

ANATOL DUTTA

# Warum Erbrecht?

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

101

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

101

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Anatol Dutta

# Warum Erbrecht?

Das Vermögensrecht des Generationenwechsels  
in funktionaler Betrachtung

Mohr Siebeck

*Anatol Dutta*, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford; 2006 Promotion, Otto-Hahn-Medaille der Max-Planck-Gesellschaft; 2012 Habilitation; 2003–2006 Assistent sowie 2007–2014 Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2013 Lehrstuhlvertretung in Passau und Regensburg; seit 2014 Inhaber eines Lehrstuhls an der Universität Regensburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-152729-6

ISBN 978-3-16-152728-9

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Winter 2012 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen und schloss damit einen Abschnitt in meinem akademischen Leben ab, der von der inspirierenden und offenen Atmosphäre am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht geprägt war.

Einigen Personen, die mich auf dem Weg zum Abschluss der Schrift unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle besonders danken:

Mein akademischer Lehrer Professor Jürgen Basedow hat durch sein Vertrauen in die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft seiner Schüler große Freiräume für wissenschaftliche Neugierde und Kreativität geboten, die ich hoffe, mit dieser Arbeit verantwortungsvoll genutzt zu haben.

Professor Reinhard Bork hat nicht nur sehr zügig das Zweitgutachten verfasst, sondern mir auch wertvolle Anregungen gegeben und mich während meiner Habilitandenzeit in meinem Bemühen unterstützt, an der Hamburger Fakultät Lehrerfahrung zu sammeln.

Matteo Fornasier und Christian Heinze standen mir in vielen wichtigen Gesprächen als Kollegen und Freunde zur Verfügung. Auf vielfältige Weise gefördert haben mich in meinem bisherigen Werdegang Professor Walter Pintens, Jens Scherpe und Professor Kurt Siehr.

Zahlreiche Angehörige und Gäste des Instituts fungierten als Augen und Ohren in nahen wie fernen Rechtsordnungen und haben bei der Recherche unschätzbare Hilfe geleistet. Die Mitarbeiter der schier unerschöpflichen Institutsbibliothek haben jeden Anschaffungswunsch erfüllt und geholfen, so manchen verborgenen Schatz in ihrer Sammlung zu heben. Mathilde Grünfelder und Janina Jentz in Hamburg sowie Monika Hilbert, Christina Digeser, Mauritius Nagelmüller und Ludwig Wenzl in Passau haben mich mit großem Einsatz bei der Drucklegung und Fahnenkorrektur unterstützt.

Besonders zu danken habe ich freilich meiner Familie, die mich erfahren hat lassen, wie weit der Altruismus zwischen Familienmitgliedern, von dem auch in diesem Buch die Rede ist (etwa unten → S. 391), im Alltag reicht: Beiträge selbst dann zu erbringen, wenn momentan nur wenig Gegenleistung zu erwarten ist. – Katharina, Helene und Wenzel, ich danke Euch.

Hamburg, im Sommer 2013

Anatol Dutta



# Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung .....	1
-----	------------------	---

## 1. Teil

### Die Mechanik einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung

§ 2	Regelungsebenen des gesetzlichen Erbrechtsmodells .....	9
§ 3	Die Befugnis zur privaten Erbrechtsetzung durch Stiftungserrichtung – ein Blick ins deutsche Recht.....	21
§ 4	Mögliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung – eine rechtsvergleichende und historische Umschau.....	47
§ 5	Erstes Zwischenresümee und weiteres Vorgehen.....	147

## 2. Teil

### Die Funktionen des Erbrechts und ihre Umsetzung

§ 6	Erblassermotivation durch Erbrecht.....	151
§ 7	Umverteilung durch Erbrecht.....	185
§ 8	Aktualisierung durch Erbrecht .....	303
§ 9	Solidarität durch Erbrecht .....	385
§ 10	Kontinuität durch Erbrecht .....	477
§ 11	Räumlich-persönliche Reichweite inländischer Erbrechtsgesetzgebung .....	545
§ 12	Ergebnisse.....	573
	Schrifttum .....	577
	Ausländische und historische Rechtsquellen.....	653
	Personen- und Sachregister .....	665





# Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung .....	1
I.	Erbrecht und Erbrechtsgesetzgebung .....	1
II.	Private Erbrechtsetzung als notwendiger Bestandteil einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung – das Erfordernis eines funktionalen Erbrechtsverständnisses .....	3
III.	Das Thema dieser Arbeit: Die Funktionen des Erbrechts und ihre Umsetzung durch eine umfassende Erbrechtsgesetzgebung .....	6

## 1. Teil

### Die Mechanik einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung

§ 2	Regelungsebenen des gesetzlichen Erbrechtsmodells .....	9
I.	Gewillkürtes Erbrecht .....	9
II.	Intestaterbrecht .....	12
	1. Praktische Relevanz.....	12
	2. Regelungsmaximen .....	13
	3. Regelungspotential .....	15
III.	Zwingendes Erbrecht .....	19
IV.	Durchsetzung des gesetzlichen Modells.....	20
§ 3	Die Befugnis zur privaten Erbrechtsetzung durch Stiftungserrichtung – ein Blick ins deutsche Recht.....	21
I.	Ausschluss des gesetzlichen Erbrechtsmodells .....	21
	1. Kein Erbfall bei der unsterblichen Stiftung .....	21
	2. Abgrenzung zu anderen Organisationsformen für generationenübergreifende Vermögen .....	24
	a) Die Handelsgesellschaft .....	25
	b) Die Familie.....	28
II.	Bindung des Vermögens durch ein privates Erbrecht .....	30
	1. Ein funktionales Erbrechtsverständnis.....	30

a)	Verwaltungs-, Nutzungs- und Haftungsteilhabe als wirtschaftliche Elemente der rechtlichen Vermögensträgerschaft.....	31
b)	Regelungen über die Weitergabe der Vermögensteilhabe für eine unbestimmte Anzahl von Erbfällen als Erbrecht.....	32
2.	Die privatnützige Stiftung als (positiver) Erbrechtsetzungsmechanismus .....	35
III.	Verbindlichkeit des dauerhaften Erbrechtsausschlusses und der generationenübergreifenden Vermögensbindung .....	39
1.	Perpetuierung des Stifterwillens bei der Stiftung.....	40
2.	Abgrenzung zu Ersatzformen der Stiftung.....	43
a)	Stiftungskörperschaften.....	43
b)	Unselbständige Stiftung .....	45
§ 4	Mögliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung – eine rechtsvergleichende und historische Umschau.....	47
I.	Vollständiges Verbot der privaten Erbrechtsetzung .....	47
1.	Allgemein: Beschränkung der Stiftung auf gemeinnützige Stiftungen .....	47
a)	Gemeinnützige Vermögen = erbrechtslose Vermögen.....	49
b)	Aber zunehmend: Zulässigkeit privatnütziger Stiftungen.....	50
2.	Innerhalb der Familie .....	53
a)	Die Abschaffung der Familienfideikommisse .....	54
aa)	Herkunft der Familienfideikommisse: Germanischer Wolf im römischen Schafspelz oder „spanische Mode“? .....	54
bb)	Das Familienfideikommiss als Erbrechtsetzungsmechanismus.....	57
cc)	Das Ende der Familienfideikommisse.....	59
b)	Das Ende der hochadligen Hausvermögen .....	63
c)	Ein Blick ins common law: Die frühe Schwächung des fee tail (entail) und die Rolle der strict settlements.....	66
3.	Fernwirkungen des Fideikommissverbots im Stiftungsrecht?.....	70
a)	Funktionsäquivalenz .....	71
b)	Die Müßigkeit der Diskussion um die Frage der Vermögensträgerschaft.....	73

c)	Ausstrahlung auf die Familienstiftung sowie andere Verbindungslinien und Parallelen .....	78
II.	Zeitliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung .....	83
1.	Certae personae und Justinians Novelle 159 beim fideicommissum – und deren spätere Verdrängung .....	83
2.	Die Rule against perpetuities beim trust – und ihr Niedergang .....	85
a)	Der trust als Erbrechtsetzungsmechanismus .....	86
b)	Zeitliche Grenzen durch die rule against perpetuities .....	90
3.	Höchstdauer einer vom Erblasser angeordneten sukzessiven Nachlassteilhabe .....	96
a)	Vor- und Nacherbschaft .....	96
b)	Dauer(testaments)vollstreckung .....	99
4.	Entsprechungen bei der privatnützigen Stiftung? .....	101
III.	Inhaltliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung .....	105
1.	Erbersatzsteuer beim „Erbfall“ .....	105
a)	Erbersatzsteuer kraft tatsächlichen „Erbfalls“ .....	106
b)	Erbersatzsteuer kraft fingierten „Erbfalls“ .....	107
c)	Relativierungen .....	109
2.	Mindestvermögensteilhabe der „Erben“ .....	112
a)	Grenzen bei der Ausgestaltung der Vermögensteilhabe der „Erben“ .....	112
aa)	Mindestnutzungsteilhabe .....	112
bb)	Mindestverwaltungsteilhabe .....	115
cc)	Mindesthaftungsteilhabe .....	120
b)	Grenzen bei der höchstpersönlichen Ausgestal- tung der teilhabevermittelnden Rechtsposition der „Erben“ .....	123
3.	Schutz der weichenden Familienmitglieder des „Erblassers“ .....	127
4.	Allgemeine Inhaltskontrolle des privaten Erbrechts .....	128
IV.	Quantitative Grenzen der privaten Erbrechtsetzung .....	130
V.	Reformierbarkeit oder Aufhebbarkeit des privaten Erbrechts durch Vertreter nachfolgender Generationen .....	131
VI.	Eingangsbesteuerung der privaten Erbrechtsetzung .....	136
VII.	Keine Grenzen der privaten Erbrechtsetzung – Abgrenzung zu anderen Schranken für Vermögensbindungsmechanismen .....	137
1.	Beschränkung unternehmenstragender Stiftungen .....	137
2.	Die Verhaftung des Erbrechtsetzers und seines eigenen Erbfalls im zwingenden Erbrecht des gesetzlichen Modells .....	138

3. Grenzen der erbrechtlichen Privatautonomie allgemein .....	141
VIII. Durchsetzung der Grenzen .....	144
§ 5 Erstes Zwischenresümee und weiteres Vorgehen .....	147
 2. Teil Die Funktionen des Erbrechts und ihre Umsetzung  	
§ 6 Erblassemotivation durch Erbrecht .....	151
I. Potentielle Anreize des Erblassers zu Produktivität und Sparsamkeit im gesetzlichen Modell .....	152
1. Testierfreiheit .....	153
2. Familienintestaterbfolge .....	155
3. Relativierungen durch Pflichtteil und staatliche Nachlassbeteiligung .....	156
II. Mögliche Grundlage der Erblassemotivation – Die Lehre von den Vererbungsmotiven .....	159
III. Zweifel an der Erblassemotivation durch Erbrecht .....	162
1. Theoretische Zweifel an Existenz und Reichweite der Vererbungsmotive .....	163
a) Die Motive im Einzelnen .....	163
b) Die Motive allgemein .....	164
c) Anreize zu Produktivität und Sparsamkeit jenseits der Vererbungsmotive .....	166
2. Grenzen der Ökonomik und Empirie .....	170
IV. Gefahr einer Demotivation des „Erblassers“ durch private Erbrechtsetzung? .....	174
V. Ausgleich durch gesteigerte Erbrechtsetzermotivation? .....	179
1. Vervielfältigung der Erblassemotivation .....	179
2. Unsterblichkeit durch private Erbrechtsetzung .....	180
VI. Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung .....	183
§ 7 Umverteilung durch Erbrecht .....	185
I. Umverteilende Elemente des gesetzlichen Modells .....	185
1. Private Umverteilung durch Erbteilung .....	185
a) Intestaterbteilung .....	186
b) Gewillkürte Erbteilung .....	190
c) Zwingende Erbteilung: Der Pflichtteil .....	192
2. Öffentliche Umverteilung durch Nachlassbeteiligung des Staates .....	194

a)	Intestatbeteiligung des Staates .....	195
b)	Gewillkürte Beteiligung des Staates.....	195
c)	Zwingende Beteiligung des Staates: Die Erbschaftsteuer.....	195
II.	Warum Umverteilung beim Erbfall?.....	197
1.	Gleichmäßigere Verteilung des Vermögens in der Gesellschaft.....	198
a)	Im Hinblick auf die Verwaltungsteilhabe: Das Verhindern einer generationenübergreifenden Machtkonzentration.....	201
aa)	Private Macht durch Verwaltungsteilhabe .....	202
bb)	Kaum Umverteilungspotential des Erbrechts .....	204
cc)	Der Erbfall als falscher Ansatzpunkt .....	207
b)	Im Hinblick auf die Nutzungsteilhabe: Die Angleichung der wirtschaftlichen Lebensverhältnisse .....	208
aa)	Aspekte der Ungleichverteilung.....	209
bb)	Umverteilungspotential des Erbrechts.....	213
c)	Zwischenergebnis.....	221
2.	Wahrung des Leistungsprinzips.....	222
a)	Verstoß der Privaterbfolge gegen das Leistungsprinzip.....	223
aa)	Privaterbfolge als Familienerbfolge ohne Wettbewerb.....	224
bb)	Leistungsprinzip als Familienprinzip? .....	225
b)	Umverteilungspotential des Erbrechts.....	227
c)	Sinn und Zweck des Leistungsprinzips: Ausschöpfung des Leistungspotentials in der Gesellschaft.....	231
3.	Gegenleistung an die Allgemeinheit.....	237
III.	Umverteilungsneutrale Vermögensweitergabe an Private – Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell (I) .....	240
1.	Gemeinnützige Zuwendungen .....	240
2.	Weitergabe eines vom Erben gebildeten oder erhaltenen Vermögens .....	243
3.	Haushaltsinterne Vermögensweitergabe .....	246
IV.	Schwächen der Erbteilung, insbesondere des Pflichtteils – Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell (II).....	252
1.	Umverteilung durch Private.....	253
a)	Abhängigkeit vom Erblasserwillen .....	253
aa)	Vermögenskonzentration durch Testierfreiheit?.....	253
bb)	Umverteilende Ausübung der Testierfreiheit?.....	257

cc) Zwingende Erbteilung – und ihre Relativierung.....	260
b) Abhängigkeit vom Willen der Erben.....	267
2. Abhängigkeit von der demographischen Entwicklung .....	270
3. Umverteilung nur in der Familie .....	275
V. Stärken der staatlichen Nachlassbeteiligung, insbesondere der Erbschaftsteuer – Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell (III).....	277
1. Umverteilung durch den Staat .....	277
2. Unabhängigkeit von der demographischen Entwicklung .....	280
3. Umverteilung in der gesamten Gesellschaft .....	280
VI. Ausgestaltung einer umverteilungseffizienten Erbschaft- steuer – Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell (IV).....	282
1. Technik der Umverteilung – Nachlasssteuer und Erbfallsteuer im Vergleich.....	285
a) Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse des Erben.....	285
b) Anreiz des Erblassers zur umverteilenden Ausübung der Testierfreiheit.....	287
c) Erbfallübergreifende Besteuerung beim Erben.....	290
2. Gegenstand der Umverteilung .....	291
3. Umfang der Umverteilung .....	293
VII. Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung.....	295
1. Mechanismusneutrale Ausgestaltung der Erbersatzsteuer .....	296
2. Beschränkung auf private Erbrechtsetzung zugunsten einer Familiendynastie?.....	296
3. Erbersatzsteuer kraft fingierten oder tatsächlichen „Erbfalls“?.....	298
4. Typisierung der Umverteilungswirkung beim fingierten „Erbfall“.....	299
VIII. Zwischenergebnis .....	301
§ 8 Aktualisierung durch Erbrecht.....	303
I. Aktualisierende Elemente des gesetzlichen Modells: Umfassende Vermögensteilhabe der Erben.....	304
1. Intestaterbrechtliche Aktualisierung beim Erbfall .....	304
2. Grenzen einer Perpetuierung durch den Erblasser .....	304
a) Perpetuierungsmechanismen .....	305
b) Besondere Grenzen .....	307

aa)	Quantitative Mindestaktualisierung .....	308
bb)	Inhaltliche Mindestaktualisierung .....	310
cc)	Zeitliche Mindestaktualisierung .....	311
c)	Allgemeine Grenze: Das Verbot teilhabeloser Vermögen.....	312
II.	Warum Aktualisierung beim Erbfall? .....	315
1.	Gleichmäßigere Verteilung des Vermögens in der Gesellschaft: Vermögenskonzentration durch beschränkte Vermögensteilhabe?.....	316
a)	Aktualisierung der Verwaltungs- und Haftungsteilhabe .....	316
b)	Aktualisierung der Nutzungsteilhabe .....	321
2.	Wahrung der Entscheidungsfreiheit der Erben: Unfreiwillige Pflichten oder Obliegenheiten durch beschränkte Verwaltungsteilhabe?.....	322
a)	Prozeduraler Schutz der Erben .....	323
b)	Materialisierung der Entscheidungsfreiheit als taugliches Aktualisierungsziel? .....	326
c)	Abgrenzung: Der Schutz von (erbrechtlichen) Freiheitsräumen.....	329
3.	Wahrung der Generationengerechtigkeit: Das Interesse an einer umfassenden Vermögensteilhabe der lebenden Generationen .....	331
a)	Aktualisierung der Verwaltungsteilhabe .....	335
aa)	Die Mobilität der Vermögensgegenstände .....	335
bb)	Schutz des reibungslosen Rechtsverkehrs? .....	340
cc)	Die Bedeutung der umfassenden Verwaltungsteilhabe allgemein .....	341
dd)	Relativierungen des erbrechtlichen Aktualisierungspotentials.....	345
b)	Aktualisierung der Nutzungsteilhabe?.....	352
c)	Aktualisierung der Haftungsteilhabe? .....	353
4.	Wahrung des Leistungsprinzips: Haftungsfeste und marktunabhängige Vermögensteilhabe als unverdienter Vorteil .....	355
a)	„Property plus“ für die Erben .....	356
b)	Sinn und Zweck des Leistungsprinzips, insbesondere beim Ausschluss der Haftungsteilhabe .....	359
c)	Kein erbrechtliches Aktualisierungspotential, wenn „property plus“ für jedermann .....	362
5.	Zwischenergebnis .....	367
III.	Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell .....	368



1.	Allgemeine erbrechtliche Perpetuierung? .....	368
2.	Perpetuierung durch Erblasser bei wirtschaftlich schwachen Erben .....	368
3.	Haushaltsinterne Vermögensweitergabe? .....	371
IV.	Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung .....	373
1.	Untaugliche Grenzen: Reformierbarkeit oder Aufhebbarkeit des privaten Erbrechts .....	374
2.	Taugliche Grenzen .....	374
a)	Zeitliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung: Gleichlauf mit gewillkürter Perpetuierungsmacht des Erblassers im gesetzlichen Modell .....	375
b)	Inhaltliche Grenzen der privaten Erbrecht- setzung, vor allem durch Mindestvermögens- teilhabe der „Erben“ .....	376
c)	Verbot der privaten Erbrechtsetzung; Enteignung des gebundenen Vermögens als Alternative? .....	379
d)	Eingangsbesteuerung der privaten Erbrechtsetzung .....	382
3.	Laissez-faire und Mindestaktualisierung als default- Regime .....	383
V.	Zwischenergebnis .....	384
§ 9	Solidarität durch Erbrecht .....	385
I.	Solidaritätselemente im gesetzlichen Erbrechtsmodell .....	385
1.	Zulässigkeit einer Privaterbfolge .....	385
2.	Relative Erbenbestimmung .....	386
a)	Durch den Erblasser – Testierfreiheit .....	387
b)	Durch das Gesetz – Intestaterbfolge oder zwingende Erbfolge innerhalb der Familie .....	389
II.	Warum erbrechtliche Solidarität? .....	390
1.	Zwei allgemeine Vorüberlegungen .....	390
a)	Das Interesse an Nähebeziehungen in der Gesellschaft .....	390
b)	Der Beitrag der erbrechtlichen Solidarität zur Stärkung der Nähebeziehungen .....	392
2.	Bereinigung der lebzeitigen Nähebeziehung – Gerechter Interessenausgleich (I) .....	394
a)	Materielle und immaterielle Teilhabe- gerechtigkeit .....	394
b)	Generationengerechtigkeit .....	397
3.	Nachwirkung der lebzeitigen Nähebeziehung – Gerechter Interessenausgleich (II) .....	398

a)	Stabilität im Hinblick auf eine aktuelle oder potentielle Nutzungsteilhabe: Versorgung durch erbrechtliche Solidarität .....	399
aa)	Mangelndes Bedürfnis wegen öffentlicher Versorgung?.....	401
bb)	Mangelndes Bedürfnis wegen zunehmender Lebenserwartung? .....	403
b)	Stabilität im Hinblick auf die bisherige Vermögensteilhabe: Haushaltsinterne erbrechtliche Solidarität .....	404
4.	Vorwirkung auf die lebzeitige Nähebeziehung .....	406
III.	Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell .....	409
1.	Möglichkeit einer erbrechtlichen Solidarität durch Erbschaftsteuerverschonung .....	409
a)	Gerechter Interessenausgleich .....	409
b)	Vorwirkung auf die lebzeitige Nähebeziehung.....	411
2.	Gewillkürte Solidarität durch Testierfreiheit .....	412
a)	Gerechter Interessenausgleich? .....	412
aa)	Eingeschränkte Richtigkeitsgewähr der gewillkürten Solidarität.....	414
bb)	Gefahr solidaritätsfremder Testierziele .....	418
cc)	Konsistenz des Familienvermögensrechts .....	420
dd)	Tatsächliches Testierverhalten .....	421
b)	Vorwirkung auf die lebzeitige Nähebeziehung? .....	422
3.	Zwingende (Mindest)solidarität durch Pflichtteil .....	427
a)	Ausgangspunkt: Schwächen des Quotenpflichtteils.....	427
aa)	Nur eingeschränkte Vorwirkung auf die lebzeitige Nähebeziehung .....	427
bb)	Nicht zwangsläufig gerechter Interessenausgleich .....	429
cc)	Abschreckung vor Nähebeziehungen? .....	432
dd)	Aber: Fortentwicklung des Quotenpflichtteils .....	433
b)	Differenzierung der zwingenden erbrechtlichen Solidarität.....	433
aa)	Im Hinblick auf die Nachwirkung der lebzeitigen Nähebeziehung .....	434
bb)	Im Hinblick auf die Bereinigung der lebzeitigen Nähebeziehung; mittelbare Vorwirkung.....	436
c)	Flexibilisierung der zwingenden erbrechtlichen Solidarität.....	438
aa)	Durch die Gerichte .....	439

bb) Durch den Erblasser einseitig.....	440
cc) Durch die Beteiligten einvernehmlich.....	442
d) Horizontalisierung der zwingenden erbrechtlichen Solidarität .....	449
aa) Ausweitung des Quotenpflichtteils?.....	450
bb) Stabilität der Vermögensteilhabe durch zwingende Solidarität gegenüber dem überlebenden Ehegatten .....	452
cc) Stabilität der Vermögensteilhabe durch Abschwächung der (zwingenden) Solidarität gegenüber den überlebenden Verwandten.....	453
e) Öffnung der zwingenden erbrechtlichen Solidarität.....	456
aa) „Neue“ Statusverhältnisse.....	456
bb) Rein faktische Nähebeziehungen .....	458
f) Grenzen zwingender erbrechtlicher Solidarität: Immaterielle Teilhabegerechtigkeit? .....	461
4. Vermutete und gewünschte Solidarität durch Intestaterbfolge und Erbschaftsteuerverschonung.....	462
5. Erhöhter Stellenwert der Solidaritätselemente durch verfassungsrechtliche Untermauerung? .....	466
IV. Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung .....	468
1. Inhaltliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung: „Erbrechtliche“ Solidarität der „Erblasser“ .....	468
2. Zeitliche Grenzen der privaten Erbrechtsetzung: Beschränkung auf eine erbrechtliche Solidarität des Erbrechtsetzers .....	469
a) Die private Erbrechtsetzung als Substitut der Testierfreiheit im gesetzlichen Modell .....	470
b) Zwingende Solidarität durch Verhaftung des Erbrechtsetzers im gesetzlichen Modell .....	472
c) Ausgestaltung der zeitlichen Grenzen .....	474
3. Beschränkung der erbrechtlichen Solidarität auf eigenerwirtschaftetes Vermögen?.....	474
V. Zwischenergebnis .....	475
§ 10 Kontinuität durch Erbrecht .....	477
I. Kontinuitätselemente des gesetzlichen Modells.....	478
1. Perpetuierung des weitergegebenen Vermögens als Privatvermögen durch Privaterbfolge .....	478
a) Erbschaftsteuerverschonung.....	478
b) Unbegrenzte Verwandtenintestaterbfolge.....	479

2.	Perpetuierung der Einheit des weitergegebenen Vermögens .....	480
	a) Durch Stundung oder Verrentung einer Erbschaftsteuer.....	480
	b) Durch Anerbfolge und Indivision.....	481
	aa) Intestaterbrecht .....	481
	bb) Gewillkürtes Erbrecht .....	486
	cc) Zwingendes Erbrecht .....	489
3.	Perpetuierung der wirtschaftlichen Ausrichtung des weitergegebenen Vermögens durch Beschränkung der Verwaltungs- und Haftungsteilhabe .....	490
4.	Perpetuierung der Erblassereigenschaften durch absolute Erbenbestimmung.....	495
	a) Durch das Gesetz – Intestaterbrecht und zwingendes Erbrecht .....	496
	b) Durch den Erblasser – Testierfreiheit.....	500
II.	Die Befugnis zur privaten Erbrechtsetzung als Element erbrechtlicher Kontinuität .....	500
III.	Warum erbrechtliche Kontinuität?.....	501
	1. Bezogen auf die begünstigten Gesellschaftsmitglieder: Stärkung generationenübergreifender Gruppen (Dynastien)?.....	502
	2. Bezogen auf das Vermögen: Erhalt schützenswerter wirtschaftlicher Einheiten (Höfe und Unternehmen) .....	508
IV.	Umsetzbarkeit im gesetzlichen Modell .....	513
	1. Die Erbhoffrage: Fortführung durch den Erben oder durch ein sonstiges marktbestimmtes Gesellschaftsmitglied?.....	514
	a) Grundsätzlich keine Basis für das Erbhofprinzip .....	515
	b) Das (mittelständische) Familienunternehmen als schutzwürdiges Gut? .....	519
	c) Praktische Gründe für das Erbhofprinzip? .....	522
	d) Maßgeblichkeit der Erblasserperspektive? .....	523
	2. Fortführung durch Erben erforderlich – Alternative I.....	524
	a) Anerbfolge mit kontinuieritätskonformen Belastungen des Anerben .....	525
	b) Begrenzung einer Deinvestition durch den Anerben.....	529
	c) Bestimmung des Optimalerben .....	530
	3. Fortführung durch marktbestimmtes Gesellschaftsmitglied ausreichend oder sogar geboten – Alternative II .....	533
	a) Perpetuierung als Privatvermögen? .....	533

b) Perpetuierung der Vermögenseinheit .....	534
c) Perpetuierung der wirtschaftlichen Ausrichtung und der Erblässereigenschaften? .....	537
4. Einschränkung: Die Rolle des Gesellschaftsrechts .....	538
V. Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung .....	542
VI. Zwischenergebnis .....	544
§ 11 Räumlich-persönliche Reichweite inländischer Erbrechtsgesetzgebung .....	545
I. Kein einheitlicher räumlich-persönlicher Anwendungsbereich der erbrechtlichen Funktionen .....	545
II. Umsetzbarkeit im gesetzlichen Erbrechtsmodell .....	548
1. Differenzierende oder flexibilisierende Lösung anhand erbrechtlicher Funktionen? .....	548
2. Typisierende Lösung anhand kollisionsrechtlicher Erwägungen .....	550
III. Konsequenzen für die private Erbrechtsetzung .....	553
1. Erbrechtsetzung nach inländischem Recht .....	555
2. Erbrechtsetzung nach ausländischem Recht .....	556
a) Grundsatz: Erstreckung der inländischen Gren- zen durch mechanismusneutrale Ausgestaltung .....	556
b) Erste Hürde: Durchsetzung der inländischen Grenzen .....	558
aa) Öffentliche Durchsetzung .....	558
bb) Private Durchsetzung .....	560
cc) Indirekte Durchsetzung .....	563
c) Zweite Hürde: Grenzüberschreitende private Erbrechtsetzung im Binnenmarkt .....	563
IV. Zwischenergebnis und Folgerung: Der Erbrechtsgesetzgeber im Wettbewerb der Rechtsordnungen um private Erbrechtsetzer .....	566
§ 12 Ergebnisse .....	573
Schrifttum .....	577
Ausländische und historische Rechtsquellen .....	653
Personen- und Sachregister .....	665

## § 1 Einleitung

Mehr als ein Jahrhundert, bevor Karl Popper mit dem Schlagwort des „social engineering“ endgültig die Sprache des Maschinenbaus in die Sozialwissenschaften einführte<sup>1</sup>, hatte bereits ein junger Richter aus Frankreich ganz ähnliche Metaphern gewählt, um den Einfluss des Erbrechts auf eine Gesellschaft zu illustrieren: Alexis de Tocqueville, der in den Jahren 1831 und 1832 im Auftrag der französischen Regierung die Vereinigten Staaten von Amerika bereist, beschreibt in seinem gesellschaftsvergleichenden Pionierwerk „De la démocratie en Amérique“ das Erbrecht als eine Maschine – eine Maschine, die es dem Gesetzgeber erlaube, im Takt der Generationenwechsel die Vermögensverhältnisse in seiner Gesellschaft neu zu ordnen und auf diese Weise die Gesellschaft nach seinen Vorstellungen zu formen. Der Gesetzgeber könne, sobald die Erbrechtsmaschinerie das in seiner Gesellschaft verfügbare Privatvermögen von Generation zu Generation nach seinen Einstellungen weitergibt, seine Arbeit für Jahrhunderte ruhen lassen:

„Le législateur règle une fois la succession des citoyens, et il se repose pendant des siècles: le mouvement donné à son œuvre, il peut en retirer la main; la machine agit par ses propres forces, et se dirige comme d'elle-même vers un but indiqué d'avance“<sup>2</sup>.

### I. Erbrecht und Erbrechtsgesetzgebung

Tocquevilles These von der erbrechtlichen Steuerung der Gesellschaft setzt freilich voraus, dass der Gesetzgeber überhaupt Herr des Erbrechts ist und als Erbrechtsgesetzgeber nicht an die *Grenzen des positiven Rechts* stößt. Insoweit kann Tocqueville nur zugestimmt werden: Das Erbrecht ist nicht Teil eines überpositiven Rechtszustands der menschlichen Gemeinschaft, den der Erbrechtsgesetzgeber bei einer Kodifikation lediglich nachzeichnen und allenfalls konkretisieren kann; vielmehr unterliegt das Erbrecht dem Willen des Gesetzgebers<sup>3</sup>. „[T]he right to take property by devise or

---

<sup>1</sup> Siehe etwa Popper, *The open society and its enemies I* (1945) 17 ff., 138 ff.

<sup>2</sup> Tocqueville, *De la démocratie en Amérique I*<sup>12</sup> (1848) 75.

<sup>3</sup> So etwa bereits Blackstone, *Commentaries on the laws of England* (1765–1769) Buch II Kap. 1, S. 2 und 10 ff.; Fichte, *Grundlage des Naturrechts II* (1797) 245 f.; Story,

descent is the creature of the law, and not a natural right – a privilege – and therefore the authority which confers it may impose conditions upon it“, betont etwa der amerikanische Supreme Court<sup>4</sup>, ähnlich wie auch Theodore Roosevelt in seiner Annual Message im Jahr 1907 im Zusammenhang mit seinen Plänen zur Einführung einer Bundeserbschaftsteuer: „Government has the absolute right to decide as to the terms upon which a man shall receive a bequest or devise from another“<sup>5</sup>. Diese erbrechts-positivistische Sichtweise wurde freilich in der Vergangenheit immer wieder bestritten – vornehmlich, aber nicht ausschließlich von Vertretern der Naturrechtslehre und bezeichnenderweise für die beiden klassischen Antipoden des Erbrechts: für die Testierfreiheit des Erblassers als Ausfluss seines natürlichen Eigentums einerseits<sup>6</sup> und für eine zwingende Nachlassbeteiligung seiner überlebenden Familienmitglieder als Folge familiärer Bindungen andererseits<sup>7</sup>, aber zum Teil auch für die Privaterbfolge allge-

---

Commentaries on the constitution of the United States I (1833) 489 f.; v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I (1840) 380 ff.

<sup>4</sup> *Magoun v. Illinois Trust & Savings Bank*, 18 S.Ct. 594 (1898) 596. So auch *Mager v. Grima*, 49 US 490 (1850) 493 f.; *United States v. Fox*, 94 US 315 (1876) 320; *United States v. Perkins*, 16 S.Ct. 1073 (1896) 1074; *Knowlton v. Moore*, 20 S.Ct. 747 (1900) 753; *Irving Trust Co. v. Day*, 62 S.Ct. 398 (1942) 401.

<sup>5</sup> *T. Roosevelt*, Messages and papers of the Presidents 16 (1917) 7450 (7464) (gehalten am 3. 12. 1907).

<sup>6</sup> So etwa *Grotius*, De jure belli ac pacis (1625) Buch II Kap. 6 § XIV; *C. Wolff*, Jus naturae methodo scientifica pertractatum VII (1747) 724 f. (Kap. 5 § 999); *Hutcheson*, A system of moral philosophy I (1755) 352 f. (entstanden 1738); *Cathrein*, Moralphilosophie II<sup>6</sup> (1924) 339; jedenfalls im Hinblick auf das eigenerwirtschaftete Vermögen so auch *Paley*, The principles of moral and political philosophy I<sup>12</sup> (1799) 221 f. – Anders aber etwa v. *Pufendorf*, De jure naturae et gentium (1672) Buch IV Kap. 10 § 4; *Stahl*, Die Philosophie des Rechts II/1<sup>5</sup> (1878) 508 (§ 95).

<sup>7</sup> So z. B. für das (zwingende) Erbrecht der Kinder und Abkömmlinge *Locke*, Two treatises of government (1690) Buch I Kap. 9 §§ 88, 89 (erschienen 1689); *Schlettwein*, Die Rechte der Menschheit (1784) 417 f.; *Kent*, Commentaries on American law II (1827) 263 f. („dictated by the voice of nature“, wobei die genauen Ausgestaltungen „depend essentially upon positive institution“); *Baron*, Jb. f. Nationalök. u. Stat. 26 (1876) 275 (285 f.); *U. Hoffmann*, Ann. d. Dt. Reichs 39 (1906) 1 (7); so auch für ein Familienvermögen (das sich in der geltenden Konzeption des Familienvermögensrechts, dazu sogleich noch näher § 3 I. 2. b [→ S. 28 ff.], nur mithilfe eines [zwingenden] Familienerbrechts konstruieren ließe) *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821) 176 ff. (§§ 170 ff.). Jedenfalls im Hinblick auf die „Anerkennung einer irgendwie gearteten vermögensrechtlichen Verbundenheit“ der Familie so auch *Boehmer*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V/1<sup>11</sup> (1954) Einleitung § 4 Rn. 10; ähnlich wohl auch *Proudhon*, Système des contradictions économiques II<sup>3</sup> (1867) 203. – Anders aber etwa *Montesquieu*, De l'esprit des loix II (1749) 147 (Buch XXVI Kap. 6) („La Loi naturelle ordonne aux peres de nourrir leurs enfans, mais elle n'oblige pas de les faire héritiers“); *Jefferson*, Letter to James Madison [1789], in: The works of Thomas Jefferson

mein<sup>8</sup>. Zwar sind naturrechtliche Begründungsmuster in der rechtspolitischen Debatte um das Erbrecht heute nur noch selten anzutreffen<sup>9</sup>. Dennoch enthält die Idee eines überpositiven Erbrechts auch heute noch einen rechtlichen Kern: Sie lebt auf der Ebene des Verfassungsrechts als *Grenze des einfachen Erbrechts* fort, wo sich die Frage stellt, inwieweit bestimmte Elemente des Erbrechts verfassungsrechtlich determiniert sind. So garantiert das Grundgesetz in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 neben dem Eigentum ausdrücklich auch das Erbrecht; der einfache Erbrechtsgesetzgeber muss sich deshalb ähnlich wie bei einer naturrechtlichen Begründung des Erbrechts stets fragen, ob er sich in den Grenzen dieser verfassungsrechtlichen Institutsgarantie bewegt. Besonders deutlich zeigt sich die Brücke zwischen Naturrecht und Verfassungsrecht in Rechtsordnungen, die wie etwa die Vereinigten Staaten nicht über einen expliziten verfassungsrechtlichen Schutz des Erbrechts verfügen und deshalb auf einen vorrechtlichen Charakter des Erbrechts rekurrieren müssten<sup>10</sup>. Für den Erbrechtsgesetzgeber bleibt damit heute allenfalls zu prüfen, ob er seine erbrechtlichen Ziele als einfacher Gesetzgeber oder als Verfassungsgesetzgeber erreichen kann.

## II. Private Erbrechtsetzung als notwendiger Bestandteil einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung – das Erfordernis eines funktionalen Erbrechtsverständnisses

Mit dem vom Erbrechtsgesetzgeber geschaffenen Erbrecht muss nicht jedes Mitglied der betreffenden Gesellschaft einverstanden sein. Vielmehr können Einzelne nicht nur im Hinblick auf ihren eigenen Erbfall, sondern auch im Hinblick auf das Schicksal ihres Vermögens bei nachfolgenden

---

VI, hrsg. von Ford (1904) 3 f. („But the child [...] takes it [the property], not by any natural right, but by a law of the society“).

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Bluntschli*, Gesammelte kleine Schriften I (1879) 235 f., und ferner *Mikat*, in: Staatslexikon II (1958) 1214 (1213), wonach der Privaterbfolge „eine mit dem Wesen der menschlichen Natur untrennbar verbundene eigenständige Sachhaftigkeit“ zukomme.

<sup>9</sup> Siehe aber etwa *C. Steiner*, NJW 2007, 1339 (1339).

<sup>10</sup> Illustrativ etwa *Nunnemacher v. State*, 108 NW 627 (Wis. 1906) 629 f. (Winslow J.); vgl. auch *Re Beale's Estate*, 113 NW2d 380 (Wis. 1962); *Shriners Hospital for Crippled Children v. Zrillic*, 563 So2d 64 (Fla. 1990). – Siehe aber auch *Hodel v. Irving*, 107 S.Ct. 2076 (1987) 2083 f., wo der Supreme Court auch ohne unmittelbaren Rückgriff auf eine naturrechtliche Begründung der Privaterbfolge, die der Gerichtshof ja bisher abgelehnt hat (oben N. 4), der Privaterbfolge einen Verfassungsrang über die „taking clause“ des Fifth Amendment zur Verfassung der Vereinigten Staaten („nor shall private property be taken for public use, without just compensation“) zubilligt.



Erbfällen ganz andere Vorstellungen hegen als der Erbrechtsgesetzgeber. Zwar kann der Einzelne politisch auf eine Änderung der erbrechtlichen *lex lata* hinwirken. Bisher haben sich aber die Erbrechtsgesetzgeber politischer Einflussnahme durch Vertreter von Partikularinteressen weitgehend erfolgreich entzogen, wenn man die relative Konstanz in der Erbrechtsgesetzgebung der vergangenen Jahrhunderte verfolgt; das Erbrecht wurde in den meisten Rechtsordnungen nach seiner Erstkodifikation nicht grundlegend angetastet. Nach Jens Beckert – der sich in jüngerer Zeit herausragend mit den gesellschaftlichen und politischen Entstehungsprozessen des Erbrechts befasst hat<sup>11</sup> – folgt diese „longue durée“ des Erbrechts vor allem daraus, dass wegen der kulturellen und politischen Verwurzelung des Erbrechts jede Veränderung den Gesetzgeber erheblichem Druck aussetzt und daher großen politischen Aufwand erfordert<sup>12</sup>. Allein das Erbschaftsteuerrecht ist, wie wir noch sehen werden, ständigen Veränderungen ausgesetzt, die auch auf den Einfluss einzelner gesellschaftlicher Gruppen zurückgeführt werden können<sup>13</sup>.

Angesichts dieser Beständigkeit erbrechtlicher Regelungen liegt es nahe, dass ein Gesellschaftsmitglied, das mit dem gesetzlichen Erbrechtsmodell unzufrieden ist, nach Bausätzen sucht, mit denen sich für sein Vermögen eine eigene Erbrechtsmaschine errichten lässt – und zwar nicht nur als Erblasser *innerhalb des gesetzlichen Erbrechtsmodells* durch eine Ausübung der Testierfreiheit für den eigenen Erbfall, sondern namentlich auch *außerhalb des gesetzlichen Erbrechtsmodells* über den eigenen Erbfall hinaus für eine unbestimmte Anzahl von nachfolgenden Generationenwechseln. Der Einzelne betätigt sich dann – womit wir beim Anlass dieser Arbeit sind – als Rechtsetzer, der ein *privates Erbrecht* schafft und sein Vermögen generationenübergreifend für nachfolgende „Erblasser“ und „Erben“ bindet. Der Blick des potentiellen Erbrechtsetzers wird in erster Linie auf allgemeine Organisationsformen für generationenübergreifende Vermögen fallen. Als rechtliche Mechanismen für eine private Erbrechtsetzung stehen heute, wie wir noch näher sehen werden, insbesondere die Stiftung und der trust zur Verfügung, die wirtschaftlich insoweit an die Stelle vergangener Rechtsinstitute wie Familienfideikomisse, entails und strict settlements getreten sind. Für diese Sicht der Dinge darf man freilich das Erbrecht nicht auf die Weitergabe der Vermögensträgerschaft beim Tod des bisherigen Vermögensträgers redu-

---

<sup>11</sup> Vor allem in *Beckert, Unverdientes Vermögen* (2004).

<sup>12</sup> *Beckert, Arch. eur. sociol.* 48 (2007) 79 (115); von einem „puzzle of inheritance law’s resistance to social change“ spricht *Willekens*, in: *Liber amicorum Miekien Puelinckx-Coene* (2006) 511.

<sup>13</sup> Siehe vor allem zur erbrechtlichen Kontinuität bei der Unternehmensnachfolge unten § 10 IV. 2. a (→ S. 527 f. mit N. 1953).

zieren, sondern muss – wie es in dieser Arbeit geschehen soll – die gesellschaftliche und wirtschaftliche Aufgabe des Erbrechts in den Mittelpunkt rücken: die Weitergabe der Funktionen des Vermögens für den Einzelnen anlässlich des Generationenwechsels, die *Weitergabe der Vermögensteilhabe*, d. h. der Verwaltungs-, Nutzungs- und Haftungsteilhabe (näher unten § 3 II. 1. [→ S. 30 ff.]). Bei einem solchen funktionalen Verständnis vom Erbrecht als dem Vermögensrecht des Generationenwechsels handelt es sich mithin auch dann um einen erbrechtlichen Vorgang, wenn eine wie auch immer ausgestaltete Teilhabe an einem generationenübergreifend gebundenen Vermögen weitergegeben wird, sei es beim trust vom bisherigen trustee oder beneficiary zum nachfolgenden trustee oder beneficiary oder bei der Stiftung von den bisherigen Stiftungsorganen und Stiftungsdestinatären zu nachfolgenden Organen oder Destinatären – Personen, die deshalb funktional als „Erben“ und „Erblasser“ bezeichnet werden können.

Jede private Erbrechtsetzung *schwächt* freilich die Bedeutung des gesetzlichen Erbrechtsmodells, wie es im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Heimat in den §§ 1922 ff. gefunden hat. Das vom Erbrechtsetzer gebundene Vermögen unterliegt dem privaten Erbrecht und nicht dem gesetzlichen Modell, und damit auch nicht den erbrechtlichen Vorstellungen des Gesetzgebers. Verfolgt der Erbrechtsgesetzgeber etwa mit einer Testierfreiheit des Erblassers bei der Auswahl der Erben bestimmte Ziele, so werden diese Ziele durch ein privates Erbrecht vereitelt, das generationenübergreifend den jeweiligen „Erblassern“ bei der Auswahl der „Erben“ keine „Testierfreiheit“ einräumt, sondern eine zwingende „Erbfolge“ vorgibt. Gleiches gilt freilich auch für die anderen klassischen Institute der Erbrechtsgesetzgebung: den Pflichtteil, die Intestaterbfolge und die Erbschaftsteuer. Zielgerichtete Erbrechtsgesetzgebung darf sich mithin nicht nur darauf beschränken, welches Schicksal das Vermögen einer natürlichen Person nach ihrem Tod ereilt. Vielmehr umfasst die Ausgestaltung des Erbrechts durch einen Gesetzgeber als notwendiges Element stets auch *Grenzen* der privaten Erbrechtsetzung, durch die der Erbrechtsgesetzgeber die Funktionen seines gesetzlichen Erbrechtsmodells vor einer solchen generationenübergreifenden Vermögensbindung *schützt*.

In diesem Zusammenhang noch eine kurze Bemerkung zur *Terminologie*: Wie der aufmerksame Leser bereits bemerkt haben wird, sollen die Anführungszeichen bei erbrechtlichen Begriffen („Erben“, „Erblasser“, „Erbfolge“, „Testierfreiheit“, etc.) – und dieser terminologische Kniff wird im Folgenden durchgängig verwendet – für die jeweilige rechtliche Erscheinung den funktionale Bezug zwischen gesetzlichem Erbrechtsmodell und privatem Erbrecht herstellen.

### III. Das Thema dieser Arbeit: Die Funktionen des Erbrechts und ihre Umsetzung durch eine umfassende Erbrechtsgesetzgebung

Die vorliegende Studie nimmt das geschilderte Spannungsverhältnis zwischen privater Erbrechtsetzung und gesetzlichem Erbrechtsmodell zum Anlass, um sich Gedanken über die Funktionen des Erbrechts zu machen, über die Frage, welche Aufgaben eine bestimmte Ausgestaltung der Vermögensweitergabe beim Generationenwechsel in Gesellschaft, Wirtschaft und Familie übernehmen kann. Denn ein Blick auf die rechtliche Mechanik einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung im ersten Teil der Arbeit wird zeigen, dass sich der Gesetzgeber immer weiter aus dem Vermögensrecht des Generationenwechsels zurückzieht – nicht beim gesetzlichen Erbrechtsmodell, wo die Gesetzgeber wie eh und je die generationenübergreifende Vermögensweitergabe auf verschiedenen Regelungsebenen mit unterschiedlicher Intensität (unten § 2) steuern, aber beim Spielraum des Einzelnen für eine generationenübergreifende Vermögensbindung, wo sich die Gesetzgeber zunehmend mit Grenzen der privaten Erbrechtsetzung zurückhalten: Traditionelle Schranken werden eingerissen und Mechanismen zur privaten Erbrechtsetzung bestätigt oder neu etabliert (unten § 3 und § 4).

Dieser Befund wirft freilich eine grundlegende Frage auf, die den Schwerpunkt der Ausführungen bilden wird: Welche Ziele verfolgt der Gesetzgeber mit seinem Erbrecht, wenn zugleich dem Einzelnen gestattet wird, sich mit seinem Vermögen aus dem gesetzlichen Erbrechtsmodell zu verabschieden und an dessen Stelle ein privates Erbrecht zu setzen? Diese Frage rüttelt an den Grundfesten des Erbrechts – seinen *Funktionen*. Die Arbeit soll deshalb in ihrem Hauptteil untersuchen, welche Funktionen der Erbrechtsgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Vermögensweitergabe seinem Erbrecht zuweisen kann und welche Ziele mit diesen Funktionen verwirklicht werden können – nicht nur im gesetzlichen Erbrechtsmodell, sondern eben auch durch entsprechende Grenzen einer privaten Erbrechtsetzung (unten § 6 bis § 10). Das Erbrecht könnte mit seinen Funktionen grundlegende Aufgaben in Gesellschaft, Wirtschaft und Familie wahrnehmen, etwa auf die Vermögensverteilung in der Gesellschaft einwirken, die Leistungsbereitschaft der Gesellschaftsmitglieder erhöhen, ihre Freiheitsräume bewahren und ihre familiären Beziehungen stärken sowie wirtschaftliche Einheiten, speziell Unternehmen, generationenübergreifend erhalten. Nicht aus dem Blick verlieren darf der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Erbrechts freilich die räumlich-persönliche Reichweite seiner Erbrechtsgesetzgebung (unten § 11), zumal wenn – wie wir sehen werden – einzelne Erbrechtsgesetzgeber sich als Anbieter für Mechanis-

men zur generationenübergreifenden Vermögensbindung sehen und Privaten mit ihrem Vermögen die Flucht vor den ansonsten anwendbaren gesetzlichen Erbrechtsmodellen ermöglichen. Lediglich soweit die Steuerung der erbrechtlichen Vermögensweitergabe – sei es im gesetzlichen Erbrechtsmodell oder nach einem privaten Erbrecht – *funktionslos* geworden ist, bestünde kein Anlass, über die Grenzen der privaten Erbrechtssetzung nachzudenken. Ein solcher Erbrechtspessimismus widerspräche freilich eklatant Tocquevilles These von der gesellschaftlichen Relevanz des Erbrechts, die auch von anderen gewichtigen Stimmen immer wieder betont wurde<sup>14</sup>. Eine Untätigkeit des Erbrechtsgesetzgebers gegenüber der privaten Konkurrenz würde aber durchaus in das immer wieder beschworene Bild eines „Funktionsverlust[s] des bürgerlichen Erbrechts“<sup>15</sup> oder jedenfalls einer „arge[n] Ratlosigkeit“ im Hinblick auf die „leitenden Gerechtigkeitsgedanken im Erbrecht“<sup>16</sup> passen. Das Erbrecht wäre dann lediglich ein rechtlicher Weitergabemechanismus, der – durch das gesetzliche Erbrechtsmodell oder ein privates Erbrecht – einen willkürlichen Zugriff der überlebenden Gesellschaftsmitglieder auf das Vermögen des Verstorbenen ausschließt und auf diese Weise Rechtssicherheit und Rechtsfrieden schafft, damit „nicht bei jeden Erbfall ein Erbschaftskrieg entbrenne“<sup>17</sup>. Das Vermögen würde nach dem Tod des bisherigen Inhabers nur deshalb erbrechtlich einer Person zugewiesen, um das zurückgelassene Vermögen nicht einer faktischen Aneignung durch das zuerst zugreifende oder stärkste Gesellschaftsmitglied preiszugeben<sup>18</sup>.

Die Perspektive dieser Untersuchung richtet sich damit nach dem Standpunkt eines *Erbrechtsgesetzgebers*, womit diejenige Institution in einer Gesellschaft gemeint ist, die erbrechtliche Regelungen für die Mitglieder der betreffenden Gesellschaft schafft: sei es als formeller Gesetz-

---

<sup>14</sup> Siehe exemplarisch die Äußerungen von v. Stein, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich II (1850) 227 (das Erbrecht sei „diese Frage, auf der die ganze Zukunft der socialen Gestaltung Europas in den nächsten beiden Generationen beruhen wird“), von J. St. Mill, Principles of political economy II<sup>7</sup> (1871) 497 (Buch V Kap. 9 § 1) („The portions of the civil law of a country which are of most importance economically [...] are those relating to the two subjects of Inheritance and Contract“), und von L. T. Hobhouse, Liberalism (1911) 197 („inherited wealth [...] is the main determining factor in the social and economic structure of our time“).

<sup>15</sup> So der Titel des Beitrags von Schröder, in: Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts, hrsg. von Mohnhaupt (1987) 281.

<sup>16</sup> E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913) 186, der zudem ausführte: „Es scheint fast, als wäre die Meinung die: irgend jemand muß doch das Vermögen nach dem Tode seines Besitzers bekommen, wer es bekommt und was er damit anfängt, ist für das Recht gleichgültig“.

<sup>17</sup> Cathrein (oben N. 6) 336.

<sup>18</sup> L. Friedman, Wis. L. Rev. 1966, 340 (351); Kaulbach, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht (2012) 74.

geber oder aber auch als Gericht, wobei auch in Rechtsordnungen, die traditionell dem Richterrecht vertrauen, das Erbrecht bezeichnenderweise zu den Rechtsgebieten gehört, die in der Hauptsache vom Gesetzesrecht beherrscht werden<sup>19</sup>. Es geht der vorliegenden Arbeit demnach nicht darum, die gesellschaftlichen und politischen Entwicklungsprozesse des geltenden Erbrechts und seiner Institute – vor allem Testierfreiheit, Pflichtteil, Intestaterbfolge und Erbschaftsteuer – zu erklären; dies wurde aus rechtshistorischer und rechtsoziologischer Perspektive bereits andernorts unternommen<sup>20</sup>. Vielmehr soll der Fokus der Studie auf der Frage liegen, ob und auf welche Weise der heutige Erbrechtsgesetzgeber mit seinem Erbrecht – seinem gesetzlichen Erbrechtsmodell und entsprechenden Grenzen der privaten Erbrechtsetzung – auf gesellschaftliche Entwicklungen reagieren und diese womöglich sogar steuern kann: Warum bedarf es in jeder Gesellschaft eines Vermögensrechts des Generationenwechsels? Das Erbrecht soll also nicht als „product of society“, sondern in seiner potentiellen „function for society“<sup>21</sup> betrachtet werden. Dieser Blickwinkel gestattet es freilich, zum einen die Lösungen der verschiedenen Erbrechtsgesetzgeber dieser Welt zu vergleichen, zum anderen aber auch Erkenntnisse benachbarter Disziplinen, vor allem der Ökonomik, der Psychologie und der Gesellschaftswissenschaften, zu berücksichtigen, um sich auf diese Weise – ganz im Sinne Otto von Gierkes – mit einem rechtswissenschaftlichen Beitrag an der „Ueberlegung, was Recht sein soll“<sup>22</sup>, zu beteiligen.

---

<sup>19</sup> In England und Wales etwa vor allem vom Wills Act 1837 (UK), vom Administration of Estates Act 1925 (UK), vom Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 (UK) und vom Inheritance Tax Act 1984 (UK).

<sup>20</sup> Die Untersuchung von *Beckert* (oben N. 11) wurde bereits erwähnt. Siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum auch die monographischen Studien von *Mertens*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht (1970), und *Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts (1981), sowie jüngst auch die Beiträge in: *Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts*, hrsg. von *Zimmermann* (2012).

<sup>21</sup> *L. Friedman*, in: *Death, taxes and family property*, hrsg. von *Halbach* (1977) 9 (14) (Hervorh. im Original).

<sup>22</sup> v. *Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889) 1 f.

## 1. Teil

# Die Mechanik einer umfassenden Erbrechtsgesetzgebung

## § 2 Regelungsebenen des gesetzlichen Erbrechtsmodells

Ausgangspunkt einer jeden Erbrechtsgesetzgebung ist das gesetzliche Erbrechtsmodell, dem das Vermögen der Gesellschaftsmitglieder unterliegt, soweit diese ihr Vermögen nicht einem privaten Erbrecht unterstellen. Man darf wohl mit Fug und Recht behaupten, dass derzeit nahezu jede Rechtsordnung auf der Welt über Regelungen zum gesetzlichen Erbrechtsmodell verfügt, anders als in früheren Rechtsordnungen und heute womöglich noch vereinzelt in Rechtsordnungen indigener Völker, in denen ein Individualvermögen nicht existiert und es deshalb eines Erbrechts nicht bedarf (dazu noch unten § 3 I. 2. [→ S. 24 ff.]). Der Erbrechtsgesetzgeber kann in seinem gesetzlichen Modell auf drei Regelungsebenen operieren, die in unterschiedlicher Intensität die Weitergabe des Vermögens einer Generation anlässlich des Erbfalls – der Tod des Erblassers (§ 1922 Abs. 1 BGB) – steuern.

### I. Gewillkürtes Erbrecht

Zunächst überlässt der Gesetzgeber es den Einzelnen jedenfalls in einem gewissen Umfang regelmäßig selbst, die Weitergabe des Vermögens beim Erbfall zu regeln. Hauptakteur dieses von den Beteiligten gewillkürten Erbrechts ist der jeweilige Erblasser, dem das gesetzliche Erbrechtsmodell eine Testierfreiheit zubilligt. Wichtigstes Beispiel für die Ausübung der Testierfreiheit ist die *Zuwendung* des Vermögens oder einzelner seiner Bestandteile. Der Erblasser kann im Rahmen seiner Testierfreiheit durch Rechtsgeschäft – durch eine Verfügung von Todes wegen – zunächst bestimmen, an welche gewillkürten Erben (§§ 1937, 1941 BGB) oder an welche in sonstiger Weise letztwillig Begünstigte – bei uns als Vermächtnisnehmer oder Begünstigte einer Auflage oder Bedingung (§§ 1939 f., § 158, §§ 2074 f. BGB) – sein Vermögen nach seinem Tod fallen soll. Neben der gewillkürten Weitergabe *von Todes wegen* gestattet das Recht