Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht

Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen

Von Reinhard Zimmermann, Hamburg

Im Anschluss an einen früheren Beitrag über die Entwicklung des Pflichtteils- oder Noterbenrechts wird hier die Entwicklung des zwingenden Angehörigenschutzes für Rechtsordnungen jenseits der westeuropäischen Kodifikationen verfolgt: in den postsozialistischen Ländern Zentral- und Osteuropas, den nordischen Staaten sowie den süd- und zentralamerikanischen Jurisdiktionen, und schließlich in den Ländern ohne Zivilrechtskodifikation, also dem englischen Recht und seinen Tochterrechten. Es bietet sich ein buntes Bild von unterschiedlichen Lösungsansätzen: insbesondere solchen, die mit fixen Anteilen für Abkömmlinge und den überlebenden Ehegatten operieren, die einen bedarfsabhängigen Quotenpflichtteil anerkennen, die sich nur am Bedarf orientieren, oder die die auszuwerfende Summe in das Ermessen des Gerichts stellen. Insgesamt bestätigt sich eine Beobachtung aus dem früheren Beitrag: die Tendenz zu einer Flexibilisierung in Jurisdiktionen, die traditionell mit festen Quoten arbeiten. Die *family provision* neuseeländischer Provenienz, die eine extreme Flexibilität gewährleistet, bietet jedoch kein nachahmenswertes Modell. Damit fragt sich, ob nicht das konkrete Unterhaltsbedürfnis einen geeigneten Maßstab bildet, um Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zu einem Ausgleich zu bringen.

Mandatory Family Protection in the Law of Succession. – Following on from an earlier contribution devoted to the development of the notions of forced heirship and compulsory portion, this contribution pursues the development of mandatory family protection for legal systems beyond the West European codifications: in post-socialist countries of Central and Eastern Europe, in Nordic states, in South and Central American codifications, and in countries without a code of private law, i.e. England and the legal systems originally based on English law. An interesting panorama of different solutions thus presents itself, in particular legal systems operating with fixed shares in the estate, those making available a fixed share only in cases of need, those awarding a sum substituting for maintenance claims, or those turning the claim of the closest relatives into a discretionary remedy. Overall, an observation made in the previous essay is confirmed: a tendency towards achieving greater flexibility in legal systems traditionally operating with fixed shares. The concept of family provision originating in New Zealand, while providing a maximum degree of flexibility, cannot however serve as a model to be followed. The question thus arises whether maintenance needs are the criterion balancing legal certainty and individual justice in the comparatively best manner.

RabelsZ 85, 1–75 – DOI: 10.1628/rabelsz-2020-0092
ISSN 0033-7250 – © 2021 Mohr Siebeck

Inhaltsübersicht

I. Die postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas 3
1. Der Pflichtteil des polnischen Rechts 4
2. Der Pflichtteil in Ungarn 5
3. Andere Jurisdiktionen 6
4. Exkurs: Der „notwendige Teil" in der Volksrepublik China 9

II. Die nordischen Staaten 10
1. Der norwegische pliktdel 11
a) Abkömmlinge 11
b) Der überlebende Ehegatte 12
c) Reform 14
2. Die anderen skandinavischen Jurisdiktionen 14
a) Dänemark 14
b) Schweden und Finnland 15

III. Die Kodifikationen in den Amerikas 17
1. Die legítima in den südamerikanischen Kodifikationen 17
a) Kreis der legitimarios 17
b) Die anderen Elemente der legítima 19
c) Reformen und Reformdiskussionen 21
2. Unterhaltsansprüche in Zentralamerika und Mexiko 22
a) „… mais elle n'oblige pas de les faire héritiers" 22
b) Umsetzung des bedarfsorientierten Ansatzes 23
3. Die Mischrechtsordnungen in Nordamerika 24
a) Louisiana 24
b) Quebec 27

IV. Kennzeichen und Entwicklungslinien 29
1. System und Terminologie 30
2. Ausgestaltung 31
3. Bedarfsorientierung 32

V. Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation: family provision 33
1. „… a just, but not a loving, husband or father": Neuseeland und Australien 33
2. „… two sorts of norms": die englisch geprägten Provinzen von Kanada 37
3. „… [a] respectable case […] for at least three very different solutions": England 40
a) Der Weg zum Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 40
b) Details des Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 42
c) Die Ilott-Saga 45

VI. Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation: fixed shares (jedenfalls teilweise) 48
1. „But if any provide not for his own, […] he has denied the faith": Schottland 48
a) Bewegliches Vermögen 48
b) Immobiliarvermögen 50
c) Kontinuität 52
2. „… the family as a moral institution": Republik Irland 53

3. „… no subject […] on which there is more statutory variation": die USA 56
a) Der überlebende Ehegatte 56
b) Kinder 58
c) Homestead und andere allowances, mortmain 60
VII. Die südafrikanische Unterhaltslösung: ein „produktives Missverständnis" 61
VIII. Bilanz und Ausblick 67
1. Bilanz 67
2. Ausblick 70

Ein früherer Beitrag in dieser Zeitschrift war der Entwicklung des Gedankens des Pflichtteils- oder Noterbenrechts gewidmet: vom römischen Recht über die Wissenschaft des gemeinen Rechts bis hin zu den in diesem Boden wurzelnden Kodifikationen.[1] Dabei standen im Mittelpunkt die europäischen Privatrechtsgesetzbücher des romanischen und des deutschen Rechtskreises[2] in ihrer ursprünglichen und in ihrer modernen Gestalt. Diese moderne Gestalt beruht bisweilen auf der Ersetzung des alten durch ein neues Gesetzbuch (Italien, Portugal), mitunter auf einer Gesamtrevision des Erbrechts (Frankreich, die Niederlande, Österreich, Belgien, Katalonien) sowie gelegentlich auf Einzelreformen (Schweiz, Spanien, Deutschland). Herausgestellt wurde eine Reihe von Entwicklungslinien, die auf eine Schwächung des zwingenden Kerns des Familienerbrechts hinauslaufen.[3] Der vorliegende Beitrag verfolgt die Entwicklung in anderen Teilen der Welt: zunächst in den postsozialistischen Ländern Zentral- und Osteuropas, den nordischen Staaten sowie den süd-, zentral- und nordamerikanischen Jurisdiktionen, soweit diese über Kodifikationen in der Tradition des kontinentaleuropäischen Rechts verfügen,[4] und schließlich in Ländern ohne Zivilrechtskodifikation, also dem englischen Recht und den mit ihm in einer besonderen Verbindung stehenden Rechtsordnungen.

I. Die postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas

Seit dem Zweiten Weltkrieg standen die Staaten Zentral- und Osteuropas unter der Hegemonie der Sowjetunion und übernahmen damit auch ein sozialistisches Privatrecht.[5] In manchen von ihnen sind die damals erlassenen

[1] *Reinhard Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 84 (2020) 465–547.

[2] *Konrad Zweigert / Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts[3] (1996) 73–130 und 130–176.

[3] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 534–547.

[4] Vgl. auch *Uwe Kischel*, Rechtsvergleichung (2015) 571–666, der sich unter der Überschrift „Die Vielfalt des kontinentaleuropäischen Rechts" mit Osteuropa, Skandinavien und Lateinamerika befasst.

[5] Diese Länder wurden bis zum Zusammenbruch der Sowjetunion unter der Bezeichnung

Kodifikationen bis heute in Kraft, in anderen sind sie durch postsozialistische Gesetzbücher abgelöst worden, die eine Übernahme moderner westlicher Standards widerspiegeln, gelegentlich aber auch die Tradition der vorsozialistischen Zeit wieder aufnehmen.[6] Polen und Ungarn können insofern als Beispiel dienen.

1. Der Pflichtteil des polnischen Rechts

In Polen bot die Gründung der Zweiten Polnischen Republik im November 1918 die Gelegenheit für eine moderne nationale Gesetzgebung; zuvor waren in den polnisch-litauischen Territorien, die Österreich, Preußen und Russland 1795 unter sich aufgeteilt hatten, ganz unterschiedliche Rechtsregime in Kraft gewesen.[7] Nach 1918 wurde eine Kodifikationskommission eingesetzt, die eine Reihe von Entwürfen publizierte;[8] doch erst im Jahre 1964, während der sozialistischen Zeit, wurde eine Kodifikation des polnischen Privatrechts verabschiedet, der Kodeks cywilny.[9] Er ist bis heute in Kraft. Wesentliche Charakteristika seines Pflichtteilsrechts[10] bestehen darin, (i) dass es sich um einen Geldanspruch handelt, der sich auf einen Anteil am Wert des Nachlasses richtet; (ii) dass die Abkömmlinge, die Eltern und der überlebende Ehegatte des Erblassers anspruchsberechtigt sind (natürlich nur, soweit sie, wäre der Erblasser intestat verstorben, Erben geworden wären); (iii) dass die Pflichtteilsberechtigten die Hälfte des Wertes ihres Intestaterbteils erhalten bzw. zwei Drittel, soweit ein Berechtigter dauernd arbeitsunfähig oder soweit ein anspruchsberechtigter Abkömmling minderjährig

---

eines „sozialistischen Rechtskreises" zusammengefasst. Er ist seither „vom Erdboden fast verschwunden" (so *Hein Kötz* im Vorwort zur 3. Auflage der Einführung in die Rechtsvergleichung (Fn. 2)). Zu den Charakteristika des sozialistischen Rechts vgl. *Knut B. Pißler*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, hrsg. von Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (2009) 1421–1424. Zu dem komplexen Transformationsprozess des Rechts in den Ländern Ost- und Zentraleuropas vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 4) 571–594; *Lajos Vékás*, Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung, Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP) 12 (2004) 454–476.

[6] Lettland hat 1992 sogar sein Zivilgesetzbuch von 1937, also aus der vorsozialistischen Zeit, wieder in Kraft gesetzt.

[7] *Ulrich Ernst*, Polnisches Zivilgesetzbuch, in: Basedow / Hopt / R. Zimmermann (Fn. 5) 1165–1170.

[8] Vgl. *Fryderyk Zoll*, Compulsory Portion in Poland, in: Comparative Succession Law, Bd. III: Mandatory Family Protection, hrsg. von Kenneth G. C. Reid / Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann (2020) 366–383, 368–369.

[9] Das polnische Zivilgesetzbuch ist zwar unter kommunistischer Herrschaft erlassen worden, hat aber „auf umfangreiche Vorarbeiten aus vorkommunistischer Zeit zurückgegriffen"; *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 4) 572.

[10] Dazu im Detail *Zoll*, Compulsory Portion in Poland (Fn. 8) 371–376; *Tina de Vries*, Polen, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann, Internationales Erbrecht (Loseblatt, Stand: 108. Ergänzungslieferung, 2019) Rn. 217–253.

ist;[11] (iv) dass ein Pflichtteilsberechtigter vor dem Ableben des Erblassers auf sein Recht verzichten kann (auch wenn Erbverträge im Allgemeinen unwirksam sind)[12] und (v) dass einem normalerweise Pflichtteilsberechtigten sein Recht unter bestimmten Umständen entzogen werden kann.[13] Interessanterweise enthält das polnische Pflichtteilsrecht damit also ein bedarfsabhängiges Element, indem es für Personen, die sich typischerweise nicht selbst unterhalten können, einen größeren Anteil vorsieht. Großeltern sind normalerweise nicht pflichtteilsberechtigt. Doch soweit ihr Lebensstandard unterhalb der Armutsgrenze liegt, erhalten sie einen Ersatzanspruch, der ebenfalls Unterhaltscharakter hat.[14] Homosexuelle eingetragene Lebenspartnerschaften sind in Polen rechtlich ebenso wenig anerkannt wie nichteheliche (homosexuelle oder heterosexuelle) Lebensgemeinschaften.

2. Der Pflichtteil in Ungarn

Ungarn hatte bis 1848 ein System, in dem das von den Vorfahren ererbte Vermögen (*bona avitica*) in seiner Gesamtheit für die Familie des Erblassers reserviert war, während im Hinblick auf das, was der Erblasser zu seinen Lebzeiten erworben hatte, uneingeschränkte Testierfreiheit herrschte.[15] Diese Unterscheidung wurde 1848 abgeschafft. Bald darauf trat das ABGB auch in Ungarn in Kraft. Es wurde 1861 durch die sogenannten Vorläufigen Rechtsprechungsregeln ersetzt. Die erste ungarische Privatrechtskodifikation war das (sozialistische) Bürgerliche Gesetzbuch von 1959, dem nunmehr das Bürgerliche Gesetzbuch von 2013 nachgefolgt ist.[16] Der österreichische Einfluss ist in den das Pflichtteilsrecht betreffenden Vorschriften noch deutlich sichtbar.[17] Zum einen handelt es sich tatsächlich um ein Pflichtteilsrecht *stricto sensu*, das heißt um einen (schuldrechtlichen) Anspruch auf den Geld-

---

[11] Zu (i)–(iii) vgl. Art. 991 Kodeks cywilny.

[12] Vgl. *Sebastian Seeger*, Erbverzicht im neuen europäischen Kollisionsrecht (2018) 72–73 (mit Hinweis auf eine Entscheidung des polnischen Obersten Gerichtshofs vom März 2017 zur Interpretation des Art. 1048 Kodeks cywilny). Zur Unzulässigkeit von Erbverträgen vgl. Art. 1047 Kodeks cywilny.

[13] Artt. 1008–1011 Kodeks cywilny.

[14] Art. 938 Kodeks cywilny.

[15] *Lajos Vékás*, Compulsory Portion in Hungary, in: Reid/De Waal/R. Zimmermann (Fn. 8) 345–365, 345–346.

[16] Überblick über die Entwicklung bis 2013 bei *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary (Fn. 15) 346–350. Zum Gesetzbuch von 2013 vgl. allgemein *dens.*, Über das ungarische Zivilgesetzbuch im Spiegel der neueren europäischen Privatrechtsentwicklung, ZEuP 24 (2016) 37–52.

[17] Dazu *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary (Fn. 15) 350–352; *Herbert Küpper*, Ungarn, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann (Fn. 10) Rn. 137, 361–368; *Zoltán Csehi*, The Law of Succession in Hungary, in: The Law of Succession: Testamentary Freedom, hrsg. von Miriam Anderson/Esther Arroyo i Amayuelas (2011) 177–184 (dieser Beitrag bezieht sich noch auf das Zivilgesetzbuch von 1959). Die Kontinuität der Entwicklung seit der Mitte des

wert eines bestimmten Teiles des Nachlasses.[18] Anspruchsberechtigt sind, zum zweiten, die Abkömmlinge des Erblassers, seine Eltern und sein überlebender Ehegatte (oder eingetragener Partner), sofern sie bei Eingreifen der Intestaterbfolge zum Zuge gekommen wären.[19] Drittens beträgt der Pflichtteil nicht, wie zuvor, die Hälfte des Intestaterbteils, sondern nur noch ein Drittel[20] – dadurch soll die Autonomie des Erblassers gestärkt werden.[21] Soweit dem überlebenden Ehegatten (oder eingetragenen Partner) als gesetzlichem Erben ein Nießbrauchsrecht zustehen würde, ist sein Pflichtteil „in dieser Hinsicht ein solchermaßen beschränktes Maß des Nießbrauchsrechts, dass es seine Bedürfnisse gewährleistet, unter Berücksichtigung der von ihm geerbten Vermögensgegenstände".[22] Viertens ist ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht möglich.[23] Und fünftens kann einem Pflichtteilsberechtigten sein Pflichtteil entzogen werden („Enterbung").[24] Sowohl in Polen als auch in Ungarn ist die Rechtfertigung für das traditionelle Konzept des Pflichtteils als eines festen Anteils am Wert des Vermögens des Erblassers infrage gestellt worden und nach wie vor Gegenstand der Diskussion.[25]

3. Andere Jurisdiktionen

In den anderen Staaten Zentral- und Osteuropas finden wir teilweise Zivilgesetzbücher oder Erbgesetze aus der sozialistischen Zeit,[26] vor allem aber Zivilgesetzbücher oder Erbgesetze aus der Zeit seit 1989;[27] in einem Fall ist auch ein Zivilgesetzbuch aus der Zeit vor dem Sozialismus wieder in Kraft gesetzt worden.[28] Bulgarien und Rumänien folgen dem französischen System von *réserve* und *quotité disponible*, und auch eine Reihe weiterer Staaten

19. Jahrhunderts bis heute wird hervorgehoben von: *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary (Fn. 15) 364–365, und *Küpper*, Ungarn (diese Fn.) Rn. 200.

[18] *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary (Fn. 15) 351; *Küpper*, Ungarn (Fn. 17) Rn. 361.

[19] § 7:75 Ungarisches Zivilgesetzbuch.

[20] § 7:82 Abs. 1 Ungarisches Zivilgesetzbuch.

[21] Vgl. *Küpper*, Ungarn (Fn. 17) Rn. 364.

[22] § 7:82 Abs. 2 und 3 Ungarisches Zivilgesetzbuch.

[23] §§ 7:7–7:9 Ungarisches Zivilgesetzbuch.

[24] §§ 7:77–7:79 Ungarisches Zivilgesetzbuch.

[25] Vgl. *Zoll*, Compulsory Portion in Poland (Fn. 8) 370; *Vékás*, Compulsory Portion in Hungary (Fn. 15) 350–351.

[26] Bürgerliches Gesetzbuch der Slowakischen Republik (1964, seither mehrfach geändert); Erbgesetz von Bulgarien (1949, grundlegend überarbeitet im Jahre 1992); Erbschaftsgesetz von Slowenien (1976, seither mehrfach geändert).

[27] Zivilgesetzbuch der Republik Belarus (1999); Zivilgesetzbuch der Republik Litauen (2000); Teil 3 des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation (2001); Zivilgesetzbuch der Ukraine (2003); Zivilgesetzbuch von Rumänien (2009); Bürgerliches Gesetzbuch der Tschechischen Republik (2012); Gesetz der Republik Serbien über die Beerbung (1995); Gesetz der Republik Nordmazedonien über die Beerbung (1996); Gesetz der Republik Kroatien über die Beerbung (2003); Erbgesetz der Republik Estland (2008).

[28] Lettland; vgl. Fn. 6.

(Litauen, Russische Föderation, Belarus, Ukraine, Slowakische Republik, Slowenien, Kroatien, Nordmazedonien) hat ein Noterbenrecht. Doch erlauben manche der Gesetze oder Gesetzbücher, zum Beispiel diejenigen in Slowenien und Kroatien, dem Erblasser zu bestimmen, dass der Noterbe seinen Anteil in Geld erhalten kann. Estland, Lettland,[29] die Tschechische Republik und Serbien folgen demgegenüber dem österreichischen und deutschen Modell eines Geldanspruchs im Hinblick auf den Wert eines bestimmten Teiles des Nachlasses. Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen umfasst die Abkömmlinge, den überlebenden Ehegatten sowie entweder alle Vorfahren (Lettland) oder nur die Eltern des Erblassers (Estland, Rumänien, Bulgarien, Serbien, Slowenien). In der Slowakischen und in der Tschechischen Republik sind nur die Abkömmlinge Noterben oder pflichtteilsberechtigt, in Kroatien nur die Abkömmlinge und der überlebende Ehegatte, in Nordmazedonien allgemein nur die Kinder des Erblassers[30] und der überlebende Ehegatte.

Der rechtsvergleichend interessanteste Aspekt der Regeln über den zwingenden Schutz der Familie in den Staaten Zentral- und Osteuropas besteht darin, dass das Noterbenrecht bzw. der Pflichtteilsanspruch in einer Reihe von ihnen bedarfsabhängig ausgestaltet ist.[31] Dabei handelt es sich um ein Vermächtnis der sozialistischen Ära in postsozialistischen Zeiten. So werden etwa in der Russischen Föderation die Kinder des Erblassers nur geschützt, soweit sie minderjährig oder arbeitsunfähig sind, und alle anderen Noterben nur, soweit sie arbeitsunfähig sind.[32] Eine ähnliche Regelung findet sich in

---

[29] Dort wurde die Rechtslage durch ein Reformgesetz von 2014 klargestellt; vgl. *Ulrich W. Schulze*, Lettland, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 249. Das lettische Recht ist damit, wie bereits in Fn. 6 erwähnt, zum Rechtszustand der Zeit vor der sowjetischen Besetzung zurückgekehrt.

[30] Abkömmlinge der Kinder sind nur dann Noterben, „wenn sie im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in einer Gemeinschaft mit ihm gelebt haben oder wenn er sie unterhalten hat oder wenn sie dauerhaft arbeitsunfähig sind und nicht die notwendigen Mittel zum Leben haben": Art. 30 Abs. 2 Gesetz über die Beerbung.

[31] Vgl. auch *Franz Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 411, mit dem Hinweis, dass dies mit der orthodoxen ideologischen Ablehnung des Erbrechts nichts zu tun habe.

[32] Art. 1149 Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation. Zuvor vgl. Art. 119 Abs. 2 Grundlagen der Zivilgesetzgebung der UdSSR und der Unionsrepubliken; zur Entwicklung *Andreas Bilinsky*, Sowjetunion (UdSSR), in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann, Internationales Erbrecht (Loseblatt, Stand unbekannt) Rn. 106 (dieser Abschnitt ist inzwischen aus der Sammlung entfernt worden).

der Ukraine,[33] Belarus,[34] Estland[35] und Litauen.[36] Auch das Recht der DDR folgte diesem Modell.[37] In Slowenien, Kroatien und Serbien wird zwischen „absoluten" und „relativen" Noterben (bzw. Pflichtteilsberechtigten) unterschieden; die einen können stets ihren Anspruch geltend machen, die anderen nur, soweit sie arbeitsunfähig und nicht in der Lage sind, sich selbst zu unterhalten.[38] Nach slowenischem und serbischem Recht fallen Großeltern und Geschwister des Erblassers in die letztere Kategorie,[39] nach kroatischem Recht alle Vorfahren,[40] nach nordmazedonischem Recht Eltern, Geschwister und Abkömmlinge der Kinder des Erblassers.[41] Das tschechische Zivilgesetzbuch gewährt dem überlebenden Ehegatten einen Anspruch auf „notwendige Versorgung" (jedoch nicht über die Hälfte eines Intestaterbteils hinaus) bis zum Zeitpunkt der Wiederverheiratung.[42]

Was der Noterbe (oder Pflichtteilsberechtigte) verlangen kann, ist heutzutage in der Regel die Hälfte seines Intestaterbteils (Estland, Lettland, Russische Föderation, Belarus, Ukraine, Rumänien). Das bulgarische Recht enthält noch ein einigermaßen komplexes System von Abstufungen, wobei der Anteil, über den der Erblasser verfügen darf, von einem Sechstel bis zur Hälfte des Nachlasses reicht.[43] Slowenien, Serbien, Kroatien und Nordmazedonien haben Quoten von der Hälfte und einem Drittel, wobei die Unterscheidung weithin derjenigen zwischen „absoluten" und „relativen" Erben entspricht. Minderjährige Abkömmlinge erhalten drei Viertel ihres Intestaterbteils in der Tschechischen Republik (und ihren gesamten Intestaterbteil in der Slowakischen Republik!), während andere Abkömmlinge in beiden Staaten die Hälfte ihres Intestaterbteils erhalten.

---

[33] Art. 1241 Zivilgesetzbuch der Ukraine.

[34] Art. 1064 Zivilgesetzbuch der Republik Belarus. Nach einem Plenarbeschluss des Obersten Gerichtshofs der Republik Belarus gelten Frauen im Alter ab 55, Männer im Alter ab 60 Jahren und bestimmte Gruppen Behinderter als arbeitsunfähig; vgl. *Alexander Ließem / Serge Beck*, Weißrussland (Republik Belarus), in: Erbrecht in Europa[4], hrsg. von Rembert Süß (2020) 1619–1627, Rn. 34.

[35] § 104 Abs. 1 Erbgesetz der Republik Estland.

[36] Art. 5.20 Zivilgesetzbuch der Republik Litauen (Kinder, Ehegatte und Eltern des Erblassers, die zum Zeitpunkt seines Todes unterhaltsbedürftig sind).

[37] Vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 528. Dasselbe gilt für Kuba (*legítima asistencial*); vgl. *Jan Peter Schmidt*, Forced Heirship and Family Provision in Latin America, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 175–232, 229–230.

[38] Zur Terminologie vgl. z. B. *Ivana Mikulić / Daniel Schön*, Kroatien, in: Süß (Fn. 34) 885–902, Rn. 50 f. Der Sache nach gilt dasselbe im nordmazedonischen Recht.

[39] Art. 25 Abs. 2 Erbschaftsgesetz von Slowenien; Art. 40 Abs. 2 Gesetz der Republik Serbien über die Beerbung.

[40] Art. 69 Abs. 2 Gesetz der Republik Kroatien über die Beerbung.

[41] Art. 30 Gesetz der Republik Nordmazedonien über die Beerbung.

[42] Vgl. §§ 1666 f. Bürgerliches Gesetzbuch der Tschechischen Republik. Unter bestimmten Umständen können die Eltern des Erblassers auch Unterhalt verlangen; die Deckelung beträgt hier ein Drittel des Intestaterbteils: § 1668.

[43] Art. 29 Erbgesetz von Bulgarien.

Entziehung des Pflichtteils bzw. „Enterbung" ist weithin anerkannt (Estland, Lettland, Tschechische Republik, Slowakische Republik, Slowenien, Kroatien), ebenso wie die Möglichkeit, auf das Noterben- oder Pflichtteilsrecht zu verzichten (Estland, Lettland, Tschechische Republik, Slowakische Republik, Slowenien, Kroatien, d.h. alle Staaten, die nicht entweder ein insgesamt bedarfsabhängiges Regime haben oder dem französischen Modell folgen). Gelegentlich (Ukraine) scheint eine Unterscheidung zwischen Testamenten und Erbverträgen getroffen zu werden,[44] wobei in einem Erbvertrag eine Person, die ansonsten Noterbe wäre, gänzlich von der Erbfolge ausgeschlossen werden kann.[45]

Betrachtet man die Entwicklung des zwingenden Angehörigenschutzes in den postsozialistischen Ländern Zentral- und Osteuropas, so lässt sich in einer Reihe von ihnen eine Tendenz zur Stärkung der Testierfreiheit erkennen. Dieselbe Tendenz zeigt sich in der Idee, den zwingenden Angehörigenschutz davon abhängig zu machen, dass der betreffende Angehörige nicht in der Lage ist, sich selbst zu unterhalten. Man kann dies als den Versuch betrachten, einen Kompromiss zwischen zwei verschiedenen Regelungsansätzen zu finden.[46] Ebenso kann man es aber auch als paradox betrachten, auf die tatsächlich bestehenden Bedürfnisse des Noterben bei der Implementierung eines bedarfsabhängigen Systems keine Rücksicht zu nehmen.

4. Exkurs: Der „notwendige Teil" in der Volksrepublik China

Logischer erscheint insoweit der im chinesischen Erbrecht gewählte Ansatz. Hier finden wir zunächst, im Zivilgesetzbuch der Republik China von 1930, ein Noterbenrecht: Personen, die ansonsten Intestaterben geworden wären, erhalten einen Anteil entweder von der Hälfte oder einem Drittel ihres jeweiligen Intestaterbteils – die Hälfte für Abkömmlinge, Eltern und den überlebenden Ehegatten und ein Drittel für Geschwister und Großeltern.[47] Während dies in Taiwan bis heute gilt,[48] ist die Volksrepublik China 1985 zu einer Doktrin des „notwendigen Teils" übergegangen.[49] Denn während Art. 16 des Erbgesetzes der Volksrepublik China festhält, dass jeder Bürger durch Errichtung eines Testaments über sein individuelles Vermö-

[44] Zu deren Charakteristika nach ukrainischem Recht *Rembert Süß*, Ukraine, in: ders. (Fn. 34) 1547–1551, Rn. 12.

[45] Vgl. *Michael Yunko / Orest Debryckyi*, Ukraine, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 234.

[46] Für diese etwas positivere Beurteilung *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 230–231.

[47] Dazu *Knut Benjamin Pißler / Timo Kleinwegener*, Forced Heirship in Chinese Succession Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 601–628, 603–605.

[48] Artt. 1223–1225 Zivilgesetzbuch der Republik China; dazu *Rembert Süß*, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 69–74.

[49] Zum Folgenden näher *Pißler / Kleinwegener*, Chinese Succession Law (Fn. 47) 607–621.

gen verfügen kann, gewährt Art. 19 denjenigen Schutz, die ohne Vorliegen des Testaments Erbe geworden wären, jedoch nur, soweit sie arbeitsunfähig sind und keine Existenzgrundlage haben. Dem Erblasser wird aufgegeben, ihnen „einen notwendigen Teil des Nachlasses" zu hinterlassen; sofern er das nicht tut – und sofern er damit also, in der Terminologie des römischen Rechts, ein Testament errichtet, das sich als „inofficiosum" bezeichnen lässt –, interveniert das Recht und behält diesen Personen einen solchen notwendigen Teil vor. Der Begriff „Teil" ist in diesem Zusammenhang etwas irreführend, scheint er doch zu insinuieren, dass dem arbeitsunfähigen Erben ohne Existenzgrundlage ein fester Anteil (des Nachlasses oder des jeweiligen Intestaterbteils) gebührt. Das ist jedoch nicht so. Vielmehr haben die Gerichte ein weites Ermessen, von Fall zu Fall zu bestimmen, was für den betreffenden Angehörigen „notwendig" ist. In der Literatur wird als allgemeine Richtlinie angegeben, dass er zu erhalten hat, wessen er bedarf, um seine Grundbedürfnisse zu befriedigen.[50]

II. Die nordischen Staaten

Die Rechtsordnungen der nordeuropäischen Länder (Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland und Island) werden in der Regel als eigener Rechtskreis betrachtet;[51] das resultiert aus den engen politischen und kulturellen Verbindungen, die traditionell zwischen ihnen bestehen.[52] Der nordische Rechtskreis seinerseits wiederum wird gewöhnlich, neben dem deutschen und romanischen Rechtskreis, zu den Rechtsordnungen des *civil law* gerechnet.[53] Keiner der nordischen Staaten verfügt freilich über eine umfassende Privatrechtskodifikation. Doch haben alle bestimmte Bereiche des Privatrechts kodifiziert, darunter insbesondere das Erbrecht: im Ärvdabalken von 1959 für Schweden, im Erfðalö von 1962 für Island, im Perintökaari von 1965 für Finnland, im Lov om arv von 1972 für Norwegen (seit 1. Januar 2021 durch ein Lov om arv og dødsboskifte [arveloven] ersetzt) und im Arvelov von 2007 für Dänemark. Im Folgenden steht zunächst das norwegische Recht im Mittelpunkt,[54] bevor dann die anderen skandinavischen Rechtsordnungen in den Blick genommen werden.

---

[50] Für Einzelheiten vgl. *Pißler / Kleinwegener*, Chinese Succession Law (Fn. 47) 609–610.

[51] *Zweigert / Kötz*, Einführung (Fn. 2) 270–280.

[52] „[T]rotz klarer kultureller Abgrenzung [waren diese Nationen] auf die verschiedensten Weisen miteinander verbunden": *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 4) 595; vgl. auch *Anneken Kari Sperr*, Skandinavische Rechtsvereinheitlichung, in: Basedow / Hopt / R. Zimmermann (Fn. 5) 1407–1411.

[53] *Zweigert / Kötz*, Einführung (Fn. 2) 271; *Kischel*, Rechtsvergleichung (Fn. 4) 595 („zweifelsfrei Teil des kontinentaleuropäischen Kontexts").

[54] Dazu *Jens Scherpe / Thomas Eeg*, Compulsory Portion and Minimum Inheritance in Norway, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 563–600; vgl. auch den Überblick bei

1. Der norwegische *pliktdel*

a) Abkömmlinge

Nach norwegischem Recht ist der zwingende Angehörigenschutz auf die Abkömmlinge des Erblassers und seinen überlebenden Ehegatten beschränkt. Die Abkömmlinge erhalten einen Anteil von zwei Drittel am Vermögen des Erblassers,[55] nicht lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf den Wert dieses Anteils. Das norwegische Recht anerkennt damit ein Noterbenrecht,[56] auch wenn es den Begriff „pliktdel" benutzt.[57] Ein charakteristisches Merkmal des norwegischen Erbrechts besteht jedoch in der Tatsache, dass dieser *pliktdel* finanziell gedeckelt ist: Er darf 1 Mio. norwegische Kronen (NOK), und damit nach gegenwärtigem Wechselkurs etwas mehr als 100.000 Euro, nicht übersteigen. Diese Pflichtteilsgrenze gilt für jedes Kind bzw. für die durch jedes Kind begründete Linie, wobei jedoch bei Vorversterben eines Kindes der Höchstbetrag für jeden von dessen Abkömmlingen auf 200.000 NOK festgesetzt ist.[58] Eine gewisse Flexibilität besteht insofern, als der Erblasser seinen Abkömmlingen ihren Anteil in Form bestimmter Vermögensgegenstände aus dem Nachlass zuweisen kann.[59] Wenn der Erblasser einen Gewerbebetrieb geführt hat, kann er bestimmen, dass dieser Gewerbebetrieb an einen oder mehrere seiner Abkömmlinge fallen soll, sofern das Testament vom norwegischen König bestätigt worden ist oder sofern alle Abkömmlinge volljährig sind und der Regelung zugestimmt haben.[60] Soweit zum Schutz eines Abkömmlings erforderlich (etwa weil er nicht in der Lage ist, seine Vermögensangelegenheiten zu besorgen), kann der Erblasser das Recht dieses Abkömmlings beschränken, über das, was er als *pliktdelsarv* erhält, zu verfügen.[61] Diese Vorschrift ist von demselben Gedanken inspiriert, der der *exheredatio bona*

Peter Hambro, Limitations on the Freedom of Testation, in: Inheritance Law – Challenges and Reform, hrsg. von Torstein Frantzen (2013) 89–95.

[55] § 20 Lov om arv.

[56] *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 580.

[57] Vgl. die Überschrift von Kap. IV des Lov om arv. Im Text einer Reihe von Vorschriften wird demgegenüber der Begriff „pliktdelsarv" (wörtlich: Pflichtteilserbschaft) gebraucht.

[58] Über den Hintergrund für die Einführung dieser Deckelung vgl. *Hambro*, Limitations (Fn. 54) 91: Es sollte besonders wohlhabenden Personen in Norwegen ermöglicht werden, den größten Teil ihres Vermögens wohltätigen Zwecken zu hinterlassen. Zu den quantitativen und qualitativen Begrenzungen des *pliktdelsarv* vgl. näher *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 578–580.

[59] § 30 Lov om arv.

[60] § 33 Abs. 1 Lov om arv. § 33 Abs. 2 befasst sich mit dem Preis, der für die Übernahme des Gewerbebetriebs zu zahlen ist, und wann dieser Preis gezahlt werden muss. Zu Einzelheiten vgl. *Gerhard Ring / Line Olsen-Ring*, Norwegen, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 272–275. *Ring / Olsen-Ring* weisen darauf hin, dass die Regelung des § 33 Abs. 1 Lov om arv nur von geringer praktischer Bedeutung ist, da dieselben Rechtswirkungen auch auf andere Weise erreicht werden könnten.

[61] § 32 Lov om arv.

mente zugrunde liegt.[62] Ein Abkömmling kann in bestimmten Fällen eines Fehlverhaltens gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Familienmitgliedern enterbt werden.[63] Ein Verzicht auf das Noterbenrecht durch Erklärung gegenüber dem Erblasser ist möglich.[64]

b) Der überlebende Ehegatte

Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist demgegenüber in anderer Weise geschützt, nämlich in erster Linie durch das gesetzliche Ehegüterrecht. Dieses besteht in einer (aufgeschobenen) Gütergemeinschaft.[65] Grundsätzlich wird deshalb, wenn die Ehe durch den Tod eines Ehegatten endet, der Nachlass in zwei Hälften geteilt, von denen die eine an den überlebenden Ehegatten fällt. Dieser profitiert auch von einer 1991 eingeführten Regel, wonach er verlangen kann, dass Vermögen, das ihm zur Zeit der Eheschließung gehörte, Geschenke von Dritten und während der Ehe erworbene Erbschaften nicht in das aufzuteilende Vermögen einzubeziehen sind (sofern das nicht zu offenbar unbilligen Ergebnissen führen würde).[66] In der Regel vermeiden überlebende Ehegatten in Norwegen, für die der gesetzliche Güterstand gegolten hat, die Aufteilung des Vermögens jedoch durch eine Erklärung, die innerhalb von 60 Tagen nach dem Tod des Erblassers gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben ist. Sie können damit eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft erreichen mit der Wirkung, dass sie das ungeteilte eheliche Gesamtgut übernehmen, bis auch sie sterben oder sich wieder verheiraten. Das norwegische Recht spricht hier von *uskifte* (= ungeteiltes Vermögen)[67] und will damit sicherstellen, dass der überlebende Ehegatte den gewohnten Lebensstandard beibehalten kann. In der überwiegenden Zahl der Fälle[68] ist der überlebende Ehegatte also gut versorgt.

---

[62] Zu dieser *Reinhard Zimmermann*, The Compulsory Portion in German Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 310.

[63] § 34 Lov om arv.

[64] § 45 Lov om arv; vgl. *Seeger*, Erbverzicht (Fn. 12) 71; *Ring / Olsen-Ring*, Norwegen (Fn. 60) Rn. 310–314.

[65] Zu Einzelheiten und weiteren Nachweisen *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 582–585; vgl. auch *Jens Scherpe*, Intestate Succession in the Nordic Countries, in: Comparative Succession Law, hrsg. von Kenneth G. C. Reid / Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann, Bd. II: Intestate Succession (2015) 307–322, 314–315; *John Asland*, The Legal Protection of the Surviving Spouse: Norwegian Law, in: Frantzen (Fn. 54) 51–61; *Susanne Markmiller*, Die Stellung des Ehegatten im norwegischen Recht (2013) 59–91.

[66] § 59 Lov om ekteskap; für Einzelheiten vgl. *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 582–583.

[67] §§ 9–28 Lov om arv; vgl. *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 583–585. Wenn der Erblasser Kinder hat, die nicht von dem überlebenden Ehegatten abstammen, müssen sie diesem Arrangement zustimmen.

[68] Nach *Asland*, Protection of the Surviving Spouse (Fn. 65) 55, ist *uskifte* in Norwegen das bei Weitem wichtigste Recht des überlebenden Ehegatten; es wird von etwa 75 Prozent aller überlebenden Ehegatten geltend gemacht. Von noch höheren Zahlen berichten *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 585, und *Ralf Sedlmayr*, Norwegen, in: Süß (Fn. 34) 1031–1048, Rn. 25.

Natürlich steht dieser Schutz zur Disposition der Eheleute, da ihnen freisteht, sich auf ein anderes Ehegüterrechtsregime zu einigen. Geschützt wird der überlebende Ehegatte dann (seit 1990) nur durch § 6 Lov om arv; er erhält ein Viertel des Nachlasses neben Abkömmlingen des Erblassers, die Hälfte, sofern die nächsten Angehörigen des Erblassers seine Eltern oder deren andere Abkömmlinge sind, und den gesamten Nachlass, sofern auch solche Angehörige nicht vorhanden sind. Doch handelt es sich dabei, genau genommen, nicht um ein Noterbenrecht, da dem überlebenden Ehegatten der Nachlass oder der ihm zustehende Teil davon testamentarisch entzogen werden kann, sofern er von diesem Testament zu Lebzeiten des Erblassers Kenntnis erlangt hat.[69] Nur ein in § 6 Lov om arv niedergelegter Minimumbetrag kann ihm nicht entzogen werden: Dieser Minimumbetrag beläuft sich, je nachdem, ob der Erblasser von Abkömmlingen überlebt wird oder nicht, auf das Vierfache oder Sechsfache des jährlichen Grundbetrages der Sozialversicherung (*grunnbeløpet i folketrygda*), der am 1. Mai jedes Jahres aktualisiert wird. Während dieser Betrag weithin als zu gering angesehen wird,[70] gewährleistet er immerhin, dass der überlebende Ehegatte kleine Nachlässe häufig in ihrer Gesamtheit erhält – hat der Mindestbetrag für Ehegatten doch Vorrang gegenüber dem Noterbenrecht der Abkömmlinge des Erblassers.[71] Ob das auch im Hinblick auf den Anspruch auf den Vorausbetrag (*forlottsrett*) gilt, den die Abkömmlinge haben, sofern ihre Ausbildung noch nicht abgeschlossen ist oder sofern sie im Haushalt des Erblassers gelebt haben und überobligationsmäßige Dienste geleistet haben, ohne dafür angemessen vergütet worden zu sein, ist umstritten.[72]

Nach norwegischem Recht bezieht sich der Begriff „Ehegatte" auch auf gleichgeschlechtliche Ehen; die rechtliche Stellung des überlebenden Partners einer eingetragenen Lebensgemeinschaft ist identisch.[73] Kohabitanten, die in einer eheähnlichen Beziehung leben,[74] sind als Intestaterben anerkannt.[75] Ein überlebender Kohabitant kann jedoch testamentarisch enterbt

---

[69] § 7 Lov om arv. Dass der überlebende Ehegatte vom Testament Kenntnis erlangt haben muss, gilt nicht, wenn eine Unterrichtung unmöglich oder nach den Umständen unzumutbar schwierig gewesen wäre.

[70] Im Mai 2018 machte er etwa 41.000 Euro bzw. etwa 61.000 Euro aus.

[71] Näher zu Fragen der Konkurrenz aller in Betracht kommenden Ansprüche *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 589–592.

[72] § 36 Lov om arv. Das Recht auf diesen Vorausbetrag kann vom Erblasser nicht verringert oder ausgeschlossen werden. Dazu *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 590; *Ring / Olsen-Ring*, Norwegen (Fn. 60) Rn. 192–199.

[73] § 95 Lov om ekteskap; vgl. *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 580–581.

[74] „Unmarried cohabitation has been a perfectly acceptable form of family life in the Nordic countries for a long time"; *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 319, unter Hinweis darauf, dass etwa die Hälfte aller Kinder von nicht miteinander verheirateten Eltern abstammt.

[75] *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 319–320; *Thomas Eeg*, Inheritance Rights for Cohabitants: Current Norwegian Law and Some Thoughts on Future Regulations, in: Frantzen (Fn. 54) 63–71; *Ring / Olsen-Ring*, Norwegen (Fn. 60) Rn. 184–190. Die einschlägigen Regeln sind 2008 in Norwegen eingeführt worden. Vgl. nunmehr §§ 28a–28g Lov om arv.

werden, sofern ihm das Testament zu Lebzeiten des Erblassers zur Kenntnis gekommen ist.

c) Reform

Die Bestimmung der Rechte der engsten Familienangehörigen des Erblassers ist nach norwegischem Recht eine ausgesprochen komplexe Angelegenheit. Das ist einer der Gründe, weshalb eine Expertenkommission mit dem Auftrag eingesetzt worden ist, eine Revision des Lov om arv von 1972 vorzubereiten.[76] Diese Kommission legte Anfang 2014 einen Bericht vor, in dem sie unter anderem vorschlug, die Position des überlebenden Ehegatten weiter zu stärken, und zwar sowohl was sein Intestaterbrecht als auch was seinen Schutz gegenüber ihm ungünstigen Testamenten betrifft. Das Noterbenrecht der Abkömmlinge sollte nach diesem Reformvorschlag reduziert (und auf der Grundlage ihres Intestaterbrechts berechnet) werden, und Kohabitanten sollten mit Eheleuten gleichbehandelt werden. Doch ist unwahrscheinlich, dass diese Reformen umgesetzt werden; das im Sommer 2019 verabschiedete Lov om arv og dødsboskifte enthält jedenfalls nur vergleichsweise geringfügige Änderungen des gegenwärtigen Regelungssystems.[77]

2. Die anderen skandinavischen Jurisdiktionen

So etwas wie ein „nordisches Erbrecht" gibt es nicht.[78] Zwar gibt es unter den nordischen Rechtsordnungen, was das Erbrecht betrifft, manche Gemeinsamkeiten. Ebenso finden sich aber erhebliche Unterschiede, die eine Rechtsharmonisierung in diesem Bereich bislang verhindert haben.[79] Das gilt nicht nur für das Erbrecht im Allgemeinen, sondern insbesondere auch für die Frage des zwingenden Angehörigenschutzes.

a) Dänemark

Am nächsten steht dem norwegischen das dänische Recht. Dabei handelt es sich gleichzeitig um das modernste der nordischen Erbrechte, seit es im Jahre 2007 grundlegend reformiert worden ist.[80] Wie in Norwegen können überlebende Ehegatten, die mit dem Erblasser unter einem Regime der Gü-

[76] *Torstein Frantzen*, Reforming the Norwegian Inheritance Act, in: ders. (Fn. 54) 25–32. Vgl. ferner *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) 595–596; *Sedlmayr*, Norwegen (Fn. 68) Rn. 18, 30, 59.

[77] Diese werden vorgestellt von: *Scherpe / Eeg*, Norway (Fn. 54) unter VI.2.

[78] *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 307.

[79] Dazu *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 307–308. Allgemein zur Harmonisierung der Privatrechte in den nordischen Staaten *Sperr*, Skandinavische Rechtsvereinheitlichung (Fn. 52) 1525–1529.

[80] *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 308, mit Nachweisen in Fn. 6.

tergemeinschaft verheiratet waren, diese Gütergemeinschaft mit den gemeinsamen Abkömmlingen fortsetzen.[81] Anders als in Norwegen haben in Dänemark allerdings sowohl die Abkömmlinge als auch der überlebende Ehegatte ein Recht, das das dänische Erbgesetz als „tvangsarv" bezeichnet.[82] Doch nur der überlebende Ehegatte lässt sich als Noterbe *stricto sensu* bezeichnen, da der Erblasser im Hinblick auf seine Abkömmlinge bestimmen kann, dass sie ihren Anteil in Geld ausbezahlt erhalten.[83] Der den Abkömmlingen zustehende Anteil ist erheblich niedriger als in Norwegen, und er wird auch auf einer anderen Grundlage berechnet: Er besteht in einem Viertel des gesetzlichen Erbteils (gegenüber der Hälfte des gesetzlichen Erbteils nach dem Erbgesetz von 1963). Der überlebende Ehegatte erhält ebenfalls ein Viertel seines gesetzlichen Erbteils. Wie nach norwegischem Recht gibt es für den Anteil der Abkömmlinge eine Deckelung, doch greift diese Begrenzung auf 1 Mio. dänische Kronen (≈ 134.000 Euro) anders als in Norwegen nur dann ein, wenn der Erblasser das in seinem Testament festgelegt hat.[84] Wie in Norwegen kann der Anteil eines der Abkömmlinge unter bestimmten Umständen „eingefroren" werden mit der Wirkung, dass dieser nicht darüber verfügen darf.[85] Der dem norwegischen *forlottsrett* entsprechende Voraus des dänischen Erbgesetzes von 1963 ist abgeschafft worden. Ein weiterer bemerkenswerter Unterschied zum norwegischen Recht besteht darin, dass Kohabitanten auch nach dem Arvelov von 2007 kein Erbrecht haben, weder nach den Grundsätzen des Intestaterbrechts noch gegen den Willen des Verstorbenen.[86]

b) Schweden und Finnland

Dasselbe Muster von Gemeinsamkeiten und Unterschieden zeigt sich bei einem Blick auf die Erbrechte der beiden ostnordischen Staaten Schweden und Finnland.[87] In beiden Ländern haben nur Abkömmlinge ein Recht auf

---

[81] Dazu *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 317–319; *Gerhard Ring / Line Olsen-Ring*, Dänemark, in: Süß (Fn. 34) 403–444, Rn. 39–68.

[82] Im Hinblick auf Abkömmlinge vgl. § 5 Abs. 1 Arveloven; im Hinblick auf den überlebenden Ehegatten vgl. § 10 Abs. 1 Arveloven. Allgemeiner Überblick bei *Ring / Olsen-Ring*, Dänemark (Fn. 81) Rn. 125 f.

[83] § 50 Abs. 2 Arveloven. Er kann seinen Abkömmlingen stattdessen auch bestimmte Vermögensgegenstände zuteilen.

[84] § 5 Abs. 2 Arveloven.

[85] §§ 53–58 Arveloven.

[86] *John Asland*, The Legal Position of the Cohabitant, in: *ders. / Margareta Brattström / Göran Lind / Ingrid Lund-Andersen / Anna Singer / Tone Sverdrup*, Nordic Cohabitation Law (2015) 161–210, 164–165.

[87] Die nordischen Staaten werden vielfach aus Gründen, die in der Geschichte liegen, in die westnordischen (Dänemark, Norwegen, Island) und die ostnordischen unterteilt; vgl. z. B. *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 308. Im Hinblick auf das Vertragsrecht vgl. *Simon Whittaker / Reinhard Zimmermann*, Good Faith in European Contract Law: Surveying the Landscape, in: Good Faith in European Contract Law, hrsg. von dens. (2000) 8–62, 55–56.

laglott (Schweden) bzw. *lakiosa* (Finnland),[88] und in beiden Ländern können sie die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils verlangen.[89] Doch während sie in Schweden in der Position von Miterben sind, haben sie in Finnland seit einer Reform von 2003 lediglich einen Anspruch auf den monetären Wert ihres Anteils. Überlebende Ehegatten werden in jeweils etwas unterschiedlicher Weise durch die Regeln des Ehegüterrechts geschützt, erhalten aber einen Mindestschutz auch im Erbrecht: In Finnland können sie weiterhin in der Ehewohnung wohnen bleiben und den dort vorhandenen Hausrat benutzen;[90] in Schweden haben sie einen Anspruch gegen den Nachlass auf die Summe, die erforderlich ist, um sicherzustellen, dass sie, zusätzlich zu was immer sie nach den Regeln des Ehegüterrechts erhalten, über den vierfachen nach dem Sozialversicherungsgesetz festgelegten Grundbetrag verfügen können.[91] In beiden Ländern ist der Minimumschutz für Ehegatten offenbar bedarfsorientiert. Das finnische Recht sieht zudem in einer Reihe von Situationen Unterhaltsansprüche vor: für den überlebenden Ehegatten, soweit eine Ehewohnung nicht vorhanden ist; für Kinder des Erblassers, die noch nicht 21 Jahre alt sind, soweit dies für ihre Ausbildung erforderlich ist, und für Kinder ganz allgemein, soweit sie sich nicht selbst unterhalten können.[92] Das schwedische Recht gewährt Unterhaltsansprüche nur für drei

---

[88] Überblick für Schweden bei *Maja Kirilova Eriksson / Johanna Schiratzki*, Schweden, in: International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law, hrsg. von Walter Pintens (2008) Rn. 220, 235–237; *Gebhard Carsten*, Schweden, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 34; *Ernst Johannson*, Schweden, in: Süß (Fn. 34) 1197–1240, Rn. 56, 112–114; *Bettina Schütz-Gärdén*, Schweden, in: Handbuch Pflichtteilsrecht[2], hrsg. von Gerhard Schlitt / Gabriele Müller (2017) 899–908, 904–908; für Finnland bei *Tuulikki Mikkola*, Finland, in: Pintens (diese Fn.) (2018) Rn. 175 f., 187, 201 f.; *Wolfgang Mincke*, Finnland, in: Ferid / Firsching / Dörner / Hausmann (Fn. 10) Rn. 116–123; *Karl-Friedrich von Knorre*, Finnland, in: Süß (Fn. 34) 533–555, Rn. 39–44, 70–74; *Timo Engels*, Finnland, in: Schlitt / Müller (diese Fn.) 801–807, 804–807.

[89] Ärvdabalken 7: § 1; Perintökaari 7: §1. In Schweden können, sofern der Erblasser seinen Ehegatten als alleinigen Erben eingesetzt hat, die gemeinsamen Kinder ihren Anteil erst nach dem Tod des überlebenden Ehegatten verlangen; vgl. *Carsten*, Schweden (Fn. 88) Rn. 31; *Schütz-Gärdén* (Fn. 88) 905. Damit wird die Rechtslage nach den Regeln des Intestaterbrechts gespiegelt, wonach der überlebende Ehegatte Alleinerbe ist und Abkömmlinge erst danach erben (*secundosuccession*).

[90] Perintökaari 7: § 1a Abs. 2.

[91] Ärvdabalken 3: § 1 Abs. 2. Im Jahre 2014 belief sich der Grundbetrag auf 177.600 Schwedische Kronen (d. h. etwas mehr als 19.000 Euro); vgl. *Scherpe*, Intestate Succession (Fn. 65) 317.

[92] Perintökaari 8: §§ 1–3. Perintökaari 8: § 5 gewährt auch einem Erben, der nach Vollendung des 18. Lebensjahres andauernd durch seine Arbeitskraft den Erblasser in seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit oder im Haushalt unterstützt hat, ohne dafür angemessen entschädigt worden zu sein, einen aus dem Nachlass zu befriedigenden Vergütungsanspruch. Eine solche Vergütung kann höchstens für insgesamt fünf Jahre verlangt werden, jedoch nicht für Arbeit, die früher als zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers geleistet worden ist. Zu den Faktoren, die bei der Bemessung der Höhe der Vergütung zu berücksichtigen sind, vgl. § 5 Abs. 3.

Monate nach dem Tod des Erblassers.[93] Sowohl in Schweden als auch in Finnland kann der Noterben- oder Pflichtteilsberechtigte auf sein Recht verzichten,[94] doch nur das finnische Recht erlaubt es dem Erblasser, seinen Abkömmlingen den Pflichtteil zu entziehen.[95] Beide Länder gewähren überlebenden Kohabitanten einen gewissen Schutz.[96] Die gleichgeschlechtliche Ehe ist in allen vier skandinavischen Ländern anerkannt.[97]

III. Die Kodifikationen in den Amerikas

1. Die *legítima* in den südamerikanischen Kodifikationen

„Zu Europa gehört auch Lateinamerika!" Diese hyperbolische Feststellung von Eugen Bucher[98] ist zutreffend insofern, als die lateinamerikanischen Kodifikationen Teil der *civilian tradition* sind. Was das hier behandelte Thema betrifft, so finden wir eine ebenso scharfe wie bemerkenswerte Unterteilung in die südamerikanischen Länder auf der einen Seite und die zentralamerikanischen Länder sowie Mexiko auf der anderen.[99]

a) Kreis der *legitimarios*

Die südamerikanischen Kodifikationen sind, aus kontinentaleuropäischer Perspektive betrachtet, recht konventionell.[100] In der einen oder anderen Form haben sie alle in ihre Erbrechte den Gedanken eines zwingenden Angehörigenschutzes, in der Regel unter der Bezeichnung *legítima*, übernom-

---

[93] Ärvdabalken 18: § 5 Abs. 2.

[94] Perintökaari 17: § 1 Abs. 2; Ärvdabalken 17: § 2.

[95] Perintökaari 17: § 1 Abs. 2; Ärvdabalken 17: § 2.

[96] In Schweden kann der überlebende Kohabitant das Doppelte des nach dem Sozialversicherungsgesetz festgelegten Grundbetrages verlangen (das waren 2014 etwa 9.600 Euro): § 18 Abs. 2 Sambolag. Das ist die Hälfte dessen, was ein überlebender Ehegatte verlangen kann. Vgl. auch *Maarit Jänterä-Jareborg / Margareta Brattström / Lisa Marie Eriksson*, National Report: Sweden, Nr. 53, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-IR.pdf> (16.9.2020). Für Finnland vgl. *Salla Silvola*, National Report: Finland, Nr. 53, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Finland-IR.pdf> (16.9.2020). Allgemein vgl. auch *Asland*, Protection of the Surviving Spouse (Fn. 65) 164–165.

[97] Dazu *Tone Sverdrup*, The Changing Concept of „Family" and Challenges for Family Law in the Nordic Countries, in: European Family Law, hrsg. von Jens Scherpe, Bd. II (2016) 186–211, 189–190, auch zu (eingetragenen) Lebenspartnerschaften in anderen Ländern.

[98] *Eugen Bucher*, Zu Europa gehört auch Lateinamerika!, ZEuP 12 (2004) 515–547.

[99] Der folgende Überblick beruht auf: *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 175–232.

[100] Die Zivilgesetzbücher der folgenden Staaten werden im vorliegenden Beitrag erwähnt: Bolivien (1830; gegenwärtig in Kraft ist der Código civil von 1975); Peru (1852; gegenwärtig in Kraft ist der Código civil von 1984); Chile (1855); Ecuador (1858); Venezuela (1862; gegenwärtig in Kraft ist der Código civil von 1982); Uruguay (1868); Argentinien (1869; gegenwärtig in Kraft ist der Código civil y comercial von 2014); Kolumbien (1873); Brasilien (1916; gegenwärtig in Kraft ist der Código civil von 2002).

men. Wie in Kontinentaleuropa liegt dieser Angehörigenschutz im Schnittpunkt der römischen und germanischen Tradition; mitunter ist er mehr von der einen, mitunter mehr von der anderen Traditionslinie geprägt. Spanisches, portugiesisches und französisches Recht waren für die Verfasser der südamerikanischen Erbrechte wichtige Referenzpunkte, doch auch das deutsche und das italienische Recht haben einigen Einfluss ausgeübt.[101] Der Kreis der *legitimarios* umfasst in der Regel Abkömmlinge und Vorfahren, aber nicht die Geschwister des Erblassers oder dessen andere Seitenverwandte.[102]

In Bolivien und Argentinien hatte der überlebende Ehegatte schon überraschend früh Anspruch auf die *legítima*, nämlich in den Kodifikationen von 1830 bzw. 1869.[103] In der Mehrzahl der südamerikanischen Kodifikationen erhielt er jedoch nur die *cuarta marital* (mitunter auch als *porción conyugal* bezeichnet),[104] die letztlich auf Justinian zurückgeht.[105] In manchen Staaten (Kolumbien, Ecuador, Uruguay) gilt das bis heute; in Chile wurde der überlebende Ehegatte demgegenüber 1998 zu einem *legitimario* aufgewertet. Das brasilianische Recht tat diesen Schritt erst 2002, mit dem Inkrafttreten des neuen Código civil;[106] in der Kodifikation von 1916 war der überlebende Ehegatte nur durch das Ehegüterrecht geschützt gewesen. In manchen Staaten (Argentinien, Uruguay) hat der überlebende Partner einer gleichgeschlechtlichen Ehe dieselben Rechte wie derjenige einer traditionellen Ehe;[107] gelegentlich (Chile) werden solche Rechte gleichgeschlechtlichen Partnern zuerkannt, soweit sie eine *unión civil* schließen. Kohabitation ist ein in Südamerika seit Langem verbreitetes Phänomen;[108] doch während der überlebende Kohabitant in den meisten Staaten dasselbe Intestaterbrecht hat

---

[101] Zum Eklektizismus, der die lateinamerikanischen Formen des Privatrechts prägt, allgemein *Jan Kleinheisterkamp*, Development of Comparative Law in Latin America, in: The Oxford Handbook of Comparative Law[2], hrsg. von Mathias Reimann / Reinhard Zimmermann (2019) 252–288, 281–283; *Jan Peter Schmidt*, Latin American Legal Culture: A European Perspective, in: The Future of Contract Law in Latin America, hrsg. von Rodrigo Momberg / Stefan Vogenauer (2017) 57–95, 62–65 und 67–69.

[102] Vgl. z. B. Art. 1182 Código civil (Chile); Art. 1845 Código civil (Brasilien); Art. 2444 Código civil y commercial (Argentinien); allgemein vgl. *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 190–195.

[103] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 192–193.

[104] Vgl. z. B. Art. 1178 Código civil (Chile).

[105] *Reinhard Zimmermann*, Protection Against Being Passed Over or Disinherited in Roman Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 1–19, 17; für Spanien, von wo die Idee nach Lateinamerika transplantiert wurde, vgl. Las Siete Partidas VI, XIII, VII, in: Las Siete Partidas (translated with notes by Samuel Parsons Scott, 1931) 1272. Die „Quart der armen Witwe" findet sich heute noch im katalanischen Recht, aber nicht mehr im gemeinspanischen Código civil; vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 533.

[106] Art. 1845 Código civil (Brasilien).

[107] Dazu *Jan Peter Schmidt*, Intestate Succession in Latin America, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 65) 118–158, 154.

[108] *J. P. Schmidt*, Intestate Succession (Fn. 107) 151.

wie ein überlebender Ehegatte,[109] sind die Gesetzgeber in Südamerika bislang sehr zurückhaltend darin gewesen, ihm den Status eines *legitimario* zuzuerkennen.[110]

b) Die anderen Elemente der *legítima*

Die *legítima* ist stets ein Anteil am Nachlass, nicht am Intestaterbteil des betreffenden *legitimario*. In Brasilien und Venezuela beträgt dieser Anteil die Hälfte,[111] in Chile, Kolumbien und Ecuador drei Viertel, in Bolivien und Paraguay vier Fünftel für Abkömmlinge und zwei Drittel für Vorfahren, in Argentinien und Peru zwei Drittel für Abkömmlinge und die Hälfte für Vorfahren.[112] Der Umfang der *legítima* des überlebenden Ehegatten hängt davon ab, ob er der einzige *legitimario* ist oder ob auch Abkömmlinge oder Vorfahren zu berücksichtigen sind.[113]

Die *mejora*, eines der charakteristischsten Elemente des spanischen Erbrechts,[114] gelangte ursprünglich mit den *conquistadores* nach Südamerika. In den meisten Staaten ist sie jedoch bereits in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts (Uruguay, Argentinien, Venezuela) oder in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts abgeschafft worden.[115] In Chile floriert die *mejora* demgegenüber,[116] in Argentinien hat sie sogar ein Comeback erlebt.[117]

Der juristische Charakter der *legítima* ist uneinheitlich. In manchen Staaten sind die *legitimarios* Noterben im eigentlichen Sinn,[118] während der in anderen Staaten alternativ verwendete Begriff der *herederos forzosos* verbirgt,

---

[109] *J. P. Schmidt*, Intestate Succession (Fn. 107) 151–154.

[110] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37), unter Hinweis darauf, dass bislang nur Bolivien und Peru Vorschriften haben, die überlebenden Kohabitanten ein Noterbenrecht gewähren. In Kolumbien und Venezuela haben die Obersten Gerichtshöfe das Recht des überlebenden Ehegatten auf eine *legítima* auf überlebende Kohabitanten erstreckt, in Brasilien scheint ein ähnlicher Schritt bevorzustehen.

[111] Vgl. z. B. Art. 1846 Código civil (Brasilien).

[112] Vgl. z. B. Art. 2445 Código civil y comercial (Argentinien) (bis 2014 ebenfalls vier Fünftel für Abkömmlinge und zwei Drittel für Vorfahren).

[113] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 197.

[114] „Méjora" bedeutet so viel wie „Aufbesserung"; es handelt sich um einen Teil des Nachlasses, den der Erblasser unter seinen Abkömmlingen frei verteilen (und deren Erbteil er damit „aufbessern") darf. Dazu *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 496, 499.

[115] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 205.

[116] Artt. 1167 Abs. 3 und 1184 Abs. 3 Código civil (Chile). Die *mejora* kann in Chile nunmehr allen Noterben zugutekommen. Die Testierfreiheit ist damit zugleich erweitert und beschränkt worden; dazu und zu der gegenüber dem spanischen Recht geänderten Berechnungsgrundlage *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 206–207, der auch auf die im chilenischen Schrifttum vorgebrachte Kritik hinweist.

[117] Art. 2448 Código civil y comercial (Argentinien): Ein Drittel „de las porciones legítimas" kann zur Heraufsetzung des Anteils von Abkömmlingen oder Vorfahren mit Behinderungen verwendet werden.

[118] Vgl. etwa Art. 1849 Código civil (Brasilien).

dass sie nicht stets erwarten können, Miterben zu werden. So kann der Erblasser dem *legitimario* etwa in Chile seinen Anteil in Form eines Vermächtnisses oder einer Schenkung zukommen lassen.[119]

Eine interessante konzeptionelle Unterscheidung hinsichtlich des zwingenden Angehörigenschutzes zeigt sich bei einem Vergleich seiner systematischen Positionierung zum Beispiel in den Gesetzbüchern Chiles und Brasiliens. In dem einen Fall sind die entsprechenden Regeln unter der Überschrift „De las asignaciones forzosas" in unmittelbarem Anschluss an die „Asignaciones testamentarios", und damit im Zusammenhang mit der gewillkürten Erbfolge, geregelt.[120] Die chilenische *legítima* wird deshalb als eine Zuwendung verstanden, die der Erblasser hätte gewähren sollen – sie beruht also auf dem mutmaßlichen Willen eines nicht pflichtvergessenen Erblassers.[121] In dem anderen Fall sind die Regeln über *herdeiros necessários* Bestandteil des Abschnitts der Kodifikation, der sich mit der gesetzlichen Erbfolge befasst;[122] diese systematische Platzierung macht deutlich, dass der Schutz der nächsten Familienangehörigen des Erblassers auf gesetzlicher Anordnung beruht.

Die meisten südamerikanischen Erbrechte ermöglichen es dem Erblasser, einem *legitimario* seinen Pflichtanteil zu entziehen, und anerkennen mithin das Institut der Enterbung (*desheredación / deserdação*)[123] neben den Regeln über die Erbunwürdigkeit. Einige Kodifikationen kennen demgegenüber, unter französischem und italienischem Einfluss, nur Regeln über die Erbunwürdigkeit.[124] Ein Verzicht auf das Recht auf die *legítima* zu Lebzeiten des Erblassers ist nicht möglich; in dieser Beziehung ist die römische, spanische und portugiesische Tradition noch lebendig.[125]

---

[119] Art. 1198 Abs. 1 Código civil (Chile); ähnlich wohl das argentinische Recht. Allgemein dazu *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 200.

[120] Buch III, Titel V des Código civil (Chile); dazu *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 202–203. Interessanterweise wird auch der „gewissen Personen gesetzlich geschuldete Unterhalt" (damit wird implizit auf die Regeln des Familienrechts verwiesen) zu den Zwangszuweisungen (*asignaciones forzosas*) gerechnet.

[121] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 202, sieht darin einen Versuch, zur römischen Konzeptualisierung zurückzukehren.

[122] Buch V, Titel II, Kap. II Código civil (Brasilien).

[123] Vgl. z. B. Artt. 1961–1965 Código civil (Brasilien).

[124] So z. B. im argentinischen Código civil y comercial, wo seltsamerweise die zuvor existierenden Regeln über die *desheredación* in der neuen Kodifikation von 2014 abgeschafft worden sind.

[125] Vgl. *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 215–216, unter Hinweis auch auf eine im argentinischen Código civil y comercial von 2014 eingeführte Ausnahme, durch die die Fortführung von Familienunternehmen erleichtert werden soll (inspiriert durch den italienischen *patto di famiglia*; dazu *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 543).

c) Reformen und Reformdiskussionen

Die *legítima*, in welcher Form auch immer sie in die südamerikanischen Zivilgesetzbücher eingepflanzt worden ist, hat sich als bemerkenswert stabil erwiesen. Reformen sind nur vergleichsweise zurückhaltend ausgefallen; die Reduktion der *porción legítima* in Argentinien von dem traditionellen Anteil von vier Fünfteln auf zwei Drittel des Nachlasses im Jahre 2014 bietet ein gutes Beispiel. Insgesamt haben sie nur wenig dazu beigetragen, die Testierfreiheit zu stärken.[126]

Es ist angesichts dieses Befundes einigermaßen erstaunlich, dass die Einführung der *legítima* in Südamerika keineswegs eine Selbstverständlichkeit war. So betrachtete etwa Andrés Bello, der „Vater" des chilenischen Código civil von 1855, die Institution eines Noterbenrechts nicht nur als unnötig, sondern auch als schädlich;[127] und in den Debatten, die zur brasilianischen Zivilrechtskodifikation von 1916 führten, gab es energische Verfechter einer unbeschränkten Testierfreiheit.[128] Weniger erstaunlich ist, wenn man die Reformen und Reformdebatten in anderen Teilen der Welt betrachtet, die Tatsache, dass die *legítima* auch in neuerer Zeit Anlass zu erheblicher Kritik gegeben hat.[129] Während mitunter ein allgemeiner Wechsel zu einem bedarfsorientierten Ansatz empfohlen wird, befürwortet eine Reihe brasilianischer und chilenischer Autoren einen solchen Schritt jedenfalls für den überlebenden Ehegatten, dessen Heraufstufung zu einem *legitimario* einen übermäßigen Schutz zur Folge gehabt habe.[130] Zunehmend wird der Schutz von Personen mit Behinderungen betont (diese Erwägung hat bereits die Rückkehr der *mejora* in das argentinische Recht motiviert).[131] Vorgeschlagen worden ist die Einführung eines Pflichtteils oder Noterbenrechts nach dem Vorbild des kubanischen Rechts und anderer sozialistischer und postsozialistischer Rechte,[132] und mitunter wird auch die Etablierung eines Pflichtteils nach deutschem oder österreichischem Muster für wünschenswert gehalten.

---

[126] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 219.

[127] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 179.

[128] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 182–183.

[129] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 220–223.

[130] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 195, 221, unter Hinweis darauf, dass die Rechtsentwicklung in Südamerika sich in dieser Hinsicht von der zunehmenden „Horizontalisierung" des Erbrechts in Europa unterscheidet.

[131] Oben Fn. 117.

[132] Oben, Text bei und nach Fn. 31.

2. Unterhaltsansprüche in Zentralamerika und Mexiko

a) „… mais elle n'oblige pas de les faire héritiers"

Die zentralamerikanischen Kodifikationen und Mexiko folgen einem ganz anderen Ansatz.[133] Der Ausgangspunkt war derselbe wie in Südamerika:[134] eine *legítima* im Sinne der romanischen, und insbesondere der spanischen, Tradition mit nur wenig Spielraum für die Testierfreiheit. Ein radikaler Wandel erfolgte in den Jahren nach 1880 unter dem Einfluss des politischen und philosophischen Liberalismus sowie, möglicherweise, der Nähe der Vereinigten Staaten mit ihrer starken Betonung der Testierfreiheit.[135] Das Noterbenrecht wurde zugunsten des Prinzips der *libre testamentifacción* abgeschafft,[136] zunächst in Honduras, dann in Costa Rica und Mexiko und schließlich in den ersten zwei Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts in den anderen Staaten der Region.[137] Doch wurden die Interessen der nächsten Familienangehörigen des Erblassers nicht gänzlich außer Acht gelassen. Vielmehr wurde ein rein bedarfsorientierter Ansatz etabliert. Dabei konnte man einerseits an die Lehre eines der großen Aufklärungsphilosophen anknüpfen, die in der spanischen Literatur der Mitte des 19. Jahrhunderts viel zitiert wurde;[138] andererseits ließ sich eine Idee aufgreifen, die im Kern bereits im chilenischen Código civil enthalten war. Der große Aufklärungsphilosoph war Baron de Montesquieu, nach dessen Auffassung „[l]a loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers".[139] Und das chilenische Zivilgesetzbuch hatte die gesetzlichen Unterhaltsrechte von *ciertas personas* zu den *asignaciones forzosas* gerechnet,[140] die ein Erblasser zuzuwenden verpflichtet ist (und die, wenn er dies

---

[133] Die in diesem Abschnitt erwähnten Zivilgesetzbücher sind diejenigen von Costa Rica (1841; gegenwärtig in Kraft der Código civil von 1886), El Salvador (1859) und Honduras (1880; gegenwärtig in Kraft der Código civil von 1906). Besonders gelagert ist der Fall Mexikos, da es hier aufgrund einzelstaatlicher Gesetzgebungskompetenz niemals ein bundeseinheitliches Zivilrecht gab. Im Folgenden wird auf die Zivilgesetzbücher für den Bundesdistrikt von 1884 und von 1928 Bezug genommen, die von den Einzelstaaten jeweils weitgehend nachgebildet wurden. Das Zivilgesetzbuch von 1928 wurde im Jahr 2000 in das Zivilgesetzbuch für den Bundesdistrikt Mexiko-Stadt (Código civil para el Distrito Federal) und das Bundeszivilgesetzbuch (Código Civil Federal) aufgespalten, die sich seitdem in Einzelheiten auseinanderentwickelt haben, beim vorliegenden Thema aber weiterhin demselben Grundmodell folgen. Ich danke Denise Wiedemann und Jan Peter Schmidt für die Hinweise zur Rechtslage in Mexiko.

[134] Zum Folgenden wiederum *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 185–188, 224–232.

[135] Dazu *Ronald J. Scalise jr.*, Family Protection in the United States, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 534–562; vgl. auch unten, VI.3.

[136] Vgl. z. B. Art. 979 Código civil (Honduras).

[137] Einzelheiten bei *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 185–188.

[138] Vgl. *Sergio Cámara Lapuente*, Forced Heirship in Spanish Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 139–174, 148.

[139] *Montesquieu*, De l'Esprit des Lois (1758) Buch XXVI, Kap. VI, S. 314.

[140] Art. 1167 Abs. 2 Nr. 1 Código civil (Chile); dazu bereits oben Fn. 120.

nicht getan hat, auch entgegen den ausdrücklichen Anordnungen im Testament zu ergänzen sind). Angesichts der Tatsache, dass diese Personen in der Regel auch *legitimarios* sind, war – und ist – diese Bestimmung in Chile von keiner großen praktischen Bedeutung.

b) Umsetzung des bedarfsorientierten Ansatzes

In den zentralamerikanischen Kodifikationen und in Mexiko wurde daraus demgegenüber das wichtigste Schutzinstrument. In den meisten dieser Kodifikationen wird der Schutz nach wie vor auf dem im chilenischen Recht vorgezeichneten gedanklichen Umweg gewährleistet: Der Erblasser kann über sein Vermögen frei verfügen, außer dass er für den Unterhalt derer zu sorgen hat, die von ihm abhängig sind.[141] Tut er das nicht und macht damit ein Testament, das als *inofficioso* (pflichtwidrig)[142] zu beschreiben ist, so gewährt das Gesetz den Unterhaltsberechtigten einen Anspruch gegen den Nachlass[143] (der damit dann das, was die vom Erblasser testamentarisch Begünstigten letztlich erhalten, schmälert).[144] Die Einzelheiten der Umsetzung dieses bedarfsorientierten Ansatzes sind sehr unterschiedlich. Während Kinder in Costa Rica nur bis zur Erreichung der Volljährigkeit geschützt werden (sofern sie nicht an einem Gebrechen leiden, das sie hindert, ihren Lebensunterhalt selbst zu verdienen),[145] wird mitunter stattdessen die Beendigung des Studiums oder der beruflichen Ausbildung als maßgeblich angesehen.[146] Das costa-ricanische Recht schützt außer den Kindern des Erblassers auch seine Eltern und seinen überlebenden Ehegatten,[147] während das mexikanische Recht Vorfahren ganz allgemein berücksichtigt sowie unter bestimmten Umständen auch Geschwister und andere Seitenverwandte bis zum vierten Grad.[148] Im Hinblick auf den überlebenden Ehegatten findet sich im Código civil von Honduras auch die *porción conyugal*,

[141] Vgl. z. B. Artt. 979 Abs. 2 und 1147 Código civil (Honduras); Art. 595 Código civil (Costa Rica); Art. 1368 Código civil (Mexiko). Es überrascht nicht, dass die betreffenden Regeln in allen drei Kodifikationen im systematischen Zusammenhang der gewillkürten Erbfolge geregelt sind.

[142] Art. 1374 Código civil (Mexiko).

[143] Vgl. z. B. Art. 595 Abs. 2 Código civil (Costa Rica); Art. 1375 Código civil (Mexiko).

[144] Vgl. z. B. Art. 1148 Código civil (Honduras) sowie allgemein *Jan Peter Schmidt*, Transfer of Property on Death and Creditor Protection: The Meaning and Role of „Universal Succession", in: FS George L. Gretton (2017) 323–337, 327–331.

[145] Art. 595 Código civil (Costa Rica); vgl. auch etwa Art. 1368 II und III Código civil (Mexiko).

[146] *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 224, mit Hinweis auf das Familiengesetzbuch von El Salvador.

[147] Art. 595 Código civil (Costa Rica).

[148] Art. 1368 IV und V Código civil (Mexiko).

die ebenfalls bedarfsorientiert, wenngleich auf ein Viertel des Nachlasses begrenzt ist.[149]

Im Übrigen nennt das Zivilgesetzbuch von Honduras – ebenso wie sein chilenisches Vorbild – die unterhaltsberechtigten Personen nicht einmal (es erwähnt lediglich „los alimentos debidos por ley a ciertas personas")[150] und macht damit deutlich, dass das Erbrecht insoweit dem folgt, was durch die Regeln des Familienrechts festgelegt ist.[151] Dasselbe gilt für die Höhe des vom Erblasser geschuldeten Unterhalts. Mitunter legt aber auch das Erbrecht selbst fest, dass der Unterhaltsberechtigte einen auf Sachverständigenschätzung beruhenden Einmalbetrag verlangen kann.[152] Das mexikanische Erbrecht gewährt einen Anspruch auf regelmäßige Unterhaltsleistung,[153] während der Richter in El Salvador *los alimentos* in der einen oder anderen Form zusprechen kann, wobei freilich ein Einmalbetrag ein Drittel des Nachlasses nicht übersteigen darf.[154]

Zwar ist jedenfalls in Costa Rica der bedarfsorientierte Ansatz gelegentlich als für Entwicklungsländer unpassend kritisiert worden, doch gibt es keine weitverbreiteten Reformbestrebungen in den zentralamerikanischen Ländern und in Mexiko. Das deutet darauf hin, dass der Regelungsansatz einigermaßen gut zu funktionieren scheint.[155]

3. Die Mischrechtsordnungen in Nordamerika

a) Louisiana

Außer in Mexiko gibt es in Nordamerika zwei weitere Jurisdiktionen mit einer Kodifikation in der Tradition der kontinentaleuropäischen Rechte. Dabei handelt es sich zum einen um einen Bundesstaat im Süden der Vereinigten Staaten (Louisiana) und zum anderen um eine Provinz von Kanada (Quebec): Inseln des *civil law*, die umgeben sind von einem Meer von *common law*-Jurisdiktionen. Diese exponierte Lage hat das *civil law* zum Teil nachhaltig verändert, weshalb Louisiana und Quebec in der Regel als Mischrechtsordnungen kategorisiert werden.[156] Was den zwingenden Angehörigenschutz betrifft, so haben beide Jurisdiktionen unterschiedliche Regeln, die

[149] Artt. 979 Abs. 2 und 1150–1156 Código civil (Honduras). Allgemein zur „Quart der armen Witwe" oben Fn. 105.

[150] Art. 979 Abs. 2 Código civil (Honduras).

[151] Vgl. *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 188, 225.

[152] Art. 595 Código civil (Costa Rica).

[153] Art. 1375 Código civil (Mexiko).

[154] Art. 1141 Código civil (El Salvador).

[155] Vgl. die Nachweise und die Einschätzung bei *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 227–229.

[156] Allgemein dazu *Reinhard Zimmermann*, Mischrechtsordnungen, in: Basedow / Hopt / R. Zimmermann (Fn. 5) 1068–1071; *Jacques du Plessis*, Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems, in: Reimann / R. Zimmermann (Fn. 101) 474–501.

von sehr unterschiedlichen historischen Entwicklungen geprägt worden sind. Gemeinsam ist ihnen jedoch ein zentrales Merkmal: die Bedarfsorientierung.

Die Rechtsentwicklung in Louisiana[157] begann mit einem auf französischen und spanischen Wurzeln beruhenden System des Noterbenrechts, wobei in der Gesetzessammlung (Digest) von 1808 die Kinder des Erblassers einen Anteil von vier Fünfteln des Nachlasses erhielten bzw. die Eltern zwei Drittel, sofern keine Kinder vorhanden waren. In der Folgezeit wurde die Testierfreiheit schrittweise erweitert, bis die Väter der Verfassung von Louisiana aus dem Jahre 1921 es für ratsam erachteten, den Pflichtteil vor seiner völligen Abschaffung zu schützen. Das hielt die Verfechter der Testierfreiheit nicht davon ab, die Institution des Noterbenrechts weiter einzuschränken. So wurden etwa 1981 Vorfahren aus dem Kreis potenzieller Noterben ausgeschlossen. Als der Gesetzgeber dann auch das Noterbenrecht der Kinder zu beschränken versuchte, invalidierte der Louisiana Supreme Court das entsprechende Änderungsgesetz wegen Verstoßes gegen die soeben erwähnte Verfassungsbestimmung (die nunmehr in der nachfolgenden Verfassung von 1974 enthalten war).[158] Im Jahre 1996 wurde jedoch im Wege einer Volksabstimmung die Verfassung geändert und das Noterbenrecht außer für bestimmte Ausnahmefälle abgeschafft.[159] Diese Ausnahmefälle definiert Art. 1493(A) des Louisiana Civil Code nunmehr wie folgt: Der Erblasser wird überlebt von Abkömmlingen ersten Grades, die zum Zeitpunkt seines Todes 23 Jahre alt oder jünger sind oder die wegen Unzurechnungsfähigkeit oder körperlicher Gebrechen dauerhaft unfähig sind, für sich zu sorgen oder ihren Nachlass zu verwalten; unter bestimmten Umständen werden auch Enkel als Noterben anerkannt.[160]

Damit ist das Noterbenrecht zu einer Institution mit Unterhaltscharakter geworden.[161] Doch ist das, was die Noterben erhalten, ebenso wie in einigen der sozialistischen und postsozialistischen Rechtsordnungen,[162] kein Unterhaltsanspruch, sondern ein fest bestimmter Anteil – „ein Teil des Nachlasses, der ihnen nach dem Gesetz vorbehalten ist und als *legitime* bezeichnet

[157] Zum Folgenden *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 554–561; *Kathryn Venturatos Lorio*, Successions and Donations (= Louisiana Civil Law Treatise, Bd. X)[2] (2009) §§ 10:1 und 10:2. Das Zivilgesetzbuch von Louisiana (Louisiana Civil Code von 1870, seither in vielen Teilen novelliert) liegt nun auch in einer deutschen Übersetzung vor: *Markus G. Puder*, Das Zivilgesetzbuch von Louisiana: Zweisprachige Erstausgabe mit einer Einleitung (2017).

[158] *Succession of Lauga*, 624 Southern Reporter 2d 1156 (Louisiana 1993); dazu *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:2, S. 300–302.

[159] Vgl. *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:2, S. 304–305, auch mit dem Text der neuen Verfassungsbestimmung.

[160] Vgl. Art. 1493 Abs. (B) und (C). Das gilt, sofern der Elternteil, durch den der Enkel mit dem Erblasser verbunden ist, vorverstorben ist und zur Zeit des Todes des Erblassers 23 Jahre alt oder jünger gewesen wäre oder wenn der Enkel dauerhaft unfähig ist, für sich zu sorgen oder seinen Nachlass zu verwalten.

[161] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 558.

[162] Vgl. oben I.3.

wird".[163] Die Höhe dieses Anteils (für den auch der Begriff der *forced portion* verwendet wird, im Gegensatz zur *disposable portion*)[164] beträgt entweder die Hälfte oder ein Viertel des Nachlasses, je nachdem, ob nur ein Noterbe oder ob mehrere von ihnen vorhanden sind. Der Text des Art. 1494 Louisiana Civil Code („[a] portion of the decedant's estate reserved to him by law") lässt sich in dem Sinne verstehen, dass der Noterbe ein dingliches Recht an dem Nachlassanteil hat und damit also tatsächlich Noterbe im eigentlichen Sinne des Wortes ist.[165]

Es ist in Louisiana immer möglich gewesen, den Noterben ihren Anteil unter bestimmten Umständen zu entziehen.[166] Zunächst, im Digest von 1808 und den Gesetzbüchern von 1825 und 1870, waren die Gründe für eine solche Enterbung (*disinherison*) im Wesentlichen diejenigen, die in der Novelle 115 enthalten gewesen waren.[167] Unzufriedenheit mit der Tatsache, dass diese Gründe kaum je erfolgreich geltend gemacht werden konnten,[168] führte zu einer Reihe von Gesetzesänderungen. Im Jahre 1997 wurden die besonderen Enterbungsgründe versehentlich aufgehoben, sodass nur die allgemeine Vorschrift des Art. 1494 Louisiana Civil Code bestehen blieb: Einem Noterben darf sein Anteil nicht entzogen werden, „es sei denn, der Erblasser hat einen triftigen Grund, ihn zu enterben". Nach vier Jahren der Unsicherheit, ob das Gesetz damit eine Lücke enthielt und wie diese Lücke gegebenenfalls zu füllen sein könnte,[169] wurden die heute in Artt. 1617–1626 Louisiana Civil Code enthaltenen Vorschriften erlassen. Eine Liste von acht triftigen Gründen (*just causes*) für ein Elternteil, ein Kind zu enterben, findet sich in Art. 1621, darunter, wenn das Kind seine Hand gegen den Elternteil erhoben hat, wenn es sich vor Erreichen der Volljährigkeit ohne dessen Zustimmung verheiratet hat[170] oder wenn es, nach Erreichen der Volljährigkeit, ohne triftigen Grund zwei Jahre lang keine Kommunikation mit dem Elternteil aufgenommen hat, obwohl es wusste, wie dies zu bewerkstelligen ist – es sei denn, das Kind war zu dieser Zeit im aktiven Einsatz für die Streitkräfte der USA.[171] Es ist nach dem Recht von Louisiana nicht möglich, vor dem Ableben des Erblassers auf den Pflichtteil zu verzichten.[172]

---

[163] Art. 1494 Louisiana Civil Code.

[164] Art. 1495 Louisiana Civil Code.

[165] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 560–561.

[166] Die komplexe Geschichte der Entwicklung des Rechtsinstituts der Enterbung in Louisiana wird erzählt von: *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:14.

[167] Dazu *R. Zimmermann*, Protection (Fn. 105) 14.

[168] Vgl. z.B. *Succession of Lissa*, 198 Louisiana Reports 129, 3 Southern Reporter 2d 534 (1941); *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:14, nennt diesen Fall klassisch.

[169] Dazu *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:14, S. 352–353.

[170] Diese Vorschrift spiegelt den Sachverhalt von *Succession of Lissa* (Fn. 168).

[171] Für Parallelen im spanischen und katalanischen Recht vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 543.

[172] Artt. 949–951 Louisiana Civil Code.

Der überlebende Ehegatte ist nicht Noterbe. Er ist in der Regel durch das Ehegüterrechtsregime vergleichsweise gut geschützt; Louisiana ist einer von neun US-amerikanischen Bundesstaaten, in denen das gesetzliche Regime die Gütergemeinschaft ist.[173] Zudem gewährt der Louisiana Civil Code dem überlebenden Ehegatten, gleichgültig, ob er in Gütergemeinschaft verheiratet gewesen ist oder nicht, einen Anspruch auf „den Ehegattenanteil (*marital portion*) aus der Erbschaft des verstorbenen Ehegatten", vorausgesetzt, der Verstorbene war im Vergleich zum überlebenden Ehegatten „reich".[174] Das wird normalerweise angenommen, wenn er mindestens fünfmal so viel Vermögen hatte wie der Überlebende.[175] Schon aus der systematischen Stellung dieser *marital portion* im Gesetzbuch[176] lässt sich ersehen, dass es sich nicht um eine erbrechtliche Berechtigung handelt, sondern um eine „Last auf der Erbschaft des verstorbenen Ehegatten, die in jedem ehelichen Güterstand einbegriffen ist".[177] Die *marital portion* kann auch gegen den letzten Willen des Verstorbenen verlangt werden und ist somit zwingender Natur.[178] Der Betrag variiert, je nachdem, ob der Erblasser von Kindern überlebt wird und, wenn ja, von wie vielen. Sofern er kinderlos verstorben ist, beträgt die *marital portion* ein Viertel der Erbschaft zu Eigentum.[179] In keinem Fall soll der Betrag jedoch 1 Mio. Dollar übersteigen.[180] Wie die südamerikanische *porción conyugal* ist Louisianas *marital portion*, die in allen Kodifikationen seit 1808 enthalten war bzw. ist,[181] eine zeitgenössische Manifestation von Justinians „Quart der armen Witwe", wie wir sie in den Novellen 53, 6 und 117, 5 finden.[182]

b) Quebec

Verglichen mit der komplexen Geschichte des Noterbenrechts in Louisiana ist die Geschichte des zwingenden Schutzes der Angehörigen im

---

[173] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 540.

[174] Art. 2432 Louisiana Civil Code.

[175] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 555; *A. N. Yiannopoulos*, From Justinian with Love: The Legend of the Marital Portion, in: Essays in Honor of Saúl Litvinoff (2008) 373–397, 387.

[176] Als Kap. 4 von Buch III („Of the different modes of acquiring the ownership of things"), Titel VI („Eheliche Güterstände") des Louisiana Civil Code.

[177] „[…] an incident of any matrimonial property regime and a charge on the succession of the deceased spouse": Art. 2433 Louisiana Civil Code; vgl. auch *Yiannopoulos*, From Justinian with Love (Fn. 175) 389.

[178] *Yiannopoulos*, From Justinian with Love (Fn. 175) 390.

[179] Wenn er von bis zu drei Kindern überlebt wird, beträgt die *marital portion* ein Viertel des Nachlasses zu Nießbrauch; sind mehr als drei Kinder vorhanden, erhält der überlebende Ehegatte den Anteil eines Kindes an einem solchen Nießbrauch: Art. 2434 Louisiana Civil Code.

[180] Art. 2434 Louisiana Civil Code.

[181] Dazu *Yiannopoulos*, From Justinian with Love (Fn. 175) 381–386.

[182] *R. Zimmermann*, Protection (Fn. 105) 17.

Erbrecht von Quebec recht einfach.[183] Trotz des ähnlichen kulturellen Erbes – in diesem Fall französisches statt französisches und spanisches Recht – könnte der Ausgangspunkt der Rechtstradition in Quebec in diesem Punkt kaum unterschiedlicher sein. Der Quebec Act 1774 („ein bestimmendes Element der Rechts- und Sozialgeschichte [des Landes]")[184] garantierte zwar den Gebrauch der französischen Sprache und die Fortsetzung der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, etablierte gleichzeitig aber das Prinzip der Testierfreiheit;[185] und auch wenn die genaue Bedeutung des Gesetzes in dieser Hinsicht unklar war,[186] wurde doch die Testierfreiheit zu einem Bestandteil des Privatrechts in Quebec, der mit besonderer Zähigkeit bewahrt wurde, sogar mit deutlich größerer als in den umliegenden (*common law*-) Provinzen von Kanada.[187] Das zeigt sich sehr deutlich im Gesetzbuch von 1866, in dem die Einführung einer *légitime*, oder *réserve*, zugunsten der nächsten Angehörigen des Erblassers nicht einmal erwogen wurde,[188] und es ergibt sich auch heute aus der Vorschrift, die den vierten Titel („Testamente") von Buch III („Erbrecht") des Zivilgesetzbuches von Quebec eröffnet: „Jede Person […] kann durch Testament die Rechtsnachfolge von Todes wegen für ihr gesamtes Vermögen oder für Teile desselben abweichend vom Gesetz regeln."[189] Doch enthält Titel 3 („Gesetzliche Erbfolge") nunmehr eine Einschränkung in den Artt. 684–695: Die Ansprüche der Unterhalts-

---

[183] Zum Folgenden vgl. *Alexandra Popovici / Lionel Smith*, Freedom of Testation and Family Claims in Canada, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 507–533, 512–519.

[184] *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 514.

[185] Während der Zeit des Gewohnheitsrechts (1534–1774) war der Coutume de Paris der Status einer vorherrschenden Rechtsquelle zuerkannt worden. Es scheint so gut wie keine Diskussion zu der radikalen Abkehr von der französischen Tradition (zu dieser *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 475–480) in diesem Punkt gegeben zu haben. Die Geschichte der Einführung der unbegrenzten Testierfreiheit in Quebec wird erzählt von: *André Morel*, Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec (1960) 19–35. Morels Buch wird als einer der klassischen Texte des Rechts von Quebec betrachtet; vgl. *Christine Morin*, André Morel, Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la province de Québec, in: Les grands textes, hrsg. von Brigitte Lefebvre / Benoît Moore (2018) 325–350.

[186] Im April 1801 wurde jedenfalls teilweise Klarheit geschaffen durch einen „Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les Testaments et Ordonnances de dernière volonté"; *Morel*, Les limites (Fn. 185) 35–42.

[187] Dazu unten V.2.

[188] *Morel*, Les limites (Fn. 185) 42–48; *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 515–516. Zum Schutz der überlebenden Witwe (und der gemeinsamen Kinder) hatte Quebec die Institution der *douaire* (*dower*) aus dem alten französischen Gewohnheitsrecht rezipiert und in Artt. 1260 und 1426–1449 Civil Code of Lower Canada (1866) aufgenommen. Sie wurde im Laufe der Zeit aber zunehmend unbeliebt. 1960 schrieb *Morel*, Les limites (Fn. 185) 56: „[D]epuis plusieurs années déjà, n'est-il pas un contrat de marriage qui ne prenne le soin de l'exclure formellement"; vgl. auch Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law, hrsg. von John E. C. Brierley / Roderick Macdonald (1993) 311–312 („[…] an early and well-established practice").

[189] „Toute personne […] peut, par testament, régler autrement que ne le fait la loi la dévolution, à sa mort, de tout ou partie de ses biens": Art. 703 Code civil du Québec.

gläubiger des Erblassers überleben in gewisser Weise dessen Tod.[190] Der finanzielle „Beitrag" (*contribution*), den jeder von ihnen verlangen kann, wird in Form eines Pauschalbetrages zugesprochen, der einmalig oder in Raten zahlbar ist.[191] Allerdings darf der Unterhaltsgläubiger nicht erbunwürdig oder für erbunwürdig erklärt sein.[192] Diese Vorschriften sind zunächst im Jahre 1989 eingeführt und dann in den Code civil du Québec übernommen worden, nachdem eine Reformdebatte seit den 1950er-Jahren geschwelt hatte.[193] Zudem ist der überlebende Ehegatte in allen Fällen einer Beendigung der Ehe durch die Einführung eines zwingenden Regimes der Teilung des Familienvermögens (*patrimoine familial*)[194] sowie einen Anspruch auf Ausgleichszahlung für Vorteile, die der Verstorbene vom überlebenden Ehegatten empfangen hat (z. B. aufgrund von Dienstleistungen), geschützt.[195]

Interessanterweise wurde damit also in beiden Jurisdiktionen ein Prinzip als sakrosankt („sacred to the civilian tradition")[196] betrachtet, das in fundamentalem Gegensatz zu dem jeweils anderen stand.

IV. Kennzeichen und Entwicklungslinien

Im Hinblick auf Pflichtteil und Noterbenrecht in den Privatrechtsgesetzbüchern des romanischen und deutschen Rechtskreises wurde an anderer Stelle eine Reihe von Kennzeichen und Entwicklungslinien herausgearbeitet,[197] die in teilweise ähnlichem, teilweise schwächerem, in einem Punkt (Bedarfsorientierung) aber auch deutlich stärkerem Maße auf die vorliegend behandelten Kodifikationen zutreffen.

---

[190] Aus diesem Grund besteht der Anspruch sowohl bei testamentarischer als auch bei gesetzlicher Erbfolge.

[191] Artt. 684 und 685 Abs. 1 Code civil du Québec. Die Faktoren, die für die Bestimmung des Betrages der *contribution* relevant sind, werden in Art. 686 Code civil du Québec aufgezählt. Art. 688 enthält ein einigermaßen komplexes Bündel von Deckelungen, darunter die Regel, dass die *contribution* nicht zehn Prozent des Wertes des Nachlasses übersteigen darf.

[192] Art. 684 Abs. 2 *in fine* i. V. m. Artt. 620 f. Code civil du Québec.

[193] Zur dadurch herbeigeführten (indirekten) Begrenzung der Testierfreiheit vgl. *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 517–519; *Christine Morin*, Exercer sa liberté de tester: pas toujours sur la valeur de son patrimoine …, in: Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial (2006) 33–55, 47–54.

[194] Art. 416 Code civil du Québec; dazu *Morin*, Exercer sa liberté de tester (Fn. 193) 37–42. Das Familienvermögen besteht unter anderem aus der Familienwohnung, dem Hausrat, dem Familienauto und den Versorgungsansprüchen, die während der Ehe erworben worden sind: Art. 415 Code civil du Québec.

[195] Artt. 427–430 Code civil du Québec; vgl. auch *Morin*, Exercer sa liberté de tester (Fn. 193) 42–47.

[196] *Lorio*, Successions (Fn. 157) § 10:1 für Louisiana; *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 512 („almost sacred") für Quebec.

[197] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 534–546.

1. System und Terminologie

So besteht eine erhebliche Varianz der systematischen Verortung der einschlägigen Regelungen. Argentinien widmet der *porción legítima* einen eigenständigen Titel, den es im Anschluss an Titel IX („Sucesiones intestadas") und vor Titel XI („Sucesiones testamentarias") in seinen Código civil y comercial einfügt, während der ebenfalls eigenständige Titel des chilenischen Código civil (er steht unter der Überschrift „De las asignaciones forzosas") in den systematischen Kontext der testamentarischen Erbfolge eingebettet ist; er wird gerahmt von Titel IV („De las asignaciones testamentarias") und Titel VI („De la revocacion y reforma del testamento"). In Brasilien sind die Vorschriften über die *herdeiros necessários* Teil des Titels über die gesetzliche Erbfolge, der venezolanische Código civil enthält einen Abschnitt „De la Legítima" als Teil seines Kapitels über die testamentarische Erbfolge, und in Bolivien ist das Noterbenrecht im Rahmen von Titel I „De las disposiciones comunes a las sucesiones en general" geregelt. In der Russischen Föderation, in Slowenien und Norwegen sind die Vorschriften über das Noterbenrecht, wie in Brasilien, Teil der Regelungen über die gesetzliche Erbfolge; in der Ukraine, Litauen und Kroatien werden sie demgegenüber, wie in Venezuela, in den systematischen Zusammenhang der testamentarischen Erbfolge gestellt. Schweden und Dänemark haben ein eigenständiges Kapitel zwischen der gesetzlichen und der testamentarischen Erbfolge. Ungarn und Polen regeln das Pflichtteilsrecht separat im Anschluss an testamentarische und gesetzliche (Ungarn) bzw. gesetzliche und testamentarische Erbfolge (Polen). Louisiana folgt dem französischen Regelungsmuster, indem das Noterbenrecht nicht Teil des Titels „Des successions", sondern im Rahmen eines Titels „Des liberalités" geregelt ist, der Testamente und Schenkungen erfasst. Die Unterhaltsansprüche gegen den Nachlass finden sich in Mexiko vor den Regeln über die testamentarische und gesetzliche Erbfolge; in Quebec bilden sie einen Teil der Regeln über die gesetzliche Erbfolge und in Costa Rica einen Teil der Regeln über die testamentarische Erbfolge. Im Grunde ist also in vergleichender Perspektive keine Leitlinie zu erkennen. Allenfalls lässt sich festhalten, dass das Intestaterbrecht nicht als der richtige Platz für eine Regelung des *Pflichtteilsrechts* (im Gegensatz zum Noterbenrecht) betrachtet wird.

Die an anderer Stelle erwähnte terminologische Konfusion[198] zeigt sich auch bei den hier behandelten Rechten, wenn zum Beispiel sowohl das norwegische als auch das dänische Recht ein Regime des Noterbenrechts haben, dieses aber in Norwegen als *pliktdel* und in Dänemark als *tvangsarv* bezeichnet wird (obwohl gerade in Dänemark der Erblasser bestimmen kann, dass seine Abkömmlinge ihren Anteil in Geld ausbezahlt erhalten).[199] In

[198] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 535–536.
[199] Vgl. oben bei Fn. 83.

manchen südamerikanischen Ländern sind *legitimarios* Noterben *stricto sensu*, in anderen nicht.

2. Ausgestaltung

Was die Rechtsnatur der Berechtigung der nächsten Angehörigen betrifft, so bewahren viele der postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas noch ein Noterbenrecht, während andere, vor allem in jüngerer Zeit, den nächsten Angehörigen lediglich einen Geldanspruch gewähren (Estland 2008, Tschechische Republik 2012, Ungarn 2013, Lettland 2014; vgl. aber auch bereits Polen 1964 und Serbien 1995). Die skandinavischen Rechte sind traditionell dem Noterbenmodell gefolgt, doch hat Finnland 2003 die Seiten gewechselt. Auch Dänemark (2007) anerkennt für Abkömmlinge kein echtes Noterbenrecht mehr. Die Volksrepublik China ist 1985 von einem Regime des Noterbenrechts zu einem solchen des „notwendigen Teils" übergegangen. Die südamerikanischen Kodifikationen stehen bis heute in der überkommenen Tradition des spanischen, portugiesischen und französischen Rechts. Nicht überall können *herederos forzosos* jedoch erwarten, tatsächlich (Mit-)Erben zu werden. Zudem ist das Noterbenregime in neuerer Zeit Gegenstand erheblicher Kritik geworden.

Auch hinsichtlich des Kreises der durch Noterben- oder Pflichtteilsrecht geschützten Angehörigen folgen die südamerikanischen Kodifikationen einer konservativen Linie, wenn sie die Eltern des Erblassers, darüber hinaus aber auch seine Vorfahren insgesamt berücksichtigen. Viele der postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas hingegen (unter ihnen Ungarn, Estland und Lettland) beziehen nur die Eltern ein, während andere Staaten Vorfahren insgesamt ausschließen oder ihnen nur einen bedarfsabhängigen Anspruch gewähren. Auch die skandinavischen Rechte schützen die Vorfahren nicht. Geschwister sind heute ganz überwiegend ausgeschlossen (anders jedoch in Taiwan und, unter bestimmten Umständen, in Slowenien und Serbien).

Die auf Justinian zurückreichende Tradition der „Quart der armen Witwe" hat sich in den südamerikanischen Kodifikationen lange erhalten, in einigen von ihnen bis heute. Überwiegend hat der überlebende Ehegatte nunmehr jedoch den Status eines *legitimario*. In den postsozialistischen Ländern Zentral- und Osteuropas sowie in der Volksrepublik China ist der überlebende Ehegatte in derselben Weise Noterbe bzw. Pflichtteilsberechtigter, wie Abkömmlinge dies sind. In einer Reihe von Rechtsordnungen (Norwegen, Schweden, Louisiana, Quebec) wird der überlebende Ehegatte hauptsächlich oder sogar ausschließlich durch das eheliche Güterrechtsregime geschützt. In Ländern, die die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennen (Skandinavien, Argentinien, Ungarn), hat der überlebende gleichgeschlechtliche Ehegatte dieselben Rechte wie bei der traditionellen heterosexuellen

Ehe. Gleiches gilt zum Beispiel in Ungarn für den überlebenden Lebenspartner. In Norwegen, Schweden und Finnland genießen sogar in eheähnlicher Gemeinschaft lebende Kohabitanten einen gewissen Schutz.

Wie in Portugal, Belgien und den Niederlanden ist der zwingende Angehörigenschutz auch in Ungarn und Argentinien durch eine Herabsetzung der Quoten geschwächt worden. In vielen postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas, in Schweden und Finnland sowie in Brasilien ist, wie vielfach auch in Westeuropa, anerkannt, dass ein Erblasser über die Hälfte seines Nachlasses verfügen können soll; in Dänemark und Ungarn ist die Quote sogar höher.

Gelegentlich macht sich der Wunsch nach größerer Flexibilität geltend, so insbesondere beim norwegischen *pliktdel* und beim dänischen *tvangsarv*. Das besondere Flexibilisierungselement des Pflichtteilsverzichts findet sich in Polen, Ungarn und vielen der anderen postsozialistischen Staaten Zentral- und Osteuropas sowie in Skandinavien. Die südamerikanischen Kodifikationen halten sich demgegenüber auch in diesem Punkt an die römische, portugiesische und spanische Tradition. Die Möglichkeit der Entziehung des Pflichtteils bzw. der „Enterbung" ist weithin anerkannt, hält sich aber ganz überwiegend in den herkömmlichen engen Grenzen.

3. Bedarfsorientierung

Besonders interessant ist angesichts der Tradition bestimmter für die Noterben oder Pflichtteilsberechtigten reservierter Quoten die in den Gesetzbüchern des romanischen und germanischen Rechtskreises in neuester Zeit zu beobachtende Attraktivität des Konzepts einer bedarfsabhängigen Versorgung der nächsten Angehörigen, vor allem des überlebenden Ehegatten.[200] Dieses Konzept ist in den im rechtsvergleichenden Diskurs häufig marginalisierten Rechtsordnungen der *civilian tradition* teilweise bereits seit Langem weit verbreitet. So enthält das Pflichtteilsrecht in Polen eine bedarfsorientierte Komponente, indem Pflichtteilsberechtigte, die typischerweise nicht selbst für ihren Unterhalt aufkommen können, einen erhöhten Anteil am Nachlassvermögen erhalten. Zudem trägt der Kodeks cywilny dem Unterhaltsbedarf von Großeltern des Erblassers Rechnung, deren Lebensstandard unterhalb der Armutsgrenze liegt. Das ungarische Recht berücksichtigt den konkreten Bedarf im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten, während das tschechische Recht dem überlebenden Ehegatten bis zum Zeitpunkt der Wiederverheiratung einen Anspruch auf „notwendige Versorgung" gibt. In der Russischen Föderation, in der Ukraine, in Belarus, Estland und Litauen ist das Noterbenrecht ganz allgemein bedarfsabhängig ausgestaltet, in Slowenien, Kroatien und Serbien gilt

[200] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 544–546.

dasselbe für die „relativen" Noterben (oder Pflichtteilsberechtigten). Das tschechische Zivilgesetzbuch gewährt minderjährigen Abkömmlingen des Erblassers einen höheren Anteil als anderen Abkömmlingen. Das Erbgesetz der Volksrepublik China enthält die Doktrin des „notwendigen Teils" und gewährt den Gerichten ein weites Ermessen bei der Festlegung, was für einen bestimmten Angehörigen notwendig ist, um seine Grundbedürfnisse zu befriedigen. Die skandinavischen Erbgesetze kennen einen bedarfsorientierten Minimalschutz für den überlebenden Ehegatten. Die zentralamerikanischen Staaten und Mexiko haben einen rein bedarfsorientierten, auf die Gewährung von Unterhaltsansprüchen fokussierten Ansatz implementiert. Dasselbe gilt für Quebec. Louisiana, die andere im Grundsatz „zivilistische" Rechtsordnung in Nordamerika, bewahrt noch die überkommene Idee eines Noterbenrechts, hat sie aber, wie einige der postsozialistischen Staaten, zu einer Institution mit Unterhaltscharakter umgestaltet.

V. Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation: *family provision*

Das bringt uns zu den Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation. Hierhin gehören in erster Linie England und seine Tochterrechte, die einen besonders flexiblen Ansatz verfolgen. In England figuriert er unter der Bezeichnung „family provision".

1. „… a just, but not a loving, husband or father": Neuseeland und Australien

Vorreiter war das neuseeländische Recht.[201] Dort hatte die uneingeschränkt etablierte Testierfreiheit zu Missständen geführt: Erblasser konnten durch ihre letztwillige Verfügung dafür sorgen, dass von ihnen abhängige Personen, insbesondere Kinder und überlebende Ehegatten, mittellos und unversorgt zurückblieben.[202] Sir Robert Stout, ein schottischer Immigrant und prominenter Politiker, später 27 Jahre lang Chief Justice von Neuseeland,[203] versuchte in den 1890er-Jahren zunächst, nach schottischem Vorbild[204] feste Quoten für die Witwe und die Kinder des Erblassers einzufüh-

[201] Zum Folgenden auch *Nicola Peart / Prue Vines*, Family Provision in New Zealand and Australia, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 450–476.

[202] Zur Entwicklung seit der Kolonisierung *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 452–454.

[203] *Waldo Hilary Dunn / Ivor L. M. Richardson*, Sir Robert Stout (1961); *David Hamer*, Stout, Robert, in: Dictionary of New Zealand Biography, <https://teara.govt.nz/en/biographies> (16.9.2020).

[204] Dazu unten VI.1.

ren (jeweils ein Drittel des Nachlasses), doch vergeblich. Die damit einhergehende und schon im Titel des Gesetzentwurfs („Limitation of the Power of Disposition by Will Bill") zum Ausdruck kommende Begrenzung der Testierfreiheit wurde als zu weitgehend betrachtet; und so war es erst eine kurz darauf eingebrachte „Testator's Family Provision out of the Estate Bill", die mit dem Erlass des Testator's Family Maintenance Act 1900 zum Erfolg führte.[205] Durch dieses Gesetz wurde die Testierfreiheit formell nicht eingeschränkt; vielmehr erhielten die Gerichte die Befugnis, nach ihrem Ermessen („at [their] discretion") adäquate Vorsorge für eine angemessene Versorgung („adequate provision for the proper maintenance and support") des überlebenden Ehegatten des Erblassers oder seiner Kinder aus seinem Nachlass anzuordnen, soweit der Erblasser selbst dies nicht getan hatte.[206] Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens war, ohne dass dem zunächst große Bedeutung beigemessen worden wäre, der Begriff der *due provision*, der im ursprünglichen Entwurf enthalten gewesen war, durch den der *adequate provision* ersetzt worden. Damit war der Weg zu einer gerichtlichen Intervention vorgezeichnet, die über eine an den Grundbedürfnissen orientierte Versorgung deutlich hinausging. In ihrem Kern ist diese Vorschrift, trotz mehrfacher Gesetzesänderungen, durch die zum Beispiel der Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert worden ist, erhalten geblieben; sie findet sich heute in s. 4 des Family Protection Act 1955. Die australischen Jurisdiktionen sind allesamt dem neuseeländischen Vorbild gefolgt und haben in der Zeit von 1906 bis 1929 gleich oder ähnlich formulierte Gesetze – kollektiv als „Testator's Family Maintenance Legislation" bezeichnet – eingeführt.[207]

Sowohl in Neuseeland als auch in Australien reflektiert der Kreis der Anspruchsberechtigten den gesellschaftlichen Wandel des Familienbildes. So können etwa in Neuseeland der überlebende Ehegatte (einschließlich des gleichgeschlechtlichen), der überlebende Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft und einer nicht eingetragenen *de facto*-Beziehung („a de facto partner who was living in a de facto relationship with the deceased at the date of his or her death") einen Antrag auf Versorgung aus dem Nachlass des Erblassers stellen, ferner Kinder (eheliche ebenso wie nichteheliche und adoptierte), Enkel, Stiefkinder, soweit sie zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers von diesem unterhalten wurden oder Anspruch auf Unterhalt gehabt haben, sowie – unter bestimmten Umständen – die Eltern des Erblassers.[208] In Australien können auch überlebende ehemalige Ehegatten und eingetragene Lebenspartner anspruchsberechtigt sein; es ist also nicht erforderlich,

---

[205] Zur Entwicklung und zu den Hintergründen *Rosalind Atherton*, New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 – The Stouts, the Women's Movement and Political Compromise, (1990) 7 Otago Law Review 202–221, 214; *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 454–466.

[206] Section 2 des Testator's Family Maintenance Act 1900 (NZ).

[207] *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 457.

[208] Section 3 Family Protection Act 1955.

dass die Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch bestanden hat. Ferner können in Australien auch weitere vom Erblasser abhängige Personen, gleich ob mit ihm verwandt oder nicht, einen Anspruch geltend machen.[209]

Was bedeutet „adequate provision for the proper maintenance and support"?[210] Nachdem zunächst ein an den Armengesetzen des 19. Jahrhunderts orientierter Ansatz vertreten wurde, setzte sich alsbald der *moral duty*-Test durch, wie ihn der New Zealand Court of Appeal im Jahre 1909 formulierte: „It is the duty of the Court, so far as possible, to place itself in all respects in the position of the testator, and to consider whether or not, having regard to all existing facts and surrounding circumstances, the testator has been guilty of a manifest breach of that moral duty which a just, but not a loving, husband or father owes towards his wife or towards his children, as the case may be."[211] Das gilt im Grundsatz bis heute, und es gilt für Neuseeland wie für Australien. Geprüft wird die Anspruchsberechtigung in zwei Stufen: „The first stage calls for a determination of whether the applicant has been left without adequate provision for his or her proper maintenance, education and advancement in life. The second stage, which only arises if that determination be made in favour of the applicant, requires the court to decide what provision ought to be made out of the deceased's estate for the applicant."[212] Zur Beantwortung der ersten Frage sind, wie in *Allardice v Allardice* hervorgehoben, alle Umstände des Falles zu würdigen. So sind, was den überlebenden Ehegatten betrifft, der ihr oder ihm vertraute Lebensstandard und die damit verbundenen Erwartungen, die Dauer der Ehe und die eigene finanzielle Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen.[213] Seit 1963 sind überlebende Ehegatten in Neuseeland berechtigt, die Aufteilung des Gemeinschaftsvermögens der Eheleute (oder eingetragenen Lebenspartner) nach denselben Grundsätzen wie bei einer Scheidung zu verlangen.[214] Diese Aufteilung hat gegenüber dem Versorgungsanspruch nach dem Family Protection Act Vorrang. Für die Anspruchsberechtigung von Kindern ist die Perspektive des „wise and just, rather than […] fond or foolish […] father" maßgeblich.[215] Schenkungen unter Lebenden (etwa des Bauernhofes der

---

[209] Details bei *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 462.

[210] Zur Entwicklung im Einzelnen *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 464–472.

[211] *Allardice v Allardice* [1909] 29 New Zealand Law Reports (NZLR) 959, 972–973 (CA) (bestätigt in *Allardice v Allardice* [1911] Law Reports, Appeal Cases (AC) 730 (PC)).

[212] *Singer v Berghouse* [1994] 181 Commonwealth Law Reports 201, unter 15.

[213] Vgl. etwa *Allardice v Allardice* (Fn. 211) 974.

[214] Matrimonial Property Act 1963 (NZ); dazu *Nicola Peart*, Family Finances on Death of a Spouse or Partner, in: Law and Policy in Modern Family Finance: Property Division in the 21st Century, hrsg. von Jessica Palmer / Nicola Peart / Margaret Briggs / Mark Henaghan (2017) 95–124.

[215] *Bosch v Perpetual Trustee Co Ltd* [1938] AC 463, 478–479.

Familie oder eines Familienunternehmens) können die Anspruchsberechtigung reduzieren oder entfallen lassen.

Ein weiser und gerechter Vater wird in der Regel auch erwachsene Kinder in seinem Testament bedenken. Die meisten Gerichtsverfahren betreffen heutzutage Ansprüche erwachsener Kinder, die sich vom Erblasser (insbesondere gegenüber ihren Geschwistern) ohne Grund zurückgesetzt fühlen.[216] Während sie in Australien im Allgemeinen ein finanzielles Bedürfnis darlegen müssen, um mit ihrem Antrag auf Versorgung aus dem Nachlass erfolgreich zu sein,[217] ist dieses Erfordernis in Neuseeland 1962 eliminiert worden.[218] Damit konnten und können auch finanziell unabhängige erwachsene Kinder einen Versorgungsanspruch geltend machen. Die neuseeländische Law Commission empfand dies als zu weitgehend; doch wurde ihr Reformvorschlag nicht umgesetzt. Gleichwohl signalisiert die Entscheidung des New Zealand Court of Appeal in *Williams v Aucutt* aus dem Jahre 2000 eine etwas größere Zurückhaltung, wenn es dort heißt, dass, soweit kein finanzielles Bedürfnis besteht, auch ein Vermächtnis von mäßigem Umfang ausreicht, um der Bedeutung der familiären Beziehung Rechnung zu tragen.[219] Doch dürfe, was der Erblasser seinem erwachsenen Kind hinterlasse, nicht unangemessen kümmerlich („unduly niggardly") sein, um in diesem nicht ein berechtigtes Gefühl des Ausgeschlossenseins und damit der Wertlosigkeit hervorzurufen.[220]

Die Gerichte können sich weigern, eine Anordnung auf Versorgung aus dem Nachlass zugunsten einer Person zu erlassen, deren Charakter oder Verhalten nach Auffassung des Gerichts eine solche Weigerung rechtfertigt.[221] Insbesondere ist, wer den Erblasser getötet hat, normalerweise kein geeigneter Empfänger von Vermögensvorteilen aus dessen Nachlass.

Das Resümee ihrer Analyse der *family provision* in Neuseeland und Australien ist für Nicola Peart und Prue Vines einigermaßen niederschmetternd.[222] Ursprünglich als eine bescheidene Beschränkung der grundsätzlich gewährleisteten Testierfreiheit gedacht, hätten die gesetzlichen Regeln und ihre Interpretation durch die Rechtsprechung dazu geführt, dass die Testierfreiheit in beiden Staaten zu einem Mythos geworden sei. Deutlich sei, dass sie einer sehr weitreichenden Einschränkung unterliege, undeutlich sei demgegenüber aber, wo genau die Grenze verlaufe. Damit herrsche insge-

---

[216] Hierzu und zum Folgenden *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 468–470.

[217] *Re Sinnott* [1948] Victorian Law Reports 279, 280.

[218] *Re Harrison* [1962] NZLR 6 (CA).

[219] *Williams v Aucutt* [2000] 2 NZLR 479 (CA), unter 52.

[220] *Fisher v Kirby* [2012] NZCA 310, unter 118.

[221] Section 5 des Family Protection Act 1955; dazu und zu den einschlägigen Vorschriften und zu ihrer Auslegung in Australien *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 471–472. Die Gerichte können, statt den Anspruch auszuschließen, auch einen geringeren Betrag ansetzen.

[222] *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 475–476.

samt eine nicht akzeptable Rechtsunsicherheit, die gesetzgeberisches Eingreifen erfordere.

2. „… two sorts of norms“: die englisch geprägten Provinzen von Kanada

Ähnlich unbefriedigend wie in Neuseeland und Australien ist die Rechtslage in den neun Provinzen und den drei Territorien von Kanada, die in der Tradition des englischen Rechts stehen.[223] Das ist angesichts der Tatsache kaum überraschend, dass die einschlägigen Gesetze vom neuseeländischen Vorbild inspiriert waren und unter Rückgriff auf Entscheidungen wie *Allardice v Allardice* und *Bosch v Perpetual Trustee Co Ltd* interpretiert wurden.[224] Den Anfang machten im Jahre 1910 Alberta und Sasketchwan, die allerdings nur der überlebenden Witwe Schutz gewährten. Der Gesetzgeber in British Columbia erließ 1920 einen Testators's Maintenance Act, der auch Kinder berücksichtigte.[225] Im Laufe der Zeit folgten die anderen Provinzen und Territorien, die letzten in den frühen 1970er-Jahren, sodass heute alle von ihnen über jeweils unterschiedlich benannte, kollektiv zumeist als „Dependants' Relief Legislation“ bezeichnete Gesetze verfügen.[226] Sie entsprechen in wesentlichen Punkten dem Gesetz von British Columbia, weisen aber auch nicht unerhebliche Unterschiede untereinander auf. Obwohl es in erster Linie darum geht, ob der Erblasser angemessene Vorsorge (*adequate provision*) für seine Angehörigen getroffen hat, und obwohl eine bereits zu Lebzeiten bestehende Unterhaltspflicht ein wichtiger Faktor für die Zuerkennung von *dependants' relief* sein kann, handelt es sich nicht einfach um den nach dem Tod des Erblassers fortbestehenden Unterhaltsanspruch. Vielmehr steht die Gewährung von *dependants' relief* im Ermessen des Gerichts. So heißt es etwa in dem heute für British Columbia maßgeblichen Wills, Estate and

---

[223] Dazu des Näheren *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 519–532; *Gordon Bale*, Limitation on Testamentary Disposition in Canada, (1964) 42 Canadian Bar Review 367–398; *Albert H. Oosterhoff / C. David Freedman / Mitchell McInnes / Adam Parachin*, Oosterhoff on Wills[8] (2016) 849–912 (mit besonderer Berücksichtigung des Rechts von Ontario); Überblick auch bei *Andreas Bauer*, Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts (2008) 129–133; speziell zum Recht von British Columbia vgl. *Leopold Amighetti*, The Law of Dependants' Relief in British Columbia (1991); *Dorota Miler*, Dependants' Relief Legislation and Compulsory Portion: Limits on Freedom of Testation in British Columbia and Germany in Comparative Perspective (2017).

[224] Vgl. etwa Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 852–853; *Miler*, Dependants' Relief Legislation (Fn. 223) 35–40. Aus dem neuseeländischen Recht bekannt sind etwa das Abstellen (auch) auf die moralische Verpflichtung des Erblassers (dazu sogleich im Text) und die zweistufige Herangehensweise (hat der Erblasser angemessene Vorsorge getroffen? – wenn nein, welche Vorsorge ist nunmehr zu treffen?).

[225] Das Gesetz von British Columbia war formuliert „in practically the same terms as the New Zealand statute“; Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 853.

[226] Überblick bei *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 511 (Fn. 21).

Succession Act von 2009 (s. 60) „[that] the court may […] order that the provision that it thinks adequate, just and equitable in the circumstances be made out of the will-maker's estate […]" (in den meisten anderen Provinzen wird statt „adequate, just and equitable" nur der Begriff „adequate", gelegentlich auch „reasonable", gebraucht).

Die *cause célèbre* zur Auslegung und Anwendung dieser Vorschrift ist eine Entscheidung des kanadischen Supreme Court in *Tataryn v. Tataryn Estate*,[227] in der zwischen zwei Typen von Normen unterschieden wird, die gemeinsam einen Maßstab dafür bilden, was im jeweiligen Einzelfall angemessen, gerecht und billig ist: zum einen rechtliche Verbindlichkeiten, die einer Person zu Lebzeiten auferlegt würden, wenn sich die Frage nach der Versorgung des Anspruchstellers ergäbe; und zum anderen moralische Verbindlichkeiten, die aus den vernünftigen Erwartungen der Gesellschaft folgen, wie eine umsichtig urteilende Person unter den gegebenen Umständen handeln würde.[228] Diese besonders extensive Interpretation der besonders weitreichenden Norm in British Columbia wirft mindestens so viele Fragen auf, wie sie beantwortet,[229] darunter die, ob derselbe Standard auch für die Gesetze der anderen Provinzen gilt (was teilweise angenommen wird).[230] Es gibt eine ganze Vielzahl von Kriterien, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind oder doch zu berücksichtigen sein können;[231] und ebenso gibt es eine Reihe von Umständen, aufgrund derer ein Anspruch ausgeschlossen sein kann[232] – anders als in Quebec enthält das Gesetz keine Kategorie der Erbunwürdigkeit.[233]

Der Anspruch auf *family relief* steht heute in allen englisch geprägten Provinzen Kanadas minderjährigen Kindern und dem überlebenden Ehegatten

---

[227] *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 SCR 807 (auszugsweise abgedruckt auch in: Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 854–857).

[228] „[…] [T]wo sorts of norms are available and both must be addressed. The first are the obligations which the law would impose on a person during his or her life were the question of provision for the claimant to arise. These might be described as legal obligations. The second type of norms are found in society's reasonable expectations of what a judicious person would do in the circumstances, by reference to contemporary community standards. These might be called moral obligations […]. Together, these two norms provide a guide to what is 'adequate, just and equitable' in the circumstances of the case." Die Entscheidung geht dann näher auf beide Typen von Normen ein und versucht zu bestimmen, wie sie gegeneinander abzuwägen sind.

[229] *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 529.

[230] Näher dazu *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 529–530.

[231] Eingehend *Miler*, Dependants' Relief Legislation (Fn. 223) 72–92; *Amighetti*, The Law of Dependants' Relief (Fn. 223) 106–137.

[232] Auch dazu eingehend *Miler*, Dependants' Relief Legislation (Fn. 223) 92–104. So darf natürlich, wer den Erblasser getötet hat, nicht von seiner Tat profitieren (*slayer rule*). Darüber gehen die einschlägigen Gesetze aber weit hinaus. Allgemein formulieren *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 526: „Interestingly, […] most common law statutes allow the courts to take into account, usually among a range of other factors, whether the 'character or conduct' of the applicant should disentitle him or her to the benefit of an order."

[233] Vgl. oben Fn. 192.

zu.[234] In manchen Provinzen erstreckt sich der Schutz auf überlebende Kohabitanten, in manchen auch auf ehemalige Ehegatten, sofern der Verstorbene ihnen Unterhalt schuldete. Auch erwachsene Kinder können anspruchsberechtigt sein, in British Columbia ganz allgemein,[235] in anderen Provinzen nur, soweit sie sich nicht selbst unterhalten können oder sich in einer Notlage befinden. Mitunter werden auch Enkel, Eltern und Großeltern des Verstorbenen einbezogen, soweit sie vom Verstorbenen finanziell abhängig waren. Außer in British Columbia und Nova Scotia kann *dependants' relief* auch in Fällen der Intestaterbfolge verlangt werden.[236]

Was die Versorgung des überlebenden Ehegatten betrifft, so ist zu berücksichtigen, dass überall das während der Ehe akkumulierte Familienvermögen hälftig aufzuteilen ist, wenn die Ehe geschieden wird. In den meisten kanadischen Jurisdiktionen gilt dasselbe, wenn die Ehe durch den Tod eines Ehegatten endet.[237] In den anderen kann der Anspruch auf *dependants' relief* eine ähnliche Wirkung haben; in *Tataryn v. Tataryn Estate* erhielt die vom Erblasser nicht sehr generös bedachte Witwe am Ende sogar fast den gesamten Nachlass. Auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung können im Sinne einer billigen Verteilung des ehelichen Vermögens geltend gemacht werden.[238] Hinzukommen können in manchen Jurisdiktionen auch Nießbrauchsrechte des überlebenden Ehegatten an der Familienwohnung; die einschlägige *homestead legislation* hat die aus dem englischen Recht überkommenen Rechtsinstitute *dower* und *curtesy* abgelöst.[239]

Insgesamt lässt sich auch für das englisch geprägte Kanada sagen, was für Neuseeland und Australien gilt: Klar ist, dass die Testierfreiheit weitreichenden Einschränkungen unterliegt (deutlich weiterreichenden als in der französisch geprägten Provinz Quebec, deren robuste testierfreundliche Hal-

---

[234] Hierzu und zum Folgenden *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 524–525; *Miler*, Dependants' Relief Legislation (Fn. 223) 66–71; Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 883–892; *Amighetti*, The Law of Dependants' Relief (Fn. 223) 73–99.

[235] Die Entwicklung des Rechts in British Columbia geht nach Auffassung des British Columbia Court of Appeal deutlich dahin, „whenever the size of the estate and any competing claims permit, [to recognize] a right in an adult self-supporting child to receive a portion of the estate of his or her parents": *Nulty v. Nulty Estate*, 65 Dominion Law Reports (4th) 118, 121 (1989). Für Ontario dazu: Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 865; allgemein *Bauer*, Rechtfertigung (Fn. 223) 133 („[D]ie kanadischen Gerichte erkennen damit eine auf den Erwartungen von Familie und Gesellschaft begründete moralische Verpflichtung des Erblassers an, seinen nächsten Angehörigen eine Teilhabe am Nachlass zu gewähren").

[236] Dazu *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 530–531.

[237] Dazu *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 522–523; Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 809–845.

[238] Darauf weisen *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) hin.

[239] Dazu Oosterhoff on Wills (Fn. 223) 846–847; *Kenneth G. C. Reid*, Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 707–739, 710–711. Zu *dower* und *curtesy* in England vgl. auch *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 482.

tung sich doch ursprünglich dem englischen Recht verdankte![240]), unklar hingegen, wo die Grenzlinie verläuft. In überraschend weitgehendem Umfang ersetzen die Gerichte das Ermessen des Erblassers über seine Nachlassplanung durch ihr eigenes. Der resultierende Mangel an Vorhersehbarkeit hat zu deutlicher Kritik und zu Reformvorschlägen,[241] aber bislang nicht zu einer Änderung der Rechtslage geführt.

3. „… [a] respectable case […] for at least three very different solutions": England

a) Der Weg zum Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

Im Jahre 1938 nahm dann mit England auch das Land, dessen Recht Neuseeland im Laufe des 19. Jahrhunderts rezipiert hatte, die Anregung seiner Tochterrechtsordnung auf.[242] Der Inheritance (Family Provision) Act 1938 markierte das vorläufige Ende einer Debatte über die Frage, ob die gegen Ende des 19. Jahrhunderts erreichte formell und materiell unbeschränkte Testierfreiheit nicht problematische Ergebnisse zeitigte.[243] „A man may leave his virtuous wife and deserving children penniless", heißt es bereits in einer Entscheidung aus dem Jahre 1874,[244] „and bestow the whole of his fortune upon the vilest companions of his profligacy, the most worthless partners of his vices, the most wicked accomplices of his crimes, and the law cannot gainsay him, even if he should openly flaunt his shocking disregard of all ties human and divine on the very face of his will".[245] Aber geschah die

---

[240] Oben III.3.b).

[241] Für British Columbia vgl. *Miler*, Dependants' Relief Legislation (Fn. 223) 108–119 („The degree to which testamentary dispositions will be varied by a court under British Columbia's legislation is unpredictable"; 111); *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 533 („Tataryn can be understood as supporting a system that comes close to forced shares […] Forced shares, of course, are directly opposed to freedom of testation"); *Amighetti*, The Law of Dependants' Relief (Fn. 223) 178 („The uncertainties and inconsistencies in the law of dependants' relief have resulted in a situation that is largely unworkable").

[242] Zur englischen Rechtsgeschichte vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 480–483.

[243] Vgl. hierzu vor allem die lebendige, die Entwicklung in Neuseeland, England und Irland vergleichende Darstellung bei *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 707–739; ferner *Roger Kerridge*, Family Provision in England and Wales, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 384–416; *Stephen Cretney*, Family Law in the Twentieth Century: A History (2003) 484–501; *Richard D. Oughton / E. L. G. Tyler*, Tyler's Family Provision[3] (1997) 9–23; *Marion Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich (2004) 21–34; *Anne Röthel*, Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht, RabelsZ 76 (2012) 131–160, 146–153; *Karin Lehmann*, Testamentary Freedom versus Testamentary Duty: In Search of a Better Balance, [2014] Acta Juridica 9–40, 30–33.

[244] *Occleston v Fullalove* (1874) LR 9 Chancery Appeal Cases 147, 161.

[245] Vgl. auch z. B. *Boughton v Knight* (1873) LR 3 Probate and Divorce Division 64, 66: Der

Errichtung derart anstößiger Testamente hinreichend häufig, um eine Intervention des Gesetzgebers zu rechtfertigen?[246] Galt hier nicht der alte Satz „hard cases make bad laws"? Und kennt nicht der Testator seine Familie am besten? Verdiene deshalb nicht die Frage „Why should you be allowed to leave your wife penniless, or cut off your children with the proverbial shilling?" die Erwiderung „Do you know my wife? Have you met my children?"?[247] Orchestriert wurde die Kampagne für einen zwingenden Angehörigenschutz unter anderem von der National Union of Societies for Equal Citizenship unter ihrer Präsidentin, der Frauenrechtlerin Eleanor Rathbone,[248] gehörten doch in der Regel Frauen zu den Leidtragenden pflichtwidriger Testamente. Schon in Neuseeland war 40 Jahre zuvor die Beschränkung der Testierfreiheit auch ein feministisches Thema gewesen.[249] Die erste parlamentarische Initiative war ein Antrag von Viscount Astor im House of Lords aus dem Jahre 1928, einen Ausschuss einzusetzen mit dem Auftrag zu überlegen, „whether a change is necessary in the laws governing testamentary provision for wives, husbands and children based on the experience of Scotland, Australia and the other portions of the Empire".[250] (Astors Frau Nancy war im Herrenhaus der Astors in Cliveden eine der einflussreichsten Gastgeberinnen der oberen Gesellschaftsschichten; 1919 wurde sie das erste weibliche Parlamentsmitglied des Vereinigten Königreichs.) Der erste von Eleanor Rathbone (seit 1929 selbst Mitglied des House of Commons) eingebrachte Gesetzentwurf beruhte, nach schottischem Vorbild, auf einem System fester Anteile am Nachlass für die engsten Familienangehörigen des Verstorbenen. Er wurde zwar abgelehnt; stattdessen wurde nunmehr aber ein Angehörigenschutz „by application to the Court" befürwortet.[251] Dabei blieb es.

Antragsberechtigt waren nach dem Inheritance (Family Provision) Act 1938 lediglich der überlebende Ehegatte, minderjährige Söhne, unverheira-

---

Erblasser könne seine Kinder enterben „and leave his property to strangers to gratify his spite, or to charities to gratify his pride".

[246] Vgl. hierzu auch *Rebecca Probert*, Freedom of Testation in Victorian England, in: Interdisciplinary Perspectives on Aging in Nineteenth-Century Culture, hrsg. von Katharina Boehm / Anna Farkas / Anna-Julia Zwierlein (2014) 115–131, mit dem Resümee: „Whereas the law allowed men to do as they wished with their property, the vast majority disposed of it in a way that would ensure their 'posthumous regard'" (126). Mitunter halfen die Gerichte, indem sie bei besonders anstößigen Testamenten ein Fehlen der Testierfähigkeit annahmen (125–126).

[247] Vgl. das von *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 728, wiedergegebene Zitat von Major Sir George Davis aus der Debatte des House of Commons vom 5.11.1937.

[248] Zu ihr die biografischen Hinweise bei *Cretney*, Family Law in the Twentieth Century (Fn. 243) 803; seither *Susan Pedersen*, Eleanor Rathbone and the Politics of Conscience (2004).

[249] Dazu *Atherton*, New Zealand's Testator's Family Maintenance Act of 1900 (Fn. 205) 202–221.

[250] Zitiert nach *Cretney*, Family Law in the Twentieth Century (Fn. 243) 486.

[251] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 736, bezeichnet dies als den entscheidenden Moment in der Gesetzgebungsgeschichte der *family provision*.

tete Töchter sowie Söhne und Töchter, die aufgrund einer geistigen oder körperlichen Behinderung nicht in der Lage waren, sich selbst zu unterhalten. Das richterliche Ermessen wurde zunächst zurückhaltend angewandt, sodass in den ersten zwölf Jahren nicht mehr als etwa 200 Fälle im Jahr vor die Gerichte kamen.[252] Es folgte eine Reihe von punktuellen Reformen, bis im Jahre 1973 die Law Commission einen Report unter dem Titel „Family Law: First Report on Family Property. A New Approach" publizierte,[253] in dem für den überlebenden Ehegatten eine Art Noterbenrecht erwogen, letztlich aber abgelehnt wurde. Ein weiterer Report der Law Commission[254] führte dann zum Erlass des Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Dieses – inzwischen wiederum dreimal geänderte[255] – Gesetz brachte eine Reihe von Neuerungen und regelt bis heute das, was in England und manchen anderen Ländern in der Tradition des englischen Rechts als *family provision* bezeichnet wird.

b) Details des Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

Der Kreis der Personen, die einen Antrag auf *family provision* stellen können, ist 1975 (und seither noch zweimal) erweitert worden. Er umfasst den überlebenden Ehegatten, Lebenspartner und Kohabitanten, ehemalige Ehegatten oder Lebenspartner (soweit diese nicht eine neue Ehe oder Lebenspartnerschaft eingegangen sind), Kinder, Stiefkinder[256] sowie andere Personen, die unmittelbar vor seinem Tod vom Erblasser unterhalten worden sind.[257] Probleme haben sich insbesondere im Hinblick auf erwachsene Kinder, Kohabitanten und die anderen Unterhaltsberechtigten ergeben.[258] Was erwachsene Kinder betrifft, so weist das Gesetz selbst auf zwei Fallgruppen hin, die hier erfasst sein sollen: Sie sind wegen einer geistigen oder körperlichen Behinderung nicht in der Lage, sich selbst zu unterhalten (in-

---

[252] *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 20.

[253] Law Com No 52 (1973); dazu auch das vorausgegangene Law Commission Working Paper: The Law Commission, Family Property Law (Published Working Paper No 42, 1971).

[254] Family Law: Second Report on Family Property: Family Provision on Death, Law Com No 61 (1974). Zu beiden Reports der Law Commission vgl. auch *Cretney*, Family Law in the Twentieth Century (Fn. 243) 507–511, und Lady Hale, in: *Ilott v The Blue Cross* [2017] UKSC 17, Rn. 51–53.

[255] Zu den Änderungen durch den Inheritance and Family Provision Act 2014 vgl. *Rebecca Probert*, Disquieting Thoughts: Who Will Benefit When We Are Gone?, in: Current Issues in Succession Law, hrsg. von Birke Häcker / Charles Mitchell (2016) 31–49.

[256] Dazu *Probert*, Disquieting Thoughts (Fn. 255) 35–41.

[257] Section 1 Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Zum Kreis der Personen, insbesondere der nicht erfassten, *Probert*, Disquieting Thoughts (Fn. 255) 46–49.

[258] Das Folgende nach *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 397–408; vgl. auch *dens.*, Parry and Kerridge: The Law of Succession[13] (2016) 200–220; *Probert*, Disquieting Thoughts (Fn. 255) 41–44; *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision (Fn. 243) 91–105. Vgl. ferner *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 169–291 (teilweise veraltet).

soweit wird die Rechtslage vor 1975 perpetuiert), oder sie befinden sich noch in der Ausbildung.[259] Im Übrigen waren die Gerichte zunächst zurückhaltend bei der Gewährung von *family provision* an „able-bodied and comparatively young [persons] in employment and able to maintain themselves".[260] Denn sie fanden es naheliegend, derartige Personen zu fragen: „Why should anybody else make provision for you if you are capable of maintaining yourself?"[261] Seit Mitte der 90er-Jahre änderte sich dies, und so sind seither, in der Klassifikation von Kerridge,[262] drei weitere Fallgruppen hinzugekommen: (i) Ein erwachsenes Kind hat für seinen verstorbenen Elternteil gearbeitet, ohne dafür angemessen entlohnt worden zu sein oder in der Erwartung, den Betrieb oder anderes signifikantes Vermögen zu erben;[263] (ii) der Erblasser hatte von dem vorverstorbenen anderen Elternteil Vermögen ererbt, das nach dessen Vorstellung letztlich bei dem Kind landen sollte;[264] und (iii) Fälle, in denen das erwachsene Kind allgemein nicht gut mit seinem Leben zurechtkommt (Kerridge spricht insoweit von „lame duck cases").[265] Doch schien auch im Jahre 2015 (also vor *Ilott v The Blue Cross*) noch zweifelhaft, ob es den Gerichten gelungen war, für die Bestimmung von *family provision* für erwachsene Kinder ein kohärentes Argumentationsmuster zu etablieren.[266] Unklar war etwa die mögliche Rolle einer *moral obligation* des Verstorbenen gegenüber dem Antragsteller.[267]

Ein anspruchsberechtigter Kohabitant muss mindestens die letzten zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers wie ein Ehegatte im Haushalt des Erblassers gelebt haben.[268] Hier hat insbesondere das Merkmal des Zusammenle-

---

[259] Section 3(1) lit. f und s. 3(3) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

[260] *In re Coventry (deceased)* [1980] Chancery Law Reports 461, 465; *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 398; *ders.*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 210–211; *Elizabeth Cooke*, Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, in: Freedom of Testation – Testierfreiheit, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2012) 125–141, 132–135. Als „parsimonious" empfanden dies, vor allem im Vergleich mit Neuseeland, *Nicola Peart / Andrew Borkowski*, Provision for Adult Children on Death – The Lesson from New Zealand, Child and Family Law Quarterly 12 (2000) 333–343, 333.

[261] *In re Dennis (deceased)* [1981] 2 All England Law Reports 140, 145.

[262] *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 398–399; vgl. auch den Überblick bei *Heather Conway*, Do Parents Always Know Best? – Posthumous Provision and Adult Children, in: Modern Studies in Property Law, hrsg. von Warren Barr, Bd. VIII (2015) 117–134; *Brian Sloan*, Ilott v The Blue Cross (2017): Testing the Limits of Testamentary Freedom, in: Landmark Cases in Succession Law, hrsg. von dems. (2019) 301–322.

[263] Vgl. z. B. *In re Abram* [1996] 2 Family Law Reports (FLR) 379.

[264] Kerridge nennt als Beispiel *Re Goodchild* [1997] 1 Weekly Law Reports 1216.

[265] *Espinosa v. Bourke* [1999] 1 FLR 747. Insbesondere *Ilott v The Blue Cross* (dazu sogleich) gehört in diese Rubrik.

[266] Vgl. *Conway*, Do Parents Always Know Best? (Fn. 262) 130.

[267] Dazu *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 121–123, sowie, die Diskussion zusammenfassend, *Sloan*, Ilott (Fn. 262) 304–305.

[268] Section 1(1A) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

bens „wie Ehegatten" Schwierigkeiten bereitet.[269] Voraussetzung für einen Anspruch als „anderer Unterhaltsberechtigter" ist, dass der Verstorbene einen wichtigen Beitrag in Geld oder geldwerten Leistungen („a substantial contribution in money or money's worth") zu dem angemessenen Bedarf („towards the reasonable needs") dieser Person erbracht hat, ohne dafür eine vollwertige Gegenleistung zu erhalten („otherwise than for full valuable consideration").[270] Auch hier können Abgrenzung und Konkretisierung im Einzelfall schwierig sein.[271]

Im Übrigen müssen auch die englischen Gerichte in zwei Schritten vorgehen.[272] Zunächst ist zu prüfen, ob die Verfügungen des Verstorbenen oder die Regeln des Intestaterbrechts[273] dazu führen, dass eine prinzipiell antragsberechtigte Person nicht angemessen versorgt ist (der Schlüsselbegriff ist hier „reasonable financial provision");[274] sofern das der Fall ist, hat das Gericht ein weites Ermessen, diejenigen Anordnungen zu erlassen, die es für eine angemessene Versorgung für angebracht hält, darunter insbesondere einmalige oder periodische Geldzahlungen, die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände oder die Etablierung eines *trust*.[275] Dabei soll das Gericht sich von folgenden Gesichtspunkten leiten lassen:[276] den finanziellen Ressourcen und Bedürfnissen, die der Antragsteller hat oder voraussichtlich haben wird; den finanziellen Ressourcen und Bedürfnissen, die andere Antragsteller haben oder voraussichtlich haben werden; den finanziellen Ressourcen oder Bedürfnissen, die andere Nachlassbegünstigte („any beneficiary of the estate") haben oder voraussichtlich haben werden; den Verpflichtungen („obligations and responsibilities") des Erblassers gegenüber den Antragstellern oder Nachlassbegünstigten; der Größe und der Art des Nachlasses; geistigen oder

---

[269] Dazu *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 406–408; *ders.*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 208. Zur Gesetzgebungsgeschichte auch *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision (Fn. 243) 92–94.

[270] Section 1(1) lit. e und (3) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

[271] *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 403–406, unter Hinweis auf die etwas verwirrende Gesetzgebungsgeschichte; *ders.*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 215–220; *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision (Fn. 243) 100–104.

[272] Vgl. etwa *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 123–125; *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 193.

[273] Der Anwendungsbereich des Inheritance (Family Provision) Act 1938 wurde 1952 auf die Intestaterbfolge erweitert: *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 184; vgl. heute s. 2(1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

[274] Section 2(1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Es besteht heute Einigkeit darüber, dass die Frage der *reasonableness* objektiv zu beurteilen ist, also nicht vom Standpunkt des Verstorbenen aus betrachtet; *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 125–128; *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 192.

[275] Section 2(1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975; dazu *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 371–420; *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 224–230; *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision (Fn. 243) 136–140.

[276] Sie sind aufgezählt in s. 3(1) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Dazu etwa *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 138–163; *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 194–200.

körperlichen Behinderungen des Antragstellers; zudem von allen anderen Umständen, die das Gericht unter den gegebenen Umständen für relevant hält, einschließlich des Verhaltens des Antragstellers oder anderer Personen. Umstände, aufgrund derer der Anspruch ausgeschlossen oder reduziert sein kann, werden also nicht separat berücksichtigt,[277] sondern von vornherein in die Prüfung mit einbezogen. Allerdings gilt für Fälle der Tötung des Erblassers die allgemeine *forfeiture rule* des englischen Rechts.[278] Der generalklauselartigen Weite des zuletzt genannten Gesichtspunkts ungeachtet, werden in den folgenden Absätzen von s. 3 weitere Kriterien für besondere Gruppen von Antragstellern genannt, für Kinder und Stiefkinder etwa, wie bereits erwähnt, ob sie sich noch in der Ausbildung befinden (s. 3(3)). Insgesamt bedeutet „reasonable provision", dass der Antragsteller nicht nur das Existenzminimum („just enough to put a little jam on his bread and butter"[279]) erhalten soll, dass er andererseits aber auch nicht alles verlangen kann, was als „reasonably desirable for his general benefit or welfare" erscheint.[280]

Für den Ehegatten gilt nicht der „reasonable maintenance"-Standard, sondern ein eigener, vom Unterhalt unabhängiger Standard: Ihm steht eine Versorgung zu, die in Anbetracht aller Umstände für Ehegatten angemessen ist, gleichgültig, ob sie für den Lebensunterhalt erforderlich ist oder nicht.[281] Bei der Berechnung ist diejenige Versorgung zu berücksichtigen, die dem überlebenden Ehegatten zugestanden hätte, wenn die Ehe statt durch den Tod des Erblassers durch Scheidung aufgelöst worden wäre (die „imaginäre Scheidungsrichtlinie").[282] Hierin liegt eine wichtige Änderung, die das Gesetz von 1975 gegenüber seinem Vorgänger von 1938 bewirkt hat.

c) Die *Ilott*-Saga

Das höchste Gericht des Vereinigten Königreichs, der Supreme Court, war erst ein Mal mit einem Fall befasst, in dessen Zentrum die Anwendung des Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 stand, und zwar gut 40 Jahre nach dessen Inkrafttreten. Die im März 2017 verkündete

---

[277] Für Kanada vgl. oben Text bei Fn. 232–233. In den meisten Ländern der kontinentaleuropäischen Tradition, gleich, ob sie ein Noterbenrecht oder Pflichtteilsrecht anerkennen, wäre insoweit der Gesichtspunkt der Erbunwürdigkeit einschlägig.

[278] *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 110–111. Zur *forfeiture rule* allgemein *Reinhard Zimmermann*, „Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest" – Kränkungen der Testierfreiheit des Erblassers – englisches im Vergleich zum kontinentaleuropäischen Recht, in: FS Klaus J. Hopt (2010) 269–302.

[279] *In re Borthwick* [1949] 1 Chancery Law Reports 395, 401.

[280] *In re Coventry* (Fn. 260) 485.

[281] Section 1(2) lit. a Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

[282] Section 3(2) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Damit wird verwiesen auf s. 25 des Matrimonial Causes Act 1973. Zur „imaginary divorce guideline" vgl. *Oughton / Tyler*, Tyler's Family Provision (Fn. 243) 169–183; *Kerridge*, Parry and Kerridge (Fn. 258) 202–203.

Entscheidung, angesichts ihrer Bedeutung nicht wie üblich von einer Bank von fünf, sondern von sieben Richtern getroffen, gilt inzwischen als „Landmark Case in Succession Law".[283] Sie ist in der Tat bemerkenswert, allerdings nicht, weil sie die Rechtsanwendung sicherer gemacht hätte. *Ilott v The Blue Cross*[284] betrifft den Anspruch einer erwachsenen Tochter der Erblasserin und gehört zu der dritten der von Kerridge identifizierten Fallgruppen.[285] Diese Tochter, Mrs Ilott, lebte mit ihrem Mann und fünf Kindern in beengten Verhältnissen („conservatively described by the District Judge as modest"[286]). Im Alter von 17 Jahren hatte sie ihre Mutter verlassen, um gegen deren Willen ihren Freund zu heiraten. Daraus hatte sich eine über 26 Jahre, bis zum Tod der Mutter, währende Entfremdung ergeben. Unter Berufung auf diese Entfremdung beschloss die Mutter, ihre Tochter zu enterben, und hinterließ deshalb ihr Vermögen in Höhe von etwa £ 486.000 im Wesentlichen drei Tierschutzorganisationen, mit denen sie zu ihren Lebzeiten keine besondere Verbindung gehabt hatte. Die Mutter verstarb 2004. Mrs Ilott beantragte daraufhin vor dem zuständigen District Court *family provision*; diesem Antrag gab das Gericht im August 2007 statt. Mit dem Ergebnis waren weder die Antragstellerin noch die Antragsgegner zufrieden, die deshalb beide Berufung einlegten. Der Fall wurde daraufhin im High Court verhandelt (2009), kam dann vor den Court of Appeal (2011), ging wieder zurück an den High Court (2014), kam wiederum vor den Court of Appeal (2015) und gelangte schließlich vor den Supreme Court (2017).

Im Verlauf des fast zehnjährigen Rechtsstreits kam es zu drei sehr unterschiedlichen Entscheidungen. Während der District Court Mrs Ilott eine Summe von £ 50.000 zusprach, wollte der High Court (2009) sie leer ausgehen lassen. Der Court of Appeal (2015) gewährte ihr demgegenüber einen Betrag von insgesamt £ 163.000. Der Supreme Court stellte schließlich die ursprüngliche Anordnung des District Court wieder her, da diese, anders als vom Court of Appeal gerügt, nicht ermessensfehlerhaft gewesen sei. Im Ergebnis erhielt Mrs Ilott also £ 50.000.[287] Die Entscheidung erging einstim-

[283] Sie ist eine der 20 in dem so betitelten Buch aus dem Jahre 2019 analysierten Entscheidungen; *Sloan* (Fn. 262).

[284] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254). Zu dieser Entscheidung, außer dem Beitrag von Sloan in dem eben genannten Band, *ders.*, Testamentary Freedom Reaffirmed in the Supreme Court, (2017) 76 Cambridge Law Journal 499–502; *Rebecca Probert*, Family and Other Animals, (2017) 133 Law Quarterly Review 550–555; *Constance McDonnell*, Blurring the Focus? – The Supreme Court's Decision in Ilott v The Blue Cross, Trusts and Trustees 23 (2017) 748–756; *Brian Sloan / Heather Conway*, Testamentary Freedom, Family Obligation and the Ilott Legacy, Conveyancer and Property Lawyer 2017, 372–380; *Francesca Bartolini / Francesco Paolo Patti*, The Freedom to Disinherit Children, ZEuP 26 (2018) 428–445; *J. C. Sonnekus*, 'n vermeend onderhoudsbehouwende verwant en uitdruklike onterwing deur potensieel onderhoudspligtige, Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 2020, 88–103.

[285] Oben, Text bei Fn. 265.

[286] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) R.n. 7.

[287] Aus prozessualen Gründen war es dem Supreme Court nicht mehr möglich, Mrs Ilotts

mig, gab aber Anlass zu einem ungewöhnlichen Sondervotum von Lady Hale, dem sich zwei andere Richter anschlossen. In diesem Sondervotum rügt Lady Hale, dass die grundlegenden Fragen, die sich im vorliegenden Fall stellen, weder durch den Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act beantwortet werden noch durch die Law Commission, die dieses Gesetz vorbereitet hatte.[288] Insbesondere sei unklar, welches relative Gewicht die im Gesetz genannten, vom Gericht zu berücksichtigenden Gesichtspunkte haben.[289] Vertretbar seien alle drei in den verschiedenen Instanzen, die mit dem Fall zu tun hatten, gefundenen Ergebnisse.[290] Zur Entscheidung der Frage, unter welchen Umständen ein erwachsenes Kind angemessenen Unterhalt verdiene, biete das Gesetz keine Orientierung, und es sei zu bedauern, dass die Law Commission die grundlegenden Prinzipien, auf denen Ansprüche der nächsten Angehörigen beruhen können, nicht neu durchdacht habe, als sie sich 2011 mit dem Thema befasste.[291] Ganz ähnlich konstatiert Roger Kerridge mit freundlichem Understatement: „Anyone who has attempted to read through the reports of all the hearings in this case is likely, at some stage, to have paused to reflect on the potential advantages of a system of forced shares".[292]

In der Tat gibt auch die Hauptentscheidung in *Ilott v The Blue Cross* nicht besonders viel an Orientierung, außer dass das Rad möglicherweise wieder zu etwas größerer Vorsicht in der Gewährung von *family provision* zurückgedreht worden sein könnte.[293] Ein Unterhaltsanspruch könne gewährt werden, auch wenn der Antragsteller eben so und aufgrund öffentlicher Beihilfen über die Runden kommt (so lag es ja im Fall von Mrs Ilott); andererseits könne es nicht darum gehen, das Wohlergehen des Antragstellers abzusichern.[294] Eine moralische Verpflichtung des Erblassers stehe häufig im Zen-

---

Anspruch gänzlich abzuweisen – eine Lösung, für die Lady Hale, Lord Kerr und Lord Wilson offenbar Sympathien gehabt hätten; *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 66.

[288] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 49.

[289] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 61.

[290] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 65 („A respectable case could be made for at least three very different solutions").

[291] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 62 und 66. Lady Hale bezieht sich hier auf den Report der Law Commission, der unter dem Titel „Intestacy and Family Provision Claims on Death" im Dezember 2011 publiziert worden ist; Law Com No 331. Dazu, aus Sicht der Law Commission, *Cooke*, Testamentary Freedom (Fn. 260) 137–141.

[292] *Kerridge*, England and Wales (Fn. 243) 402. Vgl. auch *Probert*, Family and Other Animals (Fn. 284) 552 („[…] the case offers little by way of specific guidance for future litigants, even where the facts are substantially similar. It also makes it very difficult even to identify the crucial factors in Ilott itself").

[293] So *Sloan / Conway*, Testamentary Freedom, Family Obligation and the Ilott Legacy (Fn. 284) 378; *Sloan*, Ilott (Fn. 262) 318. Dafür spricht nicht zuletzt die prononcierte Hervorhebung der Testierfreiheit in der Entscheidung; vgl. *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254), z. B. Rn. 1, 13, 18 (unter Berufung auf *In re Coventry* (Fn. 260) 474–475). Überblick über die Entwicklung seit *Ilott* bei *Sloan*, Ilott (Fn. 262) 318–319.

[294] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 14 (unter Berufung auf *In re Dennis* (Fn. 261) 145–146)

trum einer Entscheidung über *family provision* für erwachsene Kinder, sei aber nicht unverzichtbar.[295] Das Vorgehen in zwei Schritten sei ein schönes theoretisches Modell; in den meisten Fällen sei es aber weder sinnvoll noch praktikabel.[296] Unklar ist auch die Bedeutung von zwei Faktoren, die im Gesetz nicht genannt sind, aber vom Supreme Court diskutiert werden: inwieweit es eine Rolle spielt oder spielen sollte, dass die Zuerkennung eines Anspruchs auf *family provision* die öffentliche Hand entlastet;[297] und ob es darauf ankommt, wer anstelle des Kindes das Vermögen des Verstorbenen erhält.[298] Trotz allem erscheint es unwahrscheinlich, dass der Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 in absehbarer Zeit reformiert werden wird.[299]

VI. Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation: *fixed shares* (jedenfalls teilweise)

1. „But if any provide not for his own, […] he has denied the faith": Schottland

a) Bewegliches Vermögen

Wann immer in England die Einführung fester Anteile für Kinder und für den überlebenden Ehegatten am Nachlass des Verstorbenen erwogen wurde, fiel der Blick auf das schottische Recht.[300] Das gilt für den Gesetzentwurf von Eleanor Rathbone aus dem Jahre 1930[301] ebenso wie für das Law Commission Working Paper von 1971.[302] Hingewiesen wurde zwar auch auf die kontinentaleuropäischen Rechte, die eine solche Lösung implementiert hatten, doch solche Hinweise waren nur kursorischer Natur. Das schottische Recht lag kulturell und sprachlich sehr viel näher: Es schien „civil law for common lawyers" anzubieten.[303] „It is impracticable to describe here all these systems", heißt es in einer charakteristischen Passage des

---

[295] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) R.n. 20.

[296] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) R.n. 23.

[297] Dazu etwa *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) R.n. 63.

[298] Vorliegend waren das Wohlfahrtsorganisationen (*charities*). Ist deren Position vergleichbar mit der von Mrs Ilott, wie der Court of Appeal offenbar meinte? Dazu *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) R.n. 46; *McDonell*, Blurring the Focus? (Fn. 284) 754–755.

[299] So auch die Einschätzung von *McDonell*, Blurring the Focus? (Fn. 284) 755.

[300] Dazu *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 416–449; vgl. in allgemeinerem Zusammenhang auch *Alexandra Braun*, The Value of Communication Practices for Comparative Law: Exploring the Relationship between Scotland and England, Curent Legal Problems 72 (2019) 315–345, 328.

[301] Oben, Text bei Fn. 251.

[302] Oben Fn. 253.

[303] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 731.

Law Commission Working Papers, „but we give only an example, that of Scotland, to show how those rights operate in practice". [304]

Darin lag nun eine einigermaßen paradoxe Fehleinschätzung. Das schottische Recht kann gerade in diesem Punkt kaum als repräsentativ für die römisch-kontinentaleuropäische Tradition gelten, bewahrte es doch in Wirklichkeit mit erstaunlicher Zähigkeit jedenfalls zwei zentrale Elemente der englischen Tradition, die in England selbst längst der Vergangenheit angehörten.[305] Das eine dieser Elemente besteht bis heute in der Ungleichbehandlung von beweglichem Vermögen und Grundvermögen:[306] Gesetzlich festgelegte Rechte haben Kinder (seit 1964 bei Vorversterben auch deren Abkömmlinge) und der überlebende Ehegatte nur am beweglichen Vermögen. Das andere Element liegt in der Bemessung dieser Anteile. Es erfolgt nämlich eine Drittelung, wobei ein Drittel an den überlebenden Ehegatten geht; ein zweites Drittel teilen sich die Kinder; und über das dritte Drittel kann der Erblasser frei verfügen. Diese Aufteilung geht zurück auf das älteste erhaltene Rechtsbuch Schottlands, „Regiam Majestatem", aus dem frühen 14. Jahrhundert,[307] war dort aber aus dem mehr als 100 Jahre zuvor verfassten ältesten erhaltenen Rechtsbuch Englands übernommen worden, dem „Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie", das normalerweise mit dem Namen von Ranulf de Glanvill verbunden wird.[308] Während diese Beschränkung der Testierfreiheit in England jedoch in der frühen Neuzeit aufgegeben wurde,[309] blieb sie in Schottland bestehen und prägt das dortige Erbrecht bis heute.[310] Der Anteil des überlebenden Ehegatten[311] ist als *jus relicti* oder *jus relictae* bekannt, je nachdem, ob der Ehemann oder die Ehefrau überlebt; derjenige der Kinder als *legitim*. Überleben nur Kinder oder nur der Ehegatte, findet eine Hälftelung statt. Kollektiv werden *jus relicti / ius relictae* und *legitim* als *legal rights* bezeichnet.

---

[304] *The Law Commission*, Family Property Law (Published Working Paper No 42, 1971) 217.

[305] Dazu näher *Kenneth Reid*, Legal Rights in Scotland, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 418–419, 420–438.

[306] Für England vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 480–483.

[307] Regiam Majestatem and Quoniam Attachiamenta, based on the Text of Sir John Skene, hrsg. von Lord Cooper (= Stair Society, Bd. XI, 1947) Book II, Ch. 37.

[308] Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Anglie qui Glanvilla vocatur, hrsg. von G. D. G. Hall (1965) Book VII, 5, S. 80.

[309] Vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 481.

[310] Gloag and Henderson: The Law of Scotland[14], hrsg. von. Hector L. MacQueen / Lord Eassie (2017) Rn. 38.11.

[311] Und, seit 2004, des überlebenden Lebenspartners. Ob auch Kohabitanten berücksichtigt werden sollten, wurde überlegt und in einem Report der Scottish Law Commission auch empfohlen (*Scottish Law Commission*, Report on Succession Law, Scot Law Com No 215 (2009)), dann aber von der schottischen Regierung nicht weiterverfolgt; Näheres dazu bei *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 429.

Der Begriff „legitim" weckt Reminiszenzen an die römisch-gemeinrechtliche Tradition[312] und wurde in Schottland in der Tat nicht selten dem romanistischen Erbe Schottlands zugerechnet.[313] Auch wenn sich das als Irrtum herausgestellt hat, so mag doch das mit dieser Zuschreibung verbundene kulturelle Prestige zum Überleben der Doktrin im schottischen Recht beigetragen haben.[314] Sowohl das *jus relicti / jus relictae* als auch die *legitim* bestehen in einem Anspruch auf den Geldwert eines Drittels (bzw. der Hälfte) des beweglichen Vermögens und nicht in einem Anteil an den Nachlassgegenständen selbst.[315] Ausgeschlossen ist der Anspruch nach der allgemeinen Regel der Erbunwürdigkeit, die nur den Fall der Tötung des Erblassers betrifft.[316] Im Übrigen ist das Verhalten des Berechtigten offenbar irrelevant.[317]

b) Immobiliarvermögen

Über Immobiliarvermögen konnte ein Erblasser ursprünglich in Schottland ebenso wenig wie in England letztwillig verfügen.[318] Es ging notwendigerweise an den gesetzlichen Erben („heir-at-law"), und das waren der erstgeborene Sohn der Familie oder dessen Abkömmlinge. Für dieses im mittelalterlichen Lehnsrecht begründete Prinzip berief man sich (wie auch anderswo in Europa)[319] auf den Grundsatz, dass es Gottes und nicht des Menschen Sache ist, den Erben einzusetzen.[320] Doch fanden sich im Laufe der Zeit Wege, diese Regel dort, wo sie dem Willen des Erblassers widersprach, zu umgehen, insbesondere durch im Einzelnen ganz unterschiedlich ausgestaltete Veräußerungen unter Lebenden.[321] Erst im Jahre 1868 wurde es Erblassern offiziell gestattet, über ihr Grundvermögen letztwillig zu verfügen („to test", wie die Testamentserrichtung in Schottland bezeichnet wird).[322]

---

[312] Vgl. z. B. *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985) 610–618.

[313] Allgemein zum Phänomen der Romanisierung des Sachenrechts in Schottland im 18. Jahrhundert *Grant McLeod*, The Romanization of Property Law, in: A History of Private Law in Scotland, hrsg. von Kenneth Reid / Reinhard Zimmermann, Bd. I (2000) 220–244.

[314] *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 431–432 (unter der Überschrift „A Roman Excursion").

[315] *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 438; Gloag and Henderson (Fn. 310) 38.08, 38.10.

[316] Dazu *John MacLeod / Reinhard Zimmermann*, Unworthiness to Inherit, Public Policy, Forfeiture: The Scottish Story, (2013) 87 Tulane L.Rev. 741–785.

[317] *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 440–441.

[318] Das Folgende nach *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 420–426.

[319] Vgl. *Reinhard Zimmermann*, Heres Fiduciarius? – Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective, hrsg. von Richard Helmholz / Reinhard Zimmermann (1998) 267–304, 277, 292.

[320] Vgl. z. B. Baron David Hume's Lectures 1786–1822, hrsg. von G. Campbell H. Paton, Bd. V (= Stair Society, Bd. XVIII, 1957) 17 („[…] the old maxim, that it belongs to God only and not to man to make an heir").

[321] Dazu *Kenneth G. C. Reid*, Testamentary Formalities in Scotland, in: Testamentary Formalities, hrsg. von dems. / Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann (2011) 404–431, 408–409.

[322] Titles to Land Consolidation (Scotland) Act 1868.

Damit war aber noch keine volle Testierfreiheit etabliert worden. Denn wie in England hatten auch in Schottland schon seit alters bestimmte Befugnisse der Ehegatten am Grund und Boden des jeweils anderen bestanden; diese hießen in England *dower* und *curtesy*,[323] in Schottland *terce* und *curtesy*. Auch diese Berechtigungen finden sich bereits in „Regiam Majestatem"; der Titel „De dote" zum Thema *dower / terce*[324] ist der längste in dem gesamten Rechtsbuch.[325] Was die Frau erhielt, war ein lebenslanges Nutzungsrecht (in Schottland *life rent*) an einem Drittel des Grundvermögens (*heritage*) ihres Ehegatten nach dessen Ableben.[326] Auch in diesem Fall war die einschlägige Passage in „Regiam Majestatem" aus Glanvills Abhandlung zum englischen Recht übernommen worden.[327] Gleiches gilt für den kurzen Abschnitt über *curtesy* („De curialitate Scotiae"): Sofern die Frau Grundvermögen in die Ehe eingebracht hatte, erhielt der Mann nach ihrem Ableben ein lebenslanges Nutzungsrecht an diesem (das heißt: am gesamten) Grundvermögen.[328] (Jedoch musste ihm die Frau einen Erben geboren haben, den man innerhalb der vier Wände seines Hauses schreien gehört hatte.[329]) In England wurden diese Rechte 1833 und 1882 faktisch entwertet und 1925 formell abgeschafft;[330] in Schottland überlebten sie bis 1964.

Terce und *curtesy* wurden unter einer Reihe von Aspekten kritisiert, unter anderem, weil die Witwe deutlich schlechter behandelt wurde als der Witwer.[331] Erwogen wurde deshalb, *terce* durch *curtesy* oder *curtesy* durch *terce* zu ersetzen oder aber *terce* und *curtesy* abzuschaffen und stattdessen eine andere Form des Angehörigenschutzes zu etablieren, etwa durch Erweiterung des *jus relicti / jus relictae* auf Grundvermögen. Heraus kam schließlich eine *ersatzlose* Streichung von *terce* und *curtesy* durch den Succession (Scotland) Act 1964, und zwar ohne dass dies offenbar intendiert oder jedenfalls näher

---

[323] Dazu *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 710–711.

[324] Regiam Majestatem (Fn. 307) Book II, Ch. 16.

[325] So Lord Cooper in seiner Anmerkung auf S. 130 seiner Ausgabe der „Regiam Majestatem" (Fn. 307).

[326] „Dos enim appellatur rationabilis cujuslibet mulieris tertia pars totius tenementi viri sui quod habuit tempore desponsationis": Regiam Majestatem (Fn. 307) Book II, Ch. 16, 5; *James Dalrymple, Viscount of Stair*, The Institutions of the Law of Scotland (1693), hrsg. von David M. Walker (1981) Book II, Title 6, 12. Dazu *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 422–423.

[327] Tractatus (Fn. 308) Book VI.

[328] Regiam Majestatem (Fn. 307) Book II, Ch. 58; Tractatus (Fn. 308) Book VII, 18. Für Schottland dazu auch etwa *Stair*, Institutions (Fn. 326) Book II, Title 6, 19.

[329] „[…] si ex eadem heredem habuerit auditum clamantem vel brayantem inter quatuor parietes": Regiam Majestatem (Fn. 307) Book II, Ch. 58, 1; „[…] which attained that maturity as to be heard cry or weep": *Stair*, Institutions (Fn. 326) Book II, Title 6, 19. Dazu *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 423–424, mit dem Hinweis, dass der Witwer das Nutzungsrecht jedenfalls teilweise im Interesse seines Sohnes, des Erben, erhielt; und er zitiert Erskine mit dem Satz, der überlebende Ehemann erhalte das Recht eher als Vater eines Erben denn als Witwer einer Frau, die Eigentümerin von Grund und Boden war.

[330] Vgl. *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 711.

[331] Hierzu und zum Folgenden *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 424–426.

überlegt worden wäre.[332] Seither haben nicht nur Abkömmlinge, sondern auch der überlebende Ehegatte *legal rights* (nur noch) im Hinblick auf das bewegliche Vermögen.

c) Kontinuität

Das ist ein unbefriedigender Zustand, den die Scottish Law Commission zweimal, 1990 und 2009, zu ändern versuchte.[333] Doch wurden ihre Empfehlungen nicht umgesetzt. Nicht hilfreich war in diesem Zusammenhang bei der Vorbereitung des Reports von 2009 eine Meinungsverschiedenheit innerhalb der Law Commission im Hinblick auf die Stellung von Kindern, die zu zwei Reformvorschlägen führte, ohne eine Empfehlung für den einen oder anderen von ihnen. Der eine dieser Vorschläge bestand in der Festsetzung einer Quote von einem Viertel des Intestaterbteils. Der andere beruhte auf dem Gedanken, dass ein Kind aus dem Nachlass eines Elternteils nichts sollte verlangen können, was es nicht auch schon zu dessen Lebzeiten hatte verlangen können,[334] und zielte damit auf die Befriedigung eines Unterhaltsbedarfs, jedoch nur, soweit ein solcher tatsächlich noch bestand. Für den überlebenden Ehegatten empfahl die Law Commission einen Anteil von einem Viertel des Intestaterbteils. Dies sei einem „discretionary system" nach englischem Vorbild vorzuziehen; zum einen werde dadurch die Rechtssicherheit befördert und zum anderen die Notwendigkeit einer „distasteful and distressing disclosure" von Einzelheiten der Beziehungen unter den Ehegatten vermieden.[335] Der Konsultationsprozess der Regierung ergab kein einheitliches Meinungsbild und so verliefen die Reformbemühungen schließlich im Sande. Damit wird es auch in absehbarer Zukunft bei zwei seit 500 Jahren im Wesentlichen unverändert geltenden Rechten bleiben: *jus relicti / jus relictae* und *legitim*.[336]

---

[332] *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 426. Der Gesetzgeber scheint so stark auf die Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten bei Intestaterbfolge fixiert gewesen zu sein, dass die Implikationen des neuen Regimes für den Fall gewillkürter Erbfolge übersehen wurden.

[333] *Scottish Law Commission*, Report on Succession, Scot Law Com No 124 (1990); *Scottish Law Commission*, Report on Succession Law, Scot Law Com No 215 (2009). Auch dazu *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 445–449; ferner *Eric Clive*, Restraints on Freedom of Testation in Scottish Succession Law, in: Anderson / Arroyo i Amayuelas (Fn. 17) 241–256.

[334] *Scottish Law Commission*, Report on Succession Law, Scot Law Com No 215 (2009) 3.30.

[335] *Scottish Law Commission*, Report on Succession, Scot Law Com No 124 (1990) 3.4. Zu den Gründen für einen Angehörigenschutz in Schottland (im Vergleich zu England und Deutschland) auch *Hannah Roggendorf*, Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions of Testamentary Freedom, (2018) 22 Edinburgh Law Review 211–236, 222–229.

[336] *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 449.

Den Unterhaltsgedanken hatte übrigens bereits Stair hervorgehoben, wenn er unter Berufung auf den ersten Brief des Paulus an Timotheus[337] von einer „natürlichen Verbindlichkeit" jedes mit weltlichen Gütern gesegneten Menschen gesprochen hatte, die Seinen zu versorgen; und wenn er darüber hinaus auch klargestellt hatte, dass diese Verbindlichkeit nicht nur zu seinen Lebzeiten gegeben war, sondern nach seinem Tode fortbestand.[338] Das Recht des überlebenden Ehegatten auf einen Anteil am Nachlass war demgegenüber vor allem auf die „communion of goods, betwixt husband and wife" gestützt worden, „competent ipso iure, without contract, as a part of that individual society, wherein marriage consists";[339] oder, in den Worten von David Hume: „[M]arriage is considered with us as a sort of copartnery or joint adventure".[340]

2. „… the family as a moral institution": Republik Irland

Englisches sowohl als auch schottisches Recht haben den zwingenden Angehörigenschutz in Irland geprägt. Das zeigt sich schon in der Überschrift des einschlägigen Kapitels des Kommentars zum Succession Act 1965 von Brian E. Spierin: *legal right* für den überlebenden Ehegatten, *provision* für Kinder.[341] Sofern der Erblasser Kinder und seinen Ehegatten hinterlässt, erhält der Ehegatte einen festen Anteil von einem Drittel des Nachlasses; sofern nur sein Ehegatte ihn überlebt, beträgt sein Anteil die Hälfte.[342] Dieselben Regeln gelten im Hinblick auf den überlebenden Lebenspartner.[343] Der Ursprung dieser Regel liegt im mittelalterlichen Gewohnheitsrecht, wie wir

---

[337] Kap. 5, 8: „So aber jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, der hat den Glauben verleugnet und ist ärger denn ein Heide". In der King-James-Version der Bibel: „But if any provide not for his own, and specially for those in his own house, he has denied the faith, and is worse than an infidel".

[338] „[…] there lieth upon the owner a natural obligation to provide for his relations, not only during his life, but after his death"; *Stair*, Institutions (Fn. 326) Book III, Title 8, 43.

[339] *Stair*, Institutions (Fn. 326) Book III, Title 8, 43.

[340] Baron David Hume's Lectures 1786–1822, hrsg. von G. Campbell H. Paton, Bd. I (= Stair Society, Bd. V, 1939) 103. *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 443–444, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass heute in der Regel wesentliche Teile des ehelichen Vermögens, insbesondere die Familienwohnung und der Hausrat, im gemeinsamen Eigentum beider Ehegatten stehen.

[341] *Brian E. Spierin*, The Succession Act 1965 and Related Legislation: A Commentary[5] (2017) vor Rn. 717.

[342] Section 111 Succession Act 1965. Der überlebende Ehegatte erhält nicht nur einen schuldrechtlichen Anspruch, sondern automatisch ein Drittel oder die Hälfte der Erbschaft: *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 737. Zu beachten ist daneben sein Recht auf Übertragung der Ehewohnung und der Haushaltsgegenstände (*right of appropriation*) nach s. 56 des Succession Act 1965: *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 717.

[343] Section 111A Succession Act 1965. Seit 2010 wird unter bestimmten Umständen auch der überlebende Kohabitant berücksichtigt, freilich nur in Form eines Anspruchs auf Versorgung (*provision*).

es in den beiden Rechtsbüchern „Glanvill" (für England) und „Regiam Majestatem" (für Schottland) überliefert finden; bereits im Jahre 1300 wird ihre gewohnheitsrechtliche Geltung auch in Irland bezeugt („consuetudo in Hibernia usitata").[344] Sie bezog sich damals jedoch nur auf *personalty*; und die *legal rights* für Kinder und den überlebenden Ehegatten, die das schottische Recht auf dieser Grundlage anerkennt, beziehen sich auch heute noch auf diesen Teil des Nachlasses.[345] In Irland ist die Nachlassbeteiligung in Form einer festen Quote demgegenüber einerseits auf den überlebenden Ehegatten beschränkt worden, andererseits auf den gesamten Nachlass ausgedehnt worden. Die wesentliche Inspirationsquelle sowohl für die Regel als auch für die Terminologie (*legal right*) war Schottland.[346] Dabei spielte auch eine Rolle, dass dieses System als in der irischen Tradition verwurzelt erschien; 1695 war es durch das Statute of Distribution abgeschafft worden.[347] Dass es ursprünglich sowohl in Irland als auch in Schottland aus England rezipiert worden war, blieb demgegenüber unbeachtet.[348] Auch *dower* und *curtesy* waren aus dem englischen Recht übernommen worden; und da Irland seit 1801 Bestandteil des Vereinigten Königreichs war, wurden beide Institutionen, wie in England, durch den Dower Act (1833) und den Married Women's Property Act (1882) praktisch entwertet (wenngleich, nach der irischen Unabhängigkeit 1922, nicht bereits 1925, sondern erst 1966 formell abgeschafft).[349] Uneingeschränkte Testierfreiheit galt, als man in Irland die Aufgabe einer umfassenden Kodifikation des Erbrechts in Angriff nahm, als eine Eigenheit des englischen Rechts (und der Rechtsordnungen, die England gewaltsam unter seine Herrschaft gebracht hatte).[350]

Wenn man sich in Irland also im Prinzip für die Übernahme des schottischen Modells entschied, dann war es nur konsequent, das *legal right* des überlebenden Ehegatten auch auf das Immobiliarvermögen des Verstorbenen zu erstrecken. Überraschender erscheint demgegenüber, dass man seinen Anwendungsbereich auf den überlebenden Ehegatten beschränkte. Ursächlich dafür waren in erster Linie rechtspolitische und allgemeinpolitische Turbulenzen, in die das unzureichend vorbereitete Reformprojekt für kurze

---

[344] *G.J. Hand*, English Law in Ireland 1290–1324 (1967, Reprint 1986) 117.

[345] Vgl. oben Text bei Fn. 311.

[346] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 731.

[347] *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 719.

[348] *Hand*, English Law in Ireland (Fn. 344) 177 („[…] its English origin having been obscured by time, so that it came to be regarded as peculiarly Irish"). Insbesondere der seinerzeitige irische Justizminister Brian Lenihan betonte, als er den Entwurf des Succession Act im Parlament einbrachte, dass man damit letztlich nur an den „Custom of Ireland" anknüpfe; *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 726–727. Lenihan hob auch die besondere Bedeutung der Familie „as a moral institution […] [i]n a country such as ours" hervor.

[349] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 713.

[350] So wiederum Brian Lenihan, zitiert nach *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 726.

Zeit geriet.[351] Gleichwohl wurde auch ein substanzieller Grund angeführt, der sich durchaus hören lässt: Kinder verdienen einen Schutz durch das Erbrecht in geringerem Maße als der Ehegatte.[352] Zur Zeit des Todes des Erblassers sind sie in der Regel finanziell unabhängig und brauchen nicht aus dem Nachlass versorgt zu werden. Zudem haben sie, anders als der überlebende Ehegatte, typischerweise auch keinen nennenswerten Beitrag zum Aufbau des elterlichen Vermögens geleistet. Somit entschied sich der irische Gesetzgeber letztlich dafür, Kindern einen Anspruch nur zu gewähren, soweit sie dessen bedürfen. Das ist das Modell der *family provision*, reduziert auf eine *provision for children*. Voraussetzung ist gemäß s. 117(1) des Succession Act 1965, dass der Erblasser nach Überzeugung des Gerichts seiner moralischen Pflicht nicht nachgekommen ist, für das antragstellende Kind nach Maßgabe der ihm zur Verfügung stehenden Mittel eine angemessene Versorgung sicherzustellen.[353] Das Gericht ist dann befugt, eine solche Versorgung aus dem Nachlass anzuordnen, soweit es dies für gerecht hält.[354] Dabei ist die Lage vom Standpunkt eines klugen und gerechten Elternteils zu beurteilen, und zwar unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände, insbesondere auch der Position der anderen vorhandenen Kinder.[355]

Das auf dieser Grundlage entstandene Fallrecht hat der irische High Court in einer Entscheidung von 2003 in einer Liste von 18 Punkten zusammenzufassen versucht;[356] ein „compendium of principles", auf das seither immer wieder Bezug genommen worden ist.[357] Der aus anderen Jurisdiktionen bekannte *moral duty*-Test ergibt sich bereits aus dem Gesetz,[358] und auch die zweistufige Vorgehensweise findet sich im irischen Recht.[359] Zu den zu berücksichtigenden Umständen gehört neben vielen anderen auch das Verhalten des Kindes gegenüber dem Erblasser.[360] In besonders gravierenden Fällen eines Fehlverhaltens (insbesondere der Tötung des Erblassers oder der versuchten Tötung, bei Ehegatten und Lebenspartnern auch *desertion*) greifen die Regeln über Erbunwürdigkeit ein und schließen jeden Anspruch aus.[361]

---

[351] Näher dazu *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 736–737.

[352] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 735.

[353] „Where […] the court is of the opinion that the testator has failed in his moral duty to make proper provision for the child in accordance with his means […]."

[354] „[…] the court may order that such provision shall be made for the child out of the estate as the court thinks just".

[355] Section 117(2) Succession Act 1965.

[356] *In the matter of the Estate of A.B.C., deceased*; *X.C., Y.C. and Z.C. v. R.T., K.U. and J.L.*, [2003] IR 250, 262–264 (per Kearns, J.); darunter etwa: „The court must not disregard the fact that parents must be presumed to know their children better than anyone else".

[357] *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 802.

[358] Näher dazu *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 816.

[359] *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 808.

[360] *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 839–842.

[361] Section 120 Succession Act 1965; dazu *Spierin*, Commentary (Fn. 341) Rn. 877–921.

3. „… no subject […] on which there is more statutory variation“: die USA

Die Rechtsordnungen der Vereinigten Staaten von Amerika[362] zeichnen sich im vorliegenden Zusammenhang dadurch aus, dass sie traditionelle Elemente des *englischen* Rechts übernommen und länger bewahrt haben als das Ursprungsland. Mit dem *elective share* kennen sie heute ein Schutzinstrument, das den *legal rights* des *schottischen* Rechts ähnelt,[363] beziehen es aber, wie das *irische* Recht, einerseits nur auf den überlebenden Ehegatten, andererseits jedoch auf den gesamten Nachlass statt lediglich auf das bewegliche Vermögen. Teilweise wird der überlebende Ehegatte freilich auch (ausschließlich) durch das Güterrecht geschützt; das erinnert an die gemeinrechtliche Tradition, wie sie in *Südafrika* rezipiert wurde.[364] Kinder des Erblassers sind schlechter gestellt als überall sonst, steht ihnen doch weder ein Noterben- oder Pflichtteilsrecht zu noch ein Anspruch auf *family provision* oder Unterhalt. Eigenartig ist auch die Abstufung des zur Berechnung des *elective share* zugrunde zu legenden Nachlasswerts je nach der Dauer der Ehe.

a) Der überlebende Ehegatte

Als traditionelle englische Schutzelemente für Ehegatten waren *dower* und *curtesy* in den Vereinigten Staaten rezipiert worden und überlebten dort teilweise bis weit in das 20. Jahrhundert hinein oder sogar bis heute.[365] Zumeist wurden diese Rechte dadurch ersetzt, dass dem überlebenden Ehegatten ein Wahlrecht eingeräumt wurde, was immer ihm testamentarisch hinterlassen worden ist, zu akzeptieren oder aber einen Anteil am Nachlass zu verlangen (deshalb *elective share*; mitunter auch als *forced* oder *statutory share* bezeichnet).[366] Dieses System liegt sowohl dem Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers als auch dem Uniform Probate Code zugrunde. Nach § 9.2 des Restatement beträgt der *elective share* einen Prozentsatz des um bestimmte Beträge (etwa den Wert von Schenkungen an

---

[362] Es geht in diesem Abschnitt nur um die Staaten, die in der Tradition des englischen *common law* stehen, also um alle außer Louisiana. Zu Louisiana vgl. bereits oben III.3.a).

[363] Einen Vergleich bietet *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 720–721.

[364] Dazu unten VII., bei Fn. 415.

[365] Dazu *Thomas E. Atkinson*, Handbook of the Law of Wills[2] (1953) 104–109; Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers, Bd. II (2003) § 9.1, Comment c.; *Terry L. Turnipseed*, Community Property v. The Elective Share, (2011) 72 Louisiana Law Review 72 (2011) 161–186, 163–170; *William McGovern / Sheldon F. Kurtz / David M. English / Thomas P. Gallanis*, Wills, Trusts and Estates[5] (2017) 329–330; *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 539–540; *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 716–717.

[366] Dazu *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 107–109 (der von „statutory dower“ spricht); *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 329–340; *Jesse Dukeminier / Robert H. Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates[9] (2013) 512–545; *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 542–545.

Dritte) ergänzten Wertes des Nachlasses (*augmented estate*); der Prozentsatz reicht von drei Prozent bei einer Ehedauer von einem Jahr, aber weniger als zwei Jahren[367] bis zu 50 Prozent bei einer Ehedauer von 15 Jahren oder länger. Diese Skala soll approximativ die Hälfte des während der Ehe erworbenen Vermögens (die *marital-property portion*) identifizieren (und spiegelt damit im Grunde das bei Vorliegen einer Gütergemeinschaft erzielte Ergebnis).[368] Die Vorschrift des Restatement folgt der Regelung, die sich seit einer grundlegenden Revision im Jahre 1990 und einer weiteren Reform 2008 in §§ 2-202 bis 2-207 des Uniform Probate Code findet. Damit soll der „partnership theory of marriage" Rechnung getragen werden.[369] Zuvor, im Uniform Probate Code von 1969, war ein fixer Betrag von einem Drittel des *augmented estate* festgelegt gewesen. Während das dem traditionellen Betrag der *dower* entsprach, erschien die Gewährung eines arbiträren Bruchteils des Nachlasses eher dem Gedanken einer Versorgung des Ehegatten („marriage entails a support obligation") als der *partnership theory* zu entsprechen.[370]

In 40 der US-amerikanischen Staaten wird der überlebende Ehegatte im Wege eines *elective share* geschützt,[371] doch geschieht dies in sehr unterschiedlicher Weise: „Owing to the inability of legislators to decide definitively what is the purpose of the elective share – partnership or support – and to carry this purpose through to its logical ends, there is no subject [in the area of wills, trusts, and estates] on which there is more statutory variation".[372] So folgen die meisten Staaten noch dem Ansatz des Uniform Probate Code von 1969, wobei aber dem überlebenden Ehegatten teilweise ein Drittel, teilweise die Hälfte, teilweise auch ein anderer Betrag zugesprochen wird, je nachdem, ob der Verstorbene Kinder hinterlassen hat oder nicht. Manche Staaten gehen vom Wert des Nachlasses aus, andere vom *augmented estate*. Mitunter wird als Berechnungsgrundlage auch der Wert des Intestaterbteils herangezogen, den der überlebende Ehegatte erhalten hätte. Andere Staaten folgen dem nach Ehedauer differenzierenden Modell des revidierten Uniform Pro-

---

[367] Bei einer Ehedauer von weniger als einem Jahr erhält der überlebende Ehegatte lediglich einen *supplemental amount*; dazu Comment g. des Restatement (Fn. 365).

[368] Dazu sogleich bei Fn. 378. Vgl. auch *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 514 („[…] mirroring the outcome in a community property state") und (kritisch) *John H. Langbein / Lawrence W. Waggoner*, Redesigning the Spouse's Forced Share, (1987) 22 Real Property Probate and Trust Journal 302–321, 306: „Forced share law is the law of the second best. It undertakes upon death to correct the failure of a separate-property state to create the appropriate lifetime rights for spouses in each other's earnings".

[369] So Art. II, Part 2, General Comment des Uniform Probate Code; § 9.2, Reporter's Note 2. des Restatement (Fn. 365); vgl. auch etwa die Diskussion bei *Turnipseed*, Community Property v. The Elective Share (Fn. 365) 173–176; *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 514–516.

[370] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 542.

[371] *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 541–542. Zu Kohabitanten, Lebenspartnern und gleichgeschlechtlichen Ehepartnern vgl. im vorliegenden Zusammenhang *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 516–517.

[372] *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 517.

bate Code, doch auch hier bestehen im Einzelnen erhebliche Unterschiede.[373] Allgemein anerkannt ist hingegen, dass auf die Geltendmachung des *elective share* in einem Ehevertrag (*premarital agreement*) oder sogar in einem während der Ehe geschlossenen Vertrag (*postnuptial agreement*) verzichtet werden kann.[374]

In allen 40 Staaten, die einen *elective share* kennen, gilt der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung. Neun überwiegend im Süden und im Westen gelegene Staaten[375] mit insgesamt etwa einem Drittel der Bevölkerung der Vereinigten Staaten[376] folgen aufgrund ihrer historischen Verbindung zum spanischen Recht[377] demgegenüber dem System der Gütergemeinschaft (freilich nicht, wie das römisch-holländische Recht, der allgemeinen Gütergemeinschaft, sondern der Errungenschaftsgemeinschaft).[378] Hier erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte der während der Ehe erworbenen Güter, und man hält dementsprechend die Testierfreiheit des Erblassers für eingeschränkt. Einen weiteren Schutzmechanismus kennen diese Staaten nicht. Georgia ist der einzige Staat, der weder den gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft noch einen *elective share* anerkennt.[379]

b) Kinder

In keinem Staat (außer Louisiana) hat ein Kind oder anderer Abkömmling einen gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlich anerkannten Schutz vor bewusster Enterbung. Der Erblasser braucht ihm nichts zu hinterlassen, nicht einmal den sprichwörtlichen Dollar. Mit diesen hier leicht paraphrasierten Sätzen beginnt Robert Sitkoff den Abschnitt „Intentional Omission of a Child" in seinem „Casebook".[380] Gleichwohl sei ein Testament, in dem ein Erblasser sein Kind oder seine Kinder enterbt, eine riskante Angelegenheit, führe dies doch vielfach zu einem Streit um die Wirksamkeit des Testaments – entweder indem die Testierfähigkeit des Erblassers infrage gestellt oder indem behauptet wird, das Testament beruhe auf arglistiger Täuschung

---

[373] Überblick bei *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 544–545.

[374] *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 537. – Zur Frage einer möglichen Unwürdigkeit eines Begünstigten, etwas aus dem Nachlass zu erhalten, vgl. allgemein *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 147–158. Berücksichtigt wird nur der Fall der Tötung des Erblassers (*slayer rule*); dazu *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 132–140; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 79–87.

[375] Vgl. die Karte bei *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 513.

[376] *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 546.

[377] Dazu *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 341–347.

[378] Zu diesen Typen der Gütergemeinschaft *Coing*, Europäisches Privatrecht (Fn. 312) 242.

[379] Dazu *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 513 Fn. 2.

[380] *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 556. Kritisch dazu *Paul G. Haskell*, Restraints upon the Disinheritance of Family Members, in: Death Taxes and Family Property, hrsg. von Edward C. Halbach (1977) 105–118, 114 („[…] defies explanation"); *Ralph C. Brashier*, Protecting the Child From Disinheritance: Must Louisiana Stand Alone?, (1996) 57 Louisiana L.Rev. 1–26 (er führt in Fn. 8 weitere kritische Stimmen auf).

oder *undue influence*.[381] In der Tat ist insbesondere die Lehre vom *undue influence* weit genug, um mit den Nachkommen des Erblassers sympathisierenden Richtern oder *juries* die Möglichkeit eines Eingreifens zu bieten.[382] In § 8.3(b) des Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers[383] wird verlangt, dass der Erblasser unter einem Einfluss handelte, der seinen freien Willen überwältigte und ihn veranlasste, eine Verfügung zu treffen, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Bemühungen, dies zu spezifizieren, degenerieren, so Scalise, vielfach zu Plattitüden.[384]

Zudem haben viele Staaten *pretermitted heir statutes* nach dem Vorbild von § 2-302 des Uniform Probate Code erlassen.[385] Danach können Kinder, die nach der Errichtung eines Testaments geboren werden, ihren Intestaterbteil verlangen; teilweise wird das Testament durch die nachfolgende Geburt auch invalidiert. Es gibt sogar Staaten, in denen auch bei Testamentserrichtung bereits geborene Kinder (sowie mitunter Enkel) im Testament erwähnt werden müssen – eine kuriose Renaissance der römischen Idee des formellen Noterbenrechts.[386] Weiterhin ist mitunter angenommen worden, die ausdrückliche Enterbung eines Kindes sei dann nicht wirksam, wenn der Testator nicht gleichzeitig über sein (gesamtes) Vermögen anderweitig verfügt hat;[387] inzwischen sind sogenannte „negative Testamente" aber in einer Reihe von Staaten ausdrücklich anerkannt.[388] Und gelegentlich haben Gerichte sogar eine gegen den Nachlass gerichtete Unterhaltspflicht eines min-

---

[381] Zur *testamentary capacity* vgl. § 8.1 Restatement (Fn. 365); zu den beiden Willensmängeln vgl. § 8.3 Restatement (Fn. 365). Vgl. auch *Thomas E. Atkinson* in der 1. Auflage (1937) seines „Handbook of the Law of Wills", der von „certain practical considerations and legal doctrines" sprach, die die Härte des Grundsatzes, dass Kinder enterbt werden können, „to some extent" mildern (91). Damit meint er auch die im Folgenden aufgeführten Punkte.

[382] Dazu die detaillierte Analyse bei *Ronald J. Scalise*, Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis, (2008) 19 Duke Journal of Comparative and International Law 41–106; zusammenfassend auch *ders.*, Freedom of Testation in the United States, in: R. Zimmermann (Fn. 260) 143–170, 162–165; *ders.*, Family Protection (Fn. 135) 545–548.

[383] Fn. 365.

[384] *Scalise*, Freedom of Testation (Fn. 382) 163.

[385] Vgl. auch § 9.6 Restatement (Fn. 365) mit Nachweisen der Gesetze der Bundesstaaten; *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 141–145; *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 566–577; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 321–327. Viele Staaten haben ähnliche Vorschriften für übergangene Ehegatten; vgl. § 2-301 Uniform Probate Code und § 9.5 Restatement (Fn. 365) mit Nachweisen zum Recht der Bundesstaaten in den Reporter's Notes; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 327–329.

[386] Dazu *R. Zimmermann*, Protection (Fn. 105) 4.

[387] *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 145.

[388] Dazu *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 359–360; *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 91; *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 548.

derjährigen Kindes anerkannt, freilich nur, wenn sie auf einem Unterhaltstitel in einem Scheidungsurteil beruhte.[389]

c) *Homestead* und andere *allowances*, *mortmain*

Die meisten US-amerikanischen Staaten gewähren dem überlebenden Ehegatten sowie unter Umständen den Kindern des Erblassers Ansprüche im Hinblick auf das Familienheim, auf Hausrat und andere Gegenstände des täglichen Gebrauchs sowie auf Versorgung während der Zeit der Nachlassabwicklung. Diese Ansprüche werden als *homestead allowance*, *exempt property* und *family allowance* bezeichnet. Die Einzelheiten können von Staat zu Staat sehr unterschiedlich sein.[390] Nach dem Uniform Probate Code liegen die Beträge für *homestead allowance* und für *exempt property* bei $ 22.500 bzw. $ 15.000 und stehen dem überlebenden Ehegatten zu; wenn der Ehegatte den Erblasser nicht überlebt hat, den minderjährigen oder sonst vom Erblasser abhängigen Kindern.[391] Die *family allowance* können der überlebende Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder verlangen; sie muss, in Anbetracht des bisherigen Lebensstandards, angemessen (*reasonable*) sein.[392] Insbesondere die *homestead allowance* nach dem Uniform Probate Code wird als absurd niedrig betrachtet;[393] in einer Reihe von Staaten wird dem überlebenden Ehegatten demgegenüber das Familienheim zugewiesen und er kann für einen bestimmten Zeitraum oder sogar auf Lebenszeit darin wohnen bleiben.

Eine Reminiszenz an die englische Rechtsgeschichte waren Mortmain-Gesetze, die die meisten US-amerikanischen Staaten nach dem Vorbild des „[A]ct to Restrain the Disposition of Lands, whereby the Same Become Unalienable" von 1736 erlassen hatten.[394] Sie sind teilweise erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts (und damit bis zu 100 Jahre später als in England das Gesetz von 1736) aufgehoben oder für verfassungswidrig erklärt worden.[395] Scalise rechnet die Mortmain-Gesetze zu den „nudges […] towards family protection" und weist darauf hin, dass sie heute einem aggres-

---

[389] *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 145–146; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 314–316.

[390] Dazu näher *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 126–134; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 317–321; *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 554–555; *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 549–551.

[391] §§ 2-402 f. Uniform Probate Code.

[392] § 2-404 Uniform Probate Code.

[393] Vgl. *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 554–555.

[394] Zu England vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 481–482. Zu den US-amerikanischen Mortmain Statutes *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 135–138; *McGovern / Kurtz / English / Gallanis*, Wills, Trusts and Estates (Fn. 365) 358–359; *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 552–553.

[395] Alles Nähere in den Reporter's Notes zu § 9.7 (Fn. 365).

siveren Gebrauch der Doktrin des *undue influence* Platz gemacht hätten:[396] hatte doch auch der Sinn dieser Gesetze darin bestanden, „to prevent the testator from being unduly influenced while under the fear of impending death".[397]

VII. Die südafrikanische Unterhaltslösung: ein „produktives Missverständnis"[398]

Im Bereich des zwingenden Angehörigenschutzes im Erbrecht ist das schottische Recht, pointiert ausgedrückt, englischer als das englische Recht. Das südafrikanische Recht, das als die andere große Mischrechtsordnung ohne Kodifikation ihres Privatrechts eine ganze Reihe von Entwicklungsgemeinsamkeiten mit dem schottischen aufweist,[399] ist demgegenüber nur in einem, allerdings zentralen Punkt vom englischen Recht geprägt worden, hat dann aber einen davon unabhängigen Weg eingeschlagen. Seit der Besiedlung des Kaps der Guten Hoffnung durch Angehörige der Vereinigten Ostindischen Handelskompanie Mitte des 17. Jahrhunderts galt dort das *ius commune* in seiner spezifisch holländischen Ausprägung – das sogenannte römisch-holländische Recht.[400] Rezipiert wurde damit auch die *portio legitima* des römischen Rechts, wie sie von den zeitgenössischen Autoren verstanden wurde: Pflichtquoten für Abkömmlinge und Vorfahren sowie für Geschwister, sofern diesen eine „ehrlose Person" vorgezogen worden war.[401] Infolge der britischen Besetzung im Jahre 1806 kam es in vielen Bereichen zu einer Rezeption englischen Rechts und Rechtsdenkens. Das ist der Hintergrund für den Cape Succession Act 23/1874, der Erblassern die volle Freiheit einräumte, ihre nächsten Verwandten zu enterben, ohne dies in irgendeiner Weise begründen zu müssen. Mit diesem Federstrich des Gesetzgebers war die *portio legitima* abgeschafft worden; die anderen drei Kolonien (bzw. zunächst: Republiken), aus denen Südafrika vor der Gründung der Union bestand, also Natal, Transvaal und der Orange Free State, waren entweder

---

396 *Scalise*, Family Protection (Fn. 135) 553.

397 *Atkinson*, Handbook (Fn. 365) 136 (in der 1. Aufl. von 1937 (Fn. 381) 106: „[…] to the detriment of his family").

398 Begriff nach *H. R. Hoetink*, Historische rechtsbeschouwing (1949) 25. Dazu *Pascal Pichonnaz*, Le malentendu productif, in: Figures juridiques – Rechtsfiguren, Mélanges dissociés – K(l)eine Festschrift pour Pierre Tercier (2003) 167–176.

399 Dazu *Reinhard Zimmermann*, „Double Cross": Comparing Scots and South African Law, in: Mixed Legal Systems in Comparative Perspective, hrsg. von dems. / Daniel Visser / Kenneth Reid (2004) 1–33.

400 Dazu *Reinhard Zimmermann*, Römisch-holländisches Recht, in: Basedow / Hopt / R. Zimmermann (Fn. 5) 1314–1318.

401 Dazu *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 492.

bereits vorangegangen (Natal) oder folgten diesem Beispiel (zuletzt, nach dem Burenkrieg, Transvaal).[402]

Diese weitreichende Testierfreiheit charakterisiert das südafrikanische Erbrecht bis heute: Es gibt weder ein Noterben- noch ein Pflichtteilsrecht.[403] Allerdings können für Kinder des Erblassers und für den überlebenden Ehegatten Unterhaltsansprüche gegen den Nachlass bestehen. Diese Unterhaltsansprüche beruhen in dem einen Fall auf richterlicher Rechtsfortbildung, in dem anderen auf einem Eingreifen des Gesetzgebers. Für Kinder ist die bis heute maßgebliche Autorität eine Entscheidung von Chief Justice De Villiers aus dem Jahre 1906.[404] Im September 1905 war ein offenbar wohlhabender Mann namens M. C. T. de Vries verstorben. Neben seiner Ehefrau und acht ehelichen Kindern hinterließ er eine Geliebte, die von ihm sieben Kinder empfangen hatte. De Vries hatte seiner Geliebten regelmäßig Unterhalt für die gemeinsamen Kinder gezahlt, verstarb aber intestat, ohne für die Zeit nach seinem Ableben für sie Vorsorge getroffen zu haben.[405] De Villiers, CJ, sprach der Geliebten einen Anspruch auf Unterhalt für fünf ihrer Kinder zu, die noch nicht alt genug waren, sich selbst zu unterhalten; „to do less", schrieb er, „would be absolute cruelty to the innocent illegitimate offspring, besides being a gross injustice towards the mother"[406] (die in ärmlichen Umständen lebte), zumal der Nachlass mehr als ausreichend war, um auch die acht ehelichen Kinder sorgenfrei aufwachsen zu lassen. In seinem Urteil stützte De Villiers, CJ, sich auf eine Passage in Simon van Groene-

---

[402] Dazu *Ellison Kahn*, 1994 Supplement to the Law of Succession in South Africa by M. M. Corbett, H. R. Hahlo, Gys Hofmeyr, Ellison Kahn (1994) 13; *C. G. van der Merwe / Jacques du Plessis / Marius de Waal / Reinhard Zimmermann / Paul Farlam*, The Republic of South Africa, in: Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family[2], hrsg. von Vernon Valentine Palmer (2012) 95–215, 197–198; *Lehmann*, Testamentary Freedom (Fn. 243) 26–30.

[403] Vgl. etwa *M. M. Corbett / Gys Hofmeyr / Ellison Kahn*, The Law of Succession in South Africa[2] (2001) 39–40 („South African law appears to take the principle of freedom of testation further than any other Western legal system"); *Marius J. de Waal*, Family Provision in South Africa, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 477–506, 477–479, unter Hinweis auf die Verankerung in den Grundrechten der südafrikanischen Verfassung von 1996. Vgl. demgegenüber aber *Lehmann*, Testamentary Freedom (Fn. 243) 12–21, unter Hinweis auf den Maintenance of Surviving Spouses Act 27/1990 (dazu sogleich, Text nach Fn. 430) und auf den Pension Funds Act 24/1956 in der 1976 geänderten Version. Dadurch werde ein großer Teil des Vermögens der meisten Südafrikaner am Erbrecht vorbeigeleitet, und deren Testierfreiheit sei deshalb in Wirklichkeit stark eingeschränkt. Mit dem Hinweis auf den Pension Funds Act schneidet Lehmann das Thema der *will substitutes* an, die es vermutlich in jeder Rechtsordnung gibt. Dazu, unter Hinweis auch auf Altersversorgungssysteme wie Pensionskassen und Lebensversicherungen: Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective, hrsg. von Alexandra Braun / Anne Röthel (2016), siehe insbesondere den zusammenfassenden Beitrag der beiden Herausgeberinnen 323–367.

[404] *Carelse v. Estate de Vries*, (1906) 23 SC 532.

[405] Zum Verständnis des Falles ist zu berücksichtigen, dass nichteheliche Kinder nach zeitgenössischem südafrikanischen Recht – wie ursprünglich auch nach BGB – kein Erbrecht nach ihrem Vater hatten.

[406] *Carelse v. Estate de Vries* (Fn. 404) 538.

wegens „Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus", in der es heißt: „Alimentandi onus non finitur morte debitoris, sed ad haeredes transmittitur".[407] Das hört sich wie ein allgemeiner Rechtssatz an, bezieht sich aber, wie sich aus dem Wort „debitor" und aus dem Kontext ergibt, nur auf Unterhaltsansprüche, die auf vertraglicher Grundlage beruhen oder durch ein Vermächtnis begründet worden sind.[408]

Als dieses Missverständnis 1953 bemerkt wurde,[409] war es zu spät, die inzwischen allgemein akzeptierte Rechtsprechung aufzugeben,[410] zumal sie auch der Sache nach begrüßt worden war und weiterhin begrüßt wird.[411] De Vries war intestat verstorben; es ist aber anerkannt, dass der Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass auch besteht, sofern das betreffende Kind enterbt worden ist; und natürlich besteht er für uneheliche und eheliche Kinder gleichermaßen. Anerkannt ist weiterhin, dass ein Anspruch nicht nur im Hinblick auf minderjährige Kinder geltend gemacht werden kann, sondern dass anspruchsberechtigt auch erwachsene Kinder sind, soweit sie nicht in der Lage sind, sich selbst zu unterhalten.[412] Ob andere Personen, die vom Erblasser zu dessen Lebzeiten unterhalten worden sind, erfasst sind, ist unklar; im Hinblick auf Enkel gibt es konfligierende Entscheidungen der Instanzgerichte.[413] Der Anspruch bezieht sich nicht lediglich auf das Existenzminimum, sondern orientiert sich an dem Standard, den das Kind nach seiner gesellschaftlichen Stellung erwarten darf.[414]

---

[407] Hier benutzt: die Ausgabe des Tractatus Lugduni Batavorum (1649) ad D. 34, l. 15 à filio.

[408] Näher dazu *Ben Beinart*, Liability of a Deceased Estate for Maintenance, [1958] Acta Juridica 92–111, 96–98.

[409] *Hermann R. Hahlo*, The South African Law of Husband and Wife (1953) 387 Fn. 83; dazu *Kahn*, 1994 Supplement (Fn. 402) 15 Fn. 63.

[410] Vgl. die Angaben bei *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 41 Fn. 72; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 481 (Fn. 29).

[411] Vgl. ausdrücklich *Beinart*, Liability (Fn. 408) 106–107, 110: „The South African courts have thus built a theory of alimenta, in relation to a deceased estate which offers a suitable, if not adequate, substitute for legitim and similar restrictions on testation. It shows how the weapons of Roman law can with some imagination be refurbished for modern purposes".

[412] Vgl. vor allem *Hoffmann v. Herdan NO*, 1982 (2) South African Law Reports (SA) 274 (T).

[413] *Lloyd v. Menzies NO*, 1956 (2) SA 97 (D) (pro: es wäre unlogisch, jemandem einen Anspruch zu verwehren, dem gegenüber der Erblasser zu seinen Lebzeiten unterhaltsverpflichtet war); *Barnard NO v. Miller*, 1963 (4) SA 426 (C) (kontra: die Frage sei nicht, ob eine solche Erstreckung logisch wäre oder nicht, sondern ob sie juristisch begründet sei). Allgemein zur Frage der Reichweite der Haftung auf Unterhalt *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 42–43; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 484–486. Einen Anspruch der Enkel befürworten, auch unter Rückgriff auf den Vergleich mit Rechtsordnungen in der Tradition des englischen *common law* und auf die südafrikanische Verfassung, *Daniel Mackintosh / Mohamed Paleker*, A grandchild's claim to maintenance from a deceased grandparent's estate, [2014] Acta Juridica 41–77.

[414] Dazu *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 42; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 484–485, unter Hinweis auf die Angaben in: Boberg's Law of

Der überlebende Ehegatte hatte nach römisch-holländischem Recht keinen Anspruch auf eine *portio legitima*. Offenbar sah man ihn als durch das Ehegüterrecht hinreichend versorgt an, denn angesichts der weiten Verbreitung der (allgemeinen) Gütergemeinschaft erhielt er in der Regel sowieso die Hälfte des Vermögens, das zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorhanden war.[415] In Südafrika wurde nun vielfach in Eheverträgen die Gütergemeinschaft ausgeschlossen.[416] So lag es im Fall der Eheleute Glazer, der 1963 vor die Appellate Division des südafrikanischen Supreme Court kam, das damals höchste Gericht des Landes.[417] Nach dem Tod von Samuel Lei Glazer machte seine Witwe einen Anspruch gegen den Nachlass mit der Begründung geltend, dass sie außerstande sei, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Damit ergab sich die Frage, ob nicht die „Quart der armen Witwe" anwendbar sein könnte, die Kaiser Justinian 537 n. Chr. in seiner Novellengesetzgebung eingeführt und fünf Jahre später in einzelnen Punkten modifiziert hatte.[418] Chief Justice Steyn zeigte sich nach einer Untersuchung der einschlägigen Quellen abgeneigt (*disinclined*) anzunehmen, dass dieser Rechtsbehelf im 17. Jahrhundert Bestandteil des Rechts der Provinz Holland gewesen sei.[419] Selbst wenn dies aber der Fall gewesen sein sollte, sei er in Südafrika obsolet geworden (*abrogation by disuse*). Denn zum einen gebe es kein Anzeichen dafür, dass die beiden Novellentexte in Südafrika jemals angewendet worden seien. Und zum anderen seien sie, da einer *portio legitima* ähnlich, von Sinn und Zweck der Gesetze erfasst gewesen, durch die zwi-

---

Persons and the Family[2], hrsg. von Belinda van Heerden / Alfred Cockrell / Raylene Keightley (1999) 276.

[415] Dazu *Reinhard Zimmermann*, Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 80 (2016) 39–92, 66–67. Für Südafrika vor der Reform von 1984 vgl. *H. J. Erasmus / C. G. van der Merwe / A. H. van Wyk*, Lee and Honoré: Family, Things and Succession[2] (1983) Rn. 78.

[416] Vgl. etwa *South African Law Commission*, Report on the introduction of a legitimate portion or the granting of a right to maintenance to the surviving spouse (1987) 6–7 („[M]arriage by antenuptial contract [zu ergänzen ist: mit dem Ergebnis einer Gütertrennung] has been fairly popular in South Africa"); *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 44 („In South Africa marriages by the standard antenuptial contract excluding community of property and profit and loss […] became commonplace"). Vgl. auch die ausführliche Darstellung des Rechts der Eheverträge bei *Hahlo*, Husband and Wife (Fn. 409) 174–232; zum Standardvertrag, der sich in der Praxis durchgesetzt hatte, *Erasmus / Van der Merwe / Van Wyk*, Family, Things and Succession (Fn. 415) Rn. 103, 107.

[417] *Glazer v. Glazer NO*, 1963 (4) SA 694 (AD). Dazu *Rolf Dannenbring*, Die kwart van die arm weduwee, (1966) 29 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 1–20; *Ben Beinart*, The Forgotten Widow: Provision by a Deceased Estate for Dependants, Acta Juridica 1965/66, 285–325.

[418] Nov. 53, 6 (537 AD); Nov. 117, 5 (542 AD). Dazu *R. Zimmermann*, Protection (Fn. 105) 17, sowie *Dannenbring*, Die kwart van die arm weduwee (Fn. 417) 3–20; *Beinart*, The Forgotten Widow (Fn. 417) 285–294.

[419] *Glazer v. Glazer NO* (Fn. 417) 705. Eingehend zu dieser Frage für die gemeinrechtliche Tradition und insbesondere für das römisch-holländische Recht *Beinart*, The Forgotten Widow (Fn. 417) 294–304; vgl. auch *R. Zimmermann*, Ehegattenerbrecht (Fn. 415) 44–49.

schen 1874 und 1902 die *portio legitima* (wenngleich bezogen auf die nächsten Blutsverwandten des Erblassers) abgeschafft worden war, um damit eine unbeschränkte Testierfreiheit zu etablieren.[420]

Alternativ wurde zugunsten der Witwe Glazer argumentiert, ein Anspruch könne sich aus einer analogen Anwendung des in *Carelse v. Estate de Vries* anerkannten Grundsatzes einer Unterhaltspflicht für die überlebenden Kinder des Erblassers ergeben.[421] Auch dieses Argument wurde vom Gericht jedoch abgelehnt. Eine derartige Innovation im Wege der Ausdehnung eines einmal unterlaufenen Irrtums ließe sich kaum auf den Fall des überlebenden Ehegatten beschränken. Zudem sei es nicht widersprüchlich, einem überlebenden Kind, nicht aber einem überlebenden Ehegatten einen Unterhaltsanspruch zu gewähren. Denn zwischen Mann und Frau bestehe nicht, wie zwischen Eltern und ihren Kindern, ein unveränderliches natürliches Band; ihre Beziehung lasse sich vielmehr durch Scheidung beenden.[422] Insgesamt sei es damit Aufgabe des Gesetzgebers, die Position des überlebenden Ehegatten zu verbessern, sofern er sie als unbefriedigend empfinde.

In der Tat unternahm der Gesetzgeber in der Folgezeit mehrere Reformanläufe.[423] Während ein erster des damals sogenannten Law Revision Committee in den späten 1960er-Jahren scheiterte,[424] brachte ein zweiter eine gewisse Erleichterung insofern, als durch den Matrimonial Property Act 88/1984 der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft nach deutschem Vorbild eingeführt wurde.[425] Wirklich erfolgreich war dann erst der dritte Anlauf, der mit einem Report der Law Commission von 1987 begann.[426] In diesem Report empfahl die Law Commission, dem überlebenden Ehegatten einen Unterhaltsanspruch zuzubilligen.[427] Der größte Vorteil einer solchen Lösung liege im Vergleich mit einem festen Pflichtteil oder Noterbenrecht in ihrer Flexibilität: Der Unterhaltsanspruch sei schließlich am tatsächlichen Bedarf des überlebenden Ehegatten orientiert.[428] Zudem

---

[420] *Glazer v. Glazer NO* (Fn. 417) 705–706. Steyn bezeichnet die Quart der armen Witwe als „akin to a legitimate portion". Das entspricht einer verbreiteten Einschätzung; vgl. etwa *Christian Friedrich Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge (1803) § 142 („gleichsam […] ein Pflichtteil").

[421] Oben Fn. 404.

[422] *Glazer v. Glazer NO* (Fn. 417) 707.

[423] Hierzu *Kahn*, 1994 Supplement (Fn. 402) 19–21; *Lehmann*, Testamentary Freedom (Fn. 243) 14–19. Vgl. auch *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 489–491.

[424] *H. R. Hahlo*, The Sad Demise of the Family Maintenance Bill 1969, (1971) 88 South African Law Journal 201–209. Vgl. zuvor bereits den Entwurf eines Family Provision Act 1966, vorbereitet durch ein Memorandum von Hahlo: *H. R. Hahlo*, The Case Against Freedom of Testation, (1959) 76 SALJ 435–447, abgedruckt und kommentiert bei *Beinart*, The Forgotten Widow (Fn. 417) 312–325.

[425] *Erasmus / Van der Merwe / Van Wyk*, Family, Things and Succession (Fn. 415) Rn. 111 („Our proposed regime of accrual sharing is clearly based on the West German example").

[426] Vgl. oben Fn. 416.

[427] Report (Fn. 416) 6.1–6.29.

[428] Report (Fn. 416) 5.4.

beschränke ein Unterhaltsanspruch den im südafrikanischen Recht fest verwurzelten Grundsatz der Testierfreiheit weniger drastisch als eine feste Nachlassquote.[429] Abgelehnt wurde von der Law Commission auch der schon im Vorfeld des Matrimonial Property Act diskutierte Vorschlag, dem überlebenden Ehegatten einen *equitable share* am Nachlass zu gewähren und damit das Ausmaß der Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlass in das Ermessen des Gerichts zu stellen. Das hätte eine Rezeption englischen Rechts bedeutet, die der Law Commission als unpassend (*inappropriate*) erschien: beruhe doch (auch) die englische Lösung auf der Annahme eines moralischen Rechts des überlebenden Ehegatten auf einen Anteil am Nachlass statt auf dem Grundsatz seiner Versorgung.[430]

Der Gesetzgeber übernahm die Empfehlung der Law Commission. Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten (seit 2006 auch des überlebenden Lebenspartners)[431] nach dem Maintenance of Surviving Spouses Act 27/1990 bezieht sich auf die „reasonable maintenance needs" (unter Berücksichtigung des eigenen Vermögens und der eigenen Einkünfte) und besteht bis zum Zeitpunkt des Todes oder der Wiederheirat. Das Gesetz führt drei Faktoren auf, die das Kriterium der *reasonableness* des Unterhaltsbedarfs konturieren sollen.[432] Der Anspruchsteller braucht sich nicht auf möglicherweise bestehende Unterhaltsansprüche gegen seine Kinder verweisen zu lassen.[433] Nach Auffassung der Law Commission soll das Verhalten des überlebenden Ehegatten während der Ehe keine Rolle für die Frage der Gewährung eines Unterhaltsanspruchs spielen.[434] Das sollte jedoch nicht bedeuten, dass der überlebende Ehegatte nicht aufgrund von Erbunwürdigkeit disqualifiziert sein kann.[435]

---

[429] Report (Fn. 416) 5.10.

[430] Report (Fn. 416) 5.11 f. Vgl. in diesem Zusammenhang auch 5.2: „The moral right of a surviving spouse should therefore not serve as a basis for the protection of the surviving spouse left unprovided for".

[431] Civil Union Act 17/2006. Weiteres zur Frage der Anspruchsberechtigung, insbesondere bei Ehen nach *African customary law* oder auch nach muslimischem Recht, bei *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 492–494.

[432] Näher zur Frage der Anspruchsbemessung *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 45; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 494–497. Zur Frage, in welcher Form der Anspruch zu erfüllen ist, vgl. *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 46; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 498–499.

[433] *Oshry v. Feldman*, (2010) (6) SA 19 (SCA).

[434] Report (Fn. 416) 6.17.

[435] In diese Richtung *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 45. Zur Erbunwürdigkeit in Südafrika allgemein *Corbett / Hofmeyr / Kahn*, The Law of Succession in South Africa (Fn. 403) 81–85; *Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann*, The Meaning and Application of the Bloedige Hand Rule in the Roman-Dutch and Modern South African Law of Succession, in: Essays in Honour of C. G. van der Merwe (2011) 169–192.

VIII. Bilanz und Ausblick

1. Bilanz

Auch die hier behandelten nichtkodifizierten Jurisdiktionen, also das englische Recht, eine Reihe seiner Tochterrechte und andere mit ihm in Verbindung stehende Rechtsordnungen, bieten ein buntes Bild.[436] Dass englisches, australisches, neuseeländisches und kanadisches Recht (abgesehen von Quebec) einander aufgrund ihrer engen historischen Verbindungen und ihrer vielfältigen Kontakte ähneln, ist kaum überraschend.[437] Dass sich aber Ende des 19. Jahrhunderts zur Frage des zwingenden Angehörigenschutzes in einem kleinen Land wie Neuseeland mit damals weniger als einer Million Einwohner ein vollkommen neuer Ansatz Bahn brach, den dann fast 40 Jahre später die Leitrechtsordnung des britischen Weltreichs übernahm, ist denn doch bemerkenswert. Ebenso bemerkenswert ist, dass die beiden großen Mischrechtsordnungen im Schnittfeld von *common law* und *civil law*, Schottland und Südafrika, vollkommen unterschiedliche Wege gegangen sind. Das liegt im Grunde daran, dass das südafrikanische Recht im Jahre 1874 aus England den Grundsatz einer zunächst unbeschränkten Testierfreiheit übernahm, sich dann aber eigenständig weiterentwickelte, während das schottische Recht auf sehr viel älteren Schichten der englischen Rechtsentwicklung aufsetzte. Auch dass Schottland, Irland und die USA in der Taxonomie des Angehörigenschutzes nebeneinanderstehen, ist ungewöhnlich, weisen die drei Rechtsordnungen doch im Allgemeinen keine besonderen Entwicklungsgemeinsamkeiten und keinen besonders engen Austausch auf. Doch beruhen die *legal rights* in Schottland auf genau dem Teil der englischen Erbschaft, der in den USA nicht rezipiert wurde, während umgekehrt der *elective share* auf jenem anderen Teil derselben Erbschaft beruhte, den Schottland nicht perpetuierte.[438] Die Republik Irland rezipierte demgegenüber die *legal rights* aus Schottland (und glaubte damit gleichzeitig an altes irisches Gewohnheitsrecht anzuknüpfen), erweiterte sie jedoch in einem

[436] Vgl. auch *Kenneth G. C. Reid / Marius J. de Waal / Reinhard Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) sub III. und, jeweils im Vergleich auch zu den Rechtsordnungen mit Kodifikation, sub IV. – Nicht behandelt werden im vorliegenden Aufsatz die indigenen Rechte in Neuseeland, Australien, Kanada und Südafrika; dazu *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 462–464; *Popovici / Smith*, Freedom of Testation (Fn. 183) 509; *De Waal*, South Africa (Fn. 403) 492. Ebenfalls ausgeklammert bleibt das Recht der islamischen Länder; dazu *Nadjma Yassari*, Compulsory Heirship and Freedom of Testation in Islamic Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 629–647.

[437] Dazu etwa (im Hinblick auf das Deliktsrecht) *Jane Stapleton*, Benefits of Comparative Reasoning: Lost in Translation, (2007) 1 Journal of Tort Law 1–44; (zum Schuldrecht) *Andrew Burrows*, The Influence of Comparative Law on the English Law of Obligations, in: The Common Law of Obligations: Divergence and Unity, hrsg. von Andrew Robertson / Michael Tilbury (2016) 15–36.

[438] Vgl. auch *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 721.

Punkt und beschränkte sie in einem anderen. Nur England selbst entledigte sich beider Teile seiner Tradition und erlag dem Charme der neuseeländischen *family provision*.

Die Rechtsordnungen von Schottland und den USA sind von einem starken Element von Pfadabhängigkeit geprägt:[439] Beide weisen geradezu exzentrische Merkmale auf, die nicht rational, sondern nur historisch zu erklären sind (in Schottland die Tatsache, dass das Grundvermögen vom Angehörigenschutz ausgenommen wird, in den USA der Grundsatz, dass Kinder des Erblassers leer ausgehen), an denen aber eisern festgehalten wird. So anerkennt etwa die schottische Regierung, dass das geltende Recht kritisiert werden könne; doch stehe zu vermuten, dass eine Reform noch stärker kritisiert werden würde.[440] Außer durch die Tradition ist die Entwicklung bisweilen auch durch kuriose Zufälligkeiten geprägt worden: in Südafrika durch die Fehlinterpretation einer Textstelle der gemeinrechtlichen Literatur aus dem 17. Jahrhundert,[441] in Schottland durch eine Unbedachtsamkeit, in Irland durch überstürztes Vorgehen im Prozess der Gesetzgebung.[442] Recht unterschiedlich wird der Kreis derer bestimmt, denen Schutz gewährt wird; überall ist dies der überlebende Ehegatte, in der Regel sind es auch Lebenspartner und Kohabitanten,[443] weithin zudem Kinder, vielfach weitere Abkömmlinge, mitunter Stiefkinder oder auch andere vom Erblasser unterhaltene Personen.[444] Eine Gemeinsamkeit jedenfalls der meisten der Jurisdiktionen ohne Zivilrechtskodifikation besteht darin, dass der Ehegatte (oder Lebenspartner) eine Vorzugsbehandlung erfährt.[445] Das scheint in extremer Form für die USA zu gelten angesichts der Tatsache, dass nur er (oder sie)[446] überhaupt berücksichtigt wird. Es gilt aber auch für Irland, wo der Ehegatte ein *legal right* erhält, während die Kinder mit *family provision* vorlieb-

[439] *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) 721.

[440] Vgl. *Reid*, Legal Rights (Fn. 305) 449.

[441] Oben, Text bei Fn. 407.

[442] Oben, Text bei Fn. 332 und 351.

[443] Zu Kohabitanten *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 762.

[444] Dazu auch *Reid*, Mandatory Family Protection (Fn. 239) sub V.6., der in historisch-vergleichender Perspektive eine Tendenz zur Ausweitung des erfassten Personenkreises konstatiert.

[445] Dazu *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 753 („In origin, the case for family provision in the common law world had been primarily a case for the protection of widows"). Sowohl in Neuseeland als auch in England ist die Beschränkung der Testierfreiheit ursprünglich *auch* ein feministisches Thema gewesen; vgl. oben Fn. 248–249.

[446] Während ursprünglich der Schutz der schlecht oder gar nicht versorgten Witwe im Vordergrund stand (im gemeinen Recht Kontinentaleuropas wurde ja sogar ausschließlich sie berücksichtigt; vgl. oben Fn. 418 und allgemein *Bernhard Windscheid / Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts[9] (1906) 360–362), werden Witwen und Witwer heute natürlich überall gleichbehandelt. Für Neuseeland heißt es bei *Peart / Vines*, New Zealand and Australia (Fn. 201) 467, dass Witwer „for much of the twentieth century" weniger generös als Witwen behandelt wurden.

nehmen müssen;[447] und es gilt für England, wo der Ehegatte nicht lediglich „reasonable maintenance" erhält, sondern Versorgung nach der „imaginary divorce guideline".[448] Auch in Neuseeland hat sich der Gesetzgeber an den bei Scheidung geltenden Grundsätzen orientiert. In Kanada hat der Ehegatte ein besser gefülltes Arsenal an Ansprüchen als die Kinder.

Für die USA, Schottland und Südafrika lässt sich sagen, dass Erblassern eine besonders weitreichende Testierfreiheit eingeräumt wird.[449] Für England, Neuseeland, Australien und Kanada fällt die Antwort deutlich schwerer. Zwar gilt insbesondere England (und gelten damit auch Neuseeland, Australien und Kanada) sowohl in der Außenwahrnehmung[450] als auch nach der eigenen Ideologie als Zitadelle der Testierfreiheit; das wird deutlich etwa in der zentralen *Ilott*-Entscheidung des Supreme Court von 2017, die mit den Worten anhebt: „Unlike some other systems, English law recognises the freedom of individuals to dispose of their assets by will after death in whatever manner they wish".[451] (Mit „other systems" sind die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen mit ihren Pflichtteils- und Noterbenrechten gemeint, die also eine derartige Verfügungsfreiheit des Individuums offenbar nicht kennen.) Ursprünglich als eine beschränkte Befugnis gedacht, einer eventuellen Rücksichtslosigkeit des Erblassers gegenüber Frau und Kindern abzuhelfen, hat sich die *family provision* zu einem weitreichenden Mittel entwickelt, letztwillige Verfügungen umzuschreiben: zu einer Charta, die es dem Gericht ermöglicht, „to devise a substantially new estate plan for the deceased in a courtroom setting with a potentially large and colourful cast of characters as petitioners".[452]

Das richterliche Ermessen lässt sich, wie die Erfahrung zeigt, weder durch den verbreitet angewandten *moral duty*-Test[453] oder das ebenso verbreitete Vorgehen in zwei Stufen[454] (vom englischen Supreme Court ohnehin als wenig sinnvoll und impraktikabel abgetan)[455] noch durch die Etablierung langer Kataloge von Faktoren, die zu berücksichtigen sind,[456] noch auch

---

[447] Interessanterweise ist die Situation im neuen niederländischen Recht genau umgekehrt: Abkömmlinge haben ein Pflichtteilsrecht, während der überlebende Ehegatte „andere gesetzliche Rechte" erhält, die den Ansprüchen auf *family provision* in der Tradition des neuseeländischen Rechts ähneln; vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 514–516.

[448] Oben, Text bei Fn. 282.

[449] Zu den USA vgl. *Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen (2004) 86–98.

[450] Vgl. z. B. *Felix Odersky*, Großbritannien: England und Wales, in: Süß (Fn. 34) 653–696, Rn. 40; *Dieter Henrich / Peter Huber*, Einführung in das englische Privatrecht[3] (2003) 116 („Der Grundsatz der Testierfreiheit wird in England höher geachtet als im deutschen Recht").

[451] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 1.

[452] *Mary Ann Glendon*, Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law, (1986) 60 Tulane L.Rev. 1165–1197, 1188.

[453] Oben, z. B. Text nach Fn. 210.

[454] Oben, z. B. Text bei Fn. 212.

[455] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 23.

[456] Vgl. z. B. das 18 Punkte umfassende „compendium of principles" des irischen High

durch eine minutiöse Kartografie des einschlägigen Fallrechts[457] zügeln – zumal das einschlägige Fallrecht zum allergrößten Teil von Instanzgerichten stammt und zumal höchstrichterliche Entscheidungen, soweit sie denn ausnahmsweise einmal ergehen, meist mehr Fragen aufwerfen, als sie beantworten. Das gilt für die kanadische *cause célèbre Tataryn v. Tataryn Estate*[458] ebenso wie für die *Ilott*-Entscheidung des britischen Supreme Court. In letzterem Fall könne man, so Lady Hale, mit respektabler Begründung zu mindestens drei vollkommen unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.[459] Das ist so etwas wie ein Offenbarungseid für die *family provision à l'anglaise*. Im Grunde ist der Richter mit der ihm übertragenen Aufgabe überfordert. Einer der angesehensten englischen Richter des 20. Jahrhunderts bezeichnete es denn auch als „painful and exceedingly difficult", darüber zu befinden „what is fair and right for a particular man, of whose life history one knows little, what is fair and right to do as regards his divorced wife, his widow, a possible mistress, illegitimate children – to decide how to distribute the merits and demerits between these people".[460] Diese Aufgabe werde durch den Gebrauch von Worten wie „fair", „reasonable" oder „just" nicht erleichtert. Wenn aber (insbesondere für den Erblasser) gar nicht klar ist, unter welchen Umständen und in welcher Weise die Gerichte ein Testament korrigieren, kann die Testierfreiheit ebenso stark, wenn nicht stärker, beeinträchtigt sein als durch Noterbenrecht, Pflichtteil, *legal right* oder *elective share*. So wird denn auch für Neuseeland, das Ursprungsland der *family provision*, konstatiert, dass die Testierfreiheit zu einem Mythos geworden sei.[461]

2. Ausblick

Betrachtet man alle in diesem und dem vorangegangenen Aufsatz[462] behandelten Rechtsordnungen, so zeigt sich, dass insbesondere das Noterbenrecht nach französischem Modell, aber auch das Pflichtteilsrecht nach österreichisch-deutschem Muster und die *fixed shares*, wie wir sie in Schottland,

---

Court (*In the matter of the Estate of A.B.C., deceased; X.C., Y.C. and Z.C. v. R.T., K.U. and J.L.* (Fn. 356) 262–264) oder die 16 Punkte umfassende Liste in s. 60 des Sucession Act 2006/80 von New South Wales.

[457] Daran versuchen sich für Australien *John de Groot / Bruce Nickel*, Family Provision in Australia[5] (2017) 116–306, anhand einer Liste in Betracht kommender Anspruchsteller, von „klassischen oder archetypischen Witwen" über „alkoholsüchtige Söhne" bis zu „Verschwendern".

[458] *Tataryn v. Tataryn Estate* (Fn. 227); dazu oben bei Fn. 227.

[459] *Ilott v The Blue Cross* (Fn. 254) Rn. 65.

[460] *Lord Wilberforce*, House of Lords, Debates, Hansard, Bd. 358, Sp. 933 (20.3.1975) (aus Anlass des Gesetzentwurfs, aus dem der Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 wurde).

[461] Oben, Text nach Fn. 222.

[462] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 465–547.

Irland und den USA finden, den einen Pol des Regelungsspektrums zwingenden Angehörigenschutzes bilden und die *family provision* in der neuseeländisch-englischen Tradition den anderen Pol.[463] Hauptvorteil festgelegter Quoten ist die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses, also Rechtsicherheit. Ihr Hauptnachteil liegt in mangelnder Flexibilität: in der unerbittlichen Gleichbehandlung von „the deserving and undeserving, rich and poor, old and young, strong and weak, burdened with small children or childless".[464] Gleichbehandlung des wesentlich Ungleichen entspricht aber kaum dem Ideal der Gerechtigkeit. Hauptvorteil der *family provision* nach richterlichem Ermessen ist die Flexibilität der Entscheidung, die es erlaubt, allen erdenklichen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Hauptnachteil ist die in allen hier behandelten Jurisdiktionen beklagte mangelnde Vorhersehbarkeit und damit das so gut wie völlige Fehlen von Rechtssicherheit. Daraus ergibt sich ein innerfamiliäres Konfliktpotenzial mit hohen emotionalen und finanziellen Kosten durch die vielfach erforderliche hoheitliche Streitschlichtung. Auch das widerspricht unseren Vorstellungen von Gerechtigkeit. Die Vorteile beider Modelle verhalten sich also spiegelbildlich zu ihren Nachteilen.

Deutlich geworden sein sollte, dass der Ansatz einer *family provision* im Grunde gescheitert ist. Aber auch das Modell fester Anteile ist immer wieder heftiger Kritik ausgesetzt gewesen und in mancher Hinsicht modifiziert worden. Das zeigt sich an einer Reihe von Entwicklungen: am deutlichen Trend weg von einem Noterben- und hin zu einem Pflichtteilssystem, wodurch die Stellung der nächsten Familienangehörigen geschwächt wird,[465] an der Minderung der gesetzlich festgelegten Quoten (wodurch der Bereich der Testierfreiheit erweitert wird)[466] und an der Flexibilisierung des Pflichtteilsrechts.[467] Eine gewisse Flexibilität hat es in manchen Rechtsordnungen schon immer gegeben, etwa in Form der *mejora* oder der Möglichkeit eines

---

[463] Zum Folgenden auch *René Foqué / Alain Verbeke*, Conclusions: Towards an Open and Flexible Imperative Inheritance Law, in: Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society, hrsg. von Christoph Castelein / René Foqué / Alain Verbeke (2009) 203–221; *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) sub V.

[464] *Thomas E. Atkinson*, The Law of Succession, in: 1950 Annual Survey of American Law (1951) 674–700, 679.

[465] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 537; vgl. auch bereits *Foqué / Verbeke*, Conclusions (Fn. 463) 219–220 (die zu Recht schon diese Entwicklung unter der Überschrift „openness and flexibily" verbuchen und von einer „evolution […] towards a more balanced forced heirship" sprechen); *Anatol Dutta*, Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2011, 1829–1840, 1831 (der jedoch nur von einer „leichten Tendenz" spricht).

[466] *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 541; auch hierin liegt letztlich ein Element der Flexibilisierung: *Reid / De Waal / Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 766–767.

[467] So auch *Foqué / Verbeke*, Conclusions (Fn. 463) 219–221.

Pflichtteilsverzichts;[468] insbesondere aber zeigen die Reformen in vielen Ländern aus jüngerer Zeit einen verbreiteten Wunsch, die Flexibilität zu stärken. Das geschieht, rechtsvergleichend betrachtet, auf vielen unterschiedlichen Wegen, mitunter eher tastend und in Randbereichen, mitunter aber auch in mutiger Neuorientierung.[469] Kompromisslinien, wie sie einige sozialistische und postsozialistische Staaten oder auch das irische Recht zu ziehen versucht haben, erscheinen jedenfalls auf den ersten Blick als wenig überzeugend. In dem einen Fall besteht dieser Kompromiss in der Idee, die Gewährung eines Pflichtteils von einem Versorgungsbedarf abhängig zu machen[470] (doch ist es nicht paradox, einen bedarfsabhängigen Ansatz in bedarfsunabhängiger Weise zu implementieren?), in dem anderen Fall in der Gewährung eines *legal right* für den überlebenden Ehegatten und einer *family provision* für Kinder (damit werden die Vorteile und Nachteile beider Systeme in ungemilderter Form miteinander verbunden). Andere Beispiele einer Beschränkung des Systems fester Anteile, wie in den USA oder Schottland, sind arbiträr und lassen eine rationale Rechtfertigung vermissen.

Ein häufig anzutreffender und besonders interessanter Versuch einer Flexibilisierung besteht darin, die Idee der bedarfsabhängigen Anspruchsberechtigung in eine Pflichtteilsordnung einzubauen. Auch das geschieht in ganz unterschiedlicher Art und Weise, vielfach im Hinblick auf den überlebenden Ehegatten.[471] Die zentralamerikanischen Staaten und Mexiko haben sogar einen rein bedarfsorientierten, auf die Gewährung von Unterhaltsansprüchen fokussierten Ansatz implementiert. Dasselbe gilt für Quebec und Südafrika. Auch das südafrikanische Recht, das diesen Ansatz an sich (nämlich für die Kinder und den überlebenden Ehegatten des Erblassers) besonders konsequent umsetzt, ist von Unsicherheit im Hinblick auf andere Personengruppen geprägt.

„Summum ius summa iniuria": Wenn auch heute noch stimmt, was schon Cicero als oft gebrauchtes, fast abgenutztes Sprichwort („iam tritum sermone proverbium") überlieferte,[472] dann sind die zuvor erwähnten Extreme auf dem Spektrum denkbarer Ansätze für eine Regelung des zwingenden An-

[468] Zur *mejora* in Spanien und zum Pflichtteilsverzicht z.B. in Deutschland vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 541–543.

[469] Dazu im Einzelnen *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 541–543; *Dutta*, Entwicklungen (Fn. 465) 1833–1835; vgl. auch *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 766–772.

[470] So im Grunde bereits Justinian mit der Gewährung der „Quart der armen Witwe" in Nov. 53, 6 und 117, 5; ähnlich deshalb bis heute Louisiana (oben, Text vor Fn. 182). Auch etwa das katalanische Recht perpetuiert die Quart der armen Witwe, sieht in dem Viertel aber eine Obergrenze; *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 533.

[471] Näher dazu *Dutta*, Entwicklungen (Fn. 465) 1832–1833; *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 465–547. Vgl. auch oben Fn. 22 und 42 zu Ungarn und der Tschechischen Republik (die unterschiedliche Modelle einer bedarfsabhängigen Ausgestaltung der Position des überlebenden Ehegatten bieten) und zu den skandinavischen Erbgesetzen, die einen bedarfsabhängigen Minimalschutz kennen.

[472] *Cicero*, De officiis, I,33.

gehörigenschutzes nicht besonders gut geeignet. Sie sind nur entweder der Rechtssicherheit oder der Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet. Deshalb streben Rechtsordnungen mit *family provision* danach, jedenfalls ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit zu gewährleisten[473] – offenbar bislang erfolglos. Rechtsordnungen, die mit festen Quoten operieren, versuchen demgegenüber, den Besonderheiten des Einzelfalles durch eine gewisse Flexibilisierung Rechnung zu tragen; sie befinden sich dabei jedoch im Grunde genommen noch im Experimentierstadium. Näher zu prüfen wäre deshalb eine Lösung, die nicht mit festen Quoten operiert, gleichwohl aber an ein Kriterium anknüpft, mit dem der Rechtsanwender umzugehen gelernt hat. Dieses Kriterium ist der Unterhaltsbedarf.[474]

Bei einer solchen Prüfung wäre zwischen dem überlebenden Ehegatten und anderen unterhaltsberechtigten Personen, insbesondere also Kindern, zu trennen. Was den Ehegatten betrifft, so ist die bürgerliche Ehe nach modernem Verständnis eine Solidargemeinschaft. Sie entspricht der Vorstellung einer gleichberechtigten Partnerschaft. Das sollte sich im gesetzlichen Güterstand spiegeln, und in diesem Sinne propagiert die Kommission für Europäisches Familienrecht die Errungenschaftsgemeinschaft („community of acquisitions") und die Errungenschaftsbeteiligung („participation in acquisitions"; das ist die Zugewinngemeinschaft, wie wir sie etwa in Deutschland kennen) als Modelle für Europa.[475] In dem einen Fall kommt es bei Beendigung der Ehe zu einer hälftigen Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens, in dem anderen zu einem schuldrechtlichen Errungenschaftsausgleich.[476] Manche Rechtsordnungen lassen es dabei bewenden.[477] Zu Unrecht

---

[473] *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 772–774.

[474] In diesem Sinne bereits *Harry D. Krause*, Child Support in America: The Legal Perspective (1981) 41.

[475] *Katharina Boele-Woelki / Frédérique Ferrand / Cristina González Beilfuss / Maarit Jänterä-Jareborg / Nigel Lowe / Dieter Martiny / Walter Pintens*, Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses (2013) 345–356 (deutsche Fassung der „Principles" auch in: Europäisches Privatrecht: Basistexte[6], hrsg. von Reiner Schulze / Reinhard Zimmermann (2020) III.57).

[476] Die Rechtsordnungen der deutschen und romanischen Rechtskreise in Europa folgen ganz überwiegend einem dieser beiden Modelle; vgl. *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht (Fn. 1) 539. Zu einem güterrechtlichen Ausgleich kommt es auch in den Rechtsordnungen, die als gesetzlichen Güterstand die aufgeschobene Gütergemeinschaft kennen (so insbesondere die nordischen Staaten). England bietet das Beispiel einer Rechtsordnung, die ein Ehegüterrecht überhaupt nicht kennt: Die Ehe hat deshalb keinen Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse unter den Ehegatten, weder im Hinblick auf das vor noch auf das während der Ehe erworbene Vermögen. Hier übernimmt seit 1938 das Institut der *family provision* die Aufgabe, eine angemessene Versorgung des überlebenden Ehegatten sicherzustellen; bei funktionaler Betrachtung entspricht sie damit dem, was etwa in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ehegüterrechtlicher Ausgleich und Pflichtteils- oder Noterbenrecht leisten. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Reid / De Waal / R. Zimmermann*, Mandatory Family Protection in Comparative Perspective (Fn. 436) 755–758.

[477] So die US-amerikanischen Bundesstaaten, und zwar sowohl diejenigen, die die Errun-

sehen sie darin eine Beschränkung der Testierfreiheit,[478] erhält der überlebende Ehegatte doch nichts, was ihm nicht aufgrund seines Beitrages gebührte, den er zur ehelichen Errungenschaft geleistet hat. Der *elective share* des US-amerikanischen Rechts ist deshalb kein Funktionsäquivalent zu Pflichtteil oder Noterbenrecht. Im Grunde lassen damit die US-amerikanischen Staaten, soweit es um das Vermögen des Erblassers geht, nicht nur die Kinder des Erblassers, sondern auch den überlebenden Ehegatten (abgesehen von den oben[479] erwähnten *allowances*) leer ausgehen. Weithin wird es demgegenüber als angemessen betrachtet, dem überlebenden Ehegatten am Vermögen des Verstorbenen einen Anteil zu gewähren. Dabei kann es, je nachdem wie groß dieser Anteil bemessen ist, zu einer Überkompensation des überlebenden Ehegatten zulasten von Kindern des Erblassers kommen.[480] Vor allem aber führt diese Form der Pauschalisierung am tatsächlichen Bedarf vorbei. Als weniger arbiträr erschiene demgegenüber eine Orientierung daran, dass im Falle einer Scheidung, sofern der eine Ehegatte auch nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung über unzureichende Mittel zur Befriedigung seiner Bedürfnisse und der andere über die Mittel verfügt, diese Bedürfnisse zu befriedigen, dem ersten von ihnen in der Regel bis zur Eingehung einer neuen Ehe ein Unterhaltsanspruch gewährt wird.[481] Folgt man nun der Intuition, dass eine Person, deren Ehe durch Tod beendet wird, nicht schlechter stehen soll als bei Beendigung durch Scheidung,[482] so könnte es sich anbieten, den Anspruch des überlebenden Ehegatten an den Scheidungsunterhalt anzuknüpfen.

Verwandte in gerader Linie sind vermutlich so gut wie überall verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren;[483] insbesondere sind damit Eltern ihren Kindern gegenüber unterhaltspflichtig. Unter welchen Umständen und

---

genschaftsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand kennen, als auch diejenigen, die durch den *elective share* im Grunde die Defizite der Gütertrennung zu beheben versuchen; vgl. oben VI.3.a).

[478] Vgl. z. B. *Dukeminier / Sitkoff*, Wills, Trusts, and Estates (Fn. 366) 512–556, die den Schutz des überlebenden Ehegatten unter der Überschrift „Limits of Testation" behandeln.

[479] VI.3.c).

[480] So etwa in Italien; dazu *Alexandra Braun*, Forced Heirship in Italian Law, in: Reid / De Waal / R. Zimmermann (Fn. 8) 115. Für Brasilien vgl. in diesem Zusammenhang *J. P. Schmidt*, Latin America (Fn. 37) 194.

[481] Vgl. zum Beispiel *Katharina Boele-Woelki / Frédérique Ferrand / Cristina González Beilfuss / Maarit Jänterä-Jareborg / Nigel Lowe / Dieter Martiny / Walter Pintens*, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses (2004) 137–138 (abgedruckt auch in: Basistexte (Fn. 475) III.55). Zum Verhältnis von *maintenance* und *property settlement* dort 70–72. In England wird insoweit nicht getrennt; vielmehr gibt es hier nur die einheitliche Gewährung eines Versorgunganspruchs für der Versorgung bedürftige Ehegatten; vgl. soeben Fn. 476.

[482] So etwa das englische Recht; Stichwort „imaginary divorce guideline" (oben Fn. 282); für Neuseeland vgl. oben Fn. 214.

[483] Vgl. den Überblick bei *Reinhard Zimmermann*, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 79 (2015) 768–821, 798.

in welcher Höhe dies der Fall ist, ist etwa im deutschen Recht ausführlich geregelt. Ein zentrales Erfordernis ist die Bedürftigkeit: Unterhaltsberechtigt ist nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.[484] In der Regel ist diese Unterhaltspflicht längst erloschen, wenn der Erbfall eintritt; die Kinder sind erwachsen, sie haben einen Beruf ergriffen und sorgen selbst für ihren Unterhalt. Auf einen Pflichtteil angewiesen sind sie nicht. Gibt es andere Gründe, sie am elterlichen Vermögen zu beteiligen? Das erscheint ausgesprochen zweifelhaft. Angewiesen auf einen Pflichtteil sind typischerweise nur Kinder, die noch minderjährig sind; oder solche, die zwar volljährig sind, sich aber noch in der Ausbildung befinden; oder aber solche, die aufgrund einer geistigen oder körperlichen Behinderung für ihren Unterhalt selbst nicht aufkommen können. Doch sind sie, genau genommen, nicht auf einen Pflichtteil angewiesen, sondern auf ihren Unterhalt. Dieser Unterhaltsanspruch erlischt nun aber, etwa im deutschen Recht,[485] mit dem Tod der unterhaltspflichtigen Eltern. Hier stellt sich die Frage, ob es für eine solche Regelung gute Gründe gibt, insbesondere, wenn ein Vermögen vorhanden ist, aus dem die Unterhaltspflicht ganz oder teilweise erfüllt werden könnte. Warum, mit anderen Worten, soll dieses Vermögen an dritte Personen oder Organisationen gehen, die der Erblasser in seinem Testament bedacht hat, wenn er doch in erster Linie die Personen versorgen sollte, die er selbst in die Welt gesetzt hat und für die deshalb auch vor allen anderen Personen und vor der öffentlichen Hand er die Verantwortung trägt?

Das sind Fragen, die hier nur angedeutet werden können, die aber an anderer Stelle weiterzuverfolgen sind.

[484] § 1602 Abs. 2 BGB.
[485] § 1615 Abs. 1 BGB.