
Themen der Zeit

PROFESSOR DR. WOLFGANG DÄUBLER, BREMEN/TÜBINGEN

Entwicklungstendenzen im Erbrecht

I. Der Ausgangspunkt: Das System des BGB

1. Grundsätzliche Anerkennung des Privaterbrechts

„Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über“ – mit

diesen Worten umschreibt § 1922 I die Grundentscheidung des BGB zugunsten der Beerbung natürlicher Personen durch andere Privatrechtssubjekte. Privates Gut soll in Privathand bleiben; der Staat tritt nur in letzter Instanz, d. h. als „Lückensbüßer“¹ zur Vermeidung herrenloser Nachlässe ein².

1) So die gängige Terminologie, vgl. etwa *Bartholomeyczik*, Erbrecht, 9. Aufl., München 1971, S. 7; *Brox*, Erbrecht, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1974, S. 10; *Heinrich Lange*, Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962, S. 6.

2) Was er aus der Erbschaftssteuer erhält, interessiert aus rechtssystematischen Gründen nicht, obwohl die Vermögensnachfolge von Todes wegen nur partiell erfaßt und beurteilt wird, wenn man diesen Faktor aus der Betrachtung ausklammert – so *Kahn-Freund* in: *Renner*, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Stuttgart 1965, S. 275.

Mit der Vorschrift des § 1922 BGB hat der Gesetzgeber eine aus der Existenz des Privateigentums folgende notwendige Konsequenz gezogen: Gäbe es kein Erbrecht, so wäre nicht nur das Recht des einzelnen zu einem „lebenslänglichen Nießbrauch“ degradiert³, sondern auch die Selbstaufhebung der Privateigentumsordnung insgesamt mit einprogrammiert, da nach einer Generation automatisch ein staatliches Eigentumsmonopol bestünde. Es ist daher nicht verwunderlich, daß Privateigentum und Erbrecht auch historisch gemeinsam entstanden⁴, daß das Erbrecht nie etwas anderes als eine automatische Ergänzung, eine „Konnexgarantie“ des Privateigentums natürlicher Personen⁵ war. Dies bedingt weiter, daß es keine konstante Größe darstellen kann, sondern inhaltlich durch die jeweilige Funktion und Ausgestaltung des Eigentumsrechts bestimmt wird. So leuchtet es unmittelbar ein, daß die im Feudalismus bestehende Verknüpfung zwischen dem Privateigentum an Grund und Boden und der politischen Gewalt die Erbfolge mit einer ganz anderen Dimension versah⁶ als die bloße Inhaberschaft von Sachgütern in einer kapitalistischen oder vorkapitalistischen Warenwirtschaft⁷, von deren Standpunkt aus es im Grunde gleichgültig ist, wer im Einzelfall der neue Rechtsträger wird⁸.

Als notwendiges Hilfsinstitut des Privateigentums natürlicher Personen bedarf das Erbrecht keiner selbständigen Rechtfertigung; es ist ebenso legitim bzw. illegitim wie das Privateigentum selbst⁹. Schon aus diesem Grunde ist es wenig sinnvoll, seine Existenz unter Hinweis auf die nicht wünschenswerten Vererbung von Machtstellungen oder den staatlichen Anteil an der Bildung und Erhaltung landwirtschaftlichen oder gewerblichen Vermögens insgesamt in Frage zu stellen¹⁰, da diese Einwände der Sache nach dem Privateigentum gelten und deshalb auch dort diskutiert werden sollten. Dies gilt um so mehr, als der Versuch, den Kapitalismus über das Erbrecht gewissermaßen „auszutrocknen“, von vorneherein an den politischen Machtverhältnissen scheitert¹¹. Dem BGB lagen freilich solche Erwägungen fern: Sein Erbrecht bezieht sich auf ein unterschiedslos akzeptiertes privates Eigentum.

2. Das gesetzliche Verwandten- und Ehegattenerbrecht

Nach § 1924 BGB sind Kinder des Erblassers zu gleichen Teilen zur Erbschaft berufen; an die Stelle vorverstorbenen Kinder treten deren Abkömmlinge. Ist ein überlebender Ehegatte vorhanden, so erhält er nach der ursprünglichen Konzeption des BGB ein Viertel des Nachlasses. Nicht berücksichtigt wurden uneheliche Abkömmlinge eines männlichen Erblassers, da sie nach der Fiktion des § 1589 II BGB a. F. nicht als verwandt galten. Fehlen eheliche Abkömmlinge, so treten die Eltern und deren Abkömmlinge usw. ein; eine Beschränkung des Verwandtschaftsgrades existiert nicht, so daß auch der entfernteste Vetter sowohl die öffentliche Hand wie auch Personen ausschließt, die über Jahre hinaus mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Diese als Konzession an die Feudalaristokratie anzusehende¹² Verabsolutierung der durch Ehe vermittelten Blutsbande findet nur eine marginale Durchbrechung in der Vorschrift des § 1969, die den sog. Dreißigsten, d. h. Unterhalt und Benutzung von Wohnung und Hausratsgegenständen in den ersten 30 Tagen nach dem Erbfall den „Familienangehörigen“ des Erblassers zuspricht und darunter auch uneheliche Kinder und Pflegekinder versteht¹³.

Geht man zunächst vom statistischen Normalfall der Bereicherung durch Abkömmlinge aus, so stellt man eine auffallende Übereinstimmung mit der „Interessenlage“ in Familienbetrieben fest, die – etwa in der Landwirtschaft oder im Handwerk – bereits vor dem Erbfall von Eltern und ehelichen Kindern gemeinsam betrieben wurden. Bei einer solchen Konstellation erscheint eine Gleichbehandlung aller Abkömmlinge berechtigt, haben sie doch prinzipiell in gleicher Weise durch Arbeit an der Schaffung des elterlichen Vermögens mitgewirkt; in dieser Situation bedarf auch der überlebende Ehegatte keiner herausgehobenen Position, da im Familienverband weiter für ihn gesorgt wird. Verhältnisse dieser Art entsprechen dem Modell der sog. einfachen Warenproduktion¹⁴, wie sie in einigen Bereichen der spätmittelalterlichen Wirtschaft existierte¹⁵, und waren daher schon bei Inkrafttreten des BGB „überholt“¹⁶. Warum dieser Rekurs auf frühere gesellschaftliche Verhältnisse erfolgte, der sich auch in zahlreichen anderen Vorschriften wie etwa in § 831 oder in § 305 BGB zeigt¹⁷, soll hier nicht untersucht wer-

3) So *Lange*, S. 1, unter Bezugnahme auf *Theodor Kipp*.

4) Vgl. etwa die Darstellungen bei *v. Lübtow*, Erbrecht, 1. Halbbd., Berlin 1971, S. 1–22 und *Staudinger-Boehmer*, BGB V/1, Erbrecht, 11. Aufl., Berlin 1954, Einl. § 14.

5) Richtig *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Darmstadt 1968 (Neudruck), S. 229. Beim Privateigentum juristischer Personen taucht nur das „erbrechtsähnliche“ Problem der Rechtsnachfolge in das Vermögen im Falle der Auflösung auf; die Regelung folgt meist dem Modell der Gesamtrechtsnachfolge.

6) Was sich in einer starken Beschränkung der Testierfreiheit über freies Grundvermögen (dazu *Staudinger-Boehmer*, Einl. § 14 Rdnr. 14) und in fideikommissarischen Bindungen zeigte (dazu *Däubler*, Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommissverbots, JZ 1969, 499).

7) Die Tatsache, daß Privateigentum und Erbrecht auch unter vorkapitalistischen Bedingungen existieren können, erklärt die Möglichkeit zur Übernahme wesentlicher Teile des römischen Erbrechts.

8) Das letztere gilt freilich nur mit einer entscheidenden Einschränkung. Wollte man etwa den Staat zum Universalerben machen, so würde das nicht nur zur Aufhebung des bestehenden Wirtschaftssystem binnen einer Generation führen, sondern bereits das gegenwärtige Funktionieren der Marktwirtschaft erheblich beeinträchtigen. Für zahlreiche Vertragspartner wäre es unannehmbar, sich plötzlich einem Kontrahenten gegenüberzusetzen, dessen Verhalten nicht notwendigerweise marktwirtschaftskonform, d. h. an Gewinnerzielung orientiert wäre. Dies zeigt etwa das Beispiel des Kreditverkehrs; niemand wäre bereit, einer natürlichen Person ein Darlehn zu „Durchschnittsbedingungen“ zu gewähren, wenn er damit rechnen müßte, daß der überraschend eintretende Staat das Vermögen nach anderen Gesichtspunkten als dem der Rentabilität verwalten würde – so zu treffend *Papantoniou*, Die soziale Funktion des Erbrechts, AcP 173, 385, 391.

9) *Renner*, S. 167; ebenso *Däubler*, Abschaffung des Erbrechts? RuG 1974, 44 und *Mayer-Maly*, Die Unentbehrlichkeit des Erbrechts, RuG 1974, 42.

10) So *Rohrbeck*, 49. DJT, S. K 77; vgl. auch *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 8.

11) *Däubler*, RuG 1974, 46.

12) So *Coing*, 49. DJT, S. A 18.

13) *Erman-Bartholomeyczik*, BGB 2, 5. Aufl., Münster 1972, § 1969 Rdnr. 2; *Staudinger-Lehmann*, BGB V/1, 11. Aufl., Berlin 1954, § 1969 Rdnr. 4.

14) Sie unterscheidet sich von der kapitalistischen Warenproduktion durch das Fehlen der Lohnarbeit: Jeder Unternehmer arbeitet allein oder zusammen mit seiner Familie, ohne dabei in der Regel mehr als die sog. einfache Reproduktion, d. h. die Subsistenzmittel und den Ersatz für den verbrauchten Produktionsapparat zu erwirtschaften. Zu dieser Unterscheidung bei *Marx* s. *Lemnitz-Schäfer*, Politische Ökonomie des Kapitalismus – Einführung, Frankfurt a. M. 1972, S. 75ff.

15) Vgl. etwa *Marx-Engels*, Deutsche Ideologie, in: *Marx-Engels-Werke* (MEW) Bd. 3, Berlin 1969, S. 50 ff. und *Bolte-Aschenbrunner*, Beruf und Gesellschaft in Deutschland – Berufsstruktur und Berufsprobleme, Opladen 1970, S. 13.

16) *Renner*, S. 166.

17) § 831 BGB setzt den überschaubaren Handwerksbetrieb, § 305 BGB die Nichtexistenz von Marktmacht voraus (näher zur Vertrags-

den¹⁸, doch ergeben sich eine Reihe von „Friktionen“ mit der sozialen Realität, die für die weitere Entwicklung bedeutsam wurden. Was zunächst Konsumgüter wie Haushaltsgegenstände und Wohnung betrifft¹⁹, so läßt sich für den Fall der Normalfamilie eine erhebliche Beeinträchtigung der Interessen des überlebenden Ehegatten schwerlich bestreiten. Zwar erhielt er neben Abkömmlingen der zweiten und weiterer Ordnungen die „zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände“ und die Hochzeitsgeschenke gemäß § 1932 I BGB a.F. als Voraus, doch war er auf seine allgemeine Viertelbeteiligung beschränkt, sobald er neben Abkömmlingen Erbe wurde. Unter diesen Umständen hängt es daher allein vom guten Willen der Miterben ab, ob ihm sein bisheriger Lebenskreis erhalten bleibt. Dies ist um so bedenklicher, als der Nachlaß gerade in der Zeit der Jahrhundertwende bei der Mehrzahl der Mitbürger nur aus Hausrat bestand, so daß die Erbausinandersetzung notwendigerweise eine fühlbare Beeinträchtigung der Lebensführung zur Folge hatte. Auch soweit im Einzelfall darüber hinausgehende wirtschaftliche Werte vorhanden waren, reichte der in § 1931 I BGB gewährte Erbteil nur bei Großvermögen zur Alterssicherung aus; etwaige Rentenansprüche hatten ihrer geringen Höhe wegen nur Zuschußcharakter, so daß der Lebensunterhalt letztlich allein durch die Unterhaltungspflicht der Deszendenten nach §§ 1601 ff. BGB gesichert war.

Neben dieser Zurücksetzung des überlebenden Ehegatten²⁰ war die gesetzliche Erbfolgeordnung entgegen dem ersten Anschein durch ein beträchtliches Maß an Mittelstandsfeindlichkeit gekennzeichnet. Zwar sollte die Gleichbehandlung der Kinder nach den Vorstellungen von Schmitts, des Verfassers des 5. Buches, dazu dienen, der Konzentration von Vermögen in wenigen Händen entgegenzuwirken²¹, doch spricht vieles dafür, daß sie in der Realität das exakte Gegenteil zur Folge hatte²². Das jedem Miterben eingeräumte Recht, nach § 2042 I BGB jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen, konnte, ja mußte dazu führen, daß kleinere und mittlere Produktionseinheiten zerschlagen wurden, während bei den in der Regel als Kapitalgesellschaften organisierten Großunternehmen die Vergrößerung der Zahl der Anteilseigner fast immer ohne Auswirkung auf den Geschäftsbetrieb blieb²³. Die Vernichtung des kleineren Produktiveigentums konnte sich einmal auf unmittelbarem Wege, d. h. so vollziehen, daß die einzelnen Gegenstände veräußert oder von einzelnen Miterben übernommen wurden, weil Handelsgeschäft und Handwerksbetrieb als solche keinen Käufer fanden; zum anderen konnte sich dasselbe Ergebnis mittelbar dadurch einstellen, daß das Geschäft von einem großen Konkurrenten aufgekauft oder daß es zwar zunächst von einem Miterben fortgeführt wurde, daß es dabei jedoch nur noch schlechte Überlebenschancen hatte, weil die Abfindung der Miterben (u. U. selbst die auf den Pflichtteil beschränkte) die Kapitaldecke allzu dünn werden ließ. Die konzentrationsfördernde Ausgestaltung des gesetzlichen Erbrechts fand lediglich im landwirtschaftlichen Bereich durch den Vorbehalt zugunsten der landesrechtlichen Höfeordnungen eine Ausnahme²⁴; im übrigen konnte nur eine Verfügung von Todes wegen (begrenzte) Abhilfe schaffen.

Die Gleichbehandlung aller Kinder, bzw. aller innerhalb einer Ordnung zu Erben Berufenen hatte schließlich zur Folge, daß individuelle Besonderheiten des Erblassers wie der

Erben auch dann außer Betracht blieben, wenn sie an sich einer typisierenden Regelung zugänglich gewesen wären. So hat der Gesetzgeber etwa der Bedürftigkeit eines Abkömmlings infolge jugendlichen Alters oder dauernder Arbeitsunfähigkeit nur im Unterhaltsrecht, nicht aber im Erbrecht Rechnung getragen, so daß jüngere Geschwister häufig gegenüber älteren benachteiligt sind, die bereits eine Berufsausbildung oder eine die Verhältnisse der Familie nicht übersteigende Ausstattung erhalten haben²⁵. Statt der erstrebten Gleichbehandlung wird so in Wahrheit Ungleichheit bewirkt, eine Erscheinung, die sich auch an anderen Stellen, insbesondere im Vertragsrecht, nachweisen läßt²⁶.

3. Testierfreiheit

Das einzige Gegenmittel gegen die mit der gesetzlichen Erbfolge verbundenen Ungerechtigkeiten und Unzulänglichkeiten ist die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen. Es entspricht der liberalen Grundausrichtung des BGB, für die große Zahl der Fälle auf die Vernunft des Erblassers zu bauen und von ihr die Herbeiführung einer letzten Endes sozial gerechten Ordnung zu erwarten²⁷. Dabei lag den Gesetzesverfassern jedes Eingehen auf die tatsächliche Situation des Individuums fern; welche Faktoren typischerweise das Erblasserverhalten bestimmen, ob etwa von allen, auch den weniger bemittelten und schlechter ausgebildeten Mitbürgern eine Inanspruchnahme der gesetzlichen Möglichkeiten erwartet werden konnte, wurde nicht als Problem empfunden. Statt dessen stattete man die Testierfreiheit mit einem umfassenden Schutz aus, verbot anders als bei Verfügungen unter Lebenden selbst eine obligatorische Bindung (§ 2302 BGB) und machte durch die Anerkennung des Motivirrtums als Anfechtungsgrund selbst Erbverträge weitgehend widerruflich.

Die absolute Freiheit des Erblassers fand ihre Grenze nur im Pflichtteilsrecht und im Verbot sitten- und gesetzwidriger Zuwendungen. Dabei sprechen gegen den auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils festgelegten Pflichtteil – wenn auch in abgeschwächter Form – dieselben Bedenken wie gegen die gesetzliche Erbfolge insgesamt; der Ehegatte ist im Falle

freiheit Däubler, Formale oder materiale Selbstbestimmung? in: *Greifenhagen* [Hrsg.], Emanzipation, Hamburg 1973, S. 114 ff.).

18) Vgl. zu dieser Problematik jedoch Landau, Karl Marx und die Rechtsgeschichte, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, XLI (1973), S. 370.

19) Diesen Bereich übersieht Menger (aaO, S. 214) völlig, wenn er schreibt: „Die besitzlosen Volksklassen, also die große Mehrheit der Nation, haben an dem Erbrecht nur insofern ein mittelbares Interesse, daß jede Erbfolgeordnung, welche die Anhäufung von Reichtümern in den Händen weniger begünstigt, die Zahl der Besitzlosen vermehrt und dadurch ihre Lebenshaltung notwendig herabdrückt.“

20) Eine Minderheit von Mitgliedern der 2. Kommission wollte bereits bei den Vorarbeiten zum BGB ein Ehegattenerbrecht in Höhe der Hälfte des Nachlasses durchsetzen, scheiterte aber an der Vorstellung der Mehrheit, nicht noch weiter von dem damals geltenden, den Ehegatten noch stärker als das geplante BGB zurücksetzenden Recht abweichen zu wollen (s. Coing, 49. DJT, S. A 41).

21) Vgl. die entsprechenden Ausführungen zum gleichen Pflichtteilsrecht aller Kinder (mitgeteilt bei Coing, 49. DJT, S. A 45).

22) Eindringlich insoweit Renner, S. 168 ff.

23) Richtig Renner, S. 167.

24) Art. 64 EGBGB.

25) Vgl. etwa das Beispiel bei Reichert-Facilides, 49. DJT, S. K 38.

26) Dazu etwa Däubler (aaO Fußn. 17), S. 114 ff.,

27) Vgl. Bartholomeyczik, S. 13: „Im BGB zeigt sich das Mißtrauen gegen jeden Machtmißbrauch des Staates ebensogroß wie das Vertrauen auf den guten Willen des fortschrittlichen Bürgers.“

seiner Enterbung noch schlechter gestellt, im Falle seiner Erbeinsetzung u. U. in unzumutbarer Weise belastet, kleinere und mittlere Betriebe können auch durch Pflichtteilsansprüche in Gefahr kommen und den besonderen Bedürfnissen einzelner Berechtigter wird gleichfalls nicht Rechnung getragen. Die Einräumung eines Pflichtteilsrechts an die Eltern läßt sich heute u. U. damit rechtfertigen, daß auch in städtischen Bereichen die Drei-Generationen-Familie keine reine Ausnahmeerscheinung darstellt, sondern typischerweise dann existiert, wenn die Kindererziehung wegen der Berufstätigkeit beider Elternteile partiell auf die Großeltern übertragen wird²⁸. Wenig Beifall verdient jedoch das nur gegenüber Abkömmlingen bestehende Recht zum Pflichtteilsentzug wegen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels (§ 2333 Ziff. 5 BGB). Eine „Privatstrafe“ dieser Art verabsolutiert nicht nur bestimmte, möglicherweise partikuläre Wertvorstellungen, sondern widerspricht gerade in den schwersten Fällen wiederholter Straffälligkeit dem mittlerweile als verfassungsgeschützt angesehenen Bedürfnis nach Resozialisierung²⁹, wird doch die vermögensrechtliche Diskriminierung nicht gerade zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft beitragen. Rechtspolitisch ergibt sich außerdem das (vom abstrakten Menschen des BGB her natürlich nicht auftauchende) Problem, daß es in vielen Fällen gerade mangelhafte Sozialisationsleistungen der Familie waren³⁰, die das inkriminierte „ehrlöse und unsittliche“ Verhalten verursacht haben, was es wenig sinnvoll erscheinen läßt, dem versagenden Erzieher ein Recht zur Verhängung finanzieller Sanktionen zu verleihen.

Die zweite Schranke der Testierfreiheit (§§ 134, 138 BGB) hatte von Einzelfällen abgesehen vorwiegend für die Versorgung von Partnern aus eheähnlichen Verhältnissen Bedeutung. Wie der Ausschluß nichtehelicher Kinder vom gesetzlichen Erbrecht wurde auch diese Frage vorwiegend von einem (nach heutigen Maßstäben übertriebenen) Eheschutz her gesehen³¹, was eine generelle Verurteilung außerehelicher Geschlechtsbeziehungen und damit eine prinzipielle Nichtigkeit des „Mätressentestaments“ zur Folge hatte³².

4. Einordnung in die allgemeinen Prinzipien des Privatrechtssystems

Gesetzliche und gewillkürte Erbfolge werden durch zahlreiche Vorschriften mit denjenigen Prinzipien in Einklang gebracht, die zum Funktionieren einer auf dem Privateigentum aufbauenden Marktwirtschaft erforderlich sind. An erster Stelle steht dabei die Erhaltung der Haftungsgrundlage zugunsten der Gläubiger; nur durch die automatisch eintretende Erbenhaftung können sie sicher sein, daß das bei Vertragsabschluß vorhandene Vermögen nur durch marktwirtschaftsimmanente Entwicklungen, nicht jedoch durch „externe“ Einflüsse wie den Tod des Schuldners gemindert wird. Dabei ist der Grundsatz der Universalsukzession von erheblichem Nutzen, ohne deshalb – wie das englische Beispiel zeigt³³ – *conditio sine qua non* zu sein. Weiter verlangt eine aus einer unüberschaubaren Anzahl von Marktteilnehmern bestehende Wirtschaft „kalkulierbare“, für alle gleiche Spielregeln, was die Allgemeinheit des Gesetzes und das Gebot der Rechtssicherheit impliziert³⁴. In diesen Rahmen gehören die geschlossene Zahl erbrechtlicher Gestaltungen, die etwa ein dinglich wirkendes Vermächtnis oder die testamentarische

Einsetzung eines mit gebundener Rechtsmacht ausgestatteten Treuhänders verbietet, sowie die Formvorschriften, die im Rahmen des Möglichen zweifelhaft und kontroverse Rechtsbeziehungen vermeiden wollen. Die vorausgesetzte Wirtschaftsordnung kann weiter nur dann funktionieren, wenn nicht einzelnen Gegenständen durch privatautonomen Akt die Verkehrsfähigkeit, d. h. der Warencharakter entzogen werden kann, da dies zu einem Wiederaufleben bzw. einer Verstärkung feudalistischer Elemente führen und die beherrschende Stellung der kapitalistischen Warenwirtschaft in Frage stellen könnte. Aus diesem Grund werden Bindungen durch Vor- und Nacherbschaft, Vermächtnis und Testamentvollstreckung auf 30 Jahre oder die Lebensdauer eines Erben beschränkt³⁵. Schließlich wird dem Grundsatz des freiwilligen Kontrahierens durch das Rechtsinstitut der Ausschlagung auch im Erbrecht Anerkennung verschafft; obwohl durch die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung jede Vermögenseinbuße vermieden werden kann, wird ähnlich wie im Rahmen des Vertrags zugunsten Dritter und der Schenkung³⁶ dem einzelnen das Recht zugestanden, sich allem Aufwand und allem befürchteten Ärger durch „Nicht-Annahme“ zu entziehen.

5. Verhältnis zu Rechtsgeschäften unter Lebenden

Der Schutz dieser Erbrechtsordnung gegen Umgehungen ist relativ schwach ausgestaltet³⁷. Die Verfügungsfreiheit unter Lebenden wird durch erbrechtliche Normen nicht beschränkt; nach § 2325 BGB werden lediglich die 10 Jahre vor dem Erbfall gemachten Schenkungen bei der Pflichtteilsberechnung dem Nachlaß hinzugerechnet, wobei gegebenenfalls auch der Beschenkte auf Pflichtteilergänzung in Anspruch genommen werden kann (§ 2329 BGB). Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall haben keine zusammenhängende Regelung erfahren, da einerseits § 2301 I BGB die unter Lebenden nicht vollzogene Schenkung in vollem Umfang den erbrechtlichen Vorschriften unterstellt, während andererseits die §§ 330, 331 BGB den Rechtserwerb eines in einem Vertrag zugunsten Dritter Bedachten mit dem Tode des Versprechensempfängers eintreten lassen, ohne auf die §§ 1922 ff. irgendwie Bezug zu nehmen.

28) *Milhoffer*, Familie und Klasse. Ein Beitrag zu den politischen Konsequenzen familiärer Sozialisation, Frankfurt a. M. 1973, S. 92, 93. Vgl. auch *Bahrdt*, Wandlungen der Familie, in: Familiensoziologie, herausgegeben von *Claessens* und *Milhoffer*, Frankfurt a. M. 1973, S. 110, 115 ff.

29) *BVerfG*, NJW 1973, 1226 ff.

30) Zur Familie als Sozialisationsinstanz s. *Milhoffer*, S. 153 ff.

31) Vgl. dazu *Milhoffer*, S. 61 ff.

32) Vgl. *Simshäuser*, Zur Sittenwidrigkeit der Geliebten-Testamente, Bielefeld 1971, S. 16 ff. und nunmehr *Thielmann*, Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973.

33) Bis 1925 wurden Liegenschaften und Fahrnis nach getrennten Grundsätzen vererbt – s. *Kipp-Coing*, Erbrecht, 12. Bearb., Tübingen 1965, S. 396.

34) Dazu *Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt/Wien 1967, S. 37 ff.

35) Dazu näher *Däubler*, JZ 1969, 499 ff. Vgl. auch *Ballerstedt*, Privatrecht und Politik, in: Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 59 ff.

36) § 333 BGB bzw. Vertragserfordernis bei der Schenkung.

37) Vgl. *Coing*, 49. DJT, S. A 33: Problem der Rechtsgeschäfte unter Lebenden mit erbrechtlicher Wirkung vermutlich nicht in vollem Umfang erkannt.

II. Die Weiterentwicklung des gesetzlichen Erbrechts

1. Die Verstärkung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten

Die im Ergebnis wohl wichtigste Reform stellt die Einräumung des Voraus an den überlebenden Ehegatten auch für den Fall dar, daß er neben Abkömmlingen zum Erben berufen ist. Der 1957 eingefügte § 1932 I 2 BGB beschränkt zwar den Anspruch des Ehegatten auf Gegenstände, die er zur Führung eines angemessenen Haushalts benötigt, doch kommt dies bei zahlreichen kleinen Nachlässen insbesondere im Arbeiter-Bereich einer Alleinerbschaft des Überlebenden gleich³⁸. Mehr Beachtung fand die gleichfalls mit der Güterrechtsreform 1957 eingeführte Erhöhung des gesetzlichen Erbteils um ein Viertel, sofern – was für 95% der Fälle angenommen wird³⁹ – die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt haben (§ 1371 I BGB). Für den Wahlgüterstand der Gütertrennung sieht § 1931 IV BGB⁴⁰ eine Gleichstellung mit den Kindern vor, sofern dadurch das in § 1931 I BGB vorgesehene Viertel überschritten wird; erbt daher der Überlebende neben einem Kind, erhält er die Hälfte, sind zwei erbberechtigende Kinder vorhanden, bekommt er ein Drittel. Die ursprüngliche Regelung des § 1931 BGB gilt uneingeschränkt nur noch für atypische Güterstände sowie die Gütergemeinschaft, bei der jedoch der Ehegatte bereits durch seine hälftige Beteiligung am Gesamtgut hinreichend geschützt ist. Bedeutsam ist weiter die dritte Reform, die den überlebenden Ehegatten zum Sonderrechtsnachfolger in alle aus dem Mietvertrag über die eheliche Wohnung folgenden Rechte und Pflichten macht (§ 569a BGB) und damit dem Gedanken der Erhaltung des bisherigen Lebenskreises Rechnung trägt. Rückständige Rentenansprüche aus der Sozialversicherung kann schließlich in erster Linie der überlebende Ehegatte geltend machen, sofern er mit dem Erblasser zur Zeit seines Todes in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat (§ 1288 RVO), eine neue Art gesetzlicher Sondererfolge, deren Harmonisierung mit dem sonstigen Erbrecht bisher noch nicht in Angriff genommen wurde⁴¹. Die wohl entscheidendste Besserstellung vollzog sich freilich außerhalb des Erbrechts, beruht also nicht auf der Zuordnung früher dem Erblasser gehörender Rechte und Vermögenswerte⁴², sondern auf der Einräumung eigener Rechte. Die Rentenreform 1957, die vom Prinzip der „Zuschußfunktion“ zu dem der „Unterhaltungsfunktion“ überging⁴³, wirkte sich auch auf die Hinterbliebenenrente aus, so daß nunmehr eine bescheidene Altersversorgung gesichert war. Wollte man die dadurch begründeten Ansprüche kapitalisieren, so würde dies vermutlich den Anteil des überlebenden Ehegatten am Gesamtnachlaß in den meisten Fällen auf 90% steigen lassen⁴⁴.

Die in diesen Vorschriften zum Ausdruck kommende Grundtendenz ist aus verschiedenen Gründen zu begrüßen. Sie berücksichtigt das in der Regel vitale Interesse älterer Leute, nicht aus ihrer bisherigen Umgebung herausgerissen zu werden, indem ihnen Haushaltsgegenstände und Wohnung belassen werden; weiter trägt die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils in aller Regel zur Erhaltung des bisherigen Lebensstandards bei. Der Gesetzgeber konnte sich bei diesen Entscheidungen auf den dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG zugrundeliegenden Gedanken stützen, daß vermögenswerte Rechte der Entfaltung der Einzelpersonlichkeit zu dienen haben (und deshalb kein „Wert an sich“ sind)⁴⁵; jede andere

Entscheidung hätte bedeutet, daß einem Menschen das materielle Substrat seiner Persönlichkeitsentfaltung kraft Gesetzes entzogen wird, ohne daß dem mindestens gleichrangige Interessen anderer Personen gegenüberstehen – eine Regelung, deren Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das Übermaßverbot zumindest zweifelhaft wäre. Die Interessen der Abkömmlinge sind in aller Regel sehr viel weniger schutzwürdig, da sie infolge der gestiegenen Lebenserwartung normalerweise erst zu einem Zeitpunkt Erbe werden, in dem sie längst ihren eigenen Hausstand begründet haben⁴⁶ und den Nachlaß deshalb weniger dringend benötigen.

Die billigenswerte Grundhaltung des Gesetzgebers schließt nicht aus, daß das geltende Recht durch einige Ungereimtheiten geprägt ist, die sich zum Teil im Wege der Interpretation, zum Teil nur durch Gesetzesänderung beseitigen lassen. Zunächst fällt auf, daß der Schutz des überlebenden Ehegatten dann versagt, wenn er gemeinsam mit dem Erblasser eine Eigentumswohnung oder ein diesem gehörendes Haus bewohnte: Bei strikter Gesetzesauslegung sind die Miterben nicht gehindert, die Auseinandersetzung zu betreiben und durch Veräußerung dem weiteren Verbleiben des Überlebenden die rechtliche Grundlage zu entziehen. Will man diese u. U. tiefgreifende Persönlichkeitsverletzung vermeiden (und überdies den kraft ehelicher Unterhaltungspflicht Wohnenden nicht schlechter als einen Mieter behandeln)⁴⁷, so bleibt als Ausweg nur eine Beschränkung des Auseinandersetzungsverlangens nach § 242 BGB: Jeder Versuch, die Eigentumswohnung oder das Wohnhaus im Wege der Versteigerung an Dritte zu veräußern, müßte als treuwidriges Verhalten außer Betracht bleiben, ein entsprechender Antrag nach § 180 ZVG als unzulässig behandelt werden⁴⁸. Vom Ergebnis her läßt sich dies nicht nur mit der auch im Zivilrecht bindenden verfassungsrechtlichen Wertung des Persönlichkeitsschutzes⁴⁹, sondern mit einem verbreiteten Rechtsbewußtsein rechtfertigen, das der Exmittierung des überlebenden Elternteils aus der bisherigen Wohnung entgegensteht⁵⁰. Schließlich

38) Richtig *Bartholomeyczik*, S. 13; vgl. auch *Stöcker*, 49. DJT, S. K 68.

39) Vgl. die Schätzung bei *Stöcker*, Ist unser Erbrecht sozial? JZ 1973, 16 Fußn. 3.

40) Eingefügt durch Art. 1 Nr. 87 NEhelG (in Kraft seit 1. 7. 1970). 41) Auch der Entwurf des Allgemeinen Teils eines Sozialgesetzbuchs (BT-Drucks 7/868) geht über eine Festschreibung des bisherigen Zustands kaum hinaus (§§ 56–59) und läßt insbesondere jede Stellungnahme zur Testierfreiheit vermissen.

42) Zum Begriff „Erbrecht“ s. *Brox*, S. 1; *Lange*, S. 7.

43) Vgl. *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts I, Tübingen 1965, S. 115.

44) Richtig *Helms*, 49. DJT, S. K 82.

45) Vgl. BVerfGE 24, 367, 389, 400; BGHZ 6, 270, 276.

46) Zahlen bei *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 20: Im Durchschnitt verliert man mit 40 den Vater und mit 50 die Mutter.

47) Dies gilt insbesondere dann, wenn man mit *Stöcker* (Zur Kritik des Familienvermögensrechts, NJW 1972, 553 ff.) auf den ökonomischen Inhalt der Hausfrauenehe zurückgreift und den ehelichen Unterhalt als (häufig unzureichendes) Entgelt für erbrachte Dienstleistungen wertet. Vgl. auch *Helms*, 49. DJT, S. K 83/84.

48) Die Beschränkung des Rechts aus § 2042 I BGB durch die Gebote von Treu und Glauben wird auch in anderen Zusammenhängen bejaht. Vgl. *Erman-Bartholomeyczik*, § 2042 Rdnr. 1 m. w. Nachw.

49) *Stöcker*, JZ 1973, 16, spricht von einem Gebot des sozialen Rechtsstaats, dafür Sorge zu treffen, daß der Lebensunterhalt gesichert und der bisherige Lebensrahmen erhalten bleibt.

50) Genaue empirische Erhebungen zu diesem Tatbestand sind nicht vorhanden, doch wird in der Bevölkerung generell die Verstärkung der Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten gefordert – s. *Stöcker*, Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, 612; *Schippel*, 49. DJT, S. K 53; vgl.

sollten auch die in anderen Rechtsordnungen bestehenden, in gleiche Richtung weisenden Tendenzen nicht außer Betracht bleiben, die allerdings meist in anderer Rechtsform – z. B. in der Zuerkennung einer zahlenmäßig fixierten Mindestsumme – zum Ausdruck kommen⁵¹, die jedoch Fälle der hier vorliegenden Art mit erfassen dürften.

Die zweite „Ungereimtheit“ des bestehenden Rechtszustands liegt in dem unterschiedlich ausgestalteten Schutz gegen eine Entziehung durch den Erblasser. Während der Voraus durch letztwillige Verfügung ersatzlos beseitigt werden kann⁵², hat die Enterbung die Entstehung von Pflichtteilsansprüchen nach näherer Maßgabe der §§ 2303 ff., 1371 II BGB zur Folge. Absoluten Schutz genießen dagegen die Sondernachfolge in das Mietrecht und in rückständige Rentenansprüche sowie die sozialversicherungsrechtliche Hinterbliebenenversorgung, da sie mangels ausreichenden Anhaltspunkts im Gesetz nicht einmal in den Fällen entzogen werden können, die nach allgemeinem Erbrecht zum Entzug des Pflichtteils berechtigen⁵³. Der Sache nach ergibt sich dadurch eine Art materielles, d. h. auf bestimmte Gegenstände bezogenes Noterbrecht, das in der allgemeinen, auf das 5. Buch des BGB fixierten Erbrechtsdiskussion noch nicht zur Kenntnis genommen und in die bestehende Systematik einbezogen wurde. Die aus dem Grundgedanken des Ehegattenschutzes heraus erstrebenswerte, aber wohl nur durch Gesetzesänderung erreichbare Lösung müßte m. E. darin bestehen, den Voraus genauso wie die Ansprüche aus dem Mietverhältnis und der Sozialversicherung gegen eine beliebige Entziehung durch den Erblasser zu schützen, wobei die Ausgestaltung als dinglich wirkendes Vermächtnis⁵⁴ gleichfalls in Erwägung zu ziehen ist. Andererseits wäre zu überlegen, ob nicht unter engen Voraussetzungen, die eher dem § 2333 Ziff. 1–4 BGB als der Generalklausel des § 2335 BGB nachgebildet sein sollten, eine Entziehungsmöglichkeit durch den Erblasser zu schaffen ist, die lediglich die Hinterbliebenenrente ausnehmen müßte.

Abgesehen von den hier vorgeschlagenen Modifikationen der Erbfolge in persönliche Gebrauchsgegenstände und den mit dem Erblasser gemeinsam genutzten Wohnraum sollte am geltenden Ehegattenerbrecht nichts geändert werden. Soweit dem Überlebenden der bisherige Lebenskreis erhalten bleibt und die Altersversorgung durch Renten- oder Pensionsansprüche gesichert ist, besteht keine Veranlassung, ihm mehr als die bei gesetzlichem Güterstand vorgesehene Hälfte zu gewähren. Gegen das u. a. von *Stöcker* ins Gespräch gebrachte Alleinerbrecht⁵⁵ spricht die Gefahr daß der Nachlaß den Abkömmlingen durch Verfügungen unter Lebenden oder von Todes wegen definitiv entzogen wird oder in andere Familien „hinüberwandert“. Hinzu kommt, daß der Erbfall im statistischen Durchschnitt der Fälle zu einem Zeitpunkt eintritt, in dem die Kinder zwar längst eine eigene Existenz aufgebaut haben, in dem jedoch die finanziellen Belastungen durch die Ausbildung der eigenen Abkömmlinge besonders hoch sind⁵⁶, so daß die Erbschaft zu einer begrüßenswerten Entlastung führt. Die Beschränkung des Ehegatten auf die Hälfte des Nachlasses ist auch deshalb nicht unbillig, weil er Verwaltungsmaßnahmen zwar nicht gegen den geschlossenen Widerstand der Kinder durchsetzen, wohl aber durch sein nach dem Erbanteil bestimmtes Stimmrecht blockieren kann. Daß andererseits die erzwungene Erbauseinandersetzung

nicht zur Verletzung elementarer Interessen führen darf, wurde bereits oben ausgeführt.

2. Die Abgrenzung der erbberechtigten Familienangehörigen

Dem Verfassungsauftrag des Art. 6 V GG entsprechend wurde durch das NEhelG die Gleichstellung der nichtehelichen Kinder auch im Erbrecht vollzogen. Die gewählte Lösung eines Erbersatzanspruchs in Höhe des gesetzlichen Erbteils scheint akzeptiert, doch haben sich gegen den vorzeitigen Erbausgleich nach § 1934d BGB einige Bedenken erhoben⁵⁷; ob ihnen durch Abschaffung oder Modifizierung dieses Instituts Rechnung zu tragen ist, kann erst aufgrund längerer praktischer Erfahrungen entschieden werden⁵⁸. Im vorliegenden Zusammenhang genügt die Feststellung, daß mit dem Erbrecht des nichtehelichen Kindes die erste wesentliche Erweiterung des Kreises gesetzlicher Erben vollzogen wurde.

Bemerkenswert ist weiter die über die Marginalie des § 1969 BGB hinausgehende Einbeziehung nicht-blutsverwandter Angehöriger in das gesetzliche Erbrecht. § 569a II BGB sieht vor, daß „Familienangehörige“, die einen gemeinsamen Hausstand mit dem Erblasser geführt hatten, in das Mietverhältnis eintreten, wenn kein überlebender Ehegatte mehr vorhanden ist oder wenn dieser von seinen Befugnissen nach § 569a I 1 BGB keinen Gebrauch machen will. Der Begriff des „Familienangehörigen“ wird dabei in einem weiteren, soziologischen Sinne verstanden, so daß auch Verschwägerter, enge Freunde und Pflegekinder erfaßt werden⁵⁹. Ausgeschlossen bleiben lediglich Verlobte⁶⁰ sowie Personen,

auch *Lindacher*, Änderung der gesetzlichen Erbfolge, mutmaßlicher Erblasserwille und Normativität des dispositiven Rechts, FamRZ 1974, 345 ff.

51) S. etwa den Überblick bei *Coing*, 49. DJT, S. A 28 ff. und *Firsching*, Zur Reform des deutschen Erbrechts, JZ 1972, 451 ff.

52) *Erman-Bartholomeyczik*, § 1932 Rdnr. 14; *Palandt-Keidel*, § 1932 Anm. 2; *Staudinger-Lehmann*, § 1932 Rdnr. 10.

53) Die Frage scheint nirgends ausdrücklich erörtert zu sein. Im Rahmen des § 569a BGB wird lediglich die in Abs. 7 angeordnete vertragliche Unabdingbarkeit betont (*Palandt-Putzo*, § 569a Anm. 9; *Soergel-Mezger*, BGB, II, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, §§ 569 a, b Rdnr. 11), doch erscheint es schon aus rechtssystematischen Gründen ausgeschlossen, daß durch Testament oder Erbvertrag ein Vertrag unter Lebenden inhaltlich geändert wird; § 332 BGB setzt einen ausdrücklichen Vorbehalt, ohne Zustimmung des Partners die Person des Begünstigten zu ändern, voraus und läßt sich als Ausnahmevorschrift nicht verallgemeinern. Die sozialversicherungsrechtliche Literatur zu § 1288 II RVO ist relativ unergiebig (vgl. etwa *Knoll-Schieckel*, Gesamtkommentar RVO, Wiesbaden 1971, Anm. zu § 1288 RVO) und die gesetzliche Regelung der Hinterbliebenenrente ordnet in § 1277 I 2 RVO den Wegfall der Ansprüche nur bei vorsätzlicher Tötung des Versicherten an, läßt also den Rückschluß zu, daß in allen anderen, von §§ 2333 ff. BGB erfaßten Fällen kein Rechtsverlust eintreten soll.

54) Die Formulierung „Sondererbfolge“ (*Coing*, 49. DJT, S. 17) A sagt sachlich dasselbe aus, scheint aber im Fall des § 569a BGB mit Rücksicht auf die Vererbung nur eines Vermögensgegenstands nicht recht angebracht.

55) *Stöcker*, Der Ausbau des Ehegattenerbrechts, FamRZ 1970, 444 ff.

56) Richtig *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 20.

57) *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 12; *Johannsen*, 49. DJT, S. K 42.

58) Die bisherigen Einschätzungen sind unterschiedlich; so spricht *Schippel* vom Bestreben nichtehelicher Väter, Erbansprüche zu verhindern (49. DJT S. K 57), während *Stöder* von der positiven Einstellung nichtehelicher Mütter berichtet (49. DJT S. K 91).

59) *Erman-Schopp*, BGB, I, 5. Aufl., Münster 1972, §§ 569 a, b, Rdnr. 4; *Palandt-Putzo*, § 569a Anm. 3; *Soergel-Mezger*, §§ 569 a, b Rdnr. 6.

60) *Palandt-Putzo*, § 569a Anm. 3.

deren Gemeinschaft „durch ein von der Rechtsordnung nicht gebilligtes Verhältnis begründet worden ist“⁶¹, womit wohl eheähnliche Verhältnisse gemeint sein dürften.

Über die klassische Verwandtenerbfolge geht weiter auch das Sozialversicherungsrecht hinaus, das in § 1288 RVO nach dem Ehegatten, den Kindern, den Eltern sowie den Geschwistern des Verstorbenen der „Haushaltsführerin“ die rückständigen Rentenansprüche zuspricht, wobei unter letzterer „diejenige weibliche Verwandte oder Verschwägerter“ verstanden wird, „die anstelle der verstorbenen oder geschiedenen oder an der Führung des Haushalts durch Krankheit, Gebrechen oder Schwäche dauernd gehinderten Ehefrau den Haushalt des Berechtigten (d. h. des Erblassers) mindestens 1 Jahr lang vor dessen Tode geführt hat und von ihm überwiegend unterhalten worden ist“⁶². Auch bei der materiell ungleich wichtigeren Frage nach dem Recht auf Waisenrente wird der Kreis der erbberechtigten Abkömmlinge verlassen, da § 1267 i. V. mit § 1262 II RVO auch die in den Haushalt des Rentenberechtigten aufgenommenen Stiefkinder, Pflegekinder i. S. des § 2 I 1 Nr. 6 BKG sowie Enkel und Geschwister unter den Voraussetzungen des § 2 I 1 Nr. 7 BKG einbezieht. Eheähnliche Verhältnisse bleiben wiederum unberücksichtigt, doch erhält der geschiedene Ehegatte einen Anspruch auf Witwen- bzw. Witwerrente nach näherer Maßgabe der §§ 1265, 1266 RVO, während er im Erbrecht leer ausgeht.

Neben diesen Spezialvorschriften zugunsten der „faktischen“ Familienangehörigen findet sich eine in der Rechtsprechung entwickelte Norm, wonach die dem Erblasser erbrachten Dienste unter bestimmten Umständen zu vergüten sind. Während das BAG in Fällen dieser Art einen stillschweigend geschlossenen Arbeitsvertrag unterstellt⁶³, neigt der BGH zu einer bereicherungsrechtlichen Lösung, da er einen Anspruch nach § 812 I 2 BGB gewährt, wenn die Leistung in der dem Erblasser bekannten Erwartung einer letztwilligen Zuwendung erfolgte⁶⁴. Beide Wege können im Einzelfall zu ungerechten Ergebnissen führen; der Anspruch aus § 612 BGB ist mit der Hypothek der kurzen Verjährungsfrist des § 196 I Ziff. 8 BGB belastet⁶⁵, während der Kondiktionsanspruch durch die Berufung des Erben auf § 818 III BGB gefährdet sein könnte⁶⁶. Jede finanzielle Abgeltung entfällt überdies, wenn nicht wenigstens eine stillschweigende Einigung über einen Arbeitsvertrag bzw. über einen bestimmten, von den Beteiligten erstrebten Zweck nachweisbar ist, was bei dem „familienhaften“ Charakter der Tätigkeit unschwer eintreten kann. Trotz dieser Einschränkungen kann der Anspruch auf Vergütung erbrachter Dienste vom wirtschaftlichen Erfolg her einer (teilweisen) Erbeinsetzung gleichkommen, so daß er insoweit als weiterer Schritt zu einem Erbrecht der faktischen Familie angesehen werden kann.

Die in dieser Rechtsentwicklung zum Ausdruck kommende Grundtendenz ist nachhaltig zu begrüßen. In der Tat wäre es ungerecht, wollte man Personen leer ausgehen lassen, die dem Erblasser ungleich näherstanden und die in vielen Fällen mehr persönliche Opfer für ihn erbracht haben als die „klassischen“, im BGB vorgesehenen gesetzlichen Erben. Für solche Fälle alles der freien Entscheidung des letztwillig verfügenden Erblassers zu überlassen, erscheint nicht angebracht, wenn man bedenkt, daß über 40% der Bevölkerung die Erbschaft letztwilliger Verfügungen überhaupt nicht ins Auge fassen⁶⁷. Gesetzgeber und Rechtsprechung können sich über-

dies auf zahlreiche vergleichbare Erscheinungen anderer Rechtsordnungen stützen, wo nicht nur in den (meist nicht zur Kenntnis genommenen) „Nebengebieten“⁶⁸, sondern im Erbrecht selbst eine „Auflockerung“ der gesetzlichen Erbfolge zugunsten von hausangehörigen Quasi-Verwandten gemacht wird⁶⁹. Auch die durch Umfrage ermittelten Anschauungen eines repräsentativen Querschnitts der Bevölkerung gehen mehrheitlich dahin, die tatsächlichen Bindungen zu berücksichtigen und sogar der Geliebten des Erblassers, die diesen bis zu seinem Tode gepflegt hatte, neben der Ehefrau einen Anteil am Nachlaß zu sichern⁷⁰. Schließlich hat auch der 49. Deutsche Juristentag einen wenn auch zaghaften Schritt in dieser Richtung getan: Wer den Erblasser, mit dem er in Hausgemeinschaft gelebt hat, mindestens 1 Jahr unmittelbar vor dessen Tod in dessen Haushalt betreute, soll anstelle des Fiskus, d. h. nach Vettern und Basen erben⁷¹.

Trotz dieser billigungswerten Entwicklung bleiben einige Schönheitsfehler, die in erster Linie darauf beruhen, daß es sich fast durchweg um Hilfskonstruktionen handelt, die nicht alle regelungsbedürftigen Fälle erfassen und die außerdem in keiner Weise mit dem allgemeinen Erbrecht abgestimmt sind. Zunächst bedarf der Kreis der Begünstigten der Abgrenzung. In Anlehnung an § 1262 II RVO sollten alle in den Haushalt aufgenommenen Personen erfaßt werden, die faktisch zur familialen „Solidargemeinschaft“ gehören, also wie blutsverwandte Familienangehörige handeln und behandelt werden. Dazu ist – insoweit abweichend vom Sozialversicherungsrecht – auch eine Person zu zählen, mit der der Erblasser ein eheähnliches Verhältnis unterhielt, da die Rechtsordnung intime Beziehungen zwischen Privatpersonen allenfalls dann zur Kenntnis nehmen und mit dem Odium der Sittenwidrigkeit belegen sollte, wenn sie Gegenstand planmäßiger Gewinnerzielung sind. Die neuere Rechtsprechung zum Maitressentestament hat deshalb mit Recht die bisherigen Akzente etwas verlagert und eine letztwillige Verfügung nur dann an § 138 BGB scheitern lassen, wenn sie inhaltlich – etwa wegen übermäßiger Zurücksetzung naher Angehöriger – zu Bedenken Anlaß gab⁷². Vergleichbares muß auch für die gesetzliche Erbberechtigung „kraft längerer Haushaltszuge-

61) *Erman-Schopp*, §§ 569 a, b Rdnr. 4.

62) Etwas anders die Einteilung in § 56 SGB (BT-Drucks 7/868), wo nur Ehegatten, Kinder und Eltern (in dieser Reihenfolge) berufen sind, wo aber Stief- und Pflegekinder ebenso erfaßt werden wie Stief- und Pflegeeltern.

63) BAG, AP § 612 BGB Nr. 13.

64) BGHZ 44, 321.

65) Zu einem besonders krassen Fall dieser Art s. *Däubler*, Das soziale Ideal des BAG, in: *Streik und Aussperrung*, herausgegeben von *Michael Kittner*, Köln 1974, S. 495.

66) Zu den (m. E. zutreffenden) Gegenargumenten *Fenn*, Die Mitarbeit in den Diensten Familienangehöriger, Bad Homburg 1970, S. 232 ff.

67) So das Umfrageergebnis, mitgeteilt bei *Stöcker*, FamRZ 1971, 610.

68) Die Erbrechtsvergleichung pflegt in der Regel das Güterrecht, nicht aber Schenkungen oder Verträge zugunsten Dritter einzubeziehen – vgl. die ansonsten exzellenten Beiträge in: *Rheinstein – Knapp – Sundberg – Bromley – Rieg – Reichert-Facilides*, Das Erbrecht von Familienangehörigen in positivrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, Frankfurt a. M.-Berlin 1971.

69) S. die Nachweise zum israelischen und sowjetischen Recht bei *Coing*, 49. DJT, S. A 28 f.

70) *Stöcker*, FamRZ 1971, 616 f.

71) Vgl. 49. DJT S. K 165, wo auch die Begrenzung des gesetzlichen Erbrechts auf Angehörige bis zur 3. Ordnung einschließlich, jedoch in der letzteren nur bis zum 4. Grad beschlossen wurde.

72) BGHZ 53, 369, 375 ff.

hörigkeit“ gelten⁷³, wobei das Verhältnis zum gesetzlichen Erbrecht kraft Ehe und Blutsverwandtschaft im einzelnen noch zu klären ist.

Wenn man diesen ersten Schritt tut, so stellt sich als zweites die Frage nach der Testierfreiheit des Erblassers, die im Rahmen des Miet- und Sozialversicherungsrechts nicht erörtert und beim Anspruch wegen geleisteter Dienste allenfalls am Rande berührt wird⁷⁴. Soweit persönliche Gebrauchsgegenstände und Wohnraum in Frage stehen, sollte wegen der Relevanz dieser Güter für die Persönlichkeitsentfaltung eine Entziehung nur aus den Gründen der §§ 2333 ff. BGB⁷⁵ in Frage kommen. Im übrigen wäre die Testierfreiheit in vollem Umfang beizubehalten; haben auf diese Weise enterbte „faktische Familienangehörige“ für den Erblasser während längerer Zeit Dienste geleistet, so sollte ihnen ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Einigung über die „Zweckbestimmung“ ein Ersatzanspruch gewährt werden, dessen Höhe sich an dem Pflichtteil orientieren könnte, den ein blutsverwandter Angehöriger mit derselben Rolle in der Familie erhalten hätte. Auf diese Weise wird vermieden, daß Lebensgefährten oder Pflegekinder völlig ausgeschlossen, aber auch daß sie bevorzugt werden, was bei einer „Abrechnung“ nach §§ 812 ff. BGB durchaus eintreten kann⁷⁶. De lege lata läßt sich ein solcher Anspruch freilich nur mit Mühe konstruieren, es sei denn, man lasse die Berufung auf § 814 BGB, der bei mangelnder Abrede eingreifen würde, an Treu und Glauben scheitern.

Im Vergleich zur Erweiterung des Kreises der Erbberechtigten hat der Ausschluß weitentfernter Verwandter sehr viel mehr Aufmerksamkeit erfahren⁷⁷. Mit Recht wird daran Anstoß genommen, daß de lege lata u. U. auch Personen zu Erben berufen sind, die der Erblasser nicht gekannt, ja von deren Existenz er nicht einmal gewußt hat. Das Bestehen von Spezialfirmen in den USA, die sich der Ermittlung unbekannter Erben widmen⁷⁸, zeigt die relative Absurdität eines ad infinitum fortgesetzten Verwandtenerbrechts. Die verschiedentlich geforderte Beschränkung auf die „Solidargemeinschaft“ Familie⁷⁹ dürfte allerdings etwas zu weit gehen, da dann schon Geschwister nicht mehr mit Sicherheit zu den Erbberechtigten zählen würden. Ohne eine gewisse Willkür vermeiden zu können⁸⁰, scheint mir eine Grenzziehung nach den Erben der 3. Ordnung sinnvoll, wobei freilich zu beachten ist, daß entferntere Verwandte u. U. deshalb zum Erben berufen sind, weil sie mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben. Insgesamt sollte das Problem der unbegrenzten Verwandtenerbfolge allerdings nicht überbewertet werden, da insbesondere Inhaber größerer Vermögen in aller Regel den Anregungen ihre Umgebung folgen und Verfügungen von Todes wegen treffen werden.

3. Die Differenzierung zwischen einzelnen erbberechtigten Abkömmlingen

Die in § 1924 IV BGB angeordnete Gleichbehandlung der Kinder hat 1957 eine erste Durchbrechung erfahren, als der überlebende Ehegatte durch die Vorschrift des § 1371 IV BGB verpflichtet wurde, den einseitigen Abkömmlingen des Erblassers aus dem zusätzlichen Viertel des § 1371 I BGB die Mittel zu einer angemessenen Ausbildung zu gewähren, „wenn und soweit sie dessen bedürfen“. Die damit ins Spiel gebrachten Bedingungen des Einzelfalls haben durch die 1970

eingefügte Vorschrift des § 2057a BGB zusätzlich an Bedeutung gewonnen. Danach kann ein Abkömmling, der durch Mitarbeit im Haushalt, Beruf oder Geschäft des Erblassers während längerer Zeit, durch erhebliche Geldleistungen oder in anderer Weise in besonderem Maße dazu beigetragen hat, daß das Vermögen des Erblassers erhalten oder vermehrt wurde, bei der Auseinandersetzung eine Ausgleichung unter den Abkömmlingen verlangen. Das gleiche Recht steht einem Abkömmling zu, der unter Verzicht auf berufliches Einkommen den Erblasser während längerer Zeit gepflegt hat. Der Höhe nach ist die Ausgleichung so zu bemessen, „wie es mit Rücksicht auf die Dauer und den Umfang der Leistungen und auf den Wert des Nachlasses der Billigkeit entspricht“. Im Sozialversicherungsrecht findet sich schließlich eine dritte Form der Differenzierung: Die vom Erblasser ja über seine Beiträge mitfinanzierte Waisenrente steht nach § 1267 I RVO den Kindern bis zum 18., im Falle der Berufsausbildung bis zum 25. Lebensjahr zu, womit ebenfalls auf besondere Bedürfnisse, und nicht allein auf die Verwandtschaft abgehoben wird.

Diese ersten Schritte auf dem Weg zu einer differenzierenden Behandlung der Abkömmlinge lassen sich unschwer mit der Erwägung rechtfertigen, daß sie statt formaler eine materiale Gleichheit erstreben. Besonders deutlich wird dies im Rahmen des § 2057a BGB, dessen „billiger Ausgleich“ ja gerade ein Äquivalent für das erbrachte Sonderopfer darstellen soll. Auch § 1371 IV BGB läßt sich jedenfalls insoweit mit Gleichheitsgesichtspunkten rechtfertigen, als die mögliche Benachteiligung erstehelicher Kinder zwar nicht ausgeglichen, aber wenigstens durch Sicherstellung ihrer Ausbildung gemildert wird. Schließlich dient selbst die Beschränkung des § 1267 I RVO dem Gedanken inhaltlicher Gleichbehandlung, da nur in (notwendigerweise typisierten) Fällen besonderer Bedürftigkeit eine Rente gezahlt wird, während andere Abkömmlinge leer ausgehen. Zu kritisieren ist daher nicht der Ausgangspunkt, jedoch die wenig folgerichtige Durchführung in den erbrechtlichen Einzelvorschriften. So sollte das in § 1371 IV BGB geschützte Ausbildungsinteresse auch dann Berücksichtigung finden, wenn jüngere Geschwister im Gegensatz zu den älteren noch keine Berufsausbildung erhalten haben und nach geltendem Recht keine Ausgleichung nach § 2050 II BGB verlangen können. Weiter ist der in § 2057a BGB vorgesehene Opferausgleich in gleichem Umfang berechtigt, wenn nicht mehrere Abkömmlinge, sondern beispielsweise verschiedene Geschwister zu Miterben berufen sind. De lege ferenda ist man sich über diese Forderungen im wesentlichen einig⁸¹; wollte man sie im

73) Vgl. *Fenn*, S. 273 ff.

74) Zum Fall der vorzeitigen Auflösung des eheähnlichen Verhältnisses *Fenn*, S. 234.

75) Mit Ausnahme des § 2333 Ziff. 5 BGB.

76) Insofern tritt durchaus eine „Sperrwirkung des Eheerbs“ wie im schweizerischen Recht ein (dazu *Fenn*, S. 275), allerdings mit der entscheidenden Modifikation, daß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten in den Vergleich einbezogen wird.

77) Vgl. *Coing*, 49. DJT, S. A 36 ff.; *Firsching*, JZ 1972, 452, 454; *Reichert-Facilides*, 49. DJT, S. A 60 ff.

78) Vgl. *Firsching*, JZ 1972, 453 unter Hinweis auf *Rheinstein*.

79) Vgl. *Coing*, 49. DJT, S. K 95 unter Bezugnahme auf *Schelsky*.

80) Dies insbes. mit Rücksicht auf die spärlichen empirischen Daten—vgl. *Stöcker*, FamRZ 1971, 614 f.

81) Vgl. *Coing*, 49. DJT, S. A 37, 44; *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 26; *Hoyer*, 49. DJT, S. K 130.

Wege der Rechtsfortbildung durch die Gerichte realisieren, so wäre dies nur auf der Basis eines materialen Gleichheitsverständnisses möglich, das zu einer analogen Anwendung der §§ 1371 IV, 2057a BGB führen müßte⁸² – ein Schritt, der im Grunde nicht größer als die Anwendung des § 847 BGB auf die Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist⁸³, der aber in dem „strikeren“, mehr an überkommenen Begriffen orientierten Erbrecht schwerer realisierbar erscheint, sofern sich die Rechtsprechung nicht bewußt neuen Wegen zuwenden will.

4. Ergebnis

Die im Recht der gesetzlichen Erbfolge feststellbaren Tendenzen zur verstärkten Berücksichtigung des überlebenden Ehegatten, zur Einbeziehung nicht-blutsverwandter Personen sowie zur Differenzierung zwischen einzelnen Erben ist nachhaltig zu begrüßen. Durch die Sonderentwicklung des Miet- und Sozialversicherungsrechts sowie durch schuldrechtliche Hilfskonstruktionen sind allerdings Friktionen mit den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften entstanden, die nur teilweise im Wege der Auslegung zu korrigieren sind. Überdies sind reformerische Anliegen wie der Ausgleich für ein dem Erblasser erbrachtes Sonderopfer (§ 2057a BGB) nur unvollkommen realisiert worden, so daß auch aus diesem Grunde eine Neuregelung angebracht erscheint.

III. Die Erweiterung des rechtlichen Instrumentariums zur Regelung der Nachfolge von Todes wegen

1. Rechtsgeschäfte unter Lebenden

Testament und Erbvertrag sind die vom Gesetz vorgesehenen, jedoch keineswegs die einzigen Rechtsgeschäfte, mit denen die Nachfolge in das Vermögen des Erblassers geregelt wird. Aus der Praxis wird berichtet, daß Vermögen häufig schon unter Lebenden übertragen wird; Grund hierfür sei neben steuerlichen Erwägungen der Gedanke, den Kindern beim Aufbau einer eigenen Existenz zu helfen⁸⁴ oder rechtzeitig einen Nachfolger für das Unternehmen zu bestimmen⁸⁵. Inwieweit derartige Erscheinungen nur für begüterte Kreise zutreffen oder auch die Konsumhabe des Durchschnittsbürgers betreffen⁸⁶, läßt sich ohne umfangreiche empirische Untersuchungen nicht klären⁸⁷. Kein Zweifel dürfte jedoch darüber bestehen, daß das Erbrecht durch die Ausdehnung der „vorweggenommenen Erbfolge“ durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden insgesamt an Bedeutung verloren hat⁸⁸.

Das BGB hat gegen Erscheinungen dieser Art nur wenig Vorsorge getroffen. Die Schenkung unter Lebenden ist im Prinzip unbeschränkt zulässig; wird sie einem Abkömmling als Ausstattung gewährt, so besteht nach § 2050 I BGB im Zweifel eine Ausgleichspflicht gegenüber den Miterben, erhält er sie aus anderem Anlaß, besteht die Ausgleichspflicht nur kraft ausdrücklicher Anordnung des Erblassers. Schenkungen, die in den letzten 10 Jahren vor dem Erbfall gemacht wurden, führen nach § 2325 BGB zu einem Pflichtteilergänzungsanspruch, dessen Erfüllung freilich primär Sache des Erben ist, da der Beschenkte nur unter den Voraussetzungen des § 2329 BGB in Anspruch genommen werden kann. Lediglich im Falle des Erbvertrags sind dem Erblasser gemäß § 2287 BGB gewisse äußerste Grenzen gesetzt, die jedoch durch die Aufgabe der „Aushöhlungsrechtsprechung“ des BGH⁸⁹ noch weiter hinausgeschoben wurden. Leidtragende dieser Rege-

lung sind neben den durch Erbvertrag Bedachten die Pflichtteilsberechtigten, da sich die 10-Jahres-Frist des § 2325 III BGB mit Rücksicht auf die gestiegene Lebenserwartung⁹⁰ immer häufiger als unzureichend erweist. Benachteiligt wird auch der Fiskus: Zwar hat er durch die prinzipielle steuerliche Gleichbehandlung von Schenkung und Erwerb von Todes wegen seine Interessen prinzipiell gewahrt, doch ist nicht zu verkennen, daß die Möglichkeit zur Gesetzesumgehung und damit wohl auch die Steuerunehrlichkeit bei Rechtsgeschäften unter Lebenden ungleich größer sind. De lege lata läßt sich an diesem Rechtszustand nichts ändern⁹¹; offensichtlich schätzten die Verfasser des BGB den menschlichen Eigennutz so hoch ein, daß sie nicht mit einer Weggabe nennenswerter Vermögensgegenstände in größerer zeitlicher Distanz vom Erbfall rechneten.

2. Das „Nebenerbrecht“ der Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall

Die Schenkung unter Lebenden auf den Todesfall hat als einziges Rechtsgeschäft mit erbrechtlichem Einschlag eine gesetzliche Regelung gefunden, die den Anwendungsbereich des Erbrechts ausdrücklich von dem der anderen zivilrechtlichen Normen abgrenzt. § 2301 BGB sieht als entscheidendes Moment die „Vollziehung“ unter Lebenden an, da das dabei vom Erblasser erbrachte Opfer bei Verfügungen von Todes wegen nicht eintritt. Im Anschluß an die Motive⁹² nimmt die weit überwiegende Meinung⁹³ eine solche Vollziehung bereits dann an, wenn eine auf den Tod aufschiebend bedingte Verfügung zugunsten des Beschenkten vorliegt. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß der Erblasser ähnlich wie beim gemeinrechtlichen Vindikationslegat einen einzelnen Vermögensgegenstand mit dinglicher Wirkung einem Dritten zuwenden und so dem eigentlichen Nachlaß entziehen kann. Soll der Bedachte kein dingliches Recht, sondern eine Forderung, z. B. ein Sparguthaben erhalten, so bietet sich als weiteres Mittel der in § 331 BGB pauschal zugelassene Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall an. So ist etwa ein zwischen der Bank und einem Depotkunden geschlossener Vertrag auch ohne Wahrung der erbrechtlichen Formvorschriften gültig, wonach ein Dritter im Augenblick des Todes des Kunden ein Recht auf Übereignung der Wertpapiere erhal-

82) Auch die Begründung von *Reichert-Facilides* (49. DJT, S. K 38) ist wohl nur rechtspolitisch gemeint.

83) Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung BVerfGE 34, 269.

84) *Schippel*, 49. DJT, S. K 54.

85) *Helms*, 49. DJT, S. K 110.

86) So *Renner*, S. 169: „Die Konsumhabe des Verscheidenden wird zumeist durch Verfügung unter Lebenden auf die nächste Umgebung übertragen, wenn sie nicht durch die Kosten der Invalidität und Krankheit längst aufgezehrt ist.“

87) Für soziologische Untersuchungen über Versuche, die Erbfolge zu umgehen, *Firsching*, JZ 1972, 456.

88) *Bartholomeyczik*, S. 13.

89) BGHZ 59, 343 = NJW 1973, 240.

90) Zahlenangaben bei *Coing*, 49. DJT, S. A 15.

91) Ohne polizeistaatlichen Aufwand läßt sich z. B. nicht feststellen, ob ein beurkundeter Kaufpreis nur fingiert ist oder ob die besonders geringe Höhe auf einer Schenkungsabsicht des „Verkäufers“ oder auf einer Äquivalenzstörung beruht, die nicht die Voraussetzungen des § 138 BGB erfüllt.

92) Band V, S. 352.

93) *KG*, JR 1959, 101; *OLG Hamburg*, NJW 1963, 449; *KG*, NJW 1972, 497, 1357; *Bartholomeyczik*, S. 414; *Brox*, S. 402; *Palandt-Keidel*, § 2301 Anm. 3c; *Staudinger-Boehmer*, Einl. § 26 Rdnr. 16; *Staudinger-Lehmann*, Vorbem. vor §§ 1931–41 Rdnr. 13.

ten soll⁹⁴. Wird in einem Bausparvertrag ein Dritter für bezugsberechtigt erklärt, so liegt hierin eine unentgeltliche Zuwendung⁹⁵. Weit verbreitet ist schließlich der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter, der den Anspruch des Begünstigten auf die Versicherungssumme gleichfalls nicht in den Nachlaß fallen läßt⁹⁶.

Die unbestrittene Zulässigkeit dieser Rechtsgeschäfte führt dazu, daß so gut wie die gesamten Rücklagen der meisten Haushalte in anderen als erbrechtlichen Formen „vererbt“ werden können. Da Bankguthaben, Wertpapierdepots, Lebensversicherungs- und Bausparverträge neben Grundbesitz die wichtigsten Formen der Geldanlage darstellen⁹⁷, erfaßt das eigentliche Erbrecht unter Umständen nur noch einen kleinen Teil des Nachlasses. Diese Möglichkeit ist entgegen dem bislang Üblichen⁹⁸ der Reformdiskussion zugrunde zu legen, weil sonst von vorneherein eine Verengung auf einen Teilbereich eintritt, dessen Neustrukturierung evtl. nur verstärktes Ausweichen in das „Nebenerbrecht“ zur Folge hat.

Die Zulassung dieser Art Zuwendungen verstößt vom wirtschaftlichen Ergebnis her gegen nahezu alle leitenden Prinzipien des geltenden Erbrechts. Der Numerus clausus erbrechtlicher Gestaltungsformen wird dadurch überspielt, daß einzelne Gegenstände bestimmten Personen zufallen, was im Ergebnis einem dinglichen Vermächtnis gleichkommt. Die strengen Formvorschriften finden keine Beachtung, da die vollzogene Schenkung ebenso formlos gültig ist wie der Vertrag zugunsten Dritter. Die als Grundsatz so umfassend geschützte Willensfreiheit des Erblassers, die nach § 2302 BGB nicht einmal obligatorische Bindungen verträgt, erfährt die normalen, bei Rechtsgeschäften unter Lebenden üblichen Einschränkungen, da anders als nach den Vorschriften über den Erbvertrag beispielsweise der Motivirrtum keinerlei Rückgängigmachung einmal vorgenommener Akte gestattet. Weiter ist der Ausschluß Erbunwürdiger allenfalls über die Hilfskonstruktion des Widerrufs der Schenkung wegen groben Undanks möglich. Die Nachlaßgläubiger besitzen zwar das Anfechtungsrecht nach § 32 KO bzw. § 3 I Ziff. 3 AnfG, doch stellen sie sich im Ergebnis erheblich schlechter, als wenn die betr. Gegenstände in den Nachlaß gefallen wären: Zum einen versagt ihr Anfechtungsrecht, wenn die aufschiebend bedingte Verfügung mehr als ein Jahr vor dem Tod des Erblassers erfolgte⁹⁹, zum anderen ergreift es bei Versicherungsverträgen nach herrschender Meinung nur die Prämien des letzten Jahres, nicht jedoch die Versicherungssumme selbst¹⁰⁰. Auch die Pflichtteilsberechtigten sind durch die Ansprüche nach §§ 2325 ff. nicht ausreichend geschützt, da zweifelhaft ist, ob überhaupt in allen hier angeführten Fällen eine (die Einigung über die Unentgeltlichkeit voraussetzende) Schenkung und damit die Grundbedingung für einen Anspruch aus § 2325 I BGB vorliegt¹⁰¹. Selbst wenn man das einmal unterstellt, ergibt sich zum zweiten das Problem der Zehnjahresfrist des § 2325 III BGB, die mit der Vornahme des „Vollzugsgeschäfts“, d. h. der aufschiebend bedingten Verfügung zu laufen beginnt¹⁰². Weiter haftet der Empfänger der Zuwendung gemäß § 2329 BGB nur nach Bereicherungsgrundsätzen und schließlich sollen bei Versicherungsverträgen nach herrschender Meinung nur die Prämien der letzten 10 Jahre, nicht aber die Versicherungssumme selbst dem Nachlaß hinzugerechnet werden¹⁰³.

Der scheinbar unumgängliche Schluß auf die Unzulässigkeit der hier behandelten Rechtsgeschäfte würde gegen eine Jahrzehnte alte Praxis verstoßen, die schwerlich mit dem bloßen Argument rechtsdogmatischer Systemwidrigkeit vom Tisch gewischt werden kann. Bei den weiteren Reformarbeiten wird man sich vielmehr fragen müssen, warum es zu diesem „Massenungehorsam“ gegenüber erbrechtlichen Wertungen kam; vieles spricht dafür, daß die Formstrenge des Erbrechts und die beschränkte Zahl der Gestaltungsformen den auftauchenden Bedürfnissen nicht gerecht wurden, so daß die Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall die Funktion erhielten, vorhandene Defizite der „eigentlichen“ Erbrechtsordnung auszugleichen.

Scheidet somit eine generelle Unzulässigkeit dieser „Umgehungsgeschäfte“ aus¹⁰⁴, so bedeutet dies nicht, daß deshalb jede Abweichung von erbrechtlichen Prinzipien, jede Verletzung vom Erbrecht geschützter Interessen zulässig wäre. Wie an anderer Stelle ausgeführt¹⁰⁵, müssen jedenfalls die Interessen der Nachlaßgläubiger und Pflichtteilsberechtigten schon de lege lata volle Anerkennung erfahren, was insbesondere bedeutet, den für die Anfechtungsfrist und den Pflichtteilergänzungsanspruch maßgebenden „Schenkungs vollzug“ dem tatsächlichen wirtschaftlichen Vorgang entsprechend auf den Zeitpunkt des Erbfalls zu legen und Versicherungssummen als (dinglich wirkende) Zuwendungen des Erblassers zu behandeln, die in vollem Umfang dem Nachlaß hinzugerechnet werden bzw. der Anfechtung durch die Nachlaßgläubiger unterliegen¹⁰⁶. Für eine Wahrung erbrechtlicher Formvorschriften besteht demgegenüber kein Anlaß, da die Beteiligung zumindest einer weiteren Person die spezifischen Beweisschwierigkeiten vermeidet, die zur Formstrenge im Erbrecht geführt haben¹⁰⁷.

3. Der Spezialfall der Nachfolgeklausele

Der Vererbung der Gesellschafterstellung bei Personengesellschaften haben sich mit Rücksicht auf die nicht alle Fragen klärende Rechtsprechung des BGH¹⁰⁸ außerordentlich zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen gewidmet¹⁰⁹.

94) BGHZ 41, 95 = NJW 1964, 1124.

95) BGH, NJW 1965, 1913.

96) Vgl. §§ 166–168 VVG. Zu den in Frage stehenden Summen s. Coing, 49. DJT, S. A 13, 16.

97) Zahlenangaben bei Coing, 49. DJT, S. A 16.

98) So haben Gutachten, Referat und Diskussionsbeiträge auf dem 49. DJT diese Problematik fast völlig ausgeklammert, vermutlich, weil die Begriffe „gesetzliches Erbrecht“ und „Pflichtteilsrecht“ strikt i. S. der herrschenden Terminologie ausgelegt wurden, ohne daß man nach funktionellen Äquivalenten gefragt hätte.

99) Vgl. Staudinger-Dittmann, § 2301 Rdnr. 16 ff.

100) Erman-Hense, § 2301 Rdnr. 12; Palandt-Heinrichs, § 330 Anm. 2; Staudinger-Dittmann, § 2301 Rdnr. 41, jeweils m. w. Nachw.

101) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, § 2325 Rdnr. 1.

102) Vgl. BGH, NJW 1970, 1638 m. Anm. Speckmann.

103) Palandt-Heinrichs, § 330 Anm. 2d.

104) Dies folgt schon aus §§ 331, 2301 BGB – der Gesetzgeber hat also insoweit selbst keine genügende Vorsorge getroffen.

105) Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, Köln 1965, S. 55 ff.

106) Hoffmann, Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen, AcP 158, 178; Zehner, Versicherungssumme und Nachlaßinteressenten, AcP 153, 424.

107) Däubler, aaO, S. 63.

108) BGHZ 22, 186 ff.; BGH, BB 1973, 166; BGH, BB 1974, 249.

109) Vgl. Behrens, OHG und erbrechtliche Nachfolge. Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 1969; Rokas, Die Teilhaberschaft an der Offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung, Berlin 1965; Schmitz-Herscheidt, Die Unternehmensnachfolge in der OHG von Todes wegen, Berlin 1969, u. a.

Die ungleich geringere Aufmerksamkeit, die dasselbe Problem bei Kapitalgesellschaften erfahren hat, verweist auf den wirtschaftlichen Hintergrund der Bemühungen: Es geht um die Auswahl des geeigneten, auch für die Mitgesellschafter akzeptablen Nachfolgers, um die Beschränkung der Gesellschafterzahl sowie um die Vermeidung von Abfindungsansprüchen, die die Weiterexistenz des Unternehmens gefährden könnten. Fragen dieser Art spielen vorwiegend bei oHG und KG, allenfalls noch bei der personalistischen GmbH, nicht jedoch bei sonstigen Kapitalgesellschaften eine Rolle, da diese von der Zahl und den Personen der Gesellschafter unabhängig sind und statt der Abfindung „Außenstehender“ die Aufteilung der Mitgliedschaft ermöglichen.

Die vom BGH entwickelte „Beinahe-Sondererbfolge“ kraft Gesellschaftsvertrags¹¹⁰ trägt den bezeichneten Interessen prinzipiell Rechnung. Sie zu einer echten Sondererbfolge analog dem Höferecht auszubauen¹¹¹, hätte nur den Sinn einer Rechtsvereinfachung. Schwieriger ist die Behandlung von Abfindungs- und Bewertungsklauseln: Sie dürfen ebensowenig wie sonstige Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall die Rechte der Pflichtteilsberechtigten und Nachlaßgläubiger verletzen, zumal die neu geschaffene Stundungsmöglichkeit des § 2331a BGB gegen eine Zerschlagung von Kleinunternehmen schützt. Fällt daher der Gesellschaftsanteil nicht in den Nachlaß (sondern wächst den

Mitgesellschaftern zu) und erreicht der den Erben im Gesellschaftsvertrag eingeräumte Abfindungsanspruch nicht den Verkehrswert des Anteils, so sind die übrigen Gesellschafter hinsichtlich der Differenz wie auf den Todesfall Beschenkte zu behandeln. Dasselbe gilt erst recht, wenn jede Abfindung ausgeschlossen ist¹¹².

4. Ergebnis

Die Weiterentwicklung des Rechts der gewillkürten Erbfolge hat sich im wesentlichen außerhalb des Erbrechtssystems vollzogen. Rechtsgeschäfte unter Lebenden üben unter Durchbrechung fundamentaler erbrechtlicher Prinzipien die Funktion letztwilliger Gestaltungsmittel aus. De lege lata besteht nur die Möglichkeit, wenigstens die Interessen von Pflichtteilsberechtigten und Nachlaßgläubigern zu wahren; im übrigen bleibt die Aufgabe der besseren Harmonisierung mit den „klassischen“ erbrechtlichen Normen, deren Funktionsverlust immer sichtbarer wird.

110) BGHZ 22, 185 ff.

111) S. die Überlegungen bei *Coing*, 49. DJT, S. A 37; *Dieckmann*, 49. DJT, S. K 31; *Schippel*, 49. DJT, S. K 58.

112) Zum Spezialproblem der zeitlichen Grenzen von Nachfolgeklauseln und der Gründung von Familienstiftungen *Däubler*, JZ 1969, 499 ff. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Dimension dieser „Erbhöfe“ wird nicht erkannt bei *Reuter*, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, Frankfurt/Main 1973, S. 15 ff.