

„So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...“

Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung

von Prof. Dr. Reinhard Zimmermann, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Ausgangspunkte	4
1. Vernunftrechtliche Reminiszenzen	4
2. Vergleichende Orientierung	7
3. Der Status quo in Deutschland	12
II. Legitimierung des Pflichtteilsrechts?	16
III. Passive Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen?	21
IV. Ausnahmen vom Grundsatz der passiven Unvererblichkeit	25
1. Der Unterhaltsanspruch „unebelicher“ Kinder	25
2. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten	27
3. Unterhaltsanspruch der Mutter aus Anlass der Geburt eines Kindes	30
V. Unterhalt statt Pflichtteil	33
1. Rekonzeptualisierung des zwingenden Angehörigenschutzes	33
2. Kinder	35
a) „Selbstbindung des Testators“	35
b) Kapitalisierung	37
c) Deckelung?	39
3. Weitere Angehörige	40
4. Andere bedarfsorientierte Modelle	43
VI. Bundesverfassungsgericht und Pflichtteil	46
1. Bindungswirkung?	46
2. Begründung	48
VII. Zu guter Letzt: Vier causes célèbres	51

Abstract

Der vorliegende Beitrag setzt sich zum Ziel, die rechtspolitische Diskussion um das Pflichtteilsrecht wiederzubeleben. Er befasst sich mit den für dessen Legitimierung vorgebrachten Gründen und fragt, warum § 1615 BGB an-

* Ich danke Franz Bauer, Martin Bialluch, Andreas Humm, Lisa-Kristin Klapdor, Ben Köhler, Jan Peter Schmidt, Philipp Scholz und Denise Wiedemann für intensiven Austausch zu Teil V dieses Aufsatzes.

ordnet, dass Unterhaltsansprüche mit dem Tod des Unterhaltsschuldners erlöschen. Ein Schwerpunkt des Beitrages liegt auf der Untersuchung der Frage, ob nicht ein allein am Unterhaltsbedarf orientiertes Regelungsmodell die feste Quotenteilhabe ablösen und ob, und in welcher Weise, damit der zwingende Angehörigenschutz im Erbrecht vom Versorgungsgedanken her rekonzeptualisiert werden sollte. Diese Überlegungen sind auch angesichts des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 nicht müßig.

I. Ausgangspunkte

1. Vernunftrechtliche Reminiszenzen

In seinem bis heute grundlegenden Institutionenlehrbuch des schottischen Rechts erörtert James Dalrymple, Viscount of Stair, unter anderem die Frage, ob ein Eigentümer in seiner Verfügungsbefugnis von Todes wegen beschränkt ist. Das sei nicht der Fall. Insbesondere brauche er seine Angehörigen nicht als Erben einzusetzen. Vielmehr brauche er sie nur zu versorgen.¹ In diesem Zusammenhang zitiert Stair den ersten Brief des Paulus an Timotheus, in dem es heißt, dass wer die Seinen, und insbesondere seine Hausgenossen, nicht versorgt, den Glauben verleugnet und schlimmer sei als ein Heide.² Der vom Verfasser des Briefes³ gebrauchte Ausdruck ist „pronoein“, was mit „provide“ bzw. „versorgen“ durchaus richtig widergegeben ist. Es geht also um eine „natürliche“ Unterhaltsverbindlichkeit, und Stair versteht die zitierte Stelle dahin, dass sie auch nach dem Tode des Eigentümers fortbesteht.⁴ Das ist nicht

¹ *James Viscount of Stair*, *The Institutions of the Law of Scotland* (1681), 4. Aufl. (1826), Buch III, Tit. IV, II („... because there lieth upon the owner a natural obligation to provide for his relations, not only during his life, but after his death“).

² Kapitel V, Vers 8. Die von Stair wiedergegebene Übersetzung lautet: „He that provideth not for his own, especially those of his own family, hath denied the faith, and is worse than an infidel.“ In der Übersetzung von Martin Luther: „So aber jemand die seinen sonderlich seine Hausgenossen nicht versorget, der hat den Glauben verleugnet und ist erger denn ein Heide.“

³ Man ist sich heute weitgehend einig, dass die beiden Timotheusbriefe und der Titusbrief nicht von Paulus selbst, sondern „einige Jahrzehnte nach seinem Tod unter seinem Namen verfasst worden sind“: *Raymond F. Collins*, *Pastoralbriefe*, in: *Religion in Geschichte und Gegenwart*, Bd. VI, 2003, Sp. 988–991 (989).

⁴ In den von mir konsultierten Kommentaren zum ersten Brief an Timotheus wird dieser Punkt nicht hervorgehoben. Statt dessen wird die Ermahnung jedenfalls teilweise auf die Witwe selbst bezogen; so *Jürgen Roloff*, *Der erste Brief an Timotheus* (1988) 292; vgl. auch *Lorenz Oberlinner*, in: *Herders theologischer Kommentar zum Neuen Testament*, Band XI/2 (1994), 230 („Von V[ers] 4 her ließe sich an eine Erneuerung der Mahnung an die Angehörigen einer Witwe denken. Da aber in den voran-

unplausibel, steht sie doch in einem Abschnitt über den Umgang mit Witwen. Stairs Ansatz hat sich im schottischen Recht nicht durchgesetzt. Vielmehr können Kinder und der überlebende Ehegatte dort einen festen Anteil („legal right“) von jeweils einem Drittel bzw., sofern der Erblasser nur von Kindern oder nur von seinem Ehegatten überlebt wird, von der Hälfte verlangen. Bezugsobjekt dieses Anteils ist kurioserweise nur die bewegliche Habe des Erblassers.⁵ Damit perpetuiert Schottland mittelalterliches englisches (!) Wohnrechtsrecht.⁶

Immerhin befand sich Stair mit seiner Ansicht im Einklang mit anderen bedeutenden Gelehrten des 17. und 18. Jahrhunderts.⁷ Das gilt etwa für den Begründer einer säkularen Naturrechtslehre, Hugo Grotius. Kindern, heißt es in „De Iure Belli ac Pacis“, müsse hinterlassen werden, was für ihren Unterhalt erforderlich sei.⁸ In diesem Sinne sei auch der Satz von der Unentziehbarkeit der (gemeinrechtlichen) *portio legitima* zu verstehen,⁹ er gelte nur, soweit

gehenden [Versen] die Witwe als Verantwortliche in ihrem Verhalten angesprochen war, legt es sich nahe, dass auch in V[ers] 8 die Witwe selbst ... als Adressatin anzusehen ist“). Anders *Heinz-Werner Neudorfer*, *Der erste Brief des Paulus an Timotheus*, 2. Aufl. (2012) 193 f.

⁵ Dazu im Einzelnen *Kenneth C.G. Reid*, *Legal Rights in Scotland*, in: *Kenneth G.C. Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Mandatory Family Protection* (2020) 417–449; vgl. auch den Überblick bei *Reinhard Zimmermann*, *Zwinger Angehörigenschutz im Erbrecht: Entwicklungslinien jenseits der westeuropäischen Kodifikationen*, *RabelsZ* 85 (2021) 1–75 (48–53). Die Berechtigung von Kindern heißt „legitim“, diejenige des überlebenden Ehegatten „jus relicti“ bzw. „jus relictae“. Kollektiv werden beide Berechtigungen als „legal rights“ bezeichnet.

⁶ Dazu *Reinhard Zimmermann*, *Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive*, *RabelsZ* 84 (2020) 465–547 (481).

⁷ Dazu im allgemeineren Zusammenhang naturrechtlicher und philosophischer Begründungen von Familienerbrecht und Testierfreiheit *Diethelm Klippel*, *Familie versus Eigentum: Die naturrechtlich-rechtsphilosophischen Begründungen von Testierfreiheit und Familienerbrecht im 18. und 19. Jahrhundert*, *ZRG (GA)* 101 (1984) 117–168; ferner etwa *Karl Georg Bruns*, *Gutachten über die Frage: Ob und wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung beschränkt werden soll?*, in: *Verhandlungen des Vierzehnten Deutschen Juristentages*, Band I (1878) 88–103 (73–84); *Jens Beckert*, *Unverdientes Vermögen: Soziologie des Erbrechts* (2004) 67–73; *Andreas Bauer*, *Die innere Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts* (2008) 36–43; *Karlheinz Muscheler*, *Erbrecht* (2010) 202–213.

⁸ *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis* (1625, Nachdruck 1993) Buch II, Kap. VII, IV („... liberis id recte relinqui, quod ad alimenta necessarium est“).

⁹ Zur *portio legitima* des gemeinen Rechts vgl. *Helmut Coing*, *Zur Entwicklung des Pflichtteilsrechts in der Zeit vom 16. bis 18. Jahrhundert*, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel* (1984) 25–35; *idem*, *Europäisches Privatrecht*, Band I (1985) 610–615; *Sebastian Lohsse*, *Passing Over and Disinheritance in the Days of the Ius Commune*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 20–38; Überblick auch in *RabelsZ* 84 (2020) 470–472.

die *legitima* den notwendigen Unterhalt umfasse.¹⁰ Was über den notwendigen Unterhalt hinausgehe, könne den Kindern also ohne Verstoß gegen naturrechtliche Grundsätze entzogen werden.¹¹ Auch Samuel Pufendorf, der große Systematiker des Vernunftrechts, vertrat die Auffassung, dass (unmündigen) Kindern selbst durch ausdrücklichen Willen ihres Vaters nicht genommen werden könne, wessen sie zu ihrem Unterhalt bedürfen.¹² Darüber hinausreichende Ansprüche hätten sie nicht. Zwar werde teilweise die Auffassung vertreten, dass Eltern alles um ihrer Kinder willen erwerben und dass die Kinder demnach schon zu Lebzeiten ihrer Eltern ein gewisses Recht an deren Vermögen haben. Das sei aber falsch. Denn, was jedweder erwirbt, erwerbe er vornehmlich für sich selbst.¹³ Nach Auffassung des Aufklärungsphilosophen Montesquieu gebietet das Naturrecht Vätern, ihre Kinder zu ernähren, aber nicht, sie zu Erben einzusetzen.¹⁴ Und Sir William Blackstone, der Pufendorf und Montesquieu im thematischen Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht von Eltern gegenüber ihren Kindern zitiert, bemerkte zwar, dass das englische Recht (anders als das römische Recht) keine Vorkehrungen gegen die Enterbung von Kindern getroffen habe, fügte aber hinzu, dass es ganz in Ordnung

¹⁰ „Nec aliter capiendum quod dici solet, legitimam humanis legibus tolli non posse, quatenus scilicet in legitima insunt alimenta necessaria“: *Grotius* (Fn. 8) Buch II, Kap. VII, IV.

¹¹ „Nam quod supra est, tolli potest non repugnante natura“: *Grotius* (Fn. 8) Buch II, Kap. VII, X.

¹² *Samuel Pufendorf*, *De iure naturae et gentium* (Francofurti ad Moenum, 1694) Buch IV, Kap. XI, § 6 („Et respectu istorum alimentorum, quando parens decidit, liberis adhuc in immaturata aetate constitutis non modo ab intestato haereditas debetur: sed ea ne per expressam quidem patris voluntatem adimi recte poterit, quantum ad hunc finem requiritur“).

¹³ „Nam quod aliqui putant; parentes liberorum causa omnia acquirere, adeoque liberos etiam vivis parentibus jus aliquod habere in bonis parentum, adversus hosce valiturum, extra causam alimentorum, id falsum est. Primario enim sui ipsius causa quisque acquirit“: *Pufendorf* (Fn. 12) Buch IV, Kap. XI, § 7. In seinem ersten Satz spielt Pufendorf offensichtlich an auf Gaius, *Institutiones*, II, 157 („vivo quoque parente quodammodo domini existimantur“). Dazu, und zur Vorstellung einer Art latenten Familieneigentums, oder familiären „Verfangenheit“ des Vermögens, in der römischen Frühzeit (und bei den Germanen) *Reinhard Zimmermann*, *Protection against being Passed Over or Disinherited in Roman Law*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 1–19 (1–3).

¹⁴ *De l’Esprit des Loix* (1758) Buch XXVI, Kapitel VI (S. 314) („La loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n’oblige pas de les faire héritiers“). Dieser Satz wurde in Spanien häufig zitiert (vgl. *Sergio Cámara Lapuente*, *Forced Heirship in Spain*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 139–174 (147–150)) und spielte für das Erbrecht in den zentralamerikanischen Ländern und Mexiko (dazu sogleich) eine wichtige Rolle.

gewesen wäre „if the parent had been bound to leave them at the least a necessary subsistence“.¹⁵

2. Vergleichende Orientierung

Wenn es damit der natürlichen Gerechtigkeit widerspricht, den eigenen Kindern unter Lebenden wie von Todes wegen das zu entziehen, was für ihren Unterhalt notwendig ist, so spricht umgekehrt nichts dagegen, dass das positive Recht ihnen mehr als den Unterhalt gewährt.¹⁶ Ein solches „mehr“, so wird häufig unterstellt, ist dann gegeben, wenn den Kindern des Erblassers ein fester Anteil an dessen Vermögen zugesprochen wird. Daran ist richtig nur, dass von einer fixen Quote ungleich viel mehr Kinder profitieren als von einem Unterhaltsanspruch: in dem einen Falle alle überlebenden Kinder des Erblassers, in dem anderen nur diejenigen unter ihnen, die außerstande sind, sich selbst zu unterhalten (insbesondere also Minderjährige).¹⁷ Für Letztere kann ein Unterhaltsanspruch hingegen durchaus vorteilhafter sein.

Das deutsche Recht gewährt den Kindern des Erblassers (zudem seinem überlebenden Ehegatten sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, entfernteren Abkömmlingen und seinen Eltern) einen festen Anteil am Vermögen des Erblassers.¹⁸ Dieser Anteil besteht in der Hälfte des Wertes ihres jeweiligen Intestaterbteils und heißt Pflichtteil. Der BGB-Gesetzgeber übernahm damit das Regelungskonzept des ABGB von 1811.¹⁹ Gleichzeitig lehnte er die

¹⁵ *Sir William Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, 12. Aufl. (London 1793) 449.

¹⁶ Vgl. etwa *Pufendorf* (Fn. 12) Buch IV, Kap. XI, § 7: „Quae alimenta isthaec excedunt, liberis, qui jam sibi ipsi possunt prospicere, debentur non tamen ex diserto aliquo praecepto juris naturalis, ...“.

¹⁷ Dabei ist daran zu denken, dass Kinder häufig erst erben, wenn sie zu ihrer Versorgung auf einen Anteil am Vermögen ihrer Eltern nicht mehr angewiesen sind. Dazu etwa *Gerhard Otte*, Das Pflichtteilsrecht – Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik, AcP 202 (2002) 317–362 (336–340) mit Hinweis darauf, dass das zu Zeiten des Erlasses des BGB nicht sehr viel anders war. Das durchschnittliche Lebensalter des Kindes habe um 1910 nur neun bis zehn Jahre niedriger gelegen als in der Zeit um 1995. Für die Zeit um 1995 gibt *Otte* einen Wert von 39 Jahren beim Tod des Vaters und von 45 Jahren beim Tod der Mutter an.

¹⁸ § 2303 BGB. Dazu im Einzelnen etwa *Muscheler* (Fn. 7) § 51; zur Entstehung und Entwicklung der Vorschriften zum Pflichtteilsrecht *Hans-Georg Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (1970) 81–112; *Reinhard Zimmermann*, Compulsory Portion in German Law, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 268–318.

¹⁹ Zu diesem *Christiane Wendeborst*, Compulsory Portion and Other Aspects of Family Protection in Austria, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 233–267 (237–241); *RabelsZ* 84 (2020) 437–475.

Einführung eines Noterbenrechts nach dem Modell des Code civil von 1804 ab.²⁰ Danach hatten die Abkömmlinge, bei Fehlen von Kindern die Vorfahren, des Erblassers nicht einen nur (schuldrechtlichen) Anspruch gegen den oder die Erben auf einen Anteil am Erblasservermögen. Für sie war vielmehr ein bestimmter Anteil am Nachlass reserviert („réserve héréditaire“); sie wurden also Noterben im Sinne von „notwendigen Erben“.²¹ Beide Modelle zwingender Nachlassbeteiligung unterscheiden sich also in der „juristischen Konstruktion“ voneinander, sind aber doch nur zwei verschiedene Formen einer festen Quotenteilhabe.²² Sie prägen bis heute alle westeuropäischen Kodifikationen, wobei sich zunächst das französische Modell als ausgesprochen einflussreich erwies,²³ während die jüngeren Erbrechtsreformen in den Niederlanden, in Belgien und in Frankreich selbst einen deutlichen Entwicklungstrend vom Noterben- zum Pflichtteilsrecht als der vergleichsweise schwächeren Form der Quotenteilhabe dokumentieren.²⁴

In anderen Teilen der Welt sind neben Noterbenrecht (so z.B. in Norwegen, Schweden, Brasilien und, teilweise in abgeschwächter Form, den anderen südamerikanischen Rechtsordnungen)²⁵ und Pflichtteilsrecht (so z.B. in Polen, Ungarn, Finnland, Japan)²⁶ auch andere Modelle verbreitet. So ist in einer Reihe postsozialistischer Staaten Zentral- und Osteuropas das Not-

²⁰ Dazu RabelsZ 84 (2020) 484.

²¹ Zur Terminologie und zur für das römische Recht wichtigen Unterscheidung von „formellem“ und „materiellem“ Noterbenrecht vgl. *Zimmermann*, Protection (Fn. 13) 4.

²² Dazu *Jan Peter Schmidt*, Pflichtteil in Rechtsvergleich und Rechtspolitik, in: *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht* 10 (2020) 1–27 (10–12), der insoweit zwischen wertmäßiger und gegenständlicher Teilhabe unterscheidet.

²³ Dazu im Einzelnen RabelsZ 84 (2020) 491–506.

²⁴ Dazu im Einzelnen RabelsZ 84 (2020) 510–516; *Anatol Dutta*, Entwicklungen des Pflichtteilsrechts in Europa, *FamRZ* 2011, 1829–1840. Länderübersichten zum zwingenden Angehörigenschutz in Europa und den USA finden sich in *Gerhard Schlitt, Gabriele Müller* (Hg.), *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2. Aufl. (2017) § 15; weltweit in *Jörg Mayer, Rembert Süß, Manuel Tanck, Jan Bittler* (Hg.), *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 4. Aufl. (2018) § 19; *Kenneth G.C. Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Mandatory Family Protection* (2020). Länderübersichten zum Erbrecht allgemein (einschließlich Pflichtteilsrecht) für Europa in *Rembert Süß* (Hg.), *Erbrecht in Europa*, 4. Aufl. (2020); weltweit in *Murad Ferid, Karl Firsching, Rainer Hausmann* (Hg.), *Internationales Erbrecht* (Loseblatt, einschließlich der 117. Ergänzungslieferung vom Mai 2021). Einen aktuellen Überblick über die Modelle zwingenden Angehörigenschutzes weltweit bietet *Schmidt*, Pflichtteil (Fn. 22) 4–26.

²⁵ Zu Norwegen, Schweden und Südamerika RabelsZ 85 (2021) 10–17, 17–21.

²⁶ Zu Polen, Ungarn und Finnland RabelsZ 85 (2021) 4–6, 15 f.; zu Japan vgl. *Mika Aotake*, *Ausgewählte Fragen zur aktuellen Erbrechtsreform in Japan*, *Zeitschrift für Japanisches Recht* 48 (2018) 53–68 (unter IV.).

erben- oder Pflichtteilsrecht bedarfsabhängig ausgestaltet: Kinder des Erblassers werden nur geschützt, soweit sie minderjährig oder arbeitsunfähig sind (so in der Russischen Föderation, ähnlich in der Ukraine, Estland, Litauen und, außerhalb der postsozialistischen Länder, in Louisiana; so früher auch in Deutschland das ZGB der DDR).²⁷ Gelegentlich (Slowenien, Kroatien, Serbien) wird zwischen „absoluten“ und „relativen“ Noterben unterschieden, wobei nur das Noterbenrecht der ersteren bedarfsunabhängig ist;²⁸ oder es erhalten Personen, die sich typischerweise nicht selbst unterhalten können, einen erhöhten Pflichtteil (Polen).²⁹ Der überlebende Ehegatte wird in einer Reihe von Rechtsordnungen (Norwegen, Schweden, USA, Quebec, Schottland, Irland) hauptsächlich oder sogar ausschließlich durch das eheliche Güterrechtsregime geschützt.³⁰

Im rechtsvergleichenden Diskurs wenig beachtet sind die zentralamerikanischen Kodifikationen und Mexiko, die unterhaltsberechtigten Personen nicht einen Noterbenanteil oder einen Pflichtteil, sondern konsequenterweise einen Anspruch gegen den Nachlass auf Unterhalt gewähren.³¹ Ähnliche Regelungen finden sich im Code civil von Quebec und im römisch-holländischen Recht Südafrikas.³² In der Volksrepublik China sprechen die Gerichte arbeitsunfähigen Personen ohne Existenzgrundlage nach der Doktrin des „notwendigen Teils“ das zu, wessen sie bedürfen, um ihre Grundbedürfnisse zu befriedigen.³³ Sehr viel bekannter ist der in England verfolgte, im Grundsatz ebenfalls bedarfsorientierte, Ansatz der „family provision“ (so auch Neuseeland – woher dieser Ansatz eigentlich stammt –, Australien und die englischsprachigen Provinzen Kanadas);³⁴ ursprünglich als eine beschränkte Be-

²⁷ Zu den postsozialistischen Ländern und zu Louisiana RabelsZ 85 (2021) 6–9, 24–27; zur DDR RabelsZ 84 (2020) 528.

²⁸ RabelsZ 85 (2021) 8.

²⁹ RabelsZ 85 (2021) 4 f. Dazu auch *Fryderyk Zoll*, Compulsory Portion in Poland, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 366–383.

³⁰ Zu den im Text erwähnten Ländern RabelsZ 85 (2021) 11–14, 15–17, 56–61, 27–29, 48–55.

³¹ Dazu *Jan Peter Schmidt*, Forced Heirship and Family Provision in Latin America, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 174–232 (224–231); im Überblick auch RabelsZ 85 (2021) 22–24.

³² Dazu *Alexandra Popovici*, *Lionel Smith*, Freedom of Testation and Family Claims in Canada, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 507–533 (512–519) und *Marius J. de Waal*, Family Provision in South Africa, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 477–506; vgl. ferner RabelsZ 85 (2021) 27–29, 61–66.

³³ Dazu *Knut Benjamin Piffler*, *Timo Kleinwegener*, Forced Heirship in Chinese Succession Law, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 601–628; im Überblick auch RabelsZ 85 (2021) 9 f.

³⁴ Zu England *Roger Kerridge*, Family Provision in England and Wales, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 384–416; zu Neuseeland und Australien *Nicola Peart*,

fugnis gedacht, stoßender Rücksichtslosigkeit des Erblassers gegenüber Frau und Kind abzuhelfen, hat die *family provision* sich zu einem weitreichenden Mittel entwickelt, letztwillige Verfügungen umzuschreiben. Besonders unvorteilhaft ist die Stellung überlebender Kinder in 49 der 50 Bundesstaaten der USA, wo ihnen allenfalls eine „family allowance“ zustehen kann.³⁵

Bemerkenswert ist auch der in manchen europäischen, vor allem auch westeuropäischen, Ländern mit kodifiziertem Recht bestehende Trend, den zwingenden Angehörigenschutz durch Herabsetzung der Quoten zu schwächen (Belgien, Niederlande, Schweiz) und ihn zu flexibilisieren.³⁶ Zu diesen Flexibilisierungsmechanismen gehören seit jeher die spanische *mejora*³⁷ sowie heute die Pflichtteilsminderung des österreichischen Rechts,³⁸ die „anderen gesetzlichen Rechte“ des niederländischen Rechts,³⁹ die „kollektive *legítima*“ bestimmter Foralrechte,⁴⁰ besondere Zuweisungsbefugnisse etwa in Italien oder Norwegen,⁴¹ die Statuierung finanzieller Deckel für die Rechte von

Prue Vines, Family Provision in New Zealand and Australia, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 450–476; zu Kanada *Popovici/Smith* (Fn. 32); vgl. ferner *Kenneth G.C. Reid*, Mandatory Family Protection in the Common Law Tradition, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 707–739; *RabelsZ* 85 (2021) 40–48. Zur rechtsvergleichenden Diskussion aus deutscher Perspektive z.B. *Marion Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich (2004); *Katrin Stadler*, Das Versorgungselement im gesetzlichen Pflichtteilsrecht – mit Bezug zum englischen Erbrecht (2004); *David Baumer*, Das neue deutsche Pflichtteilsrecht und das Recht der englischen family provision (2018); *Dorota Miler*, Dependants' Relief Legislation and Compulsory Portion (2017) (zum Recht von British Columbia); *Hannah Roggendorf*, Indefeasible Family Rights: A Comparative View on the Restrictions of Testamentary Freedom, *Edinburgh LR* 22 (2018) 211–236. Vgl. ferner die Sammelbände von *Christoph Castelein*, *René Foqué*, *Alain Verbeke* (Hg.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society: Five Perspectives* (2009); *Miriam Anderson*, *Esther Arroyo i Amayuelas* (Hg.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom* (2011); *Reinhard Zimmermann* (Hg.), *Freedom of Testation – Testierfreiheit* (2012); sowie die rechtsvergleichende Analyse in *Kenneth G.C. Reid*, *Marius J. de Waal*, *Reinhard Zimmermann*, *Mandatory Family Protection in Comparative Perspective*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 740–776.

³⁵ Dazu *Ronald J. Scalise jr.*, Family Protection in the United States, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 534–562; *RabelsZ* 85 (2021) 56–61.

³⁶ Dazu allgemein *RabelsZ* 84 (2020) 541–543; *Dutta*, *FamRZ* 2011, 1833–1835.

³⁷ Dazu *Cámara Lapuente* (Fn. 14) 139 f., 164.

³⁸ Dazu *Wendehorst* (Fn. 19) 247.

³⁹ Dazu *Wilbert Kolkman*, *Compulsory Portion and Family Provision in the Netherlands*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 319–344 (332–337).

⁴⁰ Dazu *RabelsZ* 84 (2020) 531 f.

⁴¹ Dazu *Alexandra Braun*, *Forced Heirship in Italian Law*, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 108–138; für Norwegen vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 11.

Abkömmlingen (Norwegen, Dänemark),⁴² verschiedene Formen des (vertraglichen) Pflichtteilsverzichts in einer Vielzahl von Ländern,⁴³ die Erweiterung der Möglichkeiten einer Pflichtteilsentziehung (Spanien, Katalonien, Schweiz),⁴⁴ oder auch die modernen Ausprägungen der *exhereditatio bona mente*.⁴⁵ Gelegentlich werden bestimmte Angehörige mit Unterhaltsansprüchen abgefunden, so Großeltern in Polen und alle Aszendenten in Belgien.⁴⁶ Im Hinblick auf das Pflichtteils- oder Noterbenrecht des überlebenden Ehegatten sind zusätzlich die Vorausvermächtnisse des österreichischen Rechts,⁴⁷ die *quotité disponible spéciale* des französischen Rechts⁴⁸ oder auch das dem überlebenden Ehegatten im neuen belgischen Erbrecht eingeräumte Wahlrecht⁴⁹ zu nennen. In den Niederlanden hat der überlebende Ehegatte, im Gegensatz zu Abkömmlingen des Erblassers, nur die schon erwähnten „anderen gesetzlichen Rechte“.⁵⁰ Unterhaltsansprüche des überlebenden Ehegatten gegen den Nachlass gewähren Österreich, Portugal und Frankreich;⁵¹ bedarfsabhängig ist auch das *dret a la quarta vidual* des katalanischen Rechts.⁵² Das ungarische Recht berücksichtigt den konkreten Bedarf im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht des überlebenden Ehegatten, während das tschechische Recht ihm einen Anspruch auf „notwendige Versorgung“ gibt.⁵³ Die Tradition der Gewährung (nur) von Unterhaltsansprüchen gegen den Nachlass (oder, wie es

⁴² Dazu RabelsZ 85 (2021) 11, 15.

⁴³ Dazu RabelsZ 84 (2020) 542 f.

⁴⁴ Auch dazu RabelsZ 84 (2020) 543 f. Für Deutschland *de lege ferenda* z.B. *Stephanie Herzog*, Die Pflichtteilsentziehung – ein vernachlässigtes Rechtsinstitut (2003) 387–456; *Rainer Frank*, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Pflichtteilsrechts, in: *Öffentliches Recht im offenen Staat: Festschrift für Rainer Wahl* (2011) 303–321 (315–321); *Thomas Rauscher*, Reformbedarf im Erbrecht?, *Forum Familienrecht, Sonderheft II* (2004) 141–153 (152 f.).

⁴⁵ Sie finden sich etwa in Deutschland, Österreich, Griechenland, den Niederlanden und Norwegen; vgl. RabelsZ 84 (2020) 490 f., 506, 516 (Fn. 315), 525 (Fn. 382), RabelsZ 85 (2021) 11 f.

⁴⁶ Dazu RabelsZ 84 (2020) 513 (Belgien); RabelsZ 85 (2021) 5 (Polen).

⁴⁷ Dazu *Wendehorst* (Fn. 19) 251–259.

⁴⁸ Dazu *Cécile Pérès*, Compulsory Portion in France, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 78–107 (97).

⁴⁹ RabelsZ 84 (2020) 514.

⁵⁰ *Kolkman* (Fn. 39) 332–334.

⁵¹ Dazu *Wendehorst* (Fn. 19) 259–262; *Pérès* (Fn. 48) 96; für Portugal RabelsZ 84 (2020) 508 (Fn. 253). So auch in Chile; dazu RabelsZ 85 (2021) 20.

⁵² Dazu RabelsZ 84 (2020) 533; zu Honduras RabelsZ 85 (2021) 23 f.; zu Louisiana RabelsZ 85 (2021) 27.

⁵³ Dazu RabelsZ 85 (2021) 8. Ausführlich zum ungarischen Pflichtteilsrecht *Lajos Vékás*, Compulsory Portion in Hungary, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 345–365.

dort heißt, die „Verlassenschaft“ geht auf § 796 ABGB von 1811 zurück, und damit auf eine Zeit, als der überlebende Ehegatte im Noterben- oder Pflichtteilsrecht vielerorts überhaupt noch nicht berücksichtigt wurde. In Österreich gehen auch Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern (bis zum Wert der „Verlassenschaft“) auf die Erben des verstorbenen Elternteils über.⁵⁴

3. Der Status quo in Deutschland

Ein offensichtlicher Vorteil des herkömmlichen Pflichtteils oder Noterbenrechts insbesondere gegenüber der *family provision* neuseeländisch/englischer Provenienz ist die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses, also Rechtssicherheit. Der 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“.⁵⁵ Das Pflichtteilsrecht ist so rigide wie abstrakt,⁵⁶ ohne dabei, wie eigentlich zu erwarten sein müsste, besonders einfach anwendbar zu sein.⁵⁷

Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass das Pflichtteils- und das Noterbenrecht auch in Ländern, die die einschlägigen Vorschriften nicht oder nur marginal reformiert haben, immer wieder Gegenstand der Kritik gewesen ist.⁵⁸ Das gilt auch für Deutschland. Schon die beiden Gutachter, die für den Vierzehnten Deutschen Juristentag 1878 die Frage zu behandeln hatten, „ob und (in) wie weit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung eingeschränkt werden soll“ – einer von ihnen ein Praktiker, der andere Inhaber des Lehrstuhls an der Berliner Universität, den einst Savigny inne-

⁵⁴ § 233 ABGB. Auch das finnische Recht gewährt Kindern des Erblassers und dem überlebenden Ehegatten in einer Reihe von Situationen Unterhaltsansprüche: RabelsZ 85 (2021) 16.

⁵⁵ Thomas E. Atkinson, The Law of Succession, in: 1050 Annual Survey of American Law (1951) 674–700 (679).

⁵⁶ Muscheler (Fn. 7) 235.

⁵⁷ Dazu etwa Manfred Bengel, Referat, in: Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/1 (2002) L 51–L 88 (L 62) mit der Aussage, das geltende Pflichtteilsrecht berge „die schwierigsten Normen des Erbrechts“ (und mit dem Hinweis auf Gustav Boehmer, der § 2306 BGB als die schwierigste Norm des gesamten BGB ansah). Ein aktueller Überblick findet sich in Anne Rötbel, Erbrecht, 18. Aufl. (2020) § 38. Nicht umsonst sind dem Pflichtteilsrecht eine Reihe von Spezialhandbüchern gewidmet, darunter die oben, Fn. 24, erwähnten von Schlitt/Müller (1.025 Seiten) und Mayer/Süß/Tanck/Bittler (1.135 Seiten).

⁵⁸ Vgl. etwa für Spanien Cámara Lapuente (Fn. 14) 166–174; für Italien Braun (Fn. 41) 134–137; für Polen Zoll (Fn. 29) 370; für Portugal RabelsZ 84 (2020) 509 f.; für Südamerika Schmidt, Forced Heirship (Fn. 31) 219–223. Auch in den Niederlanden wird immer wieder geltend gemacht, dass eine bedarfsunabhängige feste Quote für die nächsten Angehörigen nicht mehr zeitgemäß sei; vgl. Kolkman (Fn. 39) 324–326.

gehabt hatte – hatten mit der so gut wie unbeschränkten Testierfreiheit des zeitgenössischen englischen Rechts sympathisiert. Während jedoch Friedrich Meyersburg eine Beseitigung der im gemeinen Recht und den deutschen Partikularrechten vorgesehenen Formen zwingender Beteiligung von Angehörigen am Vermögen des Erblassers forderte und statt dessen die Einräumung eines Unterhaltsanspruchs für bedürftige Abkömmlinge, Vorfahren und Ehegatten empfahl,⁵⁹ wollte Karl Georg Bruns von einem Pflichtteil nur absehen, soweit der Erblasser zugunsten anderer Pflichtteilsberechtigter über sein Vermögen verfügt hatte;⁶⁰ das entspricht im Grunde der foralrechtlichen Idee einer „kollektiven legitima“. ⁶¹ Während der Zeit, als führende Juristen sich an der Aufgabe einer nationalsozialistischen „Erneuerung“ des Rechts versuchten, kam auch das im BGB enthaltene Pflichtteilsrecht in die Schusslinie;⁶² freilich störten sich Autoren wie Gustav Boehmer nicht daran, dass der Pflichtteil die Willensfreiheit des Erblasser ungehörlich einschränke, sondern dass, umgekehrt, die Gewährung eines bloßen Geldanspruchs deutschen Anschauungen der familiären Bindung des Eigentums und damit dem natürlichen Grundsatz der Familienerbfolge widerspreche.⁶³

In der Bundesrepublik wurde das geltende Pflichtteilsrecht wiederholt als unflexibel und dysfunktional kritisiert;⁶⁴ und Dieter Henrich beklagte ein-

⁵⁹ *Friedrich Meyersburg*, Gutachten über die Frage: Ob und in wie weit die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung eingeschränkt werden soll?, in: Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages, Band I (1878) 50–71.

⁶⁰ *Bruns* (Fn. 7) 72–112; vgl. auch die Zusammenfassung der Ansicht von Bruns durch den Referenten, Kammerpräsident Petersen, in: Verhandlungen des Vierzehnten deutschen Juristentages, Band II (1879) 60–73 (65 f.).

⁶¹ Oben Fn. 40. Die Vorschläge beider Gutachter wurden mit großer Mehrheit verworfen: „... mit einer Deutlichkeit ...“, die in der Geschichte des DJT wohl einmalig ist“, wie *Gerhard Otte* kommentiert (J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2015) Einleitung zu §§ 2303 ff., Rdz. 12).

⁶² Vgl. dazu *Gerhard Otte*, Nationalsozialismus und Pflichtteilsrecht, in: Zivil- und Wirtschaftsrecht in europäischer und globaler Perspektive: Festschrift für Norbert Horn (2006) 113–124; *Claus-Henning Hollmann*, Pflichtteilsrecht und Familienzusammenhang (2007) 92–111; *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 292–294.

⁶³ *Gustav Boehmer*, Zur Reform des Pflichtteilsrechts, AcP 144 (1938) 32–88.

⁶⁴ Besonders prononciert die Kritik von *Barbara Dauner-Lieb*, Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altherwürdiges Institut, Forum Familienrecht 2000, 110–119; *eadem*, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, Deutsche Notar-Zeitschrift 2001, 460–473; *K. Stadler* (Fn. 34) *passim*, z.B. 169–171; vgl. im Übrigen *Christine Osterloh-Konrad*, Unternehmensrecht und Pflichtteil, in: Karin E.M. Beck, Christine Osterloh-Konrad (Hg.), Unternehmensnachfolge, 2009, 39–67, 50–60 sowie die ausführlichen Nachweise bei *Staudinger/Otte* (Fn. 61) Einleitung zu §§ 2303 ff., Rdz. 14 und bei *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 299–301. Eine Vielzahl von Tagungen sind über die Jahre hinweg dem Pflichtteilsrecht und seiner Reform gewidmet worden; vgl. z.B. das auch interdisziplinär ausgerichtete Symposium von *Anne*

hundert Jahre nach Inkrafttreten des BGB, dass dessen Erbrecht, einst als Glanzstück der Gesetzgebungskunst gerühmt, inzwischen der Entwicklung im europäischen Ausland hinterherhinke.⁶⁵ Dabei dachte er nicht zuletzt an das Pflichtteilsrecht.⁶⁶ Doch der Gesetzgeber, dessen Tätigwerden Henrich anmahnte, reformierte das Pflichtteilsrecht durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts nur in bescheidenem Umfang; dessen charakteristische Konturen blieben unangetastet.⁶⁷ Stimuliert worden war die Reform durch die Schuldrechtsmodernisierung von 2002, die zu einer Umstellung des allgemeinen Verjährungsregimes geführt hatte, sowie durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2005 zu Problemen der Pflichtteilsentziehung.⁶⁸ Zuvor war das Pflichtteilsrecht von einer Reihe von Reformen des Familienrechts berührt worden, die dessen Grundzüge aber ebenfalls nicht infrage gestellt hatten: vor allem durch die Einführung der Zwangsgemeinschaft durch das Gleichberechtigungsgesetz mit der missglückten Regelung des § 1371 BGB, dann durch das Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft von 2001, die Reformen des Nichtehelechts (1969 und 1997) und das Adoptionsgesetz (1976).⁶⁹ Eine Erbrechtsreform, die der Deutsche Bundestag 1969 in Angriff zu nehmen beschloss, führte zu nichts.⁷⁰ Immerhin wurde die Frage einer möglichen Neuregelung des Pflichtteilsrechts auf die Agenda des 49. Deutschen Juristentages (1972) gesetzt, ohne dass dort jedoch ein signifikanter Reformbedarf festgestellt wurde.⁷¹ Auf dem 64. Deutschen Juristentag (2002) wurde die Frage erneut verhandelt. Auch hier wurde das Pflichtteilsrecht jedoch nicht grundlegend infrage gestellt.⁷² Insbesondere der Vorschlag von Manfred Bengel, den Pflichtteil an das Erfor-

Rötbel (Hg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007) und darin *Jens Beckert*, Familiäre Solidarität und Pluralität moderner Lebensformen, 1–21.

⁶⁵ *Dieter Henrich*, Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: *Dieter Henrich, Dieter Schwab* (Hg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich (2001) 371–385 (385).

⁶⁶ *Dieter Henrich*, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht (2000).

⁶⁷ Dazu *Knut Werner Lange*, Das Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts, *Deutsche Notar-Zeitschrift* 2009, 732–743; Mayer/Süß/Tanck/Bittler (Fn. 24) 8–10; *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 302–315.

⁶⁸ Dazu sogleich bei Fn. 75.

⁶⁹ Überblick bei *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 295 f.

⁷⁰ Nachweise bei *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 301.

⁷¹ *Helmut Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des Neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (1972) A 1–A 55; *Albrecht Dieckmann*, Referat, in: Verhandlungen des Neunundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band II (1972) K 8–K 31.

⁷² *Dieter Martiny*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, in:

dernis der Bedürftigkeit zu koppeln,⁷³ wurde mit großer Mehrheit abgelehnt. Eine konservative Sicht prägte auch den Vortrag von Gerhard Otte auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Trier (2001).⁷⁴

Die Krone setzte den Beharrungstendenzen im deutschen Pflichtteilsrecht sodann die soeben erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 auf, die in ihrem ersten Leitsatz feststellte, dass „[d]ie grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass“ durch die Erbbrechtsgarantie des Art. 14 I 1 GG in Verbindung mit dem Schutzauftrag für Ehe und Familie in Art. 6 GG gewährleistet sei.⁷⁵ Seither ist die rechtspolitische Diskussion deutlich abgeflaut.⁷⁶ Das ist nicht sachgerecht.⁷⁷ Der vorliegende Beitrag setzt es sich deshalb zum Ziel, die Diskussion wiederzubeleben. Er befasst sich zunächst mit den für eine Legitimierung des Pflichtteilsrechts vorgebrachten Gründen und fragt dann, warum § 1615 BGB anordnet, dass Unterhaltsansprüche nicht nur mit dem Tod des Unterhaltsgläubigers, sondern auch des Unterhaltsschuldners erlöschen. Nähere Betrachtung verdienen auch die im BGB von 1900 noch teilweise bis heute perpetuierten Ausnahmen von diesem Grundsatz. Damit ist der Weg eröffnet, verschiedene Formen einer bedarfsabhängigen Ausgestaltung des zwingenden Angehörigenschutzes im Erbrecht zu erörtern. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Untersuchung der Frage, ob nicht ein allein am Unterhaltsbedarf orientiertes Regelungsmodell die feste Quotenteilhabe ablösen könnte. Diese Überlegungen sind auch angesichts des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 nicht müßig, sind doch die soeben zitierten Ausführungen im ersten Leitsatz der Entscheidung nicht bindend; zudem lässt die Entscheidung eine überzeugende Begründung vermissen.⁷⁸ Zum Abschluss wird das hier vorgestellte

Verhandlungen des Vierundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band I (2002) A 11–A 120 (A 61–A 115).

⁷³ Bengel (Fn. 57) L 57–L 68.

⁷⁴ Otte, AcP 202 (2002) 317–362. Überblick über die eben erwähnten Tagungen des Deutschen Juristentags, der Zivilrechtslehrervereinigung und Reformdiskussionen auf weiteren Veranstaltungen (Deutscher Anwaltstag, Bundesnotarkammer) bei Hollmann (Fn. 62) 111–129.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 19. April 2005, BVerfGE 112, 332–363.

⁷⁶ Dazu etwa Hollmann (Fn. 62) 194 (eine Abschaffung des Pflichtteilsrechts könne „ernstlich nicht gefordert werden“). Überblick über mögliche Reformen seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bei Hollmann (Fn. 62) 194–302; Dieter Leibold, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß? JZ 2010, 802–811 (805 f.); Tobias Helms, Testierfreiheit und ihre Grenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, in: Freedom of Testation (Fn. 34) 1–24 (7–20); Osterloh-Konrad (Fn. 64) 60–63.

⁷⁷ So auch Röthel (Fn. 57) § 3, Rdz. 3.

⁷⁸ Dazu näher unten, VI.

Unterhaltsmodell an vier Leitentscheidungen aus England, Kanada, Neuseeland und Südafrika durchgespielt.

II. Legitimierung des Pflichtteilsrechts?

Das Abflauen der rechtspolitischen Diskussion ist schon deshalb nicht sachgerecht, weil eine überzeugende Begründung für ein Pflichtteils-(oder gar Noterben-)recht bis heute nicht gegeben worden ist.⁷⁹ Einer solchen Begründung bedürfte es aber angesichts der Tatsache, dass die Testierfreiheit für eine liberale Gesellschaft der natürliche Ausgangspunkt ist. Das hat Gottfried von Schmitt, dessen Vorentwurf das Erbrecht des BGB maßgeblich geprägt hat, mit aller wünschenswerten Deutlichkeit ausgeführt. „Alles Privatrecht beruht auf der Herrschaft des Individuums“, schrieb er,⁸⁰ und: „Der Kern des individuellen Rechts ist die Freiheit“.⁸¹ Das Erbrecht müsse dem entsprechen. Nehme man einem Menschen die Freiheit, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, dann werde er das Ziel eben auf andere Art erreichen, nämlich durch Geschäfte unter Lebenden mit Wirkung über seinen Tod hinaus.⁸² Solche erbrechtlich motivierten Verfügungen unter Lebenden hat es immer gegeben, ja sie haben sogar an der Wiege des römischen Testaments⁸³ und der mittelalter-

⁷⁹ Ausführliche Erörterung aller zur Legitimierung, oder „inneren Rechtfertigung“ eines Pflichtteilsrechts vorgebrachten Gründe bei *Muscheler* (Fn.7) 235–278; vgl. ferner etwa *Herzog* (Fn.44) 284; *Hollmann* (Fn.62) 65–79; *Bauer* (Fn.7) 225–255; *Knut Werner Lange*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band XI, 8. Aufl. (2020) § 2303, Rdz. 8–11; *Eva-Inés Obergfell*, in: beck-online. Großkommentar, § 2303, Rdz. 7–12 (15.3.2020); *Mayer/Süß/Tanck/Bittler* (Fn.24) 5 f.; *Dauner-Lieb*, Forum Familienrecht 2000, 114–116; *Otte*, AcP 202 (2002) 348–355; *K. Stadler* (Fn.34) 39–46, 181–190; *Rauscher* (Fn.44) 149–151; *Anne Röthel*, Pflichtteil und Stiftungen, ZEV 2006, 8–12 (10–12); *Anatol Dutta*, Grenzen der Vertragsfreiheit im Pflichtteilsrecht, AcP 209 (2009) 760–806 (764–774).

⁸⁰ *Gottfried von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, Vorlage des Redaktors (1879), nachgedruckt in *Werner Schubert* (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht, Teil 1 (1984) 168 (Paginierung hier und im Folgenden nach dem Nachdruck). *Beckert* (Fn.7) 76 f., 80, findet das angesichts des Standes der zeitgenössischen Diskussion überraschend.

⁸¹ *von Schmitt* (Fn.80) 168 (unten).

⁸² *von Schmitt* (Fn.80) 168: „Dieses [sc.: testamentarisch über sein Vermögen zu verfügen] untersagen hieße nur den Erblasser auf einen weniger bequemen Weg, auf eine andere Form, im Grunde auf Umwege verweisen.“

⁸³ Dazu, vor allem zum *testamentum per aes et libram*, *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl. (1971) 105–109.

lichen Renaissance desselben gestanden.⁸⁴ Dieser freiheitliche Ansatz ist heute nicht weniger überzeugend als in den 1880er Jahren, angesichts der verbreiteten Lockerung familiärer Bindungen eher noch überzeugender. Er beruht letztlich auf der Freiheit eines jeden, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren und damit über dieses auch nach Gutdünken zu verfügen. Die Erstreckung der Verfügungsfreiheit für die Zeit nach dem eigenen Ableben ist damit bereits in der Gewährleistung des Eigentums angelegt.⁸⁵ Es ist deshalb auch kein Zufall, dass im Grundgesetz die Garantie von Eigentum und Erbrecht in einem Satz zusammengezogen worden ist; in der Weimarer Reichsverfassung waren beide noch in zwei unterschiedlichen Bestimmungen geregelt worden.⁸⁶ Das Grundgesetz möchte damit die Zusammengehörigkeit dieser beiden Aspekte einer privaten Vermögensordnung unterstreichen.⁸⁷ Was trägt dann die Einschränkung der Testierfreiheit durch ein Pflichtteilsrecht?⁸⁸

Beim Versuch der Beantwortung dieser Frage tat schon Gottfried von Schmitt sich schwer. Im Wesentlichen war es *eine* Erwägung, die für ihn maßgeblich war und die er mit einer Reihe von Hilferwägungen zu untermauern versuchte. Der Gedanke eines wie auch immer ausgestalteten Noterben- oder Pflichtteilsrechts sei seit dem klassischen römischen Recht „geradezu allen Zeiten und Völkern gemeinsam“.⁸⁹ Er sei damit Ausdruck „eine[s]

⁸⁴ Dazu etwa *Otto Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Band V, 1. und 2. Aufl. (1885) 175–179; *Coing* (Fn. 9) 564 f.; *Ulrike Seif*, Römisch-kanonisches Erbrecht in mittelalterlichen deutschen Rechtsaufzeichnungen, ZRG (GA) 112 (2005) 87–112; *RabelsZ* 84 (2020) 476.

⁸⁵ *Theodor Kipp*, *Helmut Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. (1990) 1–3; *Muscheler* (Fn. 7) 223–228; *Jan Dirk Harke*, Eigentum und Erbrecht, *Der Staat* 59 (2020), 397–420 (397–405). Harke zeigt, dass und wie sich, umgekehrt, das Eigentum in Rom aus dem Erbrecht entwickelt hat: Erst die Testierfreiheit habe den Anlass geboten für die Anerkennung des Eigentums als absolutes Recht. Die gedankliche Verbindung zwischen Eigentum und Erbrecht habe sich im Zivilrecht über die Naturrechtslehre bis heute erhalten. – Deziert anders zur Legitimation der Testierfreiheit *Marietta Auer*, Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, *AcP* 216 (2016) 239–276, 272.

⁸⁶ Art 153 und 154 WRV.

⁸⁷ *Walter Leisner*, Erbrecht, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Band VIII (2010) § 174, Rdz. 1–3; vgl. ferner z.B. *Brun-Otto Bryde*, in: Ingo von Münch, Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz: Kommentar, 6. Aufl. (2012) Art. 14, Rdz. 42. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 112, 332 (349)) betont demgegenüber die „eigenständige ... Bedeutung“ der Erbrechtsgarantie des Art. 14 I 1 GG; vgl. auch *Harke*, *Der Staat* 59 (2020) 406–415, der von einer Auflösung der Einheit, oder Entkoppelung, von Erbrecht und Eigentum im Verfassungsrecht spricht.

⁸⁸ Zutreffend *Muscheler* (Fn. 7) 236: „Als Einschränkung der Testierfreiheit bedarf das Pflichtteilsrecht der rechtspolitischen Legitimierung“; *Herzog* (Fn. 44) 215.

⁸⁹ *von Schmitt* (Fn. 80) 171.

nicht erdrückbaren Gefühle[s] des menschlichen Herzens“;⁹⁰ und wenn es auch bedenklich für einen Gesetzgeber sei, moralische Zwecke „unmittelbar und ausschließlich“ zu verfolgen, so dürfe er sich doch auch mit „den von der menschlichen Natur und dem allgemeinen Volksbewusstsein getragenen Anforderungen“ nicht in Widerspruch setzen.⁹¹ Im Grunde knüpfte von Schmitt damit an das vom Bundesrat gebilligte Arbeitsprogramm an, „das den Gesamtzuständen des deutschen Rechts entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizierend zusammen[zufassen“⁹² – also eine Art integratives *Restatement* des in Deutschland geltenden Erbrechts vorzubereiten. Diese Rechte (insbesondere also gemeines Recht, preußisches Allgemeines Landrecht, Code civil, ABGB, und Sächsisches BGB) unterschieden sich zwar untereinander stark; doch war ihnen die Verwerfung schrankenloser Testierfreiheit gemeinsam. Und wenn von Schmitt sich für das Pflichtteilsrecht österreichischer Provenienz entschied,⁹³ so traf er damit unter den zur Verfügung stehenden Optionen sicherlich die klügste, weil die Erblasserwillkür am wenigsten intensiv beschränkende Wahl. Die Gewährleistung voller Testierfreiheit in England und Nordamerika betrachtete von Schmitt demgegenüber als einen gegenüber der geschichtlichen Entwicklung zu neuen und territorial zu beschränkten Versuch, „als dass er ohne Weiteres für probehaltig geachtet werden könnte.“⁹⁴

Es spricht für von Schmitts intellektuelle Redlichkeit, dass er eine Reihe weiterer Argumente für eine rationale Begründung des Pflichtteilsrechts, die bis heute immer wieder vorgebracht werden und die auch er bequem in seine Ausführungen hätte einbauen können, verwarf, weil er sie für unzutreffend hielt. Das gilt für den „Alimentationsgedanken“⁹⁵, der heute zumeist so ausgedrückt wird, dass der Pflichtteil der Versorgung, im Sinne einer Unterhaltsicherung, der nächsten Familienangehörigen dienen soll.⁹⁶ Die Unterhalts-

⁹⁰ von Schmitt (Fn. 80) 171.

⁹¹ von Schmitt (Fn. 80) 172.

⁹² Zitiert nach von Schmitt (Fn. 80) 117; vgl. auch Motive der Ersten Kommission, in: Benno Mugdan (Hg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V (1899) 3, wo ebenfalls die Kontinuität durch „Anschluß an das geltende Recht“ betont wird; in demselben Sinne 202 f.

⁹³ Dazu Mertens (Fn. 18) 89–100; Zimmermann, Compulsory Portion (Fn. 18) 280–283.

⁹⁴ von Schmitt (Fn. 80) 172.

⁹⁵ von Schmitt (Fn. 80) 170 (bezogen auf das Noterbenrecht).

⁹⁶ Vgl. dazu etwa Nachweise und Diskussion bei Muscheler (Fn. 7) 255–257; Henrich, Testierfreiheit (Fn. 66) 12 f.; Herzog (Fn. 44) 216–224; K. Stadler (Fn. 34) 20 („... spielt ... schon immer eine herausragende Rolle“); Hollmann (Fn. 62) 65–68; Bauer (Fn. 7) 232–237 („... wohl das am häufigsten bemühte Argument“); Münchener Kommentar/K.W. Lange (Fn. 79) § 2303, Rdz. 8; beck-online.Großkommentar/Oberfell

pflicht des Erblassers decke sich schon ihrem Umfang nach nicht mit der Erbschaft; zudem setze sie Bedürftigkeit des Berechtigten voraus und eine solche war jedenfalls bei Kindern des Erblassers schon damals in der Regel nicht mehr gegeben, wenn der Erbfall eintrat.⁹⁷ Das andere Argument, das von Schmitt explizit zurückwies, war die Idee des Familienerbrechts und zwar sowohl als exklusiv gedachter Grundsatz als auch in der abgeschwächten Form des – vor allem in Frankreich verwirklichten – Noterbenrechts. Auch insoweit berief er sich auf die geschichtliche Entwicklung; hinzu kommt ein national-kulturell gefärbtes Argument: wenn „die Romanen“ an der Idee der Familienerbfolge festgehalten hätten, „so sind wir eben keine Romanen“, und die Länder des französischen Rechts hätten das französische Gesetzbuch nicht nach eigener Wahl erhalten.⁹⁸ Die Idee eines Familienerbrechts war in besonders prononciertester Form von Hegel und seinem Schüler Eduard Gans vertreten worden.⁹⁹ Eigentum sei in der Familie „patrimonium“ im Sinne eines väterlichen Erbguts, an dem die Familie Anteil habe und das deshalb im Falle des Ablebens des Eigentümer-Vaters auch notwendig auf die Familie übergehe. In gewisser Weise ist diese Vorstellung bis heute lebendig, wenn dem Pflichtteilsrecht die Funktion zugeschrieben wird, „die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen.“¹⁰⁰ Demgegenüber hat schon Carl Georg Bruns in seinem Juristentagsgutachten von 1878 darauf hingewiesen, dass das Vermögen rechtlich nicht Familien-, sondern Individualvermögen ist und damit auch als solches übergehen muss.¹⁰¹ Das entspricht nach wie vor dem positiven Recht, heute noch mehr als früher.¹⁰²

Ideologisch verbunden mit dem Gedanken eines Familieneigentums ist die Vorstellung, der Erwerb und Erhalt von Vermögenswerten beruhe in der Familiengemeinschaft auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder.¹⁰³ In Wirklichkeit sind Abkömmlinge

(Fn. 79) § 2303, Rdz. 10; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 463 („... hat ... immer schon eine hervorragende Rolle gespielt“); *Dutta*, AcP 209 (2009) 776.

⁹⁷ Dazu bereits oben, Fn. 17.

⁹⁸ *von Schmitt* (Fn. 80) 170; vgl. auch bereits 168 mit der Feststellung, dass der Entwurf die Idee der Familienerbfolge zurückweise.

⁹⁹ Dazu *Klippel*, ZRG (GA) 101 (1984) 158–163; *Muscheler* (Fn. 7) 240–243.

¹⁰⁰ BVerfGE 112, 332 (353).

¹⁰¹ *Bruns* (Fn. 7) 81.

¹⁰² Ablehnend gegenüber der Begründung des Pflichtteilsrechts aus dem Gedanken eines Familienvermögens denn auch etwa *Muscheler* (Fn. 7) 240–244; *Herzog* (Fn. 44) 227 f.; *Hollmann* (Fn. 62) 77; *Bauer* (Fn. 7) 228–232; *Osterloh-Konrad* (Fn. 64) 55.

¹⁰³ So BVerfGE 112, 332 (353).

heute aber weniger denn je am Erwerb des Elterneinkommens, und damit der Grundlage der Vermögensbildung, beteiligt.¹⁰⁴ Zur Stützung des Pflichtteilsrechts wird weiterhin häufig auf das Solidaritätsprinzip im Sinne einer familiären Verantwortungsgemeinschaft hingewiesen:¹⁰⁵ die wechselseitige Pflicht zu Beistand und Rücksichtnahme, die zumeist im familiären Zusammenleben Ausdruck finde; sie werde durch das Pflichtteilsrecht ins Erbrecht hinein verlängert. Damit wird der Versuch unternommen, die Beteiligung der nächsten Angehörigen am Nachlass von der Rechtslage abzuleiten, wie sie zu Lebzeiten des Erblassers bestanden hatte. Das ist in der Tat ein richtiger gedanklicher Ansatz; nur müsste sie am Unterhalt als der familiären Grundpflicht anknüpfen: „[V]on einem ‚lebzeitigen Pflichtteil‘ ... weiß das Familienrecht nichts.“¹⁰⁶ Die Berufung auf das Solidaritätsprinzip mündet damit in der Tat in eine *petitio principii*.¹⁰⁷

Zu Recht ablehnend stand von Schmitt auch dem Gedanken gegenüber, das Pflichtteilsrecht biete Schutz vor den mit der Testierfreiheit einhergehenden Gefahren, wie insbesondere Machtmissbrauch seitens des Erblassers und „Erbschleicherei“;¹⁰⁸ und ebenfalls zu Recht war er skeptisch gegenüber

¹⁰⁴ *Muscheler* (Fn. 7) 244; *Herzog* (Fn. 44) 228–239; *Dieter Leipold*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band XI, 8. Aufl. (2020) Einleitung Erbrecht, Rdz. 44.

¹⁰⁵ BVerfGE 112, 332 (352 f.); *Herzog* (Fn. 44) 243–279; *Hollmann* (Fn. 62) 73–75, 78; *Bauer* (Fn. 7) 246–248; Münchener Kommentar/K.W. Lange (Fn. 79) § 2303, Rdz. 10

¹⁰⁶ *Muscheler* (Fn. 7) 261. Kritisch auch etwa *Osterloh-Konrad* (Fn. 64) 55 f.; Münchener Kommentar/*Leipold* (Fn. 104) Einleitung Erbrecht, Rdz. 44; beck-online.Großkommentar/*Obergfell* (Fn. 79) § 2303, Rdz. 8 f.

¹⁰⁷ *Muscheler* (Fn. 7) 261. Am eingehendsten hat sich in jüngerer Zeit *Anatol Dutta*, *Warum Erbrecht?* (2014) 390–409 mit dem Problem der „Solidarität durch Erbrecht“ auseinandergesetzt. Auch er kommt zu dem Ergebnis, dass der Quotenpflichtteil (oder das Noterbenrecht) kontinentaleuropäischer Provenienz kein geeignetes Mittel zur Umsetzung zwingender erbrechtlicher Solidarität ist: 427–462; und er empfiehlt eine Besinnung auf den Versorgungsgedanken.

¹⁰⁸ *von Schmitt* (Fn. 80) 172. Aus heutiger Sicht kritisch gegenüber dem Argument, das Pflichtteilsrecht begegne den „immanenten Gefahren“ der Testierfreiheit bzw. diene der Missbrauchsprävention *Muscheler* (Fn. 7) 245–248; beck-online.Großkommentar/*Obergfell* (Fn. 79) § 2303, Rdz. 12; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 463 f.; *K. Stadler* (Fn. 34) 186 f. Zwar ist es richtig, dass z.B. in den USA, wo es keinen Pflichtteil und auch keine über den Tod hinausreichenden Unterhaltsansprüche gibt, die Enterbung von Abkömmlingen vielfach zu einem Streit um die Wirksamkeit von Testamenten führt (dazu *RabelsZ* 85 (2021) 58 f. mit Nachweisen); auf diesen Punkt weist hin auch *Bauer* (Fn. 7) 237–239. Doch gilt auch hier, was Karl Llewellyn in anderem Zusammenhang so ausgedrückt hat: „Covert tools are never reliable tools“. Buchbesprechung von *Otto Prausnitz*, *The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law* (1937), Harvard LR 52 (1939) 700–705 (703).

volkswirtschaftlichen Erwägungen.¹⁰⁹ Ordnungspolitische Anliegen wie insbesondere die Verhinderung von Vermögenskonzentration können durch das Bestehen eines Pflichtteilsrechts zwar in manchen Fällen befördert werden, in anderen Fällen (in denen das Vermögen in der Familie weitervererbt wird) aber gerade nicht; seine Wirkung ist also (auch hier) arbiträr. Hinzu kommt, dass das Pflichtteilsrecht das Fortbestehen wirtschaftlich sinnvoller Vermögenskonzentration etwa in Form von mittelständischen Unternehmen gefährden kann und privater Wohltätigkeit Grenzen setzt, die nicht unbedingt als sinnvoll erscheinen.

III. Passive Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen?

Familiäre Solidarität in Deutschland bedeutet für Verwandte in gerader Linie, dass sie verpflichtet sind, einander Unterhalt zu gewähren.¹¹⁰ Insbesondere sind damit Eltern gegenüber ihren Kindern unterhaltspflichtig. Unter welchen Umständen und in welcher Höhe das der Fall ist, ist im BGB ausführlich geregelt. Ein zentrales Element ist die Bedürftigkeit: Unterhaltsberechtigt ist nur, wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten.¹¹¹ In der Regel ist, wie bereits erwähnt, diese Unterhaltungspflicht längst erloschen, wenn der Erbfall eintritt; die Kinder sind erwachsen, sie haben einen Beruf ergriffen und sorgen selbst für ihren Unterhalt. Auf einen Pflichtteil sind sie nicht angewiesen. Er bedeutet für sie eine willkommene, aber typischerweise unverdiente, Vermögensmehrung. Angewiesen auf einen Pflichtteil sind regelmäßig nur Kinder, die noch minderjährig sind; oder die zwar volljährig sind, sich aber noch in der Ausbildung befinden; oder die aufgrund einer geistigen oder körperlichen Behinderung für ihren Unterhalt nicht aufkommen können. Doch sind sie genau genommen nicht auf einen (bedarfsunabhängigen) Pflichtteil angewiesen, sondern auf ihren Unterhalt.¹¹² Der Unterhaltsan-

¹⁰⁹ von Schmitt (Fn. 80) 173; vgl. aus heutiger Sicht kritisch Muscheler (Fn. 7) 263–270; Hollmann (Fn. 62) 68 f., 76 f.; Bauer (Fn. 7) 225–228; Münchener Kommentar/K.W. Lange (Fn. 79) § 2303, Rdz. 9; beck-online.Großkommentar/Obergfell (Fn. 79) § 2303, Rdz. 11; Dutta, AcP 209 (2009) 764 f.

¹¹⁰ § 1601 BGB; kurzer vergleichender Überblick bei Reinhard Zimmermann, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 79 (2015) 768–821 (798).

¹¹¹ § 1602 I BGB.

¹¹² René Dekkers, *Hélène Casman, Alain Laurent Verbeke, Elisabeth Alofs*, *Erfrecht & Giften: De nieuwe Erfwetten 2017 en 2018*, 3. Aufl. (2018) no. 409, vergleichen den Unterhaltsanspruch deshalb mit einer präzise zielenden Laserrakete, während eine fest Pflichtteils- oder Noterbenquote wie eine lose Kanone funktioniere. Die Metapher ist etwas schief (das Pflichtteils- oder Noterbenrecht entspricht nicht einer losen, son-

spruch erlischt nun aber nach deutschem Recht mit dem Tod der unterhaltspflichtigen Eltern.¹¹³

In den Motiven findet sich dazu der Satz, es entspreche „der persönlichen Grundlage der Unterhaltspflicht“, dass sie mit dem Tod des Verpflichteten wegfällt „und auf die Erben als solche nicht übergeht“.¹¹⁴ Dafür berufen die Motive sich auf den Standpunkt des gemeinen Rechts¹¹⁵ und der meisten neueren Gesetze.¹¹⁶ Ein Bedürfnis, im Interesse des Berechtigten „durch positive Bestimmung“ die Unterhaltspflicht für vererblich zu erklären, bestehe nicht. Als Begründung wurde angegeben, dass dem Berechtigten ja regelmäßig mindestens ein Pflichtteilsrecht zustehe; dieses erschien als „Ersatz für den Wegfall des Unterhaltsanspruchs“.¹¹⁷ Damit bieten die Motive ein Destillat der Ausführungen des Redaktors des Familienrechts, Gottlieb Planck, der sich freilich, noch pointierter, für die Regel der Unvererblichkeit auf die „Natur der Alimentationspflicht“ berief; und der im Hinblick auf den erbrechtlichen Anspruch ausdrücklich feststellte, dass er den Zwecken diene, die durch den Alimentationsanspruch erreicht werden sollten.¹¹⁸ Wenn das nun aber richtig ist, so muss doch die Frage erlaubt sein, warum das Gesetz den Zweck des Alimentationsanspruchs – nämlich die Gewährleistung von Unterhalt – nach dem Tod des Unterhaltsverpflichteten auf eine diesem Zweck so wenig angemessene Weise zu erreichen versucht. Dass die Unterhaltspflicht im Hinblick auf ihre persönliche Natur wegfällt, ist plausibel nur für den Fall des Todes des Unterhaltsberechtigten.¹¹⁹ Wenn der Unterhaltsverpflichtete stirbt, besteht das Unterhaltsbedürfnis in genau derselben Weise fort, wie es zuvor bestanden hatte. Zwar ist Inhaber des Vermögens,

dern einer fest auf einen Punkt fixierten Kanone, die allerdings ein bewegliches Ziel treffen soll), verdeutlicht aber wohl, was gemeint ist.

¹¹³ § 1615 I BGB.

¹¹⁴ Motive der Ersten Kommission, in: Benno Mugdan (Hg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band IV (1899) 376.

¹¹⁵ Dazu sogleich, Text nach Fn. 120.

¹¹⁶ Angeführt wurden neben § 1853 Sächsisches BGB das Altenburgische Armengesetz und das Weimarsche Heimathsgesetz; diese Nachweise sind übernommen aus Gottlieb Planck, Entwurf eines Familienrechts für das Deutsche Reich: Vorlage des Redaktors (1880), hier benutzt der Nachdruck durch Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Familienrecht, Teil 2 (1983) 347.

¹¹⁷ Motive (Fn. 114) 377.

¹¹⁸ Planck (Fn. 116) 347 f.

¹¹⁹ Insoweit gilt die Regel „alimenta cum vita finiuntur“. Sie geht zurück auf Ulp. D. 2, 15, 8, 10 (dort allerdings bezogen auf letztwillig vermachte Unterhaltsansprüche); vgl. dazu Bernhard Laubach, Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht (2004) 165–167.

das für die Erfüllung der Unterhaltspflicht zur Verfügung stand, nunmehr ein Anderer, zu dem in der Regel kein familiäres Verhältnis besteht, das einen Unterhaltsanspruch begründen könnte. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum dieses Vermögen nicht in erster Linie zur Erfüllung der gegen den Erblasser bestehenden Unterhaltsansprüche zur Verfügung stehen sollte. Dass die Unterhaltspflicht eine nicht auf dem Vermögen des Unterhaltspflichtigen ruhende, sondern „an seiner Person als eines Mitgliedes der Familie haftende Last“ darstelle,¹²⁰ ist eine bloße Behauptung. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem eigenen Kind ist die Konsequenz aus dessen Geburt; aber es ist eine vermögensrechtliche Konsequenz. Rechtsprechung und herrschende Lehre haben auch sonst keine Schwierigkeiten, diese vermögensrechtliche Konsequenz als eine solche anzuerkennen (indem sie sie beispielsweise als Vermögensschaden qualifizieren).¹²¹

Mit seiner Meinung stand Planck in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht allein. Gemeinrechtlich wurde die grundsätzliche passive Unvererblichkeit des Unterhaltsanspruchs aus Ulp. D. 25, 3, 5, 17 abgeleitet, obwohl es in dieser Stelle eigentlich nur um einen Sohn ging, der seinem Vater aus familiärem Pflichtgefühl („ex officio pietatis“), nicht in Erfüllung einer Rechtspflicht, Unterhalt geleistet hatte.¹²² Zudem enthält derselbe Text auch eine Ausnahme: die Erben des Sohns sind dann zur Leistung des Unterhalts verpflichtet, wenn der Vater in höchste Not geraten ist („in summam egestatem ... deductus“). Dieser letzte Teil des Fragments 5, 17 bot Anlass zu Streit.¹²³ Teilweise wurde sein Anwendungsbereich auf den in der Quelle konkret benannten Einzelfall beschränkt (Unterhaltspflicht eines Sohnes gegenüber seinem Vater),¹²⁴ teilweise wurde darin aber auch der Ausdruck eines allgemeinen Prinzips gesehen: die Erben des Unterhaltsverpflichteten haften gegenüber dem Unterhaltsberechtigten (wenngleich nur im Falle äußerster Not).¹²⁵ Manche knüpften die Verpflichtung des Erben an die weitere Voraussetzung, dass der Erblasser schon zu seinen Lebzeiten den Un-

¹²⁰ Planck (Fn. 116) 347.

¹²¹ Zu der bekannten *wrongful-birth*-Problematik vgl. etwa Hartmut Oetker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 8. Aufl. (2019) § 249, Rdz. 30–33.

¹²² Zu dieser Quellenstelle, und zu der sogleich erwähnten Ausnahme, aus heutiger Sicht Laubach (Fn. 119) 167–169.

¹²³ Dazu Gustav von Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts, Band I (1871) 250–252.

¹²⁴ So z.B. Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar, Band 28 (1826) 60.

¹²⁵ So z.B. Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. (1906) § 475 (Text bei Fn. 13).

terhalt geleistet habe,¹²⁶ andere bejahten sie auch für den Fall, dass die Unterhaltsbedürftigkeit erst nach dem Tode des Erblassers eingetreten war.¹²⁷ Jedenfalls scheinen es die Römer für unbillig gehalten zu haben, dass ein Vater größte Not litt und das Vermögen seines Sohnes, aus dem der Unterhalt hätte bestritten werden können, nun ungeschmälert den Erben zur Verfügung stand.¹²⁸ Die „Natur der Alimentationspflicht“ hat sie offenbar nicht daran gehindert, die Erben für verpflichtet zu halten, weiterhin Unterhalt zu leisten.

Der Tübinger Hochschullehrer Gustav von Mandry¹²⁹ sah in der Unterhaltspflicht zwar einen „inhärenten Bestandtheil des Familienverhältnisses und des mit solchem gegebenen Pflichtenkreises“, erklärte die Ausnahmeregelung im letzten Teil von Fragment 17 aber mit der „Basirung des ganzen Verhältnisses auf *aequitas*“.¹³⁰ Auf die Billigkeit berief sich im Hinblick auf das französische Zivilrecht Carl Crome für den Satz, dass eine einmal begründete (nicht notwendig durch Vertrag bereits anerkannte oder durch Urteil festgestellte) Unterhaltspflicht auf den Erben des Unterhaltsverpflichteten übergehe¹³¹ – im Code civil selbst war die Frage nicht geregelt. Alexandre Duranton, ein prominenter Vertreter der „École de l'exégèse“, hielt die Unterhaltspflicht sogar ausdrücklich für eine Belastung des Nachlasses, die mit diesem auf die Erben übergehe.¹³² Natürlich war die Frage aber auch in Frankreich umstritten. So vertrat der „prince de l'exégèse“, Charles Demolombe, mit dem für ihn üblichen rhetorischen Aplomb die Ansicht, die Unterhaltsverbindlichkeit („personelle et *personalissime!*“) erlösche mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten: nur dies entspreche den wahren Grundsätzen des *droit civil*.¹³³ Immerhin widmete Demolombe der Darstellung des

¹²⁶ Vgl. etwa Obertribunal Stuttgart, J.A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Band 6 (1853) Nr. 205.

¹²⁷ Vgl. wiederum *Windscheid/Kipp* (Fn. 125) § 475, Fn. 13.

¹²⁸ So auch *Laubach* (Fn. 119) 169.

¹²⁹ von Mandry war Mitglied beider BGB-Kommissionen; in der Ersten Kommission war er Nachfolger des verstorbenen Franz Philipp von Kübel, in der Zweiten Kommission Referent für Familienrecht: vgl. *Werner Schubert*, Mandry, Gustav von, in: *Neue Deutsche Biographie* 16 (1990) 19 f.

¹³⁰ von Mandry (Fn. 123) 250, 252.

¹³¹ Handbuch des Französischen Civilrechts, begründet von *Zachariä von Lingenthal*, bearbeitet von *Carl Crome*, 8. Aufl., Band III (1895) § 522 (Text bei Fn. 9). In der von *Sigismund Puchelt* herausgegebenen 6. Aufl., Band III (1875) § 552, bei Fn. 9, fehlt die Berufung auf die Billigkeit; es liege hier so wie bei jeder anderen Schuld.

¹³² *Alexandre Duranton*, *Cours de droit français suivant le code civil*, Band II, 3. Aufl. (1834) Rdz. 407.

¹³³ *Charles Demolombe*, *Cours de Code Napoléon*, Band IV (1880) Rdz. 40 (S. 39).

Streitstandes nicht weniger als neun Seiten seines 31-bändigen Cours de Code Napoléon.¹³⁴ Auch das preußische Allgemeine Landrecht hatte die Frage offengelassen.¹³⁵

IV. Ausnahmen vom Grundsatz der passiven Unvererblichkeit

1. Der Unterhaltsanspruch „unehelicher“ Kinder

Interessanterweise enthielt das BGB schon in seiner Ursprungsfassung drei Ausnahmen von der allgemeinen Regel der passiven Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen. Eine von ihnen betraf den Unterhaltsanspruch des nicht-ehelichen (in damaliger Terminologie: unehelichen) Kindes. Nach § 1708 I 1 BGB (1900) war der Vater des unehelichen Kindes verpflichtet, diesem bis zur Vollendung des sechzehnten Lebensjahres „den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt“ zu gewähren. Dieser Anspruch erlosch nach § 1712 I BGB (1900) nicht mit dem Tode des Vaters; die Erben des Vaters konnten das Kind allerdings mit dem Betrag abfinden, der ihm bei ehelicher Geburt als Pflichtteil gebühren würde (§ 1712 II BGB (1900)). Nach gemeinem Recht hatten uneheliche Kinder gegen ihren Erzeuger (Gottlieb Planck hatte in seinem Entwurf von „Beischläfer“ gesprochen, die Erste Kommission entschied sich für den Begriff „Vater“) einen im Anschluss an das kanonische Recht gewohnheitsrechtlich anerkannten Unterhaltsanspruch.¹³⁶ Dessen Rechtsgrund (oder Qualifikation) war sehr umstritten: handelte es sich um einen Anspruch aus unerlaubter Handlung; oder um einen auf der natürlichen Verwandtschaft beruhenden und damit familienrechtlichen Anspruch; oder um eine auf Rücksichten der Billigkeit beruhende gesetzliche Verbindlichkeit aufgrund der Tatsache des Beischlafs?¹³⁷

Planck und mit ihm die Erste Kommission beantworteten diese Frage auf etwas gewundene Weise: Zwar sei die Unterhaltungspflicht, da auf die wirkliche Vaterschaft gestützt, als eine familienrechtliche, aus dem Status des Kindes sich ergebende, Verbindlichkeit zu betrachten; doch sei sie gleichzeitig eine gesetzliche Verbindlichkeit, die den allgemeinen Grundsätzen des Schuldrechts

¹³⁴ *Demolombe* (Fn. 133) 38–47. Die 31 Bände erfassten übrigens kaum zwei Drittel des Code civil.

¹³⁵ Erlöschen der Unterhaltungspflicht auch bei Tod des Unterhaltspflichtigen nahm an *Christian Friedrich Koch*, Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts, 3. Aufl., Band II (1858) § 596.

¹³⁶ *Windscheid/Kipp* (Fn. 125) § 475 (Text zu Fn. 15–18); *Coing* (Fn. 9) 251.

¹³⁷ Vgl. dazu *Planck* (Fn. 116) 645 f.; *Motive* (Fn. 114) 458.

unterstehe.¹³⁸ Ihr „materieller Rechtsgrund“,¹³⁹ das heißt ihre familienrechtliche Verankerung, spreche für ein Erlöschen der Verbindlichkeit; schließlich sei die persönliche Beziehung zwischen Vater und (unehelichem) Kind weggefallen. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl anders entschied, so entschied er im Einklang mit der „vorwiegenden“ Praxis des gemeinen Rechts und mit den meisten zeitgenössischen Gesetzgebungen.¹⁴⁰ Im Übrigen waren für ihn zwei miteinander verbundene Erwägungen maßgeblich: Das uneheliche Kind nach dem Tod seines möglicherweise vermögenden Vaters leer ausgehen zu lassen, widerstreite „dem Rechtsgefühl und dem Interesse der öff[entlichen] Armenpflege“;¹⁴¹ und dies sei stoßend insbesondere deshalb, weil dem unehelichen Kind kein Erbrecht am väterlichen Vermögen zustehe.¹⁴² Könnte die Vererblichkeit der Unterhaltspflicht nun aber nicht dazu führen, dass uneheliche Kinder letztlich mitunter besser gestellt sind als eheliche Kinder, indem die Unterhaltszahlungen den für die ehelichen Kinder verbleibenden Nachlass weitgehend oder gänzlich erschöpften? Planck schlug aus diesem Grunde eine Deckelung des Unterhaltsanspruchs auf den Betrag des fiktiven Pflichtteils des unehelichen Kindes vor.¹⁴³ Dieser Vorschlag wurde in der Ersten Kommission intensiv diskutiert, letztlich aber abgelehnt.¹⁴⁴ Es war die Zweite Kommission, die dem Erben das in § 1712 II BGB (1900) niedergelegte Wahlrecht gab: das sei angemessen, da auch eheliche Kinder mehr als ihren Pflichtteil beim Tode ihres Vaters nicht beanspruchen könnten.¹⁴⁵

¹³⁸ *Planck* (Fn. 116) 732, aber auch bereits 651; Motive (Fn. 114) 463. Zur „[r]echtlichen Natur des dem unehelichen Kinde gegen seinen Erzeuger zustehenden Alimentationsanspruchs“ findet sich in dem von Werner Schubert veranlassten Nachdruck der Vorlagen der Redaktoren (Fn. 118) Familienrecht, Band III (1983) 166–178 (Anlage IX) ein ausführliches rechtsvergleichendes Memorandum.

¹³⁹ *Planck* (Fn. 116) 732.

¹⁴⁰ Überblick bei *Planck* (Fn. 116) 729–732; vgl. auch Motive (Fn. 114) 479. *Windscheid/Kipp* (Fn. 125) § 475, Fn. 22, schreiben, der Übergang der Verbindlichkeit auf die Erben des „Konkubenten“ schein in der Praxis nie bestritten worden zu sein; es folgen eine Reihe von Nachweisen. Für das preußische Recht erkennt *Koch* (Fn. 135) § 596, Fn. 3, die passive Vererblichkeit der Alimentenforderung unehelicher Kinder gegen ihren Vater als Ausnahme von der allgemeinen Regel an, fügt aber hinzu: „Diese Anomalie beruht auf Rechtsirrtum“.

¹⁴¹ Motive (Fn. 114) 479; ähnlich *Planck* (Fn. 116) 732 („Interesse der unehelichen Kinder und der Ortsarmenverbände“).

¹⁴² *Planck* (Fn. 116) 732 bezeichnet dies als die durchschlagende Erwägung. In den Motiven (Fn. 114) 479, heißt es, man würde sonst dazu gedrängt werden, dem unehelichen Kind zur Ausgleichung ein Erbrecht gegenüber dem Vater einzuräumen.

¹⁴³ *Planck* (Fn. 116) 734.

¹⁴⁴ Motive (Fn. 114) 480.

¹⁴⁵ Protokolle der Zweiten Kommission, in: Benno Mugdan (Hg.), Die gesammten

Die gesonderte Regelung des Unterhaltsanspruchs des unehelichen Kindes wurde durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom August 1969 aufgegeben. Maßgeblich war nunmehr die allgemeine Vorschrift des § 1615 I BGB mit ihrer Erlöschensfolge. Stattdessen erhielt das nichteheliche Kind einen Erbersatzanspruch nach § 1934a BGB, der seinerseits wiederum durch das Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (1997) aufgehoben wurde.

2. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten

Die zweite Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine Unterhaltspflicht mit dem Tod nicht nur des Unterhaltsberechtigten, sondern auch des Unterhaltsverpflichteten erlischt, betrifft den Anspruch von geschiedenen Ehegatten. Diese Ausnahme hat sich, im Gegensatz zu der soeben erwähnten, seit dessen Erlass im BGB gehalten. Die heutige Regelung findet sich in § 1586b I 1; sie perpetuiert den Gedanken des § 1582 I BGB (1900). Es handelt es sich um eine Norm mit einer bewegten Entstehungsgeschichte, sowohl was den Grundsatz an sich, als auch was die Ausgestaltung des auf die Erben übergehenden Anspruchs betrifft.¹⁴⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 1582 BGB ursprünglich in ein System der verschuldensabhängigen Scheidung integriert war. Der Anspruch des unschuldig Geschiedenen trug deshalb nach einer Reihe zeitgenössischer Gesetze den Charakter einer Entschädigung für die ihm durch die Scheidung entzogenen Vorteile der Ehe,¹⁴⁷ ähnlich wie nach gemeinem Recht den schuldigen Teil gewisse Ehescheidungsstrafen trafen.¹⁴⁸ Das Sächsische BGB versagte dem unschuldig Geschiedenen demgegenüber einen solchen „Schädenanspruch“, gewährte ihm aber einen (subsidiären) Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt;¹⁴⁹ ähnlich hatte bereits der Code civil entschieden.¹⁵⁰ Gottlieb Planck vertrat nun die Auffassung, dass sich nach allgemeinen Grundsätzen weder ein Entschädigungs- noch ein Unterhaltsanspruch

Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band IV (1899) 1023.

¹⁴⁶ Vgl. zum Folgenden auch *Uta Roessink*, Die passive Vererblichkeit des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten gemäß § 1586 b BGB, Diss. jur. Köln (1990) 3–27; zu den Grundlagen des nahehehlichen Unterhalts im BGB *Philip Beuermann*, Der nahehehliche Unterhalt: Grundlagen und Ausgestaltung im deutschen Unterhaltsrecht und in den Prinzipien der Commission on European Family Law (CEFL) (2013) 71–108.

¹⁴⁷ So nach §§ 783–810 II 1 PrALR und § 1266 Satz 2 ABGB („volle Genugthuung“), ferner z.B. nach bayerischem und württembergischen Recht; vgl. *Planck* (Fn. 116) 84.

¹⁴⁸ *Windscheid/Kipp* (Fn. 125) § 510; vgl. auch *Motive* (Fn. 114) 328 f.

¹⁴⁹ § 1750 Sächsisches BGB.

¹⁵⁰ Art. 301 Code civil (1804).

begründen lasse, empfahl aber gleichwohl, „aus Gründen des öffentlichen Interesses und der Billigkeit“ dem schuldigen Teil die Pflicht aufzuerlegen, den unschuldigen Teil „in angemessener Weise ... zu entschädigen“.¹⁵¹ Da er den von ihm empfohlenen Anspruch mithin als Entschädigungsanspruch betrachtete, hatte er keine Schwierigkeiten, auch den Übergang auf die Erben des schuldigen Teils zu empfehlen: Dies folgte für ihn aus der „rechtlichen Natur des Anspruchs“.¹⁵² Der Sache nach war es aber doch ein Unterhaltsanspruch, denn die Vorteile, die dem geschiedenen Ehegatten in vermögensrechtlicher Hinsicht entgingen, bestanden eben in einem – standesgemäßen – Unterhalt. Planck empfahl deshalb eine Beschränkung des Anspruchs auf den fiktiven Pflichtteil, also den Anspruch, der dem unschuldigen Teil ohne die erfolgte Scheidung als grundsätzlich unentziehbarer Anteil am Nachlass des anderen Teils zugestanden hätte. Er sah somit den Unterhaltsanspruch als „Surrogat des Pflichtteils“.¹⁵³

Die Erste Kommission lehnte den Entschädigungsgedanken ab¹⁵⁴ und gewährte dem unschuldig Geschiedenen als Nachwirkung der Ehe einen Unterhaltsanspruch; dieser sollte davon abhängig sein, dass der unschuldig Geschiedene wegen Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit nicht imstande ist, sich selbst zu unterhalten.¹⁵⁵ Die Rücksicht auf die Billigkeit gegen den unschuldig Geschiedenen und das öffentliche Interesse (keine Vermehrung der „öff[entlichen] Armenlast“) erheische nicht mehr, als dass ihm im Falle der Not geholfen würde. Damit war für die Mitglieder der Kommission aber auch die Frage der passiven Vererblichkeit präjudiziert: sie war abzulehnen.¹⁵⁶ Einer angemessenen Regelung des Unterhaltsanspruchs gegen die Erben des schuldigen Gatten stünden große praktische Schwierigkeiten entgegen. Dass ohne Scheidung an die Stelle des Unterhaltsanspruchs das Erbrecht des überlebenden Ehegatten getreten wäre, könne demgegenüber keine entscheidende Rolle spielen.¹⁵⁷ Die Zweite Kommission sah das anders. Der dem überlebenden Ehegatten zustehende Anteil am Nachlass bilde, „wenn auch nicht juristisch, so doch wirtschaftlich das Aequivalent für den verlorenen Unterhalt“;

¹⁵¹ *Planck* (Fn. 116) 87 f.

¹⁵² *Planck* (Fn. 116) 93.

¹⁵³ *Planck* (Fn. 116) 94.

¹⁵⁴ Motive (Fn. 114) 329 (es widerstrebe dem „Wesen der Ehe“, sie als Quelle „vermögensrechtlicher Vortheile“ zu behandeln).

¹⁵⁵ Motive (Fn. 114) 330 f.

¹⁵⁶ So auch das sächsische Recht: *Eduard Siebenhaar*, Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Band III, 2. Aufl. (1869) 114 (unter Bezugnahme auf die Motive zu diesem Gesetzbuch). Anders demgegenüber die Rechtslage in Preußen und Frankreich: *Planck* (Fn. 116) 93.

¹⁵⁷ Motive (Fn. 114) 331.

deshalb und im Interesse einer größeren Sicherheit des geschiedenen unschuldigen Ehegatten müsse die Vererblichkeit anerkannt werden.¹⁵⁸ Eine lebhaft diskutierte Frage entspann sich über die Frage einer sachgerechten Begrenzung des Anspruchs.¹⁵⁹ Einerseits sei kein Grund vorhanden, dem berechtigten Ehegatten mehr zu geben, als er zu seinem standesgemäßen Unterhalt brauche. Andererseits dürfe er unter keinen Umständen mehr erhalten, als er gehabt hätte, wenn die Ehe statt durch Scheidung durch Tod aufgelöst worden wäre. Während zwei der vorgebrachten Anträge sich am fiktiven Pflichtteil orientierten, sollte nach einem anderen Antrag der Berechtigte sich eine Herabsetzung seiner Unterhaltsrente soweit gefallen lassen müssen, dass „die Hälfte der Einkünfte des beim Tode vorhandenen Vermögens des Verpflichteten frei bleibt“.¹⁶⁰ Auch wenn das unter Umständen zu einer starken Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs führe,¹⁶¹ wurde dieser Antrag angenommen und fand Eingang in § 1582 BGB (1900). In der Denkschrift des Reichsjustizamtes wird der Übergang der Unterhaltspflicht auf die Erben des an der Scheidung schuldigen Ehegatten ausdrücklich als Kompensation für das dem unschuldigen Ehegatten entgangene Erbrecht eingeordnet; zugleich, so führt die Denkschrift aus, sei dafür Sorge getragen, dass die Erben nicht unverhältnismäßig belastet würden.¹⁶²

Das Ehegesetz von 1938 (und später auch das Ehegesetz von 1946) behielt den Grundsatz der passiven Vererblichkeit bei, änderte aber den Umfang der Erbenhaftung, indem der Erbe auch über den Nachlass hinaus in Anspruch genommen werden konnte: Maßstab für die Herabsetzung der Unterhaltsrente war der Betrag, der „bei Berücksichtigung der Verhältnisse des Erben und der Ertragsfähigkeit des Nachlasses der Billigkeit entspricht“.¹⁶³ Mit Wirkung vom 1. Juli 1977 wurde dann das Scheidungsrecht grundlegend reformiert; anstelle des Verschuldens trat nunmehr das Zerrüttungsprinzip. Gleichwohl wurde dem geschiedenen Ehegatten weiterhin ein Unterhaltsanspruch auch gegen die Erben des Unterhaltsverpflichteten gewährt; damit wollte der Gesetzgeber „den Lebensbedarf des geschiedenen Ehegatten ... in ähnlicher Weise sicherstellen, wie dies bei Fortbestehen der Ehe durch erbrechtliche Ansprüche erreicht worden wäre“.¹⁶⁴ Aus dieser Zweckrichtung ergebe sich aber auch die notwendige Beschränkung des Anspruchs: Der Ge-

¹⁵⁸ Protokolle (Fn. 145) 925.

¹⁵⁹ Protokolle (Fn. 145) 923–926.

¹⁶⁰ Zusatzantrag b) zu Antrag a): Protokolle (Fn. 145) 924.

¹⁶¹ Protokolle (Fn. 145) 926.

¹⁶² Denkschrift, in: Benno Mugdan (Hg.), Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band IV (1899) 1167.

¹⁶³ § 78 II Ehegesetz (1938); § 70 II Ehegesetz (1946).

¹⁶⁴ Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/650, 151.

schiedene brauche und solle nicht mehr erhalten, als er bei Auflösung der Ehe durch Tod des anderen Teils erhalten hätte. Die Herabsetzung nach Billigkeit in § 70 II Ehegesetz verfehle diesen Zweck. Deshalb sei an den fiktiven Pflichtteil anzuknüpfen. Eine Anknüpfung an den Intestaterbteil hielt der Gesetzgeber für schon im Ausgangspunkt verfehlt, müsse doch angenommen werden, dass der verstorbene Unterhaltsverpflichtete von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, seinen Ehepartner bei gescheiterter Ehe von der Erbfolge auszuschließen.¹⁶⁵ – Bemerkenswert ist, neben den Diskussionen um die Haftungsbeschränkung, vor allem die Tatsache, dass von der Vererblichkeit des Unterhaltsanspruchs, die ursprünglich nur schuldlos Geschiedenen zugute kam, seit 1977 geschiedene Personen ganz allgemein profitieren. Erstere hätten zur Sicherung ihres Unterhalts an der Ehe festhalten und sich damit auch den Ehegattenpflichtteil sichern können;¹⁶⁶ nach Einführung des Zerrütungsprinzips bestand diese Möglichkeit nicht mehr.¹⁶⁷

3. Unterhaltsanspruch der Mutter aus Anlass der Geburt eines Kindes

Das heutige BGB kennt noch einen weiteren Fall, in dem ein Unterhaltsanspruch nicht mit dem Tod des Verpflichteten erlischt: Nach § 1615I III 4 BGB gilt das für den Unterhaltsanspruch der Mutter aus Anlass der Geburt eines Kindes gegen den mit ihr nicht verheirateten Vater. Diese Regel war schon im BGB von 1900 enthalten gewesen,¹⁶⁸ freilich handelte es sich für den Gesetzgeber nicht um eine Ausnahme von dem Grundsatz der passiven Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen. Ein Anspruch der Mutter des unehelichen Kindes gegen den „Schwängerer“ auf Entbindungs- und Wochenbettkosten (so die Ausdrucksweise der Ersten Kommission) bzw. der Geschwängerten auf Niederkunfts- und Verpflegungskosten (so die Terminologie bei Planck)

¹⁶⁵ Drucksache 7/650, 153. Der Gesetzgeber sah übrigens, dass seine Regelung dazu führt, dass die Haftungsquote für den früheren Ehegatten immer größer ist als die Haftungsquote oder der Pflichtteil für den späteren (dies deshalb, weil für die Berechnung des fiktiven Pflichtteils ein etwa vorhandener neuer Ehegatte unberücksichtigt bliebe; wäre die Ehe mit dem verstorbenen Verpflichteten nicht geschieden worden, wäre eine Wiederverheiratung des Verpflichteten ja ausgeschlossen gewesen). Dies erscheine jedoch gerechtfertigt, würde dem geschiedenen Ehegatten doch eine „echte Vorzugsstellung“ insofern nicht eingeräumt, weil der überlebende Ehegatte im Regelfall nicht auf Pflichtteilsansprüche beschränkt werde. Im Übrigen habe der spätere Ehegatte im Zeitpunkt der Eheschließung ja um die Unterhaltsbelastung des Verpflichteten gewusst.

¹⁶⁶ Vgl. Motive (Fn. 114) 330.

¹⁶⁷ Vgl. dazu auch *Roessink* (Fn. 146) 25–27.

¹⁶⁸ § 1715 BGB (1900).

war sowohl nach gemeinrechtlichem Gerichtsgebrauch als auch nach einer Reihe zeitgenössischer Gesetze anerkannt.¹⁶⁹ Streitig war die Frage, wem der Anspruch zustand (dem Kind als Teil seiner Alimente – gegebenenfalls unter Berufung auf den Satz „nasciturus pro iam nato habetur“ – oder der Mutter); und, wenn der Mutter – das entsprach der überwiegenden Ansicht –, ob es sich um einen auf ihrer Verführung beruhenden Anspruch aus unerlaubter Handlung oder um einen vom Verhalten der Mutter unabhängigen, letztlich auf Billigkeit beruhenden Anspruch *ex lege* handele.¹⁷⁰ Gottlieb Planck entschied sich gegen die deliktische Qualifikation (schließlich könne die Teilnahme an einer unsittlichen Handlung niemals eine Quelle von Rechten sein). Seiner Ansicht nach gehörten die in Rede stehenden Leistungen zu den Alimenten, die dem Kinde gebühren und seien deshalb auch an dieselben Voraussetzungen zu knüpfen wie der Alimentationsanspruch des Kindes; aus Praktikabilitätsgründen sei der Anspruch aber der Mutter zu geben.¹⁷¹ An sich müsste damit die Verpflichtung mit dem Tod des Erzeugers erlöschen, weil die „persönliche Beziehung“ zu dem Erzeugten hinwegfalle. Wenn jedoch der allgemeine Alimentationsanspruch des Kindes gegen seinen Erzeuger in beschränkter Weise gegen dessen Erben geltend gemacht werden könne,¹⁷² müsse dasselbe auch hier gelten.¹⁷³ Konsequenterweise enthielt der Planck'sche Entwurf deshalb insofern auch lediglich einen Verweis auf die Vorschrift, die den Übergang der Verbindlichkeit auf die Erben regelte und gleichzeitig den Anspruch auf den fiktiven Pflichtteil begrenzte.¹⁷⁴

Die Erste Kommission sah in dem Anspruch auf Entbindungs- und Wochenbettkosten einen solchen, der nicht aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden könne, sondern „positiven Charakter“ habe; damit sollte gesagt sein, dass er auf Billigkeit und Rücksichten der „Gesetzgebungspolitik“ beruhe. Man dürfe nicht riskieren, durch Versagung eines solchen Anspruchs den Kindesmord zu befördern; außerdem könne so „die den Unterstützungs-

¹⁶⁹ Vgl. z.B. § 1328 ABGB (bei Verführung einer „Weibsperson“); §§ 1027–1043 II 1 PrALR (unter anderem mit der Regel, dass „Frauenspersonen, die sich in öffentlichen Hurenhäusern aufhalten“, keinen Anspruch geltend machen können); §§ 1858, 1861 Sächsisches BGB (unter anderem mit der Regel, dass kein Nachweis erforderlich ist, wenn der Aufwand der Geschwängerten für Geburts- und Taufkosten nicht mehr als sieben Taler beträgt); sowie das rechtsvergleichende Memorandum in Familienrecht, Band III (Fn. 138) 186–189 (Anlage XI.); knapper Überblick auch in Motive (Fn. 92) 481.

¹⁷⁰ Dazu Planck (Fn. 116) 747 f.

¹⁷¹ Planck (Fn. 116) 748–750.

¹⁷² Dazu oben, IV.1.

¹⁷³ Planck (Fn. 116) 754.

¹⁷⁴ § 397 mit Verweis (unter anderem) auf § 394 des Planck'schen Vorentwurfs.

kassen obliegende Last“ gemindert werden.¹⁷⁵ Dogmatisch handelte es sich nach Auffassung der Ersten Kommission nicht um einen Unterhaltsanspruch, sondern um „einen unmittelbar auf Gesetz beruhenden gewöhnlichen Ersatzanspruch“.¹⁷⁶ Damit war auch die Frage der passiven Vererblichkeit geklärt; es bedürfe überhaupt keiner besonderen Bestimmung, um klarzumachen, dass der Anspruch auch gegen den Erben des Erzeugers geltend gemacht werden könne.¹⁷⁷ In der Zweiten Kommission wurde die Einzelausgestaltung des Anspruchs noch einmal intensiv diskutiert;¹⁷⁸ über die Frage der passiven Vererblichkeit herrschte jedoch Einigkeit. Die Redaktionskommission wurde ermächtigt, insoweit noch eine Klarstellung in das Gesetz einzufügen.¹⁷⁹

§ 1715 BGB bezog sich auf die Entbindungskosten sowie die Kosten des Unterhalts für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung, unter Umständen auch auf weitere Aufwendungen. Die von Planck vorgeschlagene Deckelung enthielt die Vorschrift nicht. Eine solche wurde in das BGB auch nicht aufgenommen, als der Anspruch durch das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder im Jahre 1969 reformiert und in Anlehnung an eine Reihe ausländischer Rechtsordnungen¹⁸⁰ zeitlich ausgedehnt (Unterhalt ist zu zahlen für die Dauer von sechs Wochen vor der Geburt und acht Wochen danach) sowie auch ansonsten erweitert wurde.¹⁸¹ Trotz der nunmehr deutlich familienrechtlichen Natur des Anspruchs blieb es bei der passiven Vererblichkeit; das wurde ausdrücklich als Ausnahme vom dem Grundsatz des § 1615 BGB angesehen.¹⁸² Gerechtfertigt wurde sie mit dem Interesse der Mutter, die im Gegensatz zu Ehefrau und Kindern des Erblassers weder durch eine gesetzliche Beteiligung an dessen Nachlass noch durch Unterhaltsansprüche gegen Verwandte des Erblassers gesichert sei.¹⁸³ Dabei blieb es bis heute, auch wenn die Vorschrift des § 1615l BGB noch mehrfach geändert wurde,¹⁸⁴ zuletzt, indem die Unterhaltspflicht nach Absatz 2 im Anschluss an ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁸⁵ weitgehend an

¹⁷⁵ Motive (Fn. 114) 481 f.

¹⁷⁶ Motive (Fn. 114) 482.

¹⁷⁷ Motive (Fn. 114) 484 (unter 9.).

¹⁷⁸ Protokolle (Fn. 145) 1023–1027.

¹⁷⁹ Protokolle (Fn. 145) 1026 (unter C.).

¹⁸⁰ Genannt wurden schweizerisches, schwedisches, dänisches, polnisches und tschechisches Recht; vgl. *Ludwig Jansen, Gottfried Knöpfel*, Das neue Unehelichen-gesetz (1967) 223 f.

¹⁸¹ Dazu Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache V/2370, 55–57.

¹⁸² Drucksache V/2370 (Fn. 182) 57.

¹⁸³ Drucksache V/2370 (Fn. 182) 57.

¹⁸⁴ Überblick bei *Frank Klinkhammer*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2018) § 1615l, Rdz. 7–21.

¹⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 28.2.2007, BVerfGE 118, 45.

die Grundsätze des § 1570 (Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes) angeglichen wurde.¹⁸⁶

Insgesamt ist es im Laufe der Zeit damit zu einer erheblichen Erweiterung des Anspruchs der Mutter des nichtehelichen Kindes gekommen.¹⁸⁷ Eine Begrenzung der Haftung auf den fiktiven Pflichtteil, wie sie ursprünglich einmal von Planck vorgesehen worden war,¹⁸⁸ fehlt bis heute im Gesetz. Es ist deshalb angeregt worden, eine solche Begrenzung nach dem Vorbild des § 1586b BGB einzuführen¹⁸⁹ (die von Planck als Modell herangezogene Vorschrift¹⁹⁰ gibt es heute ja nicht mehr) oder sogar *de lege lata* analog anzuwenden.¹⁹¹ Der BGH hat die Frage jüngst offen gelassen.¹⁹² Anderen Vorschlägen, die fehlende Haftungsbeschränkung auszugleichen, hat der BGH eine Absage erteilt.¹⁹³ Kritisiert wird im Übrigen auch die Stellung des Unterhaltsanspruchs im Recht des Verwandtenunterhalts.¹⁹⁴ Da eine Angleichung des Anspruchs an den nachehelichen Betreuungsunterhalt verfassungsrechtlich geboten und weitgehend bereits erfolgt sei, sollte er auch an dieser Stelle geregelt werden.

V. Unterhalt statt Pflichtteil

1. Rekonzeptualisierung des zwingenden Angehörigenschutzes

Die Entstehungsgeschichte der §§ 1615 I BGB, 1712 I BGB (1900), 1582 I BGB (1900) (heute: § 1586b BGB) und 1715 II BGB (1900) (heute: § 1615l III 4 BGB) hat gezeigt, dass der Redaktor des Familienrechts und die BGB-Kommissionen (in zumindest latentem Gegensatz zum Redaktor des Erbrechts) Pflichtteil und Unterhaltsanspruch gegen den oder die Erben als funktionale Äquivalente betrachteten. Der Pflichtteil diene den Zwecken, die durch den

¹⁸⁶ Staudinger/*Klinkhammer* (Fn. 184) § 1615l, Rdz. 2, 14–20.

¹⁸⁷ Gemäß § 1615l IV hat der Vater, wenn er das Kind betreut, den Anspruch nach § 1615l II 2 gegen die Mutter; auch dieser Anspruch erlischt nicht mit dem Tod der Mutter.

¹⁸⁸ Oben, Fn. 174.

¹⁸⁹ *Katharina Lugani*, in: beck-online.Großkommentar BGB (01.02.2020) § 1615l BGB, Rdz. 108.

¹⁹⁰ Sie betraf den (allgemeinen) Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes; vgl. oben, IV.1.

¹⁹¹ Ausführlich dazu *Regina Bömelburg*, in: Philipp Wendl, Hans-Joachim Dose (Hg.), *Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis*, 10. Aufl. (2019) § 7, Rdz. 216.

¹⁹² BGH, Urteil vom 15.5.2019, BGHZ 222, 88, Rdz. 55.

¹⁹³ BGH, Urteil vom 15.5.2019, BGHZ 222, 88, Rdz. 38 f. Fiktiv fortzuschreiben sei lediglich der Bedarf des Berechtigten: Rdz. 28–31.

¹⁹⁴ beck-online.Großkommentar/*Lugani* (Fn. 189) § 1615l BGB, Rdz. 7.

Alimentationsanspruch erreicht werden sollten, hieß es, als es um § 1615 I BGB und damit um die allgemeine Regel der Unvererblichkeit von Unterhaltsansprüchen ging,¹⁹⁵ und umgekehrt erschien der Unterhaltsanspruch als „Surrogat des Pflichtteils“ für Fälle, in denen eine Versorgung angemessen erschien, ein Pflichtteilsanspruch aber nicht gegeben war.¹⁹⁶ Doch hat diese funktionale Gleichsetzung den Charakter einer Notlösung: ist doch nicht unmittelbar einsichtig, wieso ein möglicherweise bestehender, möglicherweise aber auch nicht bestehender Bedarf durch eine feste Quotenteilhabe soll befriedigt werden können; und wieso umgekehrt eine feste Quotenteilhabe durch einen von einem konkreten Bedarf abhängigen Unterhaltsanspruch soll ersetzt werden können. So hatte schon der Redaktor des Erbrechts darauf hingewiesen, dass bedarfsabhängige und bedarfsunabhängige juristische Instrumente nicht besonders gut zueinander passen.¹⁹⁷ Damit stellte sich für den Gesetzgeber und stellt sich heute die Frage, warum nicht der zu Lebzeiten gegebene Unterhaltsanspruch nach dem Tode des Unterhaltsschuldners fortbestehen soll. Der BGB-Gesetzgeber sah sich daran angeichts der „Natur der Alimentationspflicht“¹⁹⁸ im Grundsatz gehindert, auch wenn er mit einigermaßen gewundener dogmatischer Begründung bereit war, die eine oder andere pragmatische Ausnahme zuzulassen.¹⁹⁹ Heute ist klar, dass es sich bei den §§ 1586b und 1615I BGB um ganz normale Unterhaltsansprüche handelt;²⁰⁰ und es ist ebenso klar, dass eine essentialistische Argumentation die Anordnung einer passiven Unvererblichkeit des Unterhaltsanspruchs nicht tragen kann. Vielmehr ist umgekehrt zu fragen, warum ausgerechnet Unterhaltsgläubiger gegenüber anderen Gläubigern diskriminiert werden, für die das Gesetz doch alles tut, um zu gewährleisten, dass sie durch den Tod ihres Schuldners nicht schlechter gestellt sind als sie zu seinen Lebzeiten gestanden haben. Das Erbrecht (nicht nur das deutsche!) erfüllt hier

¹⁹⁵ Oben, Text zu Fn. 118.

¹⁹⁶ Oben, Text zu Fn. 153; prononciert in diesem Sinne auch *Joachim Gernhuber*, Testierfreiheit, Sittenordnung und Familie, FamRZ 1960, 326–335 (329): Das Pflichtteilsrecht ist „funktionell Korrelat zur Unterhaltspflicht unter Lebenden“.

¹⁹⁷ Oben, Text nach Fn. 95.

¹⁹⁸ Oben, Text nach Fn. 117.

¹⁹⁹ Oben, Text nach Fn. 137.

²⁰⁰ Vgl. etwa *Hans-Ulrich Maurer*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band IX, 8. Aufl. (2019) § 1569, Rdz. 1; *Jens Langebeine*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band X, 8. Aufl. (2020) § 1615I, Rdz. 10. Teilweise wird die Ansicht vertreten, es bestehe keine Identität zwischen der Unterhaltsverpflichtung des Erblassers und des Erben (so für § 1586b BGB *Maurer* (diese Fn.) § 1586b, Rdz. 5; ähnlich übrigens für Österreich *Wendehorst* (Fn. 19) 259; *Bernhard Eccher*, Erbrecht, 6. Aufl. (2016) 1/15).

eine Stabilisierungsfunktion;²⁰¹ und es erscheint nur recht und billig, dass von dieser Stabilisierungsleistung auch Unterhaltsgläubiger profitieren.

Wenn also der Wegfall einer lebzeitigen Unterhaltsberechtigung als des »[b]ei weitem wichtigste[n] Element[s] der vom BVerfG beschworenen Familiensolidarität«²⁰² nicht plausibel erscheint,²⁰³ dann ergibt sich daraus die Notwendigkeit, den zwingenden Angehörigenschutz vom Versorgungsgedanken her zu rekonzeptualisieren.²⁰⁴ Das kann hier nur im Wege einer ersten Skizze geschehen. Ein detaillierter Entwurf mit Erläuterungen soll an anderer Stelle vorgelegt werden.²⁰⁵ Damit wird das unternommen, was Gerhard Otte zu Recht verlangt hat: das Unterhaltsmodell zu präzisieren und zu Ende zu denken.²⁰⁶

2. Kinder

a) »Selbstbindung des Testators«

Beginnen wir mit den Kindern: sie werden und sind (im Gegensatz zu den Eltern des Erblassers und zu seinem überlebenden Ehegatten) in der großen Mehrheit der westlich geprägten Rechtsordnungen vom zwingenden Angehörigenschutz erfasst.²⁰⁷ Zwischen Eltern und Kindern besteht ein natürliches

²⁰¹ Dazu im deutsch/englischen Vergleich *Jan Peter Schmidt*, Transfer of Property on Death and Creditor Protection: The Meaning and Role of „Universal Succession“, in: *Nothing so Practical as a Good Theory: Festschrift für George L. Gretton* (2017) 323–337; *idem*, Pflichtteil (Fn. 22) 23.

²⁰² Münchener Kommentar/*Leipold* (Fn. 104) Einleitung Erbrecht, Rdz. 44.

²⁰³ Vgl. auch *Schmidt*, Pflichtteil (Fn. 22) 23.

²⁰⁴ Vgl. auch z.B. *Friedrich Wilhelm Bosch*, Familien- und Erbrecht als Themen der Rechtsangleichung nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland, *FamRZ* 1992, 993–1000 (999): „Das Verhältnis zwischen ... Unterhaltsgewährung und der Pflichtteilsberechtigung ist gründlich neu zu durchdenken“; *Dauner-Lieb*, *Forum Familienrecht* 2000, 119 (Zusammenhänge zwischen Pflichtteils- und Unterhaltsrecht müssen „neu reflektiert“ werden); *Bengel* (Fn. 57) L 62 (die „allein verbliebene Versorgungsfunktion“ müsse bei einer „ideologiefreien grundsätzlichen Neugestaltung“ im Vordergrund stehen); *Osterlob-Konrad* (Fn. 64) 57–60; dies ist auch der Ausgangspunkt der Arbeit von *K. Stadler* (Fn. 34). Für die USA in diesem Sinne *Harry D. Krause*, *Child Support in America: The Legal Perspective* (1981) 40 f. („[T]he common law should not permit a parent to deprive a minor child of necessary support, and the civil law should not restrict the parent’s power of disposition over money he or she has earned, once the children are of age and not in need“).

²⁰⁵ Von einer Arbeitsgruppe am MPI Hamburg, der Franz Bauer, Martin Bialluch, Andreas Humm, Lisa-Kristin Klapdor, Ben Köhler, Jan Peter Schmidt, Philipp Scholz, Denise Wiedemann und Reinhard Zimmermann angehören.

²⁰⁶ *Otte*, *AcP* 202 (2002) 351.

²⁰⁷ Vgl. für Europa auch *Nina Dethloff*, *Familienrecht*, 32. Aufl. (2018) § 11, Rdz. 107.

Band, das, anders als eine Ehe, auch nicht durch Scheidung aufgelöst werden kann. Kinder stehen ihren Eltern am nächsten, weshalb Eltern, wie Joachim Georg Darjes sich ausdrückte,²⁰⁸ ihre Kinder am meisten zu lieben verpflichtet sind.²⁰⁹ Ob sie dieser (moralischen) Verpflichtung nachkommen oder nicht und ob sie damit liebevoll oder aber nur, wie sich der neuseeländische Court of Appeal in seiner Leitentscheidung von 1909 ausgedrückt hat, „just, but not ... loving“²¹⁰ sind: rechtlich schulden sie ihnen Unterhalt.²¹¹ Hier liegt der zutreffende Kern des gelegentlich belächelten Gedankens einer „Selbstbindung des Testators“ in Gottfried von Schmitts Begründung seines Vorentwurfs.²¹² Gedacht war dabei natürlich nicht an eine vom Testator abgegebene Willenserklärung. Vielmehr führt die Tatsache der Kindeserzeugung zu einer durch das bürgerliche Recht bestätigten Verpflichtung, das einmal geborene Kind dann auch zu versorgen.²¹³ Das entspricht nicht zuletzt auch dem Subsidiaritätsprinzip, wonach der größere Verband – der Staat – Unterhaltslasten nur dann zu übernehmen braucht, wenn dies dem kleinerem – der Familie – nicht möglich ist.²¹⁴ Wenn nun aber, wie zur Verteidigung des Pflichtteilsrechts immer wieder (auch vom Bundesverfassungsgericht) vorgebracht wird, die Solidarität über den Tod hinausreicht,²¹⁵ dann ist begründungsbedürftig, wa-

²⁰⁸ Institutiones Iurisprudentiae Universalis, 3. Aufl. (Ienae, 1748) § 644.

²⁰⁹ Vgl. auch z.B. *Blackstone* (Fn. 15) 447, wonach die Vorsehung in die Brust aller Eltern einen „insuperable degree of affection“ eingepflanzt habe, den auch „the wickedness, ingratitude, and rebellion of children“ nicht unterdrücken könne.

²¹⁰ *Allardice v. Allardice*, (1909) 29 NZLR 959 (CA) 972 f. Vgl. auch *Bosch v. Perpetual Trustee Co Ltd*, [1938] AC 463 (478 f.): „wise and just, rather than ... fond or foolish“.

²¹¹ Zur Geschichte der Unterhaltsverpflichtung von Eltern gegenüber ihren Kindern vgl. *Steffen Schlinker*, in: Matthias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band IV (2018) §§ 1601–1615 o, Rdz. 19–58.

²¹² *von Schmitt* (Fn. 80) 170. Ablehnend etwa *Hollmann* (Fn. 62) 69, 77; *Herzog* (Fn. 44) 224–227 („Absurdität“); vgl. aber *Muscheler* (Fn. 7) 249.

²¹³ Richtig *Muscheler* (Fn. 7) 250, der unter Berufung auf Kants Metaphysik der Sitten schreibt: „Zu mehr als zur Leistung von Unterhalt verpflichtet Zeugung nicht“. Vgl. auch z.B. *Blackstone* (Fn. 15) 446 f., nach dessen Auffassung Eltern gegenüber ihren Kindern nicht nur kraft Naturrechts zum Unterhalt verpflichtet sind „but by their proper act, in bringing them into the world ... By begetting them ..., they have entered into a voluntary obligation, to endeavour, as far as in them lies, that the life which they have bestowed shall be supported and preserved“. Dabei bezieht sich *Blackstone* auf *Pufendorf* (Fn. 12) Buch IV, Kap. XI, § 4 (in der Ausgabe 1694 fälschlich als § 8 bezeichnet): die Unterhaltungspflicht obliege den Eltern nicht nur „ab ipsa natura, sed etiam proprio parentum facto, dum liberos generant atque tollunt. ... [G]enerando videntur sese ultro obstrinxisse, ...“.

²¹⁴ Darauf weist *Dieter Henrich* hin: *Testierfreiheit* (Fn. 66) 15.

²¹⁵ BVerfGE 112, 332 (353).

rum sie sich nunmehr in eine Quote am Vermögen des Erblassers verwandeln soll.²¹⁶ Am Unterhaltsbedürfnis hat sich schließlich nichts geändert: das Kind ist nach wie vor minderjährig, oder in der Berufsausbildung, oder aufgrund einer geistigen oder körperlichen Behinderung außerstande, sich selbst zu versorgen. Dabei gilt als Grundsatz, dass die Bedürftigkeit (auch) nach dem Tod des Unterhaltsschuldners anhand der tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltsgläubigers zu bestimmen ist; so handhaben Rechtsprechung und Lehre dies auch im Hinblick auf §§ 1615I und 1586b BGB.²¹⁷

Eine Änderung hat sich lediglich auf der Seite des Unterhaltsschuldners ergeben: Er ist verstorben und kann damit nichts mehr verdienen, um so die für die Unterhaltszahlung verfügbaren Mittel zu vergrößern. Demgegenüber sind auf der Schuldnerseite aber auch keine Versorgungsbedürfnisse mehr zu berücksichtigen; der Selbstbehalt entfällt.²¹⁸ Die Vorschrift des § 1603 BGB findet mithin keine Anwendung. Die persönlichen Verhältnisse des Erben sind irrelevant, da es sich bei dem übergegangenen Unterhaltsanspruch um eine „vom Erblasser herrührende Schuld“ und mithin um eine Nachlassverbindlichkeit im Sinne des § 1967 BGB handelt: der Erbe haftet für eine fremde Unterhaltungspflicht. Dabei hat er natürlich die Möglichkeit, seine Haftung nach den allgemeinen Regeln auf den Nachlass zu beschränken.

b) Kapitalisierung

Der Unterhalt ist normalerweise in Form einer Geldrente zu gewähren, die monatlich im Voraus zu zahlen ist.²¹⁹ Nach dem Tod des Unterhaltsschuldners wird jedoch in der Regel ein Interesse seiner Erben daran bestehen, sich vom Unterhaltsberechtigten möglichst rasch zu lösen. Umgekehrt wird auch dieser nicht über Jahre hinweg das Insolvenzrisiko der Erben tragen wollen. In der Tat besteht im Erbrecht ganz allgemein ein besonderes Bedürfnis nach

²¹⁶ Demgegenüber braucht eine bedarfsorientierte Mindestteilhabe gar nicht gesondert gerechtfertigt zu werden, „sie ergibt sich zwanglos aus den Grundentscheidungen des Privatrechts“: *Schmidt*, Pflichtteil (Fn. 22) 23. Den im Gesetz angelegten „Systemwechsel“ kritisiert auch *Osterloh-Konrad* (Fn. 64) 57.

²¹⁷ BGHZ 222, 88, Rdz. 33; *Wolfgang Baumann*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2014, § 1586b, Rdz. 60; Münchener Kommentar/*Maurer* (Fn. 200) § 1586b, Rdz. 27; *Hannelore Zacher-Röder, Ursula Grimm-Hanke*, Der Unterhaltsanspruch im Todesfall, Familie Partnerschaft Recht 2019, 264, 265.

²¹⁸ Vgl. zu § 1586b BGB Münchener Kommentar/*Maurer* (Fn. 200) § 1586b, Rdz. 31.

²¹⁹ § 1612 I 1, III 1 BGB.

einer möglichst zügigen Abwicklung des Nachlasses.²²⁰ Das gilt insbesondere bei dem Bestehen einer Erbengemeinschaft. All das spricht dafür, die Zahlung einer Kapitalabfindung zur Regel zu machen. In gewisser Weise lässt sich damit an das geltende Recht anknüpfen, sieht doch § 1585 II BGB für den Scheidungsunterhalt zugunsten des Unterhaltsberechtigten ein Recht auf Abfindung in Kapital vor, wenngleich nur aus wichtigem Grund.²²¹ Auch im Falle der Tötung einer Person, die zur Zeit der Verletzung einem Dritten unterhaltspflichtig war, kann der Dritte eine Kapitalabfindung für seinen Unterhaltsschaden verlangen: §§ 844 II 1, 843 III BGB. Obwohl in der Praxis die Kapitalabfindung durch Vergleich die Regel zu sein scheint,²²² ist auch im Rahmen von § 843 III BGB für das Recht auf Kapitalabfindung ein wichtiger Grund erforderlich.

Würde im Hinblick auf Unterhaltsansprüche von Kindern die Abfindung in Kapital zur Regel erklärt, auch ohne dass es eines wichtigen Grundes bedürfte, so könnte umgekehrt dem Erben aus wichtigem Grund gestattet werden, Ratenzahlung zu verlangen. Die Möglichkeit der Gewährung des Unterhalts durch eine Geldrente könnte dann eröffnet werden, wenn sich beide Parteien darüber einig sind. In Anbetracht der Probleme, die sich in diesem Fall bei der Nachlassabwicklung ergeben, erscheint für eine solche Vereinbarung das Erfordernis einer notariellen Beurkundung sinnvoll. Besonders regelungsbedürftig wäre im Übrigen der Fall, dass der Erbe des Verpflichteten mit dem Berechtigten in häuslicher Gemeinschaft lebt.

Die Höhe der Kapitalabfindung würde sich am Wert der gesamten Unterhaltsrente orientieren.²²³ Es müsste daher eine Prognose über die Dauer

²²⁰ Vermögensrechtlicher „Schlussstrich“: *Schmidt*, Pflichtteil (Fn. 22) 24; vgl. ferner *idem*, *Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive* (im Erscheinen) § 1 F. I. und II. sowie § 2 A.I.; *Schmidt* zitiert in diesem Zusammenhang von *Schmitt* (Fn. 80) 149: „Den Nachlaß dauernd erhalten, ließe einen anormalen Zustand verewigen, im großen Maßstabe Vermögen todter Hand zu schaffen, und solches der lebendigen Theilnahme an der allgemeinen Güterzirkulation entziehen.“ Das gilt in der Tat nicht nur für eine Verewigung, sondern auch im Hinblick auf eine langdauernde Verselbständigung des Nachlasses als Sondervermögen, zu der es kommen müsste, wenn periodisch anfallende Unterhaltsverpflichtungen geltend gemacht werden könnten.

²²¹ Vgl. für den Anspruch aus § 1586b Münchener Kommentar/*Maurer* (Fn. 200) § 1586b, Rdz. 30. Das Abfindungsrecht des Erben nach § 1712 BGB (1900) kannte diese einschränkende Voraussetzung nicht.

²²² *Klaus Vieweg*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung (2015) § 843, Rdz. 34; *Gerhard Wagner*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage (2020) § 843, Rdz. 27.

²²³ Vgl. *Eckart Hammermann*, in: Kurt H. Johannsen, Dieter Henrich, Christoph Althammer (Hg.), *Familienrecht*, 7. Aufl. (2020) § 1585, Rdz. 24; *Gerald Spindler*, in: *beck-online.Kommentar BGB* (Stand 01.11.2020) § 843, Rdz. 34.

und die Höhe des Unterhaltsanspruchs erstellt werden.²²⁴ Hierzu lässt sich allgemein nur sagen, dass einerseits der Gesichtspunkt der im Zeitpunkt des Erbfalls zu erwartenden Bedürftigkeit nach § 1602 BGB und andererseits, das Fortleben des Verpflichteten unterstellt, die Lebensstellung des Berechtigten maßgeblich ist (§ 1610 BGB). Details können nicht gesetzlich vorgegeben werden. Sie sind, wie auch bei §§ 843 III und 1585 II BGB, der Rechtsprechung zu überlassen, die sich dabei auf standardisierte Tabellensätze stützen wird. Naheliegend ist, wie auch im Rahmen von §§ 843 III und 1585 II BGB²²⁵ zu verfahren, insbesondere also den Gesamtbetrag abzuzinsen, um den Erhalt der Summe zu einem früheren Zeitpunkt auszugleichen.

c) Deckelung?

Die damit verbundenen Berechnungen ließen sich vermeiden, wenn man bereit wäre, den Unterhaltsanspruch des Kindes der Höhe nach zu begrenzen. Eine derartige Deckelung ist in ausländischen Rechtsordnungen nicht unbekannt,²²⁶ und im deutschen Recht finden wir sie bis heute in § 1586b BGB, ehe- dem auch in § 1712 II BGB (1900);²²⁷ für den Anspruch aus § 1615I BGB wird eine Begrenzung angeregt.²²⁸ Freilich sind all diese Begrenzungen zu niedrig, da am Pflichtteil orientiert. Der wirtschaftliche Überschuss des Nachlasses sollte jedoch in möglichst weitgehendem Umfang zur Befriedigung von Unterhaltsansprüchen zur Verfügung stehen,²²⁹ denn das Kind des Erblassers ist allemal schutzbedürftiger als ein Dritter, dem der Nachlass unverdient zu Gute kommt. Doch sollte, so ließe sich argumentieren, ein Kind des Erblassers, sofern es enterbt worden ist, am Ende nicht besser dastehen, als es stehen würde, wenn der Erblasser eine letztwillige Verfügung überhaupt nicht getroffen hätte. Die Höhe des Unterhaltsanspruchs könnte deshalb durch den Wert des

²²⁴ *Martin Gerlach*, in beck-online.Großkommentar BGB (01.08.2020) § 1585, Rdz. 50; *Johannsen/Henrich/Althammer/Hammermann* (Fn. 223) § 1585, Rdz. 24.

²²⁵ beck-online.Großkommentar/*Gerlach* (Fn. 224) § 1585, Rdz. 50; Münchener Kommentar/*Wagner* (Fn. 222) § 843, Rdz. 33.

²²⁶ Vgl. Art. 688 Code civil du Quebec; dazu *Alexandra Popovici, Lionel Smith*, Freedom of Testation and Family Claims in Canada, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 507–533 (526). Anders z.B. im südafrikanischen Recht, das ebenfalls der Unterhaltslösung folgt; dazu *Marius J. de Waal*, Family Provision in South Africa, in: *Mandatory Family Protection* (Fn. 5) 477–506 (484–486).

²²⁷ Dazu oben, Text bei Fn. 143.

²²⁸ Vgl. oben, Text bei Fn. 189.

²²⁹ In manchen Rechtsordnungen erhalten minderjährige Abkömmlinge des Erblassers schon *de lege lata* mehr als nur die Hälfte des Intestaterbrechts: in Polen zwei Drittel, in der Tschechischen Republik drei Viertel, in der Slowakei sogar den ganzen Intestaterbteil; vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 4 und 8.

Intestaterbteils begrenzt sein, der dem Kind zustünde, wenn es nicht enterbt worden wäre. Doch kann der Intestaterbteil nur anhand des Nachlasswertes bestimmt werden. Bei einem Nachlass, dessen Wert bei Null liegt oder der möglicherweise sogar negativ ist, würde damit ein Unterhaltsanspruch überhaupt nicht bestehen können. Das liefe auf eine (insolvenzrechtliche) Nachrangigkeit des Unterhaltsanspruchs gegenüber den Ansprüchen der anderen Nachlassgläubiger hinaus. (Im geltenden Pflichtteilsrecht ist diese Subordination bereits in der Berechnung nach § 2311 BGB angelegt und ergibt sich nicht erst aus § 327 I Nr. 1 InsO.) Ein solches Ergebnis würde jedoch das Unterhaltsmodell konterkarieren und stünde im Übrigen auch im Widerspruch zu der Wertung in § 40 I 1 InsO, wonach Unterhaltsansprüche als (mit anderen Insolvenzforderungen gleichrangige) Insolvenzforderungen nach § 38 InsO zu behandeln sind, soweit der Schuldner als Erbe des Verpflichteten haftet.²³⁰

3. Weitere Angehörige

Außer Kindern sind auch weitere Abkömmlinge des Erblassers zu berücksichtigen, soweit sie nach allgemeinen Grundsätzen einen Unterhaltsanspruch gegen den Erblasser hatten,²³¹ in erster Linie also Enkel, die nicht von ihren Eltern unterhalten werden können. Das gilt, wenn die Eltern verstorben sind, es kann aber auch gelten, wenn sie nicht leistungsfähig sind.²³² Sofern der Elternteil, durch den die Enkel mit dem Erblasser verwandt sind, seinerseits einen Unterhaltsanspruch gegen den Erblasser hatte (etwa wegen Arbeitsunfähigkeit aufgrund körperlicher Gebrechen), wäre der Unterhaltsanspruch der Enkel nachrangig; das ergibt sich aus § 1609 BGB.

Ob auch die Eltern (bzw. allgemein die Verwandten der aufsteigenden Linie) des Erblassers berücksichtigt werden sollten, soweit dieser sie zu seinen Lebzeiten unterhalten hatte, ist weniger deutlich. Denn einerseits wäre es nur konsequent, auch die von Kindern gegenüber ihren Eltern nach deutschem Recht bestehende Unterhaltspflicht nach dem Tod der Kinder nicht erlöschen zu lassen.²³³ Andererseits aber sind Eltern nicht von Natur aus unterhaltsbe-

²³⁰ Das bedeutet freilich gleichzeitig, dass im Falle der Bedürftigkeit ein Unterhaltsanspruch auch neben dem Intestaterbteil gegeben sein kann; so auch in den Rechtsordnungen, die ein System der *family provision* kennen; vgl. RabelsZ 85 (2021) 39 (für Kanada), 44 (für England).

²³¹ §§ 1603, 1606 II, 1607 BGB.

²³² Dazu Münchener Kommentar/*Langeheine* (Fn. 200) § 1601, Rdz. 15 („In der Praxis sind Fälle der tatsächlichen Inanspruchnahme der Großeltern selten“); vgl. aber auch Historisch-kritischer Kommentar/*Schlinker* (Fn. 211) §§ 1601–1615 o, Rdz. 87.

²³³ Bei einer Konkurrenz von Unterhaltsansprüchen wäre dann auf § 1609 BGB zu rekurrieren.

dürftig, wie dies insbesondere bei minderjährigen Kindern der Fall ist.²³⁴ Zudem ist die Stellung der Eltern schon *de lege lata* relativ schwach. In der Rangfolge der Unterhaltsberechtigten stehen sie erst an sechster Stelle;²³⁵ und das geltende Erbrecht versagt Eltern ein Pflichtteilsrecht sogar gänzlich, sofern ein Abkömmling den Pflichtteil verlangen kann (oder das ihm Hinterlassene annimmt).²³⁶ Gleichwohl sollte auch hier an der passiven Unvererblichkeit des Unterhaltsanspruchs nicht festgehalten werden, zumal der Elternunterhalt durch die Einschränkung des Sozialhilferegresses (§ 94 Ia SGB XII) bei Einkommen von bis zu 100.000 € praktisch wenig bedeutsam ist.

Es fragt sich schließlich, ob auch dem verwitweten Ehegatten Unterhaltsansprüche zuzuerkennen sind und wie es mit den Unterhaltsansprüchen geschiedener Ehegatten steht. Was zunächst den verwitweten Ehegatten betrifft, so sieht das Gesetz einen pauschalierten Zugewinnausgleich durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils von (neben Verwandten der ersten Parentel) einem Viertel um ein weiteres Viertel vor.²³⁷ Diese Verquickung von Güterrecht und Erbrecht ist anerkanntermaßen unglücklich; sie konnte, wie Dieter Leipold schon 1979 in seinem Zivilrechtslehrervortrag bemerkte, „kaum unlogischer ausgestaltet werden“.²³⁸ Immerhin sieht § 1371 II BGB für den Fall der Enterbung des überlebenden Ehegatten eine Lösung vor, die so interpretiert wird, dass dieser den sogenannten kleinen Pflichtteil vom nicht erhöhten gesetz-

²³⁴ Rechtspolitisch ist die Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern durchaus umstritten; kritisch z.B. *David Paulus*, Elternunterhalt oder nicht Elternunterhalt?, AcP 2017 (2017) 579–610 (599–610). Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre begrenzen den Anspruch der Eltern durch einen höheren Selbstbehalt: Historisch-kritischer Kommentar/*Schlinker* (Fn. 211) §§ 1601–1615 o, Rdz. 84.

²³⁵ § 1609 BGB.

²³⁶ § 2309 BGB. Die Norm spiegelt die Regeln der §§ 1924 II, 1930 BGB. Rechtsvergleichend ist zu beobachten, dass Eltern zunehmend aus dem Kreis der Noterben oder Pflichtteilsberechtigten ausgeschlossen werden; für Frankreich, Belgien, die Niederlande und Österreich vgl. *RabelsZ* 84 (2020) 511, 513, 515, 520; für die Tschechische Republik, die Slowakei und Kroatien vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 7; für Louisiana vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 25.

²³⁷ § 1371 I BGB.

²³⁸ *Dieter Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180 (1980) 160–237 (176). Kritisch auch etwa *Muscheler* (Fn. 7) 738–740; *Anne Rötbel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Band I (2010) A 9–A 112 (A 53 f.); *Elisabeth Koch*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, 8. Aufl. (2019) § 1371, Rdz. 4–8; weitere Stimmen bei *Reinhard Zimmermann*, Intestate Succession in Germany, in: Kenneth G.C. Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann (Hg.), Intestate Succession (2015) 181–223 (213). Zu einem Aspekt der Regelung *Dieter Leipold*, Ist der Wegfall des Zugewinnausgleichs bei Vorversterben des Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn verfassungsgemäß?, NJW 2011, 1179–1182.

lichen Erbteil (also demjenigen nach § 1931 BGB) und zusätzlich Ausgleich der während der Ehe entstandenen Zuwendungen verlangen kann (soweit eine Anspruchsberechtigung nach §§ 1373–1383, 1930 BGB gegeben ist).²³⁹ Die Durchführung des Zugewinnausgleichs stellt sicher, dass der überlebende Ehegatte an dem, was beide Ehegatten während der Ehe gemeinschaftlich erarbeitet haben, teilhat. Hinzu kommen in der Regel Versorgungsansprüche, etwa nach den Vorschriften der gesetzlichen Rentenversicherung oder dem Recht der Beamtenversorgung.²⁴⁰

Was nun die Belastung des Nachlasses mit Unterhaltsansprüchen betrifft,²⁴¹ bestünde ein Desiderat darin, eine Ungleichbehandlung geschiedener und verwitweter Ehegatten zu vermeiden; das entspräche der Intuition, dass, wessen Ehe durch Tod beendet wird, nicht schlechter stehen sollte als wessen Ehe geschieden wird, wie sie etwa in der „imaginary divorce guideline“ des englischen Rechts zum Ausdruck kommt.²⁴² Für beide könnte die in das BGB einzufügende Vorschrift analog derjenigen formuliert werden, die für Abkömmlinge und Verwandte der aufsteigenden Linie vorzusehen wäre, also etwa in dem Sinne, dass Unterhaltsansprüche geschiedener und verwitweter Ehegatten, bei denen zur Zeit der Erbfolge zu erwarten ist, dass sie ihren Unterhalt nicht nachhaltig selbst sichern können,²⁴³ als Nachlassverbindlichkeiten auf den Erben übergehen.²⁴⁴ Auch hier wäre statt einer Geldrente eine Abfindung in Kapital zu leisten (sofern sich die Beteiligten nicht, abweichend,

²³⁹ Münchener Kommentar/*Koch* (Fn. 238) § 1371, Rdz. 37.

²⁴⁰ Nach § 46 II SGB VI erhält die „große Witwenrente“ (= 55 % der Rente des Verstorbene(n) ein überlebender Ehegatte, der ein minderjähriges Kind erzieht, das 47. Lebensjahr vollendet hat, oder erwerbsgemindert ist. Nach §§ 19 f. Beamtenversorgungsgesetz erhält die Witwe ein Witwengeld von 55 % des Ruhegehalts.

²⁴¹ Soweit solche angesichts der Stärkung des Grundsatzes der Eigenverantwortung (§ 1569 BGB) durch die Reform des Unterhaltsrechts von 2008 (Münchener Kommentar/Maurer (Fn. 200), § 1569, Rdz. 1) in Betracht kommen. Einen Ausgleich verdient der überlebende wie der geschiedene Ehegatte eigentlich nur für ehebedingte Nachteile, etwa wegen Kinderbetreuung oder Verzicht auf eigene berufliche Aus- und Weiterbildung. Argumente für die Abschaffung eines Unterhaltsanspruchs geschiedener wie überlebender Ehegatten finden sich bei *Jonathan Herring*, *Family Law*, 9. Aufl. (2019) 230; vgl. auch etwa *Karin Lehmann*, *Testamentary freedom versus testamentary duty: in search of a better balance*, *Acta Juridica* 9–40 (39 f.). In Deutschland wird angesichts der Tatsache, dass ein Zugewinn- und Versorgungsausgleich ja bereits stattgefunden hat, die Berechtigung der Perpetuierung des Unterhaltsanspruchs nach § 1586b BGB teilweise bezweifelt: *Wolfgang Baumann*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung (2014) § 1586b, Rdz. 11–15; *Roessink* (Fn. 146) 82–88.

²⁴² Dazu *RabelsZ* 85 (2021) 45; vgl. auch 35 (zu Neuseeland).

²⁴³ Formulierung in Anlehnung an § 1577 IV BGB.

²⁴⁴ Das setzt dann die Verwirklichung eines der Tatbestände der §§ 1570 ff. BGB voraus.

auf eine Geldrente einigen). Was die Höhe der Abfindung betrifft, so hätten an die Stelle der §§ 1602 und 1610 die §§ 1577 und 1578 BGB zu treten. Wie in dem Parallelfall die Vorschrift des § 1603 dürfte hier die Vorschrift des § 1581 BGB keine Anwendung finden.²⁴⁵

4. Andere bedarfsorientierte Modelle

Ein solches Unterhaltsmodell (das hier, wie gesagt, nur in groben Umrissen skizziert werden kann) ist gegenüber dem in einer Reihe postsozialistischer Staaten, aber auch in Louisiana, favorisierten Modell der bedarfsabhängigen Gewährung eines Quotenpflichtteils²⁴⁶ vorzuziehen. Da es auch in einem Teil Deutschlands (der damaligen DDR), bezogen auf Abkömmlinge und Eltern des Erblassers, knapp 15 Jahre lang gegolten hat,²⁴⁷ hatten es so gut wie alle deutschsprachigen Autoren, die sich in den letzten Jahrzehnten für eine Berücksichtigung der konkreten Versorgungsbedürfnisse der nächsten Angehörigen des Erblassers ausgesprochen oder eine Diskussion darüber angeregt haben, vor Augen.²⁴⁸ Es handelt sich hier jedoch um den letztlich unbefriedigenden Versuch eines Kompromisses zwischen zwei konfligierenden Regelungsansätzen – soll doch eine Bedarfsabhängigkeit mithilfe eines bedarfsunabhängigen Instruments, nämlich durch Gewährung einer Quotenteilhabe erreicht werden. Das führt, unter anderem, dazu, dass ein kurz vor dem Ende seiner Ausbildung stehendes Kind seinen Pflichtteil erhält, das gerade berufstätig gewordene hingegen nichts.²⁴⁹ Hinzu kommt, dass auch dieses Modell die Unterhaltsansprüche faktisch subordiniert und somit z.B. ungesicherte Vertragsgläubiger den unterhaltsbedürftigen Kindern vorzieht.

²⁴⁵ In diesem Sinne bereits § 1586b I 2. Im Übrigen wäre für geschiedene Ehegatten § 1586b BGB umzugestalten bzw. zu erweitern; und darauf wäre dann, was verwitwete Ehegatten betrifft, in § 1360a III BGB zu verweisen.

²⁴⁶ Vgl. oben, Fn. 27.

²⁴⁷ Siehe RabelsZ 84 (2020) 528.

²⁴⁸ Vgl. etwa *Franz Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 411 f.; *Leipold*, AcP 180 (1980) 175 f.; *Bosch*, FamRZ 1992, 999 f.; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 465; *K. Stadler* (Fn. 34) 172–195 (die sich aber auch mit anderen bedarfsorientierten Modellen, insbesondere dem Unterhaltsmodell befasst). Auch der Reformvorschlag von *Bengel* (Fn. 57) L 66–L 68 war an die Regelung des § 396 I Ziffer 2 ZGB der DDR angelehnt. Die gegen dieses Modell sprechenden Argumente werden zusammengefasst bei *Otte*, AcP 202 (2002) 349; vgl. auch *idem*, Pflichtteilsrecht als Unterhaltssicherung, in: *Anne Rötzel* (Hg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007) 202–205; *Wolfgang Schlüter*, Die Änderung der Rolle des Pflichtteils im sozialen Kontext, in: *Claus-Wilhelm Canaris*, *Andreas Heldrich* (Hg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band I (2000) 1047–1075 (1068–1070).

²⁴⁹ Zutreffend insofern die Kritik von *Otte*, AcP 202 (2002) 349.

Im rechtsvergleichenden Diskurs wird als Gegenmodell zu Pflichtteil und Noterbenrecht in der Regel die *family provision* nach englischem (ursprünglich aber neuseeländischem) Recht betrachtet.²⁵⁰ In der Tat lag ihr ursprünglich das Bemühen zugrunde, die Testierfreiheit in möglichst weitgehendem Umfang unangetastet zu lassen und eine Abhilfe nur dort zu schaffen, wo der Erblasser von ihm abhängige Personen unversorgt hinterlassen hatte. Problematisch war von Anfang an, dass es in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde, diejenigen Anordnungen zu erlassen, die für eine angemessene Versorgung dieser Personen angebracht („reasonable“ oder „adequate“) erschienen, sofern der Erblasser eine solche angemessene Versorgung nicht sichergestellt hatte. Sowohl in Neuseeland als auch in England (sowie in Australien und den englischsprachigen Provinzen Kanadas) hat sich die *family provision* im Laufe der Zeit zu einem weitreichenden Mittel entwickelt, letztwillige Verfügungen umzuschreiben:²⁵¹ 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“.²⁵² Das richterliche Ermessen hat sich, wie die Erfahrung zeigt, auch durch die Etablierung langer Kataloge von Faktoren, die jeweils zu berücksichtigen sind, nicht einhegen lassen.²⁵³ Die sich über fast zehn Jahre hinziehende *Ilott*-Saga, die in einer Entscheidung des Supreme Court of the United Kingdom mündete,²⁵⁴ zeigt sehr deutlich das Dilemma der englischen Gerichte: ließen sich doch, wie Lady Hale in ihrem Sondervotum ausführt, mit respektabler Begründung drei sehr unterschiedliche Lösungen vertreten – die Klägerin erhält nichts, sie erhält etwas (50.000 £) oder sie erhält eine beträchtliche Summe (163.000 £).²⁵⁵ Mit dem zuvor skizzierten reinen Unterhaltsmodell hat die *family provision*, wie sie heute praktiziert wird, nicht mehr viel zu tun.²⁵⁶

Dass die Orientierung an dem flexiblen Kriterium der Unterhaltsbedürftigkeit statt einer Quotenteilhabe in ähnlicher Weise auch bei uns aus dem

²⁵⁰ Oben, Text zu Fn. 34.

²⁵¹ Dazu im Überblick RabelsZ 85 (2021) 33–48.

²⁵² *Mary Ann Glendon*, Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law, *Tulane LR* 60 (1986) 1165–1197 (1188).

²⁵³ RabelsZ 85 (2021) 69 f.

²⁵⁴ *Ilott v. The Blue Cross*, [2017] UKSC 17. Näher dazu RabelsZ 85 (2021) 45–48.

²⁵⁵ *Ilott v. The Blue Cross*, [2017] UKSC 17, at [65] („A respectable case could be made for at least three very different solutions“).

²⁵⁶ Das meint wohl auch *Heather Conway*, Do Parents Always Know Best? Posthumous Provision and Adult Children, in: Warren Barr (Hg.), *Modern Studies in Property Law*, Band 8 (2015) 117–134 (134), wenn sie schreibt „[Courts should focus] on the legislative requirement of ‚reasonable financial provision‘ instead of assessing the reasonableness or otherwise of a particular estate distribution – something which is clearly wrong“.

Ruder laufen könnte, ist kaum zu befürchten: haben wir doch in Deutschland eine lange Erfahrung im Umgang mit Unterhaltsansprüchen und bei der Konkretisierung und Pauschalierung der hier einschlägigen, unbestimmten Rechtsbegriffe. Das ist in England anders. Bei der Regelung der Scheidungsfolgen besteht für die englischen Gerichte ein weiter Ermessensspielraum. Dabei ist zu bedenken, dass das englische Recht kein Ehegüterrecht kennt: die Ehe hat keinen Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse unter den Ehegatten, und die Ausgleichsordnung umfasst damit, was nach deutschem Recht als Zugewinn-, Versorgungsausgleich und nachehelicher Unterhalt zu klassifizieren wäre. Anders als bei uns gibt es „keine Tendenz, durch einheitliche Tabellen und Leitlinien eine Vereinheitlichung oder bessere Vorhersehbarkeit“ zu erreichen.²⁵⁷ Ein ähnlich weites Ermessen bestand lange Zeit für den Kindesunterhalt; hier brachte der Child Support Act 1991 eine Änderung, indem ein „formulaic approach“ eingeführt wurde, der von einer Child Support Agency administriert wurde. Diese Reform hat die rechtspolitische Debatte aber nicht beruhigt.²⁵⁸ Weitere Unterhaltsverpflichtungen bestehen in England auch unter Verwandten in gerader Linie nicht.

Ausgangspunkt für das reine Unterhaltsmodell sollte immer der Unterhaltsanspruch sein, wie er zu Lebzeiten des Erblassers gegeben war oder gegeben gewesen wäre.²⁵⁹ Es ist der damit festgelegte Unterhaltsbedarf, der nunmehr aus dem Nachlass zu befriedigen ist.

²⁵⁷ Felix Odersky, Großbritannien: England und Wales, in: Rembert Süß, Gerhard Ring (Hg.), *Eherecht in Europa*, 3. Aufl. (2017) Rdz. 60.

²⁵⁸ Vgl. im Überblick *Jonathan Herring*, in: Andrew Burrows (Hg.), *English Private Law*, 3. Aufl. (2013), Rdz. 2.141 f.; *Marko Oldenburger*, Kindesunterhalt in England (2014) 40–43. Die Debatte führte zum Erlass des *Child Maintenance and Other Payments Act 2008* und zur Etablierung eines *Child Maintenance Service*. Dazu etwa *Rebecca Probst*, *Maebh Harding*, *Cretney and Probst's Family Law*, 9. Aufl. (2015) 142–158; *Oldenburger* (diese Fn.) 45–51. Zur Höhe des Kindesunterhalts stehen Anwendungsrichtlinien zur Verfügung. Nach wie vor herrscht aber Unzufriedenheit mit dem behördlichen Verfahren: „[f]rankly the current law is in a mess“, heißt es etwa bei *Jonathan Herring* (Fn. 241) 211. Was die familiengerichtlichen Verfahren betrifft, so sind in England „Leitlinien zum Unterhalt ..., die mit jenen in Deutschland vergleichbar wären, ... nicht vorhanden“: *Oldenburger* (diese Fn.) 52. Kindesunterhalt wird gewährt für Kinder bis zum vollendeten 16. Lebensjahr sowie für Kinder bis zum vollendeten 20. Lebensjahr, sofern sie in einer (nicht-universitären) Vollzeitausbildung sind.

²⁵⁹ Vgl. auch Münchener Kommentar/*Maurer* (Fn. 200) § 1586b, Rdz. 25 („Der Unterhaltsanspruch geht in dem Umfang *unverändert* – mit Einschränkungen lediglich für die Leistungsfähigkeit – so auf den Erben über, wie er gegen den Erblasser bestanden hat.“ Hervorhebung – durch Fettdruck – im Original).

VI. Bundesverfassungsgericht und Pflichtteil

Die vorstehenden Überlegungen laufen darauf hinaus, zwingenden Angehörigenschutz im Erbrecht nicht durch einen Quotenpflichtteil, sondern durch Unterhaltsansprüche zu gewährleisten und damit auf Fälle zu beschränken, in denen ein Unterhaltsbedarf besteht. Können sie angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 für das deutsche Recht mehr als nur eine gedankliche Spielerei sein? Schließlich erklärt der erste Leitsatz der Entscheidung die „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung“ jedenfalls der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass für verfassungsrechtlich vorgegeben.²⁶⁰ Die in diesem Leitsatz zum Ausdruck gebrachte Ansicht des Gerichts zum Pflichtteil des deutschen Rechts ist jedoch formal nicht bindend. Und in der Sache ist sie nicht überzeugend begründet.²⁶¹

1. Bindungswirkung?

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 19. April 2005 verband zwei Verfassungsbeschwerdeverfahren zu einer gemeinsamen Entscheidung. In dem einen, besonders dramatischen, Fall hatte der Sohn der Erblasserin diese wiederholt tätlich angegriffen. Nachdem sie ihn testamentarisch „enterbt“ hatte, hatte er sie sogar umgebracht und ihre Leiche zerstückelt. Da er an einer schizophrenen Psychose litt und deshalb schuldunfähig war, hatten das Landgericht und das Oberlandesgericht Köln die Erblasserin nicht für befugt erachtet, ihm seinen Pflichtteil zu entziehen (das war mit der „Enterbung“ gemeint gewesen). Nach § 2333 Ziffer 1 BGB a.F. sei eine Pflichtteilsentziehung zwar möglich, wenn ein Abkömmling dem Erblasser „nach dem Leben trachtet“. Das setze jedoch ein schuldhaftes Fehlverhalten voraus, woran es vorliegend fehle.²⁶² In dem anderen Fall hatte der Erblasser seinem Sohn testamentarisch den Pflichtteil entzogen, weil dieser nicht nur selbst jeden persönlichen Kontakt mit ihm verweigert, sondern auch jeden persön-

²⁶⁰ BVerfGE 112, 332.

²⁶¹ Kritisch auch etwa *Muscheler* (Fn. 7) 145 f. (die Argumente des Bundesverfassungsgerichts seien „mehr als bescheiden“ bzw. „liegen neben der Sache“); *Röthel*, Erbrecht (Fn. 57) § 3, Rdz. 3; Münchener Kommentar/*Leipold* (Fn. 104) Einleitung Erbrecht, Rdz. 44; Münchener Kommentar/*K.W. Lange* (Fn. 79) § 2303, Rdz. 5; *Frank* (Fn. 44) 307–315; *Jörg Mayer*, Anmerkung, FamRZ 2005, 1441–1445. Zur Einschätzung dieser Frage vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom April 2005 *Otte*, AcP 202 (2002); 318–328; *Hollmann* (Fn. 62), 152–167; vgl. auch die Nachweise in *Zimmermann*, Compulsory Portion (Fn. 18) 297.

²⁶² So die Kölner Gerichte nach dem Bericht in BVerfGE 112, 332 (336–339).

lichen Kontakt zu seinen Enkeln unterbunden habe. Dadurch habe er eine schwere nachteilige Wirkung auf seinen, des Erblassers, Gesundheitszustand in Kauf genommen. Bezug genommen war damit auf den Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Ziffer 2 BGB a.F. mit der Voraussetzung einer „vorsätzlichen körperlichen Misshandlung“ des Erblassers, wobei der Vorsatz gemäß § 2336 III BGB von demjenigen zu beweisen ist, der die Entziehung des Pflichtteils geltend macht. Nach Ansicht des zuständigen Landgerichts und des Kammergerichts war das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die der Erblasser zu seiner alleinigen Vorerbin eingesetzt hatte, nicht hinreichend substantiiert, so dass ein Beweis nicht erhoben wurde.²⁶³

Das Bundesverfassungsgericht hatte also die Auslegung und Anwendung der Ziffern 1 und 2 des § 2333 BGB a.F. unter verfassungsrechtlichem Aspekt zu beurteilen. Mit dem zweiten Fall hielt es sich nicht lange auf: Das Vorgehen der Instanzgerichte sei von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Es sei nicht ersichtlich, dass sie „die grundrechtliche Gewährleistung der Testierfreiheit“ verkannt hätten.²⁶⁴ Was das Bundesverfassungsgericht prüft (und im Ergebnis verneint) ist also, ob die Anwendung der Vorschriften über die Pflichtteilsentziehung den Erblasser unzulässig in seiner Freiheit beschränkt, über sein Vermögen nach eigenem Gutdünken zu verfügen. Zum ersten Fall hielt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die instanzgerichtlichen Entscheidungen auf einer Auslegung und Anwendung des § 2333 Ziffer 1 a.F. beruhen, „die der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Testierfreiheit der Erblasserin aus Art. 14 I 1 GG nicht hinreichend Rechnung trägt“.²⁶⁵ Auch hier geht es also um die verfassungsrechtliche Verbürgung der Testierfreiheit, deren Ausstrahlungswirkung die Kölner Gerichte verkannt hatten, als sie die Erblasserin nicht für befugt hielten, ihrem Sohn, der „zwar schuldunfähig im strafrechtlichen Sinne, aber immerhin in der Lage [war], das Unrecht seiner Tat einzusehen“,²⁶⁶ den Pflichtteil zu entziehen. Des Weiteren stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Pflichtteilsentziehungsgründe der Ziffern 1 und 2 des § 2333 BGB a.F. mit dem Grundgesetz vereinbar sind.²⁶⁷

Nichts von dem, was das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, beruht auf der im ersten Leitsatz zum Ausdruck gebrachten Auffassung, das Grundgesetz garantiere Kindern des Erblassers eine bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung an dessen Nachlass.²⁶⁸ Die verfassungsrechtliche Verbürgung des Pflichtteilsrechts für Kinder des Erblassers ist

²⁶³ So der Bericht in BVerfGE 112, 332 (340–342).

²⁶⁴ BVerfGE 112, 332 (362 f.).

²⁶⁵ BVerfGE 112, 332 (358–362; das Zitat findet sich auf S. 358).

²⁶⁶ BVerfGE 112, 332 (359).

²⁶⁷ BVerfGE 112, 332 (355; vgl. auch Leitsatz 2).

²⁶⁸ Vgl. auch *Frank* (Fn. 44) 304 f.; *Osterloh-Konrad* (Fn. 64) 51.

damit also der klassische Fall eines *obiter dictum*; und selbst wenn man mit der vom Bundesverfassungsgericht selbst vertretenen Ansicht die tragenden Gründe (oder *rationes decidendi*) einer Entscheidung neben deren Tenor (oder Entscheidungsformel) an der Bindungswirkung teilhaben lässt,²⁶⁹ gilt Gleiches nicht für *obiter dicta*. Das hat seinen guten Grund darin, dass derartige beiläufige Aussagen nicht durch das Stahlbad der Entscheidungsrelevanz gegangen und damit vielfach nicht ganz so gut überlegt sind wie die tragenden Entscheidungsgründe.

2. Begründung

Die Entscheidung stützt sich einerseits auf Gesichtspunkte, mit denen sich ein Gesetzgeber auseinandersetzen mag, der die Grenzen der Testierfreiheit zu bestimmen versucht. Er könnte sich fragen, ob es einen „ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhang von Vermögen und Familie“ gibt,²⁷⁰ der über den Tod des eigentlichen Vermögensinhabers hinaus zu perpetuieren wäre. Er würde aber rasch zu dem Ergebnis kommen, dass darin eine Nachwirkung der seit langem überholten Vorstellung eines „Familienvermögens“ läge.²⁷¹ Er könnte auch überlegen, ob nicht der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten „in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder“ beruhen;²⁷² und ob nicht „auch die Nutzung des Familienvermögens ... weithin gemeinsam durch den Erblasser und seine Kinder“ geschieht.²⁷³ Doch bei einem Blick in die Lebenswirklichkeit würde er erkennen, dass beide Fragen stellen sie verneinen heißt.²⁷⁴ Er könnte ferner daran denken, das Prinzip der „Solidarität zwischen den Generationen“ in das Erbrecht hinein zu verlängern,²⁷⁵ würde aber sogleich erkennen, dass diese Überlegung eher gegen

²⁶⁹ Seit Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 23. Oktober 1951, BVerfGE 1, 14 (37), ständige Rechtsprechung; vgl. etwa *Ernst Benda, Eckart Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. (2011) Rdz. 1450–1456; kritisch z.B. *Klaus Schlaich, Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. (2018) Rdz. 485–494.

²⁷⁰ BVerfGE 112, 332 (353).

²⁷¹ Dazu oben, Fn. 102. Zur familiären „Verfängenheit“ des Vermögens im frühen römischen und germanischen Recht vgl. auch oben, Fn. 13.

²⁷² BVerfGE 112, 332 (353).

²⁷³ BVerfGE 112, 332 (353).

²⁷⁴ Zur ersten Frage oben, Text bei Fn. 103; zu der Frage der „gemeinsamen Nutzung“ des „Familienvermögens“ Münchener Kommentar/*Leipold* (Fn. 104) Einleitung Erbrecht, Rdz. 44, der von einem „eher idyllischen Bild“ spricht, das die Familienwirklichkeit unberücksichtigt lasse.

²⁷⁵ BVerfGE 112, 332 (353).

als für einen Quotenpflichtteil spricht, da zu Lebzeiten zwar Unterhaltsansprüche gegeben sind, aber kein Pflichtteilsrecht besteht.²⁷⁶ Mit der Frage einer verfassungsrechtlichen Verankerung haben diese schon an sich nicht überzeugenden Argumente wenig zu tun.

Das andere wesentliche Argument, das das Bundesverfassungsgericht für seine Auffassung ins Feld führt, ist die „lange Tradition“ der durch das BGB gewährten Teilhabe der Kinder am Nachlass des Erblassers.²⁷⁷ Der Gedanke des Pflichtteilsrechts führe auf das römische Recht zurück, während im germanischen Recht das Vermögen sowieso nur innerhalb der Familie vererbt worden sei. Alle Partikularrechtsordnungen vor Inkrafttreten des BGB hätten die Testierfreiheit durch Pflichtteils- oder Noterbenrecht eingeschränkt, und der BGB-Gesetzgeber habe an diese „traditionelle Ausgestaltung des Erbrechts“ angeknüpft.²⁷⁸ Im Übrigen entspreche das in Deutschland geltende Pflichtteilsrecht der Kinder des Erblassers „im Grundsatz denjenigen Erbrechtsordnungen anderer europäischer Staaten, die ebenfalls vom römischen Recht beeinflusst sind.“²⁷⁹ Hier verkennt das Bundesverfassungsgericht, dass, anders als für Gottfried von Schmitt und die Erste Kommission zur Ausarbeitung eines BGB, seine Aufgabe nicht darin bestand, ein integratives *Restatement* des in Deutschland geltenden Erbrechts vorzubereiten.²⁸⁰ Das Bestehende, weil von der Aura einer langen Tradition veredelt, als verfassungsrechtlich verbürgt zu betrachten: durch diesen Zaubertrick ließen sich weite Bereiche der Privatrechtsordnung versteinern. Dem Geist der auf das römische Recht zurückreichenden Tradition unseres bürgerlichen Rechts würde dies fundamental widersprechen, zeichnet sich diese Tradition doch gerade durch ihre Flexibilität und Wandlungsfähigkeit aus.²⁸¹ Das römische Recht Justinians unterschied sich sehr deutlich vom klassischen römischen Recht; das Recht der Glossatoren war nicht mehr das Recht Justinians, der *Usus modernus pandectarum* entsprach nicht mehr dem Recht der Glossatoren, und das von der Historischen Rechtsschule entwickelte System eines heutigen (!) römischen Rechts nicht mehr dem *Usus modernus pandectarum*. Die

²⁷⁶ Auch dazu bereits oben, Text bei Fn. 106.

²⁷⁷ BVerfGE 112, 332 (350). Vgl. auch *Frank* (Fn. 44) 306 („Das BVerfG argumentiert weitgehend historisch“); *Mayer*, FamRZ 2005, 1442; *Osterlob-Konrad* (Fn. 64) 53–55.

²⁷⁸ BVerfGE 112, 332 (351).

²⁷⁹ BVerfGE 112, 332 (351).

²⁸⁰ Vgl. oben, Text bei Fn. 92.

²⁸¹ Dazu zum Beispiel *Reinhard Zimmermann*, Römisches Recht und europäische Kultur, JZ 2007, 1–12.

Entwicklung ging, mit einem berühmten Wort Rudolf von Jherings, durch das römische Recht über das römische Recht hinaus.²⁸²

Die gemeinrechtliche *portio legitima* beruhte auf einem Reformgesetz des Kaisers Justinian, das, pointiert ausgedrückt, mehr Probleme schuf als löste.²⁸³ Die Quellenlage führte zu einer komplex verästelten Diskussion unter den gelehrten Juristen, so dass dem gemeinen Recht gegen Ende des 19. Jahrhunderts, wie Gottfried von Schmitt mit freundlichem Understatement anmerkte, „die Einfachheit der Lösung“ abging: enthalte es doch – das war schon eine etwas deutlichere Kritik – „alle denkbaren Konstruktionen zugleich“.²⁸⁴ Es eignete sich deshalb gerade nicht als Vorbild der von ihm konzipierten Lösung; vielmehr stützte von Schmitt (und nach ihm die Erste Kommission) sich auf das im ABGB niedergelegte Modell des Angehörigenschutzes.²⁸⁵ Alternativ wäre eine Anknüpfung an das System von *réserve* und *quotité disponible* im Code civil von 1804 in Betracht gekommen, das seinerseits aber noch weniger dem römischen Recht entsprach, sondern auf einer Verbindung von Elementen des *droit coutumier* und des *droit écrit* beruhte.²⁸⁶ Zwar stimmten ABGB und Code civil (sowie viele andere zeitgenössische Rechtsordnungen) darin überein, dass sie Kindern des Erblassers eine (sehr unterschiedlich konzeptualisierte!) bedarfsunabhängige Quote am Nachlass zuerkannten, doch waren für Gottfried von Schmitt davon abweichende Lösungen durchaus denkbar. Das galt sogar für die unbeschränkte Testierfreiheit des zeitgenössischen englischen Rechts, die er nicht *a limine* abwies, sondern als einen zu neuen Versuch, von dem man noch nicht wusste, ob und wie er sich bewähren würde.²⁸⁷

Wenn schließlich für das Bundesverfassungsgericht der Entwicklungsstand der europäischen Erbrechtsordnungen, die vom römischen Recht be-

²⁸² Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 6. Aufl., Teil I (1907) 14.

²⁸³ Dazu im Einzelnen Zimmermann, Protection (Fn. 13) 13–16; Lohsse, Passing Over (Fn. 9) 20–38; die Rechtsschichten, die in der Entwicklung des Schutzes der nächsten Angehörigen gegen Enterbung und Übergehung unterschieden werden können, werden auch hervorgehoben in RabelsZ 84 (2020) 467 f.

²⁸⁴ von Schmitt (Fn. 80) 771.

²⁸⁵ Vgl. das Protokoll vom 25. Oktober 1875, in: Horst Heinrich Jakobs, Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht (2002) 25; von Schmitt (Fn. 80) 769–775; Motive (Fn. 92) 205.

²⁸⁶ Dazu näher Marta Piguera Poch, Aux origins de la réserve héréditaire du Code civil: La légitime en pays de coutumes (XVIe–XVIIIe siècles) (2009); Thomas Rüfner, Customary Mechanisms of Family Protection – Late Medieval and Early Modern Law, in: Mandatory Family Protection (Fn. 5) 39–77; vgl. auch den Überblick in RabelsZ 84 (2020) 477 f.

²⁸⁷ Oben, Text zu Fn. 94.

einflusst sind, ein Argument für die verfassungsrechtliche Verankerung des Pflichtteils im deutschen Grundgesetz ist, so fragt sich zum einen, warum nur auf die europäischen Erbrechtsordnungen und unter diesen nur auf diejenigen geblickt werden soll, die vom römischen Recht beeinflusst sind, und zum anderen, ob nicht die eingangs skizzierten Entwicklungslinien²⁸⁸ inzwischen doch in eine andere Richtung weisen.²⁸⁹ Und schließlich: Das Bundesverfassungsgericht hat untersucht, ob das Pflichtteilsrecht verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Mit mindestens ebenso großer Berechtigung hätte sich fragen lassen, ob das Pflichtteilsrecht nicht die in Art. 14 I 1 gewährte Testierfreiheit ungebührlich, weil unverhältnismäßig, einschränkt. Das ist eine Frage, die gelegentlich in anderen Rechtsordnungen gestellt wird, und zwar auch in solchen, die „ebenfalls vom römischen Recht beeinflusst sind“.²⁹⁰ Jedenfalls aber gibt es unter ihnen kaum eine, in der ein bedarfsunabhängiges Pflichtteilsrecht – wenn auch nur *obiter* – für verfassungsrechtlich verbürgt erklärt worden wäre.²⁹¹

VII. Zu guter Letzt: Vier causes célèbres

Der Sinn dieses Aufsatzes lag darin zu zeigen, dass Gesetzgeber und Rechtswissenschaft nicht gehindert sind, über eine grundlegende Reform des Pflichtteilsrechts nachzudenken und dass sie dabei sogar dessen Abschaffung und Ersetzung durch ein Unterhaltsmodell erwägen können und in der Tat erwägen sollten.²⁹² Ferner ging es darum zu skizzieren, wie ein solches Unterhaltsmodell in seinen Grundzügen aussehen könnte, und darzutun, dass es sich vor dem Hintergrund der grundgesetzlich gewährleisteten Testierfreiheit durch den Versorgungsgedanken deutlich besser legitimieren lässt als das im

²⁸⁸ Oben, I.2.

²⁸⁹ Ähnlich *Helms* (Fn. 76) 12.

²⁹⁰ Für Polen vgl. *Zoll* (Fn. 29) 370 f.; für Spanien *Cámara Lapuente* (Fn. 14) 159; für Südamerika *Schmidt*, Pflichtteil (Fn. 31) 219–223. Für Deutschland vgl. *Klaus Petri*, Die Pflicht zum Pflichtteil, ZRG 1993, 205 f. Zu Recht prüft auch *K. Stadler* (Fn. 34) 83–86 diese Frage; vgl. auch *Osterlob-Konrad* (Fn. 64) 53.

²⁹¹ In diesem Sinne auch *Röthel*, Erbrecht (Fn. 57) § 3, Rdz. 3, die für gewiss hält, dass das Bundesverfassungsgericht dem deutschen Recht einen Bärendienst erwiesen habe: „Anstatt die Gemeinsamkeiten und Kontinuitäten der im römischen Recht verwurzelten Erbrechte zu stärken, steht das deutsche Recht mit dem vielfach als ‚Denkverbot‘ wahrgenommenen Grundrechtsschutz für das Pflichtteilsrecht in diesem Punkt nun recht isoliert“.

²⁹² So auch *Frank* (Fn. 44), 309–315 (gegen *Gerhard Otte*, Pflichtteilsrecht als Unterhaltssicherung, in: Anne Röthel (Hg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007) 202–205).

BGB bislang niedergelegte Regelungssystem, das einen standardisierten Betrag für versorgungs- wie (vor allem!) für nicht versorgungsbedürftige Personen festlegt. Natürlich können an dieser Stelle nicht alle Detailfragen beantwortet werden; es ging vielmehr darum, die Punkte zu benennen, über die es sich lohnt, weiter nachzudenken. Dass dadurch per Saldo die Testierfreiheit ganz erheblich gestärkt würde, ist evident und durchaus erwünscht.²⁹³ Andererseits würde sie aber dort, wo berechnete Versorgungsbedürfnisse bestehen, gelegentlich auch stärker beschränkt als dies nach der *lex lata* der Fall ist. Spielen wir deshalb das hier skizzierte Modell, um seine praktischen Wirkungen zu veranschaulichen, anhand von vier Leitentscheidungen aus der englischsprachigen Welt durch.

In *Ilott v. The Blue Cross*²⁹⁴ hatte eine Mutter ihre in bescheidenen Verhältnissen lebende, seit über 26 Jahren von ihr entfremdete Tochter enterbt. Der Supreme Court des Vereinigten Königreichs stellte die ursprüngliche Anordnung des District Court wieder her, wonach Mrs. Ilott 50.000 £ erhalten sollte; der Court of Appeal hatte ihr 163.000 £ gewähren wollen. Nach dem hier skizzierten Modell erhielt sie nichts (eine Lösung, die dem Supreme Court aus prozessualen Gründen nicht offenstand, für die drei der entscheidenden Richter aber offenbar Sympathien hatten²⁹⁵).

Tataryn v. Tataryn Estate ist für das kanadische Recht von grundlegender Bedeutung.²⁹⁶ Hier hinterließ der Testator einen Nachlass im Wert von 315.000 \$. Er hatte zwei erwachsene Söhne, von denen er den älteren, weil dieser sich während der letzten 15 Jahre von ihm abgewandt und ihn ignoriert und beschimpft hatte,²⁹⁷ enterbte. Um zu verhindern, dass Teile seines Vermögens über seine Frau an diesen Sohn kommen könnten, übertrug er ihr nur ein Wohnrecht an der ehelichen Wohnung und hinterließ ihr Einkünfte aus einem Trust zur Deckung ihrer eigenen Bedürfnisse. Ansonsten bedachte er vor allem seinen anderen Sohn. Der kanadische Supreme Court entschied, dass beiden Söhnen ein Betrag von jeweils 10.000 \$ auszuzahlen sei; im Übrigen erhielt Mrs. Tataryn das Vermögen teils zu Eigentum, teils zur lebenslangen Nutzung (dieser letztere Teil des Vermögens sollte nach dem Tod der Mutter an die beiden Söhne im Verhältnis ein Drittel zu zwei Drittel fallen). Auch in diesem Fall hätten unter einem Unterhaltssystem weder Mrs. Tataryn noch

²⁹³ Diese Tatsache wird also nicht hinter einem Vorwand verborgen; so *Otte*, AcP 202 (2002) 349; *idem* (Fn. 292), 205.

²⁹⁴ *Ilott v. The Blue Cross*, [2017] UKSC 17; dazu näher *RabelsZ* 85 (2021) 45–48.

²⁹⁵ *Ilott v. The Blue Cross*, [2017] UKSC 17, at [49].

²⁹⁶ *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 SCR 807; dazu *Miler* (Fn 34) 51–61; *RabelsZ* 85 (2021) 38 f.

²⁹⁷ Im Testament hieß es: „He has turned against me and totally ignored me for the last 15 years of his life. He has been abusive to the point of profanity ...“

der ältere Sohn einen Anspruch; vielmehr würde voll und ganz dem Willen des Testators Rechnung getragen.

Die Weichen für die Anwendung der neuseeländischen *Family Protection Legislation* wurden schon 1909 in *Allardice v. Allardice* gestellt.²⁹⁸ Der Erblasser – er hinterließ ein Vermögen, das auf zwischen 22.000 und 30.000 £ geschätzt wurde und damit seinerzeit als „comparatively large“ bzw. „considerable“ galt – war zweimal verheiratet gewesen und hatte mit beiden Frauen je sechs Kinder; die Beziehung zu der zweiten Frau lief bereits über viele Jahre, während er noch mit der ersten Frau verheiratet war (es war also ein Verhältnis „in open adultery“). In seinem Testament hatte er Vorsorge für die zweite Familie getroffen, der ersten hatte er demgegenüber nichts hinterlassen. Die Kinder aus erster Ehe (vier Töchter und zwei Söhne) waren über dreißig Jahre alt, lebten aber teilweise in eingeschränkten Verhältnissen. Die erste Ehefrau erhielt 120 £ pro Jahr als Scheidungsunterhalt. Einen Anspruch auf *family provision* machten drei der Töchter und die beiden Söhne geltend. Das Gericht sprach einer der Töchter einen Unterhalt von 60 £ jährlich, den beiden anderen von jeweils 40 £ jährlich zu; die beiden Söhne gingen demgegenüber leer aus.²⁹⁹ Nach dem hier propagierten System hätte keines der Kinder einen Anspruch.

Für die Rechtsentwicklung in Südafrika schließlich war der Fall *Carelse v. Estate de Vries* von entscheidender Bedeutung.³⁰⁰ Der offenbar sehr wohlhabende Erblasser, M.C.T. de Vries, hatte neben seiner Frau und acht ehelichen Kindern eine Geliebte hinterlassen, die von ihm sieben Kinder empfangen hatte. Er hatte dieser Geliebten regelmäßig Unterhalt für die gemeinsamen Kinder gezahlt, verstarb aber, ohne für die Zeit nach seinem Ableben Vorsorge für sie getroffen zu haben. Chief Justice De Villiers sprach der (in ärmlichen Verhältnissen lebenden) Geliebten einen Anspruch auf Unterhalt für fünf ihrer Kinder zu, die noch nicht alt genug waren, sich selbst zu unterhalten. Zum Verständnis der Entscheidung muss man wissen, dass Mr. De Vries intestat verstorben war; und dass nach zeitgenössischem südafrikanischem Erbrecht – ebenso wie ursprünglich auch unter dem BGB – nichteheliche Kinder kein Intestaterbrecht nach ihrem Vater hatten. Unterstellt man im Hin-

²⁹⁸ *Allardice v. Allardice*, (1909) 29 NZLR 959 (CA); dazu RabelsZ 85 (2021) 35.

²⁹⁹ Begründung: „They are ... physically able. One of them has a trade, that of saddler; and the other has been engaged in farming work. If they had any push they should, considering their age, have ere this done something for themselves, and to settle money on them now might destroy their energy and weaken their desire to exert themselves“. Für die drei Töchter, die alle verheiratet waren, galt das nicht, da sie in erster Linie darauf angewiesen waren, von ihren Ehemännern unterhalten zu werden, deren Mittel beschränkt bzw. sehr beschränkt waren.

³⁰⁰ *Carelse v. Estate de Vries*, (1906) 23 SC 532; dazu RabelsZ 85 (2021) 62 f.

blick auf nichteheliche Kinder die heutige Rechtslage³⁰¹ und ferner, dass Mr. De Vries seine sieben nichtehelichen Kinder enterbt hätte, so hätten fünf von ihnen auch in diesem Fall einen Unterhaltsanspruch gegen den oder die Erben. Die überlebende Geliebte hätte keine Ansprüche; mit Ausnahme des § 1615I BGB bestanden auch zu Lebzeiten des Erblassers keine Unterhaltsansprüche, die nach dessen Ableben hätten fortbestehen können; und ein Intestaterbrecht nichtehelicher Lebenspartner besteht ebenfalls nicht. Das deutsche Recht verfolgt insoweit nach wie vor einen statusbezogenen Ansatz.³⁰² Ob sich das ändern sollte, ist Gegenstand einer rechtspolitischen Diskussion.³⁰³ In einer Reihe von Ländern (England und Wales, Australien, Neuseeland, manche der common law Provinzen von Kanada) sind Kohabitanten unter bestimmten Umständen nach der *family provision* oder *dependants' relief legislation* anspruchsberechtigt,³⁰⁴ in anderen Ländern (Bolivien, Peru, Kolumbien, Venezuela, Katalonien) können sie ein Noterben- oder Pflichtteilsrecht haben,³⁰⁵ gewisse unentziehbare Rechte stehen ihnen auch in Italien (*convivenza di fatto*), Portugal (*união de facto*), den Niederlanden (*duurzame gemeenschap-pelijke huisbouding*) und Österreich zu (*Lebensgefährte*).³⁰⁶ Doch das ist ein anderes Thema, das mit der Frage der Ausgestaltung des zwingenden Angehörigenschutzes im Erbrecht unmittelbar nichts zu tun hat.³⁰⁷ In Anbetracht heutiger Lebensgewohnheiten ließe sich die Versorgungsmaxime in 1. Timotheus 5, 8³⁰⁸ wohl auch auf diese Konstellation übertragen.

Dass Mr. De Vries eine ganze Reihe der Personen, die er gezeugt hatte, für die er damit verantwortlich war, und die also nach heutigem Verständnis zu „den Seinen“ gehören, nicht versorgt hatte, ist evident. In der Sprache

³⁰¹ Für Südafrika vgl. *Marius J. de Waal*, Intestate Succession in South Africa, in: Intestate Succession (Fn. 238) 248–273 (264); *idem* (Fn. 32) 482.

³⁰² Dazu allgemein *Volker Lipp*, *Anne Röthel*, *Peter A. Windel*, Familienrechtlicher Status und Solidarität (2008).

³⁰³ Vgl. für das Intestaterbrecht *Zimmermann*, Intestate Succession (Fn. 238) 218 f.

³⁰⁴ Vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 34, 39, 43 f.

³⁰⁵ Für die lateinamerikanischen Länder vgl. *RabelsZ* 85 (2021) 19; auch das katalanische Recht stellt die dauerhafte Lebenspartnerschaft der Ehe gleich: *RabelsZ* 84 (2020) 541.

³⁰⁶ *RabelsZ* 84 (2020) 540 f.

³⁰⁷ Allgemein dazu zuletzt, auch unter erbrechtlichem Aspekt, die Commission on European Family Law: *Katharina Boele-Woelki*, *Frédérique Ferrand*, *Cristina González Beilfuss*, *Maarit Jänterä-Jareborg*, *Nigel Lowe*, *Dieter Martiny*, *Velina Todorova*, Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions (2019); zum Erbrecht 195–228.

³⁰⁸ Oben, Text bei Fn. 2.

der Bibel war er damit „erger denn ein Heide“. Die römischen Moralphilosophen hätten sein Verhalten als nicht dem „officium“ entsprechend gerügt: es entsprach nicht dem Verhaltensstandard, den man von einem rechtschaffenen Römer erwarten durfte. Dieser hätte nämlich ein Testament gemacht,³⁰⁹ und in ihm hätte er die Seinen nicht ohne guten Grund enterbt oder übergeben. Hatte er dies dennoch getan, konnte das Testament invalidiert werden mit der Folge, dass der obsiegende Angehörige seinen Intestaterbteil erhielt.³¹⁰ Unser Recht ist nicht mehr das der Römer, und was für sie ein „testamentum inofficiosum“ war, braucht es für uns nicht zu sein; insbesondere anerkennen wir, anders als die Römer,³¹¹ heute Unterhaltsansprüche (und ein Erbrecht) auch von nichtehelichen Kindern im Verhältnis zu ihrem Erzeuger (und gewähren möglicherweise derartige Ansprüche in Zukunft auch nichtehelichen Lebenspartnern). Auch uns obliegt es, Verhaltensstandards festzulegen, an die ein verantwortungsbewusster Bürger sich zu halten hat. Dazu gehört als ethisches Minimum, die Seinen, wer immer nach den gesellschaftlichen Anschauungen einer bestimmten Zeit dazu gehört, nicht unversorgt zu hinterlassen. Im Übrigen gilt die Maxime: „The testator knows best“.

³⁰⁹ Vgl. z.B. *Ulrike Babusiaux*, Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht (2015), 17, 139: Testament als „das wichtigste Dokument, das ein Römer im Laufe seines Lebens errichten konnte“; *Thomas Rüfner*, Testamentary Formalities in Roman Law, in: Kenneth G.C. Reid, Marius J. de Waal, Reinhard Zimmermann (Hg.), Testamentary Formalities (2011) 1–26 (2).

³¹⁰ Zur *querela inofficiosi testamenti* vgl. *Zimmermann*, Protection (Fn. 18) 6–10.

³¹¹ Vgl. nur *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl. (1971) 351 f.

