

Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive

Von REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Rom	467
1. Rechtsschichten	467
2. Schutzmechanismen	468
II. Gemeines Recht	470
1. Streitfragen	470
2. „... alle denkbaren Konstruktionen zugleich“	472
III. Österreich: Der Weg zum ABGB	473
IV. Frankreich: Der Weg zum Code civil	475
1. Ursprünge	475
2. Die <i>réserve coutumière</i>	477
3. <i>Réserve</i> und <i>quotité disponible</i> im Code civil	479
V. Die Rechtsentwicklung in England bis zum Ende des 19. Jahrhunderts	480
VI. Grundlagen des Pflichtteilsrechts des BGB	483
1. Zusammenfassung der „Gesamtzustände“	483
2. Wer ist pflichtteilsberechtigt?	485
3. Der „juristische Charakter“ des Pflichtteilsrechts	487
4. Die Pflichtteilsquote	488
5. Verlust des Pflichtteils	489
VII. Die Verbreitung des französischen Modells	491
1. Belgien und die Niederlande	491
2. Italien und Portugal	494
3. Der Sonderfall Spanien	496
a) Ursprünge	496
b) Die Rechte der <i>legitimarios</i> im <i>Código civil</i>	497
c) Rechtsbehelfe, „Enterbung“, <i>reservas</i>	499
4. Das Noterbenrecht in der Schweiz und in Griechenland	501
a) „Schweizer Brauch“ und Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch	501
b) Schweizerisches Zivilgesetzbuch	503
c) Griechenland	505

* Ich danke Jan Peter Schmidt für seine kritische Durchsicht des Manuskripts und für langjährigen und anregenden Austausch zu Fragen des Erbrechts.

VIII. Die heutige Rechtslage	506
1. <i>Noterbenrecht in Italien und Portugal</i>	507
2. <i>Systemwandel in verschiedenen Schattierungen</i>	510
a) <i>Frankreich</i>	510
b) <i>Belgien</i>	513
c) <i>Niederlande</i>	514
3. <i>Reform des Pflichtteils- und Noterbenrechts in den deutschsprachigen Ländern</i>	517
a) <i>Schweiz</i>	517
b) <i>Österreich</i>	520
c) <i>Deutschland</i>	526
4. <i>Noterbenrecht und Pflichtteil im spanischen und katalanischen Recht</i>	529
a) <i>Spanischer Código civil</i>	529
b) <i>Foralrechte</i>	531
c) <i>Insbesondere: Codi civil de Catalunya</i>	532
IX. <i>Entwicklungslinien</i>	534
1. <i>System und Terminologie</i>	534
2. <i>Juristische Konstruktion</i>	536
3. <i>Kreis der Pflichtteilsberechtigten</i>	538
4. <i>Quoten</i>	541
5. <i>Flexibilisierung</i>	541
6. <i>Pflichtteilsentziehung</i>	543
7. <i>Bedarfsabhängigkeit?</i>	544
<i>Summary: Compulsory Portion and Forced Heirship in Historical and Comparative Perspective</i>	546

Alle europäischen und vom europäischen Recht geprägten außereuropäischen Erbrechtsordnungen kennen zwei Arten der Rechtsnachfolge von Todes wegen: die gewillkürte und die gesetzliche Erbfolge. Die Regeln der gesetzlichen Erbfolge beruhen überall auf dem Grundsatz der Familienerbfolge, wobei das Gesetz in erster Linie die Reihenfolge festlegt, in der die mit dem Verstorbenen verwandten Personen und sein Ehegatte zur Nachfolge berufen sind.¹ Doch auch soweit der Verstorbene durch Verfügung von Todes wegen (typischerweise also durch Testament) seinen oder seine Erben bestimmt, legen alle Rechtsordnungen dem Gedanken, dass der Erblasser jedenfalls für seine nächsten Familienangehörigen Verantwortung trägt, ein gewisses, freilich sehr unterschiedlich bestimmtes, Gewicht bei.² Überall, mit anderen Worten, stellt sich die Aufgabe der Herstellung einer Balance zwischen der Idee der Erblasserautonomie (der Erblasser soll wie zu Lebzei-

¹ Dazu im Einzelnen: Intestate Succession, hrsg. von Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (2015).

² Dazu im Einzelnen: Mandatory Family Protection, hrsg. von Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann (2019); der vorliegende Beitrag ist im Wesentlichen aus diesem Forschungsprojekt entstanden. Eine teils erweiterte, teils gekürzte englische Fassung findet sich dort in Kap. 22.

ten auch von Todes wegen frei über sein Vermögen verfügen können) und dem Gebot familiärer Solidarität. Für die kontinentaleuropäische Rechts-tradition jahrhundertlang prägend war die Art und Weise, wie die römi-schen Juristen sich dieser Aufgabe stellten.³

I. Rom

1. Rechtsschichten

Besonders ins Auge fällt hier die Tatsache, dass es „das“ römische Recht nicht gibt.⁴ Was wir rekonstruieren können, ist eine lange Entwicklungsge-schichte, in deren Verlauf es zur Ausprägung einer Reihe von Rechtsschich-ten kam. Dabei ging die Entwicklung zunächst einmal, wie für frühe Rechtsordnungen charakteristisch, von dem urtümlichen Gedanken einer familiären Verfangenheit über eine Reihe von Zwischenstufen zur Heraus-bildung und Anerkennung des Gedankens der Testierfreiheit.⁵ Doch gab es von Anfang an gewisse Mechanismen des Angehörigenschutzes, die dann in der Folgezeit umgebaut und erweitert wurden. Die Testierfreiheit war somit nie vollkommen unbeschränkt. Unterscheiden lassen sich im Wesentlichen (i) Regeln über die Enterbung und Übergehung von sogenannten Haus-erben (also aller Personen, die mit dem Tod des Erblassers gewaltfrei wurden und damit unter niemandes Hausgewalt mehr standen) nach *ius civile* (also dem Kern der alten Bürgerordnung);⁶ (ii) Regeln einer prätorischen Erbfol-ge gegen das Testament (*bonorum possessio contra tabulas*), die die zivile Erbfol-geordnung überlagerte und Bestandteil einer römischen Variante der *Equity* waren: eines *ius honorarium*, das der Gerichtsmagistrat entwickelte „adiuvan-di vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia“ (also um das Zivilrecht zu unterstützen, zu ergänzen und zu verbessern);⁷ (iii) die Herausbildung einer Klage wegen pflichtwidrigen Testaments (*querela inofficiosi testamenti*);⁸ (iv)

³ Zum Folgenden näher Reinhard Zimmermann, Protection against Being Passed Over or Disinherited in Roman Law, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 1.

⁴ Reinhard Zimmermann, Römisches Recht, in: Handwörterbuch des Europäischen Privat-rechts, hrsg. von Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (2009) 1310–1314, 1311.

⁵ Vgl. im Überblick etwa Max Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt² (1971) 91–95, 668–672.

⁶ Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 705–707; Ulrike Babusiaux, Wege zur Rechtsge-schichte: Römisches Erbrecht (2015) 195–208; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub II.

⁷ Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 707–709; Babusiaux, Wege (Fn. 6) 208–224; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub III. Zum *ius honorarium* Pap. D. 1, 1, 7, 1 sowie Max Ka-ser / Rolf Knütel / Sebastian Lohse, Römisches Privatrecht²¹ (2017) 25–31.

⁸ Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 709–713; Babusiaux, Wege (Fn. 6) 224–231; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub IV; Markus Wimmer, Zum Herkommen des Pflichtteils-rechts, in: FS Bernhard Eccher (2017) 1287–1298, 1287–1295.

weitere Maßnahmen zur Einschränkung der Erblasserwillkür, durch die eine Reihe von Schutzlücken gefüllt wurden;⁹ (v) justinianische Reformen bis zum Jahre 542 n. Chr.¹⁰ sowie (vi) ein großes justinianisches Reformgesetz aus dem Jahre 542, das sich in den Kapiteln 3 und 4 der Novelle 115 findet.¹¹

2. Schutzmechanismen

Über die Jahrhunderte hinweg entwickelten die Römer dabei eine Reihe bemerkenswerter und folgenreicher Konzepte. Eines von ihnen bestand darin, Abkömmlinge durch Formvorschriften davor zu schützen, vom Erblasser übergangen zu werden: Sie mussten im Testament ausdrücklich enterbt werden. Geschah dies nicht, war das Testament entweder unwirksam oder es wurden die Übergangenen neben den Eingesetzten an der Erbschaft beteiligt. Für dieses Regelungskonzept bürgerte sich in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft der seltsame Ausdruck „formelles Noterbenrecht“ ein.¹² Der Erblasser muss bestimmter Personen *gedenken*, ohne sie bedenken zu müssen. Ein materielles Noterbenrecht (das heißt, der Erblasser braucht bestimmter Personen nicht nur zu gedenken, sondern muss sie *bedenken*) bestand übergangenen Abkömmlingen dann zunächst der Prätor zu. Ein Antrag auf *bonorum possessio contra tabulas* bot Abkömmlingen des Erblassers einen differenzierten Schutz; im Hinblick auf den Patron des freigelassenen Erblassers begegnet zum ersten Mal der Gedanke eines fest bestimmten Anteils am Nachlass, einer *debita portio*.¹³ Die *querela inofficiosi testamenti* gewährte den Personen, die ohne Testament zur Erbfolge berufen gewesen wären, ein Anfechtungsrecht; dabei war die entscheidende Frage, ob das Testament pflichtwidrig in dem Sinne war, dass es die natürliche Rücksicht auf die Angehörigen vermissen ließ.¹⁴ Eine solche Anfechtung führte dazu, dass das Testament, oder doch sein wichtigster Bestandteil, unwirksam war. Wollte der Testator dies vermeiden, musste er seine Angehörigen bedenken, und zwar mindestens in Höhe des Wertes eines Viertels ihres Intestaterbteils,

⁹ Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 713; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub V.

¹⁰ Max Kaser, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt² (1975) 514–518; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub VI.

¹¹ Bernhard Windscheid / Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts⁹ (1906) §§ 587–592; Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 518–523; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub VII.

¹² Vgl. etwa Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. III⁶, unter Mitwirkung von Johannes Biermann (1901) § 143; Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 576. Der Begriff „Noterbe“ steht für „notwendiger Erbe“.

¹³ Vgl. die Nachweise oben, in Fn. 7.

¹⁴ Dazu und zum rhetorischen *color insaniae* (das heißt, der Erblasser könne nicht bei klarem Verstand gewesen sein, als er das pflichtwidrige Testament – *testamentum inofficiosum* – machte) Kaser, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 710; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub IV.

gleich in welcher Weise dies geschah (also auch etwa im Wege eines Vermächtnisses oder einer Schenkung). Justinian statuierte dann in seiner Novelle 115 sogar eine Pflicht für Vorfahren, ihre Abkömmlinge und für Abkömmlinge, ihre Vorfahren auf einen Anteil des Nachlasses als Erbe einzusetzen. War dies nicht geschehen, ohne dass dies durch einen triftigen Grund gerechtfertigt gewesen wäre (die Novelle 115 enthielt eine detaillierte Auflistung solcher Gründe),¹⁵ so traten die übergangenen oder enterbten Personen als Intestaterben an die Stelle des oder der eingesetzten Erben; dagegen blieb der übrige Inhalt des Testaments (Vermächtnisse, Freilassungen, Vormundbestellungen) bestehen.

Waren die Abkömmlinge bzw. Vorfahren zwar zu Erben eingesetzt worden, ohne allerdings ein bestimmtes Minimum zu erhalten (für dessen Berechnung wiederum der Intestaterbteil den Ausgangspunkt bildete – ein Drittel bei bis zu vier Kindern, die Hälfte bei mehr als vier Kindern, bei Vorfahren, sofern sie ohne Testament zur Erbfolge berufen gewesen wären, ein Viertel ihres Intestaterbteils),¹⁶ so erhielten sie eine Klage auf Ergänzung des Pflichtteils (*actio ad supplendam legitimam*), einen Rechtsbehelf, den Justinian in Anknüpfung an Vorläufer aus nachklassischer Zeit im Hinblick auf die *querela inofficiosi testamenti* eingeführt hatte.¹⁷ Die Einführung und Perpetuierung dieses Rechtsbehelfs entsprach der Neigung der römischen Juristen, die unter christlichem Einfluss noch einmal verstärkt wurde, dem formgerecht erklärten Willen des Erblassers so weit wie möglich Rechnung zu tragen: Zu invalidieren war er nur insoweit, als dies zum Schutz der nächsten Angehörigen erforderlich war.

Justinian sah im Übrigen die Notwendigkeit, die Versorgung der seit dem Verfall der *manus*-Ehe erbrechtlich stark vernachlässigten Witwe des Erblassers zu gewähren, ohne ihr freilich einen Erbteil zu gewähren; vielmehr konnte sie in der Regel ein Viertel der Erbschaft als gesetzliches Vermächtnis verlangen.¹⁸ Auch dem Gedanken, dass der Erblasser nicht durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden den erbrechtlichen Schutz der Angehörigen sollte aushöhlen können, trugen die Römer durch die Entwicklung der *querela*

¹⁵ Dazu *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 590; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 521; *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub VII.

¹⁶ Geschwister waren in Nov. 115 nicht erwähnt. Der Rechtsbehelf der *querela inofficiosi testamenti* hatte ihnen demgegenüber zugestanden, sofern sie ohne Testament zur Erbfolge berufen gewesen wären und sofern sie nicht mindestens ein Viertel ihres Intestaterbteils erhalten hatten. Weitere Voraussetzung war (aufgrund einer Konstitution des Kaisers Konstantin), dass die Geschwister mit dem Erblasser den Vater gemeinsam hatten und dass ihnen eine ehrlose Person vorgezogen worden war; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 517.

¹⁷ Dazu C. 3, 28, 30; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 519; *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub VI.; *Wimmer*, Zum Herkommen (Fn. 8) 1294.

¹⁸ Nov. 53, 6 (537 AD); Nov. 117, 5 (542 AD); dazu *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 574, sub 1.; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 507; *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub VIII.

inofficiosae donationis bzw. *dotis* Rechnung.¹⁹ Männer und Frauen wurden im Laufe der Zeit erbrechtlich zunehmend gleichbehandelt.

II. Gemeines Recht

1. Streitfragen

Manche dieser Regelungskonzepte waren im Detail ausgesprochen komplex. Zudem verfehlte Justinians Reform des Jahres 542 ihr Ziel, das Recht zu vereinheitlichen und zu vereinfachen. Die Novelle 115 war in einer Reihe von Punkten unklar gefasst und stellte die gemeinrechtliche Wissenschaft damit vor erhebliche Probleme.²⁰ Schon ihr Verhältnis zu den davorliegenden Rechtsschichten bot Anlass zu Zweifeln.²¹ Wie stand es etwa mit Geschwistern? Lässt sich aus der Tatsache, dass sie in der Novelle 115 nicht erwähnt werden, schließen, dass ihre Noterbenberechtigung konkludent abgeschafft worden war oder dass sie (in unveränderter oder modifizierter Form) fortbestehen sollte? Diese Frage ist noch unter modernen Romanisten streitig.²² Für das gemeine Recht ging etwa das Reichsgericht im Jahre 1885 davon aus, dass das Noterbenrecht der Geschwister durch die Novelle 115 unberührt fortbestand.²³ Eine weitere intensiv diskutierte Frage betraf

¹⁹ Zur *querela inofficiosi donationis* C. 3, 29; *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 586; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 5) 713; *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub V.; zur *querela inofficiosae dotis* C. 3, 30; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 522; *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub VIII.

²⁰ Zum Folgenden *Gunter Wesener*, Remedia der Noterben in der Lehre der Glossatoren und Kommentatoren, in: FS Hermann Lange (1992) 285–300; *Helmut Coing*, Zur Entwicklung des Pflichtteilsrechtes in der Zeit des 16. bis 18. Jahrhunderts, in: Gedächtnisschrift Wolfgang Kunkel (1984) 25–36; *ders.*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985) 610–615; sowie nunmehr *Sebastian Lohsse*, Passing Over and Disinheritance in the Days of the Ius Commune, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 2.

²¹ Im Corpus Juris kommen das Noterbenrecht und unmittelbar damit zusammenhängende Fragen außer in Nov. 115 an verschiedenen Stellen zur Sprache. Hauptfundstellen sind die folgenden Titel: Inst. II, 13 (*De exheredatione liberorum*), Inst. II, 18 (*De inofficioso testamento*), D. 5, 2 (*De inofficioso testamento*), D. 28, 2 (*De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*), D. 37, 4 (*De bonorum possessio contra tabulas*), C. 3, 28 (*De inofficioso testamento*) und C. 6, 28 (*De liberis praeteritis vel exhereditatis*).

²² Vgl. etwa *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 520; dagegen *Paul Jörs / Wolfgang Kunkel / Leopold Wenger*, Römisches Recht⁴, hrsg. von Heinrich Honsell / Theo Mayer-Maly / Walter Selb (1987) 468.

²³ RG 30.6.1885 – Rep. III. 90/85, RGZ 14, 187, 190; vgl. auch *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 587. Die Entscheidung des Reichsgerichts befasst sich mit einer der Voraussetzungen des Noterbenrechts der Geschwister, nämlich dass der Erblasser ihnen eine *turpis persona* vorgezogen hat; dazu C. 3, 28, 27; Inst. II, 18, 1; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 517; *Coing*, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 612; vgl. auch bereits oben, Fn. 16.

die Weitergeltung des älteren formellen Noterbenrechts, entweder nur hinsichtlich der Voraussetzungen einer gültigen Ausschließung des geschützten Personenkreises oder auch in Betreff der Wirkungen einer ungültigen Ausschließung.²⁴ Vertreter des sogenannten „Additional systems“ standen hier den Befürwortern des „Derogation systems“ gegenüber, die eine Fortgeltung des *ius vetus* insoweit verneinten.

Besonders unklar und umstritten war aber eine ganz grundlegende Frage: Was war überhaupt die Natur der Ungültigkeit von Erbeinsetzungen, durch die ein Noterbe in nicht gehöriger Weise übergangen worden war? War das Recht, das die Novelle 115 dem Noterben gab, ein Anfechtungsrecht, das im Klagewege verfolgt werden musste („Inoffiziositätssystem“), war die den Noterben ausschließende Erbeinsetzung *ipso iure* nichtig („Nullitätssystem“), oder galt in bestimmten Konstellationen das eine, in anderen das andere („gemischtes System“)?²⁵ Auch die Vertreter des Nullitätssystems (darunter bereits die Glossatoren Martinus und Hugo, später dann Donellus, Glück und Dernburg) waren in wesentlichen Punkten uneinig.²⁶ Die moderne Romanistik vermutet, dass die Vertreter des Inoffiziositätssystems das Richtige trafen.²⁷ Das bedeutet, dass es sich bei dem Recht des Noterben im Grunde um die *querela inofficiosi testamenti* gehandelt hätte. Erörtert wurde ferner, ob sich die von Justinian in Novelle 18, 1 aus dem Jahre 536 n. Chr. dekretierte Erhöhung des Pflichtteils von einem Viertel des Intestaterbteils jedenfalls auf ein Drittel und sogar auf die Hälfte, sofern der Intestaterbteil weniger als ein Viertel des Nachlasses beträgt,²⁸ nur auf Kinder (und weitere Abkömmlinge) oder auf alle Verwandten bezog, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge zur Erbschaft berufen gewesen wären.²⁹ Herrschend war die letztere Ansicht.

Zunehmend als Anachronismus angesehen wurde im Laufe der Zeit die mit dem Gebot der Erbeinsetzung in der Novelle 115 intendierte Ehrerweisung gegenüber Vorfahren und Abkömmlingen (*honoris institutionis*), und so „half man sich über das Unbegreifliche der Vorschrift und ihre Härten dadurch hinweg, dass man in jeder letztwilligen Verfügung an den Descendenten oder Ascendenten im Zweifel eine Erbeinsetzung [...] sah“.³⁰ Auch die in der Novelle 115 detailliert aufgelisteten Gründe (vierzehn für Ab-

²⁴ Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 592; Dernburg, Pandekten (Fn. 12) § 145; eingehend auch zum älteren *ius commune* zuletzt Lohsse, Passing Over (Fn. 20) sub II.–IV.

²⁵ Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 591; Dernburg, Pandekten (Fn. 12) § 154; eingehend auch zum älteren *ius commune* zuletzt Lohsse, Passing Over (Fn. 20) sub II.–IV.

²⁶ Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 591.

²⁷ Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 521.

²⁸ Dazu Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 519; Zimmermann, Protection (Fn. 3) sub VI.

²⁹ Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 580; Dernburg, Pandekten (Fn. 12) § 150 (bei Fn. 4); dazu auch Lohsse, Passing Over (Fn. 20) sub IV. (iii).

³⁰ Dernburg, Pandekten (Fn. 12) § 152.

kömmlinge, acht für Vorfahren),³¹ aus denen ein an sich Pflichtteilsberechtigter gänzlich enterbt werden konnte, waren teilweise „ungeschickt und zweideutig“ formuliert³² und teilweise (so im Fall des Irrglaubens) „nicht mehr praktisch“.³³ Zudem wurde ihre Erweiterung auf ähnlich erscheinende Fälle zugelassen.³⁴

2. „... alle denkbaren Konstruktionen zugleich“

Da manche der erwähnten Streitfragen miteinander verschränkt waren und die für sie entwickelten Theorien in vielfacher Weise miteinander kombiniert werden konnten,³⁵ war die Rechtsanwendung mit großen Unsicherheiten behaftet. Und wenn man sieht, dass die einschlägige Kommentierung in Christian Friedrich Glücks 1790 begonnenem Pandektenkommentar einen Umfang von 2.102 Seiten erreichte (verteilt auf sieben Bände),³⁶ dann lässt sich nur konstatieren, dass das gemeinrechtliche Regelungsmodell Schiffbruch erlitten hatte. Als Vorbild für eine moderne Kodifikation des Pflichtteilsrechts eignete es sich in seiner überkommenen Form nicht, auch wenn es im Einzelnen durchaus weiterhin tragfähige Grundsätze und Ideen enthalten mochte. Das sah auch der bayerische Ministerialrat Gottfried von Schmitt, der als Mitglied der Ersten Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches und Verfasser des Vorentwurfs zum Erbrecht die wesentlichen Weichen für die Regelung des Pflichtteilsrechts im BGB stellte.³⁷ Damals gab es jedoch bereits eine Reihe anderer Regelungsmodelle, die von Schmitt bei der Erstellung seines Vorentwurfs denn auch im Einzelnen durchmusterte. Das Noterbenrecht gemeinrechtlicher Prägung ist, soweit ersichtlich, bis heute nur noch in San Marino anwendbar.³⁸

³¹ Vgl. oben, Fn. 15.

³² *Dernburg*, Pandekten (Fn. 12) § 153 Fn. 1.

³³ *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 590 Fn. 2.

³⁴ *Coing*, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 613.

³⁵ *Lohsse*, Passing Over (Fn. 20) sub III. und IV.

³⁶ *Christian Friedrich Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld: Ein Kommentar (1790ff.), hier Bd. VI, 527–580, Bd. VII, 1–490, Bd. XXXV, 76–480, Bd. XXXVI, 1–454, Bd. XXXVII, 1–465, Bd. XXXVIII, 1–117, Bd. LII, 80–200. *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11), widmen die §§ 575–593 ihres Lehrbuchs diesem Thema.

³⁷ Dazu ausführlich *Reinhard Zimmermann*, The Compulsory Portion in German Law, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 9. Zu Gottfried von Schmitt vgl. *Werner Schubert*, Einleitung, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Bd. I, hrsg. von dems. (1984) xvff.; *ders.*, Schmitt, Gottfried Ritter von, in: Neue Deutsche Biographie 23 (2007) 234f. Gottfried von Schmitt attestierte dem gemeinen Recht, es enthalte „alle denkbaren Konstruktionen zugleich“; vgl. unten Fn. 127.

³⁸ Dazu *Michaela Reinkenhof*, Die Anwendung von *ius commune* in der Republik San Marino (1997) 197–204.

III. Österreich: Der Weg zum ABGB

Als am einflussreichsten sollte sich das Modell erweisen, das sich in Österreich herausgebildet hatte und im ABGB kodifiziert worden war.³⁹ Im größten Teil Österreichs war das römische Noterbenrecht (das heißt die *legitima*) rezipiert worden, galt aber nur mit gewissen Modifikationen.⁴⁰ So hatten die Berechtigten keinen Anspruch auf Erbeinsetzung; vielmehr wurde ihnen die *legitima* häufig in Form eines Vermächtnisses hinterlassen.⁴¹ Berechtigter waren Abkömmlinge, teilweise auch Geschwister und andere Seitenverwandte (diese allerdings nur beim Fehlen von Abkömmlingen und in eher symbolischer Form), jedoch nicht Vorfahren.⁴² Was die Rechtsfolgen einer *Übergehung* von Berechtigten betraf, so wurde danach unterschieden, ob es sich um das Testament des Vaters oder der Mutter handelte (in dem einen Fall Nichtigkeit des Testaments, in dem anderen *querela inofficiosi testamenti*, wie bei der Enterbung). Bei der unbegründeten *Enterbung* galt die *querela inofficiosi testamenti*, bei einer Verkürzung der *legitima* die *actio ad supplementandam legitimam*.⁴³ In Tirol konnte demgegenüber der Erblasser nur über einen Bruchteil seines Vermögens letztwillig verfügen; alles andere verblieb den gesetzlichen Erben. Damit bestand hier kein Anlass zur Rezeption des römisch-gemeinen Noterbenrechts.⁴⁴

Das ABGB von 1811 enthielt dann unter der Überschrift „Von dem Pflichttheile und der Anrechnung in den Pflicht- oder Erbtheil“ eine (gemessen am Umfang des gesamten Gesetzbuches – 1502 Paragraphen) sehr ausführliche Regelung (§§ 762–796; diese Normen bilden eines von 16 Hauptstücken der ersten Abteilung [„Von den dinglichen Rechten“] des zweiten Teils [„Von dem Sachenrecht“] des ABGB, im Anschluss an die der gewillkürten und der gesetzlichen Erbfolge gewidmeten Hauptstücke).⁴⁵ Pflichtteilsberechtigt waren Abkömmlinge und, in Ermangelung von Abkömmlingen, nunmehr auch Vorfahren.⁴⁶ Abkömmlingen gebührte die Hälfte

³⁹ Dazu näher *Christiane Wendehorst*, Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection in Austria, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 8.

⁴⁰ Zum Folgenden *Gunter Wesener*, Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption (1957) 174–187; *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub I.2.; allgemein zur Rezeption des römischen Noterbenrechts in den deutschsprachigen Ländern *Otto Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. V^{1,2} (1885) 236–243.

⁴¹ *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 175.

⁴² *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 177–180.

⁴³ Näher dazu *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 182–186.

⁴⁴ *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 186 f.; *Stobbe*, Handbuch (Fn. 40) 243 f.

⁴⁵ Die zweite Abteilung des zweiten Teils des ABGB ist den „persönlichen Sachenrechten“, das heißt den Schuldverhältnissen gewidmet. In dieser systematischen Verankerung des Erbrechts im Rahmen eines umfassenden Vermögensrechts (*sub titulo* „Sachenrecht“) spiegelt sich noch das römische Institutionensystem.

⁴⁶ §§ 762 f. ABGB (1811).

ihres Intestaterbteils, Vorfahren ein Drittel.⁴⁷ § 763 ABGB bestimmte ausdrücklich, dass zwischen männlichen und weiblichen Nachkommen nicht unterschieden werden sollte, und auch nicht zwischen ehelicher und unehelicher Geburt (soweit unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht zustand).

Eine zukunftsweisende Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers kam im Gesetz nicht sehr deutlich zum Ausdruck und wurde schließlich durch Hofdekret von 1844 bestätigt: Der Pflichtteilsberechtigte hatte keinen Anspruch „auf verhältnismäßige Anteile an den einzelnen zur Verlassenschaft gehörenden beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur auf den nach der gerichtlichen Schätzung berechneten Wert seines Erbteils“.⁴⁸ Es handelte sich also, wenngleich das Gesetz selbst den Pflichtteilsberechtigten als „Notherben“ bezeichnete,⁴⁹ um einen auf Zahlung einer Geldsumme gerichteten Anspruch gegen den Nachlass. Das war im vorkodifikatorischen Recht, soweit die *legitima* rezipiert worden war,⁵⁰ und auch noch im sogenannten Ur-Entwurf⁵¹ anders gewesen.

Der überlebende Ehegatte hatte kein Recht auf einen Pflichtteil. Insoweit setzte der Gesetzgeber darauf, dass eine Versorgung des Ehegatten bereits im Wege einer Ausstattung oder eines Ehepaktes sichergestellt worden war.⁵² Nur soweit das nicht der Fall war und „so lange [der Ehegatte] nicht zur zweyten Ehe schreitet“, gebührte ihm „der mangelnde anständige Unterhalt“.⁵³ Auch ein Pflichtteilsrecht für Geschwister lehnte der Gesetzgeber ab. Der Rechtsbehelf für übergangene oder zu Unrecht enterbte Pflichtteilsberechtigte war die Pflichtteilsklage, die der *actio ad supplendam legitimam* nachgebildet war.⁵⁴ Die *querela inofficiosi testamenti* fand keinen Eingang in das

⁴⁷ §§ 765 f. ABGB (1811).

⁴⁸ Zitiert nach *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 176. Vgl. aber auch bereits *Franz Edler von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Bd. II/2 (1812) § 784 (S. 801), der von einem „numerären Betrag“ des den Pflichtteilsberechtigten zustehenden „Quot-Theils“ spricht.

⁴⁹ § 764 ABGB (1811): „Der Erbtheil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heißt: Pflichttheil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Notherben genannt“. Es handelt sich hier um eine jener Definitionsnormen ohne juristisch-technischen Gehalt, für die das ABGB bekannt ist; *Konrad Zweigert / Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996) 161.

⁵⁰ *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 176, der dazu bemerkt, dass trotz der starken Entwicklung der Geldwirtschaft im 16. Jahrhundert die Naturalwirtschaft noch so vorherrscht habe, dass eine Abfindung des Pflichtteilsberechtigten in Geld nicht zulässig erschienen sei. Insbesondere habe man Liegenschaften im Hinblick auf deren große wirtschaftliche Bedeutung dem Pflichtteilsberechtigten nicht völlig entziehen können.

⁵¹ Zur Redaktionsgeschichte des ABGB vgl. insoweit die von *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) Fn. 22, angegebenen Quellen.

⁵² *Zeiller*, Commentar (Fn. 48) § 796 (S. 824 f.).

⁵³ § 796 ABGB (1811).

⁵⁴ § 775 ABGB (1811).

ABGB. Damit verstärkte der österreichische Gesetzgeber die schon im römischen Recht spürbare Tendenz, das Testament in möglichst weitgehendem Umfang aufrechtzuerhalten.

Die Pflichtteilsentziehung hieß (und heißt) in Österreich „Enterbung“. Sie konnte aus einer Reihe von Gründen erfolgen, die in §§ 768f. ABGB (1811) niedergelegt waren, außerdem wegen aller Handlungen, die zur Erbunwürdigkeit führen (§ 770 i. V. m. §§ 540–542 ABGB (1811)).

IV. Frankreich: Der Weg zum Code civil

1. Ursprünge

Das soeben erwähnte Regelungsmodell in Tirol lässt sich als System der „Erbchaftsreserve“⁵⁵ oder auch der (familiären) „Verfangenschaft“⁵⁶ bezeichnen. Die prominenteste kodifizierte Version dieses Systems im 19. Jahrhundert fand sich im Code civil von 1804. Dessen einschlägige Vorschriften (Art. 913–930)⁵⁷ hatten eine ebenso interessante wie bewegte Geschichte.⁵⁸ Sie führt zurück auf das frühmittelalterliche „germanische“ Gewohnheitsrecht.⁵⁹ Wie im frühen römischen Recht war eine gewillkürte Erbfolge unbekannt.⁶⁰ Allerdings bestand, etwa bei den Franken, die Möglichkeit, die

⁵⁵ *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 40) 187.

⁵⁶ *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II (1989) 631.

⁵⁷ Der Code civil widmete (und widmet) dem Noterbenrecht der nächsten Verwandten eines von neun Kapiteln von Titel II seines dritten Buches („Des différentes manières dont on acquiert la propriété“). Dieser Titel II befasst sich mit Schenkungen und Testamenten als Formen von „libéralités“. Das hier einschlägige Kapitel III trug im Code civil (1804) den Titel „De la portion de biens disponible, et de la réduction“ (heute: „De la réserve héréditaire, de la quotité disponible et de la réduction“). Dadurch wird deutlich, dass überhaupt nur über einen Teil des Vermögens im Wege der Schenkung oder eines Testaments verfügt werden kann. Das Noterbenrecht wird damit nicht als Einschränkung einer prinzipiell gegebenen Testierfreiheit verstanden.

⁵⁸ Dazu näher *Marta Peguera Poch*, Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil: La légitime en pays de coutumes (XVIe–XVIIIe siècles) (2009); *Thomas Rüfner*, Customary Mechanisms of Family Protection: Late Medieval and Early Modern Law, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) Kap. 3, sub II.; Überblick auch bei *Coing*, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 616–618.

⁵⁹ „[...] beruht letzten Endes auf mittelalterlichen germanischen Rechtsvorstellungen“; *Coing*, Europäisches Privatrecht II (Fn. 56) 631. Der Ausdruck „germanisch“ ist allerdings problematisch, schon weil es keinen einheitlichen Typus des „Germanen“ gab; vgl. etwa *Johannes Liebrecht*, Germanenrechte, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts* (Fn. 4) 693–698, 693.

⁶⁰ *Tacitus*, *Germania*, Kap. XX: „Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullo testamentum“. Dazu *Stobbe*, *Handbuch* (Fn. 40) 170f.; *Hans-Rudolf Hagemann*, *Erbrecht*, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*², Bd. I (2008) Sp. 1370–1383, 1376; vgl. aber auch *Ulrike Seif*, *Römisch-kanonisches Erbrecht in mittelalterlichen deutschen Rechtsaufzeichnungen*, *ZRG Germ.* Abt. 122 (2005) 87–112; *Adrian Schmidt-Recla*, *Kalte oder war-*

Person, die das Vermögen erhalten sollte, in die Familie aufzunehmen (Af-fatomie).⁶¹ Das war ein erster Schritt weg von der „natürlichen“ Erbfolgeordnung. Einen Einbruch in die prinzipielle Familiengebundenheit (oder familiäre Verfangenschaft) des Vermögens brachte aber erst die Möglichkeit, einen Teil des Vermögens (den sogenannten Freiteil) für fromme Zwecke zu bestimmen. Solche Vergabungen erfolgten zunächst durch erbrechtlich motivierte Verfügungen unter Lebenden.⁶² Sie wurden von der Kirche gefördert und geschützt, denn zum einen kamen sie ihr zugute und zum anderen dienten sie dem Seelenheil des Verstorbenen. Noch besser eignete sich hierfür allerdings das Testament, das seine Renaissance im Hochmittelalter denn auch der Kirche verdankt.⁶³ Da das Testament damit ein im Wesentlichen spirituelles Instrument geworden war, wurde das römische Testamentsrecht nicht unverändert übernommen, sondern in mancherlei Hinsicht⁶⁴ modifiziert. Das galt, was Frankreich betrifft, sowohl für den vom römischen Recht dominierten Süden (die *pays de droit écrit*) als auch für den Norden, wo die traditionellen lokalen Gewohnheiten von zentraler Bedeutung blieben (also in den *pays de droit coutumier*).

me Hand? – Verfügungen von Todes wegen in mittelalterlichen Referenzrechtsquellen (2011) 17–29.

⁶¹ Vgl. die Nachweise in Reinhard Zimmermann, Heres fiduciarius? – Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: *Itinera Fiduciae: Trust und Treuhand in Historical Perspective*, hrsg. von Richard Helmholz / Reinhard Zimmermann (1998) 267–304, 277f. Anders neuerdings Schmidt-Recla, Kalte oder warme Hand? (Fn. 60) 131–157; vgl. auch Stobbe, Handbuch (Fn. 40) 170–174.

⁶² *Donatio post obitum* bzw. *donatio reservato usufructu*; dazu Stobbe, Handbuch (Fn. 40) 175–179; Werner Ogris, Testament, in: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. V (1998) Sp. 151–165, 154f.; Hagemann, Erbrecht (Fn. 60) Sp. 1376f.; Coing, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 564f.; Seif, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 87–112.

⁶³ Es verdrängte im Laufe der Zeit die deutschrechtlichen Vergabungen und wurde damit zu einem Mittel für den Testator, sich zur Rettung seiner Seele einen Schatz im Himmel zu bereiten (wie in Matth. 6,19 und 20 empfohlen); näher dazu Stobbe, Handbuch (Fn. 40) 195–201. Seif, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 87–112, hebt hervor, dass die Ausgestaltung der Vergabungen in den einheimischen Rechten schon vor der Rezeption „auf dem Weg zum Testament“ war (111). Noch weiter geht Schmidt-Recla, Kalte oder warme Hand? (Fn. 60) *passim*: Das merowingisch-karolingische und das sächsische Recht des frühen und hohen Mittelalters hätten Verfügungen von Todes wegen gekannt.

⁶⁴ Zu den Formprivilegien im Recht der frühen Neuzeit vgl. etwa Nils Jansen, Testamentary Formalities in Early Modern Europe, in: *Testamentary Formalities*, hrsg. von Kenneth G. C. Reid / Marius de Waal / Reinhard Zimmermann (2011) 27–50, 35–42. Vgl. in dem Zusammenhang Matth. 18,16 und *Decretales Gregorii IX.*, Lib. III, Titl. XXVI, Cap. X, sowie allgemein Stobbe, Handbuch (Fn. 40) 225–236.

2. Die *réserve coutumière*

Besonders einflussreich für Wissenschaft und Praxis war, was das *droit coutumier* betraf, die „Coutume de la prévôté et vicomté de Paris“, die 1510 („Ancienne Coutume“) und 1580 („Nouvelle Coutume“) schriftlich dokumentiert wurde. Ihr wichtigster Vorläufer waren die Coutumes de Beauvaisis aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts. Durchgängig finden wir hier eine Eigenheit, die das französische Erbrecht bis heute prägt. Für die Römer war die Erbeinsetzung „caput et fundamentum“, also zentraler Bestandteil des Testaments gewesen.⁶⁵ Dieses Wirksamkeitserfordernis wurde nicht übernommen. Vielmehr waren Testamente ohne Erbeinsetzung nicht nur möglich, sondern entsprachen einer Norm, die später vielfach so formuliert wurde: *institution d'héritier n'a lieu*.⁶⁶ Damit wirkte (und wirkt) hier der alte Gedanke fort, wonach die Einsetzung eines Erben das Werk Gottes, nicht des Menschen, ist: *Solus Deus heredem facere potest, non homo*.⁶⁷ Erben waren stets die gesetzlichen Erben – und damit die nächsten Verwandten des Erblassers, zumeist also seine Kinder. Der Testator konnte (und kann) lediglich Vermächtnisse aussetzen, die spezielle Gegenstände, einen Teil des Nachlasses oder auch den gesamten Nachlass erfassen, soweit er darüber Verfügungsbefugt ist.⁶⁸

Diese Verfügungsbefugnis, und das war eine zweite Eigenheit der beiden erwähnten (und anderer) Coutumes, betraf nur einen vergleichsweise kleinen Teil des Nachlasses; das war die später so genannte *quotité disponible*. Der Rest (und damit vielfach der größte Teil) des Nachlasses war für die (gesetzlichen) Erben reserviert. Das war die *réserve coutumière*. Sie bestand aus vier Fünfteln des ererbten Immobilienbesitzes (*héritage* oder *propres*). Über das fünfte Fünftel, über das vom Erblasser erworbene Immobiliärvermögen (*acquêts*) und über seine bewegliche Habe konnte der Erblasser frei verfügen.⁶⁹ Im Laufe der Zeit kam es nun zur Etablierung eines zweiten Schutzmechanismus für die gesetzlichen Erben, und zwar durch Rezeption der Grund-

⁶⁵ Gaius, Institutiones, II, 229.

⁶⁶ Jean-Philippe Lévy / André Castaldo, Histoire du droit civil² (2010) Nr. 865, 906; Coing, Europäisches Privatrecht II (Fn. 56) 609; Christoph Döbereiner, Frankreich, in: Erbrecht in Europa³, hrsg. von Rembert Süß (2015) Rn. 91.

⁶⁷ Zimmermann, Heres fiduciarius? (Fn. 61) 277, 292.

⁶⁸ Noch heute kann der Nachlass nach französischem Recht nur im Wege von Vermächtnissen verteilt werden. Die Rechtsstellung eines Universalvermächtnisnehmers ist freilich derjenigen eines Erben weitgehend angeglichen; vgl. im Überblick etwa Döbereiner, Frankreich (Fn. 66) Rn. 90–93. Die Fortgeltung der Maxime *institution d'héritier n'a lieu* ist demzufolge vor allem Bewahrung einer überkommenen Tradition.

⁶⁹ Rüfner, Customary Mechanisms (Fn. 58) sub II.2.(a); vgl. auch Coing, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 616. Nach anderen *coutumes* betrug die *réserve* zwei Drittel der *héritages*; Überblick über die regionalen Variationen bei Peguera Poch, Aux origines (Fn. 58) 34–44; Lévy / Castaldo, Histoire du droit civil (Fn. 66) Nr. 960–962.

idee der römischen *legitima*, die im Süden Frankreichs, in den Ländern des *droit écrit*, die einzige Beschränkung der Testierfreiheit darstellte.⁷⁰ Schon in den *Coutumes de Beauvaisis* finden sich Vorschriften, die deutlich vom römischen Recht inspiriert sind, auch wenn dessen Terminologie nicht benutzt wurde.⁷¹ In die jüngere Version der *Coutume de Paris* wurde dann eine Vorschrift aufgenommen, wonach Abkömmlingen die Hälfte des Anteils zustand, den sie ohne Vorliegen eines Testaments geerbt hätten. Dieser hälftige Anteil hieß *légitime*, und Berechnungsgrundlage war der gesamte Nachlass, nicht nur ein Teil desselben.⁷² Auf welchen Schutzmechanismus gegen die Erblasserwillkür, die *réserve* oder die *légitime*, sich ein Abkömmling berief, stand in seinem Ermessen.⁷³

Die Gründe für diesen Vorgang der Rezeption lassen sich schwer konkretisieren; die kulturelle Dominanz des römischen Rechts mag eine Rolle gespielt haben, ebenso der relative Bedeutungszuwachs von beweglichem Vermögen und *acquêts* im Vergleich zur *héritage* sowie gewisse Schutzdefizite bezüglich der *réserve*.⁷⁴ Gleichzeitig begann damit ein Prozess der Verschmelzung von *réserve* (die zunehmend als *légitime coutumière* bezeichnet wurde) und *légitime* (oder *légitime de droit*); beide Institutionen wurden in derselben Weise (nämlich als Teil des Nachlasses, über den der Erblasser nicht disponieren konnte) konzeptualisiert, und die Enterbungsgründe aus der Novelle 115 wurden auf beide angewandt.⁷⁵ Das Noterbenrecht ist damit ein charakteristisches Beispiel für die allmähliche Herausbildung eines gemeinfranzösischen Zivilrechts auf der Grundlage von *Coutumes* und römischem Recht.

⁷⁰ Lévy / Castaldo, *Histoire du droit civil* (Fn. 66) Nr. 963–965; vgl. auch Peguera Poch, *Aux origines* (Fn. 58) 81–102. Zur „pénétration de la légitime de droit dans les pays de droit coutumier“ vgl. Lévy / Castaldo, *Histoire du droit civil* (Fn. 66) Nr. 966–969; Rüfner, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.2.(b) sowie vor allem Peguera Poch, *Aux origines* (Fn. 58), deren Buch diesem Thema gewidmet ist.

⁷¹ Philippe de Beaumanoir, *Les Coutumes de Beauvaisis*, nouvelle édition par le Comte Beugnot, Bd. I (1842) 187 f. (Kap. XII, 17 f.); dazu Rüfner, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.1.

⁷² Titel XIV Art. CCXCVIII (mit Erläuterungen), in: *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*², hrsg. von Claude de Ferrière, Bd. IV (Paris, 1714); dazu Rüfner, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.2.(b).

⁷³ Peguera Poch, *Aux origines* (Fn. 58) 234–237.

⁷⁴ Rüfner, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.2.(b); Peguera Poch, *Aux origines* (Fn. 58) Teil I, Kap. II (unter der Überschrift „facteurs favorisant la pénétration de la légitime en pays de coutumes“).

⁷⁵ Peguera Poch, *Aux origines* (Fn. 58) 259–271; Rüfner, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.3.(a); Cécile Pérès, *Compulsory Portion in France*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) sub II.1.

3. *Réserve* und *quotité disponible* im Code civil

Man hätte nun denken sollen, dass infolge der Französischen Revolution alle Beschränkungen der Testierfreiheit fallen gelassen worden wären. Das Gegenteil war der Fall.⁷⁶ Erblasser durften, soweit Kinder vorhanden waren, über nicht mehr als ein Zehntel ihres Vermögens verfügen, ansonsten über ein Sechstel, und auch das nur zugunsten von familienfremden Personen. Dahinter stand vor allem das Anliegen, die Vermögen adliger Familien zu zerschlagen, verbunden mit dem Wunsch, eine Ungleichbehandlung der Kinder zu verhindern. Insbesondere sollte dafür gesorgt werden, dass nicht mehr, wie zuvor vielfach üblich, der älteste Sohn das gesamte Vermögen erhielt. Die dadurch bewirkte fast vollständige Abschaffung der Testierfreiheit in den Jahren nach 1789 wurde zwar bereits 1800 wieder abgemildert, indem dem Testator gestattet wurde, über einen Kindesteil, jedoch nicht mehr als ein Viertel der Erbschaft, frei zu disponieren;⁷⁷ doch erst der Gesetzgeber des Code civil knüpfte wieder an das *ancien droit* an.⁷⁸ Ein Teil des Vermögens war für die Kinder,⁷⁹ bei Fehlen von Kindern für die Vorfahren reserviert (*réserve*), die damit insoweit nach den Regeln des Intestaterbrechts zu Erben wurden. Über den Rest seines Vermögens konnte der Erblasser frei verfügen.⁸⁰ Diese *quotité disponible* betrug bei Vorhandensein eines Kindes die Hälfte, bei zwei Kindern ein Drittel und bei drei oder mehr Kindern ein Viertel des Vermögens des Erblassers. Sofern lediglich Vorfahren vorhanden waren, betrug die *quotité disponible* die Hälfte bzw. drei Viertel, je nachdem, ob die Vorfahren zur väterlichen und mütterlichen Linie oder nur zu einer von ihnen gehörten.⁸¹ Hatte der Erblasser über mehr als die *quotité*

⁷⁶ Hierzu und zum Folgenden ausführlich *Peguera Poch*, *Aux origines* (Fn. 58) 273–302; vgl. ferner *Lévy / Castaldo*, *Histoire du droit civil* (Fn. 66) Nr. 970–972; *Rüfner*, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.3.(b); *Pèrès*, *Compulsory Portion* (Fn. 75) sub II.2.; *Markus Alexander Plessner*, *Jean Etienne Marie Portalis und der Code civil* (1997) 176 f.

⁷⁷ An einem Kindesteil hatten sich bereits die lateinischen Kirchenväter orientiert; vgl. *Decretum Gratiani*, *Secunda Pars*, *Causa XIII*, *Quaest. II*, c. VIII (ein Exzerpt aus *Augustinus*, *Sermones duo de vita clericorum*) und *Jan Hallebeck*, *Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum: Should the Portio Christi be Restricted to a Child's Share?*, in: *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2012) 79–102. Auf diese seltsame Parallele weist auch *Rüfner*, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.3.(b), hin.

⁷⁸ Dazu etwa *Peguera Poch*, *Aux origines* (Fn. 58) 303–314.

⁷⁹ Einschließlich, gegebenenfalls, der weiteren Abkömmlinge: Art. 914 Code civil (1804).

⁸⁰ Der überlebende Ehegatte zählte – als jemand, der nicht mit dem Erblasser blutsverwandt war und in diesem Sinne nicht zu seiner Familie gehörte – nicht zu den Noterben. Seit 1891 stand ihm ein Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zu; vgl. zunächst Art. 205, seit 1972 Art. 207-1 Code civil. Dazu *François Terré / Yves Lequette / Sophie Gaudemet*, *Droit civil: Les successions – Les Liberalités*⁴ (2013) Nr. 193; *Murad Ferid*, Frankreich, in: *Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann*, *Internationales Erbrecht* (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) Rn. 79.

⁸¹ Art. 913 f. Code civil (1804).

disponible verfügt, so waren seine Verfügungen entsprechend zu kürzen; hierfür konnte sich der *héritier à réserve* einer Herabsetzungsklage (*action en réduction*, mit der Folge einer *réduction en nature*) bedienen. Dieses Regelungsmodell spiegelt Elemente des *droit coutumier* (insbesondere das Konzept einer *réserve*), aber auch der *legitima* (die *réserve* war ein Teil des gesamten Vermögens des Erblassers, nicht nur seines Immobilienvermögens) wider.⁸² Ausgeschlossen sein konnte (und kann) der Erbe von seinem Erbrecht nur aufgrund von Erbnunwürdigkeit (Art. 727 Code civil); eine Enterbung kennt das französische Recht nicht. Das wird mit dem Prinzip *institution d'héritier n'a lieu* zusammenhängen.⁸³

V. Die Rechtsentwicklung in England bis zum Ende des 19. Jahrhunderts

Das englische Recht gilt als diejenige Rechtsordnung in Europa, in der die Testierfreiheit besonders hoch geachtet wird.⁸⁴ Auch in den Debatten um die Einführung eines Pflichtteilsrechts in Deutschland wurde darauf Bezug genommen, dass in England „volle, absolute Testierfreiheit“ bestehe.⁸⁵ Das ist jedoch nur insoweit richtig, als ein Erblasser in England seiner-

⁸² *Rüfner*, Customary Mechanisms (Fn. 58) sub II.3.(b). Eine hervorragende Darstellung des französischen Regelungssystems findet sich bei *Karl Salomo Zachariä von Lingenthal*, Handbuch des Französischen Civilrechts, in der Bearbeitung von Carl Crome, Bd. IV⁸ (1895) §§ 598, 687–696. Den egalitären Hintergrund analysiert *Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts (2004) 37–55.

⁸³ Wenn ein Erbe (durch einen Menschen) nicht eingesetzt werden kann, so kann ein Mensch ihm auch nicht seine Stellung als Erbe entziehen: Die Erbenstellung ist unverfügbar. Das schließt nicht aus, dass ein Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen wird, wenn er sich als unwürdig erweist.

⁸⁴ Vgl. etwa *Dieter Henrich*, Großbritannien, in: *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) Rn. 98.

⁸⁵ *Gottfried von Schmitt*, Begründung des Entwurfes eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich (1879), in: *Vorlagen der Redaktoren* (Fn. 37) 163. Die Frage, „[o]b und in wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung eingeschränkt werden soll?“, wurde auf die Agenda des 14. Deutschen Juristentages im Jahre 1878 gesetzt; vgl. *Friedrich W. B. Meyersburg* und *Carl Georg Bruns*, in: *Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages*, Bd. I (1878) 50–71 und 72–112. Interessanterweise sympathisierten beide Gutachter, der eine ein Richter, der andere Professor an Deutschlands führender juristischer Fakultät, mit dem englischen Recht und empfahlen ein von der Idee der Testierfreiheit inspiriertes Regime. Meyersburg empfahl die Anerkennung eines Unterhaltsanspruchs für bedürftige Angehörige. Zu der von ihm damit befürworteten Abschaffung eines Pflichtteilsrechts berief er sich auf das englische Recht und merkte an: „Wir betrachten in Deutschland und wohl mit Grund englische soziale und politische Zustände mit größerer Sympathie als z. B. französische oder gar die Zeiten und Menschen des römischen Kaiserreichs. Einer deutschen Bevölkerung wird daher im Zweifel eine erbrechtliche Gesetzgebung, bei welcher das englische Familienleben bestehen konnte, mehr zusagen, als ein römisches oder modernes französisches Recht“ (S. 70f.). (*Nota bene*: In England wurde ein derartiger Unterhaltsanspruch erst 1938 einge-

zeit nicht durch ein Noterbenrecht in seiner Dispositionsmöglichkeit eingeschränkt war und auch keine Pflichtteilsansprüche gegen ihn erhoben werden konnten. So ist es bis heute. Der historische Ausgangspunkt ist jedoch ein anderer.⁸⁶ Prägend war in England bis 1925 die Unterscheidung von *realty* und *personalty*, die in etwa derjenigen zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen entspricht.⁸⁷ Für beide Vermögensmassen galten unterschiedliche Erbfolgeregelungen. Die Jurisdiktion über *personalty* lag bis 1858 bei den Kirchengengerichten (*ecclesiastical courts*).⁸⁸ Gestützt auf eine alte und zählbeige Idee und damit „according to the customs of England“, gewährten sie zunächst nur eine auf ein Drittel des beweglichen Nachlasses beschränkte Testierfreiheit, während die Witwe und die Kinder des Erblassers jeweils die anderen beiden Drittel erhielten.⁸⁹ Die Kirche favorisierte jedoch auch in England die testamentarische gegenüber der Intestaterbfolge und so hatte sich in Teilen Englands schon im 15. Jahrhundert die volle Testierfreiheit durchgesetzt; in anderen Teilen des Landes (zum Beispiel London) zog sich die Entwicklung bis ins frühe 18. Jahrhundert hin.⁹⁰

Alle Streitigkeiten über *realty* kamen vor die *common law*-Gerichte. Hier bestand für den Erblasser zunächst überhaupt keine Dispositionsmöglichkeit, denn *realty* ging an den Erben, und als Erbe („heir“) kam ausschließlich ein Blutsverwandter in Betracht, in erster Linie der älteste Sohn des Erblassers bzw., wenn dieser vorverstorben war, der älteste Sohn des ältesten Sohnes. Das änderte sich mit dem Statute of Wills (1540), durch das es dem Erblasser gestattet wurde, testamentarisch über sein Grundvermögen zu verfügen; die letzte darin noch vorgesehene Beschränkung fiel infolge des Military Tenures Abolition Act 1660.⁹¹ Freilich wurde diese Verfügungsbeugnis im Jahre 1736 durch ein Gesetz „to Restrain the Disposition of Lands, Whereby the Same Become Unalienable“ (oder auch Mortmain Act – abgeleitet von *manus mortua*) beschränkt; Land durfte nun nicht mehr letztwillig „for the benefit of any charitable uses whatsoever“ hinterlassen werden.⁹²

führt.) Bruns empfahl demgegenüber die Etablierung eines Pflichtteilsrechts, jedoch beschränkt auf Fälle, in denen der Erblasser zugunsten anderer Personen als seiner Kinder oder seines Ehegatten verfügt hatte.

⁸⁶ Zum Folgenden *Roger Kerridge*, Family Provision in England and Wales, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 13; *Kenneth G.C. Reid*, Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition, in: Mandatory Family Protection (Fn. 2) Kap. 23 sub II.1.

⁸⁷ Vgl. etwa *John Baker*, An Introduction to English Legal History⁵ (2019) 241, 317, 403–406.

⁸⁸ Zur *probate jurisdiction* der *ecclesiastical courts* für Mittelalter und frühe Neuzeit allgemein *Richard Helmholz*, The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s (= Bd. I der Oxford History of the Laws of England) (2004) 387–432.

⁸⁹ *Helmholz*, Canon Law (Fn. 88) 425.

⁹⁰ *Helmholz*, Canon Law (Fn. 88) 425 f.; *Kerridge*, Family Provision (Fn. 86) sub II.

⁹¹ Dazu etwa *Baker*, Introduction (Fn. 87) 276 f.; *Richard D. Oughton / E.L.G. Tyler*, Tyler's Family Provision³ (1997).

⁹² Dazu *Kerridge*, Family Provision (Fn. 86) sub III. Ausnahmen waren vorgesehen für die

Dieses gegen die Kirche gerichtete Gesetz wurde erst im Jahre 1891 aufgehoben.

Schon 1833 war eine weitere Einschränkung der Testierfreiheit gefallen, die im englischen Recht jahrhundertlang anerkannt gewesen war: das lebenslange Nutzungsrecht der Witwe des Erblassers an einem Drittel von dessen *realty*. Dieses Recht, „*dower*“ genannt, fand sich nicht nur im englischen Gewohnheitsrecht, sondern auch in den nordfranzösischen *Coutumes*; dort hieß es „*douaire*“. Der *Dower Act* 1833 berechtigte Ehegatten, *dower* im Wege letztwilliger Verfügung auszuschließen; durch den *Administration of Estates Act* 1925 wurde es dann gänzlich abgeschafft. Ein Witwer hatte demgegenüber ein lebenslanges Nutzungsrecht an der gesamten *realty* seiner vorverstorbenen Gattin, soweit diese solche in die Ehe eingebracht hatte; diese Berechtigung hieß „*curtesy*“ und hatte ihre historische Grundlage in der Nutzungsbefugnis des Ehemanns an den Liegenschaften seiner Frau und den damit verbundenen Vasallenpflichten. Seit 1882 konnten Gattinnen *curtesy* durch letztwillige Verfügung vereiteln; wie *dower* wurde *curtesy* 1925 abgeschafft.⁹³

Die praktisch wirkungsvollste Beschränkung der Testierfreiheit lag allerdings in der Anerkennung von *trusts*, durch die Erblasser versuchten, ihr Grundvermögen auf Dauer in der Familie zu halten.⁹⁴ Diese Form privater Erbrechtssetzung wurde zwar Beschränkungen unterworfen, insbesondere durch die „*rule against perpetuities*“; dennoch konnte durch ingeniose Ausnutzung bestehender Gestaltungsmöglichkeiten im Wege eines *strict settlement* eine generationenübergreifende Bindung erzielt werden.⁹⁵ Auch wenn

beiden englischen Universitäten (und deren Colleges) sowie für die drei bekanntesten Schulen des Landes. Der *Mortmain Act* von 1736 ersetzte ältere, bis ins 13. Jahrhundert zurückreichende *mortmain*-Gesetze mit lehnsrechtlichem Hintergrund; dazu *Baker*, Introduction (Fn. 87) 262f. Ausführlich zum Gesetz von 1736 und seinem Hintergrund *Gareth Jones*, *History of the Law of Charity 1532–1827* (1969) 109–119. *Jan Peter Schmidt*, *Forced Heirship and Family Provision in Latin America*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) Kap. 7, weist in Fn. 34 darauf hin, dass es für eine kurze Zeit im 18. Jahrhundert auch in Portugal eine Art *mortmain*-Gesetzgebung gab als „thinly veiled attack on the Church as the primary recipient of bequests mortis causa“.

⁹³ Zu *dower* und *curtesy* im vorliegenden Zusammenhang näher *Reid*, *Common Law Tradition* (Fn. 86) sub II.1.(b); allgemein *Baker*, Introduction (Fn. 87) 289–291; zu *dower* in den nordfranzösischen *Coutumes* vgl. *Riifner*, *Customary Mechanisms* (Fn. 58) sub II.1.(b) und II.2.(d). *Reid* macht (sub II.2.) darauf aufmerksam, dass *dower* und eine der *dower* assimilierte *curtesy* auf den Kanalinseln bis heute fortleben (Jersey) bzw. erst im Jahre 2011 abgeschafft worden sind (Guernsey); vgl. dazu auch in allgemeinerem Zusammenhang *Phillip Hellwege*, *Die Rechte der Kanalinseln*, *ZEuP* 22 (2014) 762–792.

⁹⁴ Hierzu *Baker*, Introduction (Fn. 87) 309–312; *Kerridge*, *Family Provision* (Fn. 86) sub IV.; *Anatol Dutta*, *Warum Erbrecht?* (2014) 85–96.

⁹⁵ *Baker*, Introduction (Fn. 87) 313–316; *Kerridge*, *Family Provision* (Fn. 86) sub IV. (siehe auch Appendix sub 3.); *Dutta*, *Warum Erbrecht?* (Fn. 94) 66–70. Zum *strict settlement* ausführlich auch *Lloyd Bonfield*, *Marriage Settlements, 1601–1740: The Adoption of the Strict Settlement* (1983) 55–92.

eine solche Festlegung formell zunächst nur für eine Generation wirkte (so dass der Erbe des *settlor* nicht über das Land verfügen konnte), bestanden starke Anreize für den Erben, das *settlement* mit seinem eigenen Erben zu erneuern (*re-settlement*). Der Roman „Ralph the Heir“ von Anthony Trollope⁹⁶ hat ein solches, für die landbesitzende Klasse Englands typisches *settlement* – „[which] simply entailed the property on the male heir of the family in the second generation“ – zum Gegenstand. Dazu heißt es, dies sei „natural enough. It deprived the eldest son of nothing that would be his in accordance with the usual tenure of English primogeniture“. Das, was ihm somit zustand, war ein *life estate*, das heißt ein lebenslanges Nutzungsrecht. Die Üblichkeit derartiger *settlements* hatte zur Folge, dass vielfach der wertvollste Teil eines Familienvermögens nicht Gegenstand einer letztwilligen Verfügung sein konnte. Hinzu kamen Vermögensfestlegungen aus Anlass einer Eheschließung (*marriage settlements*), durch die das Vermögen der Ehefrau der Familie erhalten werden sollte. Die Möglichkeit, letztwillig rechtlich und faktisch unbeschränkt über sein Vermögen zu verfügen, bestand für einen Erblasser in England deshalb nur in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts, nachdem nicht nur der Mortmain Act von 1736 aufgehoben worden war und *dower* und *curtesy* vereitelt werden konnten, sondern auch *strict settlements* und *marriage settlements* ihre Attraktivität verloren hatten.⁹⁷

VI. Grundlagen des Pflichtteilsrechts des BGB

1. Zusammenfassung der „Gesamttzustände“

Wie etwa auch im Hinblick auf die Intestaterbordnung oder die testamentarischen Formvorschriften⁹⁸ gab es zu der Zeit, als das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch vorbereitet wurde, unterschiedliche Regelungsmo-

⁹⁶ Anthony Trollope, *Ralph the Heir* (1871; Reprint 1978), insbesondere Kap. X und XI. Dutta, *Warum Erbrecht?* (Fn. 94) 69f., und Kerridge, *Family Provision* (Fn. 86) sub IV. (siehe auch Appendix sub 4.), beziehen sich auf Jane Austens Roman „*Pride and Prejudice*“, für dessen Handlung ebenfalls ein *strict settlement* den Hintergrund bildet, das aber irrtümlich als „entail“ bezeichnet wird. Zur Begrifflichkeit vgl. den Anhang in Kerridge, *Family Provision* (Fn. 86) Appendix; ferner etwa Lloyd Bonfield, *Farewell Downton Abbey, Adieu Primogeniture and Entail: Britain's Brief Encounter with Forced Heirship*, *Am.J.Legal Hist.* 58 (2018) 478–504, 482–487. Der Artikel von Bonfield befasst sich mit zwei erfolglosen Versuchen in den Jahren 1836 und 1837, die Primogenitur als Intestaterbfolgeregel für Grundvermögen gesetzlich abzuschaffen.

⁹⁷ Das betont Kerridge, *Family Provision* (Fn. 86) sub V. („[...] when, for tax reasons, and for reasons linked with the rights of married women over their own property, strict settlements and marriage settlements were falling into disfavour“).

⁹⁸ Dazu Reinhard Zimmermann, *Intestate Succession in Germany*, in: *Intestate Succession* (Fn. 1) 181–223, 184–187; ders., *Testamentary Formalities in Germany*, in: *Testamentary Formalities* (Fn. 64) 175–220, 177–180.

delle, die von dem zuständigen Redaktor, Gottfried von Schmitt, allesamt sorgfältig analysiert wurden. Das französische Modell beruhte letztlich auf dem Gedanken eines gleichsam natürlichen Familienerbrechts,⁹⁹ das durch die Anerkennung der Testierfreiheit in einem gewissen Maße eingeschränkt wird. Das war für den BGB-Gesetzgeber der falsche Ausgangspunkt,¹⁰⁰ beruhte doch, wie von Schmitt dies ausdrückte, alles Privatrecht auf der Herrschaft des Individuums.¹⁰¹ Die „Wiederaufnahme voller Testierfreiheit in England“ erschien demgegenüber in Anbetracht der geschichtlichen Entwicklung als „ein zu neuer und territorial zu beschränkter Versuch“, als dass er „ohne Weiteres für probenhaltig geachtet werden könnte“.¹⁰² Somit empfahl sich eine Orientierung am österreichischen Recht und an den beiden wichtigsten deutschen Kodifikationen vor dem BGB, dem Preußischen Allgemeinen Landrecht¹⁰³ und dem sächsischen BGB,¹⁰⁴ die allesamt, wie ja auch das gemeine Recht, den Versuch unternahmen, eine Balance zwischen Testierfreiheit und dem historisch seit Jahrhunderten anerkannten und vom allgemeinen Volksbe-

⁹⁹ In diesem Sinne auch etwa *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821, 4. Aufl. durch Johannes Hoffmeister, 1955) §§ 170–172, 178–180; vgl. ferner *Diethelm Klippel*, Familie versus Eigentum: Die naturrechtlich-philosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert, ZRG Germ. Abt. 101 (1984) 117–168, 158–163.

¹⁰⁰ *von Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 170. Der Gang der historischen Entwicklung (von der ursprünglichen Familienerbfolge zur Testierfreiheit) sei nicht unnatürlich; er bekunde nur „den tief in der menschlichen Natur und vorzüglich im deutschen Wesen liegenden Zug nach Individualisierung. [...] Hielten die Romanen die Idee der Familienerbfolge fest, so sind wir eben keine Romanen; die Länder rheinischen Rechts haben das französische Recht nicht nach eigener Wahl erhalten“.

¹⁰¹ *von Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 168.

¹⁰² *von Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 172.

¹⁰³ Im PrALR war das Pflichtteilsrecht nicht zusammenhängend geregelt. Zum Pflichtteil von Abkömmlingen vgl. §§ 391–480 II 2 PrALR (als Teil von Abschnitt 5 „Von der Erbfolge der Kinder und anderer Verwandten in absteigender Linie“ des Titels 2 „Von den wechselseitigen Rechten und Pflichten der Aeltern und Kinder“); zum Pflichtteil von Vorfahren vgl. §§ 501–518 II 2 PrALR (als Teil von Abschnitt 6 „Von der Erbfolge der Aeltern und anderer Verwandten in aufsteigender Linie“ des eben erwähnten Titels 2); zum Pflichtteil der Geschwister vgl. § 33 II 3 PrALR (als Teil von Titel 3 „Von den Rechten und Pflichten der übrigen Mitglieder einer Familie“); zum Pflichtteil des überlebenden Ehegatten vgl. §§ 631–633 II 1 PrALR (als Teil von Abschnitt 7 „Von Trennung der Ehe durch Tod“ des Titels 1 „Von der Ehe“). Weitere Vorschriften finden sich an anderen Stellen, etwa eine Regelung der Frage, inwieweit das Erbrecht milder Stiftungen den Erbeil kürzt (§§ 50–75 II 19 PrALR, als Teil von Titel 19 „Von Armenanstalten und andern milden Stiftungen“).

¹⁰⁴ §§ 2564–2617 Sächsisches BGB (als siebte von acht Abteilungen des fünften Teils des Gesetzbuches „Das Erbschaftsrecht“). Die Gliederung ist interessant insoweit, als den Bestimmungen über den Pflichtteil der Verwandten und des Ehegatten gemeinschaftliche Bestimmungen nachgeschaltet sind.

wusstsein getragenen Gedanken einer Mindestbeteiligung der nächsten Familienangehörigen am Nachlass zu erreichen.¹⁰⁵

Damit ließ sich auch am besten das vom Bundesrat gebilligte Arbeitsprogramm der Ersten Kommission umsetzen, „das den Gesamtzuständen des deutschen Rechts entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizierend zusammen[zul]fassen“:¹⁰⁶ also eine Art integratives Restatement des geltenden Rechts vorzubereiten. Aufgabe des BGB-Gesetzgebers war es nach eigener Einschätzung nicht, Sozialreform zu betreiben.¹⁰⁷

2. Wer ist pflichtteilsberechtigt?

Im Einzelnen sah (und sieht) das Pflichtteilsrecht des BGB so aus, dass Abkömmlinge, Eltern und der überlebende Ehegatte den Pflichtteil verlangen können.¹⁰⁸ Das war, was Abkömmlinge betrifft, nicht strittig und entsprach auch allen anderen zeitgenössischen Rechtsordnungen, soweit sie ein Pflichtteilsrecht anerkannten.¹⁰⁹ Eine Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern wurde nicht getroffen.¹¹⁰ Auch Adoptivkinder

¹⁰⁵ von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 172 (Anforderungen, die „von der menschlichen Natur und dem allgemeinen Volksbewußtsein“ getragen sind), 173 („[...] das seit tausend Jahren in Deutschland heimische Pflichttheilsinstitut“), 174 („Hier, wie in so vielen menschlichen Dingen ist es demnach Aufgabe, die richtige Ausgleichung zu finden“).

¹⁰⁶ Zitiert nach von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 117; vgl. auch: Motive der Ersten Kommission, in: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, hrsg. von Benno Mugdan (1899) 3 und 202, wo auch die Kontinuität durch „Anschluß an das geltende Recht“ betont wird.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Motive (Fn. 106) 202: „Vom Standpunkte der Sozialpolitik aus ist die Frage nicht spruchreif“. Allgemein vgl. in diesem Zusammenhang *Beckert*, Unverdientes Vermögen (Fn. 82) 76.

¹⁰⁸ § 2303 BGB. Zur Entstehungsgeschichte, und damit also zum Folgenden, ausführlich *Hans-Georg Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (1970) 81–112; *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub III. Die Regelung des Pflichtteilsrechts (§§ 2303–2338) bildet einen von neun Abschnitten des Buches 5 (Erbrecht) des BGB. Dessen Stellung zwischen den Erbvertrag und Erbnunwürdigkeit gewidmeten Abschnitten erscheint einigermaßen arbiträr.

¹⁰⁹ von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 753; Motive (Fn. 106) 203. Das galt nach herrschender Auffassung auch für das PrALR, obwohl dessen § 391 II 2 nur von „Kindern“ sprach; vgl. etwa *Christian Friedrich Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten: Kommentar in Anmerkungen, Bd. III (1857) 349.

¹¹⁰ Nichteheliche Kinder hatten ein Pflichtteilsrecht, soweit sie ein gesetzliches Erbrecht hatten, das heißt also nur im Hinblick auf ihre Mutter und deren Vorfahren; mit dem Erzeuger galt das nichteheliche Kind nicht als verwandt: § 1589 Abs. 2 BGB (1900); dazu *Zimmermann*, Intestate Succession (Fn. 98) 197f. Für Sachsen vgl. §§ 2565 und 2019 Sächsisches BGB; für Österreich *Zeiller*, Commentar (Fn. 48) 766. Näheres bei von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 637f.

waren pflichtteilsberechtigt.¹¹¹ Nach preußischem, österreichischem, französischem, sächsischem und gemeinem Recht stand auch Vorfahren ein Pflichtteilsrecht zu.¹¹² Der BGB-Gesetzgeber beschränkte den Kreis der Berechtigten auf die Eltern,¹¹³ nachdem von Schmitt Vorfahren zunächst sogar ganz allgemein hatte ausschließen wollen.¹¹⁴ Dagegen bestand Einigkeit darüber, Geschwister auszuschließen;¹¹⁵ diese Entscheidung stand im Einklang mit den meisten modernen Kodifikationen (Preußen, Österreich, Frankreich, Sachsen), wengleich nicht mit dem gemeinen Recht.¹¹⁶ Das deutsche Pflichtteilsrecht spiegelt damit die auch dem Intestaterbrecht zugrunde liegende Idee wider, dass Abkömmlinge dem Erblasser am nächsten stehen und seine Eltern am zweitnächsten.¹¹⁷ Der Logik des Intestaterbrechts (das in Deutschland wie zuvor schon in Österreich nach dem Parentelsystem ausgestaltet ist)¹¹⁸ entspricht auch § 2309 BGB, der bestimmt, in welcher Reihenfolge die Pflichtteilsberechtigten zum Zuge kommen.

Die Koordination der Position des Ehegatten mit derjenigen der Verwandten des Erblassers ist seit jeher das schwierigste Regelungsproblem des Intestaterbrechts gewesen, fügt der Ehegatte sich doch nicht in die Raison von Parentelordnung, Dreiliniensystem und „französischem“ System ein.¹¹⁹ Entsprechend schwierig gestalteten sich die einschlägigen Beratungen bei der Erarbeitung des Erbrechts des BGB: Die für das Familienrecht und das

¹¹¹ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 758f. und Motive (Fn. 106) 203. Wie im Hinblick auf nichteheliche Kinder erschien eine besondere Vorschrift nicht erforderlich. Gottfried von Schmitt sah sich insoweit im Einklang mit PrALR, Sächsischem BGB und Code civil. Die Rechtslage nach gemeinem Recht war komplex und teilweise umstritten; vgl. Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 579; zum historischen Hintergrund Zimmermann, Intestate Succession (Fn. 98) 202f.

¹¹² §§ 501–505 PrALR; §§ 762f. ABGB; Art. 915 Code civil (1804); § 2565 Sächsisches BGB; Windscheid / Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 579.

¹¹³ Zwölfte Sitzung von 1875 der Ersten Kommission, in: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht, Teil 1, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs / Werner Schubert (2002) 25.

¹¹⁴ Beratung des BGB (Fn. 113) 15; es hatte sich hier um eine von mehreren Vorlagen des Redaktors von Schmitt zur Beratung in der Ersten Kommission gehandelt, durch die die Grundlinien des von von Schmitt zu erstellenden Vorentwurfs festgelegt werden sollten: Vorlage Nr. 13/1875 unter dem Titel „Testirfreiheit“. Vgl. auch Bruns, in: Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages (Fn. 85) 101f.

¹¹⁵ Beratung des BGB (Fn. 113) 25; von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 757f.; Motive (Fn. 106) 203.

¹¹⁶ § 33 II 3 PrALR; § 762 ABGB; Art. 916 Code civil (1804); § 2565 Sächsisches BGB; zum gemeinen Recht vgl. oben, Fn. 23.

¹¹⁷ Dazu Reinhard Zimmermann, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 79 (2015) 768–821, 787f., 797–799.

¹¹⁸ Dazu Zimmermann, Intestate Succession (Fn. 98) 184–191.

¹¹⁹ Reinhard Zimmermann, Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 80 (2016) 39–92. Speziell für das Pflichtteilsrecht vgl. Joseph Unger, Das österreichische Erbrecht³ (1879) 78 Anm. 7 (zitiert auch bei von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 760).

Erbrecht zuständigen Redaktoren (Gottlieb Planck und Gottfried von Schmitt) hatten insoweit unterschiedliche Positionen vertreten.¹²⁰ Einig waren sie sich darin, dass die Berücksichtigung des überlebenden Ehegatten als Pflichtteilsberechtigter seine Berücksichtigung als Intestaterbe zu spiegeln hatte.¹²¹ Das akzeptierte auch die Erste Kommission.¹²² Die Regelung des BGB stand damit im Einklang mit dem preußischen und im Grundsatz auch mit dem sächsischen Recht,¹²³ wengleich nicht mit dem französischen und österreichischen Recht.¹²⁴

3. Der „juristische Charakter“ des Pflichtteilsrechts

Bei der Festlegung der „rechtlichen Natur“¹²⁵ des Pflichtteilsrechts stellte sich die große Systemfrage. Das französische System (das auch in der preußischen Rheinprovinz galt und im Badischen Landrecht übernommen worden war) schied, wie bereits erwähnt,¹²⁶ für eine Kodifikation des deutschen Rechts aus, da sein Dreh- und Angelpunkt letztlich nicht die Testierfreiheit war. Dem gemeinen Recht ging demgegenüber „die Einfachheit der Lösung“ ab, wie von Schmitt im Geiste freundlichen Understatements meinte.¹²⁷ Insbesondere anerkannte es Fälle, in denen nahe Angehörige den Wert eines Teils des Nachlasses verlangen konnten (*actio ad supplendam legitimam*) und in denen sie das Testament anfechten konnten mit dem Ergebnis, dass sie ihren vollen Intestaterbteil erhielten, insoweit also Erben wurden (*querela inofficiosi testamenti*).

Andere zeitgenössische Erbrechte folgten entweder dem einen oder dem anderen dieser beiden Ansätze. Nach sächsischem BGB war der Pflichtteilsberechtigte „hinsichtlich seines Pflichttheiles als Erbe zu betrachten“;¹²⁸ er

¹²⁰ Näher dazu Zimmermann, Intestate Succession (Fn. 98) 208–211.

¹²¹ Gottlieb Planck / Gottfried von Schmitt, Familienrecht und Erbrecht: Vorschläge und Begründung, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Teil 3, hrsg. von Werner Schubert (1983) 1102, 1138–1141.

¹²² Vgl. das Protokoll der Sitzung der Ersten Kommission vom 1.10.1877, in: Beratung des BGB (Fn. 113) 40–42.

¹²³ § 631 II 1 PrALR; §§ 2578–2582 Sächsisches BGB.

¹²⁴ Für Frankreich vgl. etwa Lévy / Castaldo, Histoire du droit civil (Fn. 66) Nr. 793 sub c); für Österreich § 796 ABGB, dazu bereits oben, Text nach Fn. 51. Zur gemeinrechtlichen „Quart der armen Witwe“ (vgl. oben, Text zu Fn. 18) vgl. von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 759f.

¹²⁵ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 113; vgl. auch ebd. 761 („juristischer Charakter“).

¹²⁶ Oben, Text zu Fn. 100.

¹²⁷ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 771. Vgl. in diesem Zusammenhang auch das oben in Fn. 37 wiedergegebene Zitat.

¹²⁸ § 2589 Sächsisches BGB. Zur Entwicklung des sächsischen Rechts vom Sachsenspiegel

konnte also sowohl auf Gewährung als auch auf Ergänzung des Pflichtteils die Erbschaftsklage (die im römischen Recht so genannte *hereditatis petitio*)¹²⁹ „nach Verhältniß seines Pflichttheiles“¹³⁰ geltend machen. Demgegenüber stand das österreichische Recht, wonach dem Pflichtteilsberechtigten nur ein auf Geldzahlung gerichteter Anspruch gegen den oder die Erben zustand.¹³¹ Im Preußischen Allgemeinen Landrecht war die Frage nicht klar geregelt und deshalb streitig. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts setzte sich zunehmend die Ansicht durch, das Pflichtteilsrecht gewähre „nur ein Forderungsrecht auf ein Quantum“.¹³² Für die Lösung des sächsischen Rechts sprachen „vorzüglich ethische Gründe“; die Ehre der Einsetzung als Erbe (*honoris institutionis*) habe neben der äußeren auch eine innere Bedeutung.¹³³ Dem gegenüber standen hauptsächlich „Rücksichten der Zweckmäßigkeit“¹³⁴ und wenn der BGB-Gesetzgeber diese für ausschlaggebend hielt, dann mag dies in der Tat, wie gelegentlich bemerkt wurde, „lieblos, aber praktisch“ gewesen sein.¹³⁵

4. Die Pflichtteilsquote

Zu bestimmen war schließlich noch die Pflichtteilsquote. Grundlage für deren Berechnung konnte entweder der Intestaterbteil des Pflichtteilsbe-

über die Kursächsischen Konstitutionen bis zum Preußischen Allgemeinen Landrecht (das große Bereiche erfasste, in denen zuvor sächsisches Recht gegolten hatte) ausführlich *Rüfner*, Customary Mechanisms (Fn. 58) sub III.

¹²⁹ Dazu im Überblick *Kaser / Knütel / Lohsse*, Römisches Privatrecht (Fn. 7) 425–429; für das gemeine Recht *Windscheid / Köpp*, Pandektenrecht (Fn. 11) §§ 611–616.

¹³⁰ § 2589 Sächsisches BGB.

¹³¹ Oben, Text zu Fn. 48.

¹³² So das Reichsgericht in einer Entscheidung 1881 mit ausführlicher historischer Argumentation (RG 26.9.1881 – Rep. Va. 117/81, RGZ 6, 247–253). Vgl. ferner für diese Ansicht etwa bereits *Christian Friedrich Mühlenbruch*, in: Glück, Kommentar (Fn. 36) Bd. XXXVIII (1835) 49–56; später etwa *Heinrich Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. III (1880) § 196. Die gegenteilige Ansicht vertrat zum Beispiel Koch in seinem Kommentar (Koch, Allgemeines Landrecht (Fn. 109) 357, Anmerkung 8 zu § 433 II 2); dort heißt es sehr pointiert: „Der Pflichttheilerbe ist unter allen Umständen [...] wahrer Erbe, ja er ist und nur er ist der allereigentlichste von keines Menschen Willkür abhängige Erbe; die Testamentserben sind nur *heredis loco*“. Ausführlich zur Frage *Max Schultzenstein*, Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht (1883) 47–159; vgl. auch *Rüfner*, Customary Mechanisms (Fn. 58) sub III.4. Rüfner macht aufmerksam auf den Einfluss des (römisch-)sächsischen Rechts auf das PrALR.

¹³³ von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 773. Vgl. demgegenüber aber *Dernburg*, Pandekten (Fn. 12) 297, und *Brunns*, in: Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages (Fn. 85) 107.

¹³⁴ von *Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 773.

¹³⁵ Diese Bemerkung des großen Germanisten Heinrich Mitteis zitiert *Murad Ferid*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V/2^{10,11} (1960) vor § 2302 Rn. 54.

rechtigten oder der Nachlass insgesamt sein. Mit der Ablehnung des französischen Systems war diese Entscheidung im Sinne der zuerst genannten Alternative präjudiziert. Wenn damit also, im Einklang mit „alle[n] neueren Gesetzbücher[n], welche von dem Prinzipie der Testirfreiheit ausgehen“,¹³⁶ den Pflichtteilsberechtigten ein Bruchteil der Intestatportion zustand, so konnte dieser Bruchteil für Abkömmlinge, Eltern und den überlebenden Ehegatten unterschiedlich bestimmt werden; und unter Abkömmlingen konnten wiederum, je nach ihrer Anzahl, unterschiedliche Quoten festgesetzt werden. Derartige Differenzierungen fanden sich in allen zeitgenössischen Kodifikationen,¹³⁷ ohne dass sich daraus jedoch ein einheitliches Regelungsmuster ergeben hätte. Vielmehr bot sich das Bild einer Melange einigermaßen willkürlich entstandener Regelungen, und von Schmitt entschloss sich deshalb zu einer radikalen Vereinfachung: Pflichtteilsberechtigte sollten allesamt und unter allen Umständen ein- und dieselbe Quote erhalten, nämlich die Hälfte ihrer Intestatportion. Die für diese Vereinfachung angeführten Gründe¹³⁸ erwiesen sich als überzeugend und tragen die Regelung des § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB bis heute.

5. Verlust des Pflichtteils

Der Erblasser kann einem Pflichtteilsberechtigten seinen Pflichtteil entziehen. Die entsprechenden Regeln im BGB von 1900 waren in für das BGB uncharakteristischer Weise kasuistisch ausgestaltet. Denn zum einen war die Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings, des Elternpflichtteils und des Ehegattenpflichtteils in unterschiedlichen Vorschriften geregelt;¹³⁹ und zum anderen enthielt jede dieser Vorschriften einen Katalog von Gründen, aus denen sich ergab, dass zwischen Erblasser und Berechtigten „eine solche Entfremdung eingetreten ist, dass dem Erblasser nicht zugemuthet werden kann, dem Berechtigten noch etwas zu hinterlassen“.¹⁴⁰

¹³⁶ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 783. Zu diesen Gesetzbüchern zählten insbesondere das PrALR (§ 631 II 1, § 392 II 2, § 502 II 2), das ABGB (§§ 765f.) und das Sächsische BGB (§ 2566).

¹³⁷ Vgl. etwa §§ 392 und 502 II 2 PrALR (Vorfahren erhalten immer die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils, Abkömmlinge ein Drittel, die Hälfte oder zwei Drittel; von Schmitt weist hier auf einen aus dem gemeinen Recht ererbten Rechenfehler hin), §§ 765f. ABGB (ein Drittel für Vorfahren und die Hälfte für Abkömmlinge), §§ 2566 und 2569 Sächsisches BGB (ein Drittel für Vorfahren, ein Drittel oder die Hälfte für Abkömmlinge). Für Frankreich vgl. Art. 913, 915 Code civil (die Hälfte oder drei Viertel für Vorfahren, die Hälfte, zwei Drittel oder drei Viertel für Abkömmlinge; vgl. oben, Text nach Fn. 80). Zum *ius commune* vgl. *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 580.

¹³⁸ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 787f.

¹³⁹ §§ 2333, 2334 und 2335 BGB (1900).

¹⁴⁰ Motive (Fn. 106) 236; vgl. auch Protokolle der Zweiten Kommission, in: Die gesammelten Materialien (Fn. 106) 800. § 2333 BGB (Entziehung des Pflichtteils eines Abkömmlings)

Gottfried von Schmitt hatte in seinem Vorentwurf die Frage aufgeworfen, ob an die Stelle einer abschließenden Liste besonderer Gründe eine umfassende Generalklausel treten sollte, doch hatte er sich letztlich dagegen ausgesprochen.¹⁴¹ Es hätte bedeutet, die Entscheidung über die Balance zwischen Testierfreiheit und Familienerbrecht dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, und das erschien ihm als unpassend.¹⁴² Er verwies in diesem Zusammenhang darauf, dass schon Justinian dem „Spezialisierungsgedanken“ gefolgt sei. Bei der Erstellung seiner Liste von Gründen ließ von Schmitt sich weithin von der justinianischen Novelle 115 leiten, wie sie in der Pandektenliteratur rezipiert¹⁴³ und von zeitgenössischen Gesetzen und Kodifikationen umgesetzt worden war.¹⁴⁴ Die Erste und Zweite Kommission modifizierten diese Liste hier und da, doch die wesentlichen Konturen der Regelung blieben unverändert. In einem Punkt änderte die Erste Kommission die durch von Schmitt verwandte Terminologie, denn was sie als „Pflichtteilsentziehung“ bezeichnete, hatte von Schmitt noch „Enterbung“ genannt.¹⁴⁵ Angesichts der Tatsache, dass der Pflichtteilsberechtigte keinen Anteil am Nachlass, sondern nur eine Forderung gegen denselben erhält,¹⁴⁶ war dies eine willkommene Klarstellung.¹⁴⁷

Die Regeln über die Pflichtteilsentziehung sind immer wieder Gegenstand der Kritik gewesen und boten Anlass zu Rechtsstreitigkeiten,¹⁴⁸ die in zwei Fällen bis zum Bundesverfassungsgericht geführt haben.¹⁴⁹ § 2338 BGB perpetuiert den Gedanken der *exhereditatio bona mente* des römischen Rechts, das heißt der Pflichtteilsentziehung (bzw. -beschränkung) im wohlverstan-

enthielt einen Katalog von fünf Entziehungsgründen. § 2334 (zum Elternpflichtteil) verwies auf drei dieser fünf Gründe. § 2335 (zum Ehegattenpflichtteil) verwies auf die Scheidungsgründe der §§ 1565–1568 BGB (1900).

¹⁴¹ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 822–825.

¹⁴² von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 824.

¹⁴³ Vgl. insbesondere *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 590.

¹⁴⁴ Dazu von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 826–834. Gleichzeitig verwarf von Schmitt eine Reihe von Gründen, die im römischen Recht oder in den Kodifikationen der Zeit zu finden waren; zu Details vgl. von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 834–841.

¹⁴⁵ von Schmitt, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 820; vgl. auch Glück, Kommentar (Fn. 36) Bd. VII (1804) 204–209; *Dernburg*, Pandekten (Fn. 12) § 153; §§ 399–418 II 2 PrALR. *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 590, sprechen von „Ausschließungsgründen“.

¹⁴⁶ Motive (Fn. 106) 228.

¹⁴⁷ Dazu auch Zimmermann, Erbunwürdigkeit, in: FS Helmut Koziol (2010) 463–511, 503f.

¹⁴⁸ Zum Fallrecht im Einzelnen *Stephanie Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Institut (2003) 41–218. Zur Interpretation der §§ 2333–2338 BGB in der Literatur ebd. 136–181. Vgl. ferner neuerdings *Dorota Miler*, Dependants' Relief Legislation and Compulsory Portion (2017) 141–150.

¹⁴⁹ BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, BVerfGE 112, 332. Dazu, zu den zuvor in der Literatur thematisierten Problemen mit den Vorschriften zur Pflichtteilsentziehung und zur Reform dieser Vorschriften Zimmermann, Compulsory Portion (Fn. 37) sub VIII.2.

denen eigenen Interesse des Berechtigten,¹⁵⁰ der in der einen oder anderen Form auch in der Pandektendoktrin des 19. Jahrhunderts¹⁵¹ und in zeitgenössischen Kodifikationen¹⁵² anerkannt war. – Im Übrigen kann ein Pflichtteilsberechtigter sein Recht auch dadurch verlieren, dass er sich eine Verfehlung zuschulden kommen lässt, die die Erbnunwürdigkeit begründet.¹⁵³

VII. Die Verbreitung des französischen Modells

1. Belgien und die Niederlande

Was das Deutsche Reich betrifft, so galt das französische Modell von *réserve* und *quotité disponible* nur in einem relativ kleinen Teil desselben: in der preußischen Rheinprovinz und in Baden. Außerhalb Deutschlands (und Österreichs) erwies es sich jedoch als ausgesprochen einflussreich. Das war natürlich in Belgien und Luxemburg der Fall, wo der Code civil unmittelbar galt und auch nach Erlangung souveräner Staatlichkeit in Kraft blieb. Auch bevor beide Länder aus habsburgischer Hand an Frankreich gekommen waren, hatte die Rechtsentwicklung derjenigen im Ancien Régime entsprochen. Es gab eine Vielzahl unterschiedlicher Coutumes (*réserve* von vier Fünfteln der *propres* in Artois und von zwei Dritteln des gesamten Vermögens in Flandern, teilweise auch eine sehr weitreichende Testierfreiheit), wobei sich dann aber mit dem zunehmenden Einfluss des römischen Rechts das Konzept der *legitima* verbreitete; ein Prozess, der schließlich zu einer Assimilation der *legitima* mit den Institutionen des *droit coutumier* führte. Auch hier sprach man deshalb von *légitime de coutume* und *légitime de droit*.¹⁵⁴

Auch in den nördlichen Niederlanden gab es im frühneuzeitlichen Recht zunächst eine Vielzahl unterschiedlicher lokaler und regionaler Regelungen nach dem französischen und südniederländischen Muster; verbreitet war

¹⁵⁰ Dazu näher *Emil Rosenberg*, Die Enterbung in guter Absicht, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Bd. XXVII/2, hrsg. von Otto Fischer (1917) 1–12.

¹⁵¹ *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 583, sub 2. Windscheids Darstellung entsprach der herrschenden Meinung, indem er die *exhereditatio bona mente* allgemein anerkannte, das heißt ohne die einschränkenden Voraussetzungen, die sich zum Beispiel im ABGB und im sächsischen BGB finden und die sich dann auch im BGB finden sollten. Andere gingen davon aus, dass diese Einschränkungen auch im zeitgenössischen gemeinen Recht bestanden, während wieder andere die *exhereditatio bona mente* gänzlich ablehnten; vgl. *Rosenberg*, Enterbung (Fn. 150) 10–25; *von Schmitt*, Vorlagen der Redaktoren (Fn. 37) 841; *Motive* (Fn. 106) 233.

¹⁵² § 773 ABGB; § 2577 Sächsisches BGB.

¹⁵³ § 2345 Abs. 2 BGB. Zur Erbnunwürdigkeit rechtsvergleichend *Zimmermann*, Erbnunwürdigkeit (Fn. 147) 463 ff.

¹⁵⁴ Für alle Details vgl. *Philippe Godding*, Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12^e au 18^e siècle (1987) Nr. 703–711.

eine *réserve* von zwei Dritteln des Vermögens.¹⁵⁵ Mit der Rezeption änderte sich das Bild dann radikaler als im Süden, denn insbesondere in Holland und Friesland verdrängte die *portio legitima* des römischen Rechts, wie sie von den Zeitgenossen verstanden wurde, die älteren Institutionen.¹⁵⁶ So finden sich in den Schriften der römisch-holländischen Autoren die von Justinian festgesetzten Pflichtquoten für Abkömmlinge und Vorfahren, für Geschwister nur, soweit ihnen „een eerloos mensch“ vorgezogen worden war;¹⁵⁷ in Fällen des Übergehens und der Enterbung wird die *querela inofficiosi testamenti* für anwendbar gehalten;¹⁵⁸ die Enterbungsgründe werden detailliert aufgelistet;¹⁵⁹ und in den ausführlicheren Darstellungen spiegeln sich manche der oben erwähnten Streitfragen.¹⁶⁰ Auch in der zeitgenössischen Praxis scheint die *portio legitima* eine erhebliche Rolle gespielt zu haben. In dem von Paul van Warmelo erarbeiteten Register der „Observationes Tumultuariae“ des großen Cornelis van Bynkershoek, der fast 40 Jahre lang Richter am Hoge Raad van Holland en Zeeland war (davon 19 Jahre als dessen Präsident), sind 169 einschlägige Entscheidungen *sub voce legitime porsie* verzeich-

¹⁵⁵ J.S.L.A.W.B. Roes, *Het naaste bloed erft het goed*, Teil I (2006) 122–124; vgl. auch Wilbert D. Kolkman, *Compulsory Portion and Family Provision in the Netherlands*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) Kap. 10, sub II.1.

¹⁵⁶ Vgl. auch etwa A. S. de Blécourt, *Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht*⁵ (1939) Nr. 251; Kolkman, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub II.1. Für Friesland vgl., gestützt auf Ulrich Huber, *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* (1686), Jan H. A. Lokin / Frits Brandsma / Corjo Jansen, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century* (2003) 141–157.

¹⁵⁷ Hugo Grotius, *The Jurisprudence of Holland* (Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit, hrsg. und übers. von R. W. Lee), Bd. I (1926) II, XVIII, 8, 15 und 17; Simon van Leeuwen, *Het Roomsche-Hollandsche Recht* (hrsg. von Cornelis Willem Decker) Teil I (1780) III, V, 1; Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas* (1829) V, II, XLVI; Joannes van der Linden, *Regtsgeleerd, practicaal, en koopmans handboek* (1806) I, IX, § V; vgl. auch Robert Warden Lee, *An Introduction to Roman-Dutch Law*⁵ (1953) 368. Zur einschränkenden Bedingung des Noterbenrechts der Geschwister vgl. oben, Fn. 16.

¹⁵⁸ Grotius, *Jurisprudence of Holland* (Fn. 157) II, XVIII, 10; Van Leeuwen, *Roomsch-Hollandsche Recht* (Fn. 157) III, V, 6 (dort wird auch, *in fine*, die *actio ad supplendam* erwähnt für Fälle, in denen Noterben auf einen geringeren als den ihnen zustehenden Teil eingesetzt sind); der größte Teil der sehr ausführlichen Darstellung bei Voet, *Commentarius* (Fn. 157), ist dem *testamentum inofficiosum* und der entsprechenden *querela* gewidmet; vgl. aber V, II, LXVII zur von Voet so genannten *actio ad supplementum*.

¹⁵⁹ Grotius, *Jurisprudence of Holland* (Fn. 157) II, XVIII, 13 und 16; Voet, *Commentarius* (Fn. 157) V, II, XXIV–XXVI.

¹⁶⁰ Das gilt vor allem für Voet, dessen Ausführungen von seinem Übersetzer Sir Percival Gane mit den folgenden Worten kommentiert werden: „The whole subject was of the greatest interest to Roman-Dutch lawyers, and was canvassed by them with the utmost zeal. Disagreements on various aspects of the matter were by no means infrequent. Voet has treated this subject in a massive title of seventy-four sections [...]“; Percival Gane, *The Selective Voet, Being the Commentary on the Pandects*, Bd. II (1955) 165. Da Voets Kommentar aber in diesem Punkt für das moderne südafrikanische Recht keine Bedeutung mehr hatte, ließ er den größten Teil des Titels V, II unübersetzt.

net.¹⁶¹ Interessant im Hinblick auf die nachfolgende südafrikanische Rechtsentwicklung ist eine Passage in den „Utrechtschen Consultatien“, wo die Frage erörtert (aber verneint) wird, ob die *legitima* funktional einem Unterhaltsanspruch entspreche.¹⁶²

Die „für das Königreich Holland eingerichtete“ Version des Code civil (1809–1811) und hernach der von 1811 bis 1838 unmittelbar geltende Code civil brachten einen Wechsel zum französischen Modell des Noterbenrechts. Dabei blieb es im Grunde auch im Burgerlijk Wetboek (BW) von 1838, obwohl die Vorentwürfe sich stark am römischen Recht orientiert hatten, wie es vor der napoleonischen Zeit in den Niederlanden etabliert gewesen war.¹⁶³ Doch bestand gegenüber dem französischen Recht insoweit ein Unterschied, als der den Noterben zustehende Anteil nicht (negativ) für alle von ihnen gemeinsam bestimmt wurde (der Erblasser darf, wenn zwei Kinder vorhanden sind, über ein Drittel seines Vermögens verfügen), sondern (positiv) für jeden Einzelnen von ihnen (für jedes der beiden Kinder beträgt der Noterbenanteil zwei Drittel dessen, was es bei gesetzlicher Erbfolge erhalten hätte).¹⁶⁴ Konsequenzen hat das zum Beispiel, wenn eines der Kinder die Erbschaft ausschlägt: Nach dem französischen Modell darf der Erblasser immer noch nur über ein Drittel verfügen, das heißt, das andere Kind ist nunmehr Erbe zu zwei Dritteln; nach dem Modell des BW wird die Position des anderen Kindes durch die Ausschlagung nicht berührt.¹⁶⁵ Die Quoten

¹⁶¹ Paul van Warmelo, Registers op de Observatones Tumultuariæ van Cornelis van Bijnkershoek en van Willem Pauw (o.J.) Teil 2, S. 45. Sieben Entscheidungen, davon vier auch unter „legitime porsie“ erfasst, finden sich unter dem Stichwort „querella inofficiosi testamenti“. Für Willem Pauw, Schwiegersohn von Van Bynkershoek und ebenfalls Präsident des Hoge Raad, sind die Zahlen wie folgt: *legitime porsie* – 70 Entscheidungen; *querela inofficiosi testamenti* – 4 Entscheidungen; *actio ad supplendam legitimam* – 1 Entscheidung.

¹⁶² „[...] ex quo legitima sit loco alimentorum a patre praestandorum, et quod habentem alimenta pater alere non teneatur. Quia ad hoc respondetur, quod alimenta non sint solum in causa, quare filii legitima sit relinquenda, ideoque legitima a parentibus filiis non deberi solum propter alimenta, sed propter ius naturæ“; Utrechtsche Consultatien, Teil III (Utrecht, 1700) LIII, 8–11 (S. 230).

¹⁶³ E. M. Meijers, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Teil IV: Erfrecht^t (1941) 147.

¹⁶⁴ Carel Asser, Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon² (1838) 328 f., sah darin einen „himmelweiten“ prinzipiellen Unterschied; skeptisch dazu Meijers, Mr. C. Asser's Handleiding (Fn. 163) 148 f.

¹⁶⁵ Kolkman, Compulsory Portion (Fn. 155) sub II.2. Gleichwohl handelt es sich bei den einschlägigen Vorschriften des (alten) BW (Art. 960–976) um ein Noterbenrecht nach französischem Muster, nämlich um einen Teil des Vermögens, der den gesetzlichen Erben in gerader Linie zuerkannt wird und über den der Erblasser nicht verfügen kann. Beeinträchtigt er das Noterbenrecht, gewährte Art. 967 BW (1838) eine Klage auf Kürzung (*inkorting*). Die systematische Stellung der Art. 960–976 BW (1838) unterscheidet sich aber wiederum stark vom französischen Vorbild (oben, Fn. 57). Buch 4 des BW enthielt einen Titel über letztwillige Verfügungen; darin ist ein Abschnitt dem Noterbenrecht (und der Kürzung von Schenkungen, die diesen mindern) gewidmet. In der Überschrift gebraucht der Gesetzgeber zwei Begriffe als offenbar gleichsinnig: „legitime portie“ (*legitima*) und „wettelijk erfdeel“ (wörtlich:

für Kinder und die Abstufung nach Zahl der Kinder entsprach aber dem französischen Recht.¹⁶⁶ Wie im französischen Recht zählten auch Vorfahren zu den Noterben,¹⁶⁷ nicht aber Geschwister und der überlebende Ehegatte. Ebenfalls wie im französischen Recht konnte ein Noterbe nur aufgrund der allgemeinen Doktrin der Erbenwürdigkeit von der Geltendmachung seines Rechtes ausgeschlossen sein.¹⁶⁸

2. Italien und Portugal

Auch die Kodifikationen der anderen Rechtsordnungen, die traditionell dem sogenannten „romanischen Rechtskreis“ zugerechnet werden, übernahmen das französische Modell des Noterbenrechts, wenngleich nicht in unveränderter Form. Das gilt insbesondere für Italien. Dort hatte zur napoleonischen Zeit der Code civil weithin unmittelbar gegolten und übte auch danach, in den präunitarischen Rechten, einen erheblichen Einfluss aus (auch wenn etwa im Königreich Lombardo-Venetien seit 1816 das ABGB galt). Somit war auch der Codice civile 1865 stark vom französischen Recht geprägt: sowohl ganz allgemein als auch was das Erbrecht betrifft.¹⁶⁹ Ein Teil des Vermögens war für die nächsten Angehörigen reserviert (das war die *porzione legittima*), sodass der Erblasser nur über den Rest (die *porzione disponibile*) verfügen konnte.¹⁷⁰ Beeinträchtigte der Erblasser die *legittima*, so stand

gesetzlicher Erbteil); so auch in Art. 960. Der Art. 961 verwendet nur den Begriff „wettelijk erfdeel“, im Folgenden ist von den Noterben als „legitimarissen“ (abgeleitet von *legittima*) die Rede. Der Abschnitt über das Noterbenrecht hat eine relativ prominente Stellung innerhalb des Titels über letztwillige Verfügungen, denn er folgt unmittelbar auf die Abschnitte mit allgemeinen Bestimmungen und die Testierfähigkeit und vor dem Abschnitt über die Form letztwilliger Verfügungen. – Im Gegensatz zum französischen Recht konnte bereits nach altem BW der Erblasser den Erben durch letztwillige Verfügung bestimmen (Art. 1001).

¹⁶⁶ Art. 961 BW (1838) (die Hälfte des Intestaterbteils bei einem Kind, jeweils zwei Drittel seines Intestaterbteils bei zwei Kindern, jeweils drei Viertel seines Intestaterbteils bei drei oder mehr Kindern).

¹⁶⁷ Art. 962 BW (1838). In der aufsteigenden Linie beträgt der Noterbenteil immer die Hälfte desjenigen, „was kraft Gesetzes jedem Blutsverwandten in dieser Linie bei der Erbfolge zukommt“.

¹⁶⁸ Art. 886 BW (1838) mit modifizierter Version der Erbenwürdigkeitsgründe des französischen Rechts.

¹⁶⁹ Vgl. *Alexandra Braun*, Testamentary Freedom and its Restrictions in French and Italian Law: Trends and Shifts, in: *Freedom of Testation – Testierfreiheit*, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2012) 57–84, 63.

¹⁷⁰ Die Vorschriften über den Anteil, über den testamentarisch verfügt werden kann („Della porzione di cui si può disporre per testamento“), Art. 805–826 Codice civile (1865), waren enthalten in Buch 3 („Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose“), Titel 2 („Successioni“), Kapitel 2 („Delle successioni testamentarie“), Abschnitt 4. Der vorangehende Abschnitt 3 behandelt die Testamentsförmlichkeiten, der nachfolgende Abschnitt 5 die Einsetzung von Erben und die Zuwendung von Vermächtnissen. Im

den Noterben eine Reduktionsklage zu.¹⁷¹ Wie im französischen Recht zählten Abkömmlinge und (sofern keine Abkömmlinge vorhanden waren) Vorfahren zu den Noterben. Im Unterschied zum französischen Recht war für (eheliche) Kinder ein fester und nicht nach ihrer Zahl gestaffelter Anteil vorgegeben: die Hälfte des Vermögens des Erblassers.¹⁷² Waren nur Vorfahren vorhanden, konnte der Erblasser über zwei Drittel seines Vermögens frei verfügen.¹⁷³ Schließlich gehörte in Italien auch der überlebende Ehegatte zu den *legittimari*: Er erhielt einen Nießbrauch über einen je nach Anzahl der (ehelichen) Kinder unterschiedlich bemessenen Teil des Nachlasses; bei Vorhandensein (nur) von Vorfahren einen Nießbrauch über ein Viertel, ansonsten über ein Drittel des Nachlasses.¹⁷⁴ Eine „Enterbung“ gab es im Codice civile von 1865 ebenso wenig wie in Frankreich und den Niederlanden; zurückgegriffen werden konnte in diesem Zusammenhang nur auf die allgemeinen Regeln zur Erbunwürdigkeit.¹⁷⁵

Zwei Jahre nach dem Codice civile trat der portugiesische Código civil in Kraft. Hier findet sich eine knappe Regelung des Noterbenrechts¹⁷⁶ zugunsten von Abkömmlingen und Vorfahren in direkter Linie: Für sie sind zwei Drittel des Nachlasses reserviert bzw. die Hälfte, sofern nur Großeltern oder Urgroßeltern vorhanden sind.¹⁷⁷ Dem in seinem Noterbenrecht Beeinträchtigten steht eine Reduktionsklage zu.¹⁷⁸ Eine Reihe von Enterbungsgründen waren in einem eigenen Abschnitt („Da deserdação“) aufgezählt (Art. 1875–1884 Código civil (1867)). Daneben anerkannte der Código civil (1867) die Erbunwürdigkeit.¹⁷⁹

Unterschied zum französischen Recht konnte der Erbe letztwillig bestimmt werden. Ebenfalls im Unterschied zum Code civil waren Schenkungen und Testamente nicht zusammenfassend geregelt.

¹⁷¹ Art. 821–826 Codice civile (1865).

¹⁷² Art. 805 Codice civile (1865). Zur Position der *figli naturali* siehe Art. 815–820.

¹⁷³ Art. 807 Codice civile (1865).

¹⁷⁴ Art. 812–814 Codice civile (1865). Die anderen *legittimari* konnten das Interesse des überlebenden Ehegatten jedoch in anderer Form befriedigen, zum Beispiel durch Zahlung einer Leibrente; Art. 819 Codice civile (1865).

¹⁷⁵ Art. 725 Codice civile (1865); dazu *Zimmermann*, Erbunwürdigkeit (Fn. 147) 486 f.

¹⁷⁶ Art. 1784–1790, interessanterweise unter dem Titel „Da legitima e das disposições inoficiosas“ (ohne dass eine *querela inofficiosa* gewährt würde). Der entsprechende Abschnitt bildet einen von acht Abschnitten von Buch II („Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem, e dos que se adquirem por simples disposição da lei“), Kapitel II („Da sucessão testamentária“). Wiederum ist das Schenkungsrecht getrennt geregelt.

¹⁷⁷ Art. 1784, 1786 und 1787 Código civil (1867).

¹⁷⁸ Art. 1789 Código civil (1867).

¹⁷⁹ Art. 1782 Código civil (1867) (bezogen auf die testamentarische Erbfolge; für die Intestaterbfolge vgl. den Verweis in Art. 1978).

3. Der Sonderfall Spanien

a) Ursprünge

Außerordentlich komplex ist demgegenüber die Regelung, die das Noterbenrecht im spanischen *Código civil* von 1889 gefunden hat.¹⁸⁰ Sie entspricht mit der starken Stellung der Noterben zwar in gewisser Weise dem französischen Modell, ist aber aus anderer historischer Wurzel erwachsen und zeigt erhebliche Besonderheiten. Die Tradition des spanischen Noterbenrechts reicht auf die *Leges Visigothorum* zurück, also auf die frühmittelalterlichen Königsgesetze des Westgotenreichs auf der Iberischen Halbinsel. Es war König Chindasvinth (642–653 AD), der die zuvor offenbar gewährte weitreichende Testierfreiheit – sie hatte dazu geführt, dass Kinder oder Enkel, die sich nichts hatten zuschulden kommen lassen, mittellos dastanden, nachdem ihre Eltern oder Großeltern ihr Vermögen an Außenstehende übertragen hatten¹⁸¹ – drastisch beschränkte: Der Testator durfte nur noch über ein Fünftel seines Vermögens („de quintam tantum partem [facultatis]“)¹⁸² frei verfügen. Immerhin konnte er zusätzlich den Erbteil eines Kindes um ein Zehntel verbessern (dafür wurde in dem Gesetz der Begriff „meliorare“ gebraucht); Ervigius, einer von Chindasvinth's Nachfolgern, erweiterte diese Meliorationsbefugnis auf ein Drittel.¹⁸³

Strukturell prägt diese eigenartige Aufteilung des Nachlasses das spanische Erbrecht bis heute. Sie ist in den *Leyes de Toro* von 1505 enthalten¹⁸⁴ und fand dann, über die verschiedenen Entwürfe, die ihm vorangingen,¹⁸⁵

¹⁸⁰ Dazu ausführlich *Sergio Cámara Lapuente*, Forced Heirship in Spain, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) Kap. 6; für Spanien selbst vgl. zuletzt die Beiträge in: *Las legítimas y la libertad de testar*, hrsg. von Francisco Capilla Roncero / Manuel Espejo Lerdo de Tejada / Francisco José Aranguren Urriza mit den Koordinatoren Juan Pablo Murga Fernández / César Hornero Méndez (2019), insbesondere den einführenden Überblick von *Teodora F. Torres García*, La legítima en el código civil español: un panorama general, ebd. 31–59. Vgl. ferner *Antoni Vaquer*, Freedom of Testation in Spain and Catalonia, in: *Freedom of Testation* (Fn. 169) 85–123, 103–109; einlässliche Darstellungen in deutscher Sprache bei *Otto M. Hiernéis*, Spanien, in: *Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann*, Internationales Erbrecht (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) 358, 360, 368–383, 384–397, 413, 435–437; *Alexander Steinmetz / Erhard Huzel / Rocío García Alcázar*, Spanien, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 66) Rn. 126–136.

¹⁸¹ „Plerique enim, indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxurie vel cuiusdam male voluntatis in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes [...] inanes relinquunt [...]“; *Liber iudiciorum sive Lex Visigothorum edita ab Reccessvindo rege a. 654, renovata ab Ervigio rege a. 681*, in: *Leges Visigothorum* (= *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I, Legum Nationum Germanicarum Tomus I*), hrsg. von Karl Zeumer (1902) 195.

¹⁸² *Lex Visigothorum* (Fn. 181) 196.

¹⁸³ *Lex Visigothorum* (Fn. 181) 196 (rechte Spalte).

¹⁸⁴ *Ley XVII–XXIX*; vgl. *Compendio de los comentarios extendidos por el maestro Antonio Gomez a las ochenta y tres leyes de Toro* (Madrid, 1785) 81–126.

¹⁸⁵ Dazu *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub II.2.

ihren Weg in den *Código civil*. Erstaunlich ist das nicht zuletzt deshalb, weil die einschlägigen Regeln in den *Siete Partidas* (aus der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts) sehr viel stärker vom römischen Recht geprägt waren¹⁸⁶ und weil auch einflussreiche gemeinrechtliche Autoren in Spanien, wie Antonius Gomezius, sich intensiv mit der *legítima* des römischen Rechts befassten¹⁸⁷ (und zwar nicht unter rein antiquarischem Aspekt).¹⁸⁸ Immerhin kam es im Laufe der Zeit zu einer gewissen Verschmelzung einheimischer und gemeinrechtlicher Vorstellungen.¹⁸⁹ So setzte sich offenbar die Ansicht durch, dass die Noterben ihren Anteil auch im Wege eines Vermächtnisses oder sogar der Schenkung bekommen konnten.¹⁹⁰ Im Vorlauf der Kodifikation von 1889 wurde darüber diskutiert, die Testierfreiheit zu stärken, und in der Tat erhöhte dann der Gesetzgeber den frei disponiblen Teil der Erbschaft von der traditionellen *quinta* auf ein Drittel (sofern Abkömmlinge vorhanden sind).¹⁹¹

b) Die Rechte der *legitimarios* im *Código civil*

Die vier dem Noterbenrecht gewidmeten Abschnitte des *Código civil*¹⁹² enthalten nicht weniger als 51 Vorschriften (Art. 805–857) und bieten damit eine ausführlichere Regelung als die anderen westeuropäischen Kodifikationen. Der erste dieser Abschnitte ist „De las legítimas“ überschrieben, und

¹⁸⁶ Vgl. etwa *Siete Partidas*, VI, I, XVII; VI, VII; und VI, VIII, I, in: *Las Siete Partidas* (übers. von Samuel Parsons Scott, 1931) 1183, 1226–1238.

¹⁸⁷ *Antonius Gomezius*, *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis, et Regii*, Bd. I (Matriti, 1768) Kap. XI (mit eingehenden, über 30 Seiten langen Ausführungen, u. a. zur *querela inofficiosi testamenti*). Interessant ist auch der offenbar durch das römische Recht inspirierte Titel des Kapitels: „De Successione contra Testamentum“.

¹⁸⁸ Vgl. z. B. *Gomezius*, *Variae Resolutiones* (Fn. 187) Kap. XI, 23: „Item quaero, an filius institutus in minus quam Legítima, possit agere querela, et rumpere testamentum? [...] Hodie tamen de jure novo Codicis Justiniani talis filius debet agere ad supplementum, ut ex bonis patris suppleatur sibi integra Legítima; non vero potest agere querela ad rumpendum testamentum“.

¹⁸⁹ *Cámara Lapuente*, *Forced Heirship* (Fn. 180) sub II.1.(d) (der insoweit von einem „blend“ spricht).

¹⁹⁰ *Cámara Lapuente*, *Forced Heirship* (Fn. 180) sub I.2., III.1.

¹⁹¹ Art. 808 Abs. 1 *Código civil*.

¹⁹² Es handelt sich um fünf Abschnitte, die sich mit dem Noterbenrecht der Abkömmlinge und Vorfahren, Aufbesserungen („De las mejoras“), der Position des überlebenden Ehegatten, den Rechten „illegitimer“ Kinder und der Enterbung befassen. (Seit der Gleichstellung ehelicher und außerehelicher Kinder 1981 ist der vierte der eben genannten Abschnitte ersetzt worden; er enthält nunmehr Sondervorschriften über die Zahlung des Erbteils „en casos especiales“ – etwa: Der Testator kann alle Nachlassgegenstände einem seiner Abkömmlinge zuteilen mit der Maßgabe, dass der Anteil der anderen Noterben in bar bezahlt wird (Art. 941 *Código civil*)). Diese fünf Abschnitte befinden sich in Buch III („De los diferentes modos de adquirir la propiedad“), Titel III („De las sucesiones“), Kapitel 2 („De la herencia“). Das Schenkungsrecht ist in Buch III, Titel II geregelt.

die Noterben werden entsprechend im *Código civil* gelegentlich,¹⁹³ und in der Praxis regelmäßig, als „legitimarios“ bezeichnet; der im *Código civil* gleich eingangs verwandte Ausdruck ist demgegenüber „herederos forzosos“.¹⁹⁴ Er ist freilich ebenso missverständlich wie die allgemein übliche deutsche Übersetzung „Noterbe“, brauchen die „herederos forzosos“ doch gerade nicht als Erben eingesetzt zu werden. Vielmehr reicht es, wenn der Erblasser ihnen ihren Anteil „por cualquier título“ hinterlassen hat:¹⁹⁵ also auch als Vermächtnis oder als Schenkung. Das liegt in der Konsequenz der gemeinrechtlichen Praxis, so gut wie jede Verfügung zugunsten des Noterben als Erbeinsetzung im Sinne der Novelle 115 zu interpretieren („[...] verba qualiacunque sufficere et ad heredis institutionem trahi“).¹⁹⁶ Die Rechtsstellung eines *legitimario*, der nicht anders abgefunden worden ist (der also entweder zu wenig oder überhaupt nichts erhalten hat), ist Gegenstand eines lang andauernden Streits gewesen; heute scheint er überwiegend als dinglich am Nachlassvermögen Beteiligter angesehen zu werden.¹⁹⁷ Missverständlich ist der Begriff der *herederos forzosos* auch insoweit, als sie nicht gezwungen werden, ihren Anteil anzunehmen; „zwingend“ ist deren Beteiligung am Nachlass nur aus der Sicht des Erblassers.

Das Noterbenrecht der Abkömmlinge des Erblassers bezieht sich auf zwei Drittel des Nachlasses,¹⁹⁸ dasjenige der Vorfahren (sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind) auf die Hälfte oder ein Drittel, je nachdem, ob sie mit

¹⁹³ Vgl. Art. 824 *Código civil*; seit 1981 auch Art. 841 *Código civil*.

¹⁹⁴ Art. 806 und 807 *Código civil*.

¹⁹⁵ Art. 815 *Código civil*.

¹⁹⁶ So *Augustin Leyser*, *Meditationes ad Pandectas*³ (Lipsiae et Guelpherbyti, 1744) Bd. V und VI, Specimen CCCLVI, II. *in fine*: „Ita vero raro et fere nunquam continget, ut filius, cui quid in testamento patris relinquatur, heres in eo institutus dici nequeat“; vgl. dazu auch oben, Text bei Fn. 30, 191.

¹⁹⁷ *Cámara Lapuente*, *Forced Heirship* (Fn. 180) sub III.3.; *Bruno Rodríguez-Rosado*, *Heredero y Legitimario* (2017) 113–153; *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 360; *Esther Arroyo y Amayuelas*, Pflichtteilsrecht in Spanien, in: *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, hrsg. von Anne Röthel (2007) 257–276, 260. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die *legítima* des Ehegatten in einen Geldanspruch umgewandelt werden kann: Art. 839 und 840 *Código civil*; vgl. ferner Art. 821 Abs. 1 (für den Fall, dass das einer Herabsetzung unterliegende Vermächtnis in einem nicht problemlos teilbaren Grundstück besteht), Art. 841–847 (neuer Abschnitt unter dem Titel „Zahlung des Erbteils in besonderen Fällen“; nach Art. 841 kann der Erblasser alle Nachlassgegenstände oder einen Teil derselben einem seiner Abkömmlinge mit der Anordnung zuteilen, dass der Erbteil der übrigen Noterben bar ausgezahlt wird) und Art. 1056 Abs. 2 (hier geht es um die Möglichkeit einer Barauszahlung von Noterben, um die ungeteilte Erhaltung eines Familienunternehmens zu gewährleisten; zudem besteht die Möglichkeit eines Zahlungsaufschubs von bis zu fünf Jahren); zu diesen Vorschriften etwa *Rodríguez-Rosado*, *Heredero* (diese Fn.) 129–135. Abgesehen von Art. 821 Abs. 1 beruhen diese Möglichkeiten einer Barabfindung auf Reformen von 1958, 1981 und 2003. Insbesondere die Einführung des Art. 841 *Código civil* im Jahre 1981 hat dem Streit um die Rechtsnatur des spanischen Noterbenrechts wieder Auftrieb gegeben; vgl. *Cámara Lapuente*, *Forced Heirship* (Fn. 180) sub III.3.

¹⁹⁸ Art. 808 Abs. 1 *Código civil*.

einem überlebenden Ehegatten zusammentreffen.¹⁹⁹ Der überlebende Ehegatte erhält einen Nießbrauch an einem Drittel, an der Hälfte oder an zwei Dritteln des Nachlasses, je nachdem, ob er mit Abkömmlingen oder mit Vorfahren zusammentrifft oder ob es keine weiteren Noterben gibt.²⁰⁰ Was das Noterbenrecht der Abkömmlinge von zwei Dritteln betrifft (*legítima larga*), so zerfallen diese zwei Drittel in zwei Hälften. Eine Hälfte (das heißt ein Drittel des Nachlasses) wird gleichmäßig verteilt (*legítima corta*), während der Erblasser die andere Hälfte frei unter seinen Abkömmlingen aufteilen (und deren Anteile damit „aufbessern“) darf.²⁰¹ Das ist die sogenannte *mejora*,²⁰² die es dem Erblasser im Extremfall ermöglicht, einem seiner Kinder zwei Drittel seines Vermögens zu hinterlassen; hinzu kommt dann noch der diesem Kind zustehende Anteil an der *legítima corta*, bei Vorhandensein von drei Kindern also ein Drittel von einem Drittel, mithin ein Neuntel des Nachlasses.²⁰³

c) Rechtsbehelfe, „Enterbung“, *reservas*

Übergehung eines Noterben in gerader Linie (also nicht des überlebenden Ehegatten), gleich ob absichtlich oder versehentlich, führte im *Código civil* von 1889 zur Nichtigkeit der Erbeinsetzung(en).²⁰⁴ Der Noterbe, dem der Erblasser demgegenüber weniger als den ihm „por cualquier título“ zustehenden Anteil hinterlassen hat, kann dessen Ergänzung verlangen.²⁰⁵ Hier finden sich mithin noch deutliche Spuren sowohl der *querela inofficiosi testa-*

¹⁹⁹ Art. 809 *Código civil*. Der Noterbenteil der Vorfahren folgt strikt dem Kriterium der Gradesnähe; vgl. Art. 810 *Código civil*.

²⁰⁰ Art. 834, 837 und 838 *Código civil*. Beim Zusammentreffen mit Abkömmlingen bezieht sich der Nießbrauch auf das für die *mejora* (zu dieser sogleich im Text) bestimmte Drittel. Zum Hintergrund der Nießbrauchslösung und zur daran geübten Kritik *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub III.2.(c); *Juan Antonio Fernández de Murcia*, El usufructo como legítima del cónyuge viudo, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 437–452. Auch der Ehegatte gehört nach dem Text von Art. 807 zu den *herederos forzosos*; die Rechtsnatur seines Status war jedoch seit jeher stark umstritten; *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub III.2.(c); *Rodríguez-Rosado*, Heredero (Fn. 197) 151–153.

²⁰¹ Art. 823 *Código civil*.

²⁰² Abgeleitet von *meliorare*; vgl. oben, Text zu Fn. 138. Zum Begriff der *mejora* und zu ihrer Bedeutung vgl. zuletzt etwa *Rodríguez-Rosado*, Heredero (Fn. 197) 185–200.

²⁰³ Im Jahre 2003 wurde Art. 831 *Código civil* dahin reformiert, dass der überlebende Ehegatte durch Testament ermächtigt werden kann, in weitreichendem Umfang Aufbesserungen (*mejoras*) zugunsten der gemeinsamen Abkömmlinge vorzunehmen. Überblick über diese außerordentlich umfangreiche Vorschrift bei *Hiernéis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 388.

²⁰⁴ Art. 814 *Código civil* (1889). Kritik an diesem Regime führte zu einer Reform im Jahre 1981; nunmehr enthält Art. 814 eine sehr differenzierte Regelung, die die Nichtigkeitsfolge stark einschränkt; so berechtigt die (absichtliche) Übergehung durch den Erblasser den Noterben zu einer Herabsetzungsklage.

²⁰⁵ Art. 815 *Código civil*.

*menti*²⁰⁶ als auch der *actio ad supplendam legitimam*. Aus dem französischen Recht stammt das Rückfallsrecht des Art. 812 Código civil;²⁰⁷ es bezieht sich auf Gegenstände, die Eltern oder andere Vorfahren ihren Abkömmlingen früher einmal geschenkt haben. Sterben die Abkömmlinge, ohne ihrerseits Abkömmlinge zu haben, so fallen die geschenkten Gegenstände (oder deren Surrogate) an die betreffenden Vorfahren zurück.

Im Unterschied zum französischen, niederländischen und italienischen Recht unterscheidet das spanische Recht zwischen Erbnunwürdigkeit (sie betrifft jeden Erben) und Enterbung (sie betrifft nur die Noterben und entspricht funktional der Pflichtteilsentziehung des deutschen Rechts). Die Enterbungsgründe sind in Art. 853–855 Código civil für das Noterbenrecht der Abkömmlinge, der Vorfahren und des überlebenden Ehegatten getrennt aufgeführt; alle drei Normen nehmen jedoch auf jeweils mehrere der in Art. 756 geregelten Erbnunwürdigkeitsgründe Bezug.²⁰⁸ Eine Besonderheit des spanischen Erbrechts sind die „reservas“, das heißt erbrechtliche Vorbehalte: Bestimmte Gegenstände sind aufgrund ihrer Herkunft der gewillkürten wie auch der gesetzlichen Erbfolge entzogen und unterliegen damit einer Art Sondererbfolge.²⁰⁹ Der Begriff „reserva“ meint damit in Spanien etwas anderes als die „réserve“ oder „riserva“ in Frankreich und Italien.

²⁰⁶ Art. 814 Código civil sowohl in seiner alten wie in seiner neuen Fassung verwendet sogar den Begriff „inoficiosas“ zur Bezeichnung noterbenteilswidriger Verfügungen.

²⁰⁷ Für das französische Recht vgl. Art. 747 Code civil (1804) („Droit de retour des ascendants donateurs“). Diese Vorschrift ist 1972 aufgehoben worden. Durch die Reform des französischen Erbrechts 2006 ist ein *droit de retour* zugunsten von Aszendenten jedoch wieder eingeführt worden (Art. 738–2 Code civil); dazu unten Fn. 281. Allgemein zum Rückfallsrecht (oder Wiederanfallsrecht; lateinisch *ius recedentiae*) Werner Ogris, Rückfallsrecht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. IV (1990) Sp. 1187f.

²⁰⁸ Dazu näher Cámara Lapuente, Forced Heirship (Fn. 180) sub V.1.(b); Vaquer, Freedom (Fn. 180) 108f.; Hierneis, Spanien (Fn. 180) Rn. 437. Der spanische Código civil enthält mehr Erbnunwürdigkeitsgründe als jede andere westeuropäische Kodifikation; vgl. Zimmermann, Erbnunwürdigkeit (Fn. 147) 487f., 504.

²⁰⁹ Art. 968–980 Código civil (*reserva viudal* oder *classica*) und Art. 811 Código civil (*reserva lineal*); Überblick dazu bei Hierneis, Spanien (Fn. 180) Rn. 449f. Die *reserva lineal* soll bestimmte Vermögensgegenstände in der Herkunftsfamilie halten; sie ist offenbar eine Schöpfung des 19. Jahrhunderts. Die *reserva viudal* dient demgegenüber dem Schutz von Abkömmlingen des Erblassers, wenn der überlebende Ehegatte eine neue Ehe eingeht; sie hat römische Wurzeln (C. 5, 9, 3; C. 5, 9, 6; dazu Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 180–182) und kam über Leyes de Toro und Siete Partidas in den Código civil. Vgl. im Einzelnen Juan B. Vallet de Goytisolo, Panorama del derecho de sucesiones, Bd. I (1982) 783–883 (*reserva viudal*) und 885–925 (*reserva lineal*). Beide Institutionen haben Anlass zu einer Fülle von Rechtsstreitigkeiten gegeben. Für diese Hinweise danke ich Sergio Cámara Lapuente.

4. Das Noterbenrecht in der Schweiz und in Griechenland

a) „Schweizer Brauch“ und Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch

Es ist bemerkenswert, dass das in Frankreich etablierte Modell der zwingenden Nachlassbeteiligung nächster Angehöriger des Verstorbenen auch außerhalb des Kreises der romanischen Rechtsordnungen Anerkennung gefunden hat.²¹⁰ Das gilt insbesondere für die Schweiz. Hier stützte man sich neben dem französischen Recht vor allem auf das „deutsche Prinzip, dass das natürliche Erbrecht zunächst zu beachten sei“²¹¹ und das natürliche Erbrecht war das durch die bestehenden Familienverhältnisse vorgegebene. Man sprach deshalb insoweit auch vom „germanisch-französischen“ System des Vorbehalts.²¹² In den alemannischen Gebieten der Schweiz reichte diese familiäre Gebundenheit, oder Verfangenschaft, bis hin zum nahezu vollständigen Ausschluss jeder Verfügungsmöglichkeit („Schweizer Brauch“).²¹³ Erst durch die kantonale Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts kam es auch hier zu einer Erweiterung der Testierfreiheit²¹⁴ und damit zu einer Annäherung an die kantonalen Rechte der Westschweiz.²¹⁵

Dass es dabei, jedenfalls zunächst, nur um relativ bescheidene Fortschritte in Richtung auf eine Stärkung der individuellen Freiheit ging, zeigt sich am Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich (PG) von 1853–1856, einer der bedeutendsten Privatrechtskodifikationen des 19. Jahrhunderts (und der bedeutendsten der Schweiz vor Erlass von OR und des ZGB).²¹⁶

²¹⁰ Dazu *Stobbe*, Handbuch (Fn. 40) 243–246.

²¹¹ Das zürcherische Erbrecht mit Erläuterungen, hrsg. von Johann Caspar Bluntschli (= Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Bd. IV) (1856) 118 (Erläuterung zu § 2027).

²¹² *Arnold Escher*, Das Erbrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs (= Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, hrsg. von August Egger/Arnold Escher/H. Oser/Alex. Reichel, Bd. III) (1912) 30 (Art. 470 Abs. 4).

²¹³ *Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. IV (1893) 624.

²¹⁴ *Huber*, System IV (Fn. 213) 624, betont, dass es sich, wenn man die Entwicklung seit dem Mittelalter überblickt, nicht um eine lineare Entwicklung gehandelt habe; das entspricht dem Befund von *Rüfner*, Customary Mechanisms (Fn. 58) sub IV.2. („Rises and Falls of Freedom of Testation“).

²¹⁵ *Eugen Huber*, Betrachtungen über die Vereinheitlichung des Schweizerischen Erbrechts (1895) 25.

²¹⁶ Einen detaillierten Überblick über die Regelungen zum Noterbenrecht in allen zeitgenössischen kantonalen Privatrechten bietet *Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. II (1888) 259–316. Zum Schutz des Intestaterben im Allgemeinen gewähre eine Gruppe von Rechten überhaupt keine Verfügungsfreiheit ohne Zustimmung der Intestaterben und/oder einer Behörde (Schwyz, Obwalden; in Appenzell-Innerrhoden Verfügung nur über zwei oder fünf Prozent des Nachlasses); eine zweite Gruppe unterscheide zwischen Stammgut und Errungenschaft (etwa Nidwalden und Graubünden); eine dritte Gruppe kenne die Abstufung der disponiblen Quote je nach Nähe der erbberechtigten Verwandten und lege dabei das Gesamtvermögen zugrunde (zum Beispiel Uri, Luzern,

„Wer eheliche Nachkommen als Erben hinterlässt, darf durch seine letzte Willensverordnung zu Gunsten einzelner Nachkommen gegenüber den andern bis auf einen Fünftheil, zu Gunsten dritter Personen aber nicht über mehr als einem Zehntheil der reinen Verlassenschaft verfügen“, hieß es in § 2028 Zürcher PG (1856), wobei durch diese Differenzierung derselbe Gedanke zum Ausdruck gebracht wurde, der auch der spanischen *mejora* zugrunde liegt: Für die Verteilung des Vermögens unter seine Nachkommen wird dem Erblasser ein (etwas) größerer Freiraum gewährt, als wenn eine Verfügung zugunsten Dritter beabsichtigt ist.²¹⁷ Waren Vater und Mutter die Erben, durfte der Erblasser über ein Viertel seines Vermögens verfügen. Die weiteren Abstufungen waren: ein Drittel (Bruder und Schwester als nächste Erben), die Hälfte (Nachkommen der Geschwister), zwei Drittel (Großeltern) und vier Fünftel (Kinder und Enkel der Großeltern).²¹⁸ Der Anteil des überlebenden Ehegatten betrug drei Viertel seiner „erbrechtlichen Vortheile“.²¹⁹ Sowohl die ausgesprochen geringe disponible Quote als auch der weite Kreis noterbenberechtigter Familienmitglieder zeigt sehr

Wallis); eine vierte Gruppe stelle eine Beschränkung nur im Verhältnis zu Deszendenten oder Deszendenten und Aszendenten auf, gewähre aber im Übrigen volle Freiheit (mit Baselland als Extrembeispiel, wo die Verfügungsfreiheit gegenüber Deszendenten und Aszendenten vollständig fehle, ansonsten aber vollständig gegeben sei). Im Übrigen war in der neueren schweizerischen Gesetzgebung anerkannt, dass (anders als in Frankreich) eine testamentarische Erbeneinsetzung zulässig, aber (anders als in Rom) nicht notwendig ist; vgl. *Huber*, System IV (Fn. 213) 621. – Im Zürcher PG (1856) ist das Noterbenrecht (unter der Überschrift „Vom Pflichttheil“; dazu unten, Text zu Fn. 229) in Buch 5 („Erbrecht“), B. („Letztwillige Verordnungen“) geregelt. Die einschlägigen Vorschriften bilden einen (den ersten!) von drei Abschnitten dieses Teils B.; die anderen beiden sind den Testamenten und den Erbverträgen gewidmet.

²¹⁷ Dazu auch *Huber*, System IV (Fn. 213) 626. Überblick über die kantonalen Rechte bei *Huber*, System II (Fn. 216) 280–282. So erklärte etwa das Erbgesetz von Thurgau jeden Elterntheil für befugt, über sein Vermögen letztwillig zugunsten eines oder mehrerer „Abstämmlinge“ gegenüber den anderen zu verfügen, jedoch nur in dem Maße, dass kein Abstämmling weniger als zwei Drittel des Erbanteils erhält, den er ohne eine solche Verfügung erhalten hätte.

²¹⁸ §§ 2030, 2031–2034 Zürcher PG (1856). Abgelehnt wird, letztlich aus pragmatischen Gründen, die traditionelle Unterscheidung von ererbtem und erworbenem Gut: *Bluntschli*, Das zürcherische Erbrecht (Fn. 211) 118f. (Erläuterung zu § 2027); *ders.*, Das Erbrecht und die Reform des Erbrechtes, in: *ders.*, Gesammelte Kleine Schriften, Bd. I (1879) 233–259, 248f.

²¹⁹ § 2038 Zürcher PG (1856). Der Entwurf hatte die Hälfte vorgeschlagen. Hierüber entbrannte in der zuständigen Kommission ein Streit, der durch Präsidialentscheid geschlichtet werden musste; *Bluntschli*, Das zürcherische Erbrecht (Fn. 211) 124f. Zum Verständnis dessen, was die dem Ehegatten angewiesenen „erbrechtlichen Vortheile“ sind, vgl. §§ 1946, 1956 (Bett und Hochzeitsgeschenke), §§ 1947, 1950, 1951, 1954f., 1957, 1959–1963 Zürcher PG (1856) (Hausrat und Teil der sonstigen „Verlassenschaft“ zu eigen oder zur Nutznießung, je nachdem, mit welchen Verwandten des Erblassers er oder sie zusammentrifft und ob er oder sie sich wieder verheiratet; wenn keine „erbfähige Verwandtschaft“ des Verstorbenen vorhanden ist, Erbrecht am gesamten Nachlass); vgl. ferner § 2039 Zürcher PG (lebenslängliche Nutznießung).

deutlich, dass der Züricher Gesetzgeber die Testierfreiheit als Begrenzung des natürlichen Familienerbrechts konzeptualisierte; oder, wie Johann Caspar Bluntschli, der Redaktor dieses Gesetzbuchs, sich ausdrückte: Alle auf dem letzten Willen beruhende Erbfolge verhält sich „gegen die gesetzliche Familienerbfolge nur wie die Ausnahme zur Regel“.²²⁰

Dabei blieb es auch, als das Zürcher PG im Jahre 1887 revidiert wurde („neue Redaktion“) und als bei dieser Gelegenheit „die Testierfreiheit, die wohl in wenigen Ländern so sehr beschränkt ist wie bei uns, etwas erweitert [wurde], namentlich gegenüber den Deszendenten“;²²¹ und als gleichzeitig, in ganz ähnlicher Weise wie Jahrzehnte zuvor in den Niederlanden,²²² für jeden Noterben positiv sein Anteil, als Quote seines gesetzlichen Erbteils, festgesetzt wurde: für Nachkommen drei Viertel des gesetzlichen Erbteils, für Vater und Mutter die Hälfte und für die entfernteren Erben der elterlichen Parentel (also Geschwister und deren Nachkommen) sowie für Großeltern ein Viertel.²²³

b) Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Den nächsten, ebenfalls vorsichtigen, Schritt tat dann Eugen Huber, der Vater des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) von 1907/1912.²²⁴ Waren bei der Revision des Zürcher PG die Nachkommen der Großeltern aus dem Kreis der Noterben gestrichen worden, so nunmehr auch die Großeltern selbst sowie die Nachkommen der Geschwister. Das Noterbenrecht der elterlichen Parentel war freilich besonders umstritten, und so musste in das ZGB ein Artikel aufgenommen werden, der es den Kantonen erlaubte, den Anspruch der Geschwister entweder aufzuheben oder ihn auf die Nachkommen der Geschwister auszudehnen.²²⁵ Der überlebende Ehegatte erhielt ein Viertel des Nachlasses, wenn neben ihm gesetzliche Erben vorhanden

²²⁰ Bluntschli, Das zürcherische Erbrecht (Fn. 211) 117; vgl. auch *ders.*, Reform des Erbrechtes (Fn. 218) 241 f.

²²¹ So die Expertenkommission in ihrem Bericht an den Kantonsrat; zitiert nach *Albert Schneider*, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, Auf der Grundlage des Bluntschli'schen Kommentars allgemeinverständlich erläutert (1888) § 969 (Buch V, S. 71).

²²² Vgl. oben, Text zu Fn. 164.

²²³ § 970 Zürcher PG (1887). Zur Umstellung von der Quote des Nachlasses auf die Quote des gesetzlichen Erbrechts *Schneider*, Privatrechtliches Gesetzbuch (Fn. 221) § 969 (Buch V, S. 71); *Huber*, System II (Fn. 216) 259 f.

²²⁴ Die Vorschriften über das Noterbenrecht (genannt „Pflichtteil“; dazu sogleich) finden sich in Teil III des ZGB („Erbrecht“), Erste Abteilung („Die Erben“). Dort werden die gesetzlichen Erben abgehandelt (Titel 13) und dann die Verfügungen von Todes wegen (Titel 14). Der Titel 14 enthält sieben Abschnitte, davon den zweiten über die Verfügungsfreiheit. Dieser ist wiederum untergliedert in A. „Verfügbare Teil“ und B. „Enterbung“.

²²⁵ Art. 472 ZGB; dazu *Escher*, Erbrecht (Fn. 212) 30 (Art. 470 Abs. 2): „Hier stehen wir vor einer Durchbrechung der Rechtseinheit“.

waren, und die Hälfte, wenn er einziger gesetzlicher Erbe war.²²⁶ Damit betrug die Quote, über die der Erblasser bei Vorhandensein von Nachkommen und überlebendem Ehegatten verfügen konnte, drei Sechzehntel ($1/4 = 4/16$ als Anteil des Ehegatten und $3/4$ von $3/4 = 9/16$ als Anteil der Nachkommen; Rest = $3/16$).²²⁷

Der Sache nach sind Nachkommen, Eltern, Geschwister und überlebender Ehegatte Noterben,²²⁸ auch wenn das ZGB in den Art. 471 und 472, in Anknüpfung an die kantonalen Gesetzgebungen der deutschsprachigen Schweiz, den Begriff des Pflichtteils gewählt hat.²²⁹ Der Pflichtteilsberechtigte hat die Rechtsstellung eines Erben und damit richtet sich seine Position nach den für den Erben allgemein geltenden Regeln.²³⁰ Hat der Erblasser seine Verfügungsbefugnis überschritten, so kann der Pflichtteilsberechtigte die Herabsetzung der Verfügung auf das erlaubte Maß verlangen.²³¹ Für die Pflichtteilsentziehung (= Enterbung) kennt das ZGB zwei Gründe: schwere Verbrechen und schwere Verletzung familienrechtlicher Pflichten.²³² Ein dritter zunächst vorgesehener Grund (verschwenderischer oder unsittlicher Lebenswandel) wurde durch die Bundesversammlung gestrichen.²³³ Da-

²²⁶ Art. 471 Nr. 4 ZGB; vgl. auch Art. 473 ZGB mit einer Erweiterung der Testierfreiheit eines Ehegatten zugunsten des anderen gegenüber den gemeinsamen Nachkommen.

²²⁷ Vgl. dazu im Überblick *Thomas Sutter-Somm / Dario Ammann*, Die Revision des Erbrechts (2016) 45 f.

²²⁸ Zu den kantonalen Rechten vor Herstellung der Rechtseinheit *Huber*, System II (Fn. 216) 272–278.

²²⁹ Dazu *Eugen Huber*, Text des Vorentwurfs von 1900, neu redigiert und publiziert von Markus Reber/Christoph Hurni (= Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, Materialien zum Zivilgesetzbuch) (2007) 365.

²³⁰ *Escher*, Erbrecht (Fn. 212) 31 (Art. 470 Abs. 5). Vgl. demgegenüber aber § 2037 Zürcher PG (1856), § 973 Zürcher PG (1887): In welcher Form den pflichtteilsberechtigten Erben der Pflichtteil zukomme, „ob infolge des gesetzlichen Erbrechts oder der Erbeinsetzung oder des Vermächtnisses, ist gleichgültig“.

²³¹ Art. 522 ZGB (mit der missverständlichen Formulierung, die Erben, „die nicht dem Werte nach den Pflichtteil erhalten“, könnten Herabsetzung verlangen; dazu *Escher*, Erbrecht (Fn. 212) 31 (Art. 470 Abs. 5)). Überblick über die kantonalen Rechte bei *Huber*, System II (Fn. 216) 298–313; für das Zürcher PG (1856) vgl. §§ 2044 und 2111; für das Zürcher PG (1887) § 978. Damit ist also, wenn der Erblasser seine Dispositionsbefugnis überschreitet, nicht die ganze Verfügung nichtig, wie dies unter Einfluss des römischen Rechts zeitweise in der Westschweiz angenommen worden war; *Huber*, System IV (Fn. 213) 623. Die Kantone Waadt und Freiburg hatten Regeln zur Pflichtwidrigkeit von Testamenten infolge von *préterition*: Wenn der Noterbe nicht im Testament genannt ist, kann er das Testament anfechten; vgl. *Huber*, System II (Fn. 216) 314 f.

²³² Art. 477 ZGB; *Huber*, Vorentwurf (Fn. 229) 368; für die kantonalen Rechte in der Zeit zuvor vgl. *ders.*, System II (Fn. 216) 289–298. Für das Zürcher PG vgl. § 2042 (1856) bzw. § 976 (1887).

²³³ *Escher*, Erbrecht (Fn. 212) 42 (Art. 477 Abs. 6); in § 2042 lit. c. Zürcher PG noch enthalten („liderliche oder entehrende Lebensweise“). Zur *exhereditatio bona mente* vgl. *Huber*, System II (Fn. 216) 296–298; §§ 2049–2052 Zürcher PG (1856); §§ 988–991 Zürcher PG (1887).

neben kennt das ZGB, wie das BGB, die Erbnunwürdigkeit²³⁴ (wobei die Erbnunwürdigkeitsgründe ganz überwiegend den in § 2339 Abs. 1 BGB niedergelegten entsprechen). Insgesamt perpetuierte das ZGB damit „den dinglich-erbrechtlichen Vorbehalt, die *réserve* des altdeutschen und französischen Rechts“.²³⁵ Wie vor ihm bereits Bluntschli sah auch Eugen Huber Verfügungen von Todes wegen und gesetzliches Erbrecht im Verhältnis der Ausnahme zur Regel.²³⁶

c) Griechenland

Ob auch Griechenland, das wie die Schweiz traditionell dem sogenannten „deutschen Rechtskreis“ zugerechnet wird, zu den Rechtsordnungen gerechnet werden kann oder sollte, deren Noterbenrecht dem französischen Modell entspricht, ist fraglich. Dafür spricht letztlich nur ein Argument: Die vom Erblasser nicht berücksichtigten nächsten Angehörigen sind nicht Inhaber einer auf den Wert eines bestimmten Anteils des Nachlasses gerichteten Geldforderung, sondern echte Erben mit allen Rechten und Pflichten, die die Erbenstellung vermittelt.²³⁷ Im Übrigen entspricht das griechische Noterbenrecht weitgehend dem deutschen. Das betrifft den Kreis der Noterben (Abkömmlinge, Eltern, überlebender Ehegatte bzw. Lebenspartner)²³⁸ ebenso wie die diesen Personen (soweit sie ohne Testament Erben geworden wären) zustehende Quote (die Hälfte des gesetzlichen Erbteils).²³⁹ Die Pflichtteilsentziehungsgründe der Art. 1840–1842 Astikos Kodikas entspre-

²³⁴ Art. 540 ZGB. Dazu *Huber*, Vorentwurf (Fn. 229) 348f.; Überblick über die kantonalen Rechte in der Zeit zuvor bei *dem.*, System II (Fn. 216) 22–29.

²³⁵ *Fritz Schiller*, Pflichtteil, Pflichtteilswert und Teilungsvorschrift nach dem Z.G.B. (1928) 6.

²³⁶ *Huber*, Vorentwurf (Fn. 229) 365. Sowohl Bluntschli als auch Huber begannen ihre Karriere mit erbrechtlichen Schriften. Bluntschli gewann mit seiner Schrift „Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach Römischem Recht mit besonderer Rücksicht auf die Novelle 115“ (1829) ein Preisausschreiben der juristischen Fakultät der Universität Berlin. Zur Zeit der Ausschreibung des Preises (1827) war er erst 19 Jahre alt. Huber schrieb seine Inauguraldissertation an der Universität Zürich zum Thema „Die Schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich“ (1872). Beide wurden nicht nur als Kodifikatoren (unter anderem des Erbrechts) berühmt, sondern verfassten viele Jahre nach ihren Erstlingsschriften allgemeine Betrachtungen über die Reform bzw. Vereinheitlichung des Erbrechts (Fn. 215 und 218). Vgl. auch *Daniel Arne Wyss*, Wie viel Bluntschli steckt in Huber? – Ein Vergleich der allgemeinen Grundsätze des Erbrechts bei Johann Caspar Bluntschli und Eugen Huber (2018). Dort zum Pflichtteilsrecht S. 100–102 und 106; nach meiner Auffassung überwiegt hier sehr deutlich die Kontinuität.

²³⁷ Art. 1825 Abs. 2 Astikos Kodikas. Dazu z.B. *Dimitrios Stamatiadis / Spyros Tsantinis*, Griechenland, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 66) Rn. 41.

²³⁸ Art. 1825 Abs. 1 Satz 1 Astikos Kodikas.

²³⁹ Art. 1825 Abs. 1 Satz 2 Astikos Kodikas. Da sich das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten (und des überlebenden Lebenspartners) danach richtet, ob es daneben andere gesetzliche Erben gibt, und wenn ja, welcher Ordnung (Art. 1820 Astikos Kodikas), kann

chen fast wörtlich denen der §§ 2333–2335 BGB (1900), nur dass diese konsequenterweise als Enterbungsgründe bezeichnet werden. Daneben gibt es in Griechenland Vorschriften über die Erbnunwürdigkeit (Art. 1860–1864), die weitgehend diejenigen des deutschen Rechts spiegeln.²⁴⁰ Dasselbe gilt für die *exhereditatio bona mente*.²⁴¹

Schließlich wird das griechische Noterbenrecht offenbar auch nicht als *réserve* im Sinne des französischen Rechts konzeptualisiert. Charakteristisch ist insoweit, dass Georgiadis und Papadimitropoulos das (von ihnen und anderen Kommentatoren des griechischen Rechts so genannte) Pflichtteilsrecht als Schranke der Testierfreiheit behandeln.²⁴² Dass das griechische Recht ebenso wie das deutsche tatsächlich die Testierfreiheit in den Vordergrund rückt, ergibt sich nicht zuletzt aus dem Aufbau von Buch V (Erbrecht) des Astikos Kodikas: Schon dessen erstes Kapitel fokussiert sich auf die testamentarische Erbfolge,²⁴³ deren detaillierter Regelung dann das zweite und dritte Kapitel gewidmet sind. Erst dann folgen die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (viertes Kapitel).²⁴⁴

VIII. Die heutige Rechtslage

In kaum einer der soeben erwähnten Rechtsordnungen sind die Vorschriften über Pflichtteil oder Noterbenrecht unverändert geblieben. Italien und Portugal erhielten 1942 bzw. 1966 neue Privatrechtskodifikationen, Frankreich, die Niederlande, Österreich und Belgien unterzogen 2001/2006, 2003, 2015/2017 bzw. 2018 ihr Erbrecht einer Gesamtrevision,²⁴⁵ und auch in der Schweiz, Spanien und Deutschland wurden die einschlägigen Vorschriften reformiert, in Spanien und Deutschland allerdings nur marginal.²⁴⁶

sein Pflichtteil variieren (bei Ehegatten zwischen einem Achtel und der Hälfte des Nachlasses).

²⁴⁰ Dazu Zimmermann, Erbnunwürdigkeit (Fn. 147) 488 f.

²⁴¹ Vgl. Art. 1845 Astikos Kodikas mit § 2338 BGB.

²⁴² Apostolos Georgiadis / Antonios Papadimitropoulos, Griechenland, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann, Internationales Erbrecht (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) R.n. 197.

²⁴³ Zwei Vorschriften über den Begriff des Erbrechts und die Erbfähigkeit (Art. 1710 f. Astikos Kodikas) folgen vier Vorschriften, die sich mit Zulässigkeit und Inhalt des Testaments befassen (Art. 1712–1715).

²⁴⁴ Anders das deutsche Recht! Dort wird zunächst die gesetzliche Erbfolge behandelt. Dann folgen die Vorschriften, die den Art. 1712–1715 Astikos Kodikas entsprechen; und erst sehr viel später folgt die detaillierte Regelung der Testamente. Zum Streit um die Reihenfolge in Deutschland Zimmermann, Intestate Succession (Fn. 98) 183 f. Das Noterbenrecht ist in Griechenland im unmittelbaren Anschluss an die gesetzliche Erbfolge geregelt; es findet sich im fünften von insgesamt 20 Kapiteln, die das Buch V zum Erbrecht ausmachen.

²⁴⁵ Katalonien erhielt in den letzten drei Jahrzehnten sogar zweimal ein neues Erbrecht; vgl. unten Text nach Fn. 428.

²⁴⁶ Auch insofern relativiert sich also die Rede von der „Beständigkeit“ erbrechtlicher

In der Schweiz veröffentlichte zudem der Bundesrat im Spätsommer 2018 einen Entwurf zur Revision des Erbrechts.²⁴⁷

1. Noterbenrecht in Italien und Portugal

Italien und Portugal haben nach wie vor vergleichbare Regelungsregime.²⁴⁸ Zum Kreis der *legittimari* / *herdeiros legítimários* gehören in beiden Ländern der überlebende Ehegatte, die Abkömmlinge und die Vorfahren.²⁴⁹ In beiden Ländern ist das Noterbenrecht der Kinder (bzw. von deren „Repräsentanten“) nach ihrer Anzahl abgestuft: Ist nur ein Kind vorhanden, beträgt seine Quote die Hälfte des Nachlasses, während mehrere Kinder zusammen zwei Drittel erhalten.²⁵⁰ Sind nur Vorfahren vorhanden, so erhal-

Regelungen; vgl. bereits *Reinhard Zimmermann*, Kulturelle Prägung des Erbrechts?, JZ 2016, 321–332, 325.

²⁴⁷ Aktuelle Länderübersichten in deutscher Sprache zum Pflichtteilsrecht in den hier behandelten und weiteren Rechtsordnungen finden sich in: Handbuch Pflichtteilsrecht², hrsg. von Gerhard Schlitt / Gabriele Müller (2017) § 15 (verschiedene Autoren), und in: Handbuch Pflichtteilsrecht³, hrsg. von Jörg Mayer / Rembert Süß / Manuel Tanck / Jan Bittler (2018) § 19 (*Rembert Süß*); vgl. ferner die einschlägigen Abschnitte in dem von Rembert Süß herausgegebenen Buch „Erbrecht in Europa“ (Fn. 66). In allen drei Werken finden sich auch Hinweise zu den im vorliegenden Beitrag nicht behandelten Fragen des Inhalts und der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs und des Schutzes vor lebzeitigen Schenkungen. Die einschlägigen Regelungen sind nicht selten von erheblicher Komplexität. So ist etwa (für Deutschland) in dem „Kurzlehrbuch“ von *Anne Röthel*, *Erbrecht*¹⁷ (2015) § 38, des zuvor von Wilfried Schäfer bearbeiteten Werkes mehr als die Hälfte der Darstellung diesen beiden Themen gewidmet. Für Frankreich, Italien, Spanien und die Niederlande vgl. auch *Pères*, *Compulsory Portion* (Fn. 75) sub VI.; *Alexandra Braun*, *Forced Heirship in Italy*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 2) sub V. und VIII.; *Cámara Lapuente*, *Forced Heirship* (Fn. 180) sub III.4. und IV.; *Kolkman*, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub IV.2.(c) und VII.2. Einen hervorragenden Überblick über Entwicklungen des Pflichtteilsrechts bietet *Anatol Dutta*, *Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa*, FamRZ 2011, 1829–1840; vergleichend zu den drei deutschsprachigen Ländern *Tobias Helms*, *Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht*, in: *Freedom of Testation* (Fn. 169) 1–24.

²⁴⁸ Dasjenige des portugiesischen Rechts ist in der Tat vom italienischen Recht beeinflusst worden; vgl. *Rita Lobo Xavier*, *Para quando a renovação do Direito sucessório português?*, in: *Edição do Cinquentenário Código civil*, hrsg. von Elsa Vaz de Sequeira / Fernando Olivera e Sá (2017) 593–614, 594.

²⁴⁹ Art. 536 Codice civile; Art. 2157 Código civil. Systematisch ist das Noterbenrecht in Italien nicht mehr als Teil des Rechts der testamentarischen Erbfolge geregelt, sondern bildet eines von zehn Kapiteln eines allgemeinen Teils des Erbrechts (Kapitel 10 von Titel I des Buches II des Codice civile). Im portugiesischen Código civil enthält Buch V („Direito das sucessões“) zunächst einen Titel I („Das sucessões em geral“) sowie Titel II („Da sucessão legítima“) und dann den Titel III („Da sucessão legítimária“). Es folgt Titel IV („Da sucessão testamentária“).

²⁵⁰ Art. 537 Codice civile (zum Codice civile von 1865 vgl. oben, Fn. 172); Art. 2159 Abs. 2 Código civil.

ten sie ein Drittel des Nachlasses (Italien)²⁵¹ bzw. die Hälfte bei Vorfahren ersten Grades oder ein Drittel bei Vorfahren weiter entfernter Grade (Portugal)²⁵². Dieses System wird modifiziert, wenn der Verstorbene durch seinen Ehegatten überlebt wird.²⁵³ Beim Zusammentreffen mit Kindern beträgt der Noterbenanteil in Italien für Ehegatten und Kind jeweils ein Drittel des Nachlasses bzw., sofern zwei oder mehr Kinder hinterlassen wurden, ein Viertel für den Ehegatten und, zu untereinander gleichen Teilen, die Hälfte für die Kinder.²⁵⁴ In Portugal sind es für alle zusammen zwei Drittel des Nachlasses, wobei die Berechnung sich nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge richtet (bei einem Kind also ein Drittel für das Kind und ein Drittel für den Ehegatten).²⁵⁵ Beim Zusammentreffen des Ehegatten mit Vorfahren erhalten diese ein Viertel und jener die Hälfte (Italien)²⁵⁶ bzw. erhalten Ehegatte und Vorfahren zusammen zwei Drittel des Nachlasses (Portugal)²⁵⁷. Überleben weder Vorfahren noch Abkömmlinge, so erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses (beide Länder).²⁵⁸

Zur Durchsetzung des Noterbenrechts dient die Herabsetzungsklage (*azione di riduzione / ação de redução de liberalidades inoficiosas*).²⁵⁹ Eine Enterbung der Noterben kennt das italienische Recht auch weiterhin nicht;²⁶⁰ zurückgegriffen werden kann nur auf die allgemeinen Regeln über die Erbnwürdigkeit.²⁶¹ Das portugiesische Recht kennt demgegenüber nach wie vor

²⁵¹ Art. 538 Codice civile.

²⁵² Art. 2161 Abs. 2 Código civil.

²⁵³ In Italien hat erst das Gesetz über die Reform des Familienrechts vom 19.5.1975 die Stellung des überlebenden Ehegatten deutlich verbessert. Dem Gesetzgeber von 1942 hatte der Mut zu einer durchgreifenden Reform gefehlt, obwohl der faschistische Staat Ehefrauen besondere Achtung entgegenbrachte; dazu *Braun*, Forced Heirship (Fn. 247) sub III.1. Braun weist auch auf erhebliche weitere Rechte hin, die dem überlebenden Ehegatten zustehen, etwa im Hinblick auf die Familienwohnung (ebd.). Dazu auch etwa *Maria Giovanna Cubeddu Wiedemann / Anton Wiedemann*, Italien, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 66) Rn. 127–129. Im Jahre 2016 ist die *convivenza di fatto* gesetzlich anerkannt worden; auch daraus kann sich ein Wohnrecht für bis zu fünf Jahre ergeben. In Portugal steht dem überlebenden Ehegatten neben seinem Pflichtteilsrecht ein Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass zu (Art. 2018 Código civil); dasselbe gilt für nichteheliche Lebensgefährten, sofern die Lebensgemeinschaft länger als zwei Jahre gedauert hat (Art. 2020 Código civil).

²⁵⁴ Art. 542 Codice civile.

²⁵⁵ Art. 2159 Abs. 1 (i. V. m. Art. 2139) Código civil; dazu auch *Erhard Huzel / Ines Wollmann*, Portugal, in: *Erbrecht in Europa* (Fn. 66) Rn. 92.

²⁵⁶ Art. 544 Codice civile.

²⁵⁷ Art. 2161 Abs. 1 Código civil.

²⁵⁸ Art. 540 Abs. 1 Codice civile; Art. 2158 Código civil.

²⁵⁹ Art. 553–564 Codice civile; Art. 2168–2178 Código civil. Zum italienischen Recht ausführlich *Braun*, Forced Heirship (Fn. 247) sub VIII.2.; *Rainer Hausmann / Giuseppe Trabucchi*, Italien, in: *Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann*, Internationales Erbrecht (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) Rn. 478–503.

²⁶⁰ Vgl. oben, Text zu Fn. 175.

²⁶¹ Art. 463 Codice civile; dazu *Zimmermann*, Erbnwürdigkeit (Fn. 147) 491–493.

Enterbung und Erbenwürdigkeit.²⁶² Insgesamt hat das italienische Recht 1942 und 1975 die Position der Noterben gestärkt (das gilt insbesondere für den überlebenden Ehegatten) und die Verfügungsfreiheit des Erblassers damit reduziert: Konnte er 1865 stets mindestens über die Hälfte seines Vermögens verfügen, so nunmehr vielfach nur noch über ein Drittel oder sogar ein Viertel. In Portugal ist demgegenüber das Noterbenrecht der Vorfahren geschwächt worden. Andererseits ist mit dem überlebenden Ehegatten ein zusätzlicher Noterbe auf den Plan getreten. Die *herdeiros legítimários* des portugiesischen Rechts sind echte Noterben,²⁶³ und auch die *legittimari* des italienischen Rechts haben nicht lediglich einen Geldanspruch gegen den oder die Erben, sondern ein dinglich wirkendes (Not-)Erb(en)recht.²⁶⁴ Doch erhalten sie diese Erbenstellung nach herrschender Meinung erst mit Rechtskraft des auf eine Herabsetzungsklage ergangenen Urteils.²⁶⁵ Daran, dass *legittimari* und *herdeiros legítimários* echte Noterben sind, ändert auch die Tatsache nichts, dass der Erblasser ihnen ein Vermächtnis „als Ersatz für ihr Noterbenrecht“ (*in sostituzione della legittima; em substituição da legítima*) hinterlassen kann,²⁶⁶ hat der Noterbe doch das Recht, das Vermächtnis auszusprechen und stattdessen den Noterbenteil zu verlangen. Der Erblasser kann das Noterbenrecht mithin nicht vereiteln. Die Rechtslage ist insofern anders als im spanischen Recht.²⁶⁷

Im Laufe der Jahre ist das italienische Noterbenrecht immer wieder und unter verschiedenen Aspekten kritisiert worden.²⁶⁸ Teilweise wurde sogar seine völlige Abschaffung gefordert, überwiegend jedoch eine Liberalisierung. Im Jahre 2011 hat die italienische Notarvereinigung einen Reformvorschlag vorgelegt, der vom (neuen) französischen und deutschen Recht inspiriert ist und das Noterbenrecht in ein Pflichtteilsrecht umwandeln will.²⁶⁹ In ebendiese Richtung geht ein Gesetzesentwurf für ein Ermächtigungsgesetz zur Reform des Codice civile vom 28. Februar 2018.²⁷⁰ Auch in Portugal hat so gut wie jeder, der sich mit dem Noterbenrecht beschäftigt,

²⁶² Vgl. bereits oben, Text zu Fn. 179; heute vgl. Art. 2166 und 2034 Código civil. Dazu Zimmermann, Erbenwürdigkeit (Fn. 147) 493f., 503f.

²⁶³ Art. 2156: Die *legítima* ist der Teil der Güter, über den der Erblasser nicht verfügen kann, da er von Gesetzes wegen für die *herdeiros legítimários* bestimmt ist; Erik Jayme / Manuel Malheiros, Portugal, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann, Internationales Erbrecht (Looseblatt, 107. Lfg. 2019) Rn. 40; Huzel / Wollmann, Portugal (Fn. 255) Rn. 88f. (mit dem Hinweis, diese Frage sei im portugiesischen Recht umstritten).

²⁶⁴ Vgl. Art. 457 Abs. 3 und 536 Abs. 1 Codice civile.

²⁶⁵ Braun, Forced Heirship (Fn. 247) sub VI.2.; Hausmann / Trabucchi, Italien (Fn. 259) Rn. 452; Cubeddu Wiedemann / Wiedemann, Italien (Fn. 253) Rn. 121.

²⁶⁶ Art. 551 Codice civile; Art. 2165 Código civil.

²⁶⁷ Vgl. oben, VII.3.b).

²⁶⁸ Vgl. den Überblick bei Braun, Forced Heirship (Fn. 247) sub IX.; dies., Trends and Shifts (Fn. 169) 77–79.

²⁶⁹ Nachweis bei Braun, Forced Heirship (Fn. 247) Fn. 225.

²⁷⁰ Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri, Nr. 48 (unter 3.): „[...] in materia di

seine Unzufriedenheit mit dem bestehenden Regelungsregime zum Ausdruck gebracht, doch gibt es, anders als in Italien, keine konkreten Reformpläne.²⁷¹

2. Systemwandel in verschiedenen Schattierungen

a) Frankreich

In Frankreich selbst ist das in Italien und Portugal übernommene „französische“ Modell von *réserve* und *quotité disponible* durch die Reform von 2001 und insbesondere 2006 erheblich modifiziert worden.²⁷² Zwar enthält Art. 912 Code civil nun zum ersten Mal Definitionen der beiden Begriffe: Die *réserve héréditaire* ist der Teil des Nachlasses, dessen lastenfreier Übergang an bestimmte Erben (die *réservataires*) vom Gesetz sichergestellt wird; die *quotité disponible* ist demgegenüber der Teil, über den der Verstorbene „durch Freigebigkeiten“ frei verfügen kann.²⁷³ Beide Definitionen entsprechen der klassischen Konzeption. Sie verbergen jedoch die durch die Reform bewirkten Änderungen. So wird die Einführung eines *mandat à effet posthume*²⁷⁴ als Einschränkung des Prinzips betrachtet, dass die *réserve* stets frei von Belastungen zu sein hat („[...] la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires“).²⁷⁵ Vor allem aber haben die *héritiers réservataires* im Hinblick auf Verfügungen, die ihre Rechtsposition beeinträchtigen,

successione, prevedendo la possibilità di trasformare la quota riservata ai legittimari [...] in una quota del valore del patrimonio ereditario.“

²⁷¹ Für diesen Hinweis danke ich Fernando Oliveira de Sá. Aus der Literatur vgl. zuletzt *Rita Lobo Xavier*, Notas para a renovação da sucessão legitimária no Direito português, in: *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real* (2016) 351–372; *dies.*, Renovação do Direito sucessório (Fn. 248) 593–614 (zum Einfluss der portugiesischen Verfassung von 1976 ebd. 598–601).

²⁷² Dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 700–747, 1166–1241; *Frédérique Ferrand*, Réserve héréditaire, ordre public et autonomie de la volonté en droit français des successions, in: *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, hrsg. von Christoph Castelein / René Foqué / Alain Verbeke (2009) 189–202; *Pérès*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub II.3. und IV.–VI.; *Braun*, Trends and Shifts (Fn. 169) 68–75; Überblick in Deutsch bei *Döbereiner*, Frankreich (Fn. 66) Rn. 105–115. Die systematische Stellung der einschlägigen Vorschriften hat sich nicht geändert (vgl. oben, Fn. 57). *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 704, zitieren Pierre Catala mit der Aussage, der französische Gesetzgeber habe hier mit 1000 Jahren der *réserve coutumière* und mit 200 Jahren Code civil gebrochen; aus rechtspolitischer Sicht vgl. *Edmond Gresser*, Testamentsvollstreckung in Frankreich, in: *Testamentsvollstreckung in Europa*, hrsg. von Martin Löhnig / Anatol Dutta / Peter Gottwald / Herbert Grziwotz / Dieter Henrich / Wolfgang Reimann / Dieter Schwab (2018) 129–143, 131 f.

²⁷³ Art. 912 Code civil.

²⁷⁴ Art. 812–814–1 Code civil; dazu etwa *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 864; *Braun*, Trends and Shifts (Fn. 169) 72 f.

²⁷⁵ Vgl. *Pérès*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub V.1.(d); *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 704.

grundsätzlich nur noch einen in Geld zu erfüllenden Ausgleichsanspruch („[...] doit indemniser“);²⁷⁶ eine *réduction en nature* können sie nur noch ausnahmsweise verlangen.²⁷⁷ Damit rückt der französische Noterbe deutlich in Richtung des Pflichtteilsberechtigten des österreichischen und des deutschen Rechts.²⁷⁸

Anspruchsberechtigt sind, nach wie vor, in erster Linie die Abkömmlinge des Erblassers; nach wie vor auch richtet sich die *quotité disponible* nach der Zahl der Kinder: die Hälfte des Nachlasses bei einem Kind, ein Drittel bei zwei Kindern und ein Viertel bei drei oder mehr Kindern.²⁷⁹ Das Noterbenrecht der Vorfahren ist 2016 aufgehoben worden; stattdessen ist zu ihren Gunsten ein *droit de retour légal* (wieder)²⁸⁰ eingeführt worden, das sich auf Geschenke bezieht, die sie dem Verstorbenen gemacht haben.²⁸¹ Statt der Vorfahren ist auch in Frankreich nunmehr nach langen Zweifeln und Diskussionen²⁸² der überlebende Ehegatte berücksichtigt worden.²⁸³ Er hat Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses. Dieser Anspruch ist jedoch subsidiär – er besteht nur, wenn keine Abkömmlinge vorhanden

²⁷⁶ Art. 924; dazu etwa *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 704, 1213.

²⁷⁷ Art. 924–4 Code civil: Für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der Herabsetzungsklage (= des vom Erblasser Begünstigten) können die *héritiers réservataires* unter bestimmten Umständen Klage auf Herabsetzung oder auf Eigentumsherausgabe gegen Dritte erheben, die ein Grundstück vom Begünstigten erworben haben. – Nach Art. 924-1 Code civil kann der *Begünstigte* unter bestimmten Umständen die Herabsetzung *in natura* erfüllen, wenn ihm der geschenkte oder vermachte Gegenstand noch gehört. Die *héritiers réservataires* haben aber keinen entsprechenden Anspruch. Zu beiden Vorschriften *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 1214.

²⁷⁸ Vgl. etwa *Pérès*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub V.1.(b); *Braun*, Trends and Shifts (Fn. 169) 71. In der deutschen Literatur wird die Rechtslage nach der Reform bisweilen als unsicher betrachtet; vgl. z. B. *Döbereiner*, Frankreich (Fn. 66) Rn. 105 („dogmatisch zweifelhaft“); *Inge Kroppenberg*, Pflichtteil, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Fn. 4) 1156–1160, 1156 („nicht eindeutig“); vgl. aber z. B. *Fabian Laurent Schirmer*, Die Selbstbindung des Erblassers im deutschen und französischen Recht (2019) 65 („wesensverändernder Eingriff in die *réserve* als ursprünglich unantastbarer Teil der gesetzlichen Erbfolge“).

²⁷⁹ Art. 913 Code civil.

²⁸⁰ Vgl. oben, Fn. 207.

²⁸¹ Art. 738-2 Code civil. Dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 723–727 („[...] un lot de consolation très relatif“) und Nr. 226; *Pérès*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub IV.2. (eine Art „reserve héréditaire on tiptoe“). Unter bestimmten Umständen steht bedürftigen Vorfahren, die nicht Eltern des Erblassers sind (also den *ascendants ordinaires*; dazu *Cécile Pérès*, Intestate Succession in France, in: Intestate Succession (Fn. 1) 33–51, 40), ein Unterhaltsanspruch zu: Art. 758 Code civil; dazu *Terré / Lequette / Gaudemet* (Fn. 80) Nr. 727 („un faible secours“).

²⁸² *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 728f. (das Beispiel ausländischer Rechtsordnungen – insbesondere Deutschland, Belgien und Italien – habe bei der Reform eine Rolle gespielt); *Pérès*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub IV.3.

²⁸³ „Cette réforme logique est due à la promotion du conjoint survivant, qui tient compte de la structure sociologique actuelle de la famille“; *Ferrand*, Réserve héréditaire (Fn. 272) 195.

sind.²⁸⁴ Einerseits entfernt sich Frankreich damit auch in diesem Punkt²⁸⁵ ein kleines Stück weit von der traditionell sein Erbrecht beherrschenden Idee (oder Ideologie), dass das Vermögen jedenfalls grundsätzlich der Familie (im Sinne der mit dem Erblasser nächsten Blutsverwandten) erhalten bleiben sollte.²⁸⁶ Andererseits tritt ebendiese Idee auch noch heute in der Subsidiarität des Ehegattenpflichtteils zutage; die Position eines Ehegatten, mit dem der Erblasser Kinder hat, ist also schlechter als die eines Ehegatten bei kinderloser Ehe (soweit der Erblasser nicht bereits Kinder aus einer früheren Ehe oder uneheliche Kinder hatte).²⁸⁷

Freiwillige Verfügungen zugunsten des überlebenden Ehegatten begünstigt das französische Recht jedoch, denn es gewährt dem Erblasser eine *quotité disponible spéciale*.²⁸⁸ Sofern der überlebende Ehegatte mit Abkömmlingen konkurriert, kann der Erblasser ihm entweder die normale *quotité disponible* (also dasjenige, „worüber er zugunsten eines Fremden verfügen konnte“) zugutekommen lassen oder ein Viertel seines Vermögens zu Eigentum und die übrigen drei Viertel zu Nießbrauch oder aber den Gesamtnachlass zu Nießbrauch.²⁸⁹ Die Wahl trifft entweder der Erblasser selbst oder er überlässt sie dem überlebenden Ehegatten (zumeist Letzteres).²⁹⁰ Das Verhältnis der allgemeinen *quotité disponible* zur *quotité disponible spéciale* (bildet diese eine einfache Erweiterung von jener oder handelt es sich insoweit um „autre

²⁸⁴ Art. 914-1 Code civil. Außerdem hat der überlebende Ehegatte nach Art. 764 Code civil ein lebenslanges Recht, in der Wohnung zu bleiben (und den darin befindlichen Hausrat zu nutzen), in der er zum Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers wohnte, sofern diese Wohnung den Eheleuten gehörte oder vollständig in den Nachlass fällt. Dieses Wohnrecht kann ihm jedoch vom Erblasser durch Testament entzogen werden, freilich nur durch ein öffentliches Testament (Art. 971 Code civil: vor zwei Notaren oder einem Notar und zwei Zeugen). Zur Mietwohnung Art. 765-2 Code civil. Zum Ganzen *Ferrand*, Réserve héréditaire (Fn. 272) 191 f.; *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 190–192. Schließlich hat der überlebende Ehegatte, soweit er bedürftig ist, auch einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass: Art. 767 Code civil; dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 193 f. – *Pères*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub IV.3.(b), schreibt auch der *réserve héréditaire* des überlebenden Ehegatten eine Unterhaltsfunktion zu, selbst wenn es sich wegen des fehlenden Bedürftigkeitserfordernisses nicht wirklich um einen Unterhaltsanspruch handele; vgl. auch *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 729.

²⁸⁵ Zum Intestaterbrecht in diesem Zusammenhang *Zimmermann*, RabelsZ 80 (2016) 39, 63–65.

²⁸⁶ *Zimmermann*, RabelsZ 79 (2015) 768, 779–782, 801–803; *ders.*, RabelsZ 80 (2016) 39, 61 f.

²⁸⁷ Dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 730 (die Situation sei „pour le moins curieuse, sinon difficilement justifiable“). Nach *Terré / Lequette / Gaudemet* soll diese Regelung eine Kumulation der *réserve* von Abkömmlingen und des Ehegatten verhindern, durch die die Verfügungsfreiheit des Erblassers zu stark eingeschränkt würde.

²⁸⁸ Dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 731–741; *Pères*, Compulsory Portion (Fn. 75) sub IV.3.(d).

²⁸⁹ Art. 1094-1 Code civil.

²⁹⁰ *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 735.

chose“?) hat Anlass zu einer literarischen Kontroverse gegeben.²⁹¹ Die Cour de cassation hat sich in einer Entscheidung vom April 1984 dem letzteren Standpunkt angeschlossen.²⁹² Dadurch ist im Ergebnis die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweitert worden.

Eine Enterbung (im Sinne der Entziehung des Noterbenrechts bzw. des Pflichtteils) kennt das französische Recht nach wie vor nicht. Von der Erbfolge ausgeschlossen sein kann ein Noterbe damit nur aufgrund seiner Erbnunwürdigkeit.²⁹³

b) Belgien

Auch das belgische Erbrecht von 2018²⁹⁴ gewährt den Noterben, soweit sie in ihrem Recht beeinträchtigt werden, grundsätzlich nur noch einen Anspruch auf den Geldwert („la réduction n’a lieu qu’en valeur“);²⁹⁵ die *réserve* gibt damit also nicht mehr das Recht auf einen Anteil des Nachlasses *in natura*.²⁹⁶ Wie im neuen französischen Recht sind auch in Belgien nur noch Abkömmlinge und (schon seit 1981) der überlebende Ehegatte Noterben; die Vorfahren des Erblassers sind aus dem Kreis der Begünstigten ausgeschlossen, erhalten aber, soweit sie bedürftig sind und der Erblasser keine Kinder hat, einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass.²⁹⁷

²⁹¹ Dazu ausführlich *Terré / Lequette / Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 80) Nr. 742–747.

²⁹² Cass.civ. 1re 26.4.1984, n° 83-11839, Bull.civ. 1984, I, n° 140; dazu *Terré / Lequette / Gaudemet*, *Droit civil* (Fn. 80) Nr. 747.

²⁹³ Art. 726f. Code civil; dazu *Zimmermann*, *Erbnunwürdigkeit* (Fn. 147) 468–472, 477, 496.

²⁹⁴ Zu Kontext und Hintergründen der Reform vgl. *Dirk Heirbaut*, *The Sleeping Beauty Awakens: Belgium’s New Law of Inheritance as a First Step in the Greatest Recent Recodification Program in Western Europe*, *ZEUP* 26 (2018) 391–415.

²⁹⁵ Art. 920 §2 Code civil.

²⁹⁶ Dazu *René Dekkers / Hélène Casman / Alain Laurent Verbeke / Elisabeth Alofs*, *Erfrecht & Giften: De nieuwe Erfwetten 2017 en 2018*³ (2018) Nr. 419, wo auch die in Art. 920 §2 erwähnten Ausnahmen aufgeführt sind. Insbesondere kann (ähnlich wie in Frankreich; vgl. oben, Fn. 277) die Reduktion nach Wahl des vom Erblasser Begünstigten *in natura* erfolgen. – Der systematische Ort der Regelung des Noterbenrechts im belgischen Recht entspricht weiterhin dem französischen Vorbild (dazu oben, Fn. 57; Belgien tradiert sogar die Kapitelüberschrift des Code civil von 1804).

²⁹⁷ Art. 205bis §2 Code civil. Dazu *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, *Erfrecht & Giften* (Fn. 296) Nr. 409; *Renate Barbaix*, *Het Nieuwe Erfrecht 2017* (2017) Nr. 513, 528–530. Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs bezeichnen den Unterhaltsanspruch, wie er auch im anglo-amerikanischen Recht anerkannt sei, als die modernere Form zwingenden Erbrechts und vergleichen sie mit einer präzise zielenden Laserrakete, während eine feste Pflichtteils- oder Noterbequote wie eine lose Kanone funktioniere. (Allerdings ist diese Metapher, worauf Jan Peter Schmidt gesprächsweise hingewiesen hat, insoweit schief, als die Pflichtteilskanone gerade nicht planlos hin- und herschießt, sondern in perfekt vorhersehbarer Weise immer an dieselbe Stelle – nur schade, dass diese Stelle meist nicht das wünschenswerte Ziel ist!) Einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass hat bei Bedürftigkeit auch der überlebende Ehegatte: Art. 205bis §1 Code civil.

Anders als in Frankreich ist der Anteil der Abkömmlinge nicht mehr nach der Zahl der Kinder gestaffelt; vielmehr haben sie stets Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses. Ebenfalls anders als in Frankreich ist das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten nicht subsidiär; es besteht nach seiner Wahl im Nießbrauch an der Hälfte der Erbschaft (abstrakte *réserve*) oder im Nießbrauch (oder Mietrecht) an der Immobilie, die zum Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft als hauptsächliche Familienwohnung diente, sowie an dem darin befindlichen Hausrat (konkrete *réserve*).²⁹⁸ Eine recht komplexe Regelung enthält das neue belgische Recht für den Fall der Konkurrenz von Abkömmlingen und überlebendem Ehegatten.²⁹⁹ Auffällig ist das Bemühen des Gesetzgebers, den Anteil der Abkömmlinge vom Nießbrauchsrecht des überlebenden Ehegatten freizuhalten.³⁰⁰ Jedoch hat eine Verfügung über die *quotité disponible* zugunsten des überlebenden Ehegatten gemäß Art. 1094 Code civil im Zweifel nicht die Wirkung, ihm sein Recht (das heißt seinen Nießbrauch) über den Rest des Nachlasses (und damit dann die *réserve* der Abkömmlinge) zu entziehen.

Ihr Pflichtteilsrecht können Abkömmlinge und überlebender Ehegatte (nur) durch Erbunwürdigkeit verlieren.³⁰¹

c) Niederlande

Ein besonders deutlicher Systemwandel ist im niederländischen Recht mit der Erbrechtsreform von 2003 erfolgt.³⁰² Für Nachkommen ähnelt die *legitime portie* des neuen niederländischen Rechts sehr stark dem Pflichtteil des deutschen Rechts, das insoweit auch als Vorbild gedient hat.³⁰³ Soweit sie

²⁹⁸ Art. 915bis §§ 1 und 2 Code civil. Dazu *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, Erfrecht & Giften (Fn. 296) Nr. 412, 461–473; *Barbaix*, Erfrecht 2017 (Fn. 297) Nr. 523.

²⁹⁹ Näher dazu *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, Erfrecht & Giften (Fn. 296) Nr. 474–479; *Barbaix*, Erfrecht 2017 (Fn. 297) Nr. 531–540.

³⁰⁰ *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, Erfrecht & Giften (Fn. 296) Nr. 474.

³⁰¹ Art. 727 Code civil; dazu *Barbaix*, Erfrecht 2017 (Fn. 297) Nr. 63–102. Zur Enterbung des überlebenden Ehegatten vgl. aber *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, Erfrecht & Giften (Fn. 296) Nr. 480; *Barbaix*, Erfrecht 2017 (Fn. 297) Nr. 657–661.

³⁰² Buch 4 des reformierten BW ist unterteilt in sechs Titel. Der erste enthält „Allgemeine Bestimmungen“, der zweite befasst sich mit der gesetzlichen Erbfolge, der dritte mit dem „gesetzlichen Erbrecht des nicht von Tisch und Bett getrennten Ehegatten und der Kinder sowie anderen gesetzlichen Rechten“, der vierte mit letztwilligen Verfügungen. Das Pflichtteilsrecht ist ein Abschnitt dieses vierten Titels (Abschnitt 3); davor (Abschnitt 2) geht es um die Fragen, wer letztwillige Verfügungen errichten und wer daraus einen Vorteil erlangen kann, danach (Abschnitt 4) um die Form letztwilliger Verfügungen. Die „anderen gesetzlichen Rechte“ (nunmehr in Titel 3 geregelt; dazu vgl. sogleich Text bei Fn. 306) sollten zunächst im Anschluss an das Pflichtteilsrecht geregelt werden, was systematisch sicherlich sinnvoller gewesen wäre; vgl. *M.J.A. van Mourik*, Andere wettelijke rechten, in: *Handboek Erfrecht*⁵, hrsg. von dems. (2011) 408.

³⁰³ *B. C. M. Waaijer*, De legitime portie, in: *Handboek Erfrecht* (Fn. 302) 309–405, 315; *Kolkman*, Compulsory Portion (Fn. 155) sub II.3.

ohne Testament gesetzliche Erben geworden wären, haben sie einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils.³⁰⁴ Im Unterschied zum deutschen Recht haben allerdings weder die Eltern noch der überlebende Ehegatte ein Pflichtteils- oder Noterbenrecht.³⁰⁵ Letzterem stehen stattdessen andere, nicht entziehbare gesetzliche Rechte zu („andere wettelijke rechten“).³⁰⁶ Er oder (in der Regel wohl) sie kann die von ihm bzw. ihr bewohnte Wohnung, soweit sie zum Nachlass (oder zur beendeten Gütergemeinschaft) gehört, sowie den darin befindlichen Hausrat für die Dauer von sechs Monaten weiterbenutzen; dasselbe gilt für Personen, die bis zum Tode des Erblassers mit ihm einen dauerhaften gemeinsamen Haushalt geführt haben.³⁰⁷ Zudem kann der überlebende Ehegatte von den Erben die Einräumung eines Nießbrauchs an der gemeinsam mit dem Erblasser oder allein benutzten Wohnung und dem darin befindlichen Hausrat verlangen, soweit Wohnung und Hausrat zum Nachlass gehören,³⁰⁸ darüber hinaus auch die Einräumung des Nießbrauchs an anderen Nachlassgegenständen.³⁰⁹

Diese Rechte stehen jedoch unter dem Vorbehalt, dass der überlebende Ehegatte ihrer unter Berücksichtigung aller Umstände zu seiner Versorgung bedarf.³¹⁰ Sie bilden somit nur eine Art Sicherheitsnetz³¹¹ für den überlebenden Ehegatten und ähneln den Ansprüchen auf *family provision* in den Ländern des *common law*.³¹² „Andere gesetzliche Rechte“ in Form eines einmaligen Geldbetrages können auch minderjährigen Kindern zustehen, soweit dies für ihre Versorgung und Erziehung erforderlich ist, ferner volljährigen Kindern, die jünger als 21 Jahre alt sind, soweit dies für ihren Lebensunterhalt und ihr Studium erforderlich ist.³¹³ Diese einmaligen Abfindungsbeträ-

³⁰⁴ Art. 4:79 BW.

³⁰⁵ Das zuvor bestehende Noterbenrecht der Vorfahren ist 1996 abgeschafft worden; ein Noterbenrecht des überlebenden Ehegatten gab es auch im BW von 1838 nicht.

³⁰⁶ Dazu allgemein *Van Mourik*, *Andere wettelijke rechten* (Fn. 302) 407–430; *Wilbert D. Kolkman*, *Freedom of Testation in the Netherlands*, in: *Freedom of Testation* (Fn. 169) 25–56, 39–49; *ders.*, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub V. Registrierte Partner sind Ehegatten gleichgestellt; Art. 4:8(1).

³⁰⁷ Art. 4:28 BW.

³⁰⁸ Art. 4:29 BW.

³⁰⁹ Art. 4:30 BW.

³¹⁰ Art. 4:30(1) und 4:33(2) BW. Art. 4:30(5) enthält eine nicht erschöpfende Liste von zu berücksichtigenden Umständen. Was das praktisch bedeutet, zeigt *Kolkman*, *Freedom of Testation* (Fn. 306) 41 f., anhand einer Entscheidung des Hoge Raad vom Juni 2008: *Nederlandse Jurisprudentie* 2008, 220.

³¹¹ Ausdruck nach *Kolkman*, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub V.2.

³¹² *Kolkman*, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub V.1.: „These new statutory entitlements differ fundamentally from the legitime. [...] The[ir] juridical nature [...] resembles the family provision claims in the common law systems“.

³¹³ Art. 4:35(1) BW. Der Betrag für Versorgung und Erziehung steht dem Kind nicht zu, soweit der Ehegatte oder ein Erbe des Erblassers kraft Gesetzes oder Vereinbarung gehalten ist, die Kosten dafür aufzubringen: Art. 4:35(2) BW; kritisch dazu *Kolkman*, *Compulsory Portion* (Fn. 155) sub V.3. Hinzu kommt noch das Recht von Kindern des Erblassers, die in dessen

ge gehen den Pflichtteilsansprüchen vor. Das bedeutet in Fällen der Konkurrenz, dass sich der Umfang des Pflichtteilsanspruchs entsprechend vermindert.³¹⁴

Eine Pflichtteilsentziehung nach dem Modell des § 2333 BGB kennt das niederländische Recht nicht; disqualifiziert sein kann der Pflichtteilsberechtigte nur aufgrund der allgemeinen Vorschriften über die „Unwürdigkeit, aus einer Erbschaft Vorteil zu ziehen.“³¹⁵

Die niederländische Justizministerin hielt Mitte der 1990er-Jahre die Zeit noch nicht für reif, den Pflichtteil abzuschaffen,³¹⁶ und war deshalb nur bereit, sich auf eine Vereinfachung und Herabsetzung einzulassen. Jedoch wurde schon damals von vielen Autoren die Abschaffung gefordert,³¹⁷ und auch heute wird immer wieder geltend gemacht, dass die Statuierung einer bedarfsunabhängigen, mandatorischen Quote für nächste Angehörige nicht mehr zeitgemäß sei.³¹⁸ Vorzugswürdig sei eine flexible Regelung nach Art der *family provision* des *common law*. Insofern wiesen die „anderen gesetzlichen Rechte“ in die richtige Richtung. Freilich seien auch sie teilweise zu schematisch und arbiträr ausgestaltet.³¹⁹ Dass den Nachkommen, aber nicht dem überlebenden Ehegatten eine fixe Quote am Nachlass gewährt wird, sei „unzivilisiert und ungerechtfertigt“ und widerspreche der relativen Aufwertung der Position des überlebenden Ehegatten im Intestaterbrecht.³²⁰

Betrieb oder Haushalt, als sie schon volljährig waren, Dienste geleistet haben, ohne dafür einen angemessenen Lohn zu erhalten, eine angemessene Vergütung in Form eines einmaligen Geldbetrages zu verlangen: Art. 4:36 BW. Alle diese Geldbeträge zusammen dürfen die Hälfte des Wertes des Nachlasses nicht übersteigen; tun sie das, sind sie anteilig zu kürzen; Art. 4:37(4) BW. Ein alltägliches Beispiel der Berechnung des nach Art. 4:35 geschuldeten Geldbetrages gibt *Kolkman*, Freedom of Testation (Fn. 306) 45f.

³¹⁴ *Kolkman*, Freedom of Testation (Fn. 306) 47.

³¹⁵ Art. 4:3 BW; dazu *Zimmermann*, Erbunwürdigkeit (Fn. 147) 494f. Kritisch zum Fehlen der Möglichkeit einer Pflichtteilsentziehung im niederländischen Recht *Kolkman*, Compulsory Portion (Fn. 155) sub VI.3. Immerhin enthält das niederländische Recht mit Art. 4:75 BW eine von § 2338 BGB, und damit letztlich dem Gedanken der *exhereditatio bona mente*, inspirierte Vorschrift; *Waaïjer*, De legitime portie (Fn. 303) 315; *Kolkman*, Compulsory Portion (Fn. 155) sub VI.3.

³¹⁶ Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 4: Erfrecht, hrsg. von Gr. van der Burght/E. W.J. Ebben/M.R. Kremer (2003) 1812.

³¹⁷ Vgl. etwa *P. L. Nève*, De legitime portie in 1995, in: De legitime portie, *Ars Notariatus* 69 (1995) 7–18, der vorschlug, den Dinosaurier in seinen paläontologischen Tierpark zurückzubringen. Weitere Nachweise aus der Literatur bei *Kolkman*, Compulsory Portion (Fn. 155) sub III.

³¹⁸ Vgl. etwa *Kolkman*, Freedom of Testation (Fn. 306) 35; *Waaïjer*, De legitime portie (Fn. 303) 310 (die Materie bleibe unvermindert „widerborstig“ und Gegenstand der Diskussion).

³¹⁹ *Kolkman*, Compulsory Portion (Fn. 155) sub VIII. (etwa: warum hat der überlebende Ehegatte stets einen Nießbrauch, während Kinder ein Recht auf eine Abfindungssumme haben?).

³²⁰ *Van Mourik*, Andere wettelijke rechten (Fn. 302) 407 („onbeschaafd en onrechtvaar-

3. Reform des Pflichtteils- und Noterbenrechts in den deutschsprachigen Ländern

a) Schweiz

Innerhalb der deutschsprachigen Länder nimmt die Schweiz, was ihr Pflichtteilsrecht betrifft, insofern eine Sonderstellung ein, als die familiäre Verfangenheit des Nachlasses dort sehr stark betont wird. Das zeigt sich darin, dass (i) das Pflichtteilsrecht im ZGB von 1907/1912 als echtes Noterbenrecht ausgestaltet war, die Pflichtteilsberechtigten also nicht nur einen bloß obligatorischen Anspruch hatten;³²¹ dass (ii) die Pflichtteilsquoten vergleichsweise sehr hoch waren und dass (iii) sogar Geschwister zum Kreis der Berechtigten zählen konnten.³²² Daran hat sich bis heute nur wenig geändert, auch wenn im Zuge einer Revision des Ehe- und Erbrechts von 1984 (mit Wirkung von 1988) das Pflichtteilsrecht der Geschwister aufgehoben und das des überlebenden Ehegatten reformiert wurde. Der Intestaterbteil des überlebenden Ehegatten in Konkurrenz zu Nachkommen wurde von einem Viertel auf die Hälfte des Nachlasses verdoppelt;³²³ ein Wahlrecht zwischen Intestaterbteil (von einem Viertel) und Nutznießung (an der Hälfte der Erbschaft)³²⁴ besteht damit nicht mehr. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten beträgt nunmehr die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.³²⁵ Die für den Erblasser frei verfügbare Quote wurde damit beim Vorhandensein von Nachkommen (denen nach wie vor ein Pflichtteilsrecht von drei Vierteln ihres Intestaterbteils zusteht)³²⁶ und überlebendem Ehegatten zwar verdoppelt, ist aber immer noch geringer als in Deutschland und Österreich; statt $3/16$ des Nachlasses beträgt sie nunmehr $3/8$ (Pflichtteil des Ehegatten $1/4 = 2/8$; Pflichtteil der Nachkommen $3/4$ von $1/2 = 3/8$; frei verfügbare Quote damit $1-5/8$).³²⁷ Paradox erscheint, dass ein Erblasser, der Nachkom-

dig“). Zur Stellung des überlebenden Ehegatten im niederländischen Intestaterbrecht vgl. Zimmermann, *RabelsZ* 80 (2016) 39, 66–72.

³²¹ In der neueren Lehre und Rechtsprechung wird indessen die Ansicht vertreten, dass eine Erbenstellung nicht gegeben ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte wertmäßig (etwa in Form eines Vermächtnisses) abgefunden worden ist; Art. 522 Abs. 1 ZGB; dazu etwa *Heinz Hausheer / Regina Aebi-Müller*, *Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz*, in: *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, hrsg. von Dieter Henrich / Dieter Schwab (2001) 213–248, 219, 227. Die Abfindung eines Pflichtteilsberechtigten kann also vom Erblasser als Mittel eingesetzt werden, ihn aus der Erbengemeinschaft herauszuhalten.

³²² Vgl. oben, Text zu Fn. 225.

³²³ Art. 462 Ziffer 1 ZGB.

³²⁴ Art. 462 Abs. 1 ZGB a. F.

³²⁵ Art. 471 Ziffer 3 ZGB.

³²⁶ Art. 471 Ziffer 1 ZGB.

³²⁷ Der Erblasser hat weiterhin die Möglichkeit, den überlebenden Ehegatten in Konkurrenz zu Nachkommen dadurch zu begünstigen, dass er ihm die Nutznießung an der gesamten Erbschaft zuwendet; Art. 473 Abs. 1 ZGB (erweiterte verfügbare Quote; dazu *Philipp Studhalter*, *Die Begünstigung des überlebenden Ehegatten nach Art. 473 ZGB* (2007)). Hier stellte

men und Ehegatten hinterlässt, über eine größere Quote seines Vermögens frei verfügen kann (drei Achtel) als ein Erblasser, der nur Nachkommen hinterlässt (ein Viertel). Eltern haben nach wie vor ein Pflichtteilsrecht in Höhe der Hälfte ihres Intestaterbteils.³²⁸

Was die Rechtsnatur des Pflichtteilsrechts als Noterbenrecht betrifft, so war (und ist) in der Schweiz, ähnlich wie in Italien, umstritten, ob der Pflichtteilsberechtigte seine Erbenstellung *ipso iure*, und damit unabhängig von der Erhebung einer Herabsetzungsklage (Art. 522 ZGB), erhält.³²⁹ Nach der neueren und heute herrschenden, von Paul Piotet begründeten³³⁰ Lehre ist der Pflichtteilsberechtigte zunächst nur „virtueller Erbe“; tatsächlich erwirbt er die Erbenstellung erst – rückwirkend – mit einem (positiven) Herabsetzungsurteil. Dieser Lehre hat sich inzwischen auch das Bundesgericht angeschlossen, das in einer Entscheidung aus dem Jahre 2012 zum ersten Mal den Begriff eines *erede virtuale* verwendete.³³¹

Im Jahre 2010 hat der Zürcher Ständerat Felix Gutzwiller mit einer Motion „Für ein zeitgemäßes Erbrecht“ eine Revision des schweizerischen Erbrechts angestoßen, die zwar noch nicht abgeschlossen ist, aber inzwischen immerhin zu einem Entwurf des Bundesrats geführt hat, der am 29. August 2018 veröffentlicht worden ist.³³² Danach soll die Testierfreiheit

sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit diese Begünstigung zulasten der verfügbaren Quote oder der Pflichtteile der Nachkommen geht („Achtelstreit“). Durch Gesetzesänderung vom Oktober 2001 (in Kraft seit 2002) ist dieser Streit dahin entschieden worden, dass die Nutznießung an die Stelle des dem Ehegatten neben den Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts tritt. Neben der Nutznießung beträgt der verfügbare Teil ein Viertel des Nachlasses. Zum Achtelstreit und zur Bewertung der Revision von 2001 *Studhalter* (diese Fn.) 78–122; im Überblick auch *Sutter-Somm / Ammann*, Revision (Fn. 227) 45–55; *Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch¹⁴ (2015) 823–826; *Stephan Lorenz*, Schweiz, in: *Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann*, Internationales Erbrecht (Loseblatt, 107. Lfg. 2019) Rn. 85.

³²⁸ Art. 471 Ziffer 2 ZGB.

³²⁹ Dazu *Jonas Kipfer-Berger*, Das Spannungsfeld zwischen dem Pflichtteilsrecht und dem Generationswechsel im Familienunternehmen (2018) 21–28 (dort, 13–62, überhaupt sehr einlässliche Einführung in das geltende schweizerische Pflichtteilsrecht, auch unter entwicklungs geschichtlichem Aspekt); *Sutter-Somm / Ammann*, Revision (Fn. 227) 14–24; vgl. auch *Tuor / Schnyder / Schmid / Jungo*, Schweizerisches ZGB (Fn. 327) 837.

³³⁰ *Paul Piotet*, La protection du réservataire en droit successoral suisse, ZSR 1972, 25–54.

³³¹ BGer. 22.3.2012, BGE 138 III 354. *Sutter-Somm / Ammann*, Revision (Fn. 227) 21, sprechen in diesem Zusammenhang von „einer selten kontroversen und uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts“.

³³² Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht), BBl 2018, 5813–5904. Dazu *Barbara Haidmayer*, Die Revision des Erbrechts, AJP / PJA 2018, 1544–1555; *Daniel A. Wyss*, Eugen Huber und die Erbrechtsrevision, ZBJV 154 (2018) 833–846. Ein rechtsvergleichender Überblick findet sich in der Botschaft auf S. 5835–5837. Drei vorbereitende Gutachten von *Peter Breitschmid*, *Michelle Cottier* und *Denis Piotet* sind abgedruckt in: Sonderheft *not@lex/successio* 2014. – Inzwischen (Medienmitteilung vom 10.4.2019) hat der Bundesrat zusätzliche Maßnahmen zur Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge in die Vernehmlassung geschickt.

weiter gestärkt werden, indem der Pflichtteil von Nachkommen um ein Viertel gekürzt und auf die Hälfte ihres Intestaterbteils festgesetzt und der Elternpflichtteil aufgehoben werden soll. Der Ehegattenpflichtteil soll gleich bleiben und damit relativ gestärkt werden. Damit würde also, sollte die Reform umgesetzt werden, auch in der Schweiz eine Regelung gelten, die der große Johann Caspar Bluntschli vor knapp 150 Jahren als „durchaus unhaltbar“ betrachtete, weil sie dem „gefährlichen Hang zu rücksichtslosem Individualismus“ Vorschub leiste und „sittlich gesunde Zustände“ konterkariere.³³³

Eine weitere interessante Neuerung liegt in der beabsichtigten Einführung eines „Unterstützungsanspruchs zugunsten der faktischen Lebenspartnerin oder des faktischen Lebenspartners“.³³⁴ Ursprünglich war sogar ein Unterhaltsvermächtnis vorgesehen gewesen, das Lebenspartnerinnen und Lebenspartnern einen gesetzlichen Anspruch auf den angemessenen Lebensunterhalt verschafft hätte.³³⁵ Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung teilweise heftig kritisiert³³⁶ und fallen gelassen. Der nunmehr vorgesehene Unterstützungsanspruch dient der Vermeidung von Härtefällen³³⁷ und dürfte in der Praxis allenfalls eine geringe Rolle spielen.³³⁸ Er setzt nämlich voraus, dass das Paar beim Tod des Erblassers mindestens fünf Jahre in einer faktischen Lebensgemeinschaft gelebt hat und dass die überlebende Person infolge des Todes ihres Partners in Not gerät, sodass sie nicht mehr in der Lage ist, „ihr sozialhilferechtliches Existenzminimum selbst zu decken“.³³⁹ Der Unterstützungsanspruch soll in Form einer Rente gewährt werden und führt damit zu einem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis zwischen dem Berechtigten und den Erben. Ein solcher, in Form einer Rente gewährter, bedarfsabhängiger Anspruch steht in einem Spannungsverhältnis zu dem ansonsten an festen Quoten orientierten Pflichtteilsystem des schweizerischen Rechts.³⁴⁰

³³³ Bluntschli, Reform des Erbrechtes (Fn. 218) 251 und 250. Dazu Kipfer-Berger, Spannungsfeld (Fn. 329) 62: „Eine solche quantitativ absolute Gleichstellung des verfügbaren Teils mit dem gebundenen Teil würde [...] nahelegen, im schweizerischen Erbrecht künftig von einem dualistischen System auszugehen, in dem das Prinzip der Verfügungsfreiheit gleichwertig neben dem Verfangenheitsprinzip das Wesen des Erbrechts prägt“.

³³⁴ Botschaft (Fn. 332) 5861.

³³⁵ Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht) vom 4. März 2016, 21.

³³⁶ So Botschaft (Fn. 332) 5862; vgl. etwa, aus Sicht der Erbfolge bei Familienunternehmen, Kipfer-Berger, Spannungsfeld (Fn. 329) 188f.

³³⁷ Botschaft (Fn. 332) 5862.

³³⁸ Wyss, ZBJV 154 (2018) 833, 843 („keine Rolle“).

³³⁹ Botschaft (Fn. 332) 5863.

³⁴⁰ Kritisch daher Haidmayer, AJP/PJA 2018, 1544, 1553f.; vgl. auch Wyss, ZBJV 154 (2018) 833, 845 („Verlegenheitslösung [...] zur erbrechtlichen Berücksichtigung von faktischen Lebensgemeinschaften“); Peter Breitschmid / Annina Vögeli, Entwicklungen im Erbrecht / Le point sur le droit successoral, SJZ 115 (2019) 143–149, 143 („[...] bloss Entlastung der Sozi-

b) Österreich

Dass der Pflichtteilsberechtigte (nur) ein Forderungsrecht gegen den oder die Erben hat, ist in Österreich und Deutschland allgemein anerkannt und wird auch rechtspolitisch, sofern die Beibehaltung eines Pflichtteilsrechts nicht allgemein abgelehnt wird, nicht infrage gestellt. Doch auch in diesen beiden Ländern ist das Pflichtteilsrecht im Übrigen Gegenstand von Reformüberlegungen geworden. In Österreich ist es im Laufe der Zeit denn auch zu einer Reihe von Eingriffen des Gesetzgebers gekommen – so war insbesondere der überlebende Ehegatte seit 1978 pflichtteilsberechtigt und hatte zudem ein pflichtteilsähnliches Vorausvermächtnis hinsichtlich Ehwohnung und Hausrat;³⁴¹ nichteheliche Kinder sind erst durch die Reform von 1989/1991 ehelichen Kindern in jeder Hinsicht gleichgestellt worden;³⁴² auch die Vorschriften über die Erbunwürdigkeit sind mehrfach geändert worden³⁴³ – bevor dann das Pflichtteilsrecht von der großen Erbrechtsreform von 2015/2017 (der größten Reform im Kernbereich des Privatrechts seit mehr als 100 Jahren) erfasst wurde.³⁴⁴

Eines der Ziele des Gesetzgebers war die Stärkung der Testierfreiheit;³⁴⁵ ihr dient insbesondere die Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Vorfahren.³⁴⁶ Im Übrigen ist die Bilanz aber uneindeutig, da das österreichische Erbrecht auch nach der Reform eine Reihe von Mechanismen kennt, teilweise auch erst eingeführt hat, die die Testierfreiheit vergleichsweise weitgehend einschränken.³⁴⁷ Zum Hauptbegünstigten des österreichischen

alhilfe und ein dem ZGB schlicht unwürdiges und gänzlich unzulängliches Instrument“). – Inzwischen hat der Ständerat den Unterstützungsanspruch für Lebenspartner aus der schweizerischen Erbrechtsrevision gestrichen (SDA-Meldung: Debatte im Ständerat, 12.9.2019, abrufbar auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz, <<https://www.bj.admin.ch>>).

³⁴¹ § 762 ABGB a. F. in der Fassung des Ehrechtsänderungsgesetzes von 1978 (Pflichtteilsberechtigung); § 758 i. V. m. § 789 ABGB a. F. in der Fassung des Ehrechtsänderungsgesetzes von 1978 (mandatorisches Vorausvermächtnis). Ein gesetzliches Erbrecht hatte der überlebende Ehegatte durch die Erste Teilnovelle von 1914 erhalten; § 757 ABGB a. F. (dazu Zimmermann, RabelsZ 80 (2016) 39, 53).

³⁴² Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub I.1.(b).

³⁴³ Zimmermann, Erbunwürdigkeit (Fn. 147) 489–491.

³⁴⁴ Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub I.1.(c), weist darauf hin, dass die Reform in weniger als einem Jahr und unter nur marginaler Einbeziehung der Wissenschaft durchgezogen worden ist; das sei ein Grund für die vielen Unzulänglichkeiten des Erbrechts-Änderungsgesetzes. Ausführlich dazu Christian Rabl, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in: Das neue Erbrecht, hrsg. von dems./Brigitta Zöchling-Jud (2015) 1–11 („Blitzreform“).

³⁴⁵ Vgl. Brigitta Zöchling-Jud, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbR ÄG 2015, in: Das neue Erbrecht (Fn. 344) 71–88, 72.

³⁴⁶ Das entspricht einer in der Literatur erhobenen Forderung und wird überwiegend begrüßt; vgl. z. B. Martin Schauer, Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß?, Österreichische Notariats-Zeitung (NZ) 2001, 70–81, 79; Christian Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321–343, 324; Zöchling-Jud, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 72.

³⁴⁷ Vgl. auch etwa Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub VI.

Rechts mandatorischer Nachlassteilhabe hat sich von einer sehr ungünstigen Ausgangsposition aus im Laufe der Zeit der überlebende Ehegatte entwickelt. Die Abschaffung eines bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrechts, wie sie in der Literatur bisweilen angeregt worden ist,³⁴⁸ hat der Gesetzgeber offenbar nicht erwogen.³⁴⁹ Dabei hätte einem solchen Schritt in Österreich, anders als in Deutschland, das Verfassungsrecht nicht entgegengestanden.³⁵⁰

Die Rechtsnatur des Pflichtteilsanspruchs ist nunmehr im Gesetz selbst unzweideutig festgelegt: Der Pflichtteil ist in Geld zu leisten.³⁵¹ Die Noter-

³⁴⁸ *Schauer*, NZ 2001, 70–81; *Christian Rabl*, Der Kampf um das Pflichtteilsrecht, NZ 2014, 217–224; vgl. demgegenüber aber *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub I.3. (b).

³⁴⁹ In der Literatur wird kritisiert, dass der Gesetzgeber diese rechtspolitische Entscheidung „mit keinem Wort erläutert“ und auch zu Funktion und Ratio des Pflichtteilsrechts schweigt; *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 72.

³⁵⁰ *Rabl*, NZ 2014, 217, 218f.; *ders.*, NZ 2015, 321, 323; vgl. auch bereits *Schauer*, NZ 2001, 70, 72. Eine eigenständige Gewährleistung „des Erbrechts“ besteht in Österreich (anders als nach Art. 14 Abs. 1 GG) nicht. Demgegenüber wird die Testierfreiheit als von der Eigentums-garantie erfasst angesehen, sodass sich die Frage stellt, ob das Pflichtteilsrecht als sachlich gerechtfertigte Einschränkung derselben angesehen werden kann.

³⁵¹ §§ 756, 761 Abs. 1 und 763 ABGB. Eine Neuerung besteht darin, dass der Pflichtteils-berechtigte seinen Anspruch erst ein Jahr nach dem Tod des Erblassers geltend machen kann; § 765 Abs. 2 ABGB; dazu *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 79f. Daneben gibt es nunmehr die Möglichkeit einer Stundung des Pflichtteils. Zum einen kann der Erblasser eine solche Stundung auf höchstens fünf Jahre nach seinem Tod oder die Zahlung von Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraums anordnen, wobei dieser Zeitraum „in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ gerichtlich auf höchstens zehn Jahre verlängert werden kann; § 766 ABGB. Zum anderen (§ 767 ABGB) ist eine Stundung gerichtlich auf Verlangen eines Pflichtteilsschuldners anzuordnen, soweit diesen die Erfüllung „unter Berücksichtigung aller Umstände unbillig hart träfe“. Derartige Härten werden im Gesetz beispielhaft aufgezählt. Wiederum sind die Fristen höchstens fünf bzw. „in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ zehn Jahre. Diese Vorschriften gehören zu den „markantesten und am vehementesten geforderte[n] Neuerung[en]“, die durch die Erbteilsreform von 2015/2017 eingeführt wurden (*Bernhard Echer*, *Erbrecht*⁶ (= Bürgerliches Recht, Bd. VI) (2016) 12/37); vgl. auch *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub II.1.(c) („one of the cornerstones of the 2015 reform“). Es geht vor allem um den Schutz von Pflichtteilsschuldner, die ansonsten mangels ausreichenden anderen Vermögens die Familienwohnung verkaufen müssten, und um Fälle, in denen die Entrichtung des Pflichtteilsanspruchs den Fortbestand eines (Familien-)Unternehmens gefährden bzw. den Pflichtteilsschuldner zu dessen Verkauf zwingen würde. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten hat der österreichische Gesetzgeber dadurch berücksichtigt, dass der Pflichtteilsanspruch während der Stundungsphase mit vier Prozent zu ver-zinsen ist (§ 778 Abs. 2 i. V. m. § 1000 ABGB). Kritisch zur Neuregelung *Zöchling-Jud*, Neure-gelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 80–83; vgl. auch etwa *Echer*, *Erbrecht* (diese Fn.) 12/39 (bei dem derzeit geltenden Zinsfuß von vier Prozent stelle die Verzinsungspflicht häufig eine übermäßige Belastung dar, die es mitunter unwirtschaftlich erscheinen lasse, die Stundung zu nützen). – Eine weitere Neuerung im österreichischen Pflichtteilsrecht besteht darin, dass Bedingungen und Belastungen, die einer Zuwendung (in Form eines Erbteils oder eines Ver-mächtnisses oder auch einer Schenkung) an den Pflichtteilsberechtigten anhaften, deren Eignung zur Pflichtteilsdeckung nicht hindern, auch wenn sie der Verwertung des zugewendeten Vermögens entgegenstehen; sie sind aber bei der Bewertung der Zuwendungen zu berück-sichtigen; § 762 ABGB; dazu *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 76–78.

benterminologie des alten Rechts³⁵² wird vermieden. Pflichtteilsberechtigter sind die Nachkommen sowie der Ehegatte (bzw. eingetragene Partner) des Verstorbenen, soweit ihnen bei gesetzlicher Erbfolge ein Erbrecht zustünde, sie nicht erbt worden sind und nicht auf ihren Pflichtteil verzichtet haben.³⁵³ Der Pflichtteil beträgt einheitlich die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.³⁵⁴ Darin liegt insoweit eine indirekte Aufwertung des überlebenden Ehegatten (bzw. eingetragenen Partners), als dessen gesetzliches Erbrecht gestärkt worden ist.³⁵⁵ Ihm steht außerdem als – freilich auf den Geldpflichtteil anzurechnendes³⁵⁶ – Vorausvermächtnis das Recht zu, in der Ehe- oder Partnerschaftswohnung wohnen zu bleiben, zudem das Recht am Hausrat, soweit zur Fortführung des Haushalts entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich.³⁵⁷ Nicht geklärt hat der Gesetzgeber die zum alten Recht streitige Frage, ob das Vorausvermächtnis, wie alle anderen Vermächtnisse nach österreichischem Recht, dem Begünstigten lediglich ein Forderungsrecht verleiht oder eine dingliche Rechtsposition.³⁵⁸ Angesichts der Tatsache, dass die Familienwohnung und der Hausrat vielfach den Hauptbestandteil des Nachlasses ausmachen, ist die Regelung des § 745 Abs. 1 ABGB von großer praktischer Bedeutung.³⁵⁹

Überlebende Lebensgefährten haben auch nach der Reform kein Pflichtteilsrecht; kaum mehr als ein Trostpflaster stellt das neu eingeführte, auf ein Jahr begrenzte Vorausvermächtnis hinsichtlich Wohnung und Hausrat nach § 745 Abs. 2 ABGB dar,³⁶⁰ vorausgesetzt, (i) es bestand eine nichteheliche

Nach dem ABGB von 1811 konnte der Pflichtteil in Form eines Erbteils oder Vermächtnisses hinterlassen werden, musste aber dem Pflichtteilsberechtigten „ganz frei bleiben“. Einschränkende Bedingungen und Belastungen waren ungültig (so auch § 2306 BGB (1900); dazu *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub IV.1.).

³⁵² Vgl. oben, Fn. 49.

³⁵³ §§ 757 und 758 ABGB.

³⁵⁴ § 759 ABGB.

³⁵⁵ Vgl. § 744 Abs. 2 ABGB; *Constanze Fischer-Czermak*, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in: *Das neue Erbrecht* (Fn. 344) 28 f.; *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 73.

³⁵⁶ § 780 Abs. 1 ABGB.

³⁵⁷ § 745 Abs. 1 ABGB.

³⁵⁸ Dazu etwa *Eccher*, Erbrecht (Fn. 351) 9/31 (Wohnrecht als Vindikationslegat); *Peter Apathy/Gottfried Musger*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 745 Rn. 2. Auf einen anderen Punkt (Verhältnis zu anderen Pflichtteilsrechten; Stichwort „Superpflichtteil“) weist hin: *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 83. *Eccher*, Erbrecht (Fn. 351) 9/27, betont neben dem Pflichtteilscharakter den Unterhaltscharakter des Vorausvermächtnisses.

³⁵⁹ Vgl. auch *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub III.1.

³⁶⁰ Dazu *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub III.2., die darauf hinweist, dass die Stärkung der erbrechtlichen Position des Lebensgefährten zu den Gründen gehörte, die der Reform von 2015 ursprünglich zugrunde lagen, herausgekommen seien aber nur „some more or less symbolic gestures“; vgl. auch *Rabl*, NZ 2015, 321, 326: Der Gesetzgeber habe sich schließlich für den Lebensgefährten „eine Kleinigkeit“ einfallen lassen.

Lebensgemeinschaft, (ii) der Verstorbene und sein Lebensgefährte haben „zumindest in den letzten drei Jahren im gemeinsamen Haushalt gelebt“ und (iii) der Verstorbene war im Zeitpunkt des Todes nicht verheiratet und lebte nicht in einer eingetragenen Partnerschaft. Ob auch dieses Vorausvermächtnis Pflichtteilscharakter hat, also durch letztwillige Verfügung nicht entzogen werden kann, ist unklar.³⁶¹

Neu eingeführt worden ist auch ein gesetzliches Vermächtnis für „dem Verstorbenen nahe stehende“ Personen, die diesen in den letzten drei Jahren vor seinem Tod „mindestens sechs Monate in nicht bloß geringfügigem Ausmaß“ gepflegt haben, soweit nicht eine Zuwendung gewährt oder ein Entgelt vereinbart worden ist.³⁶² Dieses Pflegevermächtnis kann nur bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes entzogen werden und tritt, soweit die Pflegeperson pflichtteilsberechtigt ist, neben den Pflichtteil;³⁶³ es handelt sich mithin um eine Art Sonderpflichtteil.³⁶⁴ Auch andere Leistungen aus dem Nachlass schließen den Anspruch auf das Pflegevermächtnis nicht aus, soweit nicht der Erblasser etwas anderes verfügt hat.³⁶⁵ Ob und gegebenenfalls inwieweit die Pflegeperson nach wie vor auf die schon unter dem alten Recht gewährte, aber mit Unsicherheiten verbundene *condictio causa data causa non secuta* nach § 1435 ABGB analog zurückgreifen kann, ist unklar.³⁶⁶ Auch in anderer Hinsicht werfen die Vorschriften über das Pflegevermächtnis Fragen auf, die Rechtsprechung und Lehre in den nächsten Jahren beschäftigen werden.³⁶⁷

Dasselbe gilt in Bezug auf eine weitere Form des Angehörigenschutzes gegenüber der Willkür des Erblassers im österreichischen Recht. Unterhaltsansprüche erlöschen normalerweise mit dem Tod des Unterhaltsberech-

³⁶¹ Zöchling-Jud, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 73; Fischer-Czermak, Ehegattenerbrecht (Fn. 355) 37; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Apathy/Musger (Fn. 358) § 745 Rn. 13.

³⁶² §§ 677 f. ABGB. Dazu Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub III.2. und 3.(a): „[...] cornerstone and major selling point of the 2015 reform“; Peter Apathy/Matthias Neumayr, in: Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 678 Rn. 1: „eine der wesentlichen Neuerungen“. Die Begriffe „Pflege“ und „nahe stehende Person“ sind in § 677 Abs. 2 und 3 näher bestimmt. Die Höhe des Vermächtnisses richtet sich nach Art, Dauer und Umfang der Leistungen; § 678 Abs. 2 ABGB. Dazu finden sich Hinweise in den Gesetzesmaterialien. Die Größe des Nachlasses soll demgegenüber keine Rolle spielen; dazu kritisch Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub III.3.(e).

³⁶³ § 678 Abs. 2 ABGB.

³⁶⁴ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Apathy/Neumayr (Fn. 362) § 678 Rn. 1; Fischer-Czermak, Ehegattenerbrecht (Fn. 355) 41.

³⁶⁵ § 678 Abs. 2 ABGB.

³⁶⁶ Vgl. Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Apathy/Neumayr (Fn. 362) § 678 Rn. 1 in fine einerseits und Echer, Erbrecht (Fn. 351) 9/37 andererseits.

³⁶⁷ Dazu Wendehorst, Compulsory Portion (Fn. 39) sub III.3.(e), die deshalb Kritik übt und darauf hinweist, dass das Ministerium in der sowieso nur kurzen Zeit der Vorbereitung des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 seine Ansicht mehrfach geändert habe.

tigten und des Unterhaltsverpflichteten; sie sind aktiv und passiv unvererblich. Die passive Unvererblichkeit ist jedoch im österreichischen Recht dahin eingeschränkt, dass Unterhaltsansprüche der Kinder gegenüber ihren Eltern und zwischen Ehegatten (bzw. eingetragenen Partnern) bis zum Wert des Nachlasses auf die Erben der Eltern bzw. des zuerst versterbenden Ehegatten (bzw. eingetragenen Partners) übergehen. So sagen es die §§ 233 und 747 ABGB, doch wird das überwiegend dahin gehend verstanden, dass der Unterhaltsanspruch mit dem Tod des Verpflichteten neu entsteht; es handelt sich also um eine gesetzlich angeordnete Novation.³⁶⁸ Klar ist, dass auf diesen novierten Unterhaltsanspruch alles anzurechnen ist, was das Kind bzw. der überlebende Ehegatte (bzw. eingetragene Partner) durch letztwillige Zuwendung oder Pflichtteil erhält.³⁶⁹ Ob das, was Ehegatten (und eingetragene Partner) betrifft, auch für das Vorausvermächtnis nach § 745 Abs. 1 ABGB gilt, ist weniger klar.³⁷⁰ Umstritten ist das Verhältnis der Unterhaltsansprüche zu konkurrierenden Pflichtteilsansprüchen.³⁷¹

Das österreichische Recht unterscheidet nach wie vor zwischen Enterbung (Entziehung des Pflichtteils durch letztwillige Verfügung)³⁷² und Erbnunwürdigkeit.³⁷³ Beide Regelungskomplexe sind erheblich reformiert worden. Dabei sind die Enterbungs- und Erbnunwürdigkeitsgründe punktuell erweitert worden, um dadurch die Testierfreiheit zu stärken.³⁷⁴ So werden nunmehr auch Delikte gegen den Nachlass erfasst (naturgemäß nur als Erbnunwürdigkeitsgrund),³⁷⁵ ferner strafbare Handlungen gegen den Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten³⁷⁶ und, was den Verstorbenen selbst betrifft, die Zufügung, in verwerflicher Weise, von schwerem seelischen Leid.³⁷⁷ Einen pauschalen Verweis auf die Vorschriften über

³⁶⁸ *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub IV.1.; *Eccher*, Erbrecht (Fn. 351) 1/15 („keine eigentliche Vererbung der Schuld, also keine sog. Erblasserschuld, sondern eine Erbgangsschuld“).

³⁶⁹ §§ 233, 747 ABGB.

³⁷⁰ *Wendehorst*, Compulsory Portion (Fn. 39) sub IV.1.

³⁷¹ Vgl. etwa *Koziol / Bydlinski / Bollenberger / Apathy / Musger* (Fn. 358) § 747 Rn. 5.

³⁷² §§ 769–775 ABGB. Zur (neuen?) Tatbestandsvoraussetzung der Kausalität von Enterbungsgrund und Enterbung *Rabl*, NZ 2015, 321, 328; *Gottfried Musger*, in: *Koziol / Bydlinski / Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar⁵ (2017) § 772 Rn. 2 (wie bisher).

³⁷³ §§ 538–542 ABGB.

³⁷⁴ Vgl. *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 84. Überblick über diesen Aspekt der Reform, dem die Gesetzesverfasser besondere Beachtung geschenkt haben (*Rabl*, NZ 2015, 321, 327), bei *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 84–87; *Rabl*, NZ 2015, 321, 327–329.

³⁷⁵ § 539 ABGB. Zur Frage, was Delikte gegen den Nachlass (bzw. in Österreich: die Verlassenschaft) sind, *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 85. Auf einen gravierenden Fehler, der dem Gesetzgeber bei den Erbnunwürdigkeits- und Enterbungsgründen unterlaufen ist, die sich mit einem strafbaren Handeln des Pflichtteilsberechtigten beschäftigen, weist *Rabl*, NZ 2015, 321, 328f., hin.

³⁷⁶ §§ 541 Ziffer 1; 770 Ziffer 2 ABGB.

³⁷⁷ §§ 541 Ziffer 2; 770 Ziffer 4 ABGB.

die Erbenwürdigkeit sehen die Vorschriften über die Enterbung nicht mehr vor;³⁷⁸ stattdessen wiederholt die (nunmehr einheitlich Kinder und andere Pflichtteilsberechtigte erfassende und die Enterbungsgründe abschließend aufzählende) Norm des § 770 ABGB vieles, was auch in den §§ 539–541 ABGB erfasst ist.³⁷⁹ Diese letzteren Vorschriften sind insofern neu strukturiert, als der österreichische Gesetzgeber nunmehr etwas missverständlich zwischen absoluter (§§ 539 und 540 ABGB) und relativer Erbenwürdigkeit (§ 541 ABGB) unterscheidet.³⁸⁰ In beiden Fällen wirkt die Erbenwürdigkeit *ipso iure*. Jedoch tritt die Erbenwürdigkeit nach § 541 ABGB nur ein, wenn der Verstorbene aufgrund Testierunfähigkeit, aus Unkenntnis oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war, eine Enterbung vorzunehmen. Die Erbenwürdigkeit ist hier also nicht eigentlich „relativ“, sondern subsidiär.³⁸¹

Eine eigenartige, im Zuge der Reform von 1989/91 eingefügte und seither mehrfach geänderte Norm ist § 773a ABGB a. F., die nunmehr in wiederum modifizierter Form als § 776 ABGB übernommen worden ist. Sie betrifft die „Pflichtteilminderung“.³⁸² Der Erblasser kann den Pflichtteil letztwillig auf die Hälfte mindern, wenn er und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit „oder zumindest über einen längeren Zeitraum vor dem Tod des Verfügenden“ nicht „in einem Naheverhältnis standen, wie es zwischen solchen Familienangehörigen gewöhnlich besteht“.³⁸³ Dieses Recht wird dann nicht gewährt, „wenn der Verstorbene den Kontakt grundlos gemieden oder berechtigten Anlass für den fehlenden Kontakt gegeben hat“.³⁸⁴ Auch hier verwendet der Gesetzgeber eine Vielzahl unbestimmter Begriffe, die Rechtsunsicherheit provozieren.³⁸⁵ Zweifelhaft ist zudem die Abgrenzung zu Erbenwürdigkeit und Enterbung.³⁸⁶

³⁷⁸ § 770 ABGB a. F.; vgl. oben, III. *in fine*.

³⁷⁹ Die Unterschiede werden aufgelistet in Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Musger (Fn. 372) § 770 Rn. 1.

³⁸⁰ Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Apathy/Neumayr (Fn. 362) §§ 539–541 Rn. 1.

³⁸¹ *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 84; zustimmend *Rabl*, NZ 2015, 321, 327.

³⁸² Nicht zu verwechseln mit der „Pflichtteilsbeschränkung“ im Sinne des § 2338 BGB. Diese gibt es im österreichischen Recht nach wie vor auch: § 771 (Enterbung aus guter Absicht).

³⁸³ § 776 Abs. 1 ABGB. „Das Rechtsinstitut hatte ursprünglich und hat wohl auch noch immer praktisch besondere Bedeutung für die Beziehungen eines Vaters zu seinem außerhalb der Ehe geborenen Kind“; *Escher*, Erbrecht (Fn. 351) 11/24. Als „längerer Zeitraum“ sollen nach den Gesetzesmaterialien 20 Jahre gelten; Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Musger (Fn. 372) § 776 Rn. 1. Dazu kritisch *Rabl*, NZ 2015, 321, 329f. Muss das „Naheverhältnis“ bereits zum Zeitpunkt der Verfügung beendet gewesen sein und muss die Entfremdung bis zum Tode angehalten haben? So etwa Koziol/Bydlinski/Bollenberger/Musger (Fn. 372) § 776 Rn. 3; anders *Rabl*, NZ 2015, 321, 330.

³⁸⁴ § 776 Abs. 2 ABGB.

³⁸⁵ Allgemein *Rabl*, NZ 2015, 321, 323 („[...] provoziert das neue Pflichtteilsrecht Rechtsunsicherheiten in erstaunlich großer Zahl“).

³⁸⁶ *Zöchling-Jud*, Neuregelung des Pflichtteilsrechts (Fn. 345) 87f.

Interessanterweise hat in Österreich sogar ein Pflichtteilsberechtigter, der erbunwürdig oder enterbt worden ist, einen (vom Erblasser nicht entziehba- ren) Unterhaltsanspruch, beschränkt freilich auf das Existenzminimum und nur soweit er seinen Unterhalt nicht selbst decken kann.³⁸⁷

c) Deutschland

Vergleichsweise ausgesprochen bescheiden sind die Retuschen, die der deutsche Gesetzgeber seit Inkrafttreten des BGB an dessen Pflichtteilsrecht angebracht hat.³⁸⁸ So ist die erbrechtliche Stellung nichtehelicher Kinder bis hin zur vollen Gleichstellung mit ehelichen Kindern verbessert worden, und da diese Entwicklung in zwei Schritten erfolgte,³⁸⁹ wurde der fünfte Abschnitt des fünften Buches des BGB von 1969 bis 1997 um einen § 2338a erweitert. Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde nicht nur die Zuge- winngemeinschaft als neues gesetzliches Güterrechtsregime, sondern auch die notorisch verunglückte Regelung des § 1371 BGB für den Zugewinn- ausgleich beim Tod eines Ehegatten eingeführt,³⁹⁰ die nicht nur das gesetz- liche Erbrecht des überlebenden Ehegatten, sondern unter bestimmten Um- ständen auch seinen Pflichtteilsanspruch und die Pflichtteilsansprüche von Verwandten des Erblassers beeinflusst.³⁹¹ Das Adoptionsgesetz von 1976³⁹² hat Auswirkungen auf den Kreis der Pflichtteilsberechtigten,³⁹³ und durch das Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft hat sich dieser Kreis um den überlebenden Lebenspartner erweitert.³⁹⁴ Schließlich wurde durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom September

³⁸⁷ § 777 ABGB. Die dieser Norm inhaltlich entsprechende Vorgängervorschrift (§ 795 a. F.) war schon im ABGB 1811 enthalten; dazu *Zeiller*, Commentar (Fn. 48) 823f. „Nothwendiger“ Unterhalt gemäß § 795 ABGB stand damals im Gegensatz zum „anständigen“ Unterhalt gemäß § 796 ABGB (vgl. oben, Fn. 53).

³⁸⁸ Detaillierter und aktueller Überblick über die *lex lata* in Deutschland in den beiden oben, Fn. 247, erwähnten Handbüchern von *Schlitt / Müller* und *Mayer / Süß / Tanck / Bittler*. Aus der Lehrbuchliteratur vgl. etwa *Karlheinz Muscheler*, Erbrecht, Bd. II (2010) § 51, und *Röthel*, Erbrecht (Fn. 247) § 38. In englischer Sprache zuletzt *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) *passim*; ferner (auch rechtsvergleichend) *Hannah Roggendorf*, Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions of Testamentary Freedom, *Edinburgh LR* 22 (2018) 211–236; *Miler*, Dependants' Relief (Fn. 148); *David Baumer*, Das neue deutsche Pflichtteilsrecht und das Recht der englischen family provision (2018).

³⁸⁹ Näher dazu *Zimmermann*, Intestate Succession (Fn. 98) 197–202.

³⁹⁰ Dazu *Zimmermann*, Intestate Succession (Fn. 98) 211–213.

³⁹¹ Dazu z. B. *Knut Werner Lange*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷, Bd. X (2017) § 2303 Rn. 32–41; *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 388) Rn. 4128–4133; *Röthel*, Erbrecht (Fn. 247) § 38 Rn. 32–36.

³⁹² Dazu *Zimmermann*, Intestate Succession (Fn. 98) 202–206.

³⁹³ Dazu z. B. *MüKo BGB / Lange* (Fn. 391) § 2303 Rn. 27.

³⁹⁴ § 10 Abs. 6 Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft vom 16. Februar 2001, BGBl. 2001 I 266.

2009³⁹⁵ die Verjährung von Ansprüchen auf den Pflichtteil vor dem Hintergrund des neuen allgemeinen Verjährungsregimes des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes reformiert,³⁹⁶ und es wurden die letztlich noch auf Justinians Novelle 115 zurückreichenden, inzwischen teilweise überholten und in mancher Hinsicht unbefriedigenden, oder unbefriedigend gewordenen, Regeln über die Pflichtteilsziehung überarbeitet.³⁹⁷ Diese letztere Reform war durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom April 2005 angestoßen worden (auch wenn die dort zur Debatte stehenden Vorschriften der Ziffern 1 und 2 des § 2333 BGB a.F. nicht für geradezu verfassungswidrig erklärt worden waren).³⁹⁸

Weitere Reformen des Pflichtteilsrechts sind zwar gefordert, aber nie umgesetzt worden. Das gilt für die nach 1933 erhobenen Forderungen, das „undeutsche“ Pflichtteilsrecht des BGB durch ein Noterbenrecht zu ersetzen³⁹⁹ – sie konnten sich nicht einmal im Erbrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht durchsetzen⁴⁰⁰ –, es gilt aber ebenso für die moderaten Reformvorschläge von Dieter Martiny in seinem Gutachten für die zivilrechtliche Abteilung des 64. Deutschen Juristentages (Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern, jedenfalls sofern der Erblasser verheiratet war, und Beschränkung des Pflichtteilsrechts der Abkömmlinge auf Kinder und

³⁹⁵ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009, BGBl. 2009 I 3142–3144; dazu *Knut Werner Lange*, Das Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, DNotZ 2009, 732–743.

³⁹⁶ § 2332 BGB (1900) hatte das neue allgemeine Regime bereits weitgehend antizipiert, sodass diese besondere Verjährungsvorschrift im Prinzip gestrichen und durch zwei Detailregelungen ersetzt werden konnte.

³⁹⁷ Dazu im Einzelnen *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub VIII.2. – Eine weitere durch das Reformgesetz geänderte Vorschrift ist § 2306 BGB über Beschränkungen und Beschwerden eines als Erbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten. Das nunmehr eingeführte Wahlrecht hatte bereits die Erste Kommission zur Ausarbeitung des BGB vorgeschlagen: § 1981 E I.

³⁹⁸ BVerfG 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00, 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332–363.

³⁹⁹ Vgl. insbesondere *Gustav Boehmer*, Zur Rechtsform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938) 32–88, 44 („Die Gestaltung des Pflichtteilsrechts [...] verleugnet unsere geschichtliche Vergangenheit, beleidigt unser Familiengefühl und vergewaltigt die konkrete Lebenswirklichkeit“).

⁴⁰⁰ Dazu *Heinrich Lange*, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge (1938) 210f.; *Rüdiger Hütte*, Der Gemeinschaftsgedanke in den Erbrechtsreformen des Dritten Reichs (1988) 202–215. Allgemein zum Entwurf eines Erbgesetzes, das das dritte Buch eines deutschen Volksgesetzbuches bilden sollte, *Heinrich Lange*, Die Neugestaltung des deutschen Erbrechts, Deutsches Recht 1942, 1713–1719; darin sollte das Pflichtteilsrecht in den §§ 282–327 geregelt werden (mit KonzeSSION in § 302 an den ursprünglich – auch von Heinrich Lange, dem Vorsitzenden des Erbrechtsausschusses – verfolgten Gedanken des Noterbenrechts). Zu den Diskussionen um das Pflichtteilsrecht während der NS-Zeit aus heutiger Sicht *Gerhard Otte*, Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht, in: FS Norbert Horn (2006) 113–124; *Claus-Henning Hollmann*, Pflichtteilsrecht und Familienzusammenhang (2007) 85–111. Zur Erbrechtsreform allgemein aus heutiger Sicht *Hütte* (diese Fn.) 272–303.

Enkel),⁴⁰¹ den auf demselben Juristentag gefassten Beschluss, das Pflichtteilsrecht „durch Herabsetzung bzw. Differenzierung der Quote“ zu beschränken,⁴⁰² oder auch den noch weiter gehenden Vorschlag des Referenten Manfred Bengel, das starre, quotenorientierte Pflichtteilsrecht durch die Bedürftigkeit als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung abzumildern.⁴⁰³ Bengel erwähnte in diesem Zusammenhang § 396 Abs. 1 Ziffer 2 des Zivilgesetzbuches der DDR, wonach der Pflichtteilsanspruch der Kinder, Enkel und Eltern des Erblassers (er war auf zwei Drittel des Wertes des gesetzlichen Erbteils heraufgesetzt worden) davon abhängig war, dass diese Personen im Zeitpunkt des Erbfalls gegenüber dem Erblasser unterhaltsberechtig waren.⁴⁰⁴

Das einschneidendste Ereignis für die Entwicklung des Pflichtteilsrechts in Deutschland war freilich keine gesetzliche Reform, sondern die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2005.⁴⁰⁵ Sie nahm nämlich die beiden zugrunde liegenden Fälle (in denen es im Kern

⁴⁰¹ *Dieter Martiny*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, in: Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I (2002) A 11–A 120, A 61–A 115. Das Pflichtteilsrecht war bereits auf dem 49. Deutschen Juristentag im Jahre 1972 Gegenstand der Beratungen gewesen mit damals noch konservativerer Grundtendenz: *Helmut Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des Neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. I (1972) A 1–A 55; *Albrecht Dieckmann*, Referat, in: Verhandlungen des Neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II (1972) K 8–K 31; vgl. auch die Beschlüsse in Bd. II K 148–K 167. Auch Otte sprach sich in seinem Vortrag vor der Zivilrechtslehrervereinigung grundsätzlich für die Beibehaltung des bestehenden Pflichtteilsrechts aus und empfahl nur marginale Korrekturen: *Gerhard Otte*, Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002) 317–362. Zur Reformdiskussion ferner etwa: *Familienerbrecht und Testierfreiheit* (Fn. 321); *Dieter Henrich*, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht (2000); *Reformfragen des Pflichtteilsrechts* (Fn. 197); vgl. auch die Aufstufungen bei *Thomas Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. II/2 (1993) 89–427; *Sandra Werkmüller*, Rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte des geltenden deutschen Pflichtteilsrechts (2002) 91–129; *Hollmann*, Pflichtteilsrecht (Fn. 400) 194–305. Auch in Deutschland ist die Idee eines festen, bedarfsunabhängigen Pflichtteilsrechts insgesamt infrage gestellt worden, aber nur gelegentlich; vgl. etwa *Barbara Dauner-Lieb*, Bedarf es einer Reform des Familienrechts?, DNotZ 2001, 460–465; *Klaus Petri*, Die Pflicht zum Pflichtteil?, ZRP 1993, 205 f. (der die Vorschriften über den Pflichtteil geradezu für verfassungswidrig hielt; das hat das Bundesverfassungsgericht 2005 ganz anders gesehen; dazu sogleich).

⁴⁰² Beschlüsse der Abteilung Zivilrecht, in: Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II/1 (2002) L 111–L 118, L 114.

⁴⁰³ *Manfred Bengel*, Referat, in: Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. II/1 (2002) L 51–L 88, L 57–L 67.

⁴⁰⁴ Der Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten (ebenfalls in Höhe von zwei Dritteln seines gesetzlichen Erbteils) wurde demgegenüber unabhängig von der Bedürftigkeit gewährt. Allgemein zur Debatte um eine mögliche Übernahme des Pflichtteilsrechts des ZGB im wiedervereinigten Deutschland *Hollmann*, Pflichtteilsrecht (Fn. 400) 118–120.

⁴⁰⁵ BVerfG 19.4.2005, BVerfGE 112, 332–363.

um die Verfassungsmäßigkeit bzw. verfassungskonforme Auslegung der Regeln über die Pflichtteilsentziehung ging) zum Anlass, das bestehende deutsche Pflichtteilsrecht in seinen Grundzügen für sakrosankt zu erklären: „[D]ie grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass ist als tragendes Strukturprinzip des geltenden Pflichtteilsrechts durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt.“⁴⁰⁶ Diese überraschend weitreichende Festlegung ist wenig überzeugend begründet und tatsächlich auch nicht überzeugend begründbar.⁴⁰⁷ Sie beruht letztlich auf der seit Langem überholten Idee eines Familienvermögens⁴⁰⁸ und dem zutiefst ahistorischen Gedanken der Unwandelbarkeit einer einmal etablierten Tradition.⁴⁰⁹ Insofern werden die auf das deutsche Erbrecht allgemein bezogenen Worte von Dieter Henrich für das Pflichtteilsrecht auch in Zukunft gültig bleiben: Was einst nach allgemeiner Meinung ein Glanzstück der Gesetzgebungskunst gewesen ist, hinkt heute der Entwicklung im europäischen Ausland hinterher.⁴¹⁰

4. Noterbenrecht und Pflichtteil im spanischen und katalanischen Recht

a) Spanischer Código civil

Das Noterbenrecht des spanischen Código civil ist im Laufe der Zeit mehrfach reformiert und dabei tendenziell geschwächt worden.⁴¹¹ So haben etwa Reformgesetze von 1981 und 2003 die Möglichkeiten einer Barabfindung von Noterben erweitert⁴¹² und damit das spanische Recht jedenfalls punktuell dem österreichisch-deutschen Pflichtteilsmodell angenähert. Zu einer Stärkung der Testierfreiheit hat auch eine 2014 vom Tribunal Supremo

⁴⁰⁶ BVerfG 19.4.2005, BVerfGE 112, 332, 349.

⁴⁰⁷ Kritisch demgemäß etwa *Dieter Leipold*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, JZ 2010, 802–811, 805 f.; MüKo BGB / *Lange* (Fn. 391) § 2303 Rn. 5; *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 388) Rn. 235; *Röthel*, Erbrecht (Fn. 247) § 3 Rn. 3; *Helms*, Testierfreiheit (Fn. 247) 12; *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub VI.2. (dort auch Überblick über Hintergründe und Entwicklung der verfassungsrechtlichen Diskussion).

⁴⁰⁸ BVerfG 19.4.2005, BVerfGE 112, 332, 352 f. („Familienvermögen“). Für das römische Recht etwa *Gai.* 2, 157: Schon zu ihres Vaters Lebzeiten sind die *sui heredes* „quodammodo domini“.

⁴⁰⁹ BVerfG 19.4.2005, BVerfGE 112, 332, 350 f.

⁴¹⁰ *Dieter Henrich*, Zusammenfassung, in: *Familienerbrecht und Testierfreiheit* (Fn. 321) 371–385, 385.

⁴¹¹ Überblick bei *Sergio Cámara Lapuente*, Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law, in: *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, hrsg. von *Miriam Anderson / Esther Arroyo i Amayuelas* (2011) 269–305; *Arroyo i Amayuelas*, Pflichtteilsrecht (Fn. 197) 271 f.

⁴¹² Vgl. oben, Fn. 197.

initiierte Rechtsprechungslinie geführt,⁴¹³ wonach auch Fälle von psychischer Misshandlung unter Art. 853 Abs. 2 Código civil fallen und damit den Erblasser zur Enterbung (= Pflichtteilsentziehung) berechtigen können. Zuvor hatte das Gericht den Begriff der körperlichen Misshandlung (*maltrato de obra*) strikt interpretiert und den Zusammenbruch von familiärer Zuneigung und Kommunikation in den Bereich der Moral verwiesen.⁴¹⁴ Doch sind all dies vergleichsweise marginale Korrekturen; in seinen wesentlichen Konturen entspricht das heutige spanische Noterbenrecht noch dem von 1889.⁴¹⁵ Grundlegende Reformen sind wiederholt gefordert worden,⁴¹⁶ bislang aber ohne politisches Echo geblieben. Das könnte sich nunmehr ändern, da das spanische Justizministerium im Februar 2019 bei der Kodifikationskommission eine Untersuchung über das Für und Wider von Noterbenrecht und Testierfreiheit in Auftrag gegeben hat.⁴¹⁷ Zu den in der Literatur häufig vorgebrachten Vorschlägen gehören die Abschaffung des Noterbenrechts der Vorfahren, eine deutliche Reduktion des Noterbenanteils der Nachkommen, die Stärkung des Noterbenrechts des überlebenden Ehegatten und allgemein die Umwandlung des Noterbenrechts in ein Forderungsrecht.⁴¹⁸ Aber auch die Idee der Abschaffung eines fixen Pflichtteils und seiner Ersetzung durch bedürfnisabhängige Unterhaltsansprüche gegen den Nachlass erfreut sich einiger Unterstützung.⁴¹⁹

⁴¹³ Tribunal Supremo 3.6.2014 – 258/2014. Die Entscheidung ist 2015 und 2017 vom Tribunal Supremo bestätigt worden; dazu *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub VII.2.; *Borja del Campo Álvarez*, El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 361–373. Zu einem weiteren möglichen Enterbungsgrund vgl. *Eduardo de la Iglesias Prados*, Consecuencias en la libertad de testar y las legítimas de la violencia en la pareja, ebd. 335–359.

⁴¹⁴ Tribunal Supremo 28.6.1993 – 675/1993.

⁴¹⁵ Oben, sub VII.3.b).

⁴¹⁶ Vgl. zuletzt den Überblick bei *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub V.5.(a) und (b). *Ignacio Gomá Lanzón*, ¿Tienen sentido las legítimas en el siglo XXI?, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 61–76. Unter anderem haben sich die spanische Notarvereinigung (2005 und 2012) und die spanische Zivilrechtslehrervereinigung (2006 und 2017) in den letzten 20 Jahren jeweils zweimal mit der Reform des Pflichtteilsrechts befasst. Vgl. ferner etwa *Arroyo i Amayuelas*, Pflichtteilsrecht (Fn. 197) 272f., 275; *Cámara Lapuente*, Freedom of Testation (Fn. 411) 286–289, 290–293; *María Ángeles Paora Lucán*, Las legítimas en la propuesta por la Asociación de Profesores de Derecho civil, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 193–210.

⁴¹⁷ *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub V.5.(c).

⁴¹⁸ *María Mercedes Bermejo Pumar*, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 77–122, spricht in diesem Zusammenhag von einer „legítima crediticia“ (im Gegensatz zur „legítima sucesoria“). Warnend *Carlos M. Díaz Teijero*, Algunos problemas prácticos de las legítimas de crédito, ebd. 375–393.

⁴¹⁹ Vgl. *Cámara Lapuente*, Freedom of Testation (Fn. 411) 287f.; *ders.*, Forced Heirship (Fn. 180); vgl. auch *María Marañón Astolfi*, „Family provisions“ ¿legítimas en el derecho anglosajón?, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 421–442. Anders als in Deutschland wird das Noterbenrecht in Spanien offenbar nicht nur nicht für verfassungsrechtlich garantiert gehalten, sondern teilweise sogar als verfassungswidrig angesehen (Verstoß gegen die Grund-

b) Foralrechte

Spanien ist ein Mehrrechtsstaat mit eigenständigen Rechtsquellen im Bereich des Erbrechts für die Autonomen Gemeinschaften von Aragon, dem Baskenland, den Balearischen Inseln, Galicien, Katalonien und Navarra. In all diesen Autonomen Gemeinschaften wird dem Erblasser eine weiter reichende Testierfreiheit eingeräumt als nach dem in den übrigen Teilen Spaniens anwendbaren *Código civil*⁴²⁰ – seit 2015 gilt das auch für das Baskenland, wo bis dahin noch die traditionelle *quinta* des vorkodifikatorischen spanischen Gemeinrechts überlebt hatte.⁴²¹ In Navarra ist die Testierfreiheit sogar so gut wie unbeschränkt, indem hier der Gedanke eines formellen Noterbenrechts überlebt hat: Den Abkömmlingen (sie sind die einzigen Noterben) braucht nur eine rein symbolische Zuwendung gemacht zu werden – fünf navarrische Silbermünzen („*suedos febles o carlines*“) sowie eine „*robada*“ Land in den Gemeinewäldern („*en las montes comunes*“)⁴²² –, wobei aber eine Bezugnahme auf die *legítima foral* offenbar ausreicht.⁴²³ Mit dieser bloß symbolischen Erwähnung sind die Noterben der Sache nach enterbt. Werden sie hingegen übergegangen, dann hat das die Nichtigkeit der Erbeinsetzung zur Folge. Absolut unbeschränkte Testierfreiheit gilt nach dem *Fuero de Ayala*, dem eigenen Zivilrecht des Valle del Ayala, im Baskenland.⁴²⁴ Bemerkenswert ist weiterhin, dass Aragon und das Baskenland die Idee einer „kollektiven *legítima*“ kennen: Der Erblasser kann den gesamten Noterbenteil (das heißt die Hälfte des Nachlasses in Aragon, ein Drittel im

rechte auf privates Eigentum und die freie Entfaltung der Persönlichkeit); *Arroyo i Amayuelas*, Pflichtteilsrecht (Fn. 197) 273. Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund auch etwa *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub IV.3. und 4.; *Aurelio Barrio Gallardo*, El ocase de las legítimas largas, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 287–313.

⁴²⁰ Tabellarische Übersichten bei *Cámara Lapuente*, Freedom of Testation (Fn. 411) 272–278; *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 359. Detaillierte Darstellung bei *Hierneis*, ebd. Rn. 361, 398–412, 415–434, 438–448, 452–459; vgl. auch *Vaquero*, Freedom (Fn. 180) 110–118.

⁴²¹ Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco; dazu *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 404 (Text des Gesetzes unter Texte B II 2). Der baskische Gesetzgeber hält diese Entscheidung in seiner „Exposición de motivos“ für sehr bedeutsam, trage sie doch „mehr als jede andere“ dazu bei, das baskische Recht einheitlich zu gestalten und den europäischen Rechten anzunähern. Zur *quinta* des vorkodifikatorischen Gemeinrechts vgl. oben, VII.3.a).

⁴²² Ley 267 in der *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra – Fuero Nuevo* vom 4.4.2019. Erläuterung der Begriffe bei *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 412 und unter Texte B VI 2 (S. 65).

⁴²³ *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 412.

⁴²⁴ Vgl. heute Art. 89f. Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. Dazu sagt der baskische Gesetzgeber in seiner „Exposición de motivos“, es erscheine angesichts ihrer Verwurzelung vernünftig („*prudente*“), die völlige Testierfreiheit in diesem Gebiet beizubehalten. In Art. 88 wird der räumliche Geltungsbereich des „*Derecho civil propio del valle de Ayala*“ genau nach Gemeinden und Ortschaften definiert. *Cámara Lapuente*, Freedom of Testation (Fn. 411) 273f., meint, im Tal von Ayala gelte wie in Navarra ein formelles Noterbenrecht; der Text der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften gibt dafür aber keinen Anhaltspunkt.

Baskenland) zu gleichen oder ungleichen Teilen unter seinen Abkömmlingen aufteilen oder ihn auch nur einem einzigen von ihnen zuwenden.⁴²⁵ Im Grunde ist dies eine besonders weitgehende Verwirklichung der Idee einer Aufbesserung (*mejora*).⁴²⁶ Im Gegensatz zum spanischen Código civil hat nach mehreren der Foralrechte der überlebende Lebenspartner dieselben Rechte wie der überlebende Ehegatte.⁴²⁷

c) Insbesondere: Codi civil de Catalunya

Das bekannteste unter den spanischen Foralrechten ist dasjenige von Katalonien. Eine erste Kompilation (mit dem Charakter eines Restatement) wurde im Jahre 1960 verabschiedet. In den 1990er-Jahren kam es dann zu bereichsspezifischen Kodifikationen, darunter einem Erbrechtsgesetzbuch von 1991. Seit 2002 verfolgte die Regierung von Katalonien den Plan einer Kodifikation des gesamten katalonischen Zivilrechts und in diesem Rahmen wurde 2008 das Erbrecht als Buch IV des „Codi civil de Catalunya“ erlassen.⁴²⁸ Die katalanische *llegítima*⁴²⁹ besteht in einem schuldrechtlichen Anspruch auf den Wert eines bestimmten Anteils am Nachlass („el dret a

⁴²⁵ Art. 486 Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (Neufassung des „Código del Derecho Foral de Aragón“); Art. 47–49 Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

⁴²⁶ Zur *mejora* oben, Fn. 202.

⁴²⁷ Überblick bei *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 359; vgl. auch die detaillierte Darstellung in Rn. 415–434. „Lebenspartner“ in diesem Sinne sind homosexuelle und heterosexuelle Kohabitanten, die keine Ehe miteinander geschlossen haben. Teilweise (zum Beispiel Balearen und Baskenland) ist für eine Lebenspartnerschaft eine konstitutiv wirkende Eintragung erforderlich, teilweise (zum Beispiel Katalonien) reicht auch der Nachweis eines eheähnlichen Zusammenlebens über mindestens zwei Jahre. Überblick bei *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 107–107b; für Katalonien auch etwa *Arroyo i Amayuelas*, Pflichtteilsrecht (Fn. 197) 58 f.

⁴²⁸ Überblick über die Entwicklung bei *Esther Arroyo i Amayuelas*, Die Entwicklung des Zivilrechts in Katalonien und das neue katalanische Zivilgesetzbuch, ZEuP 22 (2014) 584–607. Zum neuen katalanischen Erbrecht vgl. *Vaquer*, Freedom (Fn. 180) 110–114; *Esther Arroyo i Amayuelas / Miriam Anderson*, Between Tradition and Modernisation: A General Overview of the Catalan Succession Law Reform, in: The Law of Succession (Fn. 411) 41–72; *Esteve Bosch Capdevila*, Testamentary Freedom and Its Limits, ebd. 73–88; *Antoni Vaquer Aloy*, Freedom of Testation, Compulsory Share and Disinheritance Based on Lack of Family Relationship, ebd. 89–104. Ausführlich *Pedro del Pozo Carrascosa / Antoni Vaquer Aloy / Esteve Bosch Capdevila*, Derecho Civil de Cataluña: Derecho de sucesiones³ (2017); *Àrea de Dret Civil / Universitat de Girona* (Koord.), El nou Dret successor del Codi Civil de Catalunya (2009).

⁴²⁹ Buch IV des Codi civil de Catalunya beginnt mit Titel I (Allgemeine Vorschriften), bevor dann die testamentarische Erbfolge (Titel II), die vertragliche Erbfolge und Schenkungen von Todes wegen (Titel III) und die gesetzliche Erbfolge (Titel IV) geregelt werden. Die *llegítima* ist in Kapitel I des Titels V geregelt („Sonstige vom Gesetz bestimmte Zuwendungen“). Schon aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich, dass der überlebende Ehegatte (oder Lebenspartner) in Katalonien kein Noterbe ist, denn das ihm zustehende Verwitwetenviertel ist erst in Kapitel II von Titel V geregelt.

obtenir [...] un valor patrimonial“);⁴³⁰ die *legitimarios* sind also nicht Noterben, sondern Pflichtteilsberechtigte nach dem österreichisch-deutschen Modell. Zu ihnen gehören die Abkömmlinge des Erblassers und, sofern Abkömmlinge nicht vorhanden sind, dessen Eltern. Die Höhe des Pflichtteils ist in jedem Falle (das heißt sowohl für Abkömmlinge wie für die Eltern) ein Viertel.⁴³¹ Das katalanische Recht kennt eine Reihe von Gründen, die eine Erbnwürdigkeit begründen.⁴³² Sie sind allesamt gleichzeitig „Enterbungs“-Gründe, berechtigen also zur Pflichtteilsentziehung. Daneben listet Art. 451-17 weitere Enterbungsgründe auf, darunter einen im Jahre 2008 neu eingeführten: das offenkundige und fortdauernde Fehlen einer familiären Beziehung zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten, sofern dafür ausschließlich der Pflichtteilsberechtigte verantwortlich ist. Diese Vorschrift wird im katalanischen Schrifttum kritisiert, da sie schwierig anzuwenden sei und damit zu Rechtsunsicherheit führe.⁴³³ Dennoch scheint sie die zuvor erwähnte Neuinterpretation des Art. 853 Abs. 2 Código civil seit 2014 inspiriert zu haben.⁴³⁴

Der überlebende Ehegatte (oder Lebenspartner) zählt in Katalonien nicht zu den *legitimaris*. Ihm steht lediglich, sofern er nicht über ausreichende wirtschaftliche Mittel verfügt, ein Anspruch auf einen Betrag zu, mit dem er diese Bedürfnisse erfüllen kann, jedoch nur bis zu einem Viertel des Reinachlasses (*dret a la quarta viudal*).⁴³⁵ Für die Bestimmung der Bedürfnisse kommt es auf den Lebensstandard während der Ehe, das hinterlassene Vermögen, Alter, Gesundheitszustand, die voraussehbaren wirtschaftlichen Aussichten und „auf alle anderen erheblichen Umstände“ an.⁴³⁶ Diese an die justinianische Quart der armen Witwe erinnernde Vorschrift hat den Charakter eines Unterhaltsanspruchs.⁴³⁷ Hinzu kommen bestimmte Verwitwenrechte, die sich aus dem Familienrecht ergeben, darunter insbesondere der Anspruch auf den Hausrat der Ehewohnung, das Recht, ein Jahr lang nach dem Tod des Verstorbenen in der Ehewohnung zu bleiben und für

⁴³⁰ Art. 451-1 Codi civil de Catalunya.

⁴³¹ Art. 451-3–451-5 Codi civil de Catalunya.

⁴³² Art. 412-3 Codi civil de Catalunya.

⁴³³ Vgl. etwa *Arroyo i Amayuelas*, ZEuP 22 (2014) 584, 604; *dies. / Anderson*, Between Tradition and Modernisation (Fn. 428) 56f.; vgl. aber auch *Vaquer*, Freedom of Testation (Fn. 428) 98–103.

⁴³⁴ *Cámara Lapuente*, Forced Heirship (Fn. 180) sub VII.2.

⁴³⁵ Art. 452-1 Codi civil de Catalunya. Vergleichend dazu *Ana Giménez Costa / Cristina Villó Travé*, La protección del superstite ante la ausencia de legítima en el derecho civil catalán – Comparativa con la regulación del código civil, in: *Las legítimas y la libertad de testar* (Fn. 180) 577–596.

⁴³⁶ Art. 452-1 Abs. 2 Codi civil de Catalunya.

⁴³⁷ *Vaquer*, Freedom (Fn. 180) 111; *Anderson / Arroyo i Amayuelas*, Between Tradition and Modernisation (Fn. 428) 63f. (sie heben hervor, dass diese neue *quarta uxoris* nach den Kriterien bestimmt wird, die heranzuziehen gewesen wären, wäre die Ehe durch Scheidung beendet worden); *Hierneis*, Spanien (Fn. 180) Rn. 432.

dieses Jahr zulasten des Nachlasses einen dem Lebensstandard der Ehegatten gemäßen Unterhalt zu beziehen.⁴³⁸

IX. Entwicklungslinien⁴³⁹

1. System und Terminologie

„Von der Berufung gegen den Willen des Erblassers (Noterbenrecht)“ überschrieb Bernhard Windscheid die §§ 575–593 seines Lehrbuchs.⁴⁴⁰ Die Lektüre dieser insgesamt 18 Abschnitte macht deutlich, dass das gemeinrechtliche Regelungsmodell übermäßig komplex war.⁴⁴¹ Das lag nicht zuletzt daran, dass schon die justinianische Reform des Jahres 542 ihr Ziel verfehlt hatte, die einschlägigen Regelungen des römischen Rechts zu vereinheitlichen und zu vereinfachen. Dieser Aufgabe mussten sich nunmehr die Verfasser der Privatrechtskodifikationen seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts stellen. Anknüpfen konnten sie nur an bestimmte Elemente der römisch-gemeinrechtlichen Tradition, die freilich im Laufe der Zeit gewisse Modifikationen erfahren hatten. Teilweise hatten sich auch aus dem einheimischen Gewohnheitsrecht stammende Vorstellungen durchgesetzt oder waren mit dem römischen Recht verschmolzen. Insbesondere die Rechtsentwicklung in Frankreich bietet insoweit ein charakteristisches Beispiel für die Herausbildung eines gemeinfranzösischen Zivilrechts auf der Grundlage von Coutumes und römischem Recht.⁴⁴²

Die besonderen Schwierigkeiten bei der Kodifizierung des Noterbenrechts zeigen sich bereits daran, dass es an einem allgemein akzeptierten Ort für seine Aufnahme in ein erbrechtliches Regelungssystem fehlt. Im Corpus Juris kamen das Noterbenrecht und die unmittelbar damit zusammenhängenden Fragen an unterschiedlichen Stellen zur Sprache;⁴⁴³ in den Digesten war der Titel über die *querela inofficiosi testamenti* (D. 5,2) weit entfernt von den Büchern 28–38 untergebracht, die das Gros der erbrechtlichen Fragmente enthielten. Noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht war das Pflichtteilsrecht nicht zusammenhängend geregelt.⁴⁴⁴ In den späteren Kodifikationen findet sich dann eine solche zusammenhängende Regelung, je-

⁴³⁸ Art. 231–30 und 231–31 Codi civil de Catalunya; *Hiemeis*, Spanien (Fn. 180) 428–430; vgl. dazu auch *del Pozo Carrascosa / Vaquer Aloy / Capdevila*, Derecho Civil de Cataluña (Fn. 428) 436 f.

⁴³⁹ Vgl. auch *Dutta*, FamRZ 2011, 1829–1840.

⁴⁴⁰ *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) vor § 575 (Bd. III, S. 369).

⁴⁴¹ Oben, sub II.

⁴⁴² Oben, sub IV.

⁴⁴³ Oben, Fn. 21.

⁴⁴⁴ Oben, Fn. 103.

doch an ganz unterschiedlichen Stellen: als eigenständiger Titel („Da sucção legitimária“, Portugal)⁴⁴⁵ oder als Teil eines Kapitels „De la herencia“ (Spanien)⁴⁴⁶ zwischen der gesetzlichen und der testamentarischen Erbfolge, als eigenständiges Hauptstück (oder Kapitel) im Anschluss an testamentarische und gesetzliche Erbfolge (Österreich, Griechenland),⁴⁴⁷ als Teil des Titels über Verfügungen von Todes wegen (Schweiz, Niederlande),⁴⁴⁸ als Bestandteil eines allgemeinen Teils des Erbrechts (Italien)⁴⁴⁹ oder aber eines nachgestellten Titels über „Sonstige vom Gesetz bestimmte Zuwendungen“ (Katalonien).⁴⁵⁰ Im BGB wiederum finden sich die einschlägigen Vorschriften in einem eigenständigen Abschnitt gegen Ende des Buches V, wo auch anderes behandelt ist, was nicht recht in die drei Hauptabschnitte über die Erbfolge, die rechtliche Stellung des Erben und das Testament passt.⁴⁵¹ Dem Code civil (in Frankreich wie in Belgien) liegt ein ganz eigenes Regelungsmuster zugrunde, indem das Noterbenrecht außerhalb des Titels „Des successions“ im Rahmen eines Titels „Des libéralités“ geregelt ist, der sich mit Schenkungen und Testamenten befasst.⁴⁵²

Auch terminologisch geht einiges durcheinander. So indiziert der Begriff des „Noterbenrechts“, dass der Begünstigte die Rechtsstellung eines Erben erhält. Obwohl dies in der Schweiz der Fall ist, spricht das ZGB von einem „Pflichtteil“.⁴⁵³ Dieser Begriff wird in Deutschland und Österreich zur Bezeichnung eines bloß schuldrechtlich Berechtigten verwendet, der also gerade nicht Erbe wird (auch wenn das ABGB den Begünstigten noch bis zur Erbschaftsreform von 2015/2017 als „Noterben“ bezeichnet hat).⁴⁵⁴ In Frankreich, Belgien und den Niederlanden verdeckt die gleichgebliebene Terminologie einen Systemwandel, der sich in diesen Ländern vollzogen

⁴⁴⁵ Oben, Fn. 249.

⁴⁴⁶ Oben, Fn. 192.

⁴⁴⁷ Oben, Fn. 45 und bei Fn. 244. Vgl. auch die systematische Anordnung bei *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11), wo das Kapitel über die Berufung zur Erbschaft vier Unterabschnitte hat: I. Von der Berufung im allgemeinen; II. Von der Berufung durch Testament; III. Von der Berufung durch Gesetz; IV. Von der Berufung gegen den Willen des Erblassers.

⁴⁴⁸ Oben, Fn. 224 und 302. Auch in den justinianischen Institutionen waren die beiden einschlägigen Titel in diesem systematischen Zusammenhang untergebracht gewesen.

⁴⁴⁹ Oben, Fn. 249.

⁴⁵⁰ Oben, Fn. 429.

⁴⁵¹ Oben, Fn. 108. Gottfried von Schmitt hatte in seinem Vorentwurf (Fn. 85) eine logischere Anordnung vorgesehen: Für ihn bestand die Regelung des Rechts der Erbfolge aus vier Abschnitten: (i) Testament; (ii) Einsetzungsvertrag; (iii) Berufung aus dem Gesetz; (iv) Erwerbung der Erbschaft, Rechtsverhältnis des Erben. Das Pflichtteilsrecht war im systematischen Zusammenhang mit der Berufung aus dem Gesetz geregelt.

⁴⁵² Oben, Fn. 57 und 296.

⁴⁵³ Oben, bei Fn. 229.

⁴⁵⁴ Oben, Fn. 49 und 352.

hat.⁴⁵⁵ So ist in den Niederlanden nach wie vor von einer „legitime portie“ und von „legitimarissen“ die Rede, obwohl es nur um ein Forderungsrecht geht.⁴⁵⁶ In Italien sind „legittimari“ demgegenüber dinglich am Nachlass berechtigt. Auch in Spanien und Katalonien werden die Begriffe „legítima / llegalítima“ und „legitimario / legítimari“ in unterschiedlichem Sinne verwendet.⁴⁵⁷

2. Juristische Konstruktion

Dingliche Beteiligung am Nachlass oder Forderungsrecht gegen den Erben: Damit sind die beiden unterschiedlichen Ansätze im Hinblick auf die „Rechtsnatur“ oder juristische Konstruktion des Rechts der nächsten Angehörigen benannt, die der Erblasser nicht oder nicht hinreichend bedacht hat. Für sie stehen paradigmatisch die beiden ältesten heute noch in Kraft befindlichen Kodifikationen: der französische Code civil in seiner Ursprungsfassung von 1804 und das ABGB von 1811.⁴⁵⁸ Beide Ansätze, der eine letztlich auf das frühe „germanische“ Gewohnheitsrecht zurückreichend, der andere inspiriert vom römischen Recht, versuchen eine Balance zwischen familiärer Solidarität und Autonomie des Erblassers zu etablieren, jedoch von jeweils unterschiedlichen Ausgangspunkten aus. Während das französische Recht auf dem Gedanken eines gleichsam natürlichen Familienerbrechts beruht, das durch die Anerkennung der Testierfreiheit in einem gewissen Maße eingeschränkt wird, bedeutet nach dem im ABGB verwirklichten Modell das Pflichtteilsrecht eine Einschränkung der natürlichen Freiheit des Eigentümers, über sein Vermögen und seinen Nachlass zu verfügen.⁴⁵⁹ Zu beiden Ansätzen fanden sich bereits im 19. Jahrhundert Zwischenstufen⁴⁶⁰ und auch heute sind sie in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit manchen Modifikationen im Einzelnen verwirklicht.

Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass sich zunächst, bedingt durch die politische und kulturelle Hegemonie Frankreichs und des französischen Rechts, das Regelungsmodell des Code civil auf einem Triumphzug durch Europa befand:⁴⁶¹ Der größte Teil des Vermögens des Erblassers ist den ge-

⁴⁵⁵ Für Frankreich vgl. Text bei Fn. 273; für Belgien Text bei Fn. 296.

⁴⁵⁶ Oben, Fn. 165 sowie Text bei Fn. 303.

⁴⁵⁷ Oben, Text nach Fn. 192 und nach Fn. 428.

⁴⁵⁸ Oben, sub III. und IV.

⁴⁵⁹ Vgl. etwa Zeiler, Kommentar (Fn. 48) § 764 (S. 765).

⁴⁶⁰ Vgl. etwa das sächsische BGB, das zwar ein (dinglich wirkendes) Noterbenrecht statuierte, aber nicht von der Vorstellung einer gleichsam natürlicherweise der Familie zukommenden *réserve* ausging. Gottfried von Schmitt, der Redaktor des Erbrechts des BGB, zählte deshalb das sächsische BGB zu den Gesetzbüchern, die vom Prinzip der Testierfreiheit ausgehen; vgl. oben, Fn. 136.

⁴⁶¹ Oben, sub VII.

setzlichen Erben vorbehalten (*réserve*), nur über den Rest darf der Erblasser frei verfügen. Diesem Konzept folgten die Kodifikationen in Belgien, den Niederlanden, Italien und Portugal. Auch die *legitimarios* des spanischen Rechts werden ganz überwiegend als dinglich am Nachlass beteiligt angesehen.⁴⁶² Freilich folgt das spanische Recht, wie sich in vielen Punkten zeigt (*mejora!*), einer eigenen Tradition. Auch in der Schweiz setzte sich das „germanisch-französische“ System des Vorbehalts⁴⁶³ bzw. der *réserve* durch und prägt den Charakter des schweizerischen „Pflichtteils“ bis heute.⁴⁶⁴ Auch der griechische „Pflichtteilsberechtigte“ gilt in Ansehung seiner Quote als Erbe.⁴⁶⁵

Die Verfasser des deutschen BGB folgten demgegenüber dem österreichischen Modell.⁴⁶⁶ Während die neuen privatrechtlichen Kodifikationen von Italien (1942) und Portugal (1966) dem französischen Modell verhaftet blieben,⁴⁶⁷ zeigt sich in den Erbrechtsreformen des 21. Jahrhunderts eine Trendumkehr.⁴⁶⁸ Das gilt für die Niederlande (2003), Frankreich (2001/2006), Katalonien (1991 und 2008) und Belgien (2018).⁴⁶⁹ In Italien ist im Februar 2018 ein Gesetzesentwurf vorgelegt worden, wonach die „*quota riservata ai legittimari*“ in eine „*quota del valore del patrimonio ereditario*“ umgestaltet werden soll.⁴⁷⁰ Auch in Portugal und Spanien sind entsprechende Reformforderungen wiederholt erhoben worden.⁴⁷¹ Eine Reform in umgekehrter Richtung wird demgegenüber, soweit ersichtlich, nirgendwo geplant noch auch nur gefordert.

Durch die Zuerkennung eines bloßen Forderungsrechts wird die Position der nächsten Angehörigen des Erblassers geschwächt: Auch wenn ihnen der „*honos institutionis*“ damit entgeht (aber welche „Ehre“ sollte darin liegen, als Erbe eines Erblassers auftreten zu können, der einen gerade nicht als Erbe einsetzen wollte?) und auch wenn sie sich damit, praktisch bedeutsamer, nicht mehr aus eigenem Recht einen Überblick über den Nachlass verschaffen und über das Schicksal der Nachlassgegenstände mitentscheiden konnten, so ist dies doch eine eminent praktische Lösung.⁴⁷² Insbesondere kommt es damit nicht zu einer in besonderem Maße konflikträchtigen Erbenge-

⁴⁶² Oben, Fn. 197.

⁴⁶³ Oben, Fn. 212.

⁴⁶⁴ Oben, Text vor Fn. 321.

⁴⁶⁵ Im Astikos Kodikas ist von einer „*νόμιμη μοίρα*“ die Rede, was so viel heißt wie „rechtlicher Anteil“, im Deutschen aber in der Regel als „Pflichtteil“ übersetzt wird.

⁴⁶⁶ Oben, sub VI.

⁴⁶⁷ Oben, sub VIII.1.

⁴⁶⁸ Vorsichtiger noch *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1831 („leichte Tendenz“).

⁴⁶⁹ Oben, sub VIII.2. sowie, für Katalonien, Text nach Fn. 428.

⁴⁷⁰ Oben, Fn. 270.

⁴⁷¹ Oben, Fn. 271 und 419.

⁴⁷² Oben, Fn. 135.

meinschaft zwischen Personen, die vom Erblasser begünstigt, und solchen, die von ihm gerade nicht begünstigt werden sollten.

3. Kreis der Pflichtteilsberechtigten

Hinzu kommt, dass der Kreis der Pflichtteilsberechtigten (oder Noterben), soweit es sich um Blutsverwandte handelt, heute in der Regel enger bestimmt wird als früher. Dass den Kindern des Erblassers ein Pflichtteils- oder Noterbenrecht zustehen muss, war und ist in den hier behandelten kontinentaleuropäischen Kodifikationen allgemein anerkannt. Das entspricht auch dem dem Intestaterbrecht zugrunde liegenden Gedanken, dass für jeden Erblasser seine Kinder die ihm am nächsten stehenden Verwandten sind⁴⁷³ – die Personen also, die er in den Worten von Joachim Georg Darjes⁴⁷⁴ von Natur aus verpflichtet ist, am meisten zu lieben. Ebenfalls den Regeln des Intestaterbrechts entsprechend können auch weiter entfernte Abkömmlinge pflichtteilsberechtigt sein, freilich nur, soweit sie an die Stelle des Kindes treten, durch das sie mit dem Erblasser verwandt sind.⁴⁷⁵ In zweiter Linie (das heißt, sofern keine Abkömmlinge vorhanden sind) zählten ursprünglich auch die Vorfahren des Erblassers zu den Pflichtteilsberechtigten bzw. Noterben, bisweilen (gemeines Recht, Schweiz) auch seine Geschwister.⁴⁷⁶ Der BGB-Gesetzgeber beschränkte den Kreis der pflichtteilsberechtigten Vorfahren auf die Eltern,⁴⁷⁷ nachdem der für das Erbrecht zuständige Redaktor, Gottfried von Schmitt, zunächst auch sie hatte ausschließen wollen.⁴⁷⁸ Damit antizipierte er die weitere Entwicklung, wie sie sich, mehr als ein Jahrhundert nach von Schmitt, in den Reformen des Erbrechts in Frankreich, Belgien, den Niederlanden und Österreich sowie in dem schweizerischen Bundesratsentwurf zeigt. Geschwister sind heute überall ausgeschlossen.

Andererseits ist seit den ersten Kodifikationen des Erbrechts der überlebende Ehegatte immer stärker in den Vordergrund getreten.⁴⁷⁹ Der Code

⁴⁷³ Dazu Zimmermann, RabelsZ 79 (2015) 768, 787f.

⁴⁷⁴ Joachim Georg Darjes, *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*³ (Ienae, 1748) § 644.

⁴⁷⁵ Zum Intestaterbrecht Zimmermann, RabelsZ 79 (2015) 768, 788 (dort auch, 792f., zum Topos der „Repräsentation“). Für das Pflichtteilsrecht vgl. etwa § 758 ABGB; § 2309 BGB; Art. 536 Abs. 3 Codice civile; Art. 4:63 BW; Art. 913-1 Code civil; Art. 451-3 Codi civil de Catalunya.

⁴⁷⁶ Oben, bei Fn. 322. Zur Rechtslage im gemeinen Recht vgl. oben, Fn. 22.

⁴⁷⁷ So auch der schweizerische und der griechische Gesetzgeber.

⁴⁷⁸ Dazu oben, IV.2. (bei Fn. 113f.).

⁴⁷⁹ Zur tendenziell entsprechenden Entwicklung im Intestaterbrecht Zimmermann, RabelsZ 80 (2016) 39–92. Von einer „Horizontalisierung“ des Pflichtteilsrechts spricht in diesem Sinne auch Dutta, FamRZ 2011, 1829, 1835–1837.

civil von 1804 hatte ihn noch überhaupt nicht berücksichtigt,⁴⁸⁰ und auch das ABGB von 1811 zählte ihn nicht zu den Pflichtteilsberechtigten, gewährte ihm aber immerhin einen Anspruch auf den „mangelnde[n] anständige[n] Unterhalt“.⁴⁸¹ Fortschrittlicher in diesem Punkt war das Preußische Allgemeine Landrecht gewesen.⁴⁸² Auch das BGB anerkannte ein Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten, so wie ihn zuvor auch das sächsische BGB, der *Codice civile* von 1865 und der spanische *Código civil* in den Kreis der Noterben aufgenommen hatte. Heute hat der überlebende Ehegatte sogar in Frankreich einen Pflichtteilsanspruch, wenngleich nur einen subsidiären, der dann nicht besteht, wenn Abkömmlinge vorhanden sind.⁴⁸³ Deutlich stärker ausgestaltet ist die Position des überlebenden Ehegatten im neuen belgischen und österreichischen Recht;⁴⁸⁴ dasselbe gilt für die Neuregelung in den Niederlanden (auch wenn der überlebende Ehegatte danach nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, sondern andere, nicht entziehbare gesetzliche Rechte erhält).⁴⁸⁵ Vergleichsweise schwach ist demgegenüber die Stellung des überlebenden Ehegatten in Katalonien, wo er ebenfalls nicht zu den *legitimarios* gerechnet wird.⁴⁸⁶

Für den überlebenden Ehegatten spielt natürlich eine wesentliche Rolle auch, ob er einen güterrechtlichen Ausgleich erhält. Das hängt vom Güterstand ab, in dem die Eheleute gelebt haben. Gesetzlicher Güterstand ist in den vorliegend behandelten Rechtsordnungen vor allem die Errungenschaftsgemeinschaft (Frankreich, Belgien, Portugal, Italien, Spanien, nunmehr auch die Niederlande), im Übrigen die Errungenschaftsbeteiligung (oder Zugewinnngemeinschaft: Deutschland, die Schweiz, Griechenland).⁴⁸⁷ Wenn hier der überlebende Ehegatte entweder schon Miteigentümer der ehelichen Errungenschaft ist oder einen schuldrechtlichen Anspruch auf Errungenschaftsausgleich hat, so hat (oder erhält) er damit doch nur, was ihm nach einem partnerschaftlichen Verständnis der Ehe gebührt. Es handelt sich

⁴⁸⁰ Oben, Fn. 80.

⁴⁸¹ Oben, bei Fn. 53.

⁴⁸² Oben, Fn. 103 und 123.

⁴⁸³ Oben, bei Fn. 283.

⁴⁸⁴ Zu Details oben, sub VIII.2.b) und VIII.3.b).

⁴⁸⁵ Oben, sub VIII.2.c). Auch in Italien ist die Stellung des überlebenden Ehegatten gestärkt worden, in Portugal ist er in den Kreis der Noterben aufgenommen worden; oben, sub VIII.1.

⁴⁸⁶ Oben, sub VIII.4. (bei Fn. 435).

⁴⁸⁷ Vgl. etwa die Übersicht bei *Katharina Boele-Woelki / Frédéric Ferrand / Cristina González Beilfuss / Maarit Jänterä-Jareborg / Nigel Lowe / Dieter Martiny / Walter Pintens*, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses* (2013) 11–17, 140f., 221f., und die Länderberichte in: Süß/Ring, *Eherecht in Europa*³ (2017). Für die Niederlande vgl. *B. E. Reinhartz*, *New Matrimonial Property Law in the Netherlands*, UvA-DARE (Internet-Publikation 2017); vgl. auch bereits *Paul Vlaardingerbroek*, *Niederlande*, in dem soeben erwähnten Buch von Süß/Ring, Rn. 20–24. Zu Katalonien (*Gütertrennung*) *Josep Ferrer Riba*, *Katalonien*, in dem Band von Süß/Ring, Rn. 3–9.

um einen Ausgleich für den Beitrag, den er zur ehelichen Solidargemeinschaft geleistet hat. Funktional ist dies etwas anderes als das Pflichtteils- oder Noterbenrecht,⁴⁸⁸ das Abkömmlingen und überlebendem Ehegatten, mitunter auch weiteren Personen, eine Beteiligung am Vermögen des Erblassers zuspricht, ohne dass sie sich diese Beteiligung in irgendeiner Weise verdient haben.⁴⁸⁹ Die Grenzen verschwimmen allerdings, wenn eine Rechtsordnung güterrechtliche und (mandatorische) erbrechtliche Teilhabe nicht voneinander trennt, sondern im erbrechtlichen Ausgleich zusammenfasst. So liegt es im österreichischen Recht, wo die Regeln der §§ 81–98 des Ehegesetzes über die Aufteilung des „ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse“ für die Beendigung der Ehe durch Tod nicht gelten.⁴⁹⁰

Auch der überlebende Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft hat in der Regel (etwa in Deutschland, Griechenland, Österreich, Italien, der Schweiz und den Niederlanden, nicht aber zum Beispiel in Frankreich) ein Pflichtteils- oder Noterbenrecht.⁴⁹¹ Gleiches gilt natürlich dort, wo die gleichgeschlechtliche Ehe anerkannt ist (Niederlande, Belgien, Spanien, Portugal, Frankreich, Deutschland, Österreich) für den überlebenden gleichgeschlechtlichen Ehegatten. Gewisse unentziehbare Ansprüche (wenngleich kein Pflichtteils- oder Noterbenrecht) sehen manche Rechtsordnungen auch für den überlebenden Lebensgefährten oder faktischen Le-

⁴⁸⁸ Missverständlich insoweit *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1830f. („Funktionsäquivalenz“ von Pflichtteil und „Güterrecht von Todes wegen“).

⁴⁸⁹ Pflichtteils- oder Noterbenrecht ist damit „unverdientes Vermögen“; vgl. den Titel der Soziologie des Erbrechts von *Beckert* (Fn. 82).

⁴⁹⁰ *Bernhard Koch*, in: *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 81 EheG Rn. 1; *Susanne Ferrari / Marion Koch-Hipp*, in: *Süß/Ring* (Fn. 487) Rn. 20. – Ähnlich verhält es sich im englischen Recht, das ein Ehegüterrecht überhaupt nicht kennt; hier übernimmt (nur) das Institut der „family provision“ die Aufgabe, eine angemessene Versorgung des überlebenden Ehegatten und damit auch einen gewissen Ausgleich sicherzustellen. Das betont zu Recht *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1835f. Im Übrigen gibt es auch Rechtsordnungen, die dem überlebenden Ehegatten zwar einen festen Anteil am Vermögen des Erblassers geben (und darin eine Einschränkung der Testierfreiheit sehen), damit aber im Grunde nur einen güterrechtlichen Ausgleich substituieren. Das gilt im Hinblick auf den „elective share“ des US-amerikanischen Rechts; deutlich wird das im Vergleich zu den Bundesstaaten, die eine Errungenschaftsgemeinschaft kennen. Dazu etwa *Jesse Dukeminier / Robert H. Sitkoff*, *Wills, Trusts, and Estates*⁹ (2013) 512–556. – Endlich können dem Erblasser auch durch den gesetzlichen Güterstand Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, die erhebliche Auswirkungen auf die Pflichtteilsansprüche von Abkömmlingen haben; dazu für die Schweiz *Helms*, Testierfreiheit (Fn. 247) 13.

⁴⁹¹ *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1837f., spricht in diesem Zusammenhang von einer „Öffnung“ des Pflichtteilsrechts; vgl. auch *Kroppenberg*, Pflichtteil (Fn. 278) 1159.

benspartner vor.⁴⁹² Das katalanische Recht stellt die dauerhafte Lebenspartnerschaft⁴⁹³ der Ehe sogar gleich, auch, was das Erbrecht betrifft.⁴⁹⁴

4. Quoten

Tendenziell geschwächt worden sind Noterben- und Pflichtteilsrecht im Laufe der Zeit dadurch, dass die entsprechenden Quoten jedenfalls teilweise herabgesetzt worden sind; so in Portugal, Belgien, den Niederlanden,⁴⁹⁵ sehr vorsichtig auch in der Schweiz (weiter gehend nunmehr der Reformentwurf des Bundesrates);⁴⁹⁶ anders freilich die Entwicklung in Italien.⁴⁹⁷ Vielfach ist heute anerkannt, dass der Erblasser jedenfalls (das heißt, gleichgültig, in welcher familiären Konstellation) über die Hälfte seines Nachlasses soll verfügen können (Österreich, Deutschland, Griechenland, Belgien, Niederlande, Katalonien, schweizerischer Reformentwurf).

5. Flexibilisierung

Deutlich ist weiterhin das in einer Reihe von Rechtsordnungen und Reformentwürfen zum Ausdruck kommende Bestreben, das Pflichtteilsrecht zu flexibilisieren. Besonders ausgeprägt ist dieses Bestreben seit jeher in Spanien, wie sich für das gemeinspanische Recht an der *mejora* und den *reservas* zeigt,⁴⁹⁸ für Aragon und das Baskenland an der „kollektiven *legítimi-*

⁴⁹² Für Portugal und Italien (*união de facto; convivenza di fatto*) vgl. oben, Fn. 253; für die Niederlande (*duurzame gemeenschappelijke huishouding*) vgl. oben, bei Fn. 307; für Österreich (Lebensgefährte) vgl. oben, bei Fn. 360; für die Schweiz (Bundesratsentwurf; faktischer Lebenspartner) vgl. oben, Text bei Fn. 334. Für das gemeinspanische Recht *de lege ferenda* vgl. *Jesús Daniel Ayllón García*, Presente y futuro del derecho sucesorio de las parejas de hecho, in: Las legítimas y la libertad de testar (Fn. 180) 257–295; *Clara Gago Simarro*, Derechos „mortis causa“ del conviviente superviviente, ebd. 519–550.

⁴⁹³ Art. 234–1–234–14 Codi civil de Catalunya.

⁴⁹⁴ Art. 452–1 Codi civil de Catalunya; vgl. auch oben, Fn. 427. – Allgemeiner Überblick über die Anerkennung von gleichgeschlechtlichen und nichtehelichen Beziehungen bei *Ian Curry-Sumner*, Same-Sex Relationships in a European Perspective, in: *European Family Law*, Bd. III, hrsg. von Jens Scherpe (2016) 116–145; *Joanna Miles*, Unmarried Cohabitation in a European Perspective, ebd. 82–115.

⁴⁹⁵ Oben, sub VIII.1., VIII.2.b) und VIII.2.c).

⁴⁹⁶ Oben, Text nach Fn. 326 und nach Fn. 332.

⁴⁹⁷ Oben, sub VIII.1., im Vergleich zu VIII.2.

⁴⁹⁸ Oben, Text bei Fn. 202 und 209. Breitschmid regt neuerdings an, den Gedanken der *mejora* auch für das schweizerische Recht zu übernehmen: *Peter Breitschmid*, Bericht zu den Konturen eines „zeitgemäßen Erbrechts“ zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiler“ (10.3524 vom 17.6.2010), Sonderheft *not@lex/successio*, 2014, 7–27, 17; auch *Michelle Cottier*, Ein zeitgemäßes Erbrecht für die Schweiz, ebd. 29–55, 45, nimmt auf die *mejora* Bezug. In der Schweiz hat dieser Gedanke in der Tat eine auf die

ma“,⁴⁹⁹ heute zudem in Österreich (Vorausvermächtnisse für den überlebenden Ehegatten und für Lebensgefährten, Pflegevermächtnis, Pflichtteils-minderung).⁵⁰⁰ Aber auch das Rückfallsrecht und die *quotité disponible spéciale* des französischen Rechts,⁵⁰¹ das dem überlebenden Ehegatten in Belgien eingeräumte Wahlrecht⁵⁰² oder auch die „anderen gesetzlichen Rechte“ im niederländischen Recht⁵⁰³ sind hier zu nennen, ferner die dem Pflichtteilsschuldner in Deutschland, Österreich und Spanien eingeräumten Stundungsmöglichkeiten.⁵⁰⁴

Ein effektives Flexibilisierungselement ist auch der (vertragliche) Pflichtteilsverzicht.⁵⁰⁵ Die deutschsprachigen Kodifikationen haben ihn seit jeher anerkannt.⁵⁰⁶ Nach Art. 929 bis 930-5 Code civil kann nunmehr auch in Frankreich ein pflichtteilsberechtigter Angehöriger bereits zu Lebzeiten des Erblassers auf eine spätere Herabsetzungsklage verzichten (*renonciation anticipée à l'action en réduction*).⁵⁰⁷ Seit 2018 ist die Möglichkeit einer *renonciation anticipée* auch im belgischen Recht anerkannt (bezogen auf die Herabsetzung von Schenkungen).⁵⁰⁸ Außer einer solchen punktuellen erbvertraglichen

kantonalen Rechte vor Erlass des ZGB, und insbesondere auf das Zürcher PG (1956), zurückreichende Tradition; vgl. oben, Text vor Fn. 217.

⁴⁹⁹ Was praktisch so viel bedeutet wie: Alles ist *mejora*; vgl. oben, Text bei Fn. 425.

⁵⁰⁰ Oben, sub VIII.3.b).

⁵⁰¹ Oben, Text bei Fn. 288 und Fn. 207.

⁵⁰² Oben, Text bei Fn. 298.

⁵⁰³ Oben, Text nach Fn. 306 und Fn. 313. Dazu auch *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1833 f.

⁵⁰⁴ Zu Deutschland *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub VIII.3.(b); zu Spanien und Österreich vgl. oben, Fn. 197 und 351. – Eine der zentralen Maßnahmen des Entwurfs des Schweizerischen Bundesrats zur Erleichterung der erbrechtlichen Unternehmensnachfolge (oben, Fn. 332) besteht in der zugunsten des Unternehmensnachfolgers vorgesehenen Möglichkeit, von den anderen Erben einen Zahlungsaufschub zu erhalten.

⁵⁰⁵ Dazu neuerdings im vergleichenden Überblick *Sebastian Seeger*, Erbverzicht im neuen europäischen Kollisionsrecht (2018) 52–81; *Saskia Lettmaier*, Privatautonomie und Pflichtteil, AcP 218 (2018) 724–766, 749–753; vgl. auch *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1834.

⁵⁰⁶ §§ 2346–2352 BGB; § 551 ABGB (im österreichischen Erbrecht vor der Reform von 2015/2017 wurde § 551 ABGB analog angewandt); Art. 495 ZGB. Für Deutschland vgl. etwa *Seeger*, Erbverzicht (Fn. 505) 28–51; für Österreich (vor der Reform) *Gabriel Kogler*, Der Erbverzicht (2013). Zur geschichtlichen Entwicklung (Anerkennung des Erbverzichts im gemeinen Recht, gegen das römische Recht) im Überblick vgl. *Seeger*, Erbverzicht (Fn. 505) 14–20; ferner etwa *Coing*, Entwicklung des Pflichtteilsrechtes (Fn. 20) 592 f.; *ders.*, Europäisches Privatrecht II (Fn. 56) 607; *Windscheid / Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 585 Fn. 1; zur Entwicklung in Deutschland *Philip Hartmann*, Das Recht der vertraglichen Erbfolgeregelung in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte (2005) *passim*.

⁵⁰⁷ Dazu etwa *Terré / Lequette / Gaudemet*, Droit civil (Fn. 80) Nr. 1229 (eingeführt unter Bezugnahme auf ausländische Erfahrungen); *Alexandra Braun*, Towards Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy, ZEuP 20 (2012) 461–483, 463–467; *Döbereiner*, Frankreich (Fn. 66) Rn. 115; *Schirmer*, Selbstbindung (Fn. 278) 150–152.

⁵⁰⁸ Art. 918 Code civil; dazu *Barbaix*, Erfrecht 2017 (Fn. 297) Nr. 664; *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, Erfrecht & Giften (Fn. 296) Nr. 458–460.

Vereinbarung kennt das belgische Recht nunmehr auch einen globalen Erbvertrag der Eltern mit ihren Kindern.⁵⁰⁹ Weiterhin ist der Erbverzicht nach einigen der spanischen Foralrechte erlaubt, etwa nach baskischem und aragonischem Recht, ausnahmsweise auch nach katalanischem Recht.⁵¹⁰ In Italien kommt seit 2006 der *patto di famiglia* dem Bedürfnis nach Flexibilität bei der Unternehmensnachfolge entgegen, indem er einen Rechtsübergang bereits zu Lebzeiten des Erblassers ermöglicht, ohne dass das Empfangene der Herabsetzung oder Ausgleichung unterliegt.⁵¹¹ Ehegatten in Portugal können nunmehr durch Ehevertrag gegenseitig auf ihre Stellung als „herdeiro legitimário“ verzichten, vorausgesetzt, die Ehe unterliegt dem Güterstand der Gütertrennung.⁵¹² In Griechenland ist seit 2015 im Falle einer Lebenspartnerschaft ein Verzicht auf das Noterbenrecht möglich.⁵¹³ Insgesamt gibt es damit heute nicht mehr viele Rechtsordnungen in Europa, in denen auf das Pflichtteils- oder Noterbenrecht nicht jedenfalls in der einen oder anderen Situation verzichtet werden kann. Der spanische Código civil (Art. 1271) und das niederländische BW (Art. 4:4(2)) bilden die bemerkenswertesten Ausnahmen.

6. Pflichtteilsentziehung

Eine indirekte Stärkung der Testierfreiheit hat sich in manchen Ländern durch eine Erweiterung der Möglichkeiten einer Pflichtteilsentziehung (bzw. „Enterbung“)⁵¹⁴ ergeben. Das gilt insbesondere für das katalanische und gemeinspanische Recht, wo aufgrund gesetzlicher (Katalonien) bzw. richterrechtlicher (Spanien) Reform auch der Zusammenbruch einer familiären Beziehung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem einen Grund für die Entziehung des Pflichtteils bilden kann.⁵¹⁵ Das österreichische

⁵⁰⁹ *Globale erfovereenkomst* oder *pacte successoral global*: Art. 1100/7 Code civil; dazu *Barbaix*, *Erfrecht* 2017 (Fn. 297) Nr. 484–487; *Dekkers / Casman / Verbeke / Alofs*, *Erfrecht & Giften* (Fn. 296) Nr. 391–403. – Bereits seit 2003 waren Erbverträge zwischen (künftigen) Eheleuten bei Vorhandensein von Stiefkindern anerkannt (Art. 1388); dazu etwa *Braun*, *ZEuP* 20 (2012) 461, 467–469.

⁵¹⁰ Für Katalonien vgl. Art. 451–26 Codi civil de Catalunya; zu den anderen Foralrechten *Seeger*, *Erbverzicht* (Fn. 505) 74f.

⁵¹¹ Art. 768–bis–768–octies; dazu etwa *Braun*, *ZEuP* 20 (2012) 461, 469–473; *Seeger*, *Erbverzicht* (Fn. 505) 61–66; *Cubeddu Wiedemann / Wiedemann*, *Italien* (Fn. 253) Rn. 163–174.

⁵¹² Das ergibt sich aus einer Änderung des Art. 1700 Código civil vom 14. August 2018 durch Lei 48/2018. Zweck dieser Reform war offenbar, späte Eheschließungen dadurch zu erleichtern, dass den Kindern aus erster Ehe die Sorge um eine Beeinträchtigung ihrer Erbvererbung genommen wird (freundlicher Hinweis von Jan Peter Schmidt).

⁵¹³ Freundlicher Hinweis von Eleni Zervogianni, Thessaloniki.

⁵¹⁴ Zur Terminologie *Zimmermann*, *Erbunwürdigkeit* (Fn. 147) 503f.

⁵¹⁵ Vgl. oben, Text bei Fn. 413 und vor Fn. 433.

Recht kennt für derartige Fälle das Institut der Pflichtteilsminderung,⁵¹⁶ in der Schweiz kann ein Pflichtteilsberechtigter enterbt werden, wenn er „gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat“.⁵¹⁷ In Deutschland sind die Regeln über die Pflichtteilsentziehung überarbeitet worden, ohne dass dies zu einer nennenswerten Erweiterung geführt hätte.⁵¹⁸ Zu berücksichtigen ist freilich auch, dass es Rechtsordnungen gibt (Frankreich, Italien, Niederlande, teilweise Belgien), die nach wie vor eine Enterbung (in dem Sinne, dass der Erblasser seinen nächsten Angehörigen ihr Noterben- oder Pflichtteilsrecht entziehen kann) nicht kennen. Hier kann nur auf die Regeln über die Erbunwürdigkeit zurückgegriffen werden.⁵¹⁹

7. Bedarfsabhängigkeit

Besonders interessant ist angesichts der Tradition bestimmter Quanten oder Quoten für die Noterben oder Pflichtteilsberechtigten, dass immer wieder, zurückreichend auf das ABGB von 1811,⁵²⁰ verstärkt aber in neuerer Zeit, das Konzept einer bedürfnisabhängigen Versorgung insbesondere des überlebenden Ehegatten⁵²¹ (oder Lebenspartners) ventiliert und bisweilen auch umgesetzt worden ist. Zu nennen sind hier §§ 233 und 747 ABGB sowie das Vorausvermächtnis nach § 745 Abs. 1 ABGB,⁵²² §§ 1586b und 1615l Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 Satz 2, 1933 Satz 3 BGB, Art. 2018, 2020 des portugiesischen Código civil,⁵²³ Art. 767 französischer Code civil, Art. 205bis § 1 belgischer Code civil, Art. 606a–606d der geplanten schweizerischen Reform,⁵²⁴ das *dret a la quarta viudal* des katalanischen Rechts⁵²⁵ und die „anderen gesetzlichen Rechte“ des niederländischen Rechts.⁵²⁶ Eine Unterhaltsfunktion haben in gewisser Weise auch die *réserve héréditaire* für Ehegatten des französischen Rechts und die „konkrete *réserve*“ des neuen belgischen Rechts.⁵²⁷ Unterhaltsansprüche können nach belgischem und französischem

⁵¹⁶ Oben, Text bei Fn. 382. Dazu auch *Helms*, Testierfreiheit (Fn. 247) 18–20.

⁵¹⁷ Art. 477 Ziffer 2 ZGB.

⁵¹⁸ Dazu *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 37) sub VIII.2.; vgl. auch (vergleichend für die drei deutschsprachigen Länder) *Helms*, Testierfreiheit (Fn. 247) 16–20.

⁵¹⁹ *Zimmermann*, Erbunwürdigkeit (Fn. 147) 503–507.

⁵²⁰ Oben, bei Fn. 53. Bereits Justinians Quart der armen Witwe (dazu *Zimmermann*, Protection (Fn. 3) sub VIII) trug Charakteristika eines Unterhaltsanspruchs.

⁵²¹ Auf ihn bezog sich bereits § 796 ABGB (1811).

⁵²² Oben, Text nach Fn. 367 und bei Fn. 357.

⁵²³ Vgl. oben, Fn. 253.

⁵²⁴ Dabei handelt es sich um den geplanten Unterstützungsanspruch für den faktischen Lebenspartner; vgl. oben, bei Fn. 334.

⁵²⁵ Oben, bei Fn. 435.

⁵²⁶ Oben, sub VIII.2.c). Vgl. ferner *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1832.

⁵²⁷ Oben, Fn. 284 und Fn. 298.

Recht auch Vorfahren (in Frankreich nur „ascendants ordinaires“) des Erblassers zustehen,⁵²⁸ „andere gesetzliche Rechte“ mit Unterhaltscharakter nach niederländischem Recht auch Kindern des Erblassers, die jünger als 21 Jahre alt sind.⁵²⁹ Nach § 396 Abs. 1 Ziffer 2 ZGB (DDR) waren überhaupt nur bedürftige Nachkommen und Eltern pflichtteilsberechtigt.⁵³⁰ Was Deutschland betrifft, so hatte im Vorlauf zum BGB einer der Gutachter für den 14. Deutschen Juristentag (1878) ein reines Unterhaltsmodell propagiert, und auch der andere Gutachter hatte ein Pflichtteilsrecht nur dann befürwortet, wenn der Erblasser zugunsten anderer Personen als seiner Kinder oder seines Ehegatten verfügt hatte.⁵³¹

Das Pflichtteilsrecht ist, wie das Intestaterbrecht, Familienerbrecht: Es ist dessen zwingender Kern. Grundlegende Wertungen teilt es daher mit dem Intestaterbrecht. Das wird besonders deutlich dort, wo der Pflichtteil als Bruchteil des gesetzlichen Erbteils bestimmt wird, wie das in Österreich, Deutschland, Griechenland, in der Schweiz und in den Niederlanden der Fall ist; es gilt aber auch darüber hinaus. Wie im Intestaterbrecht kann heute auch im Pflichtteilsrecht die Vorstellung von einem „Familienvermögen“ nicht mehr maßgeblich sein;⁵³² wie im Intestaterbrecht sind letztendlich vor allem die Ansprüche der Abkömmlinge des Erblassers (als seiner nächsten Blutsverwandten) und des überlebenden Ehegatten miteinander zu koordinieren. Dabei ist wie im Intestaterbrecht der Wunsch zu beobachten, dem überlebenden Ehegatten ein Verbleiben in der gewohnten Umgebung zu ermöglichen (Italien, Frankreich, Belgien, Niederlande, Österreich).⁵³³ Damit wird ein als vordringlich empfundenenes Bedürfnis des überlebenden Ehegatten befriedigt. Die Kinder (mitunter sogar die Enkel) des Erblassers sind angesichts der allgemein erheblich gestiegenen Lebenserwartung heutzutage bei dessen Ableben in der Regel bereits erwachsen und haben sich ihre eigene Existenz aufgebaut. Angewiesen auf den Pflichtteil sind sie in der Regel nicht. Wenn damit für diejenige Person, deren Schutz heutzutage im Vordergrund steht – den überlebenden Ehegatten –, zunehmend eine bedarfsorientierte Betrachtung für angemessen gehalten wird, so sollte eine derartige Betrachtung erst recht für die Abkömmlinge angebracht sein. In der Tat

⁵²⁸ Oben, Fn. 297 und 281.

⁵²⁹ Oben, bei Fn. 313. Weiterhin vgl. oben, Fn. 387 (zu § 795 ABGB (1811) und § 777 ABGB).

⁵³⁰ Vgl. oben, nach Fn. 403; *Dutta*, FamRZ 2011, 1829, 1832.

⁵³¹ Oben, Fn. 85.

⁵³² Vgl. etwa *Kenneth G. C. Reid / Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann*, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in: *Intestate Succession* (Fn. 1) 442–512, 493.

⁵³³ Vgl. oben, Fn. 253, 284, 298, 308, 357. Zum Intestaterbrecht *Zimmermann*, *RabelsZ* 80 (2016) 39, 83 f.; *Reid / De Waal / Zimmermann*, *Intestate Succession* (Fn. 532) 489–503. In Spanien besteht im Rahmen der güterrechtlichen Abwicklung ein Recht zur bevorzugten Aussonderung der Wohnung; vgl. *Erhard Huzel*, in: *Süß / Ring* (Fn. 487) Rn. 37.

hat denn auch Franz Bydlinski schon vor mehr als 20 Jahren darauf hingewiesen, eine „auf Optimierung gerichtete Prinzipienabwägung“ habe die konkreten Versorgungsbedürfnisse der nächsten Familienangehörigen zu berücksichtigen.⁵³⁴ Auch aus rechtssoziologischer Perspektive wird darauf aufmerksam gemacht, dass sich angesichts der pluralen Familienbeziehungen in der modernen Welt Solidarität bei der Vermögensvererbung nicht aus paternalistischen Vorgaben im Pflichtteilsrecht, sondern aus der Freiheit des Erblassers bei seiner letztwilligen Verfügung realisiert.⁵³⁵ In Deutschland – und nur in Deutschland! – stünde einer damit angedeuteten Neujustierung der Balance zwischen Testierfreiheit und Familienerbrecht die auf den Status quo fixierte Interpretation des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen.⁵³⁶ Das sollte Überlegungen in diese Richtung vor einem weiteren europäischen Hintergrund nicht verhindern. Eine informierte Entscheidung für oder gegen ein solches Modell der *family provision* erfordert jedoch eine Einbeziehung der Erfahrungen nicht nur der zum romanischen und deutschen Rechtskreis gehörenden europäischen Rechtsordnungen, auf die sich der vorliegende Beitrag konzentriert hat. Darauf ist an anderer Stelle einzugehen.

Summary

COMPULSORY PORTION AND FORCED HEIRSHIP IN HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE

The essay traces the development of mandatory family protection from Roman law through the *ius commune* to the modern civilian codifications. The Justinianic reform of 529 AD had failed to streamline and simplify the pertinent rules of classical Roman law. It was left, therefore, to the draftsmen of the codifications from the end of the 18th century onwards to tackle that task. Two models were particularly influential; one of them can be found in the Austrian Civil Code of 1811, the other in the French Code civil of 1804. Germany adopted the Austrian model of a „compulsory portion“ (i.e. a personal claim for the value of a part of the estate). Outside of Germany, the French model of „forced heirship“ (part of the testator’s property is reserved to his closest relatives) was extremely influential at first. The

⁵³⁴ Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996) 411 f.

⁵³⁵ Jens Beckert, *Familiäre Solidarität und die Pluralität moderner Lebensformen*, in: *Reformfragen des Pflichtteilsrechts* (Fn. 197) 1–21.

⁵³⁶ Oben, bei Fn. 406. In Österreich (Fn. 350) und Spanien (Fn. 419) wird demgegenüber unter verfassungsrechtlichem Aspekt umgekehrt gefragt, ob das Pflichtteils- bzw. Noterbenrecht als sachlich gerechtfertigte Beschränkung von Eigentumsgarantie und, damit verbunden, Testierfreiheit anzusehen ist.

essay then looks at reforms in a number of countries of the Germanic and Romanistic legal systems, with some of the Romanistic countries having undergone a change of system. Mandatory family protection by means of a compulsory portion thus appears to gain ascendancy. Apart from that the range of persons entitled to such compulsory portion tends to be drawn more narrowly today than in earlier times. Also, the quotas granted to persons entitled to mandatory family protection have, in many places, been lowered. Characteristic for a number of legal systems and reform drafts is also an endeavour to render the law concerning mandatory family protection more flexible. The power to deprive a person of his right to a compulsory portion, or to become forced heir, has been extended in some legal systems. Finally, in view of the long-standing tradition in the continental legal systems of fixed quotas it is interesting to see that, time and again, the concept of a needs-based claim for maintenance has been considered, or even implemented, particularly for the surviving spouse.

