§ 30 Die postmortale Vollmacht	186
§ 31 Die Fälle von § 331 BGB	188
§ 32 Kollision von Erb- und Handelsrecht, Nachfolgeklauseln	191
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	195
§ 33 Der Familienvertrag	196

## G. STELLUNG DER ERBEN IN DER ERBENGEMEINSCHAFT

---

§ 34 Erbengemeinschaft	198
§ 35 Auseinandersetzung	201
I. Inhalt und Zeitpunkt	201
II. Teilungsverfahren	202
1. Teilungsanordnung	202
2. Ausgleichung	203
a) Zuwendungen	203
b) Leistungen	204
III. Vollzug der Teilung	205
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	206

**Inhalt**

---

H. FÜRSORGE FÜR DEN NACHLASS UND ERBSCHAFTSKAUF

---

<b>§ 36 Nachlasspflegschaft</b>	207
<b>§ 37 Nachlassinsolvenzverfahren</b>	209
<b>§ 38 Nachlassverwaltung</b>	211
<b>§ 39 Testamentsvollstreckung</b>	213
I. Einführung	213
II. Ernennung und Dauer des Amts	213
III. Aufgaben	215
IV. Befugnisse	217
V. Pflichten	217
VI. Testamentsvollstreckung in Gesellschaftsanteile	218
<b>§ 40 Erbschaftskauf</b>	220
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	221

J. HAFTUNG DER ERBEN

---

<b>§ 41 Einführung</b>	222
<b>§ 42 Feststellung des Nachlasses</b>	225
<b>§ 43 Erschöpfungseinreden</b>	227
<b>§ 44 Beginn der Haftungspflicht</b>	231
<b>§ 45 Haftung der Miterben</b>	233
I. Bis zur Nachverteilung	233
II. Nach der Nachlassteilung	234
Fragen zur Wiederholung und Vertiefung	235
<b>§ 46 Gestaltung eines Testaments</b>	237
I. Alternativen zum Testament	237
II. Vorzüge der gesetzlichen Erbfolge?	238
III. Testierfähigkeit	238
IV. Pflichtteilsrechte	238
V. Ermittlung des Erblasserwillens	239
VI. Art der letztwilligen Verfügung	239
VII. Gestaltungsmöglichkeiten	239
VIII. Mögliche Veränderungen der Rechts- und Sachlage	240
IX. Form	240

**Inhalt**

---

<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen und Antworten</b>	243
<b>Definitionen</b>	277
<b>Paragrafenregister</b>	279
<b>Stichwortverzeichnis</b>	301

## § 2 Historischer Überblick

► **FALL:** Ein Erblasser ordnet im seinem Testament von 1925 an, dass der Erbe die Voraussetzungen erfüllen muss, die in der Familie schon seit Jahrhunderten erfüllt werden und benennt diese konkret. Im Fall der Nacherbschaft kann das Testament auch noch gegenwärtig Anwendung finden. Können die in Bezug genommenen Regeln aus der Zeit vor der Geltung des BGB eine Rolle spielen? ◀

Erbrecht entwickelte sich überall besonders langsam, wahrscheinlich weil sich hier die Mentalitäten der Gesellschaft besonders stark auswirken.<sup>1</sup> Das geltende Recht spiegelt die Erfahrungen der Vergangenheit. Die Geschichte kann daher zum Verständnis der erbrechtlichen Regelungen besonders aufschlussreich sein. Überdies wird bis heute in erheblicher Weise mit historischen Erfahrungen – z.T. in stark verkürzter und irreführender Weise – argumentiert, so dass historische Grundkenntnisse selbst für die aktuelle politische Diskussion relevant sind.

Das **römische Recht** gab der Möglichkeit, über den Nachlass zu verfügen, eine große Bedeutung. Tatsächlich verfügt das Familienoberhaupt, der *pater familias*, nicht nur über die Latifundien und Sklaven der Gesamtfamilie. Vielmehr hingen daran auch die politische Macht und die Möglichkeit, eine Stellung im Staat zu erhalten. Den Familienvätern wurde die **Verantwortung** überlassen, wer im Wege der Erbfolge in diesen Kreis der **staatstragenden Männer** Einlass finden sollte. Über Adoption und damit die kunstvolle Anwendung von Familien- und Erbrecht wurde die Staatsführung des römischen Reiches in der Zeit nach Augustus über Jahrhunderte weitergegeben. Diese Politik spiegelte sich in den Familien und ihren Testamenten wider. Dabei durfte der Chef der Familie nicht beliebig, schon gar nicht gegen das Herkommen, testieren. Vielmehr war er an die Moralvorstellungen der Zeit gebunden. Andererseits durfte nichts seine Entscheidungsfreiheit mindern. Selbst Erbverträge innerhalb der Familie zur Aufteilung des Vermögens wurden daher als sittenwidrig angesehen.

In den Gesetzen germanischer Herrscher finden sich nur rudimentäre Formen der gewillkürten Erbfolge. Bis in die Neuzeit herrschte vornehmlich in den adligen Familien Europas die Vorstellung vor, das Vermögen gehöre nicht einem allein, sondern der Gesamtfamilie. Auch wenn es von einem verwaltet wurde, konnte dieser darüber nicht frei verfügen. Lebzeitig musste er davon die Interessen der Familie finanzieren und letztwillig konnte er nicht frei testieren, sondern war gebunden, das Vermögen innerhalb der Familie weiterzugeben nach dem Motto: „**Das Gut rinnt wie das Blut**“. Allerdings konnten im Wege der „**Spezialsukzession**“ spezielle Gegenstände vom Vermögen getrennt und an einen allein vererbt werden. Der älteste Sohn etwa konnte Waffen und Rüstung des Vaters erwerben unabhängig von der Frage, was mit dem übrigen Vermögen geschah.

Dagegen versuchte insbesondere die **Kirche**, die Möglichkeit einer freien letztwilligen Verfügung über zumindest einen Teil des Vermögens durchzusetzen.<sup>2</sup> Indem man beispielsweise fingierte, Jesus habe die Stellung eines Kindes, setzte sich die Vorstellung durch, dass der Testator jedenfalls einen Teil seines Reichtums, seinen „Seelteil“, zur

1 *Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, 2004, 101, 323 ff.

2 Zur kirchlichen Abgabe aufgrund eines Erbfalls s. *David von Mayenburg*, „Laudabilis usus“ oder „detestabilis consuetudo“ – Mortuaria und andere Abgaben von Todes wegen aus der Perspektive des Kirchenrechts, in: *Orazio Condorelli/Franck Roumy/Mathias Schmoeckel* (Hrsg.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, Band 1, 2009, 337–387.

Verfügung habe, um ihn der Kirche zu hinterlassen.<sup>3</sup> Ein anderer Weg bestand darin, jede Verfügung über das Familienvermögen nicht nur mit dem Herrn des Hauses zu beschließen, sondern noch die Zustimmung der Erben einzuholen (Erbenlaub), um so deren Widerspruch nach dem Erbfall auszuschließen.

Die Bindung von Hab und Gut war wichtig, um große **Familienvermögen** zu sammeln. Nach dem Vorbild eines Territorialstaats sollte das Gut nach dem Tod nicht verteilt und so verkleinert werden, vielmehr sollten alle Geschwister und Generationen gemeinsam zur Vergrößerung des Familienguts beitragen. Denn je reicher die Familie, desto größer ihr Ansehen („splendor familiae“) und ihre Macht, desto mehr Chancen hatte auch jedes Familienmitglied, in der Gesellschaft Reichtum, politische Macht und Ansehen zu erwerben.

Angeordnet durch eine Testamentsklausel konnte insbesondere mit dem „**Familienfideikommiss**“ eine eigene Organisationsform geschaffen werden, wodurch das Familienvermögen vom persönlichen Vermögen des Erben getrennt wurde. Der Chef des Hauses hatte zwar die Nutznießung am Familienvermögen; die Masse musste jedoch für die Familie eingesetzt und in die nächste Generation weitergegeben werden. Sie war dadurch vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt. Doch die Bindung belastete die Familien stark, so dass diese Gestaltung nach Möglichkeit vermieden wurde.

- 3 Zum 18. Jahrhundert hin wurde dieses **Erbrecht** des Adels aus politischen und wirtschaftlichen Gründen heftig **kritisiert**. Zum einen sah man die mächtigen Adelsfamilien als Bedrohung der staatlichen Macht; die Zentralgewalt sollte gestärkt werden, indem die Bürger gleicher wurden. Zum anderen sah man in der Akkumulierung von Reichtum, der nie wieder veräußert und daher dem Markt dauerhaft entzogen war, eine Gefahr für die Volkswirtschaft, die über die Jahrhunderte mangels Masse „austrocknen“ musste. Die **Französische Revolution** beseitigte daher die Familienfideikommiss vollständig, wenn auch nicht dauerhaft, und ordnete eine Verteilung des Vermögens unter den gesetzlichen Erben an. Der Erblasser konnte nur noch über eine geringe Quote seines Nachlasses testieren, so etwa 1/10, wenn Kinder vorhanden waren.

Insbesondere der bedeutende französische Liberale Alexis de Tocqueville (1805–1859) machte in seiner Beschreibung des demokratischen Amerika den Unterschied zwischen einem demokratischen und einem aristokratischen Erbrecht deutlich.<sup>4</sup> Die gleiche politische Teilhabe erfordere die Verteilung, nicht die Bündelung der Erbschaft.

3 Genauer *Jan Hallebeek*, Dispositions *ad pias causas* in Gratian's Decretum: Should the *Portio Christi* be Restricted to a Child's Share?, in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, 2012, 79–102.

4 *Alexis de Tocqueville*, Über die Demokratie in Amerika (zuerst 1835/40), übersetzt v. Hans Zbinden, 2. Aufl. 1984, 686 f. „Da in der aristokratischen Familie der älteste Sohn den größten Teil des Besitzes und fast alle Rechte erbt, wird er das Haupt und bis zu einem gewissen Grade der Herr seiner Brüder. Ihm gebührt die Größe und die Macht, ihnen die Mittelmäßigkeit und die Abhängigkeit. Dennoch wäre es falsch zu glauben, daß in den aristokratischen Völkern die Vorrechte des Ältesten nur ihm günstig seien und daß sie in seiner Umgebung nur Neid und Haß erregen. Der Älteste bemüht sich gewöhnlich, seinen Brüdern Reichtum und Macht zu verschaffen, weil der allgemeine Glanz des Hauses auf den zurückfällt, der es vertritt; und die Jüngeren suchen dem Ältesten alle Vorhaben zu erleichtern, denn die Größe und die Stärke des Familienhauptes setzen dieses mehr und mehr in stand, alle Nachkommen der Familie damit emporzuheben. Dabei sind die verschiedenen Mitglieder der aristokratischen Familie sehr eng miteinander verbunden; es besteht eine Gemeinsamkeit der Interessen und des Geistes, selten aber eine des Herzens.

Die Demokratie verbindet die Brüder auch miteinander; aber sie tut es auf eine andere Weise. Unter den demokratischen Gesetzen sind die Kinder völlig gleichgestellt, folglich voneinander unabhängig; nichts führt sie zwangsläufig zusammen, aber nichts entfernt sie auch voneinander; [...]. Nicht durch die Interessen also,

Der in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts starke Liberalismus führte in Deutschland dazu, dass die Testierfreiheit als Grundsatz des Erbrechts in zahlreichen Gesetzen aufgenommen wurde. Dennoch blieb daneben für adlige Familien ein Sonderrecht erhalten. Die Ausgestaltung des Erbrechts wurde auch in den deutschen Staaten ein wichtiger Streitpunkt der politischen Auseinandersetzung.

4

Zur Zeit der **Kodifikation** des BGB galten in Deutschland ganz heterogene Erbrechtssysteme: teilweise römisches Recht mit seiner Testierfreiheit, teilweise Regime mit der Vorstellung einer völligen oder zumindest anteiligen Bindung des Vermögens an die Familie. Auch in den übrigen Streitpunkten<sup>5</sup> mussten die verschiedenen Entwürfe zum BGB gemeinsame Lösungen finden. Gottfried von Schmitt legte 1878 einen Teilentwurf vor, der von der 1. Kommission in großem Maße herangezogen wurde. Während er in der sprachlichen Fassung und logischen Konsequenz gelobt wurde, wurde die politische Entscheidung auf verschiedene Weisen harsch kritisiert. Grundsätzlich folgte der Entwurf dem liberalen Modell. Die Testierfreiheit wurde zum allgemeinen Prinzip des gewillkürten Erbrechts.

Die Zulassung der Testierfreiheit hielt **Otto von Gierke** (1841–1921) für einen Fehler. Er kritisierte das neue Erbrecht als „Standesrecht des liberalen Bürgertums“, das dem Einzelnen zu viel Freiheit lasse. Dadurch werde die einheitliche Familienwirtschaft nicht genügend geschützt.<sup>6</sup> Stattdessen wollte er durch den Ausbau einer unentziehbaren Erbenstellung seine Ideen eines sozialen Schutzes verwirklichen. **Anton Menger** (1841–1906) sah im BGB den Konflikt verschiedener Konzepte konserviert, deren Heterogenität durch die Testierfreiheit verschleiert würde.<sup>7</sup> Einerseits gebe es eine Zwangsquote aus der Erbmasse für die engsten Familienangehörigen (Pflichtteil), andererseits lasse man die aristokratischen Fideikomisse weiterhin zu. Das BGB beschränkte sich darauf, das allgemeine Zivilrecht zu regeln; das den Adel betreffende Recht wollte es nicht erfassen. Menger setzte sich erst in der Nachfolge der Weimarer Reichsverfassung von 1919 durch. Diese ordnete in Art. 155 WRV an, die Familienfideikomisse und die ähnlichen Formen durch nachfolgende Landesgesetze abzuschaffen. Diese sind bis in die 1950er Jahre erlassen worden.

Immerhin war Menger noch der Auffassung, der „freundliche Gedanke“ der **Beseitigung des Erbrechts** sei unsinnig, da es für den Erhalt von Eigentum erforderlich sei. Dafür wurde ein solches Experiment 1917 in Russland durchgeführt. Die Abschaffung des Erbrechts zeigte dort jedoch, dass neben der allmählichen Übertragung des Eigentums auf den Fiskus schnell jeglicher Markt zusammenbrach und damit die Wirtschaft so geschädigt wurde, dass die Abschaffung bald revidiert wurde. Auf der Ebene des Reiches wurde 1906 eine Erbschaftsteuer eingeführt,<sup>8</sup> wodurch das Reich jedenfalls wertmäßig an den deutschen Nachlässen beteiligt wurde. 1907 und 1912 versuchte

5

5 sondern durch die gemeinsamen Erinnerungen und die freie Übereinstimmung der Ansichten und der Neigungen verbindet die Demokratie die Brüder miteinander. Sie teilt ihre Erbschaft, sie erlaubt aber den Einklang ihrer Seelen“.

Zum Streit insgesamt vgl. *Rainer Schröder*, *Abschaffung oder Reform des Erbrechts? Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen*, 1981.

6 *Otto von Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1948, 29 f.

7 *Anton Menger*, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5. Aufl. 1927, 14.

8 *Clemens Wischermann*, *Die Erbschaftsteuer im Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Finanzprinzip versus Familienprinzip*, in: Eckart Schremmer (Hrsg.), *Steuern, Abgaben und Dienste vom Mittelalter bis zur Gegenwart*, 1994, 171–196.

man ohne Erfolg, das Erbrecht des Staates auszudehnen, sofern nur weit entfernte Verwandte vorhanden seien.

- 6 Erhebliche Veränderungen wurden im **Nationalsozialismus** vorgenommen. Auch das Erbrecht wurde zur Diskriminierung der Juden herangezogen, etwa durch das Gesetz über erbrechtliche Beschränkungen wegen gemeinschaftswidrigen Verhaltens vom 5.11.1937, das ausgebürgerte Juden für erbunfähig erklärte. Nach 1933 wurde § 138 Abs. 1 BGB zunehmend dafür genutzt, politisch missliebige Verfügungen von Todes wegen zu annullieren. 1938 wurde zusätzlich das Testamentsgesetz geschaffen, das in Erweiterung dieses Ansatzes in § 48 Abs. 2 TestG bestimmte:<sup>9</sup>

„Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen die Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewusster Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.“

In einem Urteil von 1944 wurde in der Entwicklung dieses Gedankens schließlich derjenige aus dem Umkreis des Erblassers als Erbe ausgesucht, der nach der Auffassung des Gerichts am ehesten versprach, den Betrieb erfolgreich und damit im Sinne der Volksgemeinschaft zu führen.<sup>10</sup> In der Verordnung zur Regelung der Erbfolge in besonderen Fällen vom 4.10.1944 wurde angeordnet, dass in allen Fällen gesetzlicher Erbfolge der Richter die Freiheit zur Disposition über den Nachlass erhalten solle.

- 7 Nach 1945 wurde in der Rechtsprechung der **Bundesrepublik** der Schutz der Familie zunächst so betont, dass im Ergebnis die weite Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB erhalten blieb. 1997 wurde der letzte Schritt zur völligen Gleichbehandlung von nichtehelichen und ehelichen Kindern gemacht. Für die Altfälle der vor dem 1.7.1949 geborenen Erben hat der EGMR die Verletzung der EMRK festgestellt.<sup>11</sup> Wegen des gebotenen Vertrauensschutzes kann sich die damit gebotene Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern als gesetzlichen Erben des Erblassers nur auf Erbfälle nach dem 28.5.2009 beziehen.<sup>12</sup> Eine Invasion des Europarechts in erbrechtliche Materien ist bislang jedoch kaum und vor allem durch den Bezug zu Fragen des Allgemeinen Teils zu konstatieren.

Periodisch wird in Deutschland darum gestritten, ob den engen Familienangehörigen ein besonderes Erbrecht, der Pflichtteil, garantiert werden muss.<sup>13</sup> Mit der Schaffung des Arbeits- und Sozialrechts hat das Erbrecht allerdings viel von seiner ursprünglichen Funktion der sozialen Absicherung der Familie verloren. Der durch die eigene Arbeitsleistung akkumulierte Renten- oder Pensionsanspruch tritt in den meisten Fällen an die Stelle von Sachen und Forderungen als Grundlage des Vermögens. Die Bedürftigkeit im Fall der Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit und Alter wird durch die sozialen staatlichen Leistungen abgedeckt.<sup>14</sup> In neoliberalen ökonomischen Theorien wird da-

<sup>9</sup> § 48 Abs. 2 TestG vom 31.7.1938, aufgehoben durch KontrollratsG Nr. 37 vom 31.10.1946.

<sup>10</sup> RG 25.2.1944 – IV 155/43, DR 1944, 494 ff.

Bemerkung zur Zitierweise: Weil gerade im Erbrecht zahlreiche ältere Judikate wichtig sind, soll hier nicht die übliche Kurzform, sondern die wissenschaftlich korrekte Zitierweise der Judikate gepflegt werden, welche auf das Datum und den zuständigen Senat verweist und dadurch bereits Hintergründe der Entscheidung andeutet. Durch die Angabe des Aktenzeichens ist jede Verwechslung ausgeschlossen.

<sup>11</sup> EGMR 28.5.2009 – 3545/04, NJW-RR 2009, 1603.

<sup>12</sup> Für Erbfälle bis dahin s. *Dieter Leipold*, Auswirkungen der EGMR-Entscheidung Fabris gegen Frankreich auf das deutsche Nichteelichen-Erbrecht, ZEV 2014, 449–455.

<sup>13</sup> Zuletzt BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, NJW 2005, 1561–1567; dazu *Stephan Stüber*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, 2122–2124.

<sup>14</sup> Dazu *Maximilian Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht, 1992, 347.



gegen wieder die Notwendigkeit großer Vermögen betont, denen mit jedem Tod des Inhabers droht, durch notwendige Erbverteilung zerschlagen zu werden.<sup>15</sup> Langsam werden die zugrunde liegenden Fragen damit wieder eröffnet.

Der Wert, der über das Erbrecht verteilt wird, ist erheblich; die Schätzungen sind im letzten Jahrzehnt kontinuierlich gestiegen. Inzwischen nimmt man an, dass jährlich 400 Milliarden Euro vererbt werden.<sup>16</sup> Für die Jahre 2015 bis 2020 wird ein Gesamtvolumen an Erbschaften in Deutschland von 3,1 Billionen Euro prognostiziert.<sup>17</sup> Bis 2024 sollen dabei alleine Immobilien im Wert von 664 Milliarden Euro vererbt werden. Dabei ist das Vermögen sehr ungleich verteilt, insbesondere zwischen Ost- und Westdeutschland. Diese Fakten sollen den Spruch belegen: „Vermögen werden in der Bundesrepublik nicht mehr gemacht, sondern geerbt“. Die politische Signifikanz des Erbrechts wird daraus deutlich und das Erbrecht selbst zunehmend in Frage gestellt.<sup>18</sup>

Angesichts der Zahlen wird man jedoch konstatieren müssen, dass die praktische Bedeutung des Erbrechts erheblich ist.<sup>19</sup> Der florierende Sozialstaat der Bundesrepublik weckte zwar bis in die 1980er Jahre die Erwartungen, dass der Staat in allen Situationen finanzieller Bedrängnis einspringen könnte, so dass eine private Versorgung durch Nachlässe weder erforderlich noch im Sinne der Gleichheit gerecht sei. Man wird wohl auch nicht annehmen können, das Wirtschaften innerhalb der Familie gehöre der Vergangenheit an. Die inzwischen begründete Förderung privater Vorsorge und Altersabsicherung indiziert jedoch, dass das eigene Vermögen incl. dessen Weitergabe innerhalb der Familie weiterhin auch für den Staat seine zentrale Rolle behält. Das Ererbte behält damit weiterhin seine Funktion der Alterssicherung und als Rücklage für Notfälle auch im personellen Umfeld. Man sollte nicht die Erfahrung der Russischen Revolution vergessen, dass die Möglichkeit der Absicherung der Familie ein maßgeblicher Faktor des Gewinnstrebens überhaupt ist. Wer etwas vererbt, leistet zunächst Konsumverzicht, dann einen Akt der Solidarität.<sup>20</sup> Wer also heute gegen die Erbschaften wettet, muss gleichermaßen gegen Schenkungen und innerfamiliäre Unterstützung sein. Diese Propaganda vergisst, dass das „kalte“ Eigentum der Existenzgrundlage der Familie dient und Erbschaften innerfamiliär der Angleichung dienen, welche angeblich mit der Einschränkung der Erbschaft erreicht werden soll. Insofern entpuppt sich die meiste Agitation als gedankenlose Propaganda, die nur dann folgerichtig wäre, wenn sämtliche Einflüsse der Familie im Sinne allgemeiner Nivellierung ausgeschlossen würden. Das leistete nicht einmal der totalitäre Kommunismus der DDR und ist sicher nicht möglich, solange das Grundgesetz gilt.

► **ANTWORT:** Das BGB schafft einen Rahmen, innerhalb dessen den Erblassern Gestaltungsspielraum geschaffen wird. Solange und insofern sich die letztwilligen Verfügungen mit der deutschen Rechts- und Wertordnung in Einklang bringen lassen, können auch ältere Regelungen in aktuellen Fällen relevant werden. ◀

15 David Friedman, *Der ökonomische Code*, 1999, 342.

16 Vgl. *Der Spiegel* vom 15.7.2017.

17 Vgl. Studie des Deutschen Instituts für Altersvorsorge (DIA), „Erben in Deutschland 2015–24: Volumen, Verteilung und Verwendung“.

18 Stefan Willer/Siegrid Weigel/Bernhard Jussen, *Erbe, Erbschaft, Vererbung. Eine aktuelle Problemlage und ihr historischer Index*, in: dies. (Hrsg.), *Erbe. Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur*, 2013, 7–36, besonders 28 f.

19 Vgl. Rainer Schröder, *Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts*, in: Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven* (= *Ius Commune*, Sonderband 29), 1987, 281–294.

20 Jürgen Kaube, *Oma ihr klein Häuschen*, *FAS* vom 8.2.2015.