

68 ●

Deutscher Juristentag  
Berlin 2010

Verhandlungen des  
68. Deutschen Juristentages  
Berlin 2010

Band I  
Gutachten

Verlag C. H. Beck

Verhandlungen des  
68. Deutschen Juristentages

Berlin 2010

Herausgegeben von der  
Ständigen Deputation  
des Deutschen Juristentages

Band I  
Gutachten



Verlag C. H. Beck im Internet:  
**beck.de**

ISBN 9783406601828

© 2010 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## **Inhalt**

### **Abteilung Zivilrecht**

Ist unser Ebrecht noch zeitgemäß?

Gutachten von  
Prof. Dr. Anne Röthel ..... A 1 bis 112

### **Abteilung Arbeits- und Sozialrecht**

Abschied vom Normalarbeitsverhältnis? – Welche arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich im Hinblick auf die Zunahme neuer Beschäftigungsformen und die wachsende Diskontinuität von Erwerbsbiographien?

Gutachten von  
Prof. Dr. Raimund Waltermann ..... B 1 bis 120

### **Abteilung Strafrecht**

Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Verständigung – Fristsetzung für Beweisanträge – Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien

Gutachten von  
Prof. Dr. Hans Kudlich ..... C 1 bis 116

### **Abteilung Öffentliches Recht**

Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität – Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates?

Gutachten von  
Prof. Dr. Christian Waldhoff ..... D 1 bis 176

## Abteilung Öffentliches und Privates Wirtschaftsrecht

Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?

Gutachten von

Prof. Dr. h. c. mult. Martin Hellwig, Ph. D. ....	E 1 bis 57
Prof. Dr. Wolfram Höfling, M. A. ....	F 1 bis 64
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL. M. ....	G 1 bis 97

## Abteilung Berufsrecht

Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung

Gutachten von

Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer .....	H 1 bis 123
------------------------------------	-------------

Gutachten A  
zum 68. Deutschen Juristentag  
Berlin 2010

**Verhandlungen des  
68. Deutschen Juristentages**

Berlin 2010

Herausgegeben von der  
Ständigen Deputation  
des Deutschen Juristentages

**Band I**  
**Gutachten**  
Teil A

# Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?

Gutachten A  
zum 68. Deutschen Juristentag

Erstattet von

**Prof. Dr. Anne Röthel**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und  
Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School, Hamburg



Verlag C. H. Beck München 2010

Verlag C. H. Beck im Internet:  
**beck.de**

ISBN 9783406601835

© 2010 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Gegenstand und Gang der Untersuchung</b> .....	A 9
I. Zustand des Rechtsgebiets .....	A 9
II. Zentrale Herausforderungen .....	A 11
III. Zukunftsaufgaben .....	A 11
<b>B. Grundlagen und Rahmenbedingungen</b> .....	A 13
I. Veränderungen des Erbgeschehens .....	A 13
1. Relativierungen .....	A 13
2. Herausforderungen .....	A 15
a) Alternde Gesellschaft .....	A 16
b) Sich öffnende Gesellschaft .....	A 17
II. Veränderungen der rechtlichen Umgebung .....	A 18
1. Verfassungsrecht .....	A 18
a) Entfaltung der Erbrechtsgarantie .....	A 18
b) Herausforderungen .....	A 20
aa) Gleichgerechtigkeit und Folgerichtigkeit .....	A 20
bb) Privatautonomie und Erbgeschehen .....	A 22
2. Veränderungen in den europäischen Erbrechtsordnungen .....	A 23
III. Veränderte Erwartungen .....	A 26
1. Soziale und ökonomische Aufgaben .....	A 26
2. Herausforderungen .....	A 27
a) Achtung ideeller und personaler Erbbedeutungen .....	A 27
b) Schutz vor Testiermacht .....	A 29
<b>C. Universalsukzession, Vonselbsterwerb und Ausschlagung</b> .....	A 31
I. Reformanliegen .....	A 31
II. Sondererbfolge in landwirtschaftliche Betriebe .....	A 32
1. Befund .....	A 33
2. Mögliche Reformen .....	A 35
a) Zuweisungsverfahren .....	A 35
b) Abfindungsprivilegien .....	A 36
aa) Privilegierte Abfindung weichender Erben .....	A 36
bb) Privilegierte Pflichtteilslast .....	A 39
III. Sonderzuordnung von Beteiligungen an Personengesellschaften .....	A 40
1. Befund .....	A 40
2. Mögliche Reformen .....	A 41
a) Ausgestaltung der Sonderzuordnung .....	A 41
b) Abfindung der weichenden Erben .....	A 42

IV. Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall .....	A 43
1. Befund .....	A 43
2. Mögliche Reformen .....	A 45
a) Erstreckung der Versorgungsprivilegien .....	A 45
b) Abgrenzung von lebzeitigen und letztwilligen Zuwendungen .....	A 45
V. Vonselbsterwerb und Ausschlagung .....	A 47
1. Befund .....	A 47
2. Mögliche Reformen .....	A 47
<b>D. Gesetzliche Erbfolge .....</b>	<b>A 49</b>
I. Erbrecht des Ehegatten und eingetragenen Lebenspartners .....	A 50
1. Befund .....	A 50
2. Mögliche Reformen .....	A 52
a) Verhältnis von Güterrecht und Erbrecht .....	A 52
b) Verlust des Erbrechts .....	A 55
II. Individualisierung der gesetzlichen Erbfolge .....	A 56
1. Befund .....	A 56
2. Mögliche Reformen .....	A 56
a) Ausgleich von Vorempfängen .....	A 56
aa) Ausgleich als Regelfall .....	A 56
bb) Bewertungszeitpunkt .....	A 57
b) Ausgleich wegen vorenthaltener Ausbildung .....	A 58
c) Ausgleich lebzeitiger Leistungen .....	A 59
aa) Mitarbeit .....	A 59
bb) Pflege .....	A 60
<b>E. Testierformen .....</b>	<b>A 62</b>
I. Ordentliches Testament .....	A 62
1. Befund .....	A 62
2. Mögliche Reformen .....	A 63
II. Nottestamente .....	A 65
1. Befund .....	A 65
2. Mögliche Reformen .....	A 66
III. Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag .....	A 67
1. Befund .....	A 67
2. Reformanliegen .....	A 68
3. Mögliche Reformen .....	A 71
a) Gemeinschaftliches Testament .....	A 71
b) Schutz vor unbedachter Selbstbindung .....	A 72
c) Einzelfragen des sog. Berliner Testaments .....	A 74
aa) Einheitslösung .....	A 74
bb) Wiederverheirathungsklauseln .....	A 75
d) Lebzeitige Verfügungsbefugnis .....	A 78

<b>F. Testierfreiheit und Testiermacht</b> .....	A 81
I. Schutz des testierenden Erblassers vor Macht .....	A 81
1. Befund .....	A 81
2. Mögliche Reformen .....	A 82
a) Testierverbote .....	A 83
b) Altersgrenzen .....	A 84
c) Gesteigerte Förmlichkeit .....	A 85
d) Erweiterte Anfechtungsbefugnis .....	A 86
e) Richterliche Missbrauchskontrolle .....	A 86
II. Schranken der Testiermacht .....	A 86
1. Befund .....	A 86
2. Reformanliegen .....	A 88
3. Mögliche Reformen .....	A 89
a) Gesetzliche Motivkontrolle .....	A 89
b) Schutz vor unbedachten Beschränkungen .....	A 90
aa) Vor-/Nacherbschaft .....	A 91
bb) Testamentsvollstreckung .....	A 92
c) Zeitliche Grenzen .....	A 93
<b>G. Internationales Erbrecht</b> .....	A 97
I. Befund .....	A 97
II. Mögliche Reformen .....	A 98
1. Übergang zum Aufenthaltsprinzip .....	A 98
a) Unsicherheiten .....	A 99
b) Differenzierende Lösungen .....	A 101
2. Stärkung der Parteiautonomie .....	A 102
a) Inhaltliche Grenzen .....	A 103
b) Wirksamkeitsanforderungen .....	A 105
3. Stärkung der Rechtspflege .....	A 106
<b>H. Zusammenfassung in Thesen</b> .....	A 107
I. Veränderte Erwartungen und Leitbilder .....	A 107
II. Universalzuckession, Vonselbsterwerb und Ausschlagung ....	A 107
III. Gesetzliche Erbfolge .....	A 108
IV. Testierformen .....	A 109
V. Testierfreiheit und Testiermacht .....	A 110
VI. Internationales Erbrecht .....	A 111



## A. Gegenstand und Gang der Untersuchung\*

### I. Zustand des Rechtsgebiets

Während das Schuldrecht und das Familienrecht im Verlauf des 20. Jahrhunderts tief greifende Veränderungen erfahren haben, hat der Normenbestand des fünften Buchs mit wenigen Ausnahmen<sup>1</sup> noch die ursprüngliche Gestalt, die ihm die Redaktoren gegeben haben. Universalsukzession, Erbenstellung, gesetzliche Erbfolge, Pflichtteilsrecht, Testierformen und Testierinhalte lassen sich in fast unveränderter Form im BGB nachlesen. Die feinsinnige Weiterführung römisch-rechtlicher Institutionen und ihre Vermengung mit deutschrechtlichem Gedankengut hat das vergangene Jahrhundert auch dort überdauert, wo die Entscheidung des historischen Gesetz-

---

\* Abgekürzt werden zitiert: *Brox/Walker*, Erbrecht, 23. Aufl. (2009); *Erman*, 12. Aufl. (2008); *Frank*, Erbrecht, 4. Aufl. (2007); *Harder/Kroppenberg*, Grundzüge des Erbrechts, 5. Aufl. (2002); *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. (1990); *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. (2001); *Leipold*, Erbrecht, 18. Aufl. (2010); MünchKommBGB, Bd. 9 (§§ 1922–2385), 5. Aufl. (2010); *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb (2002); *Olzen*, Erbrecht, 3. Aufl. (2008); *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bde. I, II/1, II/2 (1993); *Reimann/Bengell/J. Mayer* (Hrsg.), Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. (2006); *Schlüter*, Erbrecht, 16. Aufl. (2007); *Soergel*, Erbrecht Bde. 1–3, 13. Aufl. (2002/2003); *Staudinger*, §§ 1922–1966 (2008), §§ 1967–2063 (2002), §§ 2064–2196 (2003), §§ 2197–2264 (2002), §§ 2265–2338 (2006), §§ 2339–2385 (2004); *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall (1998).

<sup>1</sup> Reformiert wurden die Testierformen (Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen [TestG] vom 31. 7. 1938, RGBl. I 973; Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzesinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts [GesEinhG] vom 5. 3. 1953, BGBl. I 33), das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten (Gleichberechtigungsgesetz [GleichberG] vom 18. 6. 1957, BGBl. I 609; Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts [1. EheRG] vom 14. 6. 1976, BGBl. I 1421; Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts [EheschlRG] vom 4. 5. 1998, BGBl. I 833) und nichtehelicher Kinder (Gesetz über die Stellung der nichtehelichen Kinder [NEhelG] vom 19. 8. 1969, BGBl. I 1243; Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder [ErbGleichG] vom 16. 12. 1997, BGBl. I 2968), die erbrechtliche Stellung adoptierter Kinder (Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften [AdoptionsG] vom 2. 7. 1976, BGBl. I 1749) und eingetragener Lebenspartner (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft [LPartG] vom 16. 2. 2001, BGBl. I 266), die Testierfähigkeit (Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige [BtG] vom 12. 9. 1990, BGBl. I 2002) und zuletzt Einzelfragen der Ausgleichung und des Pflichtteilsrechts (Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. 9. 2009, BGBl. I 3142).

gebers nur als ordnende Bestandsaufnahme gedacht war.<sup>2</sup> Gleichwohl wird das Erbrecht des BGB bis heute als gelungene Kodifikation eingeschätzt und von großen Reformen eher abgeraten.<sup>3</sup> Auch der Juristentag hat sich seit Inkrafttreten des BGB nur punktuell und im Ergebnis weitgehend folgenlos mit dem Erbrecht befasst.<sup>4</sup> Schon diese Einsicht verlangt Sorgfalt und Augenmaß.

Ein Urteil über die Zeitgemäßheit der erbrechtlichen Institutionen und Instrumente lässt sich ohne Verständigung über den Beurteilungsmaßstab nicht sinnvoll begründen. So wenig das Alter der Erbrechtskodifikation einziger Anlass für sinnvolle Reformarbeit sein kann, so wenig sprechen die ökonomischen, sozialen und biographischen Umwälzungen des vergangenen Jahrhunderts für sich. Die Kenntnis der Grundlagen des Erbrechts, also Einsichten zum typischen Erbfall und zu empirischen Veränderungstrends, ist nicht hinreichend. Es bedarf vielmehr einer Vergewisserung über die heute in der verfassten Rechtsordnung und in der Gesellschaft lebendigen Haltungen und Ideen. Dabei kommt dem Verfassungsrecht und insbesondere den Grundrechten als Vorstrukturierung der im Erbrecht wirkenden widerstreitenden Freiheits- und Schutzansprüche zentrale Bedeutung zu. Unterhalb des Verfassungsrechts vermittelt der Blick auf die europäische Rechtsentwicklung sowie auf die sozialwissenschaftlichen Einsichten zu den Wirkungen und Bedeutungen von Erben und Vererben Anhaltspunkte für die das Erbrecht heute umgebenden Haltungen und Ideen.

---

<sup>2</sup> Etwa beim gemeinschaftlichen Testament, dazu noch unten E. III. 1.

<sup>3</sup> So *Staudinger/Otte*, vor § 1922 Rn. 140; mit ähnlicher Tendenz *MünchKommBGB/Leipold*, vor § 1922 Rn. 56; *Hattenbauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. (2000), S. 225.

<sup>4</sup> Auf dem 49. DJT 1972 zum Thema „Empfiehl es sich, das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?“ und auf dem 64. DJT 2002 zum Thema „Empfiehl es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?“. – Nicht durchsetzen konnte sich auch der 14. DJT 1878 zur Frage des Pflichtteilsrechts („Ob und inwieweit soll die Testierfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichtteilsberechtigung eingeschränkt werden?“). Siehe im Übrigen die Verhandlungen des 13. DJT 1876 zur Frage „Soll in dem gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland bestimmt werden, dass der Erbschaftserwerb ipso iure eintrete?“, des 19. DJT 1888 zur Frage „Soll die Wirkung aller Legate, unter Aufhebung des *legatum vindicationis*, nur eine obligatorische sein?“, des 20. DJT 1889 zur Frage „Verdient die im Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches vorgeschlagene Abschaffung der wechselseitigen Testamente Zustimmung?“ sowie des 21. DJT 1891 zur Frage „Ist die vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches angenommene Stellung des Testamentsvollstreckers zu billigen und wie ist sie nötigenfalls anders zu regeln?“.

## II. Zentrale Herausforderungen

Die dabei hervortretenden Einzeleinsichten lassen sich auf ein gemeinsames Thema zurückführen, das die zentralen Herausforderungen an die Zeitgemäßheit unserer erbrechtlichen Instrumente und Institutionen beherbergt: das Verständnis von *Autonomie*. Verfassungsrecht, Rechtsvergleichung und Sozialwissenschaften präsentieren heute ein detailreiches Portrait der Voraussetzungen privatautonomeren Handelns und deren durch gegenläufige Autonomie- und Schutzansprüche gezogenen immanenten Grenzen. Die grundrechtliche Strukturierung der Zusammenhänge von Freiheit, Verantwortung und Macht sowie die Veränderungen des Erbgeschehens und der Erberfahrung berühren die Ausgestaltung von erbrechtlichem Erwerb, gesetzlicher Erbfolge und vor allem der erbrechtlichen Autonomie selbst: Genügen die Regeln der Testierformen, der Testierfähigkeit und der Ausschlagungsbefugnis, um hinreichend bedachte und verantwortete Entscheidungen von Erblasser und Erbe zu garantieren? Sind unbedachter Selbstbindung und übermäßiger Fremdbeherrschung weitergehende Grenzen zu ziehen? Wo liegen die Grenzen erbrechtlicher Parteiautonomie?

## III. Zukunftsaufgaben

Die nachfolgende Darstellung ist nicht auf Vollständigkeit angelegt, sondern beruht auf einer Auswahl von Aspekten, deren Überprüfung sich angesichts der ermittelten Veränderungen in der rechtlichen und sozialen Umgebung des Erbrechts (unten B.) besonders empfahl: Einzelaspekte der Universalsukzession (unten C.) und der gesetzlichen Erbfolge (unten D.) sowie Fragen der Testierformen (unten E.), des erbrechtlichen Machtschutzes (unten F.) und schließlich des internationalen Erbrechts (unten G.).

Aus Platzgründen mussten zahlreiche sowohl dogmatisch hervorstechende als auch praktisch wichtige Fragen ausgeklammert werden. Dies betrifft insbesondere die steuerrechtlichen und verfahrensrechtlichen Seiten des Erbrechts. Beide Fragenkreise wären eigene Gutachten wert. Die Abstimmungen des Erbrechts mit dem Gesellschaftsrecht konnten hier nur angedeutet werden und bedürfen weiterer Einbettung am richtigen Ort. Gleiches gilt rund um das Schenken, Stiften und Vererben. Das Recht der unentgeltlichen Zu-

wendungen dürfte eine der Zukunftsaufgaben nationaler Privatrechte bergen. Auch die Begutachtung von Erbengemeinschaft, Vermächtnis und Auflage muss ggf. einer künftigen Befassung des Juristentags vorbehalten bleiben. Ebenfalls in seiner Grundanlage ausgespart blieb hier das Pflichtteilsrecht; insoweit sei insbesondere auf die Erörterungen auf dem 64. Juristentag im Jahr 2002 verwiesen.<sup>5</sup>

Inzwischen ist das Erbrecht auch vom europäischen Gesetzgeber entdeckt worden. Der im Oktober 2009 veröffentlichte Entwurf einer Erbrechtsverordnung<sup>6</sup> betrifft zwar auf den ersten Blick „nur“ das Kollisions- und Verfahrensrecht, enthält aber auch Vorschläge für einen europäischen Erbschein und ein europäisches Vollstreckzeugnis. Langfristig erscheint eine weiter ausgreifende gemeinschaftliche Rechtsetzungstätigkeit auch im materiellen Erbrecht nicht mehr unwahrscheinlich. Diesen Prozess zu steuern und zu gestalten wird die herausforderndste und bedeutsamste Zukunftsaufgabe sein – im Erbrecht wie in anderen Bereichen des Privatrechts. Das Gewicht der deutschen Stimme wird auch von der Überzeugungskraft unserer Regelungskonzepte abhängen. Die Sorge um die Zeitgemäßheit unserer erbrechtlichen Institutionen und Instrumente bleibt also eine Daueraufgabe.

---

<sup>5</sup> *Martiny*, 64. DJT 2002, A 61 ff.; zuvor bereits *Coing*, 49. DJT 1972, A 1 ff.; im Übrigen *Röhel* (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007).

<sup>6</sup> Vorschlag für eine Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vom 14. 10. 2009, KOM (2009) 154 endg.; zuvor Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht vom 1. 3. 2005, KOM (2005) 65 endg. Zu Einzelaspekten der Erbrechts-VO noch unten G.