

Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg\*

## Familie und Vermögen im Erbrecht

### Aktualisierungen von Erbfolge, Pflichtteil und Besteuerung

Im September 2010 hat der 68. Deutsche Juristentag über die Zeitgemäßheit des Erbrechts beraten. In den lebhaften Verhandlungen ging es immer wieder darum, inwieweit Veränderungen der Lebens- und Familienformen durch das Erbrecht nachvollzogen werden sollten. Der kritische Rückblick auf die Beschlüsse des DJT ist Anlass dieser Überlegungen. Es wird gezeigt, dass die tradierte Orientierung der erbrechtlichen Institutionen auf die Familie im erbrechtlichen Gesamtgefüge nach wie vor überzeugend ist. Den Veränderungen im Zusammenhang von Vermögen und Familie ist indes durch eine Stärkung des gesetzlichen Ehegattenerbrechts, durch Förderung verantworteter Verfügungen sowie durch Aktualisierungen der Pflichtteils- und Steuerlast zugunsten von gelebten Solidarbeziehungen zu begegnen.

#### I. Horizontalisierung der gesetzlichen Erbfolge

Überlegungen zur gesetzlichen Erbfolge werden zunehmend selbstverständlicher von empirischen Fingerzeigen begleitet. Die Einsicht, dass die Lebens- und Familienformen bedeutungsvolle Veränderungen erleben, gehört inzwischen zum Gemeingut juristischer und insbesondere erbrechtlicher Diskurse.<sup>1</sup> Dazu zählt insbesondere der Hinweis, dass neben die klassische „Eltern-Kind-Familie“ andere Formen der Gemeinsamkeit getreten sind, vor allem nichteheliche Lebensformen aber auch die Einzelternschaft und die vielfältigen Gestaltungen familiärer „Patchwork“-Konstellationen.<sup>2</sup> Aber was folgt aus diesen Veränderungen für das Erbrecht, insbesondere für die gesetzliche Erbfolge? Auch die Diskussion auf dem 68. Deutschen Juristentag<sup>3</sup> hat gezeigt, dass soziologisches Wissen über empirische Veränderungen vielfach unhinterfragt argumentativen Selbststand genießt.<sup>4</sup> Oft bleibt die Vergewisserung darüber aus, wie sicher und nachhaltig die angeführten Veränderungen sind und vor allem, ob sie überhaupt einen Umstand betreffen, der als bedeutsam

für die Gestaltung des Rechts anzusehen ist.<sup>5</sup> Eindrückliches Beispiel hierfür sind die Diskussionsverläufe über das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten.

#### 1. Bedeutung der Paarbeziehung: gestärkt oder relativiert?

In rechtsvergleichender Perspektive zeichnet sich seit einiger Zeit eine *Tendenz* von der vertikalen zur *horizontalen Erbfolge* ab.<sup>6</sup> In jüngerer Zeit haben Dänemark, Frankreich, die Schweiz und die Niederlande das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten bzw. Lebenspartners zulasten der Kinder gestärkt. Nun wird diskutiert, den Ehegatten bzw. Lebenspartner zum wirtschaftlichen Alleinnachfolger zu erheben.<sup>7</sup> Für das deutsche Recht hat sich aber schon die Ausgangsfrage, ob denn die Stellung des Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners überhaupt zu verstärken sei, als kontrovers und ihre Beantwortung als überraschend unsicher erwiesen.<sup>8</sup>

Dieser Befund mag als solcher für eine juristische Debatte keine Besonderheit sein. Auffällig ist aber die unausgesprochene Abhängigkeit der Argumentation von erfahrungsweltlichen Bezugspunkten. Je nach dem, welcher Ausschnitt der Lebenswirklichkeit zugrunde gelegt wird, erscheinen sowohl eine Relativierung als auch umgekehrt eine Verstärkung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten plausibel. Wer sich an den prominent vorgelebten Beispielen „serieller Monogamie“ und der steigenden Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften orientiert, mag dies als Argument für eine Relativierung der Bedeutung des Ehegatten verstehen: Der zumeist unverbrüchlichen Generationenbeziehung stehe eine immer flüchtigere Ehegattenbeziehung gegenüber.<sup>9</sup> Orientiert man sich indes an der bis zum Tod durchgehaltenen, einzigen Ehe, so legen die innere und die wirtschaftliche

<sup>5</sup> Röthel (Fn. 3), A 13 ff.; ähnlich Otte AcP 202 (2002), 317, 336.

<sup>6</sup> Nachgezeichnet etwa von Beckert (Fn. 4), S. 103 ff., 111 ff.; Röthel (Fn. 3), A 50 ff.; Kroppenber, Artikel „Erbfolge“, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Hdwb. Europäisches Privatrecht, 2010, S. 409 (412 f.); Einzeldarstellungen bei Henrich (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, 2000; de Waal, Comparative Succession Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2008, S. 1071, 1078; Scalise Duke J. Comp. & Int'l L. 19 (2008–2009), 41, 91 ff.; Reid/de Waal/Zimmermann (Hrsg.), Exploring the Law of Succession, 2007.

<sup>7</sup> Etwa nach dem Vorbild der Niederlande. Die englische Law Commission hatte bereits im Jahr 1989 ein Alleinerbrecht des Ehegatten vorgeschlagen (Law Commission Report No. 187 [1989], Distribution on Intestacy); ähnlich die jüngste Empfehlung der Scottish Law Commission, Report on Succession No. 215 (2009), 2.7. Danach soll der Ehegatte vorab 300 000 £ erhalten, während die Kinder erst am Überschuss zur Hälfte beteiligt werden. Im typischen Erbfall läuft dies darauf hinaus, dass der Ehegatte das gesamte Vermögen erhält. Ähnliches gilt in Australien: Durch Succession Amendment (Intestacy) Bill 2009 (New South Wales) ist der überlebende Ehegatte bzw. Lebensgefährtin seit dem 1.3.2010 als Alleinerbe vorgesehen.

\* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg. Meinen Mitarbeitern Ass. iur. Anna-Luisa Lemmerz und Ulrich Wilke, LL.B., danke ich für ihre offenerherzige und konstruktive Kritik.

<sup>1</sup> Insbesondere dank der Beiträge von Lüscher ZEV 2004, 2 ff.; ders., Verh. 64. DJT 2002, Bd. II, L 9 ff.; ders., in: Völmicke/Brudermüller (Hrsg.), Familie – ein öffentliches Gut?, 2010, S. 161 ff.; Szydlik ErbR 2010, 217 ff.; ders., in: Zank/Hedtke-Becker (Hrsg.), Generationen in Familie und Gesellschaft im demographischen Wandel, 2008, S. 13 ff.; sowie Beckert und Nave-Herz, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 1 ff. und 23 ff.

<sup>2</sup> Nachgezeichnet etwa bei Dethloff, 67. DJT 2008, A 12 ff. m.w.N.; monographisch Peuckert, Familienformen im sozialen Wandel, 7. Aufl. 2008.

<sup>3</sup> Röthel, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, Gutachten A für den 68. DJT (2010); dazu Leipold JZ 2010, 802 ff.; Kroppenber NJW 2010, 2609 ff.; sowie die Referate von Beckert, Lange, Frieser, Mayer, Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 9 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Cottier, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, S. 203 ff. Beobachtungen zu den juristischen Diskursen aus soziologischer Sicht bei Beckert, Unverdienendes Vermögen, 2004; ders. Arch. europ. sociolog. 1 (2007), 79 ff.; Willekens, in: Swennen/Barbaix (Hrsg.), Overerven. Liber Amicorum Mien Puelincks-Coenen, 2006, S. 513 ff.

<sup>8</sup> Siehe einerseits Röthel (Fn. 3), A 52 ff.; Kroppenber NJW 2010, 2609, 2611; andererseits Leipold JZ 2010, 802, 803 ff.; sowie Lange (Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 23 ff.) und Frieser (Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 49 ff.). – Auch ein Alleinerbrecht des Ehegatten wurde diskutiert, fand aber in der Abstimmung keine Fürsprecher; der Vorschlag I 6 („Soll der überlebende Ehegatte/ingetragene Lebenspartner gesetzlicher Alleinerbe werden [unter Neuregelung des Anknüpfungspunktes für die Berechnung des Pflichtteils der Abkömmlinge]?“) wurde mit 0:66:5 Stimmen abgelehnt.

<sup>9</sup> So insbesondere Leipold JZ 2010, 802, 803.

Bedeutsamkeit dieser Lebensbeziehung für die Ehegatten sowie das Ausmaß der während der Ehe wechselseitig erbrachten Solidarleistungen gerade umgekehrt eine Verstärkung des gesetzlichen Erbrechts nahe.<sup>10</sup>

## 2. Worauf ist die gesetzliche Erbfolge zu orientieren?

Ob die eine oder die andere Sichtweise „richtiger“ ist, sollte indes nicht allein als Frage der Empirie angesehen werden. Die zahlenmäßige Bedeutung der langjährigen, einzigen Ehe gegenüber Zweit- und Drittehen<sup>11</sup> sowie gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften kann erst dann entscheidend sein, wenn man zugleich davon ausgeht, dass es Aufgabe der gesetzlichen Erbfolge sei, für den häufigsten Typus der Ehe eine durchschnittlich als gerecht empfundene Erblösung anzubieten. Unabhängig von jeder empirischen Aufklärung bedarf es einer Vergewisserung über die innere Orientierung der gesetzlichen Erbfolge.

In ihrer jetzigen Gestalt sind die §§ 1924 ff. BGB eher Ausdruck eines normativierten Konzepts der gesetzlichen Erbfolge. Gleichbehandlung der Kinder (§ 1924 Abs. 4 BGB), unbeschränkte Verwandtenerbfolge (§ 1936 BGB) und insbesondere die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder sind Ergebnis normativer Setzungen.<sup>12</sup> Dass diese Anliegen inzwischen als Ausdruck eines mutmaßlichen durchschnittlichen Erblasserwillens interpretiert werden,<sup>13</sup> ist sichtbarer Ertrag – aber nicht innerer Grund – dieser normativen Orientierung. Die gesellschaftliche Akzeptanz etwa der erbrechtlichen Stellung des nichtehelichen Kindes belegt vielmehr die Wirksamkeit normativer Leitbilder in der gesetzlichen Erbfolge.

Das Konzept einer normativ orientierten gesetzlichen Erbfolge hat nichts von seiner Berechtigung eingebüßt. Im Gegenteil: Es dürfte sich gerade angesichts der immer flüchtigeren und in sich „widersprüchlichen Mannigfaltigkeit“<sup>14</sup> der Lebensverhältnisse umso mehr empfehlen. Die Vielfalt alternativer Partnerschaftsverläufe neben der auf Dauer angelegten einzigen Ehe wird sich kaum in einer gesetzlichen Erbfolge einfangen lassen, die sich als Abbildung typischer Lebensformen und Wiedergabe eines mutmaßlichen Willens durchschnittlicher Erblasser versteht. Völlig zu Recht wird in jüngerer Zeit auch aus rechtssoziologischer Perspektive das immer wieder unausgesprochen zugrunde gelegte Postulat einer auf familiäre „Normalverhältnisse“ und „durchschnittliche“ Erblasser orientierten gesetzlichen Erbfolge in Zweifel gezogen.<sup>15</sup> Mit der Pluralisierung der Lebensverhältnisse werden normative Orientierungen der gesetzlichen Erbfolge zunehmend unausweichlicher. Der Zusammenhang von empirischem Wissen und gesetzlicher Erbfolge läuft auf ein Paradox hinaus: Je differenzierter empirisches Wissen zu Art und Qualität ehelicher Lebensformen und den Binnenbeziehungen zu einseitigen und gemeinsamen Kindern in Patchwork-Familien wird, umso aussichtsloser muss es er-

scheinen, über die gesetzliche Erbfolge eine im gesellschaftlichen Bewusstsein mutmaßlich akzeptierte und hinreichend verankerte gesetzliche Erbfolge als Lösung für „durchschnittliche“ Verhältnisse auszuformen.

Wenn also normative Orientierungen der gesetzlichen Erbfolge schon wegen der Vielfalt der Lebensverhältnisse geradezu zwangsläufig sind, ist es folgerichtig, dass die gesetzliche Erbfolge auf Lebensverhältnisse entworfen wird, die dem Recht besonders nahe stehen und an denen die Solidargemeinschaft ein besonderes Interesse hat. Dies rechtfertigt es, die gesetzliche Erbfolge nach wie vor auf Statusverhältnisse und insbesondere auf dauerhafte Ehen zu orientieren. Es wäre fatal, wenn gerade diejenige Lebensform, die dank ihrer Stabilität und Kontinuität typischerweise die größte Gewähr für dauerhafte, staatsentlastende Solidarität bietet – und daher auch unter dem „besonderen Schutz“ des Staates steht (Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>16</sup> –, im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge nicht mehr den inneren Fixpunkt bildete. Das gesamtgesellschaftliche Interesse an beständigen und verlässlichen, nicht steuerlich alimentierten Solidarbeziehungen, deren Verpflichtungen – wie im Fall der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft – zumindest teilweise über die individuelle Aufkündigung hinauswirken, erklärt die normative Orientierung der gesetzlichen Erbfolge entlang von Statusbeziehungen.<sup>17</sup>

Dabei geht es zugleich um den Schutz berechtigter Erwartungen. Ehegatten, die sich auf das gesetzliche Güterrecht als solidarisches Gerechtigkeitsmodell verlassen, werden auch von der gesetzlichen Erbfolge eine entsprechende Ordnung erwarten. Es ist daher nach wie vor richtig und sinnvoll, die gesetzliche Erbfolge auf eine langjährige, einzige Ehe mit gemeinsamen Kindern zu orientieren. Der wachsenden Vielfalt der Lebensverhältnisse, also der zunehmenden Anzahl alleinerziehender Elternteile, kinderloser Ehen und insbesondere von Patchwork-Familien, und dem Bedeutungsgewinn nichtehelicher Lebens- und Familienformen kann die gesetzliche Erbfolge ohnehin nur bedingt Rechnung tragen. Das heißt nicht, dass diese gewichtigen Entwicklungen vom Recht ignoriert werden können. Aktualisierungsbedarf ergibt sich indes an anderer Stelle. Die aufgezeigten Entwicklungen erweitern die Aufgaben der gewillkürten Erbfolge (unten II.) und legen Neuausrichtungen des Pflichtteils (unten III.) und der Erbschaftsteuer (unten IV.) nahe.<sup>18</sup>

## 3. Folgerungen

### a) Veränderungen des Zusammenhangs von Familie und Vermögen

Ist die Ausgestaltung des gesetzlichen Erbrechts im Verteilungskonflikt zwischen Paarbeziehung und Generationenbeziehung entlang von normativ geprägten Leitbildern einer langjährigen, einzigen Ehe und gemeinsamen Kindern zu orientieren, bleibt die Forderung nach einer Verstärkung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten folgerichtig. Der

<sup>10</sup> So Röthel (Fn. 3), A 50 ff.; Kroppenber NJW 2010, 2609, 2611.

<sup>11</sup> Um gleichwohl eine zahlenmäßige Orientierung zu geben: Im Jahr 2000 waren immerhin noch 64 % der Eheschließungen in den alten Bundesländern Ehen, die von beiderseits Ledigen geschlossen wurden. In der Tendenz hat aber gleichwohl die Wiederheirat nach Scheidung die Wiederheirat nach Verwitwung abgelöst; näher Peuckert (Fn. 2), S. 208 ff.

<sup>12</sup> Eingehend Röthel, in: Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 85, 97 ff., 101 ff.

<sup>13</sup> Siehe nur Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 5; Firsching JZ 1972, 449, 454; Muscheler, Erbrecht, 2010, § 20 Rn. 1278.

<sup>14</sup> Begriff nach Lüscher, Verh. 64. DJT 2002, Bd. II/1, L 9; ders. ZEV 2004, 2 ff.

<sup>15</sup> Cottier, in: Cottier/Estermann/Wunse (Fn. 4), S. 203, 212 ff.

<sup>16</sup> Vgl. zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ehebezogener Privilegien BVerfGE 121, 175, 198 ff. – Transsexuellengesetz = JZ 2009, 45 mit Anm. Stüber. Diese Entlastungsfunktion legitimiert die Privilegierungen der Ehe und muss die inhaltsbestimmende Richtlinie für die Ausgestaltung der Ehegehalte sein.

<sup>17</sup> Dies heißt zugleich, dass sorgfältig zu prüfen ist, ob es nicht noch andere personale Verhältnisse gibt, die wesentliche Rechtspflichten verbürgen und daher aus Gründen verfassungsrechtlicher Gleichbehandlung und systematischer Kohärenz zu einem gesetzlichen Erbrecht führen sollten. Dies ist für Pflegekinder zu überdenken; siehe Frank FamRZ 2007, 1693, 1696.

<sup>18</sup> Genauso für das Pflichtteilsrecht Leipold JZ 2010, 802, 805 ff.

überlebende Ehegatte – zumeist die Frau<sup>19</sup> – ist tendenziell mehr als die Kinder auf den erbrechtlichen Erwerb angewiesen, um die bisherige Lebensführung aufrecht zu erhalten.<sup>20</sup> Dies verweist zugleich auf eine veränderte Interpretation des Zusammenhangs von Familie und Vermögen. Bislang diente der Gedanke eines Familienvermögens als Erklärung für die vertikale Orientierung der gesetzlichen Erbfolge, etwa die Hof- oder Betriebsübergabe an die nächste Generation. Diese Engführung erscheint heute nicht mehr zeitgemäß. Der Zusammenhang von Familie und Vermögen gründet sich in den meisten Fällen weniger auf einen Zusammenhang in der Fortführung als auf einen Zusammenhang in der Lebensführung, d. h. auf Vertrauen und Solidarität. Die Horizontalisierungstendenz der gesetzlichen Erbfolge ist also zugleich Ausdruck eines erweiterten Verständnisses von Familienvermögen. Der Zusammenhang von Familie und Vermögen ist nach wie vor wirkmächtig, nimmt aber heute Teilhabeerwartungen aufgrund gemeinsamer Lebensführung und Lebensleistung in sich auf und versteht sich in erster Linie als Kontinuitätsgewähr infolge der gemeinsamen Lebensleistung des Ehegatten und erst nachrangig als Abgeltung von Zukunftserwartungen der Kinder.

#### b) Umsetzung: Steine statt Brot auf dem 68. DJT 2010

Im Grundsätzlichen wird man wohl viele Fürsprecher für eine stärkere Ausrichtung der gesetzlichen Erbfolge auf die Partnerschaft finden. Die Diskussionen und Beschlüsse auf dem Juristentag haben allerdings gezeigt, wie schwer diese Umorientierung im Einzelnen dann doch fällt. Zwar hat sich die zivilrechtliche Abteilung dafür ausgesprochen, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen des Erblassers güterstandsunabhängig auf  $\frac{1}{2}$  zu erhöhen.<sup>21</sup> Damit wurde ganz grundsätzlich das Anliegen verbunden, das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten zu verstärken. Auf den ersten Blick mag der angenommene Beschluss auch nach einer Verstärkung aussehen: von bisher  $\frac{1}{4}$  (§ 1931 Abs. 1 BGB) auf  $\frac{1}{2}$ . Der Preis hierfür soll allerdings sein, dass der Zugewinnausgleich wegfällt: Der Vorschlag, neben einem erhöhten gesetzlichen Erbteil dem überlebenden Ehegatten den Zugewinnausgleich zu eröffnen, hat keine Fürsprecher gefunden.<sup>22</sup>

Würde dies Gesetz, wäre es Steine statt Brot für die eigentliche Zielgruppe der gesetzlichen Erbfolge, nämlich diejenigen Ehegatten, die sich – bewusst oder unbewusst – für den gesetzlichen Güterstand entschieden haben. Verbessert hat sich hingegen die Rechtsstellung der Ehegatten, die Gütertrennung vereinbart haben. Dieses Ergebnis ist schon deshalb befremdlich, weil in den Fällen, in denen durch beratenen Ehevertrag (§ 1418 BGB) eine abweichende güterrechtliche Gestaltung gewählt wird, zumeist auch Regelungen für den Erbfall getroffen werden. Auch ist schwer erklär-

bar, warum das gesetzliche Erbrecht gerade für diejenigen Ehegatten erhöht werden soll, die sich gegen das gesetzliche Güterrecht und damit regelmäßig für geringere Solidaritätsversprechen entschieden haben – während es für diejenigen Ehegatten, die sich für das gesetzliche Solidaritätsmodell hälftiger Teilhabe entschieden haben, im praktischen Ergebnis beim Bestehenden bleiben soll. Mit etwas Abstand betrachtet ist der Gewinn dieser güterstandsunabhängigen Ausgestaltung der Erbquote von  $\frac{1}{2}$  nur ein rechtstechnischer: die – zu Recht – immer wieder angemahnte Entflechtung von Güterrecht und Erbrecht.<sup>23</sup>

Hinter dieser etwas versteckten Abschaffung des Zugewinnausgleichs im Todesfall stand wohl die Vorstellung, der Zugewinnausgleich sei ein Instrument der Vermögensverteilung im Fall der Scheidung, während es im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten hierauf nicht mehr ankomme.<sup>24</sup> Dies steht in Widerspruch zu den Grundannahmen des deutschen Rechts. Denn güterrechtliche Teilhabe und erbrechtliche Teilhabe gründen sich auf Unterschiedliches und haben unterschiedliche Funktionen. Erbrechtliche Teilhabe ist Teilhabe am *Vermögen des Erblassers* aus Gründen fortwirkender ehelicher Solidarität, insbesondere in Weiterführung der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft über den Tod hinaus.<sup>25</sup> Hingegen geht es bei der güterrechtlichen Teilhabe um Teilhabe an *gemeinsamem Vermögen*, das durch gleichwertige Familien- und Erwerbsbeiträge gemeinsam erwirtschaftet wurde.<sup>26</sup> Wertungsmäßig müsste die güterrechtliche Teilhabe im Vergleich zur erbrechtlichen Teilhabe daher eigentlich die vorrangige und selbstverständlichere Teilhabe sein.<sup>27</sup>

Auch bleibt zu bedenken, dass der Beschluss nicht nur auf eine mehr oder weniger punktuelle Einschmelzung güterrechtlicher Teilhabe hinausläuft. Vielmehr steht damit die güterrechtliche Teilhabe im gesetzlichen Güterstand insgesamt auf dem Spiel. Und dies macht die eigentliche „Heimtücke“ des Beschlusses aus. Schließlich wird der weniger einkommensstarke Ehegatte<sup>28</sup> mit der Zugewinnngemeinschaft während der gesamten Dauer des Güterstands auf den späteren Ausgleich verwiesen. Denn das deutsche Recht hat sich – anders als die meisten uns umgebenden Rechtsordnungen<sup>29</sup> – gegen eine laufende dingliche Teilhabe im gesetzlichen Güterstand entschieden.<sup>30</sup> Sollte der güterrecht-

<sup>19</sup> Im Jahr 2008 starben 240019 verheiratete Männer, aber nur 100595 verheiratete Frauen (Statistisches Bundesamt [Hrsg.], Statistisches Jahrbuch 2010, S. 60). Demnach wird weniger als jede dritte Ehe, die durch den Tod aufgelöst wird, durch den Tod der Frau aufgelöst.

<sup>20</sup> Röthel (Fn. 3), A 51; genauso *Kroppenberg* NJW 2010, 2609, 2611; *dies.* ErbR 2010, 206, 213, auch mit dem Hinweis, dass die wirtschaftliche Lage eines Mannes durch den Tod seiner Partnerin – anders als im umgekehrten Fall – im Wesentlichen unverändert bleibt.

<sup>21</sup> Beschluss Nr. I 7 („Empfiehl es sich, das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners auf  $\frac{1}{2}$  als güterstandsunabhängige Quote [§ 1931 BGB] neben einem oder mehreren Kindern und neben übrigen Verwandten auf  $\frac{3}{4}$  zu erhöhen [Streichung des § 1931 Abs. 3 BGB]?“), angenommen mit 50:15:6 Stimmen.

<sup>22</sup> Beschluss Nr. I 8 („Soll im Todesfall neben der Erhöhung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners grundsätzlich ein realer Zugewinnausgleich stattfinden?“), abgelehnt mit 2:66:4 Stimmen.

<sup>23</sup> Röthel (Fn. 3), A 52 ff.; zustimmend *Lange* (Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 23 ff.) und *Frieser* (Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 49 ff.).

<sup>24</sup> So *Frieser*, Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 49 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Mot. V, 368 ff.; *Muscheler* (Fn. 13), Rn. 1415 ff.

<sup>26</sup> Die Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit gehört inzwischen zu verfassungsrechtlichen Prämissen; vgl. *BVerfGE* 53, 257, 296 – Versorgungsausgleich = JZ 1980, 267; 79, 106, 126 – Zugewinnausgleich; 105, 1, 10 f. – naheheleicher Unterhalt = JZ 2002, 658 mit Anm. *Muscheler*; näher *Röthel*, in: *Festschrift für Werner*, 2009, S. 486, 491 ff.

<sup>27</sup> Dieser Vorrang zeigt sich nicht zuletzt darin, dass güterrechtliche Teilhabeanprüche als Nachlassverbindlichkeit angesehen werden, die den Nachlasswert zulasten aller Erben und Pflichtteilsberechtigten schmälert. Dies ergibt sich für Deutschland aus § 1371 Abs. 2, 3 BGB; in diese Richtung auch *Muscheler* (Fn. 13), Rn. 1421: Vorweg-Abwicklung des Güterstandes wäre „konsequent“.

<sup>28</sup> In Deutschland abermals zumeist die Frau; vgl. Statistisches Bundesamt, Mikrozensus 2007, Verteilung der Erwerbsarbeit in Partnerschaften, Tabelle EHP 05; sowie *Dethloff* (Fn. 2), A 16 ff. m. w. N.

<sup>29</sup> Für einen Überblick *Pintens*, in: *Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), Die Zugewinnngemeinschaft – ein europäisches Modell?, 2009, S. 57 ff.

<sup>30</sup> Dazu bereits meine Kritik in *FPR* 2009, 273 ff.; sowie in: *Lipp/Schumann/Veit* (Fn. 29), S. 57 ff.; Bedenken auch bei *Helms*, in: *Festschrift für Spellenberg*, 2010, S. 27, 40 ff. – Tragend waren Praktikabilitätsargumente; siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 1/3802, S. 50 ff. und den Bericht des Rechtsausschusses zu BT-Drucks. 2/3409, S. 5 ff. Aber wir wissen heute auch um die praktischen Probleme der Gütertrennung, insbesondere die Not mit der nachträglichen Bewertung (dazu bereits *Röthel*, in: *Lipp/*

liche Ausgleich beim Tod eines Ehegatten, wie auf dem 68. DJT 2010 favorisiert, ganz aufgegeben werden, würde dadurch mit einem Handstreich ein auf eigene Leistung und Mitwirkung gegründetes Teilhaberversprechen makuliert. Oder man könnte es auch umgekehrt formulieren: Der Vorschlag einer güterstandsunabhängigen Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts auf  $\frac{1}{2}$  kann allenfalls dann überzeugen, wenn zugleich der gesetzliche Güterstand zu einer echten Errungenschaftsgemeinschaft umgestaltet würde.<sup>31</sup> Ansonsten bleibt es dabei, dass ein güterrechtlicher Ausgleich gleichermaßen selbstverständlich sein muss, wenn die Ehe nicht durch Scheidung, sondern durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird. Bei der Entscheidung zwischen einer pauschalen und einer realen Durchführung des Zugewinnausgleichs sind sicherlich Praktikabilitätsargumente zu bedenken. Aber es ist auch zu bedenken, dass ein pauschaler Zugewinnausgleich güterrechtliche Teilhabegerechtigkeit nur unvollständig leisten kann und überdies der gesetzlichen Loslösung des Eherechts von Rollenbildern widerspricht.<sup>32</sup> Folgerichtiger wäre es daher, stets einen realen Zugewinnausgleich zugunsten und zulasten des überlebenden Ehegatten zu eröffnen. Dies wird typischerweise dazu führen, dass die Witwe mit schwächerer Erwerbsbiographie und geringerem Vermögen die ehelichen Wirtschafts- und Lebensverhältnisse weitgehend aufrechterhalten kann. Ansonsten wäre zu überlegen, zumindest den Verteilungskonflikt um das Wohnhaus gesondert zu regeln.<sup>33</sup>

## II. Neue Aufgaben der gewillkürten Erbfolge

Mit der Einsicht, dass die gesetzliche Erbfolge normativ geprägt und daher in wertender Auswahl auf einen bestimmten Typus von Lebens- und Familienformen orientiert ist, sind Funktionsgewinne der gewillkürten Erbfolge verbunden. Die gewillkürte Erbfolge wird einen Aufgaben- und Bedeutungszuwachs erleben. Dass die gesetzliche Erbfolge ihre größte Überzeugungskraft für die „klassische“ Familienkonstellation der ehelichen Eltern-Kind-Familie hat,<sup>34</sup> bedeutet zugleich, dass nichteheliche Lebensformen, Stief- und Patchwork-Familien auf die gewillkürte Erbfolge verwiesen werden. Damit ist nicht nur ein quantitativer Gewinn verbunden. Zugleich ergeben sich aus der besonderen Komplexität dieser typischerweise verzweigten Familienformen spezifische Herausforderungen an die Ausgestaltung der Testierfreiheit. Dies betrifft die Ausprägung der Testiervoraussetzungen und Testierformen, aber auch die Ausgestaltung der Testiergrenzen durch Pflichtteils- (unten III.) und Erbschaftsteuerlasten (unten IV.).

*Schumann/Veit* [Fn. 29], S. 57 [62] m. w. N.) und angesichts illoyaler Vermögensverschiebungen. Hier hat die jüngste Reform (Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 [BGBl. I S. 1696]) immerhin einige Verbesserungen gebracht. Zu den praktischen Vorzügen einer dinglichen Gemeinschaft *Schwab*, in: *Festschrift für Söllner*, 2000, S. 1079 ff.; für weitergehende Realteilung auch *Dethloff* (Fn. 2), A 112 ff.

<sup>31</sup> Näher *Röthel* FPR 2009, 273 ff.

<sup>32</sup> So auch *Kroppenberg* NJW 2010, 2609, 2611; *dies.* ErbR 2010, 206, 212 f.; zu den „heimlichen“ Rollenleitbildern des Eherechts siehe aber *Röthel*, Institution und Intimität, in: *Röthel/Helms/Löhnig*, Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft, 2010, S. 9 ff.

<sup>33</sup> Dafür *Friese*, Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 49 ff. Der Beschlussvorschlag II 8 („Bedarf es [...] einer Sonderregelung für die selbst genutzte Familienwohnung, z. B. durch ein Wohnungsrecht?“) wurde allerdings abgelehnt (10:53:11).

<sup>34</sup> Siehe vorstehend I.

## 1. Testierentscheidungen in komplexen Familienformen

Erste Untersuchungen zum Vererbungsverhalten in Stief- und Patchworkfamilien weisen auf eine bislang ungekannte Varianz hin. Die Bedeutung der Paarbeziehung im Verhältnis zu eigenen, gemeinsamen und einseitigen Kindern entzieht sich aussagekräftiger Generalisierung. Allenfalls lässt sich vermuten, dass die Partnerorientierung tendenziell geringer ausfällt als in der „klassischen“ einzigen Ehe.<sup>35</sup> Hingegen fällt es schwer, generellere Erfahrungsregeln für die Begünstigung von gemeinsamen Kindern im Verhältnis zu einseitigen Kindern zu formulieren.<sup>36</sup> Auch werden in verzweigten Familienformen tendenziell mehr Personen Teilhabererwartungen an den Nachlass richten, und entsprechend groß ist die Gefahr substantieller Enttäuschungen durch die Nachlassordnung. Die Vermögensverteilung zwischen dem zweiten oder dritten Ehegatten, gemeinsamen Kindern, einseitigen fremden Kindern und einseitigen eigenen Kindern aus früheren Partnerschaften birgt offensichtliches Konfliktpotential. Allseits konsentrierte Vermögenswidmungen dürften selten sein.

Wenn die wachsende Gruppe nichtehelicher und Patchwork-Familienformen auf die gewillkürte Erbfolge verwiesen wird, ist es umso drängender, dass die Ausgestaltung der Testierfreiheit auf die besondere Eigentümlichkeit von Testierentscheidungen in neuartigen Familienformen angemessene Antworten findet. Dabei gilt es neben wirtschaftlichen Bedürfnissen und Erwartungen auch die ideelle Bedeutsamkeit erbrechtlichen Erwerbs zu bedenken. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen weisen auf die ungebrochene, eher noch prägender gewordene Bedeutsamkeit von Erben und Vererben in der Generationenbeziehung hin.<sup>37</sup> Die Ausgestaltung der Testierfreiheit muss der Bedeutsamkeit und zugleich der Schwierigkeit einer allseits als gerecht empfundenen Erbordnung für verzweigte Lebensläufe und komplexe Familienformen Rechnung tragen. Wenn hierfür inhaltliche Maßstäbe fehlen, muss die Rechtsordnung zumindest hinreichende Gewähr für verantwortungsvoll bedachte Entscheidungen bieten.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Lettke*, in: Deutsche Gesellschaft für Soziologie (Hrsg.), Soziale Ungleichheit, kulturelle Unterschiede, 2006, S. 3831 (3837 ff.). Die Ergebnisse basieren auf einer Telefonbefragung von Deutschen über 40 Jahre, die im Jahr 2003 durchgeführt wurde. Siehe auch *ders.*, in: *Lettke/Lang* (Hrsg.), Generationen und Familien, 2007, S. 96 ff.

<sup>36</sup> Siehe neben *Lettke*, in: Deutsche Gesellschaft für Soziologie (Fn. 35), S. 3831, 3838 und *Cottier* (Fn. 4) nur die Ergebnisse von *Metternich*, Verfügungsverhalten von Erblassern, 2010, S. 76 ff. Die erbrechtliche Integration einseitiger Kinder hängt u. a. davon ab, ob sie beim Erblasser leben (S. 78). Die schon durch die lebzeitige Nähe begünstigten Kinder werden also erbrechtlich ebenfalls begünstigt, während einseitige Kinder, die noch nicht einmal in den Familienverband aufgenommen wurden, auch erbrechtlich „außen vor“ bleiben. – Interessant sind dabei signifikante Abweichungen zwischen erklärtem und tatsächlichem Erbeverhalten: Während unabhängig von der Familienform durchgängig etwa 2/3 der Befragten sich dafür aussprechen, dass eigene Kinder und Stiefkinder gleich viel erben sollten, deutet sich im tatsächlichen Vererbungsverhalten an, dass höchstens die Hälfte aller Stiefkinder erben werden (*Lettke* und *Cottier*, jew. a. a. O.).

<sup>37</sup> Betont von *Beckert*, Verh. 68. DJT 2010, Bd. II/1, 9 ff.; näher *Röthel* (Fn. 3), A 27 ff. m. w. N.; sowie *Lauterbach/Lüscher* KZfSS 48 (1996), 66 ff.; und die Beiträge von *Schulte* und *Lüscher*, in: *Lettke* (Hrsg.), Erben und Vererben. Gestaltung und Regulation von Erbbeziehungen, 2003, S. 125 ff. und S. 205 ff.; zum Generationenkonzept etwa *Künemund/Szydlík* (Hrsg.), Generationen. Multidisziplinäre Perspektiven, 2009.

<sup>38</sup> Dies betrifft die Regeln der Testiervoraussetzungen (Testierfähigkeit und Schutz vor Testiermacht), der Testierformen (Anreize für öffentliches Testieren) und der Testierinhalte, insbesondere im Hinblick auf die erbrechtlichen Beschränkungen; dazu bereits eingehend *Röthel* (Fn. 3), A 47 ff., 72 ff., 81 ff.

## 2. Gewährleistung hinreichender Testierverantwortung

Die damit verbundenen Anliegen decken sich mit generellen Verfeinerungen im Verständnis von Autonomie. Den Einsichten zur Vertragsfreiheit folgend ist die Testierfreiheit auf „materiale“ Selbstbestimmung<sup>39</sup> zu orientieren.<sup>40</sup> Es gilt zu gewährleisten, dass testierende Erblasser hinreichend vor ungebührlicher Beeinflussung interessierter Dritter geschützt sind.<sup>41</sup> Darüber hinaus gilt es, die Bedachtheit und Verantwortlichkeit der erbrechtlichen Verfügungen zu stärken. Dies betrifft insbesondere die komplexeren erbrechtlichen Verfügungen. Bedingte Erbeinsetzungen und Erbeinsetzungen verbunden mit Nacherbschaft oder Dauertestamentsvollstreckung können für die betroffenen Erben mit schwierigen Ambivalenzen verbunden sein.<sup>42</sup> Um nicht hinreichend verantwortete Willensherrschaft zu vermeiden, sollten erbrechtliche Beschränkungen jedenfalls ausdrücklichen Testierentscheidungen vorbehalten sein.<sup>43</sup> Der unbeschränkte Erbe ist zum gesetzlichen Leitbild auszuprägen.<sup>44</sup> Schließlich ist der Verlängerung und der Verzweigung der Lebensläufe Rechnung zu tragen: Umorientierungen sind nötig, um die Bedachtheit von erbrechtlicher Bindung<sup>45</sup> und die Vorhersehbarkeit von andauernden Beschränkungen<sup>46</sup> zu garantieren.

## III. Loslösung des Pflichtteils von der gesetzlichen Erbfolge

### 1. Ausgangspunkte

Zu den Charakteristika des deutschen Pflichtteilsrechts gehört die Anknüpfung an die gesetzliche Erbfolge: Sowohl

<sup>39</sup> Dazu allgemein *Reuter* AcP 189 (1989), 199 ff.; *ders.*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly* (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, S. 105. insbes. 113 ff.; *Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.; *Hofer*, Vertragsfreiheit am Scheideweg, 2006; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1988; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 28 ff.; für die Ehevertragsfreiheit *Schwenzer* AcP 196 (1996), 88 ff.; *Dauner-Lieb* AcP 210 (2010), 580 ff.; *dies.* AcP 201 (2001), 295 ff.; für die Patientenautonomie *Röthel*, Form und Freiheit der Patientenautonomie, AcP 211 (2011), im Erscheinen.

<sup>40</sup> Näher *Röthel* AcP 210 (2010), 32 ff.

<sup>41</sup> *Röthel* (Fn. 3), A 81 ff. – Im Rahmen der Abstimmung wurden Testierverbote zulasten bestimmter Berufsgruppen (Berufsbetreuer, Ärzte, Rechtsanwälte) mehrheitlich abgelehnt (14:52:2 Stimmen). Die Lösung sollte vielmehr in „Verhaltenskodizes der betroffenen Berufsgruppen“ gesucht werden (angenommen mit 25:23:21 Stimmen). Abgelehnt wurde auch der Vorschlag, § 2078 BGB um den Anfechtungsgrund der „unzulässigen Beeinflussung des Erblassers“ (undue influence) zu ergänzen (14:51:4 Stimmen).

<sup>42</sup> Eingehend *Röthel* AcP 210 (2010), 32, 36, 51.

<sup>43</sup> *Röthel* (Fn. 3), A 86 ff.; zur Bewältigung ambivalenter Verfügungen im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle bereits *Röthel* AcP 210 (2010), 32, 47 ff.

<sup>44</sup> *Röthel* (Fn. 3), A 90 ff. sowie These 15a, auf dem 68. DJT 2010 angenommen als Beschlussvorschlag Nr. I 1 („Leitbild des Erbrechts sollte der unbeschränkte Erbe sein. Nicht befreite Vorerbschaft und Dauertestamentsvollstreckung bedürfen ausdrücklicher testamentarischer Anordnung“) mit 65:4:1 Stimmen; kritisch *Kroppenberg* NJW 2010, 2609, 2612 f.

<sup>45</sup> Die gesetzliche Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Testaments gewährt nicht immer hinreichenden Schutz vor unbedachter Selbstbindung; näher *Röthel* (Fn. 3), A 72 ff. – In der Abstimmung setzte sich schließlich der Vorschlag Nr. I 4 („Empfiehl es sich, die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten generell an strengere Formen [öffentliche Errichtung] zu knüpfen?“), mit 37:28:7 Stimmen durch. Die weitere Diskussion wird erweisen, wie gewichtig der Anteil standespolitischer Interessen im Verhältnis zu den vorgetragenen Sachargumenten an diesem Ergebnis ist. Zu alternativen ausländischen Regelungsmodellen *Röthel* (Fn. 3), A 67 f.

<sup>46</sup> *Röthel* (Fn. 3), A 93 ff.; *dies.*, in: *Festschrift für Reuter*, 2010, S. 307 ff.; zustimmend *Kroppenberg* NJW 2010, 2609, 2613. Der Abstimmungsvorschlag Nr. I 5 („Empfiehl es sich, die zeitlichen Grenzen einer Dauertestamentsvollstreckung stärker zu beschränken?“) fand indes keine Mehrheit, sondern wurde mit 28:33:10 Stimmen abgelehnt.

der Kreis der Pflichtteilsberechtigten als auch die Höhe des Pflichtteils bestimmen sich akzessorisch zur gesetzlichen Erbfolge (§ 2303 BGB). Diese Entscheidung war so lange überzeugend, als familiäre Solidarität weitgehend abschließend mit dem Kreis der gesetzlich Erbberechtigten – Abkömmlinge, Ehegatten, Eltern – umschrieben werden konnte. Inzwischen wissen wir, dass familiäre Solidarität vielfältiger geworden ist. Nichtehele Lebensgemeinschaft, Patchwork-Beziehungen und Pflegekindverhältnisse können genauso verantwortungsvoll, inhaltsreich und beständig gelebt werden wie Ehen und das Verhältnis zu eigenen Kindern. Daraus folgt zwar nicht, dass Lebensgefährten oder Stiefkinder zu gesetzlichen Erben und damit zu Pflichtteilsberechtigten avancieren müssen: Solange es an zwingenden rechtlichen Einstandspflichten fehlt, bleibt es konsequent, auch den nichtehelichen Lebensgefährten sowohl ein gesetzliches Erbrecht als auch ein Pflichtteilsrecht vorzuenthalten.<sup>47</sup> Aber es ergeben sich umgekehrt Folgerungen für die Ausgestaltung des Pflichtteilsrechts, wenn sich der Erblasser in Weiterführung der gelebten Verantwortungsbeziehung tatsächlich dafür entscheidet, seinen nichtehelichen Lebensgefährten oder ein einseitiges Kind seines Lebensgefährten oder Ehegatten zu bedenken. Das Pflichtteilsrecht ist hier weiter aufzugliedern,<sup>48</sup> um die letztwillige Begünstigung auch solcher Personen zu privilegieren, die dem Erblasser nicht in einer Statusbeziehung (Ehe, Verwandtschaft) verbunden sind.

### 2. Folgerungen

#### a) Nachrang des Elternpflichtteils gegenüber begünstigten Lebensgefährten und Stiefkindern

Dies betrifft in erster Linie das Pflichtteilsrecht der Eltern. In der Vergangenheit ist immer wieder dafür plädiert worden, das Pflichtteilsrecht der Eltern ganz abzuschaffen.<sup>49</sup> Diese Vorschläge haben nie viele Fürsprecher gefunden, auch nicht im Jahr 2010.<sup>50</sup> Darin spiegelt sich der Zusammenhang von Pflichtteil, gesetzlicher Erbfolge und familienrechtlicher Statusbeziehung folgerichtig wieder. Die Rechtspflicht zum zeitlich unbegrenzten Generationenunterhalt (§ 1601 BGB) findet im Elternpflichtteil ihre konsequente Weiterführung. Dies setzt einer Abschaffung des Elternpflichtteils Grenzen. Indes ist damit nicht gesagt, dass der Pflichtteil der Eltern

<sup>47</sup> Eingehend zur Legitimation der Statusorientierung des Pflichtteilsrechts *Röthel*, in: *Lipp/Röthel/Windel* (Fn. 12), S. 85 (89 ff., 116 ff.). Wenn aber die Verrechtlichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft weiter fortschreitet und vom Nebengüterrecht (Ausgleich unbenannter Zuwendungen; *BGHZ* 177, 193 ff. = *JZ* 2009, 413 mit Anm. *Dethloff*) auf das Unterhaltsrecht übergreift, werden gesetzliche Teilhaberechte langfristig konsequent. Rechtsvergleichend zur erbrechtlichen Stellung des nichtehelichen Lebensgefährten *Martiny* FPR 2010, 39 ff.; de lege ferenda für das deutsche Recht etwa *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. II/1, 1993, S. 270 ff.

<sup>48</sup> In der Grundtendenz ähnlich die Reformüberlegungen von *Breitschmid* successio 3/2009, 176, 196 ff. zur Ausdifferenzierung des Pflichtteilsrechts, allerdings eher in Richtung „équité statt égalité“ (S. 197).

<sup>49</sup> Für vollständige Abschaffung des Elternpflichtteils bereits *Bengel*, *Verh.* 64. DJT 2002, Bd. II/1, L 51, 72; jüngst wieder *Leipold* *JZ* 2010, 802, 805; für einen Wegfall bei verheirateten Erblassern *Martiny*, 64. DJT 2002, Bd. I, A 1, 86 ff. – Frankreich hat sich im Jahr 2007 für eine weitgehende Abschaffung des Elternpflichtteils entschieden. Nur ausnahmsweise haben die Eltern ein Rückfallrecht (droit de retour légal, Art. 738–2 C.c.) und können Schenkungen in Natur bis zur Höhe ihrer gesetzlichen Erbquote zurückverlangen; näher *Delfosse/Peniguel*, *La réforme des successions et des libéralités*, 2006, Rn. 326 ff.

<sup>50</sup> Weder im Jahr 2002 (DJT Bd. II/1, L 114) noch im Jahr 2010 hat die Abschaffung des Elternpflichtteils eine Mehrheit gefunden. Auf dem 68. DJT 2010 wurde der Vorschlag „Soll der Pflichtteil der Eltern entfallen?“ mit 28:46:0 Stimmen abgelehnt.

auch in der jetzigen Größenordnung fortbestehen muss. Es greift zu kurz, die Diskussion nur um Beibehaltung oder Abschaffung des Elternpflichtteils zu führen. Eher wird man über weitere Differenzierungen nachdenken müssen. Dabei erscheint es plausibel, den Elternpflichtteil zugunsten von Personen einzuschränken, die in Verwirklichung gelebter Solidarbeziehungen begünstigt wurden, ohne dass diesen Personen ein gesetzliches Erbrecht zusteht. Es sollte für die Höhe des Elternpflichtteils keine Rolle spielen, ob der Erblasser seinen Ehegatten oder seinen nichtehelichen Lebensgefährten aus dauerhafter eheähnlicher Gemeinschaft (vgl. § 563 Abs. 2 BGB) erbrechtlich begünstigt. Und gleichermaßen sollte die Erbeinsetzung von Stiefkindern pflichtteilsrechtlich zulasten des Elternpflichtteils dieselben Wirkungen haben wie die Erbeinsetzung von eigenen Kindern. Der Nachrang der Eltern in der gesetzlichen Erbfolge gegenüber Statusbeziehungen (Ehegatten und Kindern) ist für das Pflichtteilsrecht zu erweitern in einen Nachrang gegenüber einer gewillkürten Erbfolge von tatsächlichen, familiären Solidarbeziehungen. Diese Aufgliederung ist eine Konsequenz daraus, dass mit der erbrechtlichen Begünstigung durch gewillkürte Erbfolge die solidarische Qualität dieser Beziehungen unverrückbar offenbar geworden ist. Dass diese solidarische Qualität weder selbstverständlich noch zwangsläufig ist und auch kein Pendant in lebzeitigen zwingenden Solidaransprüchen kennt, erklärt, warum es nach wie vor richtig ist, beispielsweise dem nichtehelichen Lebensgefährten ein gesetzliches Erbrecht und auch ein Pflichtteilsrecht vorzuenthalten. Aber es erklärt nicht, warum bei ausdrücklichem Begünstigungswillen im Verhältnis zum Pflichtteil der Eltern ein Unterschied zur Begünstigung des Ehegatten oder eines eigenen Kindes bestehen soll.

#### b) Keine Relativierung des Kindespflichtteils

Eine andere Frage ist, ob sich die Begünstigung von einseitigen Kindern des Ehegatten oder Lebensgefährten pflichtteilsrechtlich nicht nur zulasten der Eltern, sondern auch zulasten von eigenen (einseitigen) Kindern des Erblassers auswirken soll. Die damit verbundene Relativierung des Pflichtteils eigener Kinder mag diejenigen ansprechen, die heute ohnehin schon für eine Halbierung der Pflichtteilsquote plädieren.<sup>51</sup> Allerdings sollte nicht vergessen werden, dass einseitige Kinder aus früheren Lebensgemeinschaften oder Ehen gerade deshalb auf den Pflichtteil angewiesen sind, weil die Elternbeziehung zum Erblasser aufgrund einer neuen Paarbeziehung und zumeist auch wegen neuer, gemeinsamer Kinder brüchig geworden ist. Zu der lebzeitigen Enttäuschung, aus einer dauerhaften, intakt gelebten Eltern-Kind-Beziehung, ausgeschlossen zu sein, kommt die letztwillige Enttäuschung durch die Enterbung.<sup>52</sup> Die mit der Enterbung ohnehin verbundene Zurückweisung würde indes bis zur Unerträglichkeit an Schärfe gewinnen, wenn sich die Größe des Kindes-Pflichtteils auch noch zugunsten begünstigter Kinder des neuen Lebensgefährten oder Ehegatten verschieben würde. Vielmehr ist es gerade die Einsicht in die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern aus früheren Beziehungen, die heute dem Pflichtteilsrecht zur wohl eindrücklichsten Bedeutung verhilft. Hier garantiert das Pflichtteilsrecht einen letzten Rest zwingender Teilhabe am gebrochenen Generationenversprechen zugunsten der eigent-

lichen Opfer der Verzweigungen und Fragmentierungen der Familienstrukturen.

## IV. Aktualisierung der Erbschaftsteuer

### 1. Ausgangspunkte

Die Familie bildet auch den inneren Bezugspunkt für die Erklärung der Erbschaftsteuer. Gesamtgesellschaftliche Umverteilung zur Förderung von Chancengleichheit und Vermeidung von Elitenreproduktion sind weniger wirksam in die Ausgestaltung der Erbschaftsteuer eingegangen als die günstige Beurteilung von Vermögensübergängen in der Familie: Mit einem Aufkommen von derzeit jährlich etwa 4 Mrd. €<sup>53</sup> hat der staatliche Pflichtteil kaum gesamtgesellschaftliche Verteilungseffekte.<sup>54</sup> Die Entscheidung für eine Erbanfallsteuer und die Ausformung von Steuerklassen (§ 15 ErbStG), Freibeträgen (§ 16 ErbStG) und Befreiungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1, 4, 4b–c, 6 ErbStG) entlang familiärer Nähe und Verwandtschaft relativieren die gesamtgesellschaftliche Teilhabe für den familiären Vermögensübergang weitgehend.<sup>55</sup> Soweit von der Erbschaftsteuer überhaupt umverteilende Wirkung ausgeht, beschränkt sie sich auf den Anreiz zu innerfamiliärer Vermögensfragmentierung und zu zeitlich gestreckten Vermögensübergängen. Dieses Privileg für Vermögensübergänge innerhalb der Familie entspricht dem uneingeschränkten und unbegrenzten Vorrang des Verwandtenerbrechts gegenüber einem ebenfalls weitgehend zu vernachlässigenden Staatserbrecht (§ 1936 BGB).<sup>56</sup> Diese Familienorientierung der Erbschaftsteuer gehört zu den historisch gewachsenen Eigentümlichkeiten des deutschen Rechts.<sup>57</sup>

### 2. Erklärungen

Die weitgehende Abschirmung der Familie vor dem Zugriff des Staates – oder umgekehrt die Privilegierung von innerfamiliären Vermögensnachfolgen – belegt die langfristige Pfadabhängigkeit erbrechtlicher Diskurse,<sup>58</sup> auch dank verfassungsgerichtlicher Kontinuitätserwartungen.<sup>59</sup> Die Idee ei-

<sup>53</sup> Für das Jahr 2010 wird ein Aufkommen von 4,272 Mrd. € und ein Anteil am Gesamtsteueraufkommen von 0,88 % geschätzt (Monatsbericht des BMF November 2010).

<sup>54</sup> Für Frankreich und die USA lassen sich allerdings vergleichbare Größenordnungen ausmachen; näher *Beckert* (Fn. 4), S. 312 ff. – Alternativ wird diskutiert, die ErbSt in die ESt zu integrieren (dazu *Beckert*, Wie viel Erbschaftsteuern? MPIfG Working Paper 07/4, 2007), die Spitzensteuersätze zu erhöhen (etwa *Grözinger/Maschke/Offe*, Die Teilhabegesellschaft, 2006, S. 91 ff.) oder aber die ErbSt völlig abzuschaffen (kritisch *Eckert*, in: *Festschrift für Spiegelberger*, 2009, S. 79 ff.).

<sup>55</sup> Zum „Familienprinzip“ der Erbschaftsteuer *BVerfG*, Beschl. v. 21. 7. 2010 = NJW 2010, 2783 Rn. 97 ff. (vorgesehen für *BVerfGE*). – Ein Gegenmodell ist die Inheritance Tax des englischen Rechts, die den Nachlass ausnahmslos mit 40 % jenseits eines Freibetrags von derzeit 325 000 £ besteuert; zuletzt geändert durch sec. 155 Finance Act 2006. Eine gewisse Berücksichtigung von familiären Näheverhältnissen liegt aber darin, dass seit dem Jahr 2007 ein nicht ausgenutzter Freibetrag übertragen werden kann (sec. 10 Sch. 4 Finance Act 2008).

<sup>56</sup> Zu Reformüberlegungen *Röthel*, in: *Non Profit Law Yearbook* 2007, 2008, S. 189 ff.

<sup>57</sup> Entwicklungslinien bei *Beckert* (Fn. 4), S. 245 ff.; *Crezelius*, Erbschaft- und Schenkungsteuer in zivilrechtlicher Sicht, 1979, S. 19 ff.; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Leisner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 1970, S. 103 ff.

<sup>58</sup> So das Fazit von *Beckert* (Fn. 4), S. 66 ff., 317 ff.; *ders.* Arch. europ. sociol. 1 (2007), 79 ff.; typische Beispiele für diese Argumentationslinien bei *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, S. 922 f.; *Lange/Kuchinke* (Fn. 13), § 52 II 2.

<sup>59</sup> Insbesondere *BVerfGE* 93, 121, 142 (= JZ 1996, 31 mit Anm. *K. Vogel*): Verpflichtung des Steuergesetzgebers zur Achtung der „Kontinuität dieses Ehe- und Familiengutes“.

<sup>51</sup> *Leipold* JZ 2010, 802, 806 plädiert für eine Reduzierung der Pflichtteilsquote auf ¼. Ein anderer Vorschlag geht in Richtung von Kappungsgrenzen, wie sie dem nordischen Rechtskreis vertraut sind; dazu die Hinweise von *Lodrup und Karpen*, in: *Röthel* (Fn. 1), S. 169 (183) und S. 235 ff.

<sup>52</sup> Auswertungen bei *Metternich* (Fn. 36), S. 76 ff.

ner steuerlich privilegierten Familienreserve mag sich aber auch deshalb bis heute gehalten haben, weil sie eine folgerichtige Weiterführung der Leitidee des privaten Pflichtteils darstellt. Denn auch in der Pflichtteilslast sind familiäre Vermögensübergänge gegenüber anderen Vermögensübergängen privilegiert. Sowohl in der Ausgestaltung des privaten als auch in der Ausgestaltung des staatlichen Pflichtteils findet die Vorstellung einer vermögensrechtlichen Familienreserve im Sinne eines privilegierten Familienvermögens ihre institutionellen Abstützungen. Dieser Gleichklang ist überzeugend. Denn für die Erben bedeutet es allenfalls einen emotionalen Unterschied, ob der Nachlass durch Geldforderungen Privater oder durch eine Steuerforderung geschmälert wird. Gleiches gilt aus der Sicht der Erblasser. Pflichtteil und Steuerpflicht können gleichermaßen die individuelle Nachlassplanung irritieren und werden als Beschränkungen der Testierfreiheit wahrgenommen.

### 3. Folgerungen: Privilegierung gewillkürten Familienvermögens

Die Wirkungsähnlichkeit von Pflichtteilslast und Steuerlast legt es nahe, auch in der Entscheidung darüber, welche Nachlassübergänge aus familiären Gründen zu verschonen sind, dieselben Maßstäbe anzulegen.<sup>60</sup> Wie schon für das Pflichtteilsrecht ist daher auch für das Steuerrecht die normative Orientierung auf Statusverhältnisse zu hinterfragen. Punktuell ist diese Loslösung des privilegierten Familienvermögens von der Statusbeziehung in der Erbschaftsteuer bereits verwirklicht. Immerhin stehen Stiefkinder, also die nichtgemeinschaftlichen Kinder des Ehegatten, seit Langem den eigenen Kindern in der Steuerklasse (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) und bei den Freibeträgen (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) gleich,<sup>61</sup> und zwar selbst dann, wenn die das Stiefkindverhältnis begründende Ehe bereits geschieden ist.<sup>62</sup> Dieser Gedanke ist weiterzuentwickeln. Dies entspricht dem verfassungsgerichtlichen Postulat, dass Begünstigungswirkungen der Erbschaftsteuer „möglichst zielgenau“ und innerhalb des Begünstigtenkreises „möglichst gleichmäßig“ eintreten sollen.<sup>63</sup>

Hierbei liegt es zunächst nahe, die Privilegien für Zuwendungen an Kinder und Stiefkinder auf andere gelebte Eltern-Kind-Beziehungen zu erstrecken, etwa auf einseitige Kinder des nichtehelichen Lebensgefährten oder auf Pflegekinder.<sup>64</sup> Langfristig ist auch eine steuerliche Begünstigung der Erbsetzung von eheähnlichen Lebensgefährten zu überlegen.<sup>65</sup> Man mag an der Qualität der inneren Bindung und dem solidarischen Selbstverständnis zweifeln, solange sich

die Lebensgefährten ersichtlich gegen eine Verrechtlichung ihrer Beziehung durch dauerhafte Bindungen entscheiden. Anders wird man darüber denken müssen, wenn im Rahmen nichtehelicher Familienformen erbrechtliche Begünstigungen stattfinden. Mit der freigiebigen und nicht erzwingbaren Begünstigung verwirklichen sich die inneren Anliegen privilegierten Familienvermögens *in ähnlicher Weise* wie im Rahmen familiärer Statusbeziehungen.<sup>66</sup> Solange die Erbschaftsteuer darauf zielt, Vermögensteilhabe in familiären Solidarverhältnissen in Achtung berechtigter Kontinuitätserwartungen auch nach dem Erbfall steuerlich zu verschonen, ist dieses Privileg für gewillkürtes Familienvermögen zu öffnen.

## V. Fazit: vom gesetzlichen zum gewillkürten Familienvermögen

Für die Ordnung des Vermögensübergangs im Erbfall ist die Familie im deutschen Recht nach wie vor der prägendste innere Bezugspunkt. Gesetzliche Erbfolge, Pflichtteil und Erbschaftsteuer sind entlang von familiären Beziehungen gestaltet und tragen damit nach wie vor zur Konstituierung von Familienvermögen bei. Inhaltlich haben sich die Zusammenhänge von Familie und Vermögen indes vielfach verändert. Familienbasierte Teilhabeerwartungen werden heute eher auf Lebensleistung und Vertrauensschutz gegründet. Dies erklärt die Orientierung der gesetzlichen Erbfolge auf Teilhabeerwartungen in horizontalen Statusbeziehungen, also die Vorrangstellung von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern (*Horizontalisierung*). Die auf dem 68. DJT 2010 beschlossene Empfehlung einer „güterstandsunabhängigen Erhöhung“ des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten/eingetragenen Lebenspartners auf  $\frac{1}{2}$  unter Vermeidung güterrechtlichen Ausgleichs bedeutet bei Licht besehen indes Steine statt Brot für diejenigen, die sich auf den gesetzlichen Güterstand verlassen haben. Dieser Vorschlag sollte keinesfalls Gesetz werden.

Zu überdenken ist aber die bislang verwirklichte Engführung von Familienvermögen und Statusbeziehung. Zwar ist es nach wie vor richtig, die gesetzliche Erbfolge auf Statusbeziehungen und damit auf *gesetzliches Familienvermögen* zu orientieren. Indes sollten die Privilegierungen der Pflichtteils- und Steuerlast für *gewillkürtes Familienvermögen* aufgrund erbrechtlicher Begünstigung geöffnet werden. Denn mit der erbrechtlichen Begünstigung innerhalb nicht statusgegründeter Lebens- und Familienformen offenbart sich ihre solidarische Qualität – wenngleich im Nachhinein, dafür aber unverrückbar. Dies rechtfertigt ihre Teilhabe an Privilegien, die auf familiär getragene Nachlassordnungen zielen. Zugleich resultieren aus der inzidenten Verweisung nicht statusgegründeter Lebens- und Familienformen auf gewillkürte Vermögenswidmungen bedeutungsvolle Aufgaben- und Funktionsgewinne der testamentarischen Erbfolge. Die schrittweise Anerkennung gewillkürten Familienvermögens ist daher mit einer weiteren *Materialisierung* der Testierfreiheit zu verbinden, um auch in fragmentierten und verzweigten Familienformen hinreichend verantwortete familiäre Vermögenswidmungen zu gewährleisten.

<sup>60</sup> Zum Gebot folgerichtiger Gesetzgebung zuletzt *BVerfG* JZ 2010, 515 – Hartz IV; *BVerfG* NJW 2010, 2784 – ErbSt von eingetragenen Lebenspartnern; eingehend *Bumke* Der Staat 49 (2010), 77 ff.

<sup>61</sup> Zunächst in Steuerklasse II (§ 10 Abs. 2 Nr. 3 ErbStG i. d. F. vom 3. 6. 1906, RGBl. 1906, 615 ff.), später in Steuerklasse I (§ 9 Abs. 1 Nr. 6 ErbStG i. d. F. vom 22. 8. 1925, RGBl. 1925 I, 320 ff.).

<sup>62</sup> Dies folgt aus § 1590 Abs. 2 BGB; kritisch zur steuerrechtlichen Weiterführung *Meinke*, in: Gedächtnisschrift für Lüderitz, 2000, S. 515 ff. – Auch die Privilegierung des geschiedenen Ehegatten (immerhin Steuerklasse II: § 15 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG) sowie von Schwiegerkindern (ebenfalls Steuerklasse II: § 15 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) und die Gleichstellung von Kindern und Enkeln (Steuerklasse I: § 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) gehen in diese Richtung.

<sup>63</sup> *BVerfGE* 117, 1, 69 – § 19 Abs. 1 ErbStG (dazu *Hey* JZ 2006, 564).

<sup>64</sup> In der Praxis hat die Pflegekindschaft die Minderjährigenadoption längst weitgehend ersetzt; vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2010, Tab. 8.17.8 (S. 225). Die Gleichstellung von eigenen mit adoptierten Kindern ist daher weiterzuführen auf Pflegekinder.

<sup>65</sup> Siehe auch *Henrich*, in: *Kroppenborg/Schwab/Henrich* et. al. (Hrsg.), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, 2009, S. 329, 343.

<sup>66</sup> Da sich indes die lebzeitigen Solidarverpflichtungen zwischen Ehegatten und nichtehelichen Lebensgefährten nach wie vor stark unterscheiden, ist eine völlige Gleichstellung in der ErbSt nicht geboten. Anderes gilt aufgrund der weitgehend angeglichenen „rechtlich verfestigten Lebensnähe zum Erblasser“ für das Verhältnis von Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern, siehe *BVerfG* v. 21. 7. 2010 = NJW 2010, 2783, insbes. Rn. 112 (vorgesehen für *BVerfGE*).

