

Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive

Von REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Prätorische Erbfolge und Quart der armen Witwe	42
II. Die gelehrte Literatur	44
III. <i>Portio statutaria</i>	45
IV. „ <i>Conjuges sint unum quodammodo corpus et una anima</i> ...“	47
V. Der Weg zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch	49
VI. Der Weg zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch	50
VII. Die Entwicklung in Österreich und in der Schweiz	53
VIII. Der „Voraus“	54
IX. Eine „gleichmäßig das Erbrecht und das Güterrecht berührende Frage“	55
1. Deutschland: Verwaltungsgemeinschaft	55
2. Deutschland: Zugewinnngemeinschaft	56
3. Österreich und die Schweiz	58
X. Die Entwicklung in Frankreich	60
1. Der Weg zum Code civil	60
2. Reformen	62
3. Der Entwicklungsstand heute	63
XI. Italien: Eine Entwicklung in drei Phasen	65
XII. Die Entwicklung in den Niederlanden	66
1. Der Weg zum <i>Burgerlijk Wetboek</i> von 1838 und unter demselben	66
2. Das neue BW: <i>wettelijke boedelverdeling</i>	68
3. Das neue BW: <i>wilsrecht</i>	71

* Dieser Aufsatz bildete die Grundlage für die Rudolf-von-Jhering-Vorlesung des Jahres 2014 an der Universität Gießen. Er ist angeregt worden durch die Beiträge zu: *Comparative Succession Law*, vol. II: *Intestate Succession*, hrsg. von Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (2015). Ich danke Marietta Auer, Martin Lipp und Franz Reimer für ihre freundliche Einladung zu der Veranstaltung, Eike Hosemann, Liane Schmiedel, Lionel Smith und vor allem Jan Peter Schmidt für kritische Diskussion und Anregungen sowie Alexandra Braun, Roger Kerridge, Chloé Lignier und Jens M. Scherpe für Hinweise zum italienischen, englischen und französischen Recht und zu den nordischen Rechten.

XIII. Die Entwicklung in England	72
1. <i>Realty and personality</i>	72
2. <i>Administration of Estates Act 1925</i>	73
3. <i>Der Weg zum neuen Recht</i>	74
XIV. Nordische Rechte	77
1. <i>Die Entwicklung in Norwegen</i>	77
2. <i>Die Entwicklung in Schweden</i>	79
XV. Bilanz und Ausblick	81
XVI. <i>Und Jhering?</i>	89
<i>Summary: The Intestate Succession Rights of the Deceased's Spouse</i> <i>in Historical and Comparative Perspective</i>	92

Das Erbrecht gilt als eine stark kulturell geprägte und überwiegend statische Materie.¹ Diese Einschätzung bedarf der Revision. Das zeigt etwa eine historisch-vergleichende Betrachtung des Rechts der Testamentsformen.² Aber auch die Regelung der gesetzlichen Erbfolge ist insoweit ein geeigneter Untersuchungsgegenstand. Hier ist zu unterscheiden zwischen der Erbberichtigung der (Bluts-)Verwandten einerseits und derjenigen des überlebenden Ehegatten andererseits.³ Bei der Verwandtenerbfolge lassen sich,

¹ Vgl. dazu etwa *Nina Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung, ZEuP 15 (2007) 992, 994 (in besonderem Maße kulturell wie religiös verwurzelt); *Sebastian Herrler*, Testament, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP), hrsg. von Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (2009) 1472, 1473 (überwiegend statisch); *Anatol Dutta*, Warum Erbrecht? (2014) 4 (Beständigkeit erbrechtlicher Regelungen).

² *Reinhard Zimmermann*, Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur?, RabelsZ 76 (2012) 471–508.

³ Das gilt natürlich auch für gleichgeschlechtliche Paare, soweit diese eine Ehe eingehen können (wie dies etwa in Spanien, Südafrika, Norwegen, Schweden, Argentinien, Brasilien, Dänemark und in den USA der Fall ist; für die USA vgl. jüngst die Entscheidung des *Supreme Court* in *Obergefell v. Hodges* vom 26.6.2015, S.Ct. 2584, 2588 (2015)), und es gilt in der Regel auch, soweit sie nur eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen können (wie etwa in den Niederlanden, Deutschland, Großbritannien, Neuseeland, Südafrika – wo die eingetragene Lebenspartnerschaft und die gleichgeschlechtliche Ehe gleichzeitig eingeführt worden sind –, Mexiko, Österreich, Ungarn und den meisten australischen Staaten); dazu näher *Jens M. Scherpe*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, in: HWBEuP (Fn. 1) 768–772; *Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann*, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in: Intestate Succession (Fn. *) 503f. Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft von Partnern unterschiedlichen Geschlechts begründet im Übrigen, trotz ihrer weiten Verbreitung, ganz überwiegend kein gesetzliches Erbrecht (anders ist dies vor allem in Australien, Neuseeland, in einer Reihe lateinamerikanischer Staaten und teilweise auch in Norwegen, Schweden, Schottland und fünf der Autonomen Gemeinschaften Spaniens); dazu näher *Reid/De Waal/Zimmermann*, Intestate Succession (diese Fn.) 504–508. Jedenfalls unter dem Aspekt des mutmaßlichen Erblasserwillens (dazu *dies.*, ebd. 505) ist das problematisch. In einer Reihe von Staaten (etwa Großbritannien, Dänemark, Ungarn und Südafrika) wird deshalb die Einführung einer Erbberichtigung von Kohabitanten erwogen. Zu „neuen“ Status-

betrachtet man die Rechtsordnungen der westlich geprägten Welt, drei Systeme unterscheiden: das „französische“ System, das Dreiliniensystem und die Parentelordnung.⁴ Das französische und das Dreiliniensystem bilden moderne Varianten des justinianischen Rechts, wie wir es in der Novelle 118 (ergänzt durch die Novelle 127, 1) niedergelegt finden. Mit der Parentelordnung sind wir in Deutschland seit Inkrafttreten des BGB vertraut;⁵ als sie eingeführt wurde, war sie allerdings für den weitaus größten Teil des Reiches neu.⁶ Die Niederlande haben ihr Recht im Jahre 2003 auf eine modifizierte Version der Parentelordnung umgestellt.⁷ Immerhin lässt sich sagen, dass die meisten Länder, auch wenn sie ihr Erbrecht rekodifiziert haben, dem einmal eingeschlagenen Pfad treu geblieben sind. Der portugiesische *Código civil* von 1966 folgt dem Dreiliniensystem ebenso wie derjenige von 1867,⁸ das neue französische Erbrecht von 2001 und 2006 perpetuiert das französische System,⁹ und Gleiches gilt für den *Codice civile* sowohl des Jahres 1865 als auch des Jahres 1942.¹⁰ Insofern ist jedenfalls der Eindruck eines vergleichsweise statischen Rechtsgebiets nicht falsch. Anders liegt dies im Hinblick auf die Erbberechtigung *ab intestato* des überlebenden Ehegatten.¹¹ Die Koordination seiner Position mit derjenigen der Verwandten ist notorisch schwierig; gelegentlich ist insofern sogar von einem der schwie-

verhältnissen und rein faktischen Nähebeziehungen im Erbrecht vgl. auch *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 456–461.

⁴ Hierzu und zum Folgenden vgl. *Reinhard Zimmermann*, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 79 (2015) 768–821.

⁵ Dazu näher *Reinhard Zimmermann*, Intestate Succession in Germany, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 181, 187–191.

⁶ Für Österreich, wo das Parentelsystem durch das Erbfolgepatent von 1786 eingeführt wurde, vgl. *Christiane Wendehorst*, Intestate Succession in Austria, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 159, 163.

⁷ Dazu *Wilbert D. Kolkman*, Intestate Succession in the Netherlands, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 224, 229 f.

⁸ Vgl. für den *Código civil* von 1966 etwa *Erhard Huzel/Burckhardt Löber/Ines Wollmann*, Portugal, in: *Erbrecht in Europa*², hrsg. von Rembert Süß (2008) R.n. 37.

⁹ Dazu *Cécile Pérès*, Intestate Succession in France, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 33, 37–39.

¹⁰ Dazu *Alexandra Braun*, Intestate Succession in Italy, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 67, 72–75.

¹¹ Maßgeblicher Bezugspunkt für das Erbrecht ist der Status der Ehe. Vom Standpunkt des mutmaßlichen Erblasserwillens aus betrachtet greift ein derart status-basierter Ansatz teilweise zu weit und teilweise nicht weit genug. Nicht erfasst sind nichteheliche Lebensgemeinschaften (vgl. oben Fn. 3); erfasst sind demgegenüber viele Fälle, in denen die Ehe nur noch der Form nach besteht. Teilweise wird deshalb die Erbberechtigung auf Kohabitanten erstreckt oder eine solche Erstreckung erwogen (oben Fn. 3); teilweise wird umgekehrt das Erbrecht des Ehegatten in typischen Fällen einer zerrütteten Ehe ausgeschlossen (vgl. etwa § 1933 BGB: Voraussetzungen einer Scheidung sind gegeben und der Erblasser hat die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt; für die Niederlande vgl. unten Fn. 188); dazu im Überblick *Reid/De Waal/Zimmermann*, Historical and Comparative Perspective (Fn. 3) 493.

rigsten Regelungsprobleme des Erbrechts die Rede.¹² Insgesamt gesehen hat sich über die Jahrhunderte hinweg die Position des überlebenden Ehegatten immer weiter verbessert.¹³

I. Prätorische Erbfolge und Quart der armen Witwe

Der Ausgangspunkt jedenfalls in der römischen Tradition war nicht sehr vielversprechend. In Justinians groß angelegtem Reformgesetz von 543 n. Chr. kommt der überlebende Ehegatte ebensowenig vor wie in dem Ergänzungsgesetz von 548 n. Chr.¹⁴ Was das bedeutete, ist nicht ganz klar. Heute geht man davon aus, dass der zuvor bestehende Rechtszustand insoweit nicht geändert werden sollte: Justinian hatte sich nur eine rationalisierende Neuordnung der Verwandtenerbfolge zum Ziel gesetzt.¹⁵ Damit galt für den überlebenden Ehegatten weiterhin, dass er nach der im prätorischen Edikt festgelegten Erbfolge in der Klasse *unde vir et uxor* zum Zuge kommen konnte, sofern eine rechtlich anerkannte Ehe (*iustum matrimonium*) vorlag und bis zum Todeszeitpunkt fortbestanden hatte.¹⁶ Darin lag zwar eine Besserstel-

¹² Vgl. *Helmut Coing*, Erbrecht¹⁴ (1990) 38; *Inge Kroppenber*, Erbfolge, in: HWBEuP (Fn. 1) 409, 412; *François Terré/Yves Lequette/Sophie Gaudemet*, Droit civil: Les successions, Les libéralités⁴ (2014) Rn. 119.

¹³ Umfassender, aber teilweise veralteter, rechtsvergleichender Überblick bei *Karl-Heinz Neumayer*, Intestate Succession, in: International Encyclopedia of Comparative Law (IECL), Bd. V/3: Succession, hrsg. von dems. (2002) Rn. 104–161; vgl. ferner *Jens Beckett*, Unverdiertes Vermögen: Soziologie des Erbrechts (2004) 111–138; *Sjef van Erp*, New Developments in Succession Law, in: General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Sjef van Erp (2007) 73, 82–84. Ein hervorragender Überblick über die „Horizontalisierung der zwingenden erbrechtlichen Solidarität“ findet sich neuerdings bei *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 449–456. – Anders ist das Bild in den islamischen Ländern; hier hat es keine Entwicklung gegeben, vielmehr gelten seit jeher die einschlägigen Regeln des *Qur'an*: Ein Witwer erhält neben Abkömmlingen ein Viertel des Nachlasses seiner verstorbenen Frau, ansonsten die Hälfte; der Anteil einer überlebenden Witwe beträgt die Hälfte desjenigen eines Witwers und ist nach schiitischer Tradition zudem auf das bewegliche Vermögen beschränkt; dazu *Nadima Yassari*, Intestate Succession in the Islamic Countries, in: Intestate Succession (Fn. *) 421, 431–433.

¹⁴ Novellen 118 und 127, 1; dazu *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ (1906) §§ 571–573; *Pasquale Voci*, Diritto Ereditario Romano², Bd. II (1963) 54–56; *Max Kaser*, Das römische Privatrecht², Zweiter Abschnitt (1975) 510–512; *Michaela Reinken*, Die Anwendung von ius commune in der Republik San Marino (1997) 129–133; *Thomas Rüfner*, Intestate Succession in Roman Law, in: Intestate Succession (Fn. *) 1, 27.

¹⁵ *Kaser*, Das römische Privatrecht II (vorige Fn.) 510; *Rüfner*, Roman Law (vorige Fn.) 27; *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985) 602f.

¹⁶ Zur prätorischen Ordnung der Intestaterbfolge (*bonorum possessio intestati*) und den dadurch festgelegten Klassen vgl. *Voci*, Diritto Ereditario Romano II (Fn. 14) 10–17; *Max Kaser*, Das römische Privatrecht², Erster Abschnitt (1971) 697–701; *Gabriele Heyse*, Mulier non debet abire nuda (1994) 26–30; *Jean-Philippe Lévy/André Castaldo*, Histoire du droit civil (2002) Rn. 778–780; *Rüfner*, Roman Law (Fn. 14) 13–18.

lung gegenüber der älteren zivilen Erbfolge, die den Ehegatten unberücksichtigt gelassen hatte.¹⁷ Doch war es bis gegen Ende der Republik üblich gewesen, dass die Frau mit der Eheschließung in die *manus*-Gewalt ihres Mannes übertrat; bei dessen Tod hatte sie dann ihren Söhnen und Töchtern gleichgestanden und mit diesen zu gleichen Teilen geerbt.¹⁸ Eine Witwe, die mit ihrem Mann in der moderneren, „gewaltfreien“ Ehe verbunden gewesen war, war demgegenüber zu ihrer Versorgung auf die Mitgift angewiesen, die ihr von dessen Erben herauszugeben war. Die Bestellung einer Mitgift war allgemein üblich, und eine ihrer beiden Hauptfunktionen bestand eben darin, nach Auflösung der Ehe durch Tod oder durch Scheidung den Unterhalt der Frau zu sichern und ihr eine Wiederheirat zu ermöglichen.¹⁹

Eine darüber hinausreichende Beteiligung der Witwe am Nachlass des Erblassers schien den Römern offenbar nicht erforderlich zu sein oder doch keine hohe Priorität zu besitzen. Dabei wird eine Rolle gespielt haben, dass die Ehe frei eingegangen und auch frei wieder aufgelöst werden konnte.²⁰ Sie war also, anders als nach christlichem Eheverständnis, nicht prinzipiell auf Dauer angelegt. Damit wird verständlich,²¹ dass, wenngleich der überlebende Ehegatte in die prätorische Ordnung der Intestaterbfolge aufgenommen wurde, dies doch nur an letzter Stelle, und das heißt nachrangig gegenüber allen erbberechtigten Blutsverwandten des Erblassers, geschah.²² Gleichwohl konnten aber offenbar insbesondere Witwen in eine akute Notlage geraten. Kaiserliche Milde hatte Justinian deshalb zum Eingreifen bewogen:²³ Sofern die Versorgung der überlebenden Ehefrau weder durch eine an sie zurückzugebende Mitgift noch durch Eheschenkung oder sonstiges Vermögen sichergestellt, der Erblasser aber vermögend (*locuples*) gewesen war, sollte sie neben bis zu drei Kindern ein Viertel des Nachlasses erhalten; waren mehr als drei Kinder vorhanden, sollte ihr ein Kopfteil zustehen. Freilich durfte der Anteil der Witwe einen Betrag von 100 Pfund Gold nicht

¹⁷ Vgl. etwa Kaser, Das römische Privatrecht I (vorige Fn.) 695–697; Heyse, *Mulier non debet abire nuda* (vorige Fn.) 22–25; Ruffner, *Roman Law* (Fn. 14) 17.

¹⁸ Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 16) 76–79, 95–101; Heyse, *Mulier non debet abire nuda* (Fn. 16).

¹⁹ Dazu zuletzt im Überblick Jakob Fortunat Stagl, *Favor Dotis* (2009) 8–25.

²⁰ Nach Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 16) 326 galt die Freiheit der Scheidung „als unantastbares, aus dem Wesen der Ehe folgendes Prinzip“. Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (1951) 103–105 sieht darin einen Grundpfeiler der „humanistischen“ Natur des römischen Erbrechts, der erst durch das christliche Dogma der Unauflöslichkeit der Ehe erschüttert wurde.

²¹ Vgl. auch Heyse, *Mulier non debet abire nuda* (Fn. 16) 160–166.

²² Dazu Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 16) 698–701 und die anderen in Fn. 16 Genannten.

²³ Justinian beruft sich selbst auf *clementia* als Grundlage seines Gesetzes. Zu Justinians christlich-humanitären Motiven vgl. Biondo Biondi, *Il diritto romano cristiano*, Bd. II (1952) 184, 228f. sowie Bd. III (1954) 346; Ben Beinart, *The Forgotten Widow*, *Acta Juridica* 1965/66, 285, 292.

überschreiten, und sie erhielt ihn, sofern die Kinder aus der Ehe mit dem Erblasser stammten, auch nur zum Nießbrauch; das Eigentum fiel an die Kinder. Diese sogenannte „Quart der armen Witwe“ fand ihre Grundlage in zwei Novellen aus den Jahren 537 und 542, die durch die Reformnovellen 118 und 127, 1 nicht berührt wurden.²⁴ Nach heute herrschender Ansicht war die Berechtigung der Witwe als eine Art gesetzliches Vermächtnis und nicht als Erbteil zu qualifizieren.²⁵

II. Die gelehrte Literatur

Das war der autoritative Rahmen für die Diskussion der Position *ab intestato* des überlebenden Ehegatten in der gelehrten Literatur bis zum Ende des 19. Jahrhunderts. Ganz im Vordergrund des Interesses stand die Quart der armen Witwe. Hier stellte sich eine Vielzahl von Fragen: Unter welchen Umständen ist die überlebende Witwe für arm, der verstorbene Ehemann aber für reich zu halten?²⁶ Was gilt, wenn sie nicht mit Kindern, sondern mit anderen Instestaterben des Erblassers konkurriert?²⁷ Wie ist die Berechtigung der armen Witwe juristisch zu qualifizieren,²⁸ und wie ist der ihr an der Erbschaft zustehende Anteil zu berechnen?²⁹ Im Übrigen war anerkannt, dass der Anspruch der armen Witwe nicht nur im Falle der Instestaterbfolge

²⁴ Novelle 53, 6 (537 n.Chr.); Nov. 117, 5 (542 n.Chr.). Die zweite Novelle hat die durch die erste geschaffene Rechtslage teilweise präzisiert und geändert; so wurde etwa die ursprünglich vorgesehene Begünstigung auch von armen Witwern wieder abgeschafft. Vgl. zur „Quart der armen Witwe“ *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 574, 1; *Voci*, Diritto Ereditario Romano II (Fn. 14) 57; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 14) 507; *Heyse*, Mulier non debet abire nuda (Fn. 16) 33–38; *Reinkenhof*, Die Anwendung von ius commune (Fn. 14) 149f. Für das römisch-holländische Recht in Südafrika war bis zu der Entscheidung *Glazer v. Glazer*, N.O., 1963 (4) SA 694 streitig, ob die Quart anwendbar ist; nach Auffassung der *Appellate Division* des *Supreme Court* ist das nicht der Fall (*abrogation by disuse*, selbst wenn eine Rezeption stattgefunden haben sollte). Diese Entscheidung stimulierte die Aufsätze von *Beinart*, Acta Juridica 1965/66, 285, 288–325 und *Rolf Dannenbring*, Die kwart van die arm weduwee, THRHR 29 (1966) 1–20.

²⁵ *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 574, 1 (bei Fn. 10); *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 14) 507; *Rüfner*, Roman Law (Fn. 14) 28f.

²⁶ Vgl. etwa, als besonders ausführliche Abhandlungen aus der frühen Neuzeit, *Samuel Stryk*, Tractatus de Successione ab Intestato (Francofurti, 1706) Dissertatio IV (De Successione Conjugum) Cap. I, XVII–XXI; *Christian Friedrich Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Instestaterbfolge (Erlangen, 1803) § 138.

²⁷ *Stryk*, Tractatus de Successione (vorige Fn.) Dissertatio IV, Cap. I, XXXVIII–XLI; *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (vorige Fn.) § 139.

²⁸ *Stryk*, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, XXVI–XXXVIII; *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) § 143.

²⁹ *Stryk*, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, XXII f.; *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) § 141. Vgl. ferner die Erörterung der einschlägigen Probleme bei *Georg Adam Struwe*, Syntagma Jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum (Jenae, 1678) Exerc. XXXVIII, XXXIX; *Johannes Voet*, Commenta-

bestand, sondern sich auch gegenüber einem letzten Willen durchsetzte, der ihn nicht berücksichtigte,³⁰ und damit „gleichsam als ein Pflichtteil“ anzusehen war.³¹ Vergleichsweise weniger Aufmerksamkeit wurde dagegen dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten *unde vir et uxor* geschenkt,³² nicht weil man davon ausgegangen wäre, dass die prätorische Ordnung der Intestaterbfolge insoweit durch die Novelle 118 aufgehoben worden wäre, sondern angesichts der weitgehenden praktischen Irrelevanz der Frage – schließlich kam der Ehegatte nur dann zum Zuge, wenn der Erblasser nicht nur keine Deszendenten und Aszendenten, sondern auch keine Seitenverwandten (jedenfalls keine solchen, die sich ermitteln ließen) hinterlassen hatte.³³ Erörtert wurde immerhin gelegentlich, ob eine *separatio thori et mensae* das Erbrecht des Ehegatten ausschließt, ob also auch ein faktischer Bestand der Ehe bis zum Tode erforderlich war.³⁴

III. *Portio statutaria*

Doch reflektierten die gelehrten Erörterungen zum römischen Recht nicht, oder doch nur in stark eingeschränktem Maße, das in der Praxis tatsächlich angewandte Recht. So heißt es bei Carl Georg von Wächter, das Intestaterbrecht der Ehegatten und die Quart der armen Witwe kämen „beinahe nie zur Anwendung, weil die neuesten deutschen Partikularrechte dem überlebenden Ehegatten ein weit besseres Intestaterbrecht einräumen“.³⁵ Damit geraten wir freilich auf ein ausgesprochen unübersichtliches Gelände. „In Germania successio coniugum per statuta plerumque definita

rius ad Pandectas (Parisiis, 1829) Lib. XXXVIII, Anhang zu Tit. XVII, XXIV f.; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 574, 1.

³⁰ Novelle 53, 6; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 593.

³¹ *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) § 142.

³² Vgl. etwa *Voet*, Commentarius ad Pandectas (Fn. 29) Lib. XXXVIII, Anhang zu Tit. XVII, XXIII; *Stryk*, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, I–XV; *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) § 144; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 570.

³³ „[...] ut Collaterales nulli adsint“ (*Stryk*, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, VI). In einer auf die Glossatoren zurückreichenden Tradition, die an vorjustinianische Schichten des römischen Rechts anknüpfte, wurde teilweise behauptet, dass Seitenverwandte nur bis zum zehnten Grad erbberichtigt waren. Diese Ansicht wurde aber im 18. und 19. Jahrhundert überwiegend abgelehnt, vgl. etwa *Voet*, Commentarius ad Pandectas (Fn. 29) Lib. XXXVIII, Anhang zu Tit. XVII, XXII; *Johannes August Hellfeld*, Iurisprudentia Forensis secundum Pandectarum Ordinem Proposita² (Ienae, 1766) § 1654; *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) 420; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 571; vgl. auch *Zimmermann*, RabelsZ 79 (2015) 768, 775 und 808.

³⁴ *Stryk*, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, XI; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 14) § 570 Fn. 4; vgl. auch *Coing*, Europäisches Privatrecht I (Fn. 15) 605.

³⁵ *Carl Georg von Wächter*, Pandekten, Bd. II (1881) § 280.

est“, hatte schon gut einhundert Jahre zuvor Johannes August Hellfeld festgestellt, „ita ut in nullo fere capite iura nostra magis variant, quam in materia successionis coniugum“. ³⁶ Ähnliches ließ sich von den meisten anderen europäischen Staaten sagen. Dabei spielte zum einen das lokal und regional stark zersplitterte Ehegüterrecht eine wichtige Rolle, ³⁷ so erhielt der überlebende Ehegatte bei den verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft, ³⁸ die auf Wohnheitsrecht, Gesetz, vor allem aber auch auf Verträgen beruhen konnten, einen hälftigen („Zweiung“), teilweise aber auch anders bestimmten Anteil an dem gemeinsamen Vermögen (sofern nicht die Gütergemeinschaft mit den Erben des vorverstorbenen Ehegatten fortgesetzt wurde).

Zum anderen räumten die neueren Partikularrechte dem überlebenden Ehegatten vielfach auch unabhängig von den sich aus dem jeweiligen Güterstand ergebenden Vorteilen eine „statutarische Portion“ (*portio statutaria*) ein, ³⁹ die im Einzelnen ganz unterschiedlich ausgestaltet war: Sie konnte sich auf eine Quote des Nachlasses beziehen (oft die Hälfte oder ein Drittel),

³⁶ Hellfeld, *Iurisprudentia Forensis* (Fn. 33) § 1659. Vgl. auch etwa Stryk, *Tractatus de Successione* (Fn. 26) *Dissertatio IV, Cap. III, I*: „Si ullum Jus per Statuta locorum variat, certe Conjugum Successio est. Vix locus dabitur, ubi sola Juris Civilis succedendi ratio hoc casu attendatur“.

³⁷ Vgl. dazu im Überblick Coing, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 15) 238–244; Wilhelm Brauner, *Eheliches Güterrecht*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*², Bd. I (2008) 1216–1221; ältere Darstellungen der historischen Entwicklung etwa bei Paul von Roth, *System des Deutschen Privatrechts*, Teil II (1881) 37–270; Otto Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*³, Bd. IV (bearbeitet durch H.O. Lehmann, 1900) 75–148 (älteres Recht) und 148–364 (neueres Recht); Rudolf Hübner, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts*⁵ (1930) 661–696. Zu den traditionellen Güterständen des deutschen Rechts war seit der Rezeption das römische Totalsystem getreten, das in einzelnen Ländern (zumeist in modifizierter Form) galt.

³⁸ Insbesondere also die allgemeine Gütergemeinschaft sowie Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft als Formen der beschränkten Gütergemeinschaft.

³⁹ Die *portio statutaria* war nicht einfach zu klassifizieren. So schreibt etwa Johann Caspar Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*³ (bearbeitet durch Felix Dahn, 1864) § 206: „Allen deutschen Rechten ist der Gedanke gemeinsam, dasz dem überlebenden Ehegatten von Rechts wegen gewisse Vortheile in dem Nachlasse des Verstorbenen gebühren, [...] Erben im eigentlichen Sinne ist zwar der überlebende Ehegatte nicht, vielmehr wird er den ‚Erben‘ des Verstorbenen von der Sprache entgegen gesetzt. Aber während der Blutzusammenhang das eigentliche Erbrecht begründet, so begründet die eheliche Familienverbindung mancherlei rechtmäßige Ansprüche auf theilweisen Erwerb oder auf Genuss der Verlassenschaft, die unter dem allgemeinen Ausdruck (erbliches) Eherecht zusammengefasst werden können“. Vgl. auch Andreas Heusler, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, Bd. II (1886) § 154 (fraglich, ob es sich wirklich um Erbrecht handelt oder nicht vielmehr um „eine besondere eherechtliche Rechtsform, die ihren Ursprung anderswo als im Erbrecht haben müsste und bloß wegen ihrer äusserlichen Aehnlichkeit mit Erbgang auch so wäre genannt worden“). von Roth, *System des Deutschen Privatrechts* (Fn. 37) 250 will demgegenüber zwischen „dem mit der ehelichen Güterordnung in Verbindung stehenden Erbrecht“, das er als „eheliches Gütererbrecht“ bezeichnet, und der statutarischen Portion als davon unabhängigem (echtem) Erbrecht unterscheiden. Das entspricht nicht der gängigen zeitgenössischen Anschauung; vgl. etwa Otto Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*¹⁺², Bd. V (1885) 142, der seinerseits

bisweilen sogar auf den gesamten Nachlass, oder aber auf Sachen einer bestimmten Qualität, insbesondere Mobilien; mitunter bestand sie auch in der Einräumung eines Nießbrauchs am Vermögen des Verstorbenen oder an einer Quote dieses Vermögens. Vielfach gestaltete sich die Berechtigung des überlebenden Ehegatten unterschiedlich, je nachdem, ob die Ehe eine beerbte oder unbeerbte war, ob also Kinder vorhanden waren oder nicht; teilweise wurde auch danach unterschieden, ob der Mann oder die Frau der überlebende Teil war.⁴⁰ Jedenfalls stand der überlebende Ehegatte regelmäßig deutlich besser als nach justinianischem Recht.

IV. „Conjuges sint unum quodammodo corpus et una anima ...“

Gelegentlich hinterließen aber auch die in den Novellen 53, 6 und 117, 5 getroffenen Regelungen ihre Spuren, so wenn nach preußischem Allgemeinen Landrecht (PrALR) der überlebende Ehegatte neben bis zu drei absteigenden Linien ein Viertel des Nachlasses erhielt und neben mehr als drei absteigenden Linien „nur Kindes Theil“.⁴¹ Doch war dies zum einen, anders als nach römischem Recht,⁴² ein „wahres civilrechtliches Erbrecht“⁴³ und zum anderen kam es nicht nur der armen Witwe, sondern überlebenden Ehegatten ganz allgemein zugute.⁴⁴ Neben anderen Verwandten erhielt der Ehegatte ein Drittel oder die Hälfte des Nachlasses, neben weiteren als im sechsten Grad Verwandten den gesamten Nachlass.⁴⁵ Diese Besserstellung

„das Erbrecht der Ehegatten seinen positiven Bestimmungen nach [...] im Zusammenhange mit der Darstellung der verschiedenen Güterrechtssysteme behandelt“ (140).

⁴⁰ Vgl. näher von Roth, System des Deutschen Privatrechts (Fn. 37) 94–120, 152–164, 178–182, 249–252; Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts IV (Fn. 37) 115–124, 223–231, 282–301, 342–344; ders., Handbuch des Deutschen Privatrechts V (vorige Fn.) 140–145; Hübnner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts (Fn. 37) 690, 692f., 776f.; Stryk, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. III, I–LXXIII. – Zum Zusammenspiel des justinianischen Rechts und des einheimischen Statutarrechts in San Marino vgl. Reinkenhof, Die Anwendung von ius commune (Fn. 14) 152–158.

⁴¹ §§ 623 und 624 II 1 PrALR.

⁴² Vgl. oben Text zu Fn. 25.

⁴³ Christian Friedrich Koch, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Kommentar in Anmerkungen, Bd. III (1857) Anmerkung 84 zu § 621 II 1.

⁴⁴ Im älteren Gemeinen Recht war umstritten gewesen, ob auch der arme Witwer die Quart erhielt; so etwa Stryk, Tractatus de Successione (Fn. 26) Dissertatio IV, Cap. I, XLII; anders Voet, Commentarius ad Pandectas (Fn. 29) Lib. XXXVIII, Anhang zu Tit. XVII, XXIV; vgl. ferner die Diskussion bei Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 26) 429–435. Im Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts wurde die Ausdehnung auf den Witwer allgemein abgelehnt; vgl. etwa Windscheid/Kipp, Pandektenrecht (Fn. 14) § 576, 1. Zur Entwicklung im san-marinesischen Recht vgl. Reinkenhof, Die Anwendung von ius commune (Fn. 14) 153–155.

⁴⁵ §§ 625–627 II 1 PrALR. §§ 501–620 II 1 PrALR enthielten außerordentlich ausführliche Vorschriften darüber, wie der Nachlass des Verstorbenen „auszumitteln“ ist. Für den Fall

gegenüber dem justinianischen Recht wurde mit dem „genauen, innigen und festen Bündnis“ begründet, das zwischen Ehegatten „nicht nur in Hinsicht auf ihre Person und Neigung, sondern auch auf ihre äußeren Schicksale und Interessen vorwalten soll“.⁴⁶ In diesem Sinne hatte schon David Mevius darauf hingewiesen, dass „conjuges sint unum quodammodo corpus et una anima [...], omnis ejusque individuae vitae consortes [...], divini atque humani juris socii [...], utriusque fortunae et casuum participes“;⁴⁷ und Joachim Georg Darjes hatte aus der gegenseitigen Verbundenheit und der damit verbundenen Liebespflicht sogar gefolgert, dass der überlebende Ehegatte den Seitenverwandten vorzuziehen habe.⁴⁸ Auch Christian Wolff hatte zwar betont, dass Gatten niemanden mehr zu lieben haben als einander; doch ergab sich für ihn daraus kein „ius [...] perfectum [...] ad haereditatem conjugis defuncti“, sondern nur eine Pflicht „ut qui moritur prospiciat superstiti, quantum potest, de iis, quae ad vitae necessitatem, commoditatem, immo etiam jucunditatem faciunt“.⁴⁹ Das lief auf einen Nießbrauch an einem Teil des Vermögens des Erblassers, wenn nötig auch am ganzen Vermögen, hinaus und stand unter dem Vorbehalt, dass der Überlebende kein eigenes Vermögen hatte.

Dass der überlebende Ehegatte als derjenige, mit dem der Erblasser in besonderer Weise verbunden gewesen war und sein Leben verbracht hatte, am Nachlass beteiligt werden musste, war also deutlich; doch in welcher Weise dies zu geschehen habe, ließ sich unterschiedlich beurteilen. Das stimmte mit der Einschätzung überein, dass die bürgerlichen Gesetze im Hinblick auf die Erbfolge bei nicht vorhandenem Testament ganz allgemein

der Gütergemeinschaft trafen §§ 634–664 II 1 PrALR Sonderregelungen. Im Wesentlichen war dort vorgesehen, dass der überlebende Ehegatte von dem gemeinschaftlichen Vermögen zunächst die eine Hälfte als sein Eigentum zurückerhielt, während die andere Hälfte als Nachlass des verstorbenen Ehegatten angesehen wurde. Neben aus dem gemeinschaftlichen Vermögen noch nicht abgefundenen Blutsverwandten in absteigender Linie „muss der überlebende Ehegatte mit seiner Hälfte sich begnügen“; im Übrigen wurde auf §§ 625 und 626 II 1 PrALR verwiesen.

⁴⁶ Koch, Landrecht für die Preussischen Staaten (Fn. 43) Anmerkung 84 zu § 621 II 1. An anderer Stelle (Anmerkung 64 zu § 570 II 1) verweist Koch auf die Schlussvorträge von Carl Gottlieb Svarez; auch er spricht von dem Verhältnis der Ehegatten als von „dieser genauesten aller Verbindungen“ und begründet im Übrigen die Abweichung vom römischen Recht ausführlich damit, dass das Verhältnis der Eheleute „bei uns [...] ganz anders [ist], als es bei den Römern war“.

⁴⁷ David Mevius, Commentarii in Jus Lubecense (Francofurti et Lipsiae, 1700) Pars II, Tit. II, Art. XII, 19.

⁴⁸ Joachim Georg Darjes, Institutiones Iurisprudentiae Universalis³ (Ienae, 1748) § 649: „Deficientibus ascendentibus deficientibusque descendantibus ille fit defuncti haeres ab intestato, cum quo defunctus in proxima vixit societate“.

⁴⁹ Christian Wolff, Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars VII (Halaë Magdeburgicae, 1747) § 1075. Vgl. hierzu auch J.S.L.A.W.B. Roes, Het naaste bloed erfde het goed: De positie van de langstlevende echtgenoot in het Nederlandse erfrecht by versterf (2006) 281–285.

Vieles verordnen könnten, ohne dass die eine oder andere Regelung durch unabänderliche natürliche Gesetze geboten wäre.⁵⁰ So behandelt denn in der Tat etwa der sächsische Gesetzgeber von 1865 den überlebenden Ehegatten noch besser als der preußische: Er erhielt neben Abkömmlingen des Erblassers in jedem Fall, das heißt ganz gleich, mit wie vielen Kindern er konkurrierte, ein Viertel der Erbschaft, ansonsten entweder die Hälfte oder die gesamte Erbschaft.⁵¹ Eine ähnliche Regelung traf später auch § 1931 BGB.

V. Der Weg zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch

Ideengeschichtlich beruhte der Aufstieg des Ehegatten also auf einer interessanten Kombination unterschiedlicher Traditionen: der „deutschrechtlichen“ *portio statutaria*,⁵² dem justinianischen Recht und naturrechtlichem Gedankengut. Hinzu kamen christlich geprägte Ideen wie diejenige von der prinzipiellen Unauflöslichkeit, ja geradezu sakramentalen Natur, der Ehe und von der besonderen und untrennbaren Verbindung der Ehegatten.⁵³ In der Tendenz ähnlich verlief die Entwicklung in Österreich, die insgesamt aber stärker dem Vorbild des römischen Rechts verhaftet blieb. Denn während der überlebende Ehegatte nach altem österreichischen Landesbrauch kein Erbrecht hatte, sondern allein ehегüterrechtliche Ansprüche sowie, da-

⁵⁰ Samuel Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo* (Francofurti ad Moenum, 1694) Lib. IV, Cap. XI, 18 (unter der Überschrift „Civilibus tamen legibus ampla heic disponendi facultas“). Allgemein in diesem Zusammenhang zur Rolle des positiven Rechts bei den Naturrechtlern *Diethelm Klippel*, Familie versus Eigentum, ZSS (GA) 101 (1984) 117, 125–128.

⁵¹ §§ 2049–2053 sächsisches BGB. Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 1688 sächsisches BGB, wonach der Ehemann verpflichtet ist, sofort nach Beendigung der Ehe das eheweibliche Vermögen nach den Vorschriften über den Nießbrauch zurückzugeben (während der Ehe hatte der Ehemann das Recht des Nießbrauchs und der Verwaltung am Vermögen seiner Frau). *Eduard Siebenhaar*, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, Bd. III (1869) Anm. zu § 2049, dritter Absatz, berichtet, dass nach sächsischem Recht (vor dem Erbfolgemandat von 1829, an das der Gesetzgeber des sächsischen BGB anknüpfte) neben dem Erbrecht *unde vir et uxor* „ein Recht der Ehefrau auf die nach Analogie des [...] Erbrechts der dürftigen Wittve gebildete sog. statistische Portion“ bestanden habe, zudem ein Erbrecht des Ehemannes an dem gesamten Mobiliarnachlass seiner Frau. Vgl. auch *Hellfeld*, *Iurisprudentia Forensis* (Fn. 33) § 1660; *Simon van Leeuwen*, *Censura Forensis Theoretico-practica* (Lugduni Batavorum, 1662) Lib. III, Cap. XV, 18; *Struwe*, *Syntagma Jurisprudentiae* (Fn. 29) Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XLI.

⁵² Dazu auch *Svarex* in seinen Schlussvorträgen: „Man durfte auch um so weniger Anstand nehmen, das Jus Romanum in diesem Stücke zu ändern, da wohl sehr wenige Provinzen und Oerter im Preußischen Staate vorhanden sein werden, wo die Römische Successions-Ordnung unter Ehegatten sich noch wirklich im Gange befände, vielmehr jede Provinz, ja fast jede namhafte Stadt hierin ihre eigenen Gesetze und Statuten hat, die insgesamt darin übereinkommen, dass sie den überlebenden Ehegatten mehr, als das römische Recht, begünstigen“; zitiert nach *Koch*, Landrecht für die Preußischen Staaten (Fn. 43) Anmerkung 84 zu § 621 II 1.

⁵³ Vgl. Matthäus 19, 5: „[...] und die zwei werden ein Fleisch sein“.

rüber hinausgehend, nur Ansprüche auf die Fahrnis oder einen Anteil derselben,⁵⁴ wurde in einem Gesetz über die Intestaterbfolge von 1770 einerseits das römische Erbrecht der Klasse *unde vir et uxor* und andererseits die Quart der armen Witwe (ausgedehnt auch auf den armen Witwer) rezipiert.⁵⁵ Nach Zwischenschritten im Erbfolgepatent von 1786 und im westgalizischen Gesetzbuch⁵⁶ wurden daraus im ABGB von 1811 folgende Regeln: Sind keine erbberechtigten Blutsverwandten des Erblassers⁵⁷ vorhanden, erhält der überlebende Ehegatte die gesamte Erbschaft (§ 759). Sind erbberechtigte Aszendenten oder Seitenverwandte des Erblassers vorhanden, so erbt er ein Viertel des Nachlasses, unabhängig davon, ob reich oder arm oder ob Mann oder Frau (§ 758).⁵⁸ Neben Kindern erhält der überlebende Ehegatte demgegenüber ein Viertel, oder bei drei oder mehr Kindern einen Kopfteil, nur zum lebenslänglichen Nießbrauch, während das Eigentum daran den Kindern bleibt (§ 757).⁵⁹ „Mit Recht weit günstiger gestellt ist der Gatte nach deutschem bürgerlichen Gesetzbuch“, heißt es dazu kritisch im ABGB-Kommentar von Moritz von Stubenrauch.⁶⁰

VI. Der Weg zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

In der Tat war das deutsche BGB dem Regelungsmodell gefolgt, das dem sächsischen BGB⁶¹ und dann auch dem Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen zugrunde lag.⁶² Neben Verwandten der ersten Ordnung (das

⁵⁴ Dazu näher *Gunter Wesener*, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption (1957) 98–106.

⁵⁵ *Wesener*, Geschichte des Erbrechts in Österreich (vorige Fn.) 116–118.

⁵⁶ Dazu *Moritz von Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuche⁸ (bearbeitet durch Max Schuster von Bonnott und Karl Schreiber, 1902) erste Fußnote zu § 757 ABGB.

⁵⁷ Dazu gehörten nach dem ABGB von 1811 die ersten sechs Parentelen (§ 751), das heißt, die Verwandtenerbfolge war praktisch unbeschränkt. Seit 1911 sind die fünfte und sechste Parentel ausgeschlossen und von der vierten sind nur die Urgroßeltern selbst erfasst.

⁵⁸ Der überlebende Ehegatte ist wahrer Erbe; vgl. *Joseph Unger*, Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt² (1871) § 35 Anmerkung 4.

⁵⁹ Dazu *Unger*, Das österreichische Erbrecht (vorige Fn.) § 35 Anmerkung 3: „Das bürgerl. Gesetzb. schließt sich dem Geist des deutschen Rechts an, indem es die statutarische Erbportion dem beiden Gatten ohne weitere Voraussetzung einräumt, bildet diese Portion jedoch sichtlich dem röm. Quart nach“. – Im Falle der Gütergemeinschaft erhält der überlebende Ehegatte „die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern nach Ableben des anderen Ehegatten noch vorhanden seyn wird“ (§ 1234 ABGB); die andere Hälfte bildet den Nachlass, von dem auch dem überlebenden Ehegatten nach den Regeln der §§ 757 f. ABGB „der ihm gebührende Erbtheil [...] angemessen werden muß“ (*von Stubenrauch*, Kommentar (Fn. 56) zweite Fußnote zu § 758 ABGB).

⁶⁰ *von Stubenrauch*, Kommentar (Fn. 56) erste Fußnote zu § 757 ABGB.

⁶¹ Vgl. oben Fn. 51.

⁶² §§ 41 und 42 des Entwurfs eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst

heißt neben Abkömmlingen des Erblassers) erhält der überlebende Ehegatte nicht einen je nach Anzahl der Kinder unterschiedlich bemessenen, sondern einen fixen Anteil von einem Viertel, und zwar zu Eigentum und nicht lediglich zur Nutznießung. Neben Verwandten der zweiten Ordnung (also den Eltern des Erblassers und deren Abkömmlingen) oder neben Großeltern ist der überlebende Ehegatte zur Hälfte des Nachlasses als gesetzlicher Erbe berufen. Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält er die gesamte Erbschaft.⁶³ Der fixe Anteil des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen des Erblassers war ein Entgegenkommen der Ersten Kommission gegenüber den Vorstellungen des Redaktors für das Familienrecht, Gottlieb Planck,⁶⁴ der den Ehegatten durch Einräumung eines Nießbrauchsrechts auch an den Teilen des Nachlasses, die an die gemeinsamen Kinder aus der Ehe mit dem Erblasser fielen, noch sehr viel weiter hatte begünstigen wollen. Dabei hatte er sich auf die „innige und vollständige Lebensgemeinschaft, welche durch die Ehe unter den Gatten begründet wird“, berufen, die „ihrem innersten Wesen nach“ auch bei dem Tode eines Gatten noch fortwirken müsse.⁶⁵ Der für das Erbrecht zuständige Redaktor, Gottfried (von) Schmitt, räumte demgegenüber zwar ein, dass der Satz von dem sittlichen Wesen der Ehe, die alle Lebensverhältnisse durchdringe, „einer edlen und lebenswarmen Auffassung“ entspringe. Dennoch bestünden gegen die Einräumung eines zusätzlichen Nießbrauchsrechts durchgreifende praktische Bedenken: Eine definitive Ordnung der Dinge für alle Beteiligten sei einem fortwirkenden Schwebezustand, währenddessen sowohl der überlebende Ehegatte als auch die gemeinschaftlichen Kinder an einem Teil des Nachlasses dinglich berechtigt seien, deutlich vorzuziehen.⁶⁶

Motiven von Friedrich Mommsen (1876); die Motive finden sich auf S. 165–169. Zu diesem Entwurf *Ingrid Andres*, Der Erbrechtsentwurf von Friedrich Mommsen: Ein Beitrag zur Entstehung des BGB (1996); vgl. dort S. 286–307 zum Erbrecht des Ehegatten.

⁶³ § 1931 I und II BGB.

⁶⁴ Er hatte einen entsprechenden Antrag gestellt, obwohl er sich mit dem für das Erbrecht zuständigen Redaktor ursprünglich geeinigt hatte, dem überlebenden Ehegatten einen Kindesteil, aber *nicht mehr* als ein Viertel der Erbschaft zu geben: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht I, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (2002) 41.

⁶⁵ Dem überlebenden Ehegatten müsse deshalb soweit möglich die „äußere Lebensstellung“, die er während der Ehe innehatte, auch nach dem Tod des anderen erhalten bleiben: *Gottlieb Planck*, Begründung der Vorschläge vom Standpunkte des Redaktors des Familienrechts, Anhang 1877, No 7, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Teil III, hrsg. von Werner Schubert (1983) 1116, 1116 f.

⁶⁶ *Gottfried von Schmitt*, Begründung der Vorschläge von dem Standpunkte des Redaktors des Erbrechts, Anhang 1877, No 7, in: Schubert, Vorlagen Familienrecht III (vorige Fn.) 1141, 1143; *ders.*, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil I, hrsg. von Werner Schubert

Die Erste Kommission schloss sich nach eingehender Beratung der Auffassung von Schmitts an,⁶⁷ sorgte aber, wie erwähnt, gleichzeitig dafür, dass der Anteil des Ehegatten nicht unter ein Viertel sinken konnte.⁶⁸ Ein Viertel wurde einerseits als typischer Kindesteil angesehen (bei einer durchschnittlichen Anzahl von drei bis vier Kindern pro Familie);⁶⁹ andererseits hoffte man somit auch ein Hemmnis für die „Produktivität der Ehe“⁷⁰ zu beseitigen, das dann gegeben sein könnte, wenn sich mit wachsender Kinderzahl der Erbteil des überlebenden Ehegatten immer weiter verringere. Diese von der Ersten Kommission bereits in einem früheren Stadium (1877) getroffenen Beschlüsse wurden während der Hauptberatungen (1887) bestätigt. Anträge, die Stellung des überlebenden Ehegatten zu stärken⁷¹ (etwa, indem er einen Kindesteil, in jedem Fall *nicht weniger* als ein Viertel, erhalten sollte),⁷² blieben auch im weiteren Verlauf der Vorbereitungsarbeiten zum BGB erfolglos. Man wollte „auf diesem Gebiete eine sprungweise Entwicklung thunlichst [...] vermeiden“, zumal das BGB in der Begünstigung des überlebenden Ehegatten ohnehin schon über das geltende Recht hinausgehe.⁷³

(1984) 730. Vgl. ferner Motive, in: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, hrsg. von Benno Mugdan (1899) 195 mit dem Hinweis, mit dem Erbnießbrauch trete der Erfolg ein, „dass die aufgelöste Ehe zu Gunsten des Ueberlebenden stärkere Wirkungen äussert als die bestehende Ehe, indem der auf die Minderjährigkeit der Kinder beschränkte elterliche Niessbrauch [...] unter einem anderen Namen auf die Lebenszeit der Eltern ausgedehnt würde“.

⁶⁷ Jakobs/Schubert, Erbrecht I (Fn. 64) 40–42; ausführliche Darstellung der Debatte in den beiden Sitzungen vom 29.9. und 1.10.1877 bei *von Schmitt*, Erbrecht I (vorige Fn.) 716–720.

⁶⁸ In einem anderen Punkt, in dem die beiden Redaktoren divergierende Ansichten vertreten hatten, schloss sich die Kommission wiederum von Schmitt an: Nicht nur neben Verwandten der zweiten Ordnung, sondern auch neben Großeltern sollte dem überlebenden Ehegatten die Hälfte der Erbschaft zustehen; Planck hatte demgegenüber alle Verwandten ab der dritten Ordnung ausschließen wollen; vgl. *Planck/von Schmitt* in: Anhang 1877, No 7 (Fn. 65) 21–23, 51 f.; Jakobs/Schubert, Erbrecht I (Fn. 64) 40.

⁶⁹ *von Schmitt*, Erbrecht I (Fn. 66) 740. Im Übrigen wirkte hier aber vermutlich auch das Vorbild des römischen Rechts (Quart der armen Witwe) nach. Vgl. auch § 41 I des Entwurfs von Mommsen und dazu die Motive (oben Fn. 62) 166 mit dem pragmatischen Hinweis darauf, dass es für die Kinder keinen sehr erheblichen Unterschied mache, ob der Ehegatte einen festen oder je nach Kinderzahl flexiblen Anteil erhalte, während dieser Unterschied für den überlebenden Ehegatten, wenn die Zahl der Kinder groß sei, sehr bedeutend werden könne.

⁷⁰ *von Schmitt*, Erbrecht I (Fn. 66) 739.

⁷¹ Siehe Jakobs/Schubert, Erbrecht I (Fn. 64) 104–109.

⁷² Vgl. etwa Protokolle, in: Mugdan, Die gesammten Materialien Bd. V (Fn. 66) 394.

⁷³ Protokolle, in: Mugdan, Die gesammten Materialien Bd. V (Fn. 66) 395. Nur in einem vergleichsweise geringfügigen Punkt wurde die Position des überlebenden Ehegatten durch Einfügung des § 1931 I Satz 2 gestärkt. Dazu Protokolle (diese Fn.) 396f. Diese Regel kann Anlass geben zu komplexen Rechenaufgaben und wird heute ganz überwiegend kritisiert; vgl. etwa *Dieter Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) § 1931 Rn. 23f.; *Heinrich Lange/Kurt Kuchinke*, Erbrecht⁵ (2001) 262f.; *Karlheinz Muscheler*, Erbrecht, Bd. I (2010) Rn. 1460–1463. – Eine detaillierte Analyse der Entstehungsgeschichte des § 1931 I und II BGB findet sich bei *Hans-Georg Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die

VII. Die Entwicklung in Österreich und in der Schweiz

In der Ersten Teilnovelle von 1914 übernahm der österreichische Gesetzgeber die Regelung des § 1931 BGB in das ABGB und reformierte damit die für den überlebenden Ehegatten „kümmerliche“ Regelung des § 757 ABGB;⁷⁴ seither ist dessen Position weiter verbessert worden,⁷⁵ und so erhält er heute neben Verwandten der ersten Ordnung ein Drittel des Nachlasses und neben Eltern und Geschwistern des Erblassers oder neben Großeltern zwei Drittel.⁷⁶ Auch im schweizerischen Recht wurde der überlebende Ehegatte schrittweise bessergestellt. Gegenüber den Kantonalrechten bedeutete bereits die in Art. 462 ZGB 1907/1912 enthaltene Regelung einen Fortschritt:⁷⁷ Neben Nachkommen des Erblassers erhielt der überlebende Ehegatte nach seiner Wahl entweder die Hälfte der Erbschaft zur Nutznießung oder ein Viertel zu Eigentum. Neben „Erben des elterlichen Stammes“⁷⁸ erhielt er ein Viertel zu Eigentum und drei Viertel zur Nutznießung, neben „Erben des großelterlichen Stammes“⁷⁹ die Hälfte zu Eigentum und die andere Hälfte zur Nutznießung, ansonsten die ganze Erbschaft zu Eigentum. In den achtziger Jahren⁸⁰ kam es zu einer Reform, durch die unter anderem die gesetzliche Nutznießung weggefallen ist; der überlebende Ehegatte erhält nunmehr neben Nachkommen die Hälfte, neben Erben des elterlichen Stammes drei Viertel der Erbschaft. Er steht damit noch besser als nach österreichischem Recht, denn zum einen erhält er höhere Quoten, zum anderen verdrängt er ansonsten erbberechtigte Großeltern.⁸¹

gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (1970) 64–80; vgl. auch *Zimmermann*, Germany (Fn. 5) 208–211; *Beckert*, Soziologie des Erbrechts (Fn. 13) 110–113.

⁷⁴ Vgl. zum ABGB von 1811 *Armin Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II (1924) 357 („[...] auf ein kümmerliches Mass beschränkt“).

⁷⁵ Vgl. etwa *Elisabeth Scheuba*, Gesetzliche Erbfolge, in: *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, hrsg. von Michael Gruber/Susanne Kalls/Katharina Müller/Martin Schauer (2010) 101 f.

⁷⁶ § 757 ABGB in der seit dem FamErbRÄG von 2004 geltenden Fassung. Durch dieses Änderungsgesetz wurde das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten zu Lasten der Nachkommen von Geschwistern erweitert; dazu *Constanze Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, *Juristische Blätter* 2005, 2, 12. Die Erbquoten waren bereits durch das EheRÄndG von 1978 heraufgesetzt worden. Zum Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, das vom Nationalrat am 7. Juli 2015 beschlossen wurde, vgl. unten Fn. 255.

⁷⁷ Vgl. etwa *Alfred Escher*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch², Bd. III/1 (1937) Art. 462 Rn. 2.

⁷⁸ Dazu Art. 458 ZGB (= zweite Parentel).

⁷⁹ Dazu Art. 459 ZGB (= dritte Parentel).

⁸⁰ Infolge der Revision des Eherechts von Oktober 1984, in Kraft seit Anfang 1988.

⁸¹ Art. 462 ZGB. – Zum Ehegattenerbrecht in Griechenland vgl. den Überblick bei *Ismene Androulidakis-Dimitriadis*, Ehegattenerbrecht und Testierfreiheit im griechischen Recht, in: *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, hrsg. von Dieter Henrich/Dieter Schwab (2001) 115–123.

VIII. Der „Voraus“

Zu beachten ist allerdings, dass der überlebende Ehegatte sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht einen „Voraus“ erhält. Die Idee, dem überlebenden Ehegatten eine einschneidende Veränderung seiner bisherigen äußerlichen Lebensumstände dadurch zu ersparen, dass er „die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände [...] und die Hochzeitsgeschenke“⁸² zusätzlich zu seinem Erbteil als gesetzliches Vorausvermächtnis erhält, wird auf deutschrechtliche Wurzeln zurückgeführt⁸³ und fand sich vor dem BGB in einer Reihe von Partikularrechten,⁸⁴ darunter vor allem in den §§ 628–630 II 1 PrALR. Obwohl der BGB-Gesetzgeber nicht verkannte, dass die Zuweisung eines Voraus und die darin liegende Abweichung von der formalen Quotenzuteilung leicht zu Streitigkeiten führen könnte⁸⁵ – dies war der Grund gewesen, weshalb Mommsen von einer derartigen Vorschrift abgesehen hatte⁸⁶ –, folgte er diesen Vorbildern, gab dem überlebenden Ehegatten den Voraus aber nur neben Verwandten der zweiten Ordnung oder Großeltern. Der österreichische Gesetzgeber von 1914 übernahm diese Idee aus dem deutschen Recht,⁸⁷ gewährte dem überlebenden Ehegatten aber einen Voraus (wenngleich in geminderter Form)⁸⁸ auch neben Kindern des Erblassers. Diese Regelung wiederum inspirierte den deutschen Gesetzgeber zu einer Reform des § 1932 BGB im Rahmen des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957:⁸⁹ Nach § 1932 I Satz 2 BGB erhält der überlebende Ehegatte neben Verwandten der ersten Ordnung außer seinem Erbteil die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände und Hochzeitsgeschenke, jedoch nur insoweit, als er sie zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt.⁹⁰ In Österreich ist § 758 ABGB im Jahre 1989 abermals

⁸² So § 1932 I Satz 1 BGB.

⁸³ *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (Fn. 73) 265; *Christian Eigel*, Der Voraus des überlebenden Ehegatten, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 1983, 1 f.; *Karin Gottschalk*, Einträge „Gerade“ und „Hausrat“ in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte², Bd. II (2012) 113–117, 824 f.

⁸⁴ Überblick bei *von Schmitt*, Erbrecht I (Fn. 66) 736 f.

⁸⁵ Motive, in: Mommsen (Fn. 62) 197; vgl. ferner zum Voraus *Planck* und *von Schmitt*, in: Anhang 1877, No 7 (Fn. 65) 1134–1138, 1158; *Jakobs/Schubert*, Erbrecht I (Fn. 64) 40–42, 104–106; *von Schmitt*, Erbrecht I (Fn. 66) 738 f.; Protokolle, in: Mugdan, Die gesamten Materialien Bd. V (Fn. 66) 397; Denkschrift des Reichsjustizministeriums, in: Mugdan, Die gesamten Materialien Bd. V (Fn. 66) 850.

⁸⁶ *Mommsen* (Fn. 62) 169; kritisch dazu *Andres*, Erbrechtsentwurf (Fn. 62) 287.

⁸⁷ *Egon Weiss*, in: Klang, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch², Bd. III (1952) § 758 unter I.

⁸⁸ Beschränkt auf „das für seinen eigenen Bedarf Nötige“ (kleiner Voraus).

⁸⁹ Dazu *Gunter Wesener*, Der Voraus des überlebenden Ehegatten: Zur wechselseitigen Beeinflussung von § 1932 BGB und § 758 ABGB, FamRZ 1959, 84–87.

⁹⁰ Kritisch dazu *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (Fn. 73) 268 (verschwommene Vorschrift an Stelle der früheren klaren Regelung).

reformiert worden: Der überlebende Ehegatte erhält nun als gesetzliches Vorausvermächtnis „die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind“. Damit wurde die bisherige Unterscheidung zwischen „großem Voraus“ und „kleinem Voraus“ (neben Kindern) abgeschafft. Zudem hat er das Recht, in der Ehwohnung wohnen zu bleiben. Damit wird jedenfalls in Österreich der überlebende Ehegatte „in der Praxis oft der Erbe mit dem größten Anteil, häufig auch der Alleinerbe“.⁹¹ Für viele Nachlässe wird in Deutschland Ähnliches gelten.⁹²

IX. Eine „gleichmäßig das Erbrecht und das Güterrecht berührende Frage“

1. Deutschland: Verwaltungsgemeinschaft

Die Rechtsstellung des Ehegatten eines intestat verstorbenen Erblassers bestimmt sich nach den Vorschriften nicht nur des Erbrechts, sondern auch des Ehegüterrechts: wird durch den Tod doch auch der für das Vermögen der Ehegatten geltende Güterstand beendet. Aus diesem Grunde wurde in der Vergangenheit die Versorgung der verstorbenen Ehegatten nicht selten sogar ganz dem güterrechtlichen Ausgleich überlassen;⁹³ angesichts der weiten Verbreitung der verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft (und des Totalsystems) ist das kaum erstaunlich. Die Interdependenz dieser beiden Materien stand dem BGB-Gesetzgeber von Anfang an klar vor Augen, und so erbat sich denn auch Gottfried von Schmitt vor Beginn der Erarbeitung seines Teilentwurfs zum Erbrecht im April 1875 von Gottlieb Planck Aufklärung über dessen Intentionen bezüglich des ehelichen Güterrechts.⁹⁴ Diese Intentionen wurden entscheidend von den Beratungen des 12. Deutschen Juristentages im Herbst desselben Jahres beeinflusst⁹⁵ und führten zu den von der Ersten Kommission mit großer Mehrheit angenommenen Vorschlägen, (i) dass es einen einheitlichen gesetzlichen Güterstand für das ge-

⁹¹ Scheuba, Gesetzliche Erbfolge (Fn. 75) 102.

⁹² Lange/Kuchinke, Erbrecht (Fn. 73) 268 („In bescheidenen Verhältnissen macht [der Voraus] den wesentlichen Teil des Nachlasses aus“); Muscheler, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1465 („Haben die Eheleute in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen gelebt, [...] führt die vorweggenommene Zuweisung der Haushaltsgegenstände wirtschaftlich betrachtet zur Alleinerbfolge des Überlebenden“).

⁹³ Oben III.

⁹⁴ Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Familienrecht I, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (1987) 804–807.

⁹⁵ Verhandlungen des 12. Deutschen Juristentages (1875) Bd. III.

samte deutsche Reich geben solle⁹⁶ und (ii) dass dieser einheitliche Güterstand derjenige einer „Verwaltungsgemeinschaft“ sein solle: Die Vermögen von Mann und Frau bleiben voneinander getrennt, jedoch erhält der Mann durch die Eheschließung das Recht der Verwaltung und Nutznießung (auch) am Vermögen der Frau.⁹⁷ Planck und von Schmitt versuchten dann, einen gemeinsamen Vorschlag zum Erbrecht des überlebenden Ehegatten – als einer „gleichmäßig das Erbrecht und das Eherecht berührenden Frage“⁹⁸ – zu erarbeiten, konnten sich aber nur teilweise einigen und mussten damit die Entscheidung der Ersten Kommission überlassen; sie fiel in dem zuvor erwähnten Sinne.⁹⁹ Weitere Vorschriften in dem Abschnitt über das gesetzliche Güterrecht (§§ 1363–1431 BGB) waren damit nicht erforderlich. Für den Wahlgüterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft enthielten die §§ 1482–1518 BGB von 1900 besondere Regeln hinsichtlich der Auflösung durch den Tod eines der Ehegatten, die vor allem den Fall der beerbten Ehe betrafen: Hier sollte zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen die Gütergemeinschaft fortbestehen, sofern nicht der überlebende Ehegatte dies ablehnte.¹⁰⁰ Für den Wahlgüterstand der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519–1548 BGB von 1900) bewendete es demgegenüber bei den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen, ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe beerbt oder unbeerbt war.¹⁰¹

2. Deutschland: Zugewinnsgemeinschaft

Der gesetzliche Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft war nie unangefochten,¹⁰² und insbesondere während der Weimarer Republik hatte es wiederholte (wenngleich letztlich erfolglose) Reformvorstöße gegeben.¹⁰³

⁹⁶ Dies war nicht so selbstverständlich, wie es heute erscheint; anfangs hatte es gravierende Bedenken gegeben, ob es angesichts der erheblichen und fest verwurzelten Unterschiede der verschiedenen in Deutschland geltenden Systeme (Überblick bei *Gottlieb Planck*, in: Schubert, Vorlagen Familienrecht III (Fn. 65) 5–16) überhaupt möglich sein werde, ein einheitliches gesetzliches Güterrecht für das deutsche Reich zu erarbeiten; vgl. *Klaus Schmid*, Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch (1990) 42f.

⁹⁷ *Jakobs/Schubert*, Familienrecht I (Fn. 94) 366–375.

⁹⁸ *Planck und von Schmitt*, in: Anhang 1877, No. 7 (Fn. 65) 3.

⁹⁹ Oben VI.

¹⁰⁰ §§ 1483f. BGB von 1900.

¹⁰¹ *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴, Bd. IV (1928) 556 unter 5.

¹⁰² Vgl. z. B. *Otto von Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889) 407–419 sowie die Nachweise bei *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften im BGB (Fn. 96) 85–118, 136–143 (mit Hinweis auf die ungewöhnliche Übereinstimmung von Sozialdemokraten und konservativer Reichspartei).

¹⁰³ Vgl. etwa: Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages (1925) 325–384; Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit

Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und des in ihm enthaltenen Gleichberechtigungssatzes war endgültig klar geworden, dass er sich nicht halten ließ. Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde mit Wirkung vom 30. Juni 1958 die Zugewinnngemeinschaft als neuer gesetzlicher Güterstand eingeführt.¹⁰⁴ Die ebenfalls neu eingeführte Vorschrift des § 1931 III verweist dabei auf § 1371 BGB: Danach wird der Zugewinnausgleich im Fall des Todes eines Ehegatten dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht (wobei es unerheblich ist, ob die Ehegatten überhaupt einen Zugewinn erzielt haben).¹⁰⁵ Das bedeutet, dass der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen des Erblassers die Hälfte des Nachlasses erwirbt und neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern drei Viertel. Damit steht der überlebende Ehegatte, auch abgesehen von seinem Recht auf den „Voraus“, fast so gut wie in der Schweiz. Das zusätzliche Viertel (das sich nach § 1371 IV BGB unter bestimmten Voraussetzungen verringern kann)¹⁰⁶ ist eine Pauschale, die die Schwierigkeiten bei der Berechnung des Zugewinns und damit auch mögliche Konflikte zwischen den überlebenden Ehegatten und den anderen Erben vermeiden soll.¹⁰⁷

Es entspricht heute so gut wie allgemeiner Meinung, dass die Regelung des § 1371 BGB, die eine ehегüterrechtliche Frage durch Revision des Erbrechts zu lösen versucht, ein gesetzgeberischer Missgriff mit der Folge kaum auflösbarer Wertungswidersprüche ist.¹⁰⁸ Für den Wahlgüterstand der Gütertrennung (§ 1414 BGB) finden wir übrigens dieselbe unglückliche Neigung, das Erbrecht zur Lösung von (in diesem Fall: imaginierten) Problemen des Ehегüterrechts zu instrumentalisieren. Der 1969 in das BGB eingefügte § 1931 IV (das Ergebnis einer „Kettenreaktion“ im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Nichtehechengesetz)¹⁰⁹ erhöht den Erbteil des überlebenden Ehegatten, der mit einem Kind des Erblassers konkurriert, auf die Hälfte des Nachlasses, und desjenigen, der mit zwei Kindern kon-

Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 Abs. 1 Satz 2 der Reichsverfassung einer Änderung?, in: Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages (1931) Bd. I, 540–591 und Bd. II, 80–142. Weitere Nachweise bei *Wilhelm Felgentraeger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB^{10/11} (1970) Einl. zu §§ 1363 ff. Rn. 12.

¹⁰⁴ §§ 1363–1390 BGB.

¹⁰⁵ § 1371 I BGB.

¹⁰⁶ § 1371 IV BGB betrifft den Fall, dass erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten vorhanden sind, die nicht aus der durch den Tod dieses Ehegatten aufgelösten Ehe stammen. Kritisch zu dieser verunglückten Vorschrift *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1483.

¹⁰⁷ *Johannes Bärmann*, Das neue Ehегüterrecht, AcP 157 (1958/59) 145, 181–198; *Elisabeth Koch*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) § 1371 Rn. 1.

¹⁰⁸ *Bärmann*, AcP 157 (1958/59) 145, 181–198; *Wolfram Müller-Freienfels*, Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 1957, 685–696; *Dieter Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts, AcP 180 (1980) 160, 176; *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1423; MüKo BGB/*Koch* (vorige Fn.) § 1371 Rn. 3–7.

¹⁰⁹ *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1426.

kurriert, auf ein Drittel. Diese Regelung konterkariert in systemwidriger Weise, was die Ehegatten bei Eingehung ihrer Ehe vereinbart hatten.¹¹⁰ Insgesamt gilt damit der Grundsatz des § 1931 I BGB in reiner Form nur noch für den Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft (§§ 1415–1518 BGB):¹¹¹ Der überlebende Ehegatte erhält dann die Hälfte des Überschusses, der nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibt, plus den ihm durch § 1931 I BGB zugewiesenen Anteil an der anderen Hälfte.¹¹²

Die in § 1931 BGB enthaltenen Regeln, so unbefriedigend (und in Europa einzigartig) sie auch sind, fügen sich in den allgemeinen Trend, schrittweise die Position des überlebenden Ehegatten zu stärken. Vielfach wird sogar vorgeschlagen, diesen Prozess einer „Horizontalisierung“ der Erbfolge noch weiter zu treiben und den Erbteil des überlebenden Ehegatten ganz allgemein und unabhängig von dem anwendbaren Güterrechtsregime auf die Hälfte (neben Erben der ersten Ordnung) und auf drei Viertel (neben Erben der zweiten Ordnung oder Großeltern) zu erhöhen.¹¹³

3. Österreich und die Schweiz

Auch das österreichische Recht versucht gesetzliches Erbrecht des Ehegatten und Güterstand aufeinander abzustimmen, tut das aber auf andere Weise als das BGB. Gesetzlicher Güterstand ist in Österreich die Gütertrennung. Hier ergeben sich keine Besonderheiten: Der überlebende Ehegatte erhält die in § 757 I ABGB festgelegten Teile des Nachlasses beziehungsweise den ganzen Nachlass.¹¹⁴ Etwas anderes gilt, wenn er etwas „durch Ehepakt oder Erbverfügung aus dem Vermögen des Erblassers erhält“; § 757 II ABGB ordnet dann eine „Einrechnung“ in den Erbteil des Ehegatten ein. Durch Ehepakt kann insbesondere eine Gütergemeinschaft vereinbart werden, die nach § 1234 Satz 1 ABGB im Zweifel als „Gütergemeinschaft auf

¹¹⁰ *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1426.

¹¹¹ *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 1427, 1519.

¹¹² §§ 1476 I, 1482 BGB.

¹¹³ Vgl. dazu zuletzt das entsprechende Votum auf dem 68. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. II (2010) L 152. In diese Richtung auch *Anne Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I (2010) A 53; *Inge Kroppenberg*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, NJW 2010, 2609, 2611 und die Nachweise bei *Röthel* sowie bei *Zimmermann*, Germany (Fn. 5) 215. Damit würde dann also der für den Todesfall pauschalierte Zugewinn „in eine echte erbrechtliche Berechtigung“ umqualifiziert (*Röthel* (diese Fn.) A 53). Noch weitergehend (echter güterrechtlicher Ausgleich beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft unabhängig von der erhöhten Erbquote) *Röthel*, ebd. A 54; *dies.*, Familie und Vermögen im Erbrecht, JZ 2011, 224–228; *Kroppenberg*, NJW 2010, 2611; dazu auch *Knut Werner Lange*, Referat, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. II (2010) L 34. Allgemein zum Thema zuletzt *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 449–462.

¹¹⁴ Vgl. oben VII.

den Todesfall“ betrachtet wird.¹¹⁵ Eine solche Gütergemeinschaft auf den Todesfall kann für den überlebenden Ehegatten wegen der Haftung des Gesamtguts für sämtliche Schulden beider Ehegatten gefährlich sein¹¹⁶ und kommt in der Praxis offenbar kaum vor.¹¹⁷ Sofern sie vereinbart ist, kommt es zur Einrechnung, freilich nur insoweit, als die Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers stammt.¹¹⁸ Der Sinn der Regelung des § 757 II ABGB liegt darin, dass der überlebende Ehegatte „der mit dem gesetzlichen Erbteil verbundenen Absicherung und Versorgung nicht bedarf, wenn hierfür schon durch ehegüterrechtliche Vereinbarungen vorgesorgt wurde“.¹¹⁹ Es soll also eine doppelte Versorgung zu Lasten der anderen Intestaterben vermieden werden.

Gänzlich unabhängig vom ehelichen Güterrecht ist demgegenüber das Erbrecht, das dem überlebenden Ehegatten nach Art. 462 ZGB in der Schweiz zusteht. Die Verteilung des Nachlasses erfolgt stets nach denselben Regeln, während der Umfang des Nachlasses vom Güterstand abhängt: Die güterrechtliche Auseinandersetzung ist die Grundlage der erbrechtlichen und hat dieser daher stets vorauszugehen.¹²⁰

¹¹⁵ Dazu etwa *Astrid Deixler-Hübner*, *Der Ehevertrag*² (2010) 75: „Hier können die Ehegatten während aufrechter Ehe frei über ihr Vermögen verfügen – es herrscht daher Gütertrennung i. S. d. § 1237 ABGB –, doch werden beide Vermögensmassen im Todesfall vereinigt, um dann aber sogleich wieder getrennt zu werden. Der eine Teil verbleibt beim überlebenden Ehegatten, der zweite Teil fällt in den Nachlass“.

¹¹⁶ *Deixler-Hübner*, *Ehevertrag* (vorige Fn.) 75 f.

¹¹⁷ Vgl. etwa *Bernhard A. Koch*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB: Kommentar*³ (2010) § 1234 Rn. 1 („praxisfremd“); *Deixler-Hübner*, *Ehevertrag* (Fn. 115) 75 („[...] in der Praxis sehr selten“).

¹¹⁸ *Gerhard Hopf/Georg Kathrein*, *Eherecht: Kurzkommentar*² (2005) § 757 ABGB Anmerkung 4. Folge: „Bei der Gütergemeinschaft [auf den Todesfall] ist daher nur jener Wert einzurechnen, um den das vom Erblasser stammende Vermögen das vom überlebenden Ehegatten in die Gütergemeinschaft eingebrachte übersteigt.“ Gilt dies auch bei einer von den Ehegatten vereinbarten Gütergemeinschaft unter Lebenden? Ablehnend *Rudolf Welsler*, in: *Rummel*, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*³, Bd. I (2000) § 757 Rn. 2; die Frage ist umstritten, a. A. etwa *Hopf/Kathrein* (diese Fn.) § 757 Anmerkung 4.

¹¹⁹ *Hopf/Kathrein*, *Kurzkommentar* (vorige Fn.) § 757 ABGB Anmerkung 4; *Peter Apathy*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB: Kommentar*³ (2010) § 757 Rn. 4. Vgl. auch *Klang/Weiß* (Fn. 87) § 757 ABGB, V: „[...] Vermutung gerechtfertigt [...], dass [...] nach Absicht der Beteiligten eine Abfindung für den gesetzlichen Erbsanspruch geplant ist“.

¹²⁰ So *Escher*, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Fn. 77) Art. 462 Rn. 5; vgl. auch *Daniel Staehelin*, in: *Honsell/Vogt/Geiser*, *Zivilgesetzbuch II*³ (2007) Art. 462 Rn. 3.

X. Die Entwicklung in Frankreich

1. Der Weg zum *Code civil*

Deutlich langsamer als in Deutschland, Österreich und der Schweiz vollzog sich der Aufstieg des Ehegattenerbrechts in Frankreich; und die im *Code civil* enthaltene Regelung konnte deshalb für die Gesetzgeber der drei deutschsprachigen Länder keine Quelle der Inspiration sein. Zunächst bestimmte allein das Ehegüterrecht die vermögensrechtliche Situation des überlebenden Ehegatten.¹²¹ Von besonderer Bedeutung war nach französischem Gewohnheitsrecht das Institut des *douaire*, wonach der Witwe ein bestimmter Teil des Mannesgutes zustand, in der Regel freilich nur im Wege eines lebenslangen Nutzungsrechts.¹²² Ursprünglich wurde ein solcher *douaire* („Wittum“) der Frau von ihrem Mann anlässlich der Heirat versprochen.¹²³ Im Laufe der Zeit wurde daraus eine gesetzliche Berechtigung. Dadurch wie durch andere sogenannte *gains de survie* sollte einerseits dem überlebenden Ehegatten, vor allem natürlich der Witwe, die Fortführung eines standesgemäßen Lebens ermöglicht werden. Andererseits sollte

¹²¹ Dazu näher *Lévy/Castaldo*, *Histoire du droit civil* (Fn. 16) Rn. 1125, 1129–1133; im Überblick auch *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 12) Rn. 122; *Philippe Malaurie*, *Les Successions, Les Libéralités*⁵ (2012) Rn. 80f.; *Tobias Fröschle*, *Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in Frankreich und England im Laufe des 20. Jahrhunderts* (1996) 28–38. Für die Privatrechtsgeschichte Belgiens erwähnt deshalb auch *Philippe Godding*, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle* (1987) den überlebenden Ehegatten nicht unter den Erben *ab intestato*, sondern beschränkt sich auf die Darstellung der verschiedenen Güterrechtssysteme und die Rechtsfolgen bei Auflösung derselben durch Tod eines Ehegatten (Rn. 466–553). Doch sei es gelegentlich nicht einfach „de s'en tenir à la distinction entre régime matrimonial et droit successoral“ (Rn. 551). Überblick auch bei *Philippe Godding*, *Le droit au service du patrimoine familial: les Pays-Bas méridionaux (12^e–18^e siècle)*, in: *Marriage, Property, and Succession*, hrsg. von Lloyd Bonfield (1992) 15–35. *Dirk Heirbaut*, *A History of the Law of Succession, in Particular in the Southern Netherlands/Belgium*, in: *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, hrsg. von Christoph Castelein/René Fokuée/Alan Verbeke (2009) 65, 74 fasst die Rechtslage für die südlichen Niederlande mit den Worten zusammen: „A widow or widower had a life-estate in the inheritance of the predeceased.“

¹²² Dazu im Einzelnen *Lévy/Castaldo*, *Histoire du droit civil* (Fn. 16) Rn. 1067–1075, 1131; vgl. auch *Coing*, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 15) 239, 608.

¹²³ *Douaire* geht etymologisch auf das Wort *dos* zurück, das seinerseits seinem Ursprung nach so viel wie „Gabe“ bedeutet. Anders als die römische *dos* handelte es sich aber nicht um eine Gabe der Familie der (künftigen) Ehefrau an den (künftigen) Ehemann (die bei Tod des Ehemannes von dessen Erben an die überlebende Ehefrau herauszugeben war), sondern um eine Gabe des (künftigen) Ehemannes an die (künftige) Ehefrau. In beiden Fällen diene diese Gabe jedenfalls auch der Witwenversorgung. Ob *douaire* und römische *dos* historisch miteinander zusammenhängen (vermittelt über die *donatio ante nuptias* des nachklassischen Rechts; vgl. etwa *Hübner*, *Grundzüge des Deutschen Privatrechts* (Fn. 37) 664f.; *Kaser*, *Das römische Privatrecht II* (Fn. 14) 197f.), ist unklar; vgl. etwa *Wilhelm Brauner*, *Dos*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*², Bd. I (2008) 1138f.

das Vermögen aber im Wesentlichen in der Familie des verstorbenen Ehegatten bleiben; das betraf vor allem die Liegenschaften.¹²⁴ Insbesondere in den Gebieten des *droit écrit* wurden aber auch das nachrangige Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten *unde vir et uxor* und die Quart der armen Witwe rezipiert.¹²⁵

Erst die gesetzgeberischen Aktivitäten seit 1789 (*droit intermédiaire*) beendeten dann die extrem unterschiedlich ausgestaltete,¹²⁶ insgesamt aber nicht unvorteilhafte¹²⁷ vermögensrechtliche Position des überlebenden Ehegatten, und so gehörte dieser „zu den großen Verlierern der Revolution“.¹²⁸ Die alten Rechtsinstitutionen wurden ebenso beseitigt wie die Ungleichbehandlung von Witwe und Witwer, und die Intestaterbfolge war nunmehr ganz und gar von dem Gedanken der Blutsverwandtschaft dominiert.¹²⁹ Im *Code civil* von 1804 kam es deshalb zu folgender Regelung: Der überlebende Ehegatte wird nur berücksichtigt, wenn der Verstorbene keine Deszendenten, keine Aszendenten und keine Seitenverwandten bis zum 12. Grad hinterlassen hat; und selbst dann wird er nur *héritier irrégulier*, hat also keine *saisine*,¹³⁰

¹²⁴ *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 1125; vgl. auch *Malaurie*, Les Successions, Les Libéralités (Fn. 121) Rn. 80. – Auf den Kanalinseln prägte das normannische Gewohnheitsrecht noch bis weit in das 20. Jahrhundert hinein das gesetzliche Erbrecht. In Jersey hatte der überlebende Ehegatte bis zum Erlass des *Wills and Succession (Jersey) Law* 1993 kein gesetzliches Erbrecht, vielmehr war er auf den *douaire* angewiesen. In Guernsey wurde das Erbrecht zunächst 1954 reformiert (Abschaffung des *douaire*; doch erhielt der überlebende Ehegatte immer noch nur ein bis zur Wiederheirat bestehendes Nutzungsrecht an der Hälfte des Vermögens) und dann nochmals sehr eingreifend 2011: Dazu näher *Bernadette Bord*, Das Erbrecht der Kanalinseln von den normannischen Wurzeln bis zum heutigen Rechtszustand (2009) 113, 285 und *Philipp Hellwege*, Die Rechte der Kanalinseln, ZEuP 22 (2014) 762, 780–785 sowie unten Fn. 221.

¹²⁵ *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 811, 1130; *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 31–33.

¹²⁶ *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 1133 („[...] l’extrême et injustifiable diversité des coutumes“).

¹²⁷ *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 1133, S. 1483 („[...] le droit coutumier [...] fait beaucoup pour la veuve, et il le fait surtout d’office“). Auch für die *pays de droit écrit* heißt es, was das mittelalterliche Recht betrifft, die Position der Witwe sei „au total loin d’être mauvais“ gewesen; erst in der frühen Neuzeit habe sich dann mit der Rezeption des römischen Rechts ein Regime durchgesetzt, das, da es die Witwenversorgung vor allem letztwilligen Verfügungen überlassen habe, „foncièrement individualiste“ gewesen sei.

¹²⁸ *Terré/Lequette/Gaudemet*, Droit civil (Fn. 12) Rn. 123 („Le conjoint survivant est un des grands vaincus de la Révolution“).

¹²⁹ Zum *droit intermédiaire* zwischen 1789 und 1804 vgl. *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 1134; im Überblick auch *Terré/Lequette/Gaudemet*, Droit civil (Fn. 12) Rn. 123. Laut *Lévy/Castaldo* sind die Intestaterbrechte des Ehegatten, die zunächst in allen Projekten gegeben waren, in einem Dekret vom Januar 1794 „mystérieusement“ vergessen worden. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Hinweis bei *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 38 Fn. 94.

¹³⁰ Dazu etwa *Malaurie*, Les Successions, Les Libéralités (Fn. 121) Rn. 161–165; *Lévy/Castaldo*, Histoire du droit civil (Fn. 16) Rn. 982f.

sondern bedarf einer besonderen gerichtlichen Besitzeinweisung.¹³¹ Vorrangig berücksichtigt wurde er mithin nur gegenüber dem Staat, dem er freilich in seiner Eigenschaft als bloßer *héritier irrégulier* gleichgestellt war.¹³² Immerhin stellte der *Code civil* den überlebenden Ehegatten gegenüber dem revolutionären *droit intermédiaire* insoweit besser, als die Verwandtenerbfolge nicht mehr vollkommen unbegrenzt war. Zudem wurde die Fahrnisgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand bestimmt;¹³³ damit erhielt der überlebende Ehegatte jedenfalls einen Teil dessen, was die Eheleute während ihrer Ehe typischerweise gemeinsam erwirtschaftet hatten.

2. Reformen

Einen weiteren Fortschritt brachte dann erst ein Gesetz vom März 1891, wonach der überlebende Ehegatte einen Nießbrauch an einer Nachlassquote erhielt, die in der Regel ein Viertel (neben ehelichen Abkömmlingen des Erblassers) oder die Hälfte (neben anderen erbberechtigten Verwandten) umfasste.¹³⁴ Immer noch war die französische Gesetzgebung damit von dem Gedanken jedenfalls mitbestimmt, das Vermögen des Verstorbenen so weit wie möglich in seiner Familie zu halten und es nicht permanent in die Familie des überlebenden Ehegatten übergehen zu lassen.¹³⁵ Auch ein weiteres Reformgesetz von Dezember 1930 blieb dieser Ideologie verhaftet,¹³⁶ selbst wenn es nunmehr zum ersten Mal dem überlebenden Ehegatten einen Nachlassanteil neben erbberechtigten Blutsverwandten zu Eigentum und nicht lediglich im Wege eines Nießbrauchs gewährte. Hintergrund der Reform ist eine unter dem Namen „la fente successorale“ bekannte Eigenheit des französischen Erbrechts.¹³⁷ Wenn der Erblasser weder von Abkömmlin-

¹³¹ Art. 767, 770 *Code civil* (1804).

¹³² Art. 768, 770 *Code civil* (1804).

¹³³ Art. 1400 *Code civil* (1804); zu dem, was in die Gemeinschaft einging (vor allem die Mobilien beider Ehegatten zur Zeit der Eheschließung sowie der Zugewinn während der Ehe, einschließlich Liegenschaften), vgl. Art. 1401–1408 *Code civil* (1804). Zum historischen Hintergrund vgl. *Lévy/Castaldo*, *Histoire du droit civil* (Fn. 16) Rn. 1081–1085.

¹³⁴ *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 12) Rn. 124; *Malaurie*, *Les Successions, Les Libéralités* (Fn. 121) Rn. 81; für Details vgl. auch *Fröschle*, *Gesetzliche Rechte* (Fn. 121) 63–68.

¹³⁵ *Beckert*, *Soziologie des Erbrechts* (Fn. 13) 119 weist insoweit zu Recht auf die „langfristige Pfadabhängigkeit“ zivilrechtlicher Regeln hin; vgl. auch *Heirbaut*, *History* (Fn. 121) 78 f. mit dem Hinweis, die französische Revolution habe (auch) in diesem Punkt weniger revolutionäre Auswirkungen gehabt, als allgemein angenommen wird.

¹³⁶ *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 12) Rn. 125; *Fröschle*, *Gesetzliche Rechte* (Fn. 121) 80–82.

¹³⁷ Allgemein zur *fente successorale* und ihrer Entwicklung *Lévy/Castaldo* (Fn. 16) 808, 855; *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 12) Rn. 111–118; *Malaurie*, *Les Successions, Les Libéralités* (Fn. 121) Rn. 66–71; vgl. ferner *Zimmermann*, *RabelsZ* 79 (2015) 768–821; dort auch

gen noch von Geschwistern oder deren Abkömmlingen, sondern von einem Elternteil überlebt wird, so könnte man erwarten, dass dieser überlebende Elternteil Erbe des gesamten Nachlasses wird. Nach französischem Recht kommt es jedoch zur Linearteilung des Nachlasses: Die eine Hälfte (so jedenfalls bis 1957) geht an die väterliche, die andere an die mütterliche Linie, und der überlebende Elternteil erhält die gesamte Erbschaft damit nur dann, wenn keine erbberechtigten Verwandten der anderen Linie mehr vorhanden sind. Wenn das Gesetz von 1930 dem überlebenden Ehegatten mithin die Hälfte des Nachlasses zu vollem Eigentum gewährte, soweit in einer der beiden Herkunftsfamilien keine erbberechtigten Verwandten mehr vorhanden waren, so betrachtete es diesen gewissermaßen als rangletztes Mitglied beider Herkunftsfamilien:¹³⁸ Er kam zum Zuge, bevor der der einen Herkunftsfamilie zustehende Teil sowieso in eine andere Familie (nämlich die andere Herkunftsfamilie) übergehen müsste.

Im März 1957 wurde die *fente successorale* reformiert.¹³⁹ Diese Reform hatte zur Folge, dass der überlebende Ehegatte Eigentum am halben Nachlass erhielt, wenn Aszendenten nur in einer der Herkunftsfamilien vorhanden waren, und das heißt: vorrangig gegenüber Seitenverwandten der anderen Linie.¹⁴⁰ Wenn überhaupt keine Erben der ersten drei Ordnungen (Deszendenten, Geschwister und Deszendenten von Geschwistern, und Aszendenten) vorhanden waren, wurde der überlebende Ehegatte Alleinerbe.¹⁴¹ Damit war es zu der paradoxen Situation gekommen, dass ein *héritier irrégulier* eine ganze Klasse von *héritiers réguliers*, nämlich die Seitenverwandten, ausschloss. Dies wurde im Dezember 1958 dadurch korrigiert, dass nunmehr auch dem überlebenden Ehegatten der Status eines *héritier régulier* zuerkannt wurde; er hat seither die *saisine* unabhängig davon, ob er Eigentum oder einen Nießbrauch erhält.¹⁴²

3. Der Entwicklungsstand heute

Die Entwicklung kulminierte schließlich in der großen Erbrechtsreform von 2001, „la réforme la plus importante qu’aient connue les droits successoraux du conjoint dans leur histoire depuis Justinien: une promotion sans

S. 779–781 zu der in der Regel auf C. 6, 58, 13, 2 zurückgeführten Maxime *paterna paternis, materna maternis*.

¹³⁸ Fröschle, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 80 f.

¹³⁹ Dazu Terré/Lequette/Gaudemet, Droit civil (Fn. 12) R.n. 115, 125; Fröschle, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 82–84.

¹⁴⁰ Art. 767(2) *Code civil* (1957).

¹⁴¹ Art. 767(1) *Code civil* (1957).

¹⁴² Terré/Lequette/Gaudemet, Droit civil (Fn. 12) R.n. 125; Fröschle, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 85.

précédent en qualité et en nature“.¹⁴³ Der überlebende Ehegatte erhält den gesamten Nachlass zu Eigentum, wenn der Erblasser keine Abkömmlinge oder Eltern hinterlässt.¹⁴⁴ Neben den Eltern des Erblassers erhält er die Hälfte des Nachlasses zu Eigentum, neben einem Elternteil drei Viertel.¹⁴⁵ Trifft der überlebende Ehegatte mit Abkömmlingen zusammen, erhält er nach seiner Wahl den Nießbrauch am gesamten Nachlass oder ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum.¹⁴⁶ Der letztgenannten Regel steht ihr Kompromisscharakter an die Stirn geschrieben, und in der Tat war der Reform vom Dezember 2001 eine Vielzahl von miteinander konfligierenden Reformentwürfen und Stellungnahmen vorausgegangen.¹⁴⁷

Insgesamt hat damit aber eine Annäherung an das in den deutschsprachigen Ländern übliche Regelungsmuster stattgefunden; vor allem ist nunmehr die traditionelle Zurückhaltung gegenüber Lösungen in den Hintergrund getreten, die zu einem Wechsel des Vermögens von der Familie des Erblassers in die des überlebenden Ehegatten führen. Ob die dem überlebenden Ehegatten eingeräumte Möglichkeit, einen Nießbrauch am gesamten Nachlass zu erhalten, eine glückliche Lösung ist, wird unterschiedlich beurteilt. Während auf der einen Seite hervorgehoben wird, dass dadurch unterschiedlichen Umständen Rechnung getragen werden könne,¹⁴⁸ warnen andere vor „l’immense foule des vieilles dames usufruitières [...] aux mains débiles et inexpertes“, die den Abkömmlingen das Leben schwermachen.¹⁴⁹ Bei der Würdigung der vermögensrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten ist zu berücksichtigen, dass der gesetzliche Güterstand seit 1965 die Errungenschaftsgemeinschaft ist (*communauté réduite aux acquêts*);¹⁵⁰ eine dem § 1371 BGB vergleichbare Sonderregelung gibt es nicht, und eine Ab-

¹⁴³ *Malaurie, Les Successions, Les Libéralités* (Fn. 121) Rn. 81. Darstellung des neuen Rechts bei *Christoph Döbereiner, Erbrecht in Frankreich, in: Erbrecht in Europa* (Fn. 8) Rn. 63–69; dort auch im Folgenden nicht erwähnte Regelungsdetails.

¹⁴⁴ Art. 757-2 *Code civil*; vgl. aber auch die Sonderregel des Art. 757-3 *Code civil* zugunsten von Geschwistern oder Geschwisterkindern des Erblassers.

¹⁴⁵ Art. 757-1 *Code civil*.

¹⁴⁶ Art. 757 *Code civil*. Der Nießbrauch kann unter bestimmten Umständen in eine Leibrente umgewandelt oder durch eine Ablösungszahlung ersetzt werden. – Das Wahlrecht besteht nur, wenn es sich um gemeinsame Abkömmlinge handelt; anderenfalls erhält der überlebende Ehegatte ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum.

¹⁴⁷ Dazu *Terré/Lequette/Gaudemet, Droit civil* (Fn. 12) Rn. 129.

¹⁴⁸ *Terré/Lequette/Gaudemet, Droit civil* (Fn. 12) Rn. 132. Dort wird auch berichtet, dass das französische Notariat die Einräumung eines Nießbrauchs zwar an sich favorisiert habe, dass einflussreiche Kreise desselben jedoch versucht hätten, eine solche Lösung zu verhindern. Der Senat habe sie dann jedoch „lors de la discussion parlementaire [...] [f]ort heureusement“ wieder eingeführt.

¹⁴⁹ Jean Carbonnier, zitiert bei *Malaurie, Les Successions, Les Libéralités* (Fn. 121) Rn. 86.

¹⁵⁰ Art. 1400–1491 *Code civil*; dazu etwa *Lévy/Castaldo, Histoire du droit civil* (Fn. 16) Rn. 1086; Überblick zum französischen Güterrecht in deutscher Sprache bei *Döbereiner, Erbrecht in Frankreich* (Fn. 143) Rn. 43–51.

wicklung des Nachlasses kann somit erst im Anschluss an die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgen. Im Übrigen besteht nach Art. 767 *Code civil* ein Unterhaltsanspruch des bedürftigen Ehegatten gegen den Nachlass, nach Art. 763 Abs. 1 für ein Jahr ein unentgeltliches Nutzungsrecht an der Ehwohnung und dem zugehörigen Mobiliar, sofern die Ehwohnung im Eigentum der Ehegatten gestanden hat,¹⁵¹ sowie nach Art. 764f. ein lebenslanges Wohn- und Nutzungsrecht, das freilich auf die Erbschaft anzurechnen ist.¹⁵²

XI. Italien: Eine Entwicklung in drei Phasen

Die Entwicklung in Italien verlief in drei Phasen,¹⁵³ begann allerdings auf einem höheren Ausgangsniveau für den überlebenden Ehegatten. Denn der *Codice civile* folgte in diesem Fall nicht dem Vorbild des *Code civil*. Schon nach der Kodifikation von 1865 erhielt der überlebende Ehegatte, unter Hinweis auf die zu vermutende besondere gefühlsmäßige Nähe zum Erblasser, neben ehelichen Kindern einen Kindesteil, freilich nur zum Nießbrauch,¹⁵⁴ neben außerehelichen Kindern, Aszendenten, Geschwistern oder deren Abkömmlingen ein Drittel, mitunter aber auch nur ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum,¹⁵⁵ neben anderen Verwandten bis zum sechsten Grad zwei Drittel, ansonsten den gesamten Nachlass.¹⁵⁶ Der *Codice civile* von 1942 brachte Verbesserungen auf allen Ebenen, denn der überlebende Ehegatte erhielt nunmehr neben ehelichen Kindern die Hälfte (bei einem Kind) oder ein Drittel (bei mehreren Kindern) des Nachlasses, allerdings immer noch zum Nießbrauch,¹⁵⁷ neben außerehelichen Kindern ein Drittel zu Eigentum,¹⁵⁸ neben ehelichen Aszendenten und/oder Geschwistern die Hälf-

¹⁵¹ Sofern es sich um eine Mietwohnung handelt, werden dem überlebenden Ehegatten für ein Jahr aus dem Nachlass die Mieten gezahlt: Art. 763(2) *Code civil*.

¹⁵² Näher zu diesen weiteren Rechten des überlebenden Ehegatten *Terré/Lequette/Gaude-met*, *Droit civil* (Fn. 12) Rn. 185–194; *Malaurie*, *Les Successions, Les Libéralités* (Fn. 121) Rn. 103–107; *Péres*, *France* (Fn. 9) 47 f.; *Döbereiner*, *Erbrecht in Frankreich* (Fn. 143) Rn. 70–74. Zum alten Recht *Fröschle*, *Gesetzliche Rechte* (Fn. 121) 121, 123–125, 148 f.

¹⁵³ Dazu vor allem *Braun*, *Italy* (Fn. 10) 83–85 mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁴ Art. 753 *Codice civile* (1865). Der Anteil des Nachlasses, der dem überlebenden Ehegatten zum Nießbrauch zustand, konnte freilich ein Viertel nicht übersteigen.

¹⁵⁵ Art. 754 *Codice civile* (1865).

¹⁵⁶ Art. 755 *Codice civile* (1865). Der mit anderen Intestaterben konkurrierende Ehegatte musste sich auf seinen Erbteil anrechnen lassen, was er aufgrund von Eheverträgen (*convenzioni matrimoniali*) oder aufgrund des Dotalsystems (*lucri dotali*) erhielt: Art. 756 *Codice civile* (1865).

¹⁵⁷ Art. 581 *Codice civile* (1942). Wie schon unter dem *Codice civile* von 1865 hatten die Kinder das Recht der Ablösung des Nießbrauchs durch Leibrente oder Kapitalzahlung.

¹⁵⁸ Art. 582(1) *Codice civile* (1942).

te,¹⁵⁹ neben anderen Verwandten bis zum vierten Grad drei Viertel,¹⁶⁰ ansonsten die gesamte Erbschaft.¹⁶¹ Die Familienrechtsreform des Jahres 1975 stellte den überlebenden Ehegatten abermals auf allen Ebenen besser. Er erhält neben Kindern nicht mehr nur einen Nießbrauch an einem Teil der Erbschaft, sondern die Hälfte (bei einem Kind) oder ein Drittel (bei mehreren Kindern) des Nachlasses zu Eigentum,¹⁶² neben Aszendenten und/oder (auch halbbrüderlichen) Geschwistern zwei Drittel,¹⁶³ ansonsten den gesamten Nachlass.¹⁶⁴ Außerdem stehen ihm das Wohnrecht an der Ehwohnung und die Nutzung des Hausrats zu, ohne dass es auf die güterrechtlichen Verhältnisse ankäme.¹⁶⁵ Inzwischen ist höchstrichterlich geklärt, dass es sich dabei um eine Art von gesetzlichem Vorausvermächtnis handelt, das also nicht auf die gesetzliche Erbquote anzurechnen ist.¹⁶⁶ Auch in Italien ist der gesetzliche Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft (*comunione legale*); sie endet mit dem Tod eines der Ehegatten und ist dann auseinanderzusetzen.¹⁶⁷ Nur der hälftige Anteil des verstorbenen Ehegatten fällt, zusammen mit seinem Eigenvermögen, in den Nachlass.¹⁶⁸

XII. Die Entwicklung in den Niederlanden

1. Der Weg zum *Burgerlijk Wetboek* von 1838 und unter demselben

Die erstaunlichste Karriere hat der überlebende Ehegatte, was seine Berücksichtigung im Rahmen der Erbfolge *ab intestato* betrifft, in den Niederlanden durchlaufen. Im gemeinen römisch-holländischen Recht hatten die Sukzessionsrechte des überlebenden Ehegatten nach römischem Recht, be-

¹⁵⁹ Art. 582(2) *Codice civile* (1942).

¹⁶⁰ Art. 583(1) *Codice civile* (1942).

¹⁶¹ Art. 583(2) *Codice civile* (1942).

¹⁶² Art. 581 *Codice civile*.

¹⁶³ Art. 582 *Codice civile*.

¹⁶⁴ Art. 583 *Codice civile*. – Die Begriffe „eheliche“ und „nichteheliche“ Kinder und „eheliche“ Vorfahren sind erst durch *Decreto legislativo* vom 28.12.2013 aus dem *Codice civile* verschwunden.

¹⁶⁵ Das wird aus Art. 540(2) *Codice civile* abgeleitet, einer Norm, die eigentlich das Pflichtrecht betrifft.

¹⁶⁶ Dazu näher *Braun*, Italy (Fn. 10) 84; *Rainer Hausmann/Giuseppe Trabucchi*, Italien, in: *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Bd. IV (Loseblatt: Stand Februar 2014) Rn. 226, beide m. w. N. Hausmann und Trabucchi vergleichen dieses Recht des überlebenden Ehegatten mit dem Voraus nach § 1932 BGB, betonen aber die dinglichen Wirkungen.

¹⁶⁷ Art. 191 und 194 *Codice civile*.

¹⁶⁸ Dazu *Braun*, Italy (Fn. 10) 85; *Ferid/Firsching/Hausmann/Trabucchi*, Italien (Fn. 166) Rn. 240 f. (dort auch zur Rechtslage, wenn ein sog. *fondo patrimoniale* nach Art. 167 *Codice civile* besteht).

scheiden wie sie waren, „ganz und gar“ ihre Geltung verloren.¹⁶⁹ Die Intestaterbfolge war mithin auf die Blutsverwandtschaft bezogen, so dass dem überlebenden Ehegatten sogar der Fiskus vorgezogen wurde: „In Hollandia conjugum conjugum ob deficientem cognationem nullo modo succedere, sed fiscum potiore esse, [...]“¹⁷⁰ (es folgt eine Reihe von Nachweisen). Offenbar sah man den überlebenden Ehegatten als durch das Ehegüterrecht hinreichend versorgt an.¹⁷¹ Angesichts der weiten Verbreitung der allgemeinen Gütergemeinschaft erhielt der überlebende Ehegatte in der Regel sowieso die Hälfte des zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorhandenen Vermögens.¹⁷² Nur die andere Hälfte wurde daher unter den Blutsverwandten verteilt.¹⁷³

¹⁶⁹ „Quae successio moribus nostris [...] in totum exolevit“: *Simon van Leeuwen*, *Censura Forensis* (Fn. 51) Lib. III, Cap. XV, 12; vgl. ferner etwa *Hugo Grotius*, *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* (Amsterdam, 1738) Boek II, Deel 30, § 2 („[...] zoodanige versterf-rechten nogtans en zyn in deze landen nooyt bekent geweest“); *Simon van Groenewegen van der Made*, *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* (Lugduni Batavorum, 1649) ad C. 6, 18. Das blieb so für das „Schepondomsrecht“ südlich des Flusses Ijssel; für das „Aasdomsrecht“, das nördlich der Ijssel galt, war dies aufgrund eines Gesetzes (*placaat*) von 1599 möglicherweise anders; vgl. dazu *Robert Warden Lee*, *The Intestate Succession of Husband and Wife in Roman-Dutch Law*, *Journal of the Society of Comparative Legislation* 12 (new series) (1911) 310–316; *Roes*, *Het naaste bloed* (Fn. 49) 60, 64f. Allgemein zur Diskussion um die Rezeption des Edikts „unde vir et uxor“ in Holland und in den anderen Provinzen der nördlichen Niederlande *Roes*, ebd. 47–67. Es ist nicht immer klar, ob sich die Ausführungen der niederländischen Autoren nur auf das Edikt „unde vir et uxor“ bezogen oder auch auf die Quart der armen Witwe des Novellenrechts, da diese seit dem 12. Jahrhundert als *authentica Praetoria* an den Titel C. 6, 18 (*unde vir et uxor*) angefügt worden war; vgl. näher *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/66, 285, 294–304; *Robert Feenstra*, *Family, Property and Succession in the Province of Holland during the Sixteenth, Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in: *Marriage, Property, and Succession*, hrsg. von Lloyd Bonfield (1992) 37, 50f. Ein zusammenfassender Überblick über die Entwicklung der vermögensrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten findet sich bei *Roes* (diese Fn.) 278–281.

¹⁷⁰ *Johannes Voet*, *Commentarius ad Pandectas* (Fn. 29) Lib. XXXVIII, Anhang zu Tit. XVII unter der Überschrift „De successione ab intestato ex jure novissimo et moribus“, XXVI.

¹⁷¹ Vgl. etwa *Van Leeuwen*, *Censura Forensis* (Fn. 51) Lib. III, Cap. XV, 12, der ausdrücklich schreibt, die einschlägigen römischen Regeln hätten ihre Geltung verloren „propter conjugalem bonorum communionem“; *Joannis à Someren*, *Tractatus de Jure Novercarum* (Coloniae Agrippinae, 1712) Cap. X, I („[...] cum enim municipali jure omnium bonorum communio introducatur inter conjuges“).

¹⁷² Vgl. etwa *Robert Warden Lee*, *An Introduction to Roman-Dutch Law*⁵ (1953) 67–70; *Beinart*, *Acta Juridica* 1965/66, 285, 297; *Feenstra*, *Family, Property and Succession* (Fn. 169) 39f., 50; *Roes*, *Het naaste bloed* (Fn. 49) 278. Allgemeiner Überblick über die Rechte des überlebenden Ehegatten nach zeitgenössischem Ehegüterrecht bei *Roes*, ebd. 38–47.

¹⁷³ In Südafrika, wo sowohl die allgemeine Gütergemeinschaft als gesetzlicher Güterstand als auch das „Schepondomsrecht“ als Regelung der Intestaterbfolge übernommen worden war, entsprach dies bis zu einer Reform im Jahre 1934 dem geltenden Recht (Ausnahme: Natal, seit 1863): vgl. *M.M. Corbett/H.R. Hahlo/Gys Hofmeyr/Ellison Kahn*, *The Law of Succession in South Africa* (1980) 588–592; *Marius J. de Waal*, *Intestate Succession in South Africa*, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 248, 256.

Vor diesem Hintergrund erschien dann jedenfalls zunächst die im *Burgerlijk Wetboek* von 1838 nach französischem Muster enthaltene Regelung nicht als stoßend, wonach der überlebende Ehegatte zwar den Vorrang gegenüber dem Fiskus erhielt, im Übrigen aber erst an letzter Stelle, und das heißt nach allen Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten bis zum zwölften Grad, berücksichtigt wurde.¹⁷⁴ Eine Reform ließ lange auf sich warten, ging dann aber, als sie endlich kam, weiter als das zeitgenössische französische und deutsche Recht: Denn wenn der im Jahre 1923 in das *Burgerlijk Wetboek* eingefügte Art. 899a bestimmte, dass der überlebende Ehegatte in Sachen Intestaterbrecht einem Kind des Verstorbenen gleichzustellen war,¹⁷⁵ so bedeutete dies, dass er, anders als nach § 1931 BGB, gegenüber allen Blutsverwandten außer Deszendenten bevorzugt wurde und dass er, anders als nach dem 1891 reformierten *Code civil*, einen Teil des Nachlasses zu Eigentum und nicht lediglich zum Nießbrauch erhielt. Damit sollte der engen Verbindung der Ehegatten Rechnung getragen werden; zudem wollte der Reformgesetzgeber die Versorgung des überlebenden Ehegatten sicherstellen. Das wurde auch daran deutlich, dass der überlebende Ehegatte auch ein Recht auf den Hausrat erhielt, dessen Wert er sich allerdings, soweit der Hausrat zum Nachlass des Erblassers gehörte, auf seinen Erbteil anrechnen lassen musste. Ein etwaiger Überschuss war zudem gegenüber den Miterben auszugleichen.¹⁷⁶

2. Das neue BW: *wettelijke boedelverdeling*

Der nächste entscheidende Schritt zur Verbesserung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten erfolgte mit der großen Erbrechtsreform des Jahres 2003.¹⁷⁷ Sie war Teil der Erarbeitung eines neuen Bürgerlichen Ge-

¹⁷⁴ Art. 879 *Burgerlijk Wetboek* (1838). Dazu hieß es damals „dat de echtgenooten slechts burgerlijke betrekkingen met elkaar hebben, welke door die van het bloed moeten zwichten“: Regierungsbegründung, zitiert nach *E.M. Meijers*, Erfrecht, in: Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht² (1924) 45. Allgemein zum niederländischen Erbrecht im 19. Jahrhundert *J.S.L.A.W.B. Roes*, Het Nederlandse erfrecht in de negentiende eeuw, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2003, 13–20.

¹⁷⁵ Freilich konnte der zweite oder weitere Ehegatte neben Abkömmlingen aus einer früheren Ehe des Erblassers nicht mehr als den Mindestteil eines dieser Kinder und höchstens ein Viertel der Güter des Erblassers insgesamt erben. Diese an die *lex haec edictali* (C. 5, 9, 6; dazu *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 14) 183) erinnernde Vorschrift wurde mit Wirkung vom 1.1.1970 aufgehoben.

¹⁷⁶ Art. 899b *Burgerlijk Wetboek* (1838). Das Recht auf den Hausrat erhielt der überlebende Ehegatte nicht, wenn er zusammen mit Kindern aus einer früheren Ehe erbte. Zur Entwicklung von 1838 bis zu den Vorbereitungen des neuen BW vgl. im Überblick etwa *P.C. van Es*, Erfrecht van de langstlevende echtgenoot (2009) 1–8.

¹⁷⁷ Dazu etwa *Jean C. Sonnekus*, The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of a Hybrid Legal System, *ZEuP* 13 (2005) 71–87; *Sjef van Erp*, The New

setzbuches, deren Geschichte bis auf das Jahr 1947 zurückreicht.¹⁷⁸ Dass sich die Reform des Erbrechts noch elf Jahre länger hinzog als die des Vermögensrechts (das 1992 in Kraft getreten war), lag vor allem an den Kontroversen um die Position des überlebenden Ehegatten im Intestaterbrecht.¹⁷⁹ Eine Vielzahl unterschiedlicher Vorschläge wurde gemacht und verworfen, darunter insbesondere auch ein solcher, der einen mit umfangreichen Veräußerungsbefugnissen versehenen Nießbrauch des überlebenden Ehegatten am gesamten Nachlass vorsah.¹⁸⁰ Mit dem nunmehr in den Art. 4:13–27 niedergelegten, in rechtsvergleichender Perspektive innovativen Modell knüpft der niederländische Gesetzgeber an eine Gestaltungsmöglichkeit der Nachlassverteilung an, die sich in der notariellen Praxis seit dem Zweiten Weltkrieg immer mehr zum Standard entwickelt hatte. Sie ging zurück auf die *divisio parentis inter liberos* des römischen Rechts,¹⁸¹ die über das französische Recht ihren Weg in das alte *Burgerlijk Wetboek* gefunden hatte¹⁸² und es dem Erblasser ursprünglich ermöglichte, die Nachlassverteilung unter seinen Kindern selbst vorzunehmen, um Streitigkeiten bei der Nachlassabwicklung zu vermeiden (*ouderlijke boedelverdeling*). Nachdem durch die Reform des Jahres 1923 der überlebende Ehegatte den Kindern gleichgestellt worden war und nachdem der *Hoge Raad* in der bahnbrechenden Entscheidung *De Visser/Harms* aus dem Jahre 1945¹⁸³ festgestellt hatte, dass der Erblasser eine Naturalobligation erfüllt, wenn er seinem Ehegatten, um dessen Versorgung sicherzustellen, lebzeitig oder letztwillig Vorteile zuwendet und daher die

Dutch Law of Succession, in: Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative, hrsg. von Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (2007) 193–207; B.E. Reinhartz, Recent Changes in the Law of Succession in the Netherlands: On the Road towards a European Law of Succession, in: Netherlands Reports to the Seventeenth International Congress of Comparative Law (2006) 59–81; in deutscher Sprache etwa E.A.A. Luijten, Die Reform des Erbrechts in den Niederlanden, Rheinische Notar-Zeitschrift 2003, 119–123; Wolfgang Riering, Grundzüge des neuen niederländischen Erbrechts, in: Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut (2003) 359–368; Arlette R. van Maas de Bie, Niederlande, in: Erbrecht in Europa (Fn. 8) 1049, 1067–1075; Detlev J. Piltz, in: Der internationale Erbfall, hrsg. von Hans Flick/dems. (2008) 229–245.

¹⁷⁸ Dazu etwa Corjo J.H. Jansen, Die Beweggründe des Eduard Maurits Meijers (1880–1954) für den Entwurf des neuen Niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches (1992), ZEuP 16 (2008) 59–78.

¹⁷⁹ Kolkman, Netherlands (Fn. 7) 241; M.J.A. van Mourik, Comparative Law: The Netherlands, in: Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society, hrsg. von Christoph Castellein/René Foqué/Alain Verbeke (2009) 107, 108 spricht von einem „legal battle unprecedented in the Netherlands“.

¹⁸⁰ Überblick bei van Es, Erfrecht (Fn. 176) 8–14; M.J.A. van Mourik, Handboek Erfrecht³ (2011) 2–10. Dort auch Argumente, die gegen die Nießbrauchskonstruktion vorgebracht wurden (S. 6). Van Mourik war einer der Väter des neuen Erbrechts; vgl. seinen Bericht in Pro Memoire 6 (2004) 168, 174–177.

¹⁸¹ Dazu Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 14) 483.

¹⁸² Art. 1167–1171 *Burgerlijk Wetboek* (1838).

¹⁸³ Nederlandse Jurisprudentie 1946, 62.

Noterbrechte der Kinder¹⁸⁴ durch solche Zuwendungen nicht verletzt werden, erstreckte die notarielle Praxis die *ouderlijke boedelverdeling* zunehmend auf den Ehegatten und gestaltete sie dabei zu einem Standardversorgungsinstrument für ihn um.¹⁸⁵ Dem Ehegatten wurden hierzu in der Regel alle Nachlassgegenstände zugeteilt, während die Kinder nur eine (gestundete) Geldforderung in Höhe ihres (gesetzlichen) Erbteils erhielten.

In ihrer nunmehr gesetzlich niedergelegten Form (deshalb: *wettelijke boedelverdeling*) funktioniert diese Nachlassverteilung – das „Kronjuwel des neuen niederländischen Erbrechts“¹⁸⁶ – in groben Zügen wie folgt:¹⁸⁷ Der überlebende Ehegatte und die Kinder des Erblassers sind immer noch gemeinsam Erben erster Ordnung.¹⁸⁸ Doch erhält der Ehegatte alle Nachlassgegenstände. Gleichzeitig ist er für die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten verantwortlich. Die Kinder haben keinen Anspruch auf ihren Erbteil, sondern nur einen Geldanspruch gegen den überlebenden Ehegatten in Höhe ihres Erbteils; sie sind damit in dieser Situation also gar nicht Erben im in Deutschland üblichen Sinne des Wortes. Zudem wird dieser Geldanspruch erst fällig, wenn der überlebende Ehegatte für insolvent erklärt worden oder seinerseits verstorben ist.¹⁸⁹ Kolkman umschreibt diese Regelung unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme während der Beratungen des neuen Erbrechts mit den Worten: Der überlebende Ehegatte bekommt alles, die Kinder den Rest.¹⁹⁰ In der Tat treibt der niederländische Gesetzgeber den Versorgungsgedanken nunmehr so weit, dass er dem über-

¹⁸⁴ Nach altem Recht (vor der Reform von 2003) war der Pflichtteil nach Vorbild des französischen Rechts als echtes Noterbrecht ausgestaltet, bestand also nicht lediglich in einem Geldanspruch in bestimmter Höhe gegen den Erben; vgl. allgemein *Inge Kroppenber*, Pflichtteilrecht, in: HWBUEP (Fn. 1) 1156–1160.

¹⁸⁵ *E.A.A. Luijten*, Die „elterliche Nachlassverteilung“ in den Niederlanden, Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer 1986, 109–115; *van Mourik*, Handboek Erfrecht (Fn. 180) 82–84. Nach Angaben von *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 241 setzten Notare in den westlichen und südlichen Niederlanden so gut wie keine anderen Verfügungen zugunsten des überlebenden Ehegatten auf; im Norden und Osten wurde dem Ehegatten gelegentlich ein Recht auf Nießbrauch übertragen. Das niederländische Recht kennt weder eigenhändige noch Zeugentestamente; vgl. im Detail *Wilbert D. Kolkman*, Testamentary Formalities in the Netherlands, in: Testamentary Formalities, hrsg. von Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (2011) 142–174; vgl. auch *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012) 493 f.

¹⁸⁶ *E.A.A. Luijten*, De wettelijke verdeling – Het kroonjuwel van het nieuwe erfrecht, in: *Langst leve het nieuwe erfrecht* (2002) 47–52.

¹⁸⁷ Detailliert *van Mourik*, Handboek Erfrecht (Fn. 180) 53–86; *Eric Wessel van Ebben*, De positie van de langstlevende echtgenoot en kinderen in het nieuwe erfrecht (2000) 13–35; *van Es*, Erfrecht (Fn. 176) 17–33; vgl. auch den Überblick bei *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 242 f.

¹⁸⁸ Art. 4:10(1)(a) BW. Anders als nach früherem Recht gilt dies nicht für den von Tisch und Bett getrennten Ehegatten: es darf also keine *separatio thori et mensae* vorliegen; dazu *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 244.

¹⁸⁹ Art. 4:13 BW.

¹⁹⁰ *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 242; und vgl. *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek 4: Erfrecht (2003) 1413.

lebenden Ehegatten alle Nachlassgegenstände ohne Rücksicht darauf zu spricht, ob dieser sie für seine Versorgung benötigt; und der Erbteil der Kinder wird dadurch entwertet, dass sie das Risiko tragen, ob sie dermal-einst überhaupt noch etwas erhalten. – Der überlebende Ehegatte wird nicht zu seinem Glück gezwungen, also automatisch, erfolgt, kann er sie doch wieder rückgängig machen. Dafür bedarf es freilich einer Erklärung durch notarielle Urkunde, die innerhalb von drei Monaten abgegeben werden muss.¹⁹¹ Diese Frist erscheint als allzu kurz.¹⁹² Im Übrigen wird aber berichtet, dass die *wettelijke boedelverdeling* in der Praxis ausgezeichnet funktioniere.¹⁹³

3. Das neue BW: *wilsrecht*

Angesichts der Bevorzugung des überlebenden Ehegatten aufgrund der *wettelijke boedelverdeling* hielt es der niederländische Gesetzgeber offenbar für erforderlich, einen gewissen Ausgleich zugunsten der Kinder des Erblassers zu schaffen¹⁹⁴ und ihnen vor der „Stiefelterngefahr“¹⁹⁵ Schutz zu gewähren. Eine solche, besondere Gefahr für die Erbrechte der Kinder des Erblassers besteht dann, wenn der überlebende Ehegatte sich wieder verheiratet und damit eine neue Familie begründen möchte. In dieser Situation¹⁹⁶ sowie dann, wenn der überlebende Ehegatte ohnehin Stiefvater oder Stiefmutter im Verhältnis zu den Kindern des Erblassers war,¹⁹⁷ gewährt das neue niederländische Recht den Kindern eine Art Gestaltungsrecht (*wilsrecht*):¹⁹⁸ Sie können von dem überlebenden Ehegatten Gegenstände aus dem Nachlass im Wert von höchstens ihrem jeweiligen Geldanspruch (zuzüglich Zinsen) verlangen, freilich unter Vorbehalt eines Nießbrauchs des Überlebenden an diesen Gegenständen. Diese *wilsrechte* können direkt beim Erbfall gegenüber dem überlebenden Ehegatten,¹⁹⁹ aber auch bei dessen Tod gegen seine Er-

¹⁹¹ Art. 4:18 BW.

¹⁹² *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 243; Eindverslag commissie Erfrecht KNB inzake Boek 4 BW (2012) 9.

¹⁹³ *Tea Mellema-Kranenburg*, Twintig jaar erfrecht, *Ars Aequi* 2012, 393–399 („[...] lijkt [...] uitstekend te werken“).

¹⁹⁴ *Parlementaire Geschiedenis* (Fn. 190) 1599–1656.

¹⁹⁵ *van Mourik*, *Handboek Erfrecht* (Fn. 180) 88: „Wilsrechten houden verband met ‚stiefoudergevaar“.

¹⁹⁶ Art. 4:19f. BW.

¹⁹⁷ Art. 4:21 f. BW.

¹⁹⁸ Zur Inspiration des Konzepts der *wilsrechten* durch das von Emil Seckel „entdeckte“ Gestaltungsrecht *Sonnekus*, *ZEuP* 13 (2005) 71, 79; vgl. auch *van Erp*, *The New Dutch Law* (Fn. 177) 196. Auf Englisch werden häufig die Begriffe „discretionary rights“ oder „discretionary powers“ benutzt.

¹⁹⁹ Art. 4:19 und 21 BW.

ben,²⁰⁰ z.B. den neuen Ehegatten, geltend gemacht werden. Die entsprechenden Vorschriften sind überaus komplex. Zudem können sie durch den Erblasser ausgeschlossen werden. In der Praxis wird davon offenbar regelmäßig Gebrauch gemacht.²⁰¹

Gesetzlicher Güterstand ist in den Niederlanden auch heute noch die all-gemeine Gütergemeinschaft,²⁰² die mit dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten abzuwickeln ist (oder abzuwickeln wäre, wenn nicht der überlebende Ehegatte sowieso alle Nachlassgegenstände erhalte). Zum Nachlass gehört daher von vornherein regelmäßig nur die eine Hälfte des Gesamt-gutes. Güterrecht und Erbrecht sind also auch in den Niederlanden voneinan-der unabhängig.

XIII. Die Entwicklung in England

1. *Realty* und *personalty*

Das englische Recht fand andere Wege, um sicherzustellen, dass jedenfalls in den weitaus meisten Fällen der überlebende Ehegatte das Vermögen des Erblassers erhält. Über viele Jahrhunderte hinweg, und noch bis ins 20. Jahr-hundert hinein, gab es unterschiedliche Regeln für die Vererbung von *realty* und *personalty*; die Unterscheidung entspricht in etwa derjenigen zwischen Liegenschaften und beweglichem Vermögen.²⁰³ *Realty* ging an den Erben, und als Erbe („heir“) kam ausschließlich ein Blutsverwandter in Betracht, in erster Linie der älteste Sohn oder, wenn dieser vorverstorben war, der ältes-te Sohn des ältesten Sohnes.²⁰⁴ Doch stand der Witwe des Erblassers ein le-benslanges Nutzungsrecht an einem Drittel der *realty* zu (*dower*; das war der *douaire* des französischen Rechts),²⁰⁵ während der Witwer ein lebenslanges

²⁰⁰ Art. 4:20 und 22 BW.

²⁰¹ „[V]irtually every will contains a standard exclusion of the discretionary rights“: *Kolkman*, Netherlands (Fn. 7) 246. Der Grund liegt darin, „that the testator does not want his or her spouse to be embroiled in a conflict with the children about which assets come under the discretionary rights, what value certain assets have, and what rights the spouse has as a usu-fructuary“. Vgl. auch *Mellema-Kranenburg*, *Ars Aequi* 2012, 393, 395, die im Übrigen darauf hinweist, dass die Regelung über die *wilsrechten* wenig bekannt sei. – Reformvorschläge allge-mein zum neuen niederländischen Ehegattenerbrecht in Eindverslag (Fn. 192) 515.

²⁰² Art. 1:93–113 BW.

²⁰³ Vgl. etwa *J.H. Baker*, *An Introduction to English Legal History*⁴ (2002) 223, 298, 379–381.

²⁰⁴ Vgl. z.B. den Überblick bei *Baker*, *English Legal History* (vorige Fn.) 266–268; vgl. auch *Fiona Burns*, *Surviving spouses, surviving children and the reform of total intestacy law in England and Scotland: Past, present and future*, *Legal Studies* 33 (2013) 85, 87–90 („dynastic intestacy“); für Frankreich vgl. oben Fn. 124.

²⁰⁵ *Sir Frederick Pollock/Frederic William Maitland*, *The History of English Law*², Bd. II (1898) 420–428; *William Holdsworth*, *A History of English Law*³, Bd. III (1942) 189–197; *Joseph*

Nutzungsrecht an der gesamten *realty* seiner vorverstorbenen Gattin hatte. Diese Berechtigung des Witwers hieß *curtesy* und hatte ihre historische Grundlage in der Nutzungsbefugnis des Ehemannes an den Liegenschaften seiner Frau und in den damit verbundenen Vasallenpflichten.²⁰⁶ Der Übergang von *personalty* richtete sich nach bestimmten Verteilungsregeln (*rules of distribution*), die 1670 in einem *Statute of Distributions* niedergelegt wurden. Danach erhielt die Witwe neben Abkömmlingen ein Drittel, ansonsten die Hälfte, der Witwer dagegen den gesamten beweglichen Nachlass seiner verstorbenen Frau.²⁰⁷

2. Administration of Estates Act 1925

Zu einer grundlegenden Reform kam es erst 1925 durch den *Administration of Estates Act*, der nicht zuletzt die unterschiedliche Behandlung von *realty* und *personalty* beseitigte.²⁰⁸ Hinterließ der Erblasser seinen Ehegatten

Biancalana, Widows at Common Law: The Development of the Common Law Dower, The Irish Jurist 23 (1988) 255–329; *Baker*, English Legal History (Fn. 203) 269–271; *John Hudson*, The Oxford History of the Laws of England, Bd. II (2012) 447–451, 792–804; zum *douaire* vgl. oben Text nach Fn. 121.

²⁰⁶ „[...] her land could not descend at once to her own heir, because during the marriage the husband had been seised of his wife’s land and done homage for it to her lord. The common law took the view that the husband’s seisin entitled him to remain tenant of his wife’s land after the death of his own life. The widower in this case was called tenant per legem Angliae, or tenant „by the curtesy of England“: *Baker*, English Legal History (Fn. 203) 271. Vgl. auch *Pollock/Maitland*, History (vorige Fn.) 414–418; *Holdsworth*, History of English Law (vorige Fn.) 185–189; *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 36; *Hudson*, Oxford History (vorige Fn.) 451, 804f. Hintergrund für die Berechtigung des Mannes am Vermögen der Frau war die Regel, dass in den Augen des Rechts Mann und Frau eine Person sind; und „[t]his one person was for practical purposes the husband, since, the very being or legal existence of a woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband“: *Baker*, English Legal History (Fn. 203) 483f. unter Bezugnahme auf Blackstone. Voraussetzung der *curtesy* war „that a child capable of inheriting from the wife shall be born – born and heard to cry within the four walls“: *Pollock/Maitland*, History (vorige Fn.) 418; vgl. auch *Baker*, English Legal History (Fn. 203) 271 (der dies als „mysterious prerequisite“ bezeichnet); *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 36.

²⁰⁷ 22 & 23 Car. II, c. 10. Dazu *Holdsworth*, History of English Law (Fn. 205) 556–563; *Baker*, English Legal History (Fn. 203) 386f.; *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 33–35; *Roger Kerridge*, Intestate Succession in England and Wales, in: Intestate Succession (Fn. *) 323, 326.

²⁰⁸ Dazu *Fröschle*, Gesetzliche Rechte (Fn. 121) 89–91; *Burns*, Legal Studies 33 (2013) 85, 90–98; *Kerridge*, England and Wales (vorige Fn.) 327. Die Reform in England wirkte auch als Katalysator für Reformbestrebungen in Schottland, die jedoch erst 1964 zum Erfolg führten: *Succession (Scotland) Act* 1964, vorbereitet durch den sog. *Mackintosh Report*: Law of Succession in Scotland: Report of the Committee of Inquiry (1951, Cmd 8144). Auch hier war eines der zentralen Ziele die Besserstellung des überlebenden Ehegatten. Inzwischen gibt es zwei weitere Reforminitiativen: *Scottish Law Commission*, Report on Succession (Scot Law Com No. 124, 1990) und *dies.*, Report on Succession (Scot Law Com No. 215, 2009), die jedoch offen-

und Abkömmlinge, erhielt dieser das bewegliche Vermögen (*personal chattels*), einen festen Geldbetrag (*statutory legacy*) von 1.000 £²⁰⁹ und ein lebenslanges Nutzungsrecht an der Hälfte des Restes des Nachlasses. Waren keine Abkömmlinge vorhanden, sondern konkurrierte der überlebende Ehegatte mit „specified relatives“ (also den Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlingen),²¹⁰ bezog sich das lebenslange Nutzungsrecht auf den gesamten Nachlass. Gab es weder Abkömmlinge noch „specified relatives“, erhielt der überlebende Ehegatte den gesamten Nachlass. Diese Regeln wurden wiederum 1952 reformiert;²¹¹ insbesondere wurde die *statutory legacy* deutlich heraufgesetzt, und dem überlebenden Ehegatten wurde neben „specified relatives“ ein Vollrecht (*absolute interest*) an der Hälfte des Nachlasses eingeräumt. Außerdem wurde der Lordkanzler ermächtigt, die *statutory legacy* von Zeit zu Zeit zu erhöhen, um dadurch mit der Preisentwicklung Schritt zu halten. Von dieser Ermächtigung hat der Lordkanzler im Folgenden mehrfach Gebrauch gemacht.²¹²

3. Der Weg zum neuen Recht

Dadurch wurde jedoch nicht das Aufbrechen einer weiteren Diskussion zur Reform des Intestaterbrechts verhindert, die sich an einem *Working Paper* und einem *Report* der *Law Commission* aus den Jahren 1988 und 1989 entzündete²¹³ und in deren Mittelpunkt die Stellung des überlebenden Ehegatten stand.²¹⁴ In ihrem *Report* versuchte die *Law Commission* den gordischen Knoten durch den Vorschlag zu zerhauen, dass der überlebende Ehegatte ohne Rücksicht auf möglicherweise vorhandene Verwandte des Erblassers

bar kaum Chancen auf Umsetzung haben. Allgemein zur Entwicklung des Intestaterbrechts in Schottland und, in diesem Rahmen, zur Stellung des überlebenden Ehegatten *Reid*, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 370, 372–374, 374f., 379f., 384f.; vergleichend zur Entwicklung des englischen und schottischen Rechts in diesem Punkt *Burns*, *Legal Studies* 33 (2013) 85–118 mit der Feststellung einer Konvergenz sehr unterschiedlicher Traditionen.

²⁰⁹ Die Idee eines gesetzlichen Geldvermächtnisses war bereits zuvor durch den *Intestates' Estates Act* 1890 in das englische Recht eingeführt worden; dazu *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 327f.

²¹⁰ *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 328.

²¹¹ *Intestates' Estates Act* 1952. Dazu *Fröschle*, *Gesetzliche Rechte* (Fn. 121) 91–96; *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 328.

²¹² Vgl. die Angaben bei *Fröschle*, *Gesetzliche Rechte* (Fn. 121) 97; *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 344. Seit Anfang 2009 betrug die *statutory legacy* 250.000 £ bei Vorhandensein von Abkömmlingen, ansonsten 450.000 £.

²¹³ *Law Commission*, *Distribution on Intestacy*, Working Paper No. 108; *Family Law: Distribution on Intestacy*, Law Com No. 187.

²¹⁴ Dazu im Einzelnen *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 332–334; vgl. auch *Roger Kerridge*, *Parry and Kerridge: The Law of Succession*¹² (2009) Rn. 2–47 bis 2–63; *Burns*, *Legal Studies* 33 (2013) 85, 98–102 (auch zu den nachfolgend erwähnten Reformvorschlägen).

stets den gesamten Nachlass erhalten soll. Das Justizministerium konzentrierte sich jedoch zunächst darauf, die *statutory legacy* drastisch heraufzusetzen.²¹⁵ Im Jahre 2009 erschien ein weiteres *Law Commission Consultation Paper* und zwei Jahre später ein weiterer *Law Commission Report*.²¹⁶ Die darin enthaltenen Empfehlungen, soweit sie die Intestaterbfolge und insbesondere die Stellung des überlebenden Ehegatten betreffen, sind inzwischen angenommen worden und in Form des *Inheritance and Trustees' Powers Act* im Oktober 2014 in Kraft getreten.²¹⁷ Neben Abkömmlingen erhält der überlebende Ehegatte²¹⁸ die *personal chattels* des Erblassers,²¹⁹ eine *statutory legacy* in Höhe von 250.000 £ sowie die Hälfte des restlichen Nachlasses (nicht nur zur Nutzung, sondern als Vollrecht, das heißt *absolutely*).²²⁰ Hinterlässt der Erblasser keine Abkömmlinge, so geht der gesamte Nachlass an den überlebenden Ehegatten; dieser erhält also den Vorrang gegenüber allen anderen

²¹⁵ Das entsprechende *Consultation Paper* aus dem Jahre 2005 trug den Titel *Administration of Estates: Review of the Statutory Legacy* (mit irreführender Statistik; vgl. *Roger Kerridge, Reform of the law of succession: the need for change, not piecemeal tinkering, Conveyancer and Property Lawyer* 2007, 47–69; Kerridge spricht von einem „thinly disguised attempt to re-enact the first of the Law Commission's 1989 proposals – that the surviving spouse should receive the whole estate“). Der Vorschlag ist in modifizierter Form umgesetzt worden durch die *Family Provision (Intestate Succession) Order 2009 (SI 2009/135)*; dazu *Kerridge, England and Wales (Fn. 207) 332–337*.

²¹⁶ *Law Commission, Intestacy and Family Provision Claims on Death, Consultation Paper No. 191; Intestacy and Family Provision Claims on Death, Law Com No. 331*.

²¹⁷ Dazu *Kerridge, England and Wales (Fn. 207) 340*.

²¹⁸ Genauer: der den Erblasser um mindestens 28 Tage überlebende Ehegatte. Die Einführung dieser Frist (mit Wirkung vom 1.1.1996) geht auf einen Vorschlag der *Law Commission* in ihrem *Report* von 1989 zurück; vgl. *Kerridge, Parry and Kerridge (Fn. 214) Rn. 2–09*. Die ursprünglich vorgeschlagene Frist von 14 Tagen wurde durch ein *amendment* im *House of Lords* auf 28 Tage heraufgesetzt und entspricht damit einer Kommorientenklausele, die sich vielfach in Testamenten findet (Testamente werden in England typischerweise von *solicitors* aufgesetzt); sie soll damit das widerspiegeln, was Erblasser typischerweise intendieren. (Kurioserweise gilt demgegenüber für das Anwachsungsrecht bei *beneficial joint tenants* – dazu sogleich – s. 184 *Law of Property Act 1925*, wonach, wenn zwei Personen unter Umständen sterben, unter denen die Reihenfolge des Todes unklar ist, vermutet wird, die jüngere habe die ältere Person überlebt.)

²¹⁹ „Personal chattels“ sind nunmehr negativ definiert als „tangible movable property, other than such property which consists of money or securities for money, or was used at the death of the intestate solely or mainly for business purposes, or was held at the death of the intestate solely as an investment“. Zuvor war der Begriff folgendermaßen definiert worden: „[...] carriages, horses, stable furniture and effects (not used for business purposes), motor cars and accessories (not used for business purposes), garden effects, domestic animals, plate, plated articles, linen, china, glass, books, pictures, prints, furniture, jewellery, articles of household or personal use or ornament, musical and scientific instruments and apparatus, wines, liquors and consumable stores [...]“. Das erinnert an den Versuch des Gesetzgebers des preußischen Allgemeinen Landrechts, Pertinenzstücke eines Landgutes zu katalogisieren.

²²⁰ Der Betrag der *statutory legacy* von 250.000 £ ist seit 2009 unverändert geblieben. *Kerridge, England and Wales (Fn. 207) 344* wundert sich, dass die Gelegenheit des Inkrafttretens des *Inheritance and Trustee's Powers Act* nicht genutzt wurde, ihn zu erhöhen.

Blutsverwandten des Erblassers.²²¹ Berücksichtigt man zudem, dass viele Ehepaare ihre Familienwohnung in Form einer *beneficial joint tenancy* innehaben²²² und dass die *joint tenancy* eine Form der gemeinschaftlichen Berechtigung mit einem Anwachsungsrecht ist (*right of survivorship* oder *ius accrescendi*),²²³ dann wird deutlich, in welch starkem Maße das englische Recht den überlebenden Ehegatten begünstigt: Der Sache nach ist er in den allermeisten Fällen (in der Terminologie des deutschen Rechts) Alleinerbe. – Ein ehedüterrechtlicher Ausgleich findet demgegenüber in England nicht statt. Schon das mittelalterliche englische Recht verwarf die Idee einer wie auch immer gearteten Gütergemeinschaft,²²⁴ und so ist es kaum überraschend, dass der *Married Women's Property Act* von 1882 das System der Gütertrennung festschrieb.²²⁵

²²¹ So nunmehr auch in Jersey und Guernsey. Nach dem *Wills and Succession (Jersey) Law* 1993 und dem *Inheritance (Guernsey) Law* 2011 ist der überlebende Ehegatte Alleinerbe des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind. Bei Vorhandensein von Abkömmlingen erben in Jersey überlebender Ehegatte und Abkömmlinge das unbewegliche Vermögen zu gleichen Teilen (hinzu kommt ein lebenslanges Nutzungsrecht an der ehelichen Wohnung); was das bewegliche Vermögen betrifft, so erhält der überlebende Ehegatte die „household effects“, weitere Gegenstände im Wert von bis zu 30.000 £ und vom Rest die Hälfte; vgl. im Einzelnen *Bord*, Das Erbrecht der Kanalinseln (Fn. 124) 114–119. In Guernsey erhält der überlebende Ehegatte nunmehr einen hälftigen Anteil an der ehelichen Wohnung und am sonstigen unbeweglichen Vermögen des Erblassers (hinzu kommt bis zu einer möglichen Wiederheirat ein Nutzungsrecht auch an der anderen Hälfte der ehelichen Wohnung); der Grundsatz der hälftigen Teilung zwischen überlebenden Ehegatten und Abkömmlingen gilt auch hinsichtlich des beweglichen Vermögens; vgl. *Hellwege*, ZEuP 22 (2014) 762, 783.

²²² Nach Angaben von *Roger Kerridge*, *Conveyancer and Property Lawyer* 2007, 69, sind 80% all derer, die verheiratet sind und intestat versterben, *beneficial joint tenants* der Häuser oder Wohnungen, in denen sie leben; vgl. auch *dens.*, *England and Wales* (Fn. 207) 336.

²²³ Dazu *Frösche*, *Gesetzliche Vermögen* (Fn. 121) 22f.; *Kerridge*, *England and Wales* (Fn. 207) 329f. Dieselbe Form der gemeinsamen Berechtigung von Ehegatten kann es auch etwa im Hinblick auf Geld geben; vgl. *Frösche*, ebd. 47.

²²⁴ *Pollock/Maitland*, *History* (Fn. 205) 402. Dem steht nicht entgegen, dass der Ehemann während bestehender Ehe weitreichende Rechte am Vermögen seiner Frau hatte; dazu (im Hinblick auf Liegenschaften) oben Fn. 206.

²²⁵ „Das englische Recht kennt weder gesetzliche noch ehevertragliche Güterstände als Folge der Eheschließung. Vielmehr gelten zwischen Ehegatten die allgemeinen eigentumsrechtlichen Grundsätze, so dass jeder Ehegatte sein vor der Ehe erworbenes Eigentum behält und während der Ehe Eigentum im eigenen Namen neu erwerben oder veräußern kann. [...] Damit kann das englische Recht als eine Form der Gütertrennung bezeichnet werden“: *Felix Odersky*, Großbritannien: England und Wales, in: *Eherecht in Europa*², hrsg. von Rembert Süß/Gerhard Ring (2012) Rn. 16. Freilich tendiert das *common law* auch ohne formelles Ehegüterrecht in der Praxis „mehr und mehr zu einer Art aufgeschobener Gütergemeinschaft [...], aber unter Beibehaltung einer großen richterlichen Ermessensfreiheit“: *Walter Pintens*, Ehegüterrecht, in: *HWBEuP* (Fn. 1) 350, 353. Für die Scheidung gilt insoweit der *Matrimonial Causes Act* 1973, für die Eheauflösung durch Tod führt die *family provision* zu ähnlichen Ergebnissen. Eine grundlegende und weiterführende Analyse neuerer Entwicklungslinien des englischen Rechts im Hinblick auf partnerschaftliche Vermögensteilhabe und damit verbun-

XIV. Nordische Rechte

Eine eigene, aus vier Hauptelementen bestehende Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen den Erbrechten der Blutsverwandten des Erblassers und des überlebenden Ehegatten haben die nordischen Rechte entwickelt.²²⁶ Norwegen und Schweden mögen hier als Repräsentanten der westnordischen (Island, Dänemark, Norwegen) und der ostnordischen Tradition (Finnland und Schweden) stehen.

1. Die Entwicklung in Norwegen

In Norwegen ist die Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten seit dem *Norske Lov* von König Christian V. aus dem Jahre 1687 Schritt für Schritt verbessert worden. Wichtige Reformen datieren von 1851, 1854 und 1937.²²⁷ Das heute geltende Erbrecht beruht auf dem *Lov om arv* (Erbgesetz) von 1972. Danach erhält der überlebende Ehegatte zum einen einen quotenmäßig fixierten Anteil am Nachlass des Erblassers: ein Viertel neben Erben der ersten Ordnung (das heißt neben Abkömmlingen) und die Hälfte neben Erben der zweiten Ordnung (das heißt neben den Eltern des Erblassers oder deren Abkömmlingen).²²⁸ Hinterlässt der Erblasser nur Verwandte fernerer Ordnungen oder überhaupt keine Verwandten, wird der überlebende Ehegatte Alleinerbe. Zum Zweiten versucht das norwegische Recht die Belange des überlebenden Ehegatten dadurch zu berücksichtigen, dass es ihm einen Minimalanteil an der Erbschaft in Form eines festen Geldbetrages gewährt. Dieser Geldbetrag ist an den sozialversicherungsrechtlichen Grundbetrag (*grunnbeløpet i folketrygden*) gekoppelt und beträgt neben Erben der ersten Ordnung das Vierfache dieses Grundbetrages und neben Erben der zweiten Ordnung das Sechsfache. Nach dem Stand vom Mai 2013 ergab dies eine Summe von umgerechnet knapp 43.000 € beziehungsweise von knapp

dene „Horizontalisierung“ bietet neuerdings *Anne Röthel*, Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklungen und Erklärungsversuche, *RabelsZ* 76 (2012) 131–160.

²²⁶ Überblick über das Intestaterbrecht in den nordischen Rechten insgesamt bei *Jens M. Scherpe*, Intestate Succession in the Nordic Countries, in: Intestate Succession (Fn. *) 307–322; speziell zur Stellung des Ehegatten vgl. *Susanne Markmiller*, Die Stellung des Ehegatten im nordischen Erbrecht (2013).

²²⁷ *John Asland*, The Legal Protection of the Surviving Spouse: Norwegian Law, in: Inheritance Law – Challenges and Reform, hrsg. von Torstein Frantzen (2013) 51, 52; *Markmiller*, Stellung des Ehegatten (vorige Fn.) 59–62.

²²⁸ Näheres hierzu und zum Folgenden bei *Gerhard Ring/Line Olsen-Ring*, Norwegen, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Bd. VI (Loseblatt: Stand Januar 2009) Rn. 172–182; *Markmiller*, Stellung des Ehegatten (Fn. 226) 62–76; *Asland*, Legal Protection (vorige Fn.) 52–54; *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 314.

65.000 € was allgemein als zu niedrig angesehen wird.²²⁹ Immerhin führt diese Regelung bei kleinen Nachlässen dazu, dass der überlebende Ehegatte *de facto* Alleinerbe wird.²³⁰

Von besonderer Bedeutung ist, drittens, ein Institut, das in Norwegen als „uskifte“ bekannt ist.²³¹ Es findet seine Grundlage darin, dass der gesetzliche Güterstand in Norwegen (wie auch in den anderen nordischen Ländern) eine – bis zum Ende der Ehe aufgeschobene („deferred“) – allgemeine Gütergemeinschaft ist. Diese allgemeine Gütergemeinschaft kann der überlebende Ehegatte mit den anderen gesetzlichen Erben des Erblassers fortsetzen. Dazu bedarf es einer entsprechenden Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht, die innerhalb von 60 Tagen nach Eintritt des Erbfalls abzugeben ist.²³² Die fortgesetzte Gütergemeinschaft (*uskifte* = ungeteiltes Vermögen) führt dazu, dass der überlebende Ehegatte das Gesamtgut übernimmt und dass die Auseinandersetzung bis zu seinem Tod oder seiner Wiederverheiratung aufgeschoben ist. Damit erhält der überlebende Ehegatte eine Stellung, die derjenigen eines befreiten Vorerben vergleichbar ist;²³³ lediglich unverhältnismäßige Schenkungen und Schenkungen von Immobilien aus dem ehelichen Gesamtgut darf er nicht ohne Einwilligung der anderen Erben vornehmen. Verwehrt ist es ihm auch, von Todes wegen über das Erbe des zuerst Verstorbenen zu verfügen. Im Verhältnis zu Abkömmlingen des Erblassers, die nicht zugleich Abkömmlinge des überlebenden Ehegatten sind, setzt eine fortgesetzte Gütergemeinschaft deren Zustimmung voraus. Schließlich, viertens, ist zu beachten, dass ein Ehegatte nach norwegischem Recht aufgrund der Führung des gemeinsamen Haushalts Miteigentum an der ehelichen Wohnung und der gewöhnlichen Einrichtung erwerben kann.²³⁴

Das norwegische Erbrechtsgesetz von 1972 war gründlich vorbereitet worden, vor allem durch die Arbeit einer 1954 eingesetzten Expertenkommission. Inzwischen ist eine erneute Reformdebatte aufgebrochen, die im

²²⁹ *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 317.

²³⁰ Dazu *Markmiller*, Stellung des Ehegatten (Fn. 226) 75; *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 317.

²³¹ Dazu §§ 9–28 Erbgesetz; *Ferid/Firsching/Ring/Olsen-Ring*, Norwegen (Fn. 228) Rn. 42–112, 162–171; *Markmiller*, Stellung des Ehegatten (Fn. 226) 76–91; *Asland*, Legal Protection (Fn. 227) 55–58; *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 317f. Nach Angaben von *Asland*, Legal Protection (Fn. 227) 55 ist *uskifte* „by far the most important right of the surviving spouse in Norway. It is chosen by approx. 75% of all surviving spouses“.

²³² Gibt der überlebende Ehegatte eine solche Erklärung nicht ab, kommt es zur Teilung des Gesamtgutes nach §§ 76–78 *Lov om ekteskap* (Ehegesetz).

²³³ So *Rembert Süß*, Norwegen, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 8) Rn. 9.

²³⁴ § 31 (3) *Lov om ekteskap*; dazu *Torstein Frantzen*, Die Stellung des überlebenden Ehegatten im norwegischen Ehegüter- und Erbrecht: Auswirkungen auf deutsch-norwegische Sachverhalte, *ZVglRWiss* 101 (2002) 482f.; *Markmiller*, Stellung des Ehegatten (Fn. 226) 70f.; *Süß*, Norwegen (vorige Fn.) Rn. 12.

April 2011 wiederum zur Einsetzung einer Expertenkommission führte.²³⁵ Natürlich war auch diesmal eines der Reformanliegen das Ehegattenerbrecht. Anfang 2014 ist ein über 200 Seiten starker Bericht erschienen, in dem eine Heraufsetzung des Erbteils des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen auf die Hälfte vorgeschlagen wird. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, soll der überlebende Ehegatte allein erben. Er soll nunmehr also auch gegenüber Verwandten der zweiten Ordnung den Vorrang erhalten.²³⁶ Damit würde die Rechtslage in Norwegen insoweit der in Dänemark seit 2008 geltenden angeglichen.²³⁷

2. Die Entwicklung in Schweden

In Schweden erhielt der überlebende Ehegatte erstmals im Jahre 1920 ein begrenztes Erbrecht, das dann in zwei Reformschritten 1928 und 1987 verbessert wurde.²³⁸ Nach der Reform von 1987 steht der überlebende Ehegatte jedenfalls in der Regel noch besser als in Norwegen. Das liegt daran, dass er den gesamten Nachlass erhält, und zwar unabhängig davon, ob irgendwelche Blutsverwandten des Erblassers vorhanden sind, gleich welcher Ordnung.²³⁹ Der überlebende Ehegatte geht damit insbesondere auch Abkömmlingen vor. Allerdings hat der schwedische Gesetzgeber bei Vorhandensein von Erben der ersten oder zweiten Ordnung eine *secundosuccession* vorgesehen: (In der Regel)²⁴⁰ die Hälfte des Nachlasses des überlebenden

²³⁵ Dazu *Torstein Frantzen* (Vorsitzender der Expertenkommission), *Reforming the Norwegian Inheritance Act*, in: *Inheritance Law – Challenges and Reform* (Fn. 227) 25–33.

²³⁶ Ny arvelov, Norges offentlige utredninger 2014:1; zum Ehegattenerbrecht siehe in diesem Bericht S. 30–41; zur *uskifte* S. 57–88.

²³⁷ Zum Ehegattenerbrecht nach dänischem Recht vgl. *Gerhard Ring/Line Olsen-Ring*, Dänemark, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 8) Rn. 25–66; *Scherpe*, *Nordic Countries* (Fn. 226) 313f.; *Markmiller*, *Stellung des Ehegatten* (Fn. 226) 111–148. Auch in Dänemark gibt es das Institut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (*uskiftet bo*).

²³⁸ Überblick über die Entwicklung bis in die achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts bei *Peter Dopff*, *Entwicklung des Erbrechts in Schweden und Finnland*, in: *Das schwedische Reichsgesetzbuch (Sveriges Rikes Lag) von 1734: Beiträge zur Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte einer vollständigen Kodifikation*, hrsg. von Wolfgang Wagner (1986) 185–271 (zum Ehegattenerbrecht 199–208, 226–234); *Gebhard Carsten*, Schweden, in: *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, *Internationales Erbrecht*, Bd. VII (Loseblatt, Stand: Januar 2006) Rn. 1–10. Zum modernen schwedischen Ehegattenerbrecht ebd. Rn. 29–31; *Markmiller*, *Stellung des Ehegatten* (Fn. 226) 149–175; *Ernst Johansson*, Schweden, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 8) Rn. 47–55; *Scherpe*, *Nordic Countries* (Fn. 226) 309. Die heute maßgebliche Rechtsquelle ist das *Ärvedabalken* (Erbgesetzbuch) von 1958, durch den drei vorher bestehende Einzelgesetze redaktionell zusammengefasst wurden und der seither mehrfach reformiert worden ist, im Hinblick auf das Ehegattenerbrecht im Jahre 1987.

²³⁹ Kapitel 3, § 1 (1) Satz 1 *Ärvedabalken*.

²⁴⁰ Zu Ausnahmen vom Halbteilungsgrundsatz („ungleiche Teilung“) vgl. *Markmiller*, *Stellung des Ehegatten* (Fn. 226) 154–156.

Ehegatten geht, wenn auch dieser verstirbt, an denjenigen, der das erste Erbrecht nach dem zuerst verstorbenen Ehegatten hat (in erster Linie also Abkömmlinge).²⁴¹ Der überlebende Ehegatte ist keinen Beschränkungen unterworfen, was Verfügungen *inter vivos* betrifft: Er erhält den Nachlass mit *fri förföganderätt*, das heißt mit freiem Verfügungsrecht.²⁴² Allerdings bestehen Ausgleichsansprüche der gesetzlichen Erben des zuerst Verstorbenen gegen die gesetzlichen Erben des überlebenden Ehegatten, wenn dieser durch Schenkung „ohne gebührende Rücksichtnahme auf die gesetzlichen Erben des zuerst Verstorbenen eine wesentliche Minderung seines Vermögens verursacht“. ²⁴³ Letztwillig darf der überlebende Ehegatte (natürlich) nicht über das Vermögen verfügen, das nach seinem Ableben den gesetzlichen Erben des zuerst verstorbenen Ehegatten zufallen soll.²⁴⁴ Schließt der überlebende Ehegatte eine neue Ehe, so löst das die *secundusuccession* noch nicht aus; erst wenn er stirbt, kommt es zu einer Güterteilung (*bodeling*) mit den gesetzlichen Erben des zuerst verstorbenen ersten Ehegatten.²⁴⁵

Von diesem Regime gibt es eine Ausnahme für den Fall, dass der zuerst verstorbene Ehegatte Abkömmlinge hat, die nicht zugleich Abkömmlinge des überlebenden Ehegatten sind (*särkullbarn*). Diese werden, sofern sie nicht zugunsten des überlebenden Ehegatten verzichten, sogleich Erben des zuerst verstorbenen Ehegatten.²⁴⁶ Der überlebende Ehegatte ist dann, sofern die Eheleute im gesetzlichen Güterstand (*giftorättsgemenskap*)²⁴⁷ gelebt haben und sofern nicht gleichzeitig gemeinschaftliche Kinder vorhanden sind, auf das angewiesen, was er als seinen Anteil am Gesamtgut erhält. Im Übrigen wird dem überlebenden Ehegatten auch durch eine „Grundbetragsregel“ ein gewisser Minimalschutz gewährt: Er hat das Recht, aus dem Nachlass des verstorbenen Ehegatten, sofern der Nachlass denn ausreicht, „Vermögen zu einem so hohen Wert zu erhalten“, dass dieses sich zusammen mit dem Vermögen, das er bei der Güterteilung erhält oder das sein Vorbehaltsgut ausmacht, auf das Vierfache des zur Zeit des Todesfalles nach dem Gesetz über die „allgemeine Versicherung“ geltenden Grundbetrages beläuft.²⁴⁸

²⁴¹ Kapitel 3, § 2 (1) Satz 1 *Ärvdabalken*.

²⁴² Nach Angaben von Ferid/Firsching/Carsten (Fn. 238) Rn. 29 hat sich der schwedische Gesetzgeber von der in Schweden üblichen Testierpraxis leiten lassen; vgl. auch Markmiller, Stellung des Ehegatten (Fn. 226) 160 („[...] die dem üblichen Ehegattentestament [...] entspricht“).

²⁴³ Kapitel 3, § 3 *Ärvdabalken*.

²⁴⁴ Kapitel 3, § 2 (1) Satz 2 *Ärvdabalken*.

²⁴⁵ Kapitel 3, § 6 *Ärvdabalken*.

²⁴⁶ Kapitel 3, § 1 (1) Satz 2 *Ärvdabalken*.

²⁴⁷ Dazu oben Text nach Fn. 231.

²⁴⁸ Kapitel 3, § 1 (2) *Ärvdabalken*. Johansson, Erbrecht in Schweden (Fn. 238) Rn. 55: „Der tragende Gedanke hinter dieser Grundbetrags- und Wertsicherungsregel besteht darin, dass der überlebende Ehegatte normalerweise Werte entsprechend den Haushaltsgegenständen erhalten oder behalten soll und nicht gezwungen sein soll, Hausrat zu verkaufen, um Erben des vorverstorbenen Ehegatten befriedigen zu können“.

Anders als in Norwegen erhält der überlebende Ehegatte in Schweden also nur einen Ergänzungsanspruch und nicht schlechthin und ohne Rücksicht auf seine sonstige Vermögenssituation einen Mindestanspruch gegen den Nachlass.²⁴⁹

Das Vierfache des Grundbetrages betrug im Jahre 2013 (umgerechnet) knapp 20.000 €²⁵⁰ Das ist nicht sehr viel. Dennoch berichtet Dopffel, dass die praktische Bedeutung der Grundbetragsregel „insgesamt sehr groß“ sei: Der überlebende Ehegatte habe in 58 % aller Fälle aufgrund dieser Regel das gesamte Nettovermögen beanspruchen können.²⁵¹ Inwieweit diese Einschätzung heute noch der Realität entspricht, ist unklar. Bemerkenswert ist aber auch, dass, wenn die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand abgeschlossen und stattdessen Gütertrennung vereinbart haben, oder wenn nur einseitige Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten vorhanden sind, der überlebende Ehegatte auf das beschränkt ist, was er aus der Grundbetragsregel erhält. Seine erbrechtliche Stellung ist damit in diesem Fall vergleichsweise sehr schwach.²⁵²

XV. Bilanz und Ausblick

Insgesamt hat sich der überlebende Ehegatte in der neueren west-, zentral- und nordeuropäischen Privatrechtsgeschichte²⁵³ von einer Außensei-

²⁴⁹ Vgl. etwa *Asland*, Legal Protection (Fn. 227) 54: „Thus [in Sweden] the minimum inheritance is need-based“.

²⁵⁰ *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 317.

²⁵¹ *Dopffel*, Erbrecht in Schweden und Finnland (Fn. 238) 232 (bezogen auf die Grundbetragsregel des Jahres 1986 – inzwischen fast verdoppelt).

²⁵² Darauf weist hin etwa *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 226) 314.

²⁵³ Für die Länder des ehemaligen kommunistischen Machtbereichs bedürfte es einer gesonderten Untersuchung. Während etwa in der DDR der überlebende Ehegatte, unter Durchbrechung des Parentelsystems, zu einem Erben der ersten Ordnung gemacht wurde, der neben Abkömmlingen zu gleichen Teilen, jedoch mindestens ein Viertel des Nachlasses, erbt und Verwandte der zweiten und dritten Ordnung ausschloss (Art. 365 f. ZGB DDR), konkurriert der überlebende Ehegatte in Polen bis heute nicht nur mit Abkömmlingen des Erblassers, sondern auch mit Erben der zweiten Ordnung (Art. 931–933 *Kodeks cywilny* in der Fassung von 2009; vgl. dazu auch *Fryderyk Zoll*, Intestate Succession in Poland, in: Intestate Succession (Fn. *) 291, 301 f.). In Ungarn erhielt der überlebende Ehegatte traditionell neben Abkömmlingen nur bis zu seinem Tode oder bis zu seiner Wiederverheiratung ein Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlass. Das ist im neuen Zivilgesetzbuch, das am 15.3.2014 in Kraft getreten ist, anders. Der überlebende Ehegatte erhält nunmehr ein auf die eheliche Wohnung und den Hausrat beschränktes Nießbrauchsrecht sowie einen Kindesteil am übrigen Nachlass. Im Gegensatz zur Rechtslage vor 2014 schließt der überlebende Ehegatte (sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind) die Eltern des Erblassers nicht mehr aus; vielmehr erhält er die eheliche Wohnung und den Hausrat sowie die Hälfte des übrigen Nachlasses. Insofern hat sich seine Position also verschlechtert. Dazu im Einzelnen *Lajos Vékás*, Intestate Succession in Hungary, in: Intestate Succession (Fn. *) 274, 284–288; er betont, dass, wie in vielen Reformen des Erb-

terposition zum Hauptbegünstigten des Intestaterbrechts aufgeschwungen.²⁵⁴ Das römisch-justinianische Recht berücksichtigte ihn nur in Ausnahmesituationen, das mittelalterliche Gewohnheitsrecht vielfach überhaupt nicht, da es insoweit auf die nach dem Tod des Erstversterbenden erfolgende Auflösung der Gütergemeinschaft setzte. Erst die christliche Lehre und später die Autoren des säkularen Naturrechts akzentuierten die besonders enge Verbindung der Ehegatten. Diese Verbindung begann sich schließlich auch in den Regeln des Intestaterbrechts widerzuspiegeln. Einen ersten Entwicklungsschub brachten die deutschsprachigen Kodifikationen des ausgehenden 18., des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts. Andere Rechtsordnungen waren konservativer. Das gilt etwa für das französische Recht, das in diesem Punkt in Italien nicht rezipiert wurde. Seit etwa der Mitte des 19. Jahrhunderts erfasste dann freilich eine Reformbewegung die europäischen Rechtsordnungen, zumeist in mehreren Wellen: In Frankreich wurde das Ehegattenerbrecht 1891, 1930, 1957/58 und 2001/2006 reformiert, in den Niederlanden 1923 und 2003, in England 1925, 1952 und 2014, in Norwegen 1851, 1854, 1937 und 1972 und in Schweden 1920, 1928 und 1987. Auch die von vornherein progressiveren Kodifikationen wurden in der Regel mehrfach reformiert: der *Codice civile* 1942 und 1975, das ABGB 1914, 1978, 1989 und 2004, das BGB 1957 und 1969 und das schweizerische ZGB 1984/88. Die groß angelegten Reformen in den Niederlanden und in Frankreich aus jüngster Zeit sowie das Inkrafttreten des *Inheritance and Trustees' Powers Act* in England in allerjüngster Zeit zeigen, dass das Rechtsgebiet bislang nicht

rechts in anderen Ländern, die Regelung der Rechte des überlebenden Ehegatten am Nachlass „one of the most serious challenges [...] [a]lso under Hungarian law“ gewesen sei.

²⁵⁴ Vergleichsweise traditionell ist demgegenüber heute noch die Regelung im spanischen *Código civil*, wenngleich es auch hier eine Entwicklung zugunsten des überlebenden Ehegatten gegeben hat. Während dieser nach dem *Código civil* von 1889 nur nachrangig gegenüber Deszendenten, Aszendenten und Seitenverwandten (ursprünglich bis zum 6. Grad, seit 1928 bis zum 4. Grad) erbt, wird er seit 1981 den Seitenverwandten vorgezogen: Art. 944 *Código civil*; zum spanischen Dreiliniensystem vgl. Zimmermann, RabelsZ 79 (2015) 768, 785f. Sofern Deszendenten oder Aszendenten vorhanden sind, erhält er einen gesetzlichen Nießbrauch an einem Teil des Nachlasses, einem Drittel im ersten und der Hälfte im zweiten Falle: Art. 834, 837 *Código civil*. Die Erben haben im Hinblick auf diesen Nießbrauch ein Ablösungsrecht: Art. 839 *Código civil*. Gesetzlicher Güterstand ist die Errungenschaftsgemeinschaft; dieser Güterstand ist hinsichtlich des gemeinschaftlichen Vermögens auseinanderzusetzen, wobei der überlebende Ehegatte die Hälfte erhält, während die andere Hälfte (zusammen mit dem abschließlichen Vermögen des Erblassers) den Nachlass bildet. Großzügiger ist nunmehr der katalanische *Código civil*: Der überlebende Ehegatte erbt vorrangig gegenüber allen Aszendenten und Seitenverwandten und erhält einen Universalnießbrauch, sofern Deszendenten vorhanden sind (Art. 442-3 und 442-4). Unter bestimmten Umständen kann der überlebende Ehegatte diesen Universalnießbrauch umwandeln (Art. 442-5). In Katalonien ist gesetzlicher Güterstand die Gütertrennung. Sowohl die gemeinspanische als auch die katalanische Regelung geht offenbar auf eine allgemein übliche Testierpraxis zurück; vgl. für Spanien Sergio Cámara Lapuente, Intestate Succession in Spain, in: Intestate Succession (Fn. *) 96, 107-109; für Katalonien Albert Lamarca Marqués, in: Erbrecht in Europa (Fn. 8) Rn. 28.

zur Ruhe gekommen ist. Dieser Eindruck wird durch die Kontroversen, die sich um die neuen Vorschriften und deren Entstehung in allen drei Ländern herumrankten, bestätigt. Auch in anderen Ländern – etwa in Deutschland und Norwegen – werden weitere Reformen gefordert beziehungsweise vorbereitet.²⁵⁵ Im Laufe der Zeit sind bestimmte Konvergenzlinien erkennbar geworden.²⁵⁶ So verzichtet inzwischen auch das englische Recht auf eine unterschiedliche Behandlung der Vererbung von Liegenschaften und beweglichem Vermögen, und auch das französische Recht hat sich von seiner traditionellen Aversion gegenüber Lösungen, die zu einem Wechsel des Vermögens von der Familie des Erblassers in die des überlebenden Ehegatten führen, jedenfalls weitgehend befreit. Die für frühere Zeiten prägende Vorstellung von einem „Familienvermögen“ ist heute nicht mehr maßgeblich.²⁵⁷ Auffällig ist auch, dass der überlebende Ehegatte zunehmend die Aszendenten und Seitenverwandten des Erblassers verdrängt;²⁵⁸ insofern erscheinen heute gerade die deutschsprachigen Kodifikationen als vergleichsweise rückständig. Jedenfalls in diesem Bereich ist das Erbrecht in Europa mithin keineswegs statisch,²⁵⁹ und bestimmte kulturelle oder ideologische Prägungen sind verblasst. Der Wunsch nach Besserstellung des überlebenden Ehegatten hat rechtsordnungsübergreifend eine prägende Wirkung entfaltet.²⁶⁰

Die zentrale Koordinierungsaufgabe für das Recht betrifft den überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge des Erblassers. Bemerkenswert ist

²⁵⁵ Am 7. Juli 2015 hat der Nationalrat eine umfassende Reform des österreichischen Erbrechts verabschiedet, die auch das Ehegattenerbrecht betrifft: Dieses wird dadurch gestärkt, dass es künftig jenes von Geschwistern und Großeltern verdrängt (§ 744 ABGB). Das neue Recht wird im Wesentlichen am 1. Januar 2017 in Kraft treten.

²⁵⁶ So aus jüngerer Zeit etwa auch HWBEuP/*Kroppenberg* (Fn. 12) 412; *Walter Pintens*, *Tendencies in European Succession Law in: Inheritance Law – Challenges and Reform* (Fn. 227) 9, 10–14; *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012) 153–159.

²⁵⁷ Näher *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Historical and Comparative Perspective* (Fn. 3) 493, unter Hinweis auf die veränderte Struktur des Vermögens eines typischen Erblassers.

²⁵⁸ So insbesondere in den Niederlanden, in England, Südafrika, Dänemark, Schweden, nach den jüngsten Reformvorschlägen in Norwegen; in dieselbe Richtung geht nunmehr auch das österreichische Erbrechts-Änderungsgesetz. Eine gegenläufige Entwicklung findet sich im neuen ungarischen Erbrecht; vgl. oben Fn. 253. Insgesamt scheint es so zu sein, dass die Länder im Süden Europas in diesem Punkt konservativer sind als diejenigen im Norden. Vgl. demgegenüber aber Katalonien einerseits (oben Fn. 254) und Deutschland andererseits (oben VI.). Zum Verhältnis des Erbrechts des Ehegatten gegenüber demjenigen der Verwandten des Erblassers, soweit sie keine Abkömmlinge sind, vgl. auch *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Historical and Comparative Perspective* (Fn. 3) 500f.

²⁵⁹ Anders im islamischen Recht; vgl. oben Fn. 13.

²⁶⁰ Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Erbrechte in Europa. Für Québec, Südafrika, Lateinamerika („a steady ascent“), Neuseeland und Australien (in New South Wales erbt der überlebende Ehegatte den gesamten Nachlass, außer wenn er mit Abkömmlingen des Erblassers aus einer früheren Beziehung konkurriert) sowie die USA („the surviving spouse now occupies a sort of primacy of place in the intestate order of distribution“) vgl. die Beiträge von *Lionel Smith*, *Marius J. de Waal*, *Jan Peter Schmidt*, *Nicola Peart* und *Prue Vines* sowie *Ronald J. Scalise* in: *Intestate Succession* (Fn. *).

insoweit zum einen der verbreitete Wunsch, dem überlebenden Ehegatten das Verbleiben in der gewohnten Umgebung und im gewohnten Lebensstandard zu ermöglichen. Die Abkömmlinge des Erblassers sind angesichts der allgemein ganz erheblich gestiegenen Lebenserwartung heutzutage in der Regel bereits erwachsen und haben sich ihre eigene Existenz aufgebaut. Eine Erbschaft würde ihre Vermögensposition in angenehmer Weise verbessern, sie sind darauf typischerweise aber nicht in demselben Maße angewiesen wie der überlebende Ehegatte, auf den angesichts der besseren medizinischen Standards im Alter deutlich höhere Kosten zukommen als früher.²⁶¹ Bemerkenswert ist zum zweiten, dass eine Koordinierung von Abkömmlingen und überlebendem Ehegatten dergestalt, dass jene das Eigentum und dieser einen Nießbrauch am gesamten Nachlass oder an Teilen davon erhält, sich international deutlich auf dem Rückzug befindet.²⁶² Zwar kann durch eine solche Lösung den Belangen des überlebenden Ehegatten jedenfalls weitgehend Rechnung getragen werden, doch ist die so entstehende Doppelberechtigung konfliktträchtig und entzieht das Vermögen des Erblassers faktisch dem Rechtsverkehr. Bemerkenswert ist schließlich, dass eine Reihe neuerer Gesetze Lösungen favorisieren, wonach der überlebende Ehegatte kleinere bis mittlere Nachlässe zur Gänze erhält.²⁶³

Unterschiede bestehen nach wie vor in der Ausgestaltung des Ehegatten-erbrechts.²⁶⁴ Traditionell wird dem überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen ein Anteil am Nachlass gewährt: ein Viertel, ein Drittel (plus „Voraus“), die Hälfte (ohne „Voraus“), die Hälfte (plus „Voraus“), die Hälfte oder ein Drittel (je nach Anzahl der Kinder), einen Kindesteil, jedoch mindestens ein Viertel, um nur Frankreich, Österreich, die Schweiz, Deutschland, Italien und Polen als Beispiele zu nehmen. Diese Quoten wirken einigermaßen arbiträr; zudem erreichen sie, jedenfalls ohne Weiteres, vielfach nicht das Ziel, dem überlebenden Ehegatten keine Veränderung seiner gewohnten Lebensumstände zuzumuten. Ebenso willkürlich erscheint das Hauptelement der englischen Lösung, die regelmäßig der Preisentwicklung anzupassende *statutory legacy*. Regelungen, die, wie in Norwegen, an den gesetzlichen Güterstand anknüpfen, sind nicht verallgemeinerungsfähig,²⁶⁵ und auch die pauschalierte Ausgleichslösung des deutschen Rechts ist wenig vorbildlich. Skepsis erscheint schließlich im Hinblick auf

²⁶¹ Hierzu näher *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Historical and Comparative Perspective* (Fn. 3) 492; *Röthel*, *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?* (Fn. 113) A 51 f. m. w. N.

²⁶² So auch *Pintens*, *Tendencies in European Succession Law* (Fn. 256) 11 sowie bereits *IECL/Neumayer* (Fn. 13) Rn. 125; zur Entwicklung auch *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Historical and Comparative Perspective* (Fn. 3) 497.

²⁶³ So auch *HWBEuP/Kroppenberg* (Fn. 12) 413; vgl. ferner den Überblick bei *Reid/De Waal/Zimmermann*, *Historical and Comparative Perspective* (Fn. 3) 489 f., 497–500.

²⁶⁴ Vgl. auch *Dutta*, *Warum Erbrecht?* (Fn. 1) 452–456.

²⁶⁵ Auch etwa die Erfahrung mit den Vorschriften des brasilianischen *Código civil* von 2002 spricht gegen den Versuch, Erbrecht und Ehegüterrecht miteinander zu verbinden; vgl.

die sehr komplexen niederländischen Regeln zu den *wilsrechten* angebracht, die in der Praxis offenbar nicht akzeptiert werden.²⁶⁶

Interessant ist demgegenüber, dass der Reformgesetzgeber bisweilen an die in dem jeweiligen Land verbreitete Testierpraxis anknüpft.²⁶⁷ Das lässt sich mit dem Hinweis darauf begründen, dass die Regeln über die gesetzlichen Erbfolge nach Möglichkeit widerspiegeln sollten, was ein durchschnittlicher Erblasser typischerweise für seine Nachlassverteilung für angemessen hält.²⁶⁸ (Ganz ähnlich reflektiert ja auch das dispositive Vertragsrecht weiterhin den hypothetischen Willen vernünftiger Vertragsparteien.) In Deutschland würde man damit vermutlich zum sogenannten Berliner Testament gelangen als einer „äußerst beliebte[n], wenn nicht gar [der] beliebtesten erbrechtlichen Gestaltungsform unter Ehegatten“.²⁶⁹ Offenbar ist einem verheirateten Erblasser typischerweise daran gelegen, sein Vermögen in erster Linie seinem Ehepartner zukommen zu lassen, und zwar möglichst ohne dass dieser in seiner Verfügungsbefugnis unter Lebenden beschränkt wäre.²⁷⁰ Daher werden in der Regel die gemeinschaftlichen Abkömmlinge

Jan Peter Schmidt, Intestate Succession in Latin America, in: Intestate Succession (Fn. *) 118, 145 f.

²⁶⁶ Oben Fn. 201. Dem niederländischen Modell recht ähnlich, und ähnlich komplex, für das deutsche Recht der Vorschlag von *Hans A. Stöcker*, Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, FamRZ 1970, 444–452.

²⁶⁷ So insbesondere in den Niederlanden und in Schweden. Dazu allgemein auch, für England und Schottland, *Burns*, Legal Studies 33 (2013) 85, 95–98. Für Spanien vgl. oben Fn. 254.

²⁶⁸ Vgl. aus jüngster Zeit *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 13–15; ferner etwa *Zimmermann*, Germany (Fn. 5) 222 f.; *Reid/De Waal/Zimmermann*, Historical and Comparative Perspective (Fn. 3) 445–448.

²⁶⁹ *Stephan Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch: Erbrecht³ (2010) 66; vgl. auch *Hans Lothar Graf*, Handbuch der Rechtspraxis, Bd. VI: Nachlassrecht¹⁰ (2014) Rn. 1.210 („besonders häufig“). Statistische Angaben finden sich m.W. nur in *Gabriele Metternich*, Verfügungsverhalten von Erblassern (2010) 74–79; ich danke Sebastian Herrler, dem ehemaligen Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, für diesen Hinweis. Diese Untersuchung basiert auf dem Aktenmaterial des Jahres 2002 der Amtsgerichte Potsdam, Neuruppin und Lübben. Danach errichten 84,9% der verheirateten Erblasser, die letztwillig über ihr Vermögen verfügen, ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag. In 92,4% dieser Fälle setzen sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Zumeist (zu 70,1%) errichten sie ein gemeinschaftliches Testament mit Einsetzung der Kinder entweder als Schlusserben (sog. Einheitslösung: die Kinder erhalten das gemeinsame Vermögen beim Tod des längerlebenden Ehegatten als dessen Erbe) oder als Nacherben (sog. Trennungslösung: hier fällt den Kindern der Nachlass der Eheleute aus verschiedenen Berufungsgründen zu). Nach § 2269 I BGB ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Einheitslösung gewollt war. In der Tat erben die Kinder in 94,6% aller Fälle, in denen die Ehegatten ein derartiges Testament aufsetzen, als Schlusserben und nur in 5,4 % der Fälle als Nacherben. Zum gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten und zu Einheits- und Trennungslösung ausführlich *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 2084–2117. Rechtspolitisch ist nach *Muscheler* das gemeinschaftliche Testament freilich „als Ganzes zu verwerfen“: Rn. 2035.

²⁷⁰ Das entspricht empirischen Daten, die in den USA erhoben worden sind: *National*

nicht als Nach-, sondern als Schlusserben eingesetzt.²⁷¹ Für die Intestaterbfolge ließe sich daraus die Konsequenz ziehen, dass der überlebende Ehegatte auch hier alleiniger Vollerbe sein soll. Freilich müsste zugleich auch die Bindungswirkung des Berliner Testaments nachgebildet werden. Denn der zuerst Versterbende (wer auch immer das ist) wird sein Vermögen beim Tod des Zweitversterbenden in der Regel *seinen* Abkömmlingen zugute kommen lassen wollen, und das heißt: allen seinen Abkömmlingen, einschließlich der einseitigen; und dieses Ergebnis dürfte der überlebende Ehegatte nicht – jedenfalls nicht durch Verfügung von Todes wegen – vereiteln können. Eine gesetzliche Schlusserbenlösung ließe sich jedoch technisch kaum bewerkstelligen. In Betracht kommt daher allein die Statuierung einer gesetzlichen Nacherbfolge: Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe, und die Abkömmlinge des Erblassers werden Nacherben.²⁷²

Ein solches Regelungsmodell verwirklicht den aufgrund des Testierverhaltens von Ehegatten unterstellten typischen Erblasserwillen natürlich nur noch annäherungsweise. Zudem sollten die in gemeinschaftlichen Testamenten von Ehegatten offenbar verbreiteten Wiederverheirathungsklauseln zu denken geben.²⁷³ Dass die Eingehung einer neuen Ehe seitens des überlebenden Ehegatten eine besondere Gefahr für die Erbrechte der Abkömmlinge des Erblassers bedeuten kann, spiegelt sich auch in der Regelung des BW zu den *wilsrechten*.²⁷⁴ Die Ausgestaltung einer gesetzlichen Nacherbfolge- oder Sekundosukzessionsregelung wirft damit Regelungsprobleme auf, die keineswegs trivial sind. Hinzu kommen erhebliche praktische Probleme, wenn es darum geht, nach Ablauf vieler Jahre den Nachlass des Erstverstorbenen, oder seinen Wert, im Vermögen des Zweitversterbenden (oder wieder Heiratenden) festzustellen. Im Übrigen dürfte die Statuierung einer gesetzlichen Vor- und Nacherbfolge kaum weniger konfliktträchtig sein als die

Conference of Commissioners on Uniform Laws, Uniform Probate Code (1969, Last Amended or Revised in 2010) Section 2-102, Comment (under: References).

²⁷¹ *Metternich*, Verfügungsverhalten von Erblassern (Fn. 269) 78 f.

²⁷² Vgl. etwa die in diese Richtung zielenden Vorschläge von *Gustav Boehmer*, Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge (BGB §§ 1924–1936) (1938) 121–132; *Heinrich Lange*, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (1938) 133–140; *Karl Firsching*, Zur Reform des deutschen Erbrechts, JZ 1972, 449, 455; dagegen etwa *Albrecht Dieckmann*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages (1972) K 8, K 19.

²⁷³ *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 2100 („oft gewählte Gestaltungsmöglichkeit“).

²⁷⁴ Oben XII. 3. Freilich kann eine ebensolche Gefahr dadurch entstehen, dass überlebende Ehegatten, die einen neuen Partner finden, mit diesem in nichtehelicher Lebensgemeinschaft leben, statt ihn zu heiraten. Das geschieht heute deutlich häufiger als früher. Ausgehend von den Daten des Statistischen Bundesamtes über Eheschließungen lag der Anteil verwitweter Personen, die eine neue Ehe eingehen, 2012 bei 1,33 % aller Eheschließenden (gegenüber 5,72 % im Jahre 1955).

heute überwiegend abgelehnte Nießbrauchslösung;²⁷⁵ nicht ohne Grund haben sich eine Reihe von Rechtsordnungen entschieden, die Vor- und Nacherbschaft nicht einmal als rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit zuzulassen.²⁷⁶

Schließlich ist angesichts der Vielfalt familiärer Lebensformen in der modernen Welt nicht deutlich, ob und inwieweit eine derart komplexe gesetzliche Regelung das „typischerweise“ Gewollte angemessen reflektieren kann. Eine Orientierung am klassischen Familienmodell eines Ehepaares mit einem oder mehreren gemeinsamen Kindern²⁷⁷ griffe jedenfalls zu kurz. Das gilt auch für die radikale Lösung der Statuierung einer Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten, verbunden mit der Erwartung, dass der gesamte Nachlass beider Ehegatten eines Tages an die gemeinsamen Kinder gelangt.²⁷⁸ Denn soweit einseitige Nachkommen vorhanden sind – und das ist heute nicht mehr ein Ausnahmefall – ähnelt die Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten in gewisser Weise einer Lotterie:²⁷⁹ werden doch dadurch typischerweise die Nachkommen des zuerst Verstorbenen benachteiligt.²⁸⁰ Vor allem aber würde eine Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten unweigerlich in Konflikt mit dem Pflichtteilsrecht der Abkömmlinge treten. Es ist daher kein Zufall, dass dieses Modell, soweit ersichtlich, nur in solchen Rechtsordnungen anzutreffen ist, die kein Pflichtteilsrecht kennen.

So wird man vermutlich doch bei der in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen verbreiteten Quotenlösung bleiben müssen. Zu denken

²⁷⁵ „Die Stellung des Vorerben entspricht weitgehend der eines Nießbrauchers“: *Wolfgang Grunsky*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁶ (2013) § 2100 Rn. 3.

²⁷⁶ Vgl. den Überblick bei *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 62 Fn. 224, 96–99; vgl. auch *dens.*, Vor- und Nacherbschaft, in: HWBEuP (Fn. 1) 1735–1739. – Zu den allgemeinen Bedenken, die sich gegen die Möglichkeit einer sukzessiven Erbeinsetzung geltend machen lassen, vgl. für Deutschland etwa *Lange/Kuchinke*, Erbrecht (Fn. 73) 573; *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 73) Rn. 2474; vgl. auch *Martin Avenarius*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2013) Vorbem zu §§ 2100–2146, Rn. 10 (Bestimmungen wie §§ 2102 II und 2269 zeigen, dass das BGB die Nacherbenbindung nicht begünstigt) und Rn. 17 (mit dem Hinweis, die Schwierigkeit des Rechts der Vor- und Nacherbschaft würde gelegentlich zum Anlass dafür genommen, einen zurückhaltenden Gebrauch anzuraten).

²⁷⁷ Drei bis vier Kinder pro Familie, nach Auffassung des BGB-Gesetzgebers; vgl. oben, Text bei Fn. 69.

²⁷⁸ Vgl. für New South Wales *Nicola Peart/Prue Vines*, Intestate Succession in Australia and New South Wales, in: Intestate Succession (Fn. *) 349, 359; für die USA *Ronald J. Scalise*, Intestate Succession in the United States of America, in: Intestate Succession (Fn. *) 401, 406. Eine solche Lösung ist auch in England in den späten 1980er Jahren von der *Law Commission* erwogen worden; vgl. *Kerridge*, England and Wales (Fn. 207) 333 f.

²⁷⁹ So, sehr pointiert, *Kerridge*, England and Wales (Fn. 207) 334.

²⁸⁰ Vgl. deshalb die Ausnahmeregelung in New South Wales für den Fall des Vorhandenseins einseitiger Abkömmlinge des Vorverstorbenen aus einer früheren Verbindung. Die Regelung des UCC von 1990 beschränkt sich auf Fälle, in denen nur gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind; vgl. *Scalise*, United States of America (Fn. 278) 406. Zur schwedischen Regelung über *särkullbarn* vgl. oben Text zu Fn. 246–249.

wäre insoweit an die Hälfte dessen, was nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung den Nachlass des Erstverstorbenen bildet.²⁸¹ Hinzukommen sollte, um sicherzustellen, dass der überlebende Ehegatte keine Veränderung der gewohnten Lebensumstände zu gewärtigen hat, ein unentgeltliches Nutzungsrecht an der gemeinsamen Ehwohnung, soweit diese im Eigentum der Ehegatten oder des Vorverstorbenen gestanden hat. Damit ließe sich anknüpfen an eine in Österreich bestehende Regelung;²⁸² und, was das deutsche Recht betrifft, böte die Institution des „Voraus“, die entsprechend erweitert werden könnte, einen passenden Rahmen.²⁸³ Sicher zu sein scheint, dass die Reformdiskussion nicht beendet ist. Zudem ist anzunehmen, dass die Entwicklung in vielen Ländern, darunter Deutschland, auch weiterhin zugunsten des überlebenden Ehegatten verlaufen wird. Immerhin zeigen sich aber bisweilen auch erste Anzeichen einer gegenläufigen Tendenz.²⁸⁴ Sie mahnen dazu, den Bogen nicht zu überspannen und die Erbinteressen der Abkömmlinge nicht vollständig hinter diejenigen des Ehegatten zurücktreten zu lassen.²⁸⁵

²⁸¹ Auf die Diskussion über die Entflechtung von Güterrecht und Erbrecht und, damit verbunden, über eine Verstärkung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten kann hier nicht eingegangen werden; vgl. die Nachweise bei *Zimmermann*, Germany (Fn. 5) 215.

²⁸² Art. 758 ABGB. Ähnlich die Situation in Italien (vgl. oben Fn. 166), Ungarn (vgl. *Vékás*, Hungary (Fn. 253) 274, 287) und in vielen Ländern Lateinamerikas (vgl. *Schmidt*, Latin America (Fn. 265) 148). Auch in Frankreich erhält der überlebende Ehegatte ein derartiges Nutzungsrecht, das dort freilich auf den Erbteil anzurechnen ist (vgl. oben Fn. 152). Für England vgl. oben bei Fn. 222 f., für die Kanalinseln, die ihr Erbrecht kürzlich reformiert haben, Fn. 221. Überblick auch bei *Reid/De Waal/Zimmermann*, Historical and Comparative Perspective (Fn. 3) 501 f.; vgl. ferner die Angaben bei *Dutta*, Warum Erbrecht? (Fn. 1) 452, Fn. 1674.

²⁸³ Dazu oben VIII. Die von *Wesener*, FamRZ 1959, 84–87 geschilderte Geschichte des Austauschs zwischen deutschem und österreichischem Recht in diesem Punkt ließe sich damit fortsetzen. – Übrigens liegt dem Voraus des BGB seit eh und je die Vorstellung zugrunde, dem Ehegatten eine einschneidende Veränderung seiner bisherigen äußerlichen Lebensumstände zu ersparen; vgl. oben Text zu Fn. 82.

²⁸⁴ Zu Ungarn vgl. oben Fn. 253. Kritik an der starken Stellung des überlebenden Ehegatten teilweise auch in der italienischen Literatur (*Braun*, Italy (Fn. 10) 90), in Chile (*Schmidt*, Latin America (Fn. 265) 144) und in England (*Kerridge*, England and Wales (Fn. 207) 340); vgl. auch *Reid/De Waal/Zimmermann*, Historical and Comparative Perspective (Fn. 3) 503.

²⁸⁵ Vgl. aber etwa *Harm Peter Westermann*, Erbrechtsreform und Gesellschaftsrecht, in: FS Günter H. Roth (2011) 893, 899: die Alleinerbschaft des überlebenden Ehegatten sei „als Zukunftsperspektive“ nicht erledigt. Im Übrigen gehört es nach Angaben der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V. (DVEV) in Deutschland zu den weitverbreiteten Fehlvorstellungen über das gesetzliche Erbrecht, dass es für Ehepaare, und zwar auch solche mit Kindern, einer letztwilligen Verfügung nicht bedarf, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe sein soll; vgl. die Website der DVEV <www.erbrecht.de>.

XVI. Und Jhering?

Dies ist die zweite Rudolf-von-Jhering-Vorlesung an der Universität Gießen, wo Jhering von 1852 bis 1868, bis zu seiner Berufung nach Wien, tätig war²⁸⁶ und wo im Wesentlichen sein erstes Hauptwerk, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*,²⁸⁷ entstand. Welche Verbindung besteht zwischen der heutigen Vorlesung und dem Widmungsträger der Vorlesungsreihe? Sicherlich keine inhaltliche, denn das Erbrecht gehörte nicht zu Jherings zentralen Interessengebieten; fasziniert war er allenfalls von den Konstruktionsproblemen, die sich um die *hereditas iacens* herumrankten.²⁸⁸ Darin spiegelte sich vermutlich das Desinteresse der Historischen Schule an Themen, bei denen es weniger darauf ankommt, dass eine bestimmte, sondern nur dass irgendeine feste Regel gilt und als geltend bekannt ist:²⁸⁹ Themen also, deren Regelung dem Gesetzgeber obliegt. Dahin gehören nach Savigny etwa die Testamentsförmlichkeiten²⁹⁰ und die gesetzliche Erbfolge.²⁹¹ Auch dem Gießener Jhering ging es um Wissenschaft, und das hieß für ihn Dogmatik und Konstruktion,²⁹² nicht um das Gesetz. Am römischen Recht, soweit es im 19. Jahrhundert noch Geltung hatte, lag ihm ebenfalls eher wenig; ihm ging es um dessen historisch wirksam gewordenen „Geist“.²⁹³

²⁸⁶ Biographischer Überblick, Überblick über Jherings Hauptwerke und über die Sekundärliteratur zu Jhering und seinem Werk bei Jan Schröder, in: Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten⁵, hrsg. von Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (2008) 230–236. Eindrucksvolle Zitate zur bis heute kontroversen Beurteilung von Jhering bei Diethelm Klippel, Juristischer Begriffshimmel und funktionale Rechtswelt: Rudolf von Jhering als Wegbereiter der modernen Rechtswissenschaft, in: Colloquia für Dieter Schwab, hrsg. von Diethelm Klippel/Hans-Jürgen Becker/Reinhard Zimmermann (2000) 117–135.

²⁸⁷ Drei Teile (zweiter Teil in zwei Bänden) 1852–1865; hier benutzt 6. Aufl. (Teil I, 1907). Das Werk ist unvollendet geblieben.

²⁸⁸ *Rudolf von Jhering*, Dissertatio de hereditate possidente (1842), in: Vermischte Schriften juristischen Inhalts (1879) 1–46; *ders.*, Die Lehre von der *hereditas iacens*, in: Abhandlungen aus dem Römischen Recht (1844) 147–262; *ders.*, Passive Wirkungen der Rechte, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 10 (1871) 387, 408–433; *ders.*, Die Mausefälle des alten Erbrechts (zuerst erschienen als Teil der Plaudereien eines Romanisten, Juristische Blätter 1880), in: Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, hier benutzt der Nachdruck 1964, S. 137–171.

²⁸⁹ *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840) 36.

²⁹⁰ Dazu Zimmermann, RabelsZ 76 (2012) 471–508.

²⁹¹ Vgl. *Friedrich Carl von Savigny*, Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 3 (1817) 1, 28 f.

²⁹² Programmatisch *Rudolf von Jhering*, Unsere Aufgabe, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1 (1857) 1–52. Vgl. auch *Ralf Seinecke*, Methode und Zivilrecht beim „Begriffsjuristen“ Jhering (1818–1892), in: Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner², hrsg. von Joachim Rückert/Ralf Seinecke (2012) 123–150 (vor allem 128–133, vgl. auch S. 136: „Die Sache des Gesetzes ist Jherings Sache nicht“).

²⁹³ Vgl. etwa *Jhering*, Geist I (Fn. 287) 12–16 („Die Form, in der [die Völker] sich [des römischen Rechts] zunächst bemächtigten, war die der Annahme desselben als Gesetzbuch.“)

Wenn diese Vorlesung gleichwohl Anknüpfungspunkte im Werk von Jhering für sich reklamieren kann, dann in anderer Hinsicht.

(i) Für Jhering lag die welthistorische Bedeutung Roms für die Jurisprudenz darin, sie emporgehoben zu haben „auf die Höhe europäischer Universalität“. „Wie dürftig mußten von diesem Standpunkte die Landesrechte erscheinen – positive Satzungen, kümmerliche Versuche, für den Umkreis eines Ländchens eine Aufgabe zu lösen, welche das römische Recht bereits für den ganzen Erdkreis in unübertrefflicher Weise verwirklicht hatte.“²⁹⁴ Das Zeitalter der Kodifikationen führte dann zwar in weiten Teilen seines bisherigen Geltungsgebietes zu einer äußeren Verdrängung des römischen Rechts – und damit auch zu einem Ende der „formellen Einheit der Wissenschaft“, die nun zur Landesjurisprudenz herabsank.²⁹⁵ Doch, so Jhering weiter, es hänge von der Wissenschaft selbst ab, die nationalen Grenzen zu überspringen „und den Charakter der Universalität, den sie solange besaß, in einer anderen Form als vergleichende Jurisprudenz sich für alle Folgezeit zu sichern“.²⁹⁶ Damit hat Jhering einen Impuls für die Entwicklung der modernen Rechtsvergleichung gegeben.²⁹⁷

(ii) In seiner Wiener Antrittsvorlesung, die unmittelbar an die Gießener Zeit anknüpft und die den Titel trägt „Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?“, wendet sich Jhering scharf gegen den Positivismus; er sei „der Todfeind der Jurisprudenz“, denn er würdige sie zum Handwerk herab und sei deshalb „zu bekämpfen auf Leben und Tod“.²⁹⁸ Positivismus sei „die Flucht aus dem eigenen Denken, die Selbstdahingabe an das Gesetz als eines willenlosen Werkzeuges. Ihn zu bekämpfen, darum stehe ich hier.“²⁹⁹ Worum

Diese Periode der äußern Gültigkeit des römischen Rechts war die Zeit der Schule, unbequem und unbehaglich, allein vorübergehend berechtigt und notwendig. Aber die Schule soll einmal ein Ende nehmen. Als die Völker fühlten, daß sie der Schule entwachsen waren, schüttelten sie das Joch ab; neuere Gesetzbücher traten an die Stelle des Korpus Juris. Hatte damit das römische Recht seine Bedeutung für sie eingebüßt? Ebensowenig wie die Schule, wenn man sie verläßt nach erlangter Reife. [...]“). Vgl. auch die sehr zugespitzte Äußerung in einem Brief an seinen Freund Bernhard Windscheid: „Mir liegt an der römischen Jurisprudenz nichts“; zitiert bei *Seinecke*, Methode und Zivilrecht bei Jhering (vorige Fn.) 125f.

²⁹⁴ *Jhering*, Geist I (Fn. 287) 10.

²⁹⁵ *Jhering*, Geist I (Fn. 287) 14f.

²⁹⁶ *Jhering*, Geist I (Fn. 287) 15.

²⁹⁷ Näher dazu *Konrad Zweigert*, Jherings Bedeutung für die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode, in: Jherings Erbe, hrsg. von Franz Wieacker/Christian Wollschläger (1970) 240–251 („Meine Summe? Jhering hat auf die Entwicklung der rechtsvergleichenden Methode einen beträchtlichen Einfluß dadurch ausgeübt, daß er für die allgemeine Methodenlehre Wege gewiesen hat, die auch die modernen Rechtsvergleicher beschreiten müssen und beschritten haben. Außerdem hat er uns vor der unwürdigen Gestalt einer national-muffigen Landesjurisprudenz gewarnt“).

²⁹⁸ *Rudolf von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? (1868), aus dem Nachlass herausgegeben von Okko Behrends (1998) 52.

²⁹⁹ *Jhering*, Jurisprudenz (vorige Fn.) 54f.

geht es stattdessen? Es geht um die Erkenntnis des „Woher und [...] Warum“.³⁰⁰

Damit richtet sich der Blick (iii) auf die Rechtsgeschichte, eine Rechtsgeschichte freilich, die nicht bloß das eine an das andere reiht „wie die Perlen an einer Perlenschnur“, sondern die das Recht der verschiedenen Epochen als Teil einer Entwicklung begreift und der es darum zu tun ist, den Zusammenhang dieser Entwicklung zu erkennen.³⁰¹ Dieser Gedanke lässt sich auch auf die Rechtsvergleichung übertragen, stehen doch auch die nationalen Rechtsordnungen nicht isoliert nebeneinander, sondern in einem „System der gegenseitigen Berührung und Einwirkung“³⁰² und, wie sich ergänzen lässt, auf einem gemeinsamen historischen Boden.

Im Übrigen (iv) aber sieht Jhering, dass, wie das Leben, so auch das Recht, die Rechtsbegriffe und die Rechtsregeln historisch bedingt sind. „Die Anpassung an neue Situationen“, so Okko Behrends in der Zusammenfassung seiner Analyse von Jherings Evolutionstheorie des Rechts, „ist eine nie beendete Aufgabe, [sie] sollte aber stets in intrasystematischer, alle gemachte Rechtserfahrung verarbeitender Weise geschehen.“³⁰³ Das gilt für den Rechtswissenschaftler, es sollte aber auch für den Gesetzgeber gelten. Denn auch das Gesetz ist „ein Produkt menschlicher Pragmatik“³⁰⁴ und sucht Antworten auf die im sozialen Leben auftretenden Probleme.³⁰⁵ Mit dessen Reform kann der Gesetzgeber auf neu auftretende Probleme, aber auch auf sich verändernde Gerechtigkeitsvorstellungen reagieren. Ein historisch-vergleichender Überblick kann deshalb auch ihm eine Perspektive bieten und die Berücksichtigung der Rechtserfahrung ermöglichen, die in der Entwicklung des eigenen Rechts und anderer Rechtsordnungen gesammelt worden ist.

³⁰⁰ Jhering, *Jurisprudenz* (Fn. 298) 51.

³⁰¹ Jhering, *Jurisprudenz* (Fn. 298) 73.

³⁰² Jhering, *Geist I* (Fn. 287) 5.

³⁰³ Okko Behrends, Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: *Der Evolutionsgedanke in den Wissenschaften*, hrsg. von Günther Patzig (1991) 80, 100; vgl. ferner ders., Rudolph von Jhering (1818–1892): Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in: *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. von Fritz Loos (1987) 229, 258–260, 268f.: „Ersetzung der historisch-philosophischen Rechtsprinzipien durch empirisch-pragmatisch verantwortete Rechtsbegriffe, [...] eingebettet in eine fruchtbare historisch-philosophische Rechtsfortbildungstheorie“. – Allgemein zur Idee einer Evolution des Rechts Peter Stein, *Legal Evolution: The Story of an Idea* (1980), darin zu Jhering 65–68.

³⁰⁴ Behrends, *Evolutionstheorie* (vorige Fn.) 85.

³⁰⁵ „The progress of law is not merely the result of unconscious growth; [...] but legal development also depends on the conscious efforts of lawyers to solve the problems of social life“: Stein, *Legal Evolution* (Fn. 303) 67 zum Ansatz Jherings in Abgrenzung zu Savigny.

Summary

THE INTESTATE SUCCESSION RIGHTS OF THE DECEASED'S SPOUSE IN HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE

The coordination of the position of the surviving spouse with that of the deceased's (blood-) relatives is one of central problems faced by the intestate succession systems of the Western world. While the succession of the relatives essentially follows one of three different systems (the "French" system, the three-line system, and the parentelic system) which have remained relatively stable, the position of the surviving spouse has, over the centuries, become ever more prominent. Roman law, at the time of Justinian, took account of the surviving spouse only in exceptional situations, medieval customary law often not at all. Today, on the other hand, she (much more often than he) has worked her way up, in most countries, to the position of main beneficiary under the rules of intestate succession, for small and medium-sized estates sometimes even to the position of exclusive beneficiary. The present essay (based on the author's Rudolf von Jhering lecture at the University of Gießen) traces this development. In doing so it attempts, in the spirit of Jhering, not to line up the laws in the various epochs of our legal history "like pearls on a pearl string" but to look at them as part of a development and to trace their interconnections. The same idea can also be applied to comparative law in view of the fact that the modern national legal systems do not coexist in isolation but in a "system of mutual contact and influence" and, as may be added, on the fertile soil of a common legal culture. Today we find a wide-spread desire to allow the surviving spouse to remain in her familiar environment and to continue to enjoy the standard of living she has become accustomed to. Legal systems still differ as to the way in which best to achieve this aim, i.e. as to the details of the surviving spouse's intestate succession right. An important guideline for assessing the various solutions to be found in the national legal systems is what the average deceased typically regards as reasonable, as far as the distribution of his estate is concerned. This can sometimes be gauged from the way in which wills are commonly drafted, and it has indeed guided the reforms in a number of countries. In Germany, the so-called "Berlin will" is particularly popular. Nonetheless, it does not appear to offer a satisfactory cue for the regulation of the law of intestate succession. In spite of a certain degree of arbitrariness inherent in this way of proceeding, the surviving spouse will have to be given a share (e.g. one half) of the estate. In addition, she should be granted the right to retain the right to continue to live in the family home.

