

## **Pflichtteil. Familienvermögen im alten Rom und in neuer Lebenspartnerschaft**

### **Individualität oder Familiengebundenheit von Privatvermögen**

Menschliche Existenz benötigt materielle Grundlagen. Diese sind teils in privater Hand, teils im Gemeineigentum. Ist privates Vermögen einem einzelnen Menschen<sup>1</sup> zugeordnet, muss es nach dem Tode dieses Menschen neu zugeordnet werden. Die Neuordnung nimmt zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten in ähnlicher oder unterschiedlicher Weise Rücksicht auf die Bedürfnisse der Angehörigen des oder der Verstorbenen. Mehr oder weniger stark ist die Individualität des Vermögens durch familiäre Zweckbindung eingeschränkt. Manche Regeln überdauern die Zeiten, obwohl die gesellschaftlichen und die wirtschaftlichen Verhältnisse sich wandelten. Ein Vergleich der Regelungen des römischen und des heutigen deutschen Pflichtteilsrechts vermittelt überraschende Einsichten.

### **Römisches Recht in der Gestalt des „corpus iuris civilis“**

Im Jahre 529 veröffentlichte der oströmische Kaiser Justinian ein amtliches Anfängerlehrbuch für den Rechtsunterricht an den Hochschulen des oströmischen Reiches mit der Bezeichnung „Institutiones“ (Einführungen, Anleitungen). Die Institutionen waren Teil einer umfangreichen Aufzeichnung, die das über tausend Jahre gewachsene römische Recht in einer zeitgemäßen Gestalt zusammenfasste. Den größten Teil der Aufzeichnung bildete eine Kompilation aus älteren rechtswissenschaftlichen Schriften, die Digesten (Digesta) oder Pandekten (*Pandectae*) Justinians, ebenfalls im Jahre 529 publiziert. Eine dritte Komponente war die Zusammenstellung der kaiserlichen Erlasse aus der Zeit seit dem dritten Jahrhundert, der sogenannte Codex Iustinianus. Justinians Institutionen, verfasst nach einem in der Mitte des zweiten Jahrhunderts von dem nicht näher bekannten Autor Gaius geschaffenen Vorbild, dienten dazu, den juristischen Nachwuchs zu den beiden großen Sammlungen „Diges-

## XVIII

### De inofficioso testamento

Quia plerumque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerunt, cum testamentum ordinarent. sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecit testamentum, non autem ex officio pietatis: nam si vere furiosus est, nullum est testamentum.

1. Non tantum autem liberis permisso est parentum testamentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus praelati sunt: non ergo contra omnes heredes agere possunt. ultra fratres et sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere.

Abb. 1

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: sive iure hereditario sive iure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis qui constitutionibus continentur.

7. Quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est, ut, sive unus fuerit sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata distribuatur eis, id est pro virili portione quarta.

Abb. 2

## Achtzehnter Titel

### Über das pflichtwidrige Testament

Weil Eltern ihre Kinder bisweilen grundlos enterben oder übergehen, ist eingeführt worden, daß Kinder, die geltend machen, sie seien zu Unrecht enterbt oder zu Unrecht übergangen worden, wegen pflichtwidrigen Testaments klagen können, und zwar mit dem Argument, die Eltern seien anscheinend nicht bei klarem Verstand gewesen, als sie das Testament errichteten. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Erblasser tatsächlich geisteskrank war. Vielmehr hat er sein Testament zwar rechtmäßig errichtet, aber nicht seiner Pflicht gegenüber der Familie entsprochen. Denn wenn er tatsächlich geisteskrank ist, ist das Testament nichtig.

1. Aber nicht nur Kindern ist es gestattet, das Testament ihrer Eltern als pflichtwidrig anzugreifen, sondern auch den Eltern das Testament ihrer Kinder. Schwester und Bruder werden jedoch aufgrund kaiserlicher Konstitutionen<sup>1</sup> nur gegenüber übel beleumdeten Personen begünstigt, die als Erben eingesetzt sind; sie können also nicht gegen alle Erben klagen. Entferntere Verwandte als Bruder und Schwester können keinesfalls klagen oder, wenn sie klagen, obsiegen.

1 Vgl. D. 1, 3, 31.

2 Vgl. C. 6, 23, 3 (232) und C. 1, 14, 4 (429); D. 32, 23, 3 C. 8, 47, 10 (530).

6. Man muß also das Viertel erhalten haben, um daran gehindert zu sein, wegen pflichtwidrigen Testaments zu klagen, mag man das Viertel nach dem Recht der Erbfolge, des Vermächtnisses oder des Fideikommisses erhalten haben oder mag einem das Viertel von Todes wegen oder unter Lebenden geschenkt sein – letzteres aber nur in den Fällen, die unsere Konstitution<sup>1</sup> erwähnt – oder mag man es auf irgendeine andere Art erlangt haben, wie sie in den Konstitutionen<sup>2</sup> geregelt ist.

7. Was wir aber über das Viertel gesagt haben, ist so zu verstehen: Mag es sich um einen oder mehrere handeln, denen wegen pflichtwidrigen Testaments zu klagen gestattet ist, so kann ihnen doch nicht mehr als insgesamt ein Viertel gegeben werden, das mithin anteilig, das heißt nach Kopfteilen, unter ihnen zu verteilen ist<sup>3</sup>.

Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescerent, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattuor, non trimum eis restitui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattuor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattuor habuerit filios, medium eis totius substantiae reinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendum, et hoc non sub inusta circumstantia rerum (orsan enim etiam hic alii iniustitiam patiuntur, aliis quidem meliora aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et in quantitate, sive quis illud institutionis modo sive per legati (idem est dicere et fideicommissi) reliquat occasione. Licetbit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuiilibet extraneorum, et natura primo curata competentem, sic ad extraneas largitates accedere. Hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

Erstes Capitel. Dies hat Uns bewegen, das Gesetz zu verbessern, die Kinder immer nicht erben zu lassen und die Ungleichheit so zu ordnen, daß die Eltern, welche ein Kind, zwei, drei oder vier hinterlassen, denselben nicht den vierten, sondern den dritten Theil ihres Vermögens, d. h. vier Unzen, vererben müssen; welcher Maßstab für das gedachte Verhältnis bestimmt bleibt. Haben sie dagegen mehr, als vier Kinder, so müssen sie denselben die Hälfte ihres Vermögens hinterlassen, so dass also das Vererbe sechs Unzen beträgt, und der dritte Theil oder die Hälfte gleichmäßig unter die einzelnen Kinder vertheilt wird. Dieses muss ebenfalls ohne Parteilichkeit vor sich gehen (Denn es könnte auch hier Manchem Unrecht geschehen, indem Einige besser, Andere schlechter Gegenstände empfangen), und es ist einem Jeden der gleiche Theil nach Quantität und Qualität zu gewähren, es mag ihm nun der Pflichttheil als Erbe, als Legatär<sup>1</sup>) oder als Fideicommissar hinterlassen worden sein. Den Eltern bleiben mithin, wenn sie die Pflichten gegen ihre Kinder erfüllt haben, [nach Verschiedenheit der Fälle] entweder zwei Drittheile oder die Hälfte ihres Vermögens, worüber sie willkürlich zum Vortheil ihrer Kinder oder fremder Personen, denen sie gewogen sind, verfügen mögen. Es bezieht sich diese Verordnung auf alle dreierlei Personen, welchen schon im alten Rechte der vierte Theil bestimmt und die *quarta de inofficio [testamento]* verstatet war.

Abb. 3

ta“ und „Codex“ hinzuführen, welche die Grundlage der Rechtspflege werden sollten.

Diese dreiteilige spätantike Aufzeichnung, ergänzt um etliche Nachträge Justinians (Novellen), wurde im Mittelalter Grundlage einer akademischen Bearbeitung. In dieser wissenschaftlichen Aufbereitung wurde das römische Recht zum gemeinen Recht (ius commune) Europas und der Welt. Deswegen lassen sich noch in modernen Gesetzbüchern einzelne Bestimmungen und Zusammenhänge finden, die bereits das römische Recht kannte. Die akademische Bearbeitung seit dem Mittelalter formte für die Gesetzgebung Justinians die zusammenfassende Bezeichnung „corpus iuris civilis“, das heißt: Masse des Zivilrechts. Diese Bezeichnung grenzte das römische Recht als weltliches Recht gegen das Kirchenrecht ab, das „corpus iuris canonici“, das heißt: Masse des kanonischen Rechts.

### Das pflichtvergesene Testament in den Institutionen und in einer Novelle Justinians

In Justinians Institutionen<sup>2</sup> findet man die Passagen I.2.18.pr und 1 (Abb. 1) sowie I.2.18.6 und 7 (Abb. 2).

Einer der zahlreichen Gesetzesnachträge<sup>3</sup>, die Novelle 18, ergänzt im Jahre 536 unter anderem Nov. 18.1 (Abb. 3).

### **Gedanklicher Zusammenhang der römischen Regeln über pflichtwidrige Testamente**

Bereits die Überschrift zu dem achtzehnten Institutionen-Titel lässt einige Grundannahmen vermuten. Wenn von pflichtwidrigen Testamenten die Rede ist und der moderne Übersetzer sich um Benutzung heutiger Rechtsbegriffe bemüht, die dem historischen Phänomen wenigstens nicht ganz fernliegen, so darf man voraussetzen, dass es erstens Vermögen in der Hand von Privatrechtssubjekten gibt und zweitens das Privatrechtssubjekt für die Zeit nach seinem Tode grundsätzlich wirksam darüber disponieren kann, das heißt: Testierfreiheit genießt.

Von dort aus gelangt man zur fernerer Grundannahme, dass es außer der willkürlichen Erbfolge eine gesetzliche Erbfolge gibt, welche aber nicht exklusiv gilt, sondern in die der Erblasser mit seinem Testament einzugreifen vermag. Sehr viel weniger wahrscheinlich ist, dass das Vermögen des ohne Testament Verstorbenden keine neue private Inhaberschaft findet, sondern an den Staat fällt, welcher das Vermögen behält oder erneut Privatrechtssubjekten zuteilt. In dem Falle wäre das Testament also der einzige Weg, das Vermögen nach dem Tode in der Hand bestimmter Personen zu halten. Die Vorstellung, dass privates Vermögen oder bestimmte Bestandteile des Vermögens einer Familie zu gewissen Zeitpunkten vom Gemeinwesen eingezogen und neu verteilt wird, ist der Antike freilich nicht fremd. So geht etwa im jüdischen Recht das Jubeljahr mit einer solchen Neuzuteilung einher: Nach siebenmal sieben Jahren (nach sieben Jahrwochen, die jeweils mit einem Sabbatjahr endeten), im fünfzigsten Jahre, wird das den zwölf Stämmen Israels zur Ansiedlung am Ende der Wanderschaft zugewiesene und unter ihren Familien verteilte Land in seine ursprüngliche Zuweisung zurückversetzt (Leviticus 25).

Die bereits aus der Lektüre von Institutiones 2.18 abzuleitende Vermutung einer Disponibilität der Vermögensnachfolge wird durch Novelle 18.1 erhärtet. Gäbe es die Verfügungsgewalt nicht, bedürfte es keiner Reglementierung, wie diese Novelle sie trifft. Weiteres Studium der römischen Rechtsquellen zeigt die grundsätzliche Bündelung

des Familienvermögens in der Hand des Familienoberhauptes (pater familias). Weder die Ehefrau – falls sie in die Hausgewalt (patria potestas) ihres Gatten, ihres Schwiegervaters oder ihres Schwiegergroßvaters eintrat – noch Kinder noch gar Sklaven können eigenständig Vermögen innehaben.

### **Erbfall als Neuordnung des Familienvermögens**

Es geht demnach bei der Erbfolge nicht nur um den Übergang einer kleinen individuellen Vermögensansammlung, sondern um das Weiterreichen des gesamten Familienvermögens in die nächste Generation aus Anlass des Todes des Familienoberhauptes. Die materielle Lebensgrundlage der mit dem Tode des bisherigen Oberhauptes in ihre Zweige zerfallenden Familie wird neu geschaffen. Erbfolge vermittelt nicht lediglich einige zusätzliche, das Leben lediglich angenehmer gestaltende Werte.

Bemerkenswert ist hierbei die Rolle der Ehefrau des Erblassers. Je nach Gestaltung der familiären Gewalt in der jeweiligen Familie steht die Ehefrau schon zu Lebzeiten des Familienvaters außerhalb seiner Hausgewalt, war aber andererseits aus der Hausgewalt ihrer Herkunftsfamilie ausgetreten. Sie konnte damit eigenes Vermögen halten, das seinerseits im Falle des Todes der Ehefrau weitergereicht wird.

Weiteres Quellenstudium würde etwa verbliebene Zweifel an der Befugnis der Vermögensträger zu wirksamen letztwilligen Verfügungen – Dispositionen, die von der gesetzlichen Erbfolge abweichen – beiseiteschieben. Außerdem fände man ein differenziertes System gesetzlicher Erbfolge für den Fall, dass der Erblasser von einer letztwilligen Verfügung absieht.<sup>4</sup>

### **Grenzen der Testierfreiheit**

Die vorgelegten Quellen<sup>5</sup> nun beschäftigen sich mit Grenzen der nach römischem Recht anzunehmenden Testierfreiheit. Limitierung bei grundsätzlichem Respektieren von Willkür ist ein anderes Modell als grundsätzliche Beschränkung auf einen familiennützigen gesetzlichen Übergang des Nachlasses. Das römische Recht unterschied

sich insofern vom germanischen Recht. Dieses kannte keine Testierfreiheit. Erst ein jahrhundertelanger Entwicklungsprozess seit dem hohen Mittelalter ließ die römisch-rechtliche Testierfreiheit in Deutschland als eine Frucht des allgemeinen Vorgangs einer Rezeption des römischen Rechts durchdringen; sie wurde Teil des „ius commune“. Eine vorantreibende Rolle spielten dabei die praktischen Bedürfnisse im Blick auf Zuwendungen an die Kirche von Todes wegen (Seelteile) und auf Vermögensfolge im urbanen Wirtschaftsraum, vor allem in Kaufmanns- oder Handwerkerfamilien.

Es geht in den hier behandelten römischen Quellenstücken nicht um Vorfälle wie Formfehler, Widerruf, Vernichtung, Irrtum, Täuschung, Drohung, Zwang, Geschäftsunfähigkeit des Testierenden oder Erbnwürdigkeit des Bedachten. Vielmehr ist Anlass für eine Klage der bloße Befund, dass der Erblasser gewisse Personen, nämlich seine nächsten Angehörigen, übergang. Ausdrücklich betont der Auszug aus dem Anfängerlehrbuch am Ende des Einleitungssatzes (I.2.18.pr am Ende) abgrenzend, dass das Testament des Geisteskranken (ohne) kraftlos sei. War der Verfasser des Testaments nicht geschäftsfähig, bedarf es keines besonderen Angriffs nach den Regeln über das pflichtwidrige (in älteren Übersetzungen oder Lehrbüchern auch: lieblose) Testament (testamentum inofficiosum). Vielmehr betrifft die Regelung des pflichtwidrigen Testaments ein im Prinzip gültig zustande gekommenes Testament. Die enttäuschten Nachkommen mögen zwar entrüstet sein („Der Alte spinnt. Wie kommt er dazu, seinen Neffen an Stelle seiner Kinder zum Erben zu berufen?“). Aber die Umstände lassen keinen Schluss darauf zu, dass der Testator nicht im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte gewesen und schon deswegen das Testament unbeachtlich sei. Das enttäuschende Testament muss eigens angegriffen werden, will man seine unerfreuliche Folge beheben. Dies zu tun liegt ebenso in der Disposition des Angriffsbefugten (Klageberechtigten), wie überhaupt ein Testament zu errichten in der Disposition des Verstorbenen lag.

„Pflichtwidrigkeit“, wie es in den Quellen heißt, bedeutet hier also nicht „Rechtswidrigkeit“ jeglicher letztwilliger Verfügung schlechthin, sondern moralische Anstößigkeit lediglich der vom Erblasser gewählten Anordnung. Sie macht das Testament nur anfechtbar und

vernichtet es nicht ohne weiteres. Die Pflichtwidrigkeit besteht nicht darin, dass der Testator überhaupt verfügt. Er darf die Vermögensnachfolge nach seinem Gutdünken gestalten. Aber der Testator vergeht sich bei allzu weiter Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge gegen Verhaltensanforderungen, die er innerhalb der Familie erfüllen muss. Deren Einhaltung zu beobachten ist allein Sache der Familienmitglieder. Erst auf ihre Beanstandung hin findet eine Korrektur statt. Unbenommen bleibt es freilich dem durch Testament benachteiligten Angehörigen, den Angriff mit mehreren Begründungen parallel zu versuchen und sowohl Nichtigkeit wegen Formfehlers oder anderer Ursache vorzutragen als auch die Angreifbarkeit wegen Pflichtwidrigkeit.

### **Klage wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments**

Der Übergangene greift das Testament durch Klage bei Gericht an. Er erhebt die Beschwerde pflichtwidrigen Testaments (querela inofficiosi testamenti).<sup>6</sup> Als wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments klageberechtigt erscheinen die Kinder (I.2.18.pr), die Eltern (I.2.18.1) und die Geschwister (I.2.18.1). Diese Aufzählung ist abschließend (I.2.18.1), obwohl (wie weiteres Quellenstudium hervorbrachte) der Kreis der gesetzlich Erbberechtigten weiter gezogen ist. Es hat also nicht jeder gesetzlich Erbberechtigte die Möglichkeit zu klagen (age-re, queri; siehe I.2.18.pr, I.2.18.6), wenn er übergangen wurde.

Es fällt auf, dass der überlebende Ehegatte nicht als klagberechtigt aufgeführt ist. Das hängt damit zusammen, dass der Ehegatte (Mann oder Frau) im antiken römischen Recht bis hin zu den spätantiken Rechtsbüchern Justinians Institutiones, Digesta und Codex nur mit einer letztrangigen, praktisch fast nie relevanten gesetzlichen Erbber-echtigung ausgestattet ist.<sup>7</sup>

### **Aushändigung der Mitgift an die überlebende Ehefrau statt Erbbeteiligung**

Anstatt einer Beteiligung an der Erbschaft fordert die Witwe aus dem Nachlass ihre zu Lebzeiten vom Ehemann treuhänderisch übernommene und gepflegte Mitgift (dos) heraus. Diese Vermögens-masse stammt in der Regel aus dem Vermögen der Familie der Ehe-

frau. Damit ist ihr Lebensunterhalt nach dem Tode des Ehemannes gesichert. Einer zusätzlichen Absicherung aus dem vom Manne hinterlassenen Familienvermögen bedarf es nicht. Das vom verstorbenen Ehemann gehaltene Familienvermögen soll in die nächste Generation weitergehen. Der je aktuelle Inhaber des Familienvermögens ist zwar dispositionsbefugt; er darf das Vermögen verbrauchen oder verschenken. Was er aber nicht verzehrt, hält er als Treuhänder für seine Nachkommen.

Für einen Witwer gibt es die Auskehr einer Mitgift nicht. Der Mann als typischerweise eigenständiger Vermögensträger hat schon zu Lebzeiten seiner Ehefrau Gelegenheit zum Aufbau einer materiellen Lebensgrundlage. Diese Gelegenheit kann er nutzen, sobald er nicht mehr unter der väterlichen Gewalt seines Vaters oder Großvaters oder Urgroßvaters steht. Die Gewalt endete durch Tod des Gewalthabers oder durch Entlassung aus der „patria potestas“<sup>78</sup>. Noch unter väterlicher Gewalt kann der junge Mann schon eigenständige Wirtschaft einüben, wenn ihm der Gewalthaber ein Sondervermögen (peculium) zuteilt; auch dieses Sondervermögen ist freilich rechtlich in der Hand des Familienvaters.

### Ehefrau ohne Mitgift

Es kann sein, dass eine Ehefrau, weil sie aus bescheidenen Verhältnissen stammt, keine nennenswerte Mitgift in die Ehe einbrachte. Dann bedeutet der Tod des Ehemannes doch den Entzug der materiellen Lebensgrundlage, falls nicht die Kinder nach Kräften ihre Mutter unterhalten. Denn es gibt im Nachlass des verstorbenen Ehemannes kein treuhänderisch bewahrtes Frauengut, dass vorab auszuhändigen wäre. Justinian gewährt deswegen (erst nach der Publikation seiner Sammlungen) im Jahre 537 mit seiner Novelle 53 der nicht mit Mitgift versorgten Witwe eine Viertel-Beteiligung am Nachlass ihres verstorbenen Mannes (Nov.53.6). Diese Beteiligung wird treffend als die „Quart der armen Witwe“ bezeichnet.<sup>9</sup> Spiegelbildlich empfängt auch der vermögenslose (nicht anstelle einer Mitgift mit einer Schenkung aus Anlass der Eheschließung – „propter nuptias donatio; antenuptialis donatio“ – ausgestattete) Witwer ein Viertel aus dem Nachlass seiner verstorbenen Ehefrau. Die Erbquote

Quoniam vero ad clementiam omnia a nobis lex aptata est, videmus autem quosdam cohaerentes mulieribus indotatis, deinde morientes, et filios quidem ex lege vocatos ad paternam hereditatem, mulieres autem, licet decies milies in statu legitime coniugis manserint, attamen eo quod non sit facta neque dos neque antenuptialis donatio nihil habere valentes, sed novissima vietas inopia, propterea sancimus providentiam fieri etiam harum et in successione morientis et huiusmodi uxorem cum filiis vocari. Et sicut scriptimus legem volentem, si sine dote existens uxorem vir miserit, quartam partem eius substantiae accipere eam, si etiam sit, quoniam contingit forte paucos aut plures esse filios, quartam partem substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint. Si tamen legatum aliquid reliquerit ei vir minus [a] quarta parte, compliri hoc, ut sicut laesas eas iuvamus, si forte dimissae fuerint a viris indotatae consistentes, ita vel si perduraverint semper cum eis, eadem perfruantur providentia. Scilicet omnibus secundum instar illius nostrae constitutionis, quae quartam decernit eis, etiam hic servanda similiter quidem in viris, similiter autem in mulieribus. Communem namque etiam hanc super eis ponimus legem, sicut etiam praecedentem.

1. Si vero quaedam res propriae mulier in domo viri aut alibi repositas habuerit, harum exactiorem et retentionem habeat omnibus modis inmutatam, subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius iura ex hac lege heres extiterit.

2. Haec itaque dicimus, si coniunctorum alter dote aut antenuptialium donationem non faciens inops aut vir aut mulier inveniat, et moriens quidem aut vir aut femina locupletis sit, ille vero vel illa superstes pauper existat. Nam si aliunde forsan habeat, non offerentem dote aut non dantem propter nuptias donationem non erit iustum gravare filios per successionem, quoniam lex alia est nostra dicens dote non offerentem non posse res viri conquirere per antenuptialium donationem. Quod etiam hic volumus obtinere, nisi tamen ipse vir aut lezatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit; fieri namque hoc nullo invidemus modo, ut in omnibus nobis concordantiae legum serventur, et inopia coniugis per divitias alterius salvetur.

Sechstes Kapitel<sup>10</sup>). Unser gegenwärtiges Gesetz soll auf den Grundrissen der Billigkeit beruhen, und da Wir daher wahrnehmen, dass Manche mit Weibern eine Mitgift sich verhehlichen und nach dem Absterben der Mütter die Kinder durch das Gesetz zur väterlichen Erbschaft berufen werden, die Weiber dagegen, wenn schon sie mit dem Verstorbenen bis an dessen Teil in rechtmäßiger Ehe gelebt haben, deshalb, weil keine dos oder propter nuptias donatio bestell worden ist, nichts erhalten, sondern oft in der äussersten Noth leben müssen, so befehlen Wir hierdurch an, dass bei der Erbfolge in das Vermögen eines Mannes auch für sie gesorgt und eine solche Gattin zugleich mit ihren Kindern zur Erbschaft berufen werden solle. Eben so nun, wie Wir die Verfügung<sup>11</sup>) getroffen haben, dass ein Ehemann ohne dos, welche von ihrem Gatten verstorben wird, den vierten Theil seines Vermögens erhalten soll, so soll die Frau auch hier, ohne Rücksicht auf die Zahl der Kinder, den vierten Theil des Nachlasses bekommen, gleichviel, ob viele oder wenige Kinder vorhanden sind. Wenn ihr der Mann ein Legat hinterlässt, welches weniger, als den vierten Theil austrägt, so soll ihr das Fehlende ergänzt werden, damit die Weiber, welche ihren Ehemännern ein Heirathgut nicht zugesandt haben, auch im Falle ihres fortwährenden Zusammenlebens mit ihren Mäthern dieselbe Fürsorge genossen, welche Wir ihnen auf dem Fall angedeihen lassen, dass sie von ihren Mäthern verstorben werden<sup>12</sup>), wie denn auch gegenwärtige Bestimmung eben so wie jene, welche den vierten Theil festsetzt, gleichmässig auf die Ehemänner, wie auf die Ehefrauen Anwendung finden soll. Und ganz, wie das frühere Gesetz, soll auch diese gesetzliche Bestimmung ihnen gemeinschaftlich sein. §. 1. Hat die Frau eigenthümliche Sachen in der Behausung des Mannes oder irgendwo anders, so kann ihr das Recht, diese einzufordern und zurückzubehalten, auf keine Weise entzogen werden und die Gläubiger des Mannes sind nicht befugt, an diese Sachen sich zu halten, wenn in so weit die Frau nach diesem Gesetze als Erbin in die Vermögenslichkeiten des Mannes eingetretet ist. §. 2. Diese Bestimmungen setzen also voraus, dass der überlebende arme Ehegatte, gleichviel ob Mann oder Frau, dem Verstorbenen keine dos oder donatio propter nuptias bestell hat und der Verstorbene vermögend gewesen ist. Denn wenn der überlebende Ehegatte vermögend ist, ohne eine dos oder donatio propter nuptias dem Verstorbenen bestell zu haben, so möchte es unbillig sein, die Kinder durch die Succession des Ehegatten zu verkränken, da nach einer in einem andern Gesetze<sup>13</sup>) von Uns getroffenen Bestimmung, eine Frau, die keine Mitgift eingebracht hat, wegen einer ante nuptias donatio aus dem Vermögen des Mannes sich nichts aneignen kann. Und dies, wollen Wir, soll auch hier Anwendung finden, so müsste denn der Mann ihr ein Legat oder einen Theil der Erbschaft hinterlassen haben. Denn dies missbilligen Wir auf keine Weise, um die Uebereinstimmung zwischen den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen aufrecht zu erhalten und der Dürftigkeit des einen Gatten durch die Wohlhabenheit des andern zu Hilfe zu kommen.

Abb. 4

der vermögenslosen Witwe oder des vermögenslosen Witwers entspricht der Mindestbeteiligung von einem Viertel, welche die Kinder (nicht jedes für sich, sondern zusammengenommen) empfangen müssen, wie nachher auszuführen sein wird.

Novelle 53.6 vom Jahre 537<sup>10</sup> (Abb. 4)

### Übergangene Eltern

Wenn Eltern sich nicht beklagen, im Testament des Kindes übergangen worden zu sein, so ist vorausgesetzt, dass das Kind überhaupt eigenes Vermögen hat. Das war dann möglich, wenn es nicht mehr der väterlichen Hausgewalt unterstand. Dies wiederum war der Fall, wenn das Kind aus ihr entlassen war.<sup>11</sup>

### **Übergehen an sich oder unter besonderen Umständen**

Übergeht der Erblasser in seinem Testament Kinder oder Eltern, so ist die Klage wegen lieblosen Testaments ohne weiteres erzeugt. Wenn der Erblasser zum Beispiel in nüchternem Zustand (wäre er volltrunken, wäre das Testament schon deswegen kraftlos) seinen langjährigen Zechkumpanen und Alea-Genossen zum Alleinerben einsetzt, so dürfen die Kinder oder die Eltern sich beschweren, ohne dass gefragt werden müsste, ob die Bevorzugung des Trink- und Spielfreundes als besonders übler Missgriff zu beurteilen sei.

Wollen hingegen Geschwister des Erblassers wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments klagen, so ist zwar notwendig, dass der Erblasser sie übergang. Aber das Übergehen ist nicht hinreichend; vielmehr muss ein zusätzliches Merkmal erfüllt sein. Das ist namentlich die üble Beleumdung des im Testament Vorgezogenen. Im zuvor genannten Beispiel könnte man sich ausmalen, der Zechkumpan sei ein Taugenichts und man traue ihm zu, dass er von krummen Geschäften lebe. Es sei freilich nicht sicher bekannt, dass er ungesetzliche Geschäfte wie zum Beispiel Hehlerei betreibe. Hier liegt zwar keine vollkommene Erbunwürdigkeit des eingesetzten Erben vor (was das Problem des Übergangenseins aufhobe). Aber im Vergleich des testamentarisch Bedachten mit den verdrängten Geschwistern besteht eine relative Unwürdigkeit des testamentarisch Bedachten.

Hiernach kann man sagen, dass das pflichtwidrige Testament als sichtbares Zurücksetzen der Angehörigen stets anstößig ist. Bei besonders engen Angehörigen (Kinder, Eltern) ist das Zurücksetzen unabhängig von der Person des Bevorzugten als sichtliche Lieblosigkeit anstößig. Bei etwas größerer Distanz (Geschwister) ergibt sich die sichtliche Lieblosigkeit erst aus Abwägen der Umstände.

### **Übergangen sein**

Zurücksetzen des Angehörigen bedeutet nach den Institutionen, dass der Angehörige entweder gar keine Beteiligung an der Erbmasse empfing, also gänzlich übergangen ist, oder nur eine Beteiligung unterhalb eines Viertels des ihm gesetzlich Zustehenden erhielt.<sup>12</sup> Gibt es mehrere Erbanwärter (zum Beispiel mehrere Kinder

des Verstorbenen), so bezieht sich die Viertel-Berechnung nicht auf den ganzen Nachlass, sondern nur auf den bei gedachter gesetzlicher Erbfolge auf ihn zukommenden Teil des Nachlasses. Wenn der Verstorbene drei Kinder hinterlässt, so würden sie von Gesetzes wegen jeder zu einem Drittel Erbe. Übergangen ist ein Kind, wenn es im Testament überhaupt nicht oder mit weniger als einem Viertel von einem Drittel, also mit weniger als einem Zwölftel berufen ist. Um keines seiner drei Kinder zu übergehen, muss der Erblasser mindestens dreimal ein Zwölftel, also ein Viertel seines Nachlasses von anderweitiger Vergabe freihalten. Nicht etwa muss er dreimal ein Viertel des gesamten Nachlasses unangetastet lassen. Sind fünf Kinder gesetzlich erbberechtigt, muss er mindestens fünfmal ein Zwanzigstel freihalten. Sind zwei Kinder von Gesetzes wegen erbberechtigt, muss er mindestens zweimal ein Achtel freihalten. Mit anderen Worten: Es ist bei jeder Anzahl von gesetzlichen Erbanwärttern immer ein Viertel des Nachlasses indisponibel. Über den Rest kann der Erblasser mit seinen letztwilligen Anordnungen folgenlos verfügen.

### **Folge begründeter Klage wegen pflichtwidrigen Testaments**

Obsiegt der enttäuschte Erbanwärter mit seiner Klage wegen pflichtwidrigen Testaments, weil der Erblasser mehr als drei Viertel seines Nachlasses an andere als die engsten Erbanwärter vergab, so ist auf den ersten Blick das Testament immer hinfällig. Es scheint sich stets als von Anfang an nichtig zu erweisen. Denn es ist in den vorgelegten Quellenausschnitten weder von Einrücken des erfolgreich klagenden Übergangenen in die Erbmasse neben dem testamentarischen Erben die Rede noch von Gewinnung lediglich eines finanziellen Ausgleichsanspruchs gegen den im Genuss des Nachlasses verbleibenden eingesetzten Erben. Damit müsste wegen Fortfalls des nur vordergründig hinderlichen Testaments wieder Raum für die gesetzliche Erbfolge sein. Der testamentarische Erbe würde immer verdrängt. Der Klagberechtigte würde also nicht bloß mit einer Minimal-Quote (ein Viertel seiner regulären Beteiligung am Nachlass) zufriedengestellt, sondern er empfinde seinen vollen gesetzlichen Anteil.

Rekonstruktion der gesetzlichen Erbfolge bedeutet, wie weiteres

Quellenstudium bestätigen würde, dass primär die Kinder die Nutznießer einer Klage wegen lieblosen Testaments sind. Die Hauskinder und Hausenkelkinder besetzen die Hauptrolle unter den gesetzlich zur Vermögensnachfolge Berufenen.<sup>13</sup> Die Seitenverwandten des Erblassers haben Nachrang.<sup>14</sup> Einem Seitenverwandten ähnlich steht der Vater des Verstorbenen, wenn er den Verstorbenen aus der Hausgewalt entlassen hatte; nur dann konnte der Verstorbene überhaupt eigenes Vermögen bilden.<sup>15</sup> Andere gesetzliche Erbanwärter als Kinder des Verstorbenen kommen nur zum Zuge, wenn es keine Kinder gibt – oder wenn die zurückgesetzten Kinder das Testament nicht angreifen und dies nur die Eltern oder Geschwister als die ferneren gesetzlich Erbberechtigten tun.

Weiteres Quellenstudium würde allerdings noch eine Spaltung der Rechtsfolge hervorbringen: Nur wegen völligen Übergehens ist mittels Klage wegen pflichtwidrigen Testaments die gesetzliche Erbfolge, wie zuvor beschrieben, wiederherzustellen. Wenn hingegen der Erblasser dem engsten Anwärter immerhin einen kleinen Anteil einräumte, wenngleich unterhalb des als Minimum verlangten Viertels, dann gibt es nach erfolgreicher Klage lediglich eine Ergänzung bis zu dem Viertel.<sup>16</sup>

### **Stärkung des indisponiblen Teils der Erbmasse mit einer Reform Justinians**

Justinians Novelle 18 stärkt in ihrem Kapitel 1 den indisponiblen Anteil der Erbmasse. Je nach ihrer Anzahl muss den Kindern nicht mehr nur mindestens ein Viertel, sondern mindestens ein Drittel oder sogar die Hälfte hinterlassen bleiben. Das Viertel hielt Justinian für eine zu geringe Beteiligung, die bei größerer Kinderzahl dem einzelnen Kinde nur eine verschwindende Menge garantierte. Disponibel bleiben nach der Reform Justinians nur noch die anderen zwei Drittel oder die andere Hälfte. Derartige Differenzierung nach Kinderzahl kennt bis heute auch der französische „Code Civil“ von 1804.<sup>17</sup> Dessen article 913 bestimmt, dass als „portion de biens disponible“ dem Testierenden die Hälfte zur Verfügung steht, wenn es ein Kind gibt; nur ein Drittel ist disponibel, wenn zwei Kinder leben; nur ein Viertel ist disponibel, wenn drei oder mehr Kinder leben. Die Stär-

kung der unentziehbaren Anteile wirkt einer mit wachsender Zahl von engsten Angehörigen drohenden Zersplitterung des Vermögens entgegen, welche den von der „querela inofficiosi testamenti“ gebotenen Schutz nutzlos machen würde.

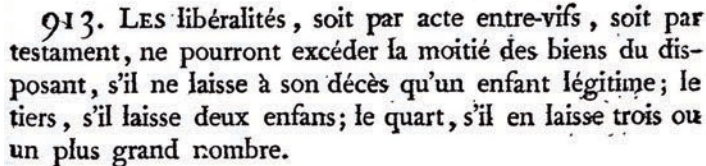
Article 913 *Code civil* 1804<sup>18</sup> (Abb. 5)

### **Eigentum und Erbfolge im Recht der Gegenwart: Grundgesetz und Bürgerliches Gesetzbuch**

Das im Jahre 1949 in Kraft getretene Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland<sup>19</sup> schützt Eigentum und Erbrecht (Artikel 14 Absatz 1 Satz 1 GG).

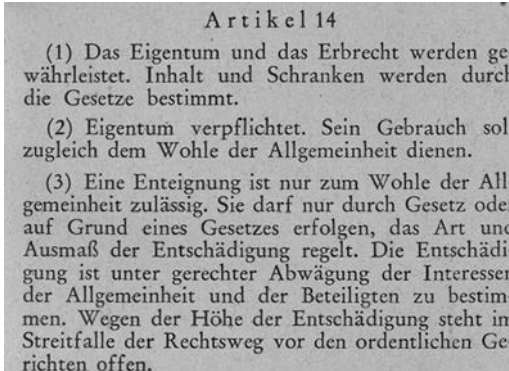
Artikel 14 Grundgesetz<sup>20</sup> (Abb. 6)

Mit der Benennung von Eigentum und Erbrecht als Grundrecht ist



913. LES libéralités , soit par acte entre-vifs , soit par testament , ne pourront excéder la moitié des biens du disposant , s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ; le tiers , s'il laisse deux enfans ; le quart , s'il en laisse trois ou un plus grand nombre.

Abb. 5



Artikel 14

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Abb. 6

private Zuordnung von Vermögen ebenso institutionalisiert und garantiert wie private Verfügungsgewalt. Mit „Eigentum“ und dem ihm beigeordneten Erbrecht meint das Grundgesetz zum einen das Innehaben von Sachen, das sind gemäß § 90 des vorkonstitutionellen Bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1896<sup>21</sup> körperliche Gegenstände, als Eigentum im engeren, zivilrechtlichen Sinne; dieses nur an Sachen existierende Eigentum bedeutet gemäß § 903 BGB Verfügendürfen nach Belieben. Zum anderen erfasst die Garantie auch das Innehaben sonstiger, nichtsächlicher Vermögenspositionen. Der Eigentumsbegriff der Verfassung ist weiter als der zivilrechtliche Eigentumsbegriff. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist darum nicht defizitär. Es kennt auch Innehaben und Vererben von Vermögenswerten, die keine Sachen sind – zum Beispiel ein Bankguthaben. Es nennt diese Vermögenswerte lediglich nicht „Eigentum“ und ihr Innehaben nicht „Eigentum“.

Der Vermögensinhaber kann seine, ihm vom Grundgesetz garantierte Verfügungsgewalt auch für die Zeit nach dem Tode ausüben; er hat Testierfreiheit. Die Testierfreiheit berechtigt auch zum Unterlassen. Dem Vermögensinhaber und künftigen Erblasser ist erlaubt – und muss erlaubt sein –, auf besondere Dispositionen zu verzichten, ohne zu befürchten zu haben, dass sein Vermögen nach dem Tode mangels letztwilliger Verfügung vom Fiskus eingezogen würde. Er muss sicher sein, dass sein Vermögen nach dem Tode in einem für ihn überschaubaren Personenkreis, traditionsgemäß im Kreis der nächsten Angehörigen, weiter gehalten werden kann. Mit anderen Worten hält die Rechtsordnung eine gesetzliche Erbfolge bereit, die immer dann und soweit eingreift, wenn und als der Erblasser nichts regelte. Ein noch nicht Geschäftsfähiger kann überhaupt erst mit vollendetem 16. Lebensjahr disponieren (§ 2229 Absatz 1 BGB); jüngere Personen können ausschließlich gesetzlich beerbt werden.

### **Erbanwarschaft**

Die grundgesetzliche Erbrechtsgarantie schützt nicht nur den Erblasser. Es muss auch eine rechtliche Absicherung der Erwartung von Erben geben. Testamentarische Erben haben Rechte am Nachlass, die ihnen der Staat nicht nehmen darf. Und entsprechend der Tradi-

tion, auf welcher der Begriff des Erbrechts im Grundgesetz ruht, muss es auch eine gesetzliche Erbfolge von Angehörigen in deren Interesse geben. Der Gesetzgeber dürfte die gesetzliche Erbfolge nicht abschaffen und Erbfolge auf testamentarische Berufung beschränken.

Wenn demnach neben der Gewissheit des Vermögensinhabers, dass das zu Lebzeiten Gehaltene auch nach dem Tode privat bleiben wird, auch die Erbanwarschaft garantiert ist, müssen widerstreitende Freiheiten zum Ausgleich gebracht werden. Der Testierfreiheit sind gewisse Schranken zum Schutze der Erbanwarschaft der Angehörigen zu setzen. Somit erzwingt die Verfassung, dass das einfache Recht (Bürgerliches Gesetzbuch) erstens private Vermögenszuordnung und zweitens Testierfreiheit regelt, drittens auch gesetzliche Erbfolge einrichtet und viertens Schutz vor dem Übergehen gesetzlicher Erben.

### **Beteiligung des Gemeinwohls am Privatvermögen**

Das Gemeinwesen bleibt bei aller gebotenen Zurückhaltung an der privaten Vermögensentwicklung beteiligt. Es erhebt Ertragsteuern (insbesondere Einkommensteuer, Körperschaftsteuer). Das Grundgesetz selbst legt dem Eigentum eine Gemeinwohlbindung auf (Artikel 14 Absatz 2 GG) und überlässt die Ausgestaltung des Eigentums mitsamt Schranken für seine Betätigung dem einfachen Gesetz. Das ermöglicht dem Gesetzgeber vielerlei Inanspruchnahmen von Eigentum, die, zusammengenommen, individuelle Nutzung des Eigentums weitgehend ausschließen (zum Beispiel auf den Gebieten der Wasserwirtschaft, des Bergbaus, der Luftfahrt, des Bauens, der Verkehrswege, der Energieversorgung, der Fauna, der Flora).

Die Verfassung lässt zum gemeinen Wohl sogar den Entzug des Eigentums zu (Artikel 14 Absatz 3 GG), wengleich nur gegen Entschädigung. Hierunter fallen beispielsweise Umlegung oder Enteignung von Grundstücken aus städtebaulichen Gründen (§§ 45 ff., 85 ff. Bau-gesetzbuch<sup>22</sup>), Enteignung für einzelne öffentliche Einrichtungen, z. B. Straßenbau oder militärische Anlage, Flughafenbau, Eisenbahnbau, Talsperre usw. nach Bundes- oder Landesgesetzen (Abgrenzung in § 85 Absatz 2 BauGB) oder Flurbereinigung zwecks effizienterer



Grundstücksnutzung, also Bereinigung von Splitterbesitz, entstanden aus vielen Generationenwechseln mit Grundstücksteilung (siehe Flurbereinigungsgesetz<sup>23</sup> und §§ 187 ff. BauGB). Vorhaben, die der Staat für unverzichtbar hält, setzt er gegen den Widerstand einzelner Eigner durch. Die grundrechtliche Eigentumsgarantie verdünnt sich hier zu einer Wertbestandsgarantie. Der Eigner empfängt Ausgleich mit einem anderen Objekt oder mit Geld. Noch nie in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland allerdings wurde die in Artikel 15 GG vorgesehene Vergesellschaftung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln unternommen – im Gegensatz zu Bodenreform und Vergesellschaftung in Sowjetischer Besatzungszone und Deutscher Demokratischer Republik.

Auch das Erbrecht ist nicht gänzlich staatsfrei. Der Staat beansprucht zwar keine Mitwirkung an letztwilligen Verfügungen, beispielsweise durch ein Genehmigungserfordernis. Er beteiligt sich aber auf der Nachfolgesseite. Der Fiskus nimmt, wennzwar nur an letzter Stelle, einen Platz in der gesetzlichen Erbfolge ein (§ 1936 BGB). Keine direkte Beteiligung am Nachlass, aber eine empfindliche Wertbeteiligung des Staates stellt die Erbschaftsteuer dar. Sie wirkt mittelbar wie eine Deprivation. Man kann sie nicht dadurch vermeiden, dass der Vermögensinhaber sein Gut schon zu Lebzeiten verteilt. Dann schöpft die Schenkungsteuer in gleichem Umfang wie die Erbschaftsteuer Teile des Zugewandten ab.

### **Private Disposition**

Die dem Einzelnen grundgesetzlich belassene Dispositionsfreiheit drückt sich unter anderem in Werkzeugen aus, die das Bürgerliche Gesetzbuch bereitstellt. So kann der Eigner, wenn er mag, von Regelungen zur Übereignung von Sachen (§§ 929 ff. BGB, §§ 873, 925 BGB) und Abtretung von Rechten (§§ 398, 413 BGB) Gebrauch machen.

Die dem Erblasser vom Grundgesetz gegebene Garantie, dass sein Vermögen auch postmortal privat bleibe, führt das Bürgerliche Gesetzbuch als Gesamtnachfolge des einen Erben oder der mehreren Erben aus (§ 1922 BGB). Diese Universalsukzession darf der Erblas-

ser mittels Testament gestalten, er genießt Testierfreiheit (§ 1937 BGB). Alternative zum Testament ist der Erbvertrag mit einem oder mehreren Nachfolgern (§ 1941 BGB).

Die Dispositionsfreiheit des Erblassers ist im Grundsatz uneingeschränkt. Der Nachlass wird, anders als im französischen „Code civil“, nicht rechnerisch in einen disponiblen und einen indisponiblen Teil gespalten. Eine Verfügung von Todes wegen aufzustellen, ist der Erblasser jedoch nicht genötigt. Auch wenn er nichts unternimmt, geht sein Nachlass in private Hände. Ebenso wie im römischen Recht gibt es im Bürgerlichen Gesetzbuch eine gesetzliche Erbfolge naher oder hilfsweise ferner stehender Angehöriger (§§ 1924 ff. BGB).

### **Gesetzliche Erbfolge: Verwandte, Ehegatten, eingetragene Lebenspartner**

Zuerst sind die Abkömmlinge als Erben berufen (§ 1924 Absatz 1 BGB). Den zweiten Rang belegen die Eltern und deren Abkömmlinge (§ 1925 Absatz 1 BGB). Ihnen stehen die weiter entfernten Verwandten nach (§§ 1926 ff. BGB).

Das Ehegattenerbrecht steht erst hinter diesen Vorschriften (§ 1931 BGB). Dabei spielt keine Rolle, ob die Ehe hier Partner verschiedenen Geschlechts oder, wie es seit einem Änderungsgesetz vom 20. Juli 2017<sup>24</sup> möglich ist (§ 1353 Absatz 1 Satz 1 BGB neuer Fassung), gleichen Geschlechts verbindet. Die redaktionelle Nachordnung des Ehegattenerbrechts drückt aber nicht aus, dass das Ehegattenerbrecht den schwächsten Rang hätte. Vielmehr ist sie darin begründet, dass der Ehegatte im Gegensatz zu den Verwandten nicht genau einer Rangklasse zugeordnet ist. Es gibt eine differenzierte Regelung zum Umfang der Erbbeteiligung je nachdem, welche Verwandten des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes leben. Den Ehegatten nicht in eine der Ordnungen der §§ 1924 ff. BGB unmittelbar einzugliedern bedeutet, dass seine Nachlassbeteiligung auch anderthalb Jahrtausende nach Justinians Novelle noch immer einen Sondertatbestand darstellt. So hartnäckig können überlieferte Regelungsstrukturen sich halten, obwohl niemand bestreiten würde, dass die ge-

sellschaftlichen Verhältnisse sich in der Zwischenzeit vielfältig wandelten!

Eine dem Ehegattenerbrecht parallele Regelung gilt für den überlebenden eingetragenen Lebenspartner (§ 10 Absätze 1 und 2 Lebenspartnerschaftsgesetz). Auch er oder sie erbt je nach Existenz von Verwandten ein Viertel, die Hälfte oder den gesamten Nachlass. Das Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft aus dem Jahre 2001<sup>25</sup> besteht neben der Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts durch das erwähnte Änderungsgesetz vom Jahre 2017 fort. Hier liegt insoweit Ungleichbehandlung vor, als Personen verschiedenen Geschlechts die eingetragene Lebenspartnerschaft verschlossen geblieben ist. Sie haben nur die Wahl zwischen nichtehelicher Lebensgemeinschaft und Ehe.

### **Ehegatten und eingetragene Lebenspartner als meistberechtigte gesetzliche Erben**

Die redaktionelle Hintansetzung des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartners verdeckt, dass der Ehegatte und der eingetragene Lebenspartner inhaltlich die stärkste erbrechtliche Stellung überhaupt genießt. Ehegatte und eingetragenen Lebenspartner beruft das Gesetz neben Abkömmlingen auf ein Viertel des Nachlasses (wie Justinians Novelle 53!) und neben Eltern und deren Abkömmlingen (also Geschwister, Nichten, Neffen des Erblassers) oder neben Großeltern auf die Hälfte (§ 1931 Absatz 1 Satz 1 BGB; § 10 Absatz 1 Satz 1 LPartG).

§ 1931 BGB<sup>26</sup> (Abb. 7)

Sind Großeltern (wie zumeist) schon vorher verstorben, rücken entgegen der allgemeinen Regel nicht deren Abkömmlinge, also die Basen und Vettern oder deren Kinder, an die Stelle, sondern deren Anteile wachsen dem Ehegatten oder eingetragenen Lebenspartner zu (§ 1931 Absatz 1 Satz 2 BGB; § 10 Absatz 1 Satz 2 LPartG). Leben weder Abkömmlinge des Erblassers noch dessen Eltern oder deren Abkömmlinge noch ein Großelternanteil, so ist der Ehegatte oder der eingetragene Lebenspartner Alleinerbe (§ 1931 Absatz 2 BGB; § 10 Absatz 2 Satz 1 LPartG). Onkel und Tante, Cousine und Cousin gehen

### **§. 1931.**

*Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach §. 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.*

*Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.*

Abb. 7

leer aus.

### **Ehegattenerbrecht als Regelungsbestand des ausgehenden 19. Jahrhunderts**

Die in § 1931 BGB beschriebene Nachlassbeteiligung des Ehegatten zählt zum ursprünglichen Regelungsbestand des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahre 1896. Die zu Beginn des 21. Jahrhunderts entstandene Regelung im Lebenspartnerschaftsgesetz wurde den Vorschriften des ausgehenden 19. Jahrhunderts nachgebildet. Diesen Vorschriften legten die Verfasser augenscheinlich eine Lebensauffassung zugrunde, wie sie ihrem persönlichen gesellschaftlichen Stande am nächsten lag. Anders als die justinianische Novelle des Jahres 537 empfängt nach § 1931 BGB (und dem folgend § 10 Absatz 1 Sätze 1 und 2 LPartG) der überlebende Ehegatte (Lebenspartner) seine Erbportion ohne Rücksicht auf sein Geschlecht und die Stärke seiner eigenen finanziellen Kräfte. Nicht nur die arme, sondern auch die vermögende Witwe und der nicht arme Witwer erben ein Viertel oder mehr. Der Gesetzgeber vereinfacht also die Regeln, indem er auf Prüfung der individuellen Vermögenslage verzichtet. Wie in Justinians Novelle 53 sind beide Geschlechter gleichgestellt.

Gesetzliches Erbrecht hat allerdings im späten 19. Jahrhundert nur eine begrenzte Wirksamkeit. Es spielt hauptsächlich im bürgerlichen Milieu. In der Arbeiterschaft ist es mangels tradierbaren Vermögens fast nur von theoretischer Bedeutung. In der Landwirtschaft gelten, von Region zu Region variierend, besondere Regeln zu Altenteil und Hofnachfolge. Im Adel bestimmen noch Familienfideikommisse oder

zu deren Ersatz Hausverträge die Vermögensübertragung in die folgenden Generationen.

Endete in bürgerlichen Kreisen eine Ehe durch Tod eines Teils, so war Überlebender typischerweise die jüngere Ehefrau, welche keiner Berufstätigkeit nachging. Eventuell war sie die zweite Ehefrau des Verstorbenen, falls die erste im Kindbett verstarb. Die garantierte Erbportion macht die überlebende Gattin von Einsicht und Großmut ihrer Kinder oder Stiefkinder unabhängig. Ihr dem gewesenen Ehestande gemäßer Lebensunterhalt bleibt gesichert, gleichviel, wie das Vermögen zu Lebzeiten des Ehemannes unter den Eheleuten verteilt war.<sup>27</sup>

### **Ergänzung des Ehegattenerbrechts im Jahre 1957**

Das Gebot gleicher Berechtigung von Männern und Frauen, ausgesprochen unter den im Grundgesetz beschriebenen Grundrechten (Artikel 3 Absatz 2 GG), machte eine Reform des paternalistisch geprägten Familienrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch notwendig. Mit dem Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957<sup>28</sup> entstand als neues Grundmodell für die Vermögensbildung der Eheleute die Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB). In diesem Modell bilden die Eheleute zwar ungeachtet der Ehe jeder für sich Vermögen; das schon vor der Ehe Erlangte bleibt ebenso getrennt wie das während der Ehe Erworbene (§ 1363 Absatz 2 Satz 1 BGB). Doch mit Ende der Zugewinnngemeinschaft (namentlich durch Scheidung oder Tod) wird das während der Ehe Erworbene finanziell ausgeglichen (§ 1363 Absatz 2 Satz 2 BGB) – im Falle der Scheidung unter den sich trennenden Eheleuten, im Falle des Todes zwischen Erbengemeinschaft und überlebendem Ehegatten.

Vor der Reform des Jahres 1957 war gesetzlicher Güterstand nach § 1363 BGB 1896 nicht die Zugewinnngemeinschaft, sondern die Verwaltungsgemeinschaft in der Hand des Mannes. Erfasst war nicht nur das in die Ehe eingebrachte Gut der Ehefrau (§ 1363 Absatz 1 BGB 1896), sondern auch das während der Ehe von ihr Erworbene (§ 1363 Absatz 2 BGB 1896); deswegen betont der neue § 1363 Absatz 2 BGB 1957 unmissverständlich sowohl das Getrenntbleiben

des vorehelichen Vermögens als auch den getrennten Erwerb während der Ehe. Die ursprüngliche Verwaltung und Nutznießung durch den Ehemann (§ 1363 Absatz 1 BGB 1896; Details in §§ 1373 ff. BGB 1896) ähnelte der treuhänderischen Vermögenspflege des römischen Rechts. Bemerkenswerter Unterschied war jedoch, dass der Ehemann in der Verwaltungsgemeinschaft nicht Eigner des Vermögens seiner Ehegattin wurde.

Der im Jahre 1957 eingeführte Zugewinnngleich nach Tod eines Ehegatten geschieht, indem die gesetzliche Erbportion einen pauschalen Aufschlag erhält – sofern nicht der Ehegatte ohnehin Alleinerbe ist. § 1931 Absatz 2 BGB macht mit einem Verweis auf den Zugewinnngleich nach § 1371 BGB auf die Ergänzung der Erbportion aufmerksam. Der Aufschlag beträgt ein Viertel des Nachlasses (§ 1371 Absatz 1 BGB). Zusammen mit dem Erbteil nach § 1931 Absatz 1 Satz 1 BGB genießt der Ehegatte des Verstorbenen eine Nachlassbeteiligung zur Hälfte (wenn er mit Kindern erbt), und zu drei Vierteln (wenn er mit Eltern oder deren Abkömmlingen erbt). Diese Anhebung – für die Verwandten eine Kürzung ihres Erbrechts – findet ohne Rücksicht darauf statt, ob der Verstorbene während der Ehe einen dem Zuschlag entsprechend stärkeren Zugewinn als der überlebende Ehegatte erzielte. Der überlebende Ehegatte erhält das zusätzliche Viertel sogar auch dann, wenn der Verstorbene sein Vermögen gemindert hatte – etwa durch lebzeitige Übertragungen an den überlebenden Ehegatten oder gemeinsame Aufzehrung des Vermögens. Es handelt sich bei dem Zuschlag nur nominell um einen Zugewinnngleich; tatsächlich wird der Zugewinnngleich durch eine Variation der Erbquote (zwei Viertel statt ein Viertel; drei Viertel statt einer Hälfte) ersetzt. Eine solche Erbquote kann ein Kind nur dann erreichen, wenn es keine Geschwister hat. Und auch das Kind, welches sich den Nachlass nicht mit Geschwistern, sondern nur mit dem überlebenden Ehegatten teilt, steht noch hinter dem Ehegatten zurück, weil das Gesetz dem Ehegatten vorab, ohne Anrechnung auf seinen Erbteil, aus dem Nachlass einen Hausstand zuweist, den so genannten Voraus (§ 1932 BGB).

### **Mehrfachabsicherung des Lebensunterhaltes nach Eheende**

Der Zugewinnngleich erfüllt die Funktion, welche im römischen

Recht das Auskehren der während der Ehe vom Ehemann innegehaltenen Mitgift bei Eheende hatte: Der überlebende Ehegatte empfängt „seine“ Lebensgrundlage, weil das von dem anderen Ehegatten aufgebaute Vermögen als auch auf den Leistungen des überlebenden Ehegatten fußend angesehen wird. Die Akkumulation von Vermögen in einer Hand anstatt gleichmäßig auf beide Ehepartner verteilt oder in gleichzeitiger Inhaberschaft beider Seiten ist zufallsabhängig. Dieser Zufall wird bei Eheende korrigiert.

Der überlebende Ehegatte ist im Jahre 1957 immer noch typischerweise die Frau, die ein geringeres Lebensalter, aber, unter anderem auch wegen der Kriegsbeschädigungen der Männer, eine höhere Lebenserwartung als der Ehemann hat. Die Ehefrau hat, insbesondere wegen der Fürsorge für die Kinder, eine geringere Erwerbsbiografie mit entsprechend geringerer Rente. Zahlreiche „weibliche“ Erwerbstätigkeiten waren noch in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts und auch noch in der jungen Bundesrepublik nicht als reguläre Arbeitsverhältnisse mit einer Koppelung von angemessener Entlohnung und Sozialversicherung geführt; man denke nur an die Aufräumarbeiten in den kriegszerstörten Städten und die Hilfen in privaten Haushalten und in der Landwirtschaft. Das gesellschaftspolitische Ideal, nicht die allgegenwärtige Realität, des Jahres 1957 war nach den Traumata von Gewaltherrschaft und Zweitem Weltkrieg die heile Welt der Kleinfamilie mit dem alleinverdienenden Ehemann und der Haushalt und Kindererziehung besorgenden Ehefrau, die einer Erwerbstätigkeit allenfalls nebenberuflich, zur Ergänzung des der Familie zur Verfügung stehenden Einkommens nachging. Um der schieren Existenz der Familie willen sollte Erwerbstätigkeit beider Geschlechter – im Gegensatz zu den prekären Verhältnissen des 19. Jahrhunderts – nicht mehr nötig sein. Und auch nicht mehr sollte es Last der Frauen sein, die Arbeitskraft der im Kriegsdienst Stehenden, der Versehrten und der Gefallenen zu ersetzen.

Das aus der Reform von 1957 hervorgegangene heutige bürgerliche Recht sichert dem überlebenden Ehegatten die materielle Existenz mit Erbteil und pauschalem Zugewinnausgleich ohne Zugewinnberechnung in zwei Komponenten. Es können – Begüterung der Fami-

lie vorausgesetzt – sogar drei Komponenten sein, falls der überlebende Ehegatte aus Anlass seiner Heirat auch eine Ausstattung gemäß § 1624 BGB (sogenannte Aussteuer, Mitgift) empfangen hatte. Die Kinder des Erblassers stehen deutlich schwächer da. Auch wenn der Ehegatte nur ein einziges Kind hat, welches mit dem Ehegatten die Erbengemeinschaft bildet, so erbt das eine Kind nicht mehr als der Ehegatte, sondern weniger, wenn man den „Voraus“ mitbedenkt, die Vorabzuweisung des Hausrates an den Ehegatten nach § 1932 BGB.

Vor Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches war die Rolle des Ehemanns als des alleinigen Vermögensträgers keineswegs durch alle gesellschaftlichen Schichten herrschend. Das römische Modell einer Vermögensfähigkeit ausschließlich des männlichen Familienoberhauptes war nur einer von vielen gleichzeitig gangbaren Lebensentwürfen. Das Bürgerliche Gesetzbuch betonte jedoch mit der Verwaltungsgemeinschaft (§ 1363 BGB ursprünglicher Fassung) aus einer im sozialkundlichen Sinne „bürgerlichen“ Sicht eine patriarchale Struktur des Familienvermögens. Es verfestigte die allgemeine, sich mit der Vielfalt historischer sozialer Realität eigentlich nicht deckende Anschauung, worin der Ehemann Träger des Familienvermögens sei. Die im engeren Sinne „bürgerliche“ Lebenswelt wurde generelles Leitbild. Damit ging häufig eine tatsächliche Ansammlung des Vermögens in einer, nämlich der männlichen Hand einher, so dass die Aspekte der Erbbeteiligung und der güterrechtlichen Beteiligung sich unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches und letztlich auch im Text des Bürgerlichen Gesetzbuches miteinander verbanden. Im 20. Jahrhundert entwickelte sich trotz dramatischer Rückschläge in Kriegen und Wirtschaftskrisen ein historisch einmaliger Wohlstand weiter Bevölkerungsteile. Insbesondere hatte hieran auch die Arbeiterschaft teil. Sie stand in der sozialen Gliederung des 19. Jahrhunderts außerhalb des Bürgertums, rückte aber im Verlaufe des 20. Jahrhunderts in bürgerliche Lebensformen und dabei insbesondere in Auffassungen zur Vermögensordnung ein.

### **Eheliche Erbfolge im vertraglichen Güterstand**

Die Eheleute können den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch einen Ehevertrag abtun (§ 1408 BGB). Zur Auswahl

stehen Gütertrennung (§ 1414 BGB) und Gütergemeinschaft (§ 1415 BGB).

Bei Gütertrennung gibt es keinen Zusatzerteil für den Überlebenden, da hier die Ehegatten mit dem Ehevertrag zum Ausdruck brachten, keinen Zugewinnausgleich am Ende der Ehe zu wünschen (§ 1414 BGB). Trotzdem findet seit einer Reform des Jahres 1969<sup>29</sup> eine Erhöhung des Erbteils auf ein Drittel oder die Hälfte statt, wenn nur zwei Kinder oder nur ein Kind des Erblassers leben und mit dem Ehegatten die Erbengemeinschaft bilden (§ 1931 Absatz 4 Halbsatz 1 BGB). Der Ehegatte hat also im Falle der Gütertrennung immer mindestens soviel Anteil am Vermögen des Erblassers wie Kinder, oder an ihrer Stelle Enkelkinder, des Erblassers. Diese Zutat der jungen Bundesrepublik erinnert an Justinians in Novelle 53 verwirklichte Idee, die Witwe nicht schlechter als die Kinder zu stellen. Anders als in Novelle 53 sind allerdings in § 1931 Absatz 4 BGB die Kinder nicht rechnerisch zu einer Einheit zusammengefasst, der ein Viertel Mindestbeteiligung zusteht, sondern werden die Kinder je einzeln in den Vergleich mit dem Ehegatten gestellt.

In der Gütergemeinschaft bedarf es keiner Anhebung des gesetzlichen Erbteils für den überlebenden Ehegatten, weil er schon zu Lebzeiten Beteiligung am Vermögen des Erblassers erlangte. Gewissermaßen hatte hier bereits während der Ehe eine permanente Zugewinnausgleichung stattgefunden.

### **Erbfolge in Eingetragener Lebenspartnerschaft**

Für die Eingetragene Lebenspartnerschaft gilt seit einem Reformgesetz vom 15. Dezember des Jahres 2004<sup>30</sup> ein der Ehe paralleles Güterrecht (§§ 6 ff. LPartG mit zahlreichen Verweisungen ins Bürgerliche Gesetzbuch). Sofern die Lebenspartner ihre Vermögensverhältnisse nicht durch einen Vertrag abweichend regeln, leben sie wie Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 6 Satz 1 LPartG). Die ursprüngliche Fassung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom Jahre 2001 hatte eine sogenannte Ausgleichsgemeinschaft zur Wahl gestellt, die im Wesentlichen bereits der Zugewinnngemeinschaft entsprach.

Endet die Lebenspartnerschaft durch Tod, wird der Zugewinnausgleich erbrechtlich bewirkt, das heißt durch Erhöhen des gesetzlichen Erbteils nach dem Muster des Aufschlages für den überlebenden Ehegatten von einem Viertel (§ 6 LPartG mit § 1371 Absatz 1 BGB). Die Anhebung der gesetzlichen Erbquote für den überlebenden Ehegatten bei Gütertrennung (wo es keiner Anhebung zwecks Zugewinnausgleiches bedarf) und Bildung der Erbengemeinschaft nur mit zwei Kindern oder nur mit einem Kind des Erblassers ist ebenfalls zugunsten des überlebenden Lebenspartners nachgebildet (§ 10 Absatz 2 LPartG). Desgleichen empfängt der überlebende Lebenspartner wie der überlebende Ehegatte einen „Voraus“ (§ 10 Absatz 1 Sätze 3 und 4 LPartG).

Die güterrechtliche und erbrechtliche Gleichstellung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe überrascht, wenn man die Regelungen an der Realität oder den gesellschaftspolitischen Zielsetzungen misst, worin die Lebensbünde geführt werden oder nach der je vorwiegenden Auffassung der Gesellschaftspolitik geführt werden sollen. Man hätte nicht viel Widerspruch bei der Aussage zu erwarten, dass im Jahre 1957 in einer Prolongation oder gar Wiederbelebung eines bürgerlichen Lebensbildes vom Ende des 19. Jahrhunderts die Erzeugung der Zugewinnngemeinschaft mit ihrem erbrechtlichen Anhängsel Ausdruck der Vorstellung war, dass typischerweise der größere Teil des Erwerbs – laufende Einkünfte zum Unterhalt des Lebensbundes, aber auch Sammlung und Anlage von Ersparnissen – auf einer Seite liege und auch liegen möge. Und niemand würde ernsthaft der Aussage widersprechen, dass an der Wende vom 20. zum 21. Jahrhundert in der Gesellschaftspolitik die Auffassung bereits herrschte, dass in einem aus zwei Personen geschmiedeten Lebensbund jede Seite gleichermaßen den Anspruch auf individuellen Erwerb haben und verwirklichen solle.

Man kann demnach zu einer provozierenden These gelangen: Das Lebenspartnerschaftsgesetz entstand im Jahre 2001 und entwickelte sich in den Folgejahren in Novellierungen weiter in dem Bestreben, die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft der verschiedenen Geschlechtlichen – zur Erinnerung: im Jahre 2001 konnte eine Ehe nur zwischen einem Mann und einer Frau geschlossen werden – gleichzustellen. Hiermit konserviert es jedoch ein am Ende des 19. Jahrhunderts empfundenes und in der Mitte des 20. Jahrhunderts unter dem Etikett der Gleichberechtigung restauriertes bürgerliches Lebensbild mit gespaltener Rollenzuweisung.

### **Pflichtteilsrecht**

Die verfassungsrechtlich gebotene Garantie einer Erbanwartschaft<sup>31</sup> ist im Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. BGB) verwirklicht. Trotz Testierfreiheit haben nächste Angehörige des Erblassers eine unentziehbare Mindestbeteiligung am Nachlass. Freilich werden sie, falls der Erblasser sie in seinem Testament übergeht, nicht dem Testament zuwider Miterben in Gemeinschaft mit dem einen oder den mehreren vom Erblasser ausgewählten Erben. Das Pflichtteilsrecht zerstört nicht das Testament, sondern korrigiert nur dessen Wirkung. Anders als Probleme der Gültigkeit von Testamenten wie Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), Sittengemäßheit (§ 138 Absatz 1 BGB), Form (§§ 2231 ff. BGB), Anfechtung (§§ 2077 ff. BGB), Widerruf (§§ 2253 ff. BGB), Erbunwürdigkeit (§§ 2339 ff. BGB) vernichtet das Pflichtteilsrecht den letzten Willen des Erblassers nicht.

Vielmehr haben die Pflichtteilsberechtigten nach § 2303 Absatz 1 BGB nur Anspruch gegen den oder die testamentarischen Erben auf finanziellen Ausgleich. Die Gestaltung des Pflichtteilsrechts als Anspruch bedeutet, dass die willkürliche Anordnung des Erblassers als solche respektiert bleibt. Es bleibt beim Grundsatz der Dispositionsfreiheit über das gesamte Vermögen. Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert, anders als article 913 „Code civil“ 1804,<sup>32</sup> keine indisponible Nachlassquote mit einer disponiblen Restmasse. Allein nach Wertgrößen tritt mit §§ 2303 ff. BGB faktisch eine Teilung in einen disponiblen und einen indisponiblen Teil ein. Und auch diese bloß faktische Aufspaltung macht sich nur insofern bemerkbar, als ein

Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteil wirklich geltend macht. Die materiellen Umstände – namentlich Zusammensetzung des Nachlasses und des Eigenvermögens des oder der Erben – können es allerdings ratsam erscheinen lassen, dass Erbe und Pflichtteilsberechtigter sich auf eine Objektbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten verständigen. Damit lässt sich eine Zerschlagung des Nachlasses oder des Eigenvermögens vermeiden, die notwendig wäre, um die flüssigen Geldmittel für eine nach § 2303 Absatz 1 BGB erforderliche Ausgleichszahlung herzustellen.

Der geldliche Ausgleich macht die Hälfte des gesetzlichen Anteils aus (§ 2303 Absatz 1 Satz 2 BGB). Im Falle des aus Zugewinnngemeinschaft zurückbleibenden Ehegatten (§ 2303 Absatz 2 BGB) ist Bezugsgröße die Addition von gesetzlichem Erbteil nach § 1931 BGB und pauschalem Zugewinnausgleich nach § 1371 Absatz 1 BGB; dies bezeichnet man als „großen“ Pflichtteil oder erhöhten Pflichtteil. Im Detail besteht unter Juristen Streit darum, ob das nur für Fälle gilt, in denen dem Ehegatten testamentarisch zu wenig hinterlassen ist (mit der Folge einer Pflichtteilsergänzung nach §§ 2305, 2307 BGB), oder auch in dem Falle, dass das Testament den Ehegatten gänzlich übergeht (Grundkonstellation des § 2303 BGB); das hier näher zu erörtern, würde aber zu weit führen.<sup>33</sup> Auch bei der erhöhten Pflichtteilsbestimmung findet keine Prüfung statt, ob wirklich ein höherer Zugewinn anfiel.<sup>34</sup> Dasselbe gilt für den überlebenden eingetragenen Lebenspartner.

### **Pflichtteilsberechtigter**

Nicht jeder gesetzlich Erbberechtigte genießt ein Pflichtteilsrecht. Vom Gesetz in ihrer Erbanwartschaft geschützt sind nur Abkömmlinge, Eltern und Ehegatten (§ 2303 BGB). Hinzu trat der eingetragene Lebenspartner (§ 10 Absatz 6 LPartG). Die weiteren gesetzlichen Erben müssen es als endgültig hinnehmen, wenn der Erblasser sie im Testament übergeht. Ihre Aussichten darauf, mittels Verfassungsbeschwerde das Bürgerliche Gesetzbuch als grundgesetzwidrig feststellen zu lassen, weil es den Kreis der Pflichtteilsberechtigten zu eng ziehe, sind gering. Der Gesetzgeber hat bei Eigentum und Erbrecht einen Gestaltungsspielraum, innerhalb dessen er das Pflicht-

teilsrecht nicht notwendig an alle gesetzlichen Erbrechte knüpfen muss.

In den meisten Fällen hätten die Pflichtteilsberechtigten, wäre der Erblasser untätig geblieben, mittels gesetzlicher Erbfolge den vollständigen Nachlass für sich. Das heißt, dass die Verfügung von Todes wegen nur die Hälfte des Nachlasswertes ungebunden zu verteilen vermag. Es kann aber auch den Fall geben, dass ohne das Testament Pflichtteilsberechtigte und Nicht-Pflichtteilsberechtigte in gesetzlicher Erbfolge zusammentreten. Dazu darf es keine Abkömmlinge geben. Wenn der überlebende Ehegatte (pflichtteilsberechtigigt) mit Eltern und Abkömmlingen von diesen (nicht pflichtteilsberechtigigt) zusammentrifft (siehe § 1925 BGB mit § 1931 Absatz 1 Satz 1 BGB) oder gar mit (nicht pflichtteilsberechtigigten) Großeltern und deren Abkömmlingen (siehe §§ 1926, 1931 Absatz 1 Satz 2 BGB) gibt es folgenlos testamentarisch entziehbare Positionen, diejenigen der Abkömmlinge von Eltern und von Großeltern sowie der Großeltern selbst. Dann kann der Freiraum des Testierenden bis auf drei Viertel steigen.

Keinen Pflichtteil hat, wer auf seine Erbanwartschaft verzichtet (§ 2346 Absatz 1 BGB). Der Verzichtende wird sich zu einem Verzicht zumeist nur bewegen lassen, wenn er zur Kompensation lebzeitige Zuwendungen oder erbvertraglich (§ 1941 BGB) festgelegte Vermächtnisse (§ 1939 BGB) auszuhandeln vermag. Der Verzicht kann sich auf den Pflichtteil beschränken, so dass der Empfang testamentarischer Zuwendung möglich bleibt (§ 2346 Absatz 2 BGB).

Ebenfalls ohne Pflichtteilsrecht steht, wer die ihm gesetzlich zugefallene Erbschaft ausschlägt (§ 1942 Absatz 1 BGB). Das Pflichtteilsrecht knüpft nämlich daran an, dass das Testament den Angehörigen aus der gesetzlichen Erbfolge entfernt und nicht er selbst seinen Status beschädigt. Das Gesetz kennt freilich auch Ausschlagen eines testamentarischen Erbteils bei Wahrung des gesetzlichen Teils (§ 1948 Absatz 1 BGB). Rein rechnerisch gesehen entsteht hier kein Pflichtteilsproblem, wenn der testamentarische Teil mindestens die Höhe des halben gesetzlichen Erbteils ausmachte; selbst wenn die

übrigen Erbeinsetzungen nicht genügend Raum für den vollen gesetzlichen Erbteil des Bedachten lassen sollten, steht er ohne Ausschlagen der testamentarischen Berufung und auch nach Ausschlagen (nur) der testamentarischen Berufung nicht schlechter als mit einem Pflichtteil da. Ist hingegen der testamentarische Erbteil schwächer als der halbe gesetzliche Erbteil, dann genießt der Betreffende einen Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2305 BGB); um diesen geltend zu machen, braucht er den testamentarischen Erbteil nicht zunächst auszuschlagen.

### **Pflichtteil und Zugewinnausgleich**

Ehegatten und eingetragene Lebenspartner haben über die zuvor beschriebene günstige Position bei der Vermögensnachfolge zwei besondere Wahlmöglichkeiten, mit deren Hilfe sie ihre Nachlassbeteiligung optimieren können:

Sollte der Erblasser seinen Ehegatten oder Lebenspartner durch Testament von der Erbfolge ausgeschlossen haben, kann der Überlebende nicht nur den Pflichtteil (§§ 2303 BGB, 10 Absatz 6 LPartG) anhand der gesetzlichen Erbquote (Viertel, Hälfte, ganzer Nachlass) mitsamt der gesetzlichen Ergänzung (soweit es nicht ohnehin der ganze Nachlass hätte sein müssen) um den Aufschlag zwecks pauschalen Zugewinnausgleichs (zusätzliches Viertel), das heißt den "großen Pflichtteil", einfordern.<sup>35</sup> Vielmehr darf der nach Zugewinngemeinschaft hinterbliebene und im Testament ausgeschlossene Ehegatte (Lebenspartner) alternativ den Pflichtteil bezogen nur auf § 1931 Absatz 1 BGB, den sogenannten "kleinen Pflichtteil", neben konkreter Abrechnung von Zugewinnausgleich einfordern (§ 1371 Absatz 2 BGB; § 6 Satz 2 LPartG).

Außerdem haben Ehegatten und Lebenspartner das Privileg, bei einer Berufung zur Erbfolge, also ohne durch letzten Willen des Erblassers von der Erbfolge ausgeschlossen zu sein, sowohl die testamentarische als auch die gesetzliche Erbschaft ausschlagen zu können, um konkreten Zugewinnausgleich abzurechnen und außerdem den „kleinen“ (allein auf die eigentliche Erbquote bezogenen) Pflichtteil anzufordern (§ 1371 Absatz 3 Halbsatz 1 BGB; § 6 Satz 2 LPartG).

Das weicht ausdrücklich von der Regel ab, dass Ausschlagen einer zufallenden Erbschaft nicht den Pflichtteilsanspruch auslöst, weil nicht (wie es § 2303 Absatz 1 Satz 1 BGB voraussetzt) der Erblasser den Ausschluss von der Erbfolge bewirkt, sondern der Erbe selbst. Diese Optionen sind desto interessanter, je stärker der Nachlass aus Zugewinn besteht und je stärker der Unterschied zwischen dem Zugewinn des verstorbenen und dem Zugewinn des überlebenden Ehegatten (oder Lebenspartners) ist. Im Extremfall gewinnt der Ehegatte (Lebenspartner) neben Abkömmlingen fünf Achtel des Nachlasswertes für sich allein – nämlich eine Hälfte als konkreten Zugewinnausgleich und dazu ein Achtel als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, welcher neben Kindern seinerseits nach § 1931 Absatz 1 Satz 1 BGB ein Viertel ausmachen würde. Trifft der Ehegatte nicht mit Abkömmlingen, sondern mit Geschwistern zusammen, wächst sein durch geschickte Disposition erreichbarer Anteil noch weiter an, weil der in § 1931 Absatz 1 BGB vorgesehene gesetzliche Erbteil höher liegt.<sup>36</sup>

Den Kindern (und den weiteren zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Verwandten) hingegen steht die Wahl zwischen pauschaler und konkreter Bestimmung des Zugewinnausgleiches (bei Erbbeteiligung oder bei Pflichtteilsabrechnung) nicht zu. Sie scheitern insbesondere mit dem Befund, dass der Erblasser in Wahrheit gar keinen Zugewinn erzielte, so dass die pauschale Erhöhung des Erbteils für den überlebenden Ehegatten (Lebenspartner) nicht wirklich aus dem materiellen Resultat gemeinsamer Lebensleistung gerechtfertigt ist. Das heißt, sie können nicht verlangen, dass die Erbquote aus § 1931 Absatz 1 BGB ohne Aufschlag bleibt oder dass der Pflichtteil nur als „kleiner Pflichtteil“ angenommen wird. Somit hat sich auf lange Sicht das Verhältnis von Kindern (und weiteren Verwandten) und Lebensbündbeteiligten in der Vermögensnachfolge umgekehrt.



- 38 Judith Butler, Einleitung. Gemeinsam handeln, in: dies. (Hg.), Die Macht der Geschlechternormen und die Grenzen des Menschlichen, Frankfurt a. M. 2011, S. 9-34, hier: S. 16.
- 39 Vgl. dazu die kontroverse Debatte zur so genannten „Ehe für alle“: Deutscher Bundestag, Mehrheit im Bundestag für die „Ehe für alle“, [www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-ehe-fuer-alle/513682](http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-ehe-fuer-alle/513682) (11.6.2018).
- 40 Judith Butler, Einleitung: Gemeinsam handeln, S. 15-16.
- 41 Thomas von Aquin, Summa Theologiae I-II, S. 182.
- 42 Zygmunt Bauman, Postmoderne Ethik, Hamburg 1995, S. 162f; Erich Fromm, Die Kunst des Liebens, Frankfurt a. M. 1956, S. 81f, führt aus: „Man weigert sich, in der erotischen Liebe einen wichtigen Faktor zu sehen, nämlich den des Willens. Einen anderen zu lieben ist nicht nur ein starkes Gefühl – es ist eine Entscheidung, ein Urteil, ein Versprechen.“
- 43 Eberhard Schockenhoff, Liebe auf Abwegen? Zum Verhältnis von Sexualität und Liebe in intimen Beziehungen, in: Theologisch praktische Quartalschrift 163,4 (2015), S. 339-346.
- 44 Schockenhoff, Liebe auf Abwegen?, S. 344. 45 Bieri, Eine Art zu leben, S. 195.
- 46 Bieri, Eine Art zu leben S.196.
- 47 Schockenhoff, Liebe auf Abwegen?, S. 346.
- 48 Silke Weber, Wir lieben es, Abgründe zu erforschen, Mensa-Campus-Interview, in: Die ZEIT (26.11.2015), [www.zeit.de/campus/2015/06/schnipo-schranke-pisse-frankfurt/](http://www.zeit.de/campus/2015/06/schnipo-schranke-pisse-frankfurt/) komplettaansicht (11.06.2018).

## zu Christoph Becker

- 1 Wenn nachfolgend das Geschlecht einer Person nicht besonders angesprochen ist, ist jedes Geschlecht gemeint. Der Verfasser folgte den in den Digesten Justinians überlieferten verallgemeinerungsfähigen Sprachregelungen. Sie lauten: "Patroni" appellatione et patrona continetur – In der Bezeichnung "Schutzherr" ist auch die Schutzherrin enthalten (Ulpian Digesten 50.16.52); "Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur" – Zweifellos umfasst die Bezeichnung „Mann“ [im römischen Recht Ausdruck für Sklave] das weibliche wie das männliche Geschlecht (Gaius Digesten 50.16.152); „Liberti appellatione etiam libertam contineri placuit“ – Man hat sich darauf verständigt, dass die Bezeichnung „Freigelassener“ auch die Freigelassene enthält (Ulpian Digesten 50.16.172).
- 2 Ausgabe der Institutionen Justinians: Rolf Knütel u.a., Corpus Iuris Civilis. Die Institutionen. Text und Übersetzung, Heidelberg u.a. 2013.
- 3 Ausgabe der Novellen Justinians: Rudolph Schoell/Guilelmus Kroll (Hg.), Corpus Iuris Civilis. Volumen Tertium. Novellae, Dublin/Zürich 1972. Deutsche Übersetzung: Carl Eduard Otto/ Bruno Schilling/Carl Friedrich Ferdinand Sintenis (Hg.), Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt Knütel u.a., von einem Vereine Rechtsgelehrter, Siebenter Band, Leipzig 1833.
- 4 Siehe nur Institutionen 2.10 bis 2.16 wegen Testierfreiheit gegenüber Knütel u.a., Institutionen

- 3.1 bis 3.8 wegen gesetzlicher Erbfolge (Erbfolge ab intestato – Erblasser verstirbt ohne Testament).
- 5 Siehe außer I.2.18 und Nov.18.1 über das pflichtwidrige Testament auch Digesten 5.2 und Codex 3.28.
- 6 Über diese Klage Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen, München 1975, § 290 (Seiten (S. 514–523); Ulrike Babusiaux, Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht, Köln/Weimar/Wien 2015, Kapitel 3; Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, München 2017, § 70; Jan Dirk Harke, Römisches Recht, München 1896, § 19 Randnummern 16 f.
- 7 Zum letztangigen Ehegattenerbrecht siehe Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 66.III.2 d.
- 8 Zur Entlassung aus der Hausgewalt siehe I.3.2.8.
- 9 Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Privatrecht, § 66.VII.
- 10 Gemäß den oben in Anm.3 zitierten Ausgaben der Novellen Justinians von Schoell/Kroll und Otto/Schilling/Sintenis.
- 11 Siehe I.3.2.8.
- 12 Siehe I.2.18.6.
- 13 Beschreibung der Hauskinder und -enkel als Erbanwärter in I.3.1.2 bis 3.1.16.
- 14 I.3.2.pr. Siehe über die vorrangige gesetzliche Berufung der Abkömmlinge zur Vermögensnachfolge und die nachrangigen Stellungen anderer Verwandter auch Babusiaux, Wege, Kapitel 3.
- 15 I.3.2.8.
- 16 I.2.18.3, mit Berufung auf Justinians Erlass C.3.28.30 aus dem Jahre 528.
- 17 Urausgabe: Code civil des Français. Edition originale et seule officielle, Paris An 12 – 1804. Der Artikel erfuh in jüngerer Zeit leichte Änderungen, gilt aber im Wesentlichen auch noch im 21. Jahrhundert.
- 18 Gemäß der Urausgabe, Code civil, 1804.
- 19 Bundesgesetzblatt 1949, Seiten 1 ff.
- 20 Auszug aus dem Bundesgesetzblatt 1949.
- 21 Reichs-Gesetzblatt 1896, Seiten 195 ff.
- 22 Bundesgesetzblatt Teil I 1960, Seiten 341 ff.
- 23 Bundesgesetzblatt Teil I 1953, Seiten 591 ff.
- 24 Bundesgesetzblatt Teil I, 2017, Seiten 2787 f.
- 25 Bundesgesetzblatt Teil I 2001, Seiten 266-287.
- 26 Auszug aus der oben Fußnote 21 benannten Verkündung im Reichs-Gesetzblatt 1896.
- 27 Die Begründung zum Ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches betont, dass das geplante Ehegattenerbrecht sich nicht auf den dürftigen Überlebenden beschränkt. Vielmehr solle das Ehegattenerbrecht unabhängig von der Vermögenslage des Überlebenden angesichts des We-

sens, der Würde und der Bedeutung der Ehe bestehen. Die Begründung hat hauptsächlich die Witwe im Blick, stellt aber den Witwer unter Verweis auf das gemeine Recht gleich. Dazu Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V. Erbrecht, 2. Auflage, Berlin 1896, Seiten 368-370 (zu § 1971 des Entwurfs). Der ältere Vorentwurf setzte sich noch besonders mit der Gefahr auseinander, dass das als Erbeilte – und nicht nur zu vorübergehendem Nießbrauch an einem ausschließlich den Kindern oder anderen Angehörigen zufallenden Nachlass – vom überlebenden Ehegatten Erworbene durch Wiederverheiratung in eine fremde Familie abwandern könne, gab dieser Gefahr jedoch nicht den Ausschlag; dazu Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Begründung des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes. Vorlage des Redaktors Dr. von Schmitt, Berlin 1879, zu § 239 des Entwurfs, Seite 614.

- 28 Bundesgesetzblatt Teil I 1957, Seiten 609.
- 29 Gesetz vom 19. August 1969, Bundesgesetzblatt Teil I 1969, Seiten 1243 ff.
- 30 Bundesgesetzblatt Teil I 2004, Seiten 3396-3407.
- 31 Siehe oben: „Erbanwartschaft“.
- 32 Siehe oben: „Stärkung des indisponiblen Teils der Erbmasse mit einer Reform Justinians“.
- 33 Der Meinungsstreit entflammte sogleich nach Einführung der Zugewinnngemeinschaft. Siehe Bundesgerichtshof, Urteil vom 25. Juni 1964 – III ZR 90/63, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ) 42 (Köln/Berlin 1965), 182 bis 192, selbst den „großen“ Pflichtteil auf die Ergänzung nach § 2305 oder § 2307 BGB beschränkend.
- 34 Siehe oben: „Ergänzung des Ehegattenerbrechts im Jahre 1957“.
- 35 Siehe oben: „Pflichtteilsrecht“.
- 36 Siehe zu den aus § 1371 Absätze 2 und 3 BGB hervorgehenden Handlungsmöglichkeiten des überlebenden Ehegatten (Lebenspartners) auch BGHZ 42, 182 ff.

## zu Anita Tobisch und Markus Dresel

- 1 Siehe u.a. Markus Gebhardt u.a., Mathematische Kompetenzen von Schülerinnen und Schülern mit Zuwanderungshintergrund, in: Manfred Prenzel u.a. (Hg.), PISA 2012. Fortschritte und Herausforderungen in Deutschland, Münster 2013, S. 275-308; Katharina Müller/Timo Ehmke, Soziale Herkunft als Bedingung der Kompetenzentwicklung, in: Manfred Prenzel u.a. (Hg.), PISA 2012. Fortschritte und Herausforderungen in Deutschland, Münster 2013, S. 245-274; Manuel Siegert, Schulische Bildung von Migranten in Deutschland, in: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hg.), Working Paper 13 der Forschungsgruppe des Bundesamtes (Integrationsreport), 2018, [www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/WorkingPapers/ wp13-schulische-bildung.pdf? \\_\\_blob=publicationFile](http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/WorkingPapers/wp13-schulische-bildung.pdf?__blob=publicationFile) (4.4.2018).
- 2 Siehe u.a. Franz Baeriswyl/Christian Wandeler/Ulrich Trautwein, Auf einer anderen Schule oder

bei einer anderen Lehrkraft hätte es für's Gymnasium gereicht. Eine Untersuchung zur Bedeutung von Schulen und Lehrkräften für die Übertrittsempfehlung, in: Zeitschrift für Pädagogische Psychologie 25,1 (2011), S. 39-47.

- 3 Kai Maaz/Ulrich Trautwein/Franz Baeriswyl, Herkunft zensiert? Leistungsdiagnostik und soziale Ungleichheit in der Schule, Berlin 2011; Maresa Sprietsma, Discrimination in grading. Experimental evidence from primary school teachers, in: Empirical Economics 45,1 (2013), S. 523-538.
- 4 Das Promotionsprojekt wurde im Rahmen des Projekts „Lehrerprofessionalität im Umgang mit Heterogenität“ (LeHet) der Universität Augsburg erstellt, das aus Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert wurde (Programm: Qualitätsoffensive Lehrerbildung, Fördernummer: 01 JA 1509).
- 5 Anita Tobisch, Herkunftsassoziierte Lehrkräfterteile und -erwartungen. Soziale Kognitionen und Urteilsbildungsprozesse im Kontext einer ethnisch und sozial heterogenen Schülerschaft. (Inaugural Dissertation). Universität Augsburg (2017).
- 6 Susan Fiske/Steven Neuberg, A continuum of impression formation, from category-based to individuating processes. Influences of information and motivation on attention and interpretation, in: Mark P. Zanna (Hg.), Advances in Experimental Social Psychology 23, San Diego 1990, S. 1–74.
- 7 Anita Tobisch, Ethnische Stereotype und Diagnostische Kompetenz von Lehramtsstudierenden. Unveröffentlichte Masterarbeit, Augsburg 2013.
- 8 U.a. Jere E. Brophy, Research on the self-fulfilling prophecy and teacher expectations, in: Journal of Educational Psychology 75,5 (1983), S. 631–661; Jere E. Brophy/Thomas L. Good, Teachers' communication of differential expectations for children's classroom performance, in: Journal of Educational Psychology 61,5 (1970), S. 365–374.
- 9 Sprietsma, Discrimination in grading, S. 523-538.
- 10 Z.B. Lee Jussim/Kent Harber, Teacher expectations and self-fulfilling prophecies. Knowns and unknowns, resolved and unresolved controversies, in: Personality and Social Psychology Review 9,2(2005), S. 131-155; Margaret R. Kuklinski/Rhona S. Weinstein, Classroom and developmental differences in a path model of teacher expectancy effects, in: Child Development 72,5(2001), S. 1554-1578; Robert Rosenthal/Lenore Jacobson, Pygmalion in the classroom. Teacher expectation and pupils' intellectual development, New York 1992.
- 11 Clark McKnown/Rhona S. Weinstein, Modeling the role of child ethnicity and gender in children's differential responses to teacher expectations, in: Journal of Applied Social Psychology 32,1 (2002), S. 159-184.
- 12 John M. Darley/Paget H. Gross, A hypothesis-confirming bias in labeling effects, in: Journal of Personality and Social Psychology 44,1 (1983), S. 20-33; Jerome B. Dusek/Gail Joseph, The bases of teacher expectancies. A meta-analysis, in: Journal of Educational Psychology 75,3 (1983), S. 327-346; Sabine Glock/Sabine Krolak-Schwerdt, Does nationality matter? The impact of stereotypical expectations on student teachers' judgment, in: Social Psychology of Education