

Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive

Von REINHARD ZIMMERMANN, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Die justinianische Regelung in den Novellen 118 und 127, 1	770
II. Die justinianische Regelung im Zeitalter des <i>ius commune</i>	773
1. Einzelfragen	774
2. „An die Stelle“ des Verstorbenen einrücken: die Repräsentationslehre	776
3. <i>Paterna paternis, materna maternis; ius recadentiae, retour lignager</i>	779
4. <i>La fente, kloving</i>	781
III. „ <i>Non alia in parte videas magis variare leges moresque gentium</i> “	782
IV. Die Kodifikation des Verwandtenerbrechts	784
V. Rechtsordnungen ohne Zivilgesetzbuch	786
VI. Abkömmlinge	787
1. Erbfolge nach Stämmen (<i>per stirpes</i>)	787
2. Repräsentation in den Kodifikationen der französischen und spanischen Traditionen	789
3. Repräsentation in den Kodifikationen mit Parentelsystem	790
4. Repräsentation: Evaluation	791
5. Erbfolge <i>per stirpes</i> : Evaluation	793
6. Enkel aus verschiedenen Stämmen: Erbfolge <i>per capita</i> ?	794
7. Rechtsordnungen ohne Zivilgesetzbuch	795
VII. Wer erbt als Nächster?	796
1. Eltern, oder Eltern und Geschwister?	797
2. Ein Elternteil ist vorverstorben	799

* Dieser Beitrag beruht auf dem Werk: Comparative Succession Law, vol. II: Intestate Succession, hrsg. von Kenneth G. C. Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann (2015); eine englische Fassung findet sich unter II. und III. in dem abschließenden Kapitel dieses Bandes: *Kenneth G.C. Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, ebd. 442–512. Besonders viel verdankt der Beitrag dem ständigen Gespräch mit *Jan Peter Schmidt* und dessen eingehender Analyse des Dreiliniensystems in dem erwähnten Band (*Intestate Succession in Latin America*, S. 118–158), außerdem dem Austausch mit *Kenneth Reid* und *Marius de Waal*. Das Manuskript bildete die Grundlage für den Semestereröffnungsvortrag an der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster am 14. Oktober 2014.

3. Halbbürtige Geschwister	801
4. „Fente successorale“ und „Linearsukzession“	801
5. Erbfolge per stirpes im Hinblick auf die Abkömmlinge der Eltern	803
6. Parentelische Logik	805
7. . . . oder Pragmatismus?	806
8. Unbegrenzte Familienerbfolge?	808
VIII. Der Staat als Residualerbe?	810
1. <i>Ius commune</i>	810
2. Modernes Recht	812
3. Andere Lösungsmöglichkeiten?	814
4. Öffentliche Solidarität	815
IX. Nicht-westliche Rechtsordnungen	816
1. Islamische Länder	816
2. Gewohnheitsrecht „erster Nationen“	817
X. Resümee	818
Summary: <i>The Intestate Succession Rights of the Deceased's Relatives</i> <i>in Historical and Comparative Perspective</i>	820

Alle modernen Rechtsordnungen der westlichen Welt kennen die gewillkürte und die gesetzliche Erbfolge. In dem einen Fall richten sich die vermögensrechtlichen Folgen des Todes eines Menschen nach dessen Verfügung von Todes wegen (typischerweise also nach seinem Testament), in dem anderen nach allgemeinen, gesetzlich niedergelegten Regeln. Die historisch ältere Form der Erbfolge ist die gesetzliche;¹ und obwohl sie auch heute noch deutlich häufiger ist als die gewillkürte,² ist sie doch nur subsidiär: Sie greift nur ein, soweit der Verstorbene keine (wirksame) Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat.

Die Regeln der gesetzlichen Erbfolge beruhen überall auf dem Grundsatz der Familienerbfolge. Die Familie des Erblassers besteht zum einen aus seinen Verwandten. Hinzukommen kann zum anderen ein Ehegatte (oder Lebenspartner, sei es desselben oder des anderen Geschlechts). Damit stellen sich für das Recht zwei zentrale Regelungsprobleme: (i) In welcher Reihenfolge sind die Verwandten dazu berufen, den Verstorbenen zu beerben (denn es ist offensichtlich, dass nicht alle gleichberechtigt und ohne Unterschied ihrer Nähe zum Verstorbenen erben können); und (ii) wie ist die Position eines überlebenden Ehegatten (oder Lebenspartners) im Vergleich mit, und

¹ Reinhard Zimmermann, Heres Fiduciarius?, in: *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, hrsg. von Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann (1998) 267, 268–270, 277–279 m. w. N.

² Dazu Kenneth G.C. Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann, *Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective*, in: *Comparative Succession Law*, vol. I: *Testamentary Formalities*, hrsg. von Kenneth G.C. Reid/Marius de Waal/Reinhard Zimmermann (2011) 432, 435 f.; zu Deutschland vgl. die Zahlen in meinem Beitrag in demselben Band auf S. 204. Vgl. ferner Reid/De Waal/Zimmermann, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective* (Fn. *) 444 f.

mit Rücksicht auf, die überlebenden Verwandten zu bestimmen? Beide Fragen lassen sich voneinander trennen, muss doch die Verwandtenerbfolge unabhängig davon bestimmt werden können, ob ein überlebender Partner vorhanden ist oder nicht. Der vorliegende Beitrag befasst sich nur mit der ersten, und grundlegenderen, dieser beiden Fragen: mit dem Verwandtenerbrecht. Das Ehegattenerbrecht ist Gegenstand eines weiteren Beitrages.³ Leitend sein soll eine historisch-vergleichende Perspektive, die das bunte Bild unterschiedlicher Regelungen in den modernen Rechtsordnungen deutlicher hervortreten und verständlich werden lässt, die im Übrigen aber auch die wesentlichen Strukturelemente dieser Regelungen herausarbeitet und kritisch reflektiert. Angeknüpft wird dabei auch an die einleitenden Bemerkungen eines früheren historisch-vergleichenden Aufsatzes über die Testamentsformen, in dem das herrschende Verständnis von der wesentlich kulturellen Prägung des Erbrechts, die einer vergleichend-bewertenden Analyse entgegenstehe, auf den Prüfstand gestellt wurde.⁴

I. Die justinianische Regelung in den Novellen 118 und 127, 1

Die historisch früheste Regelung der Intestaterbfolge, die in ihren Grundzügen als modern gelten kann, stammt aus dem Jahre 543 n. Chr. Sie schloss eine lange und komplexe Entwicklung ab,⁵ die, auf den XII Tafeln beruhend,⁶ sich durch alle Phasen der römischen Rechtsgeschichte erstreckte und die spezifische Struktur der römischen Familie widerspiegelte.⁷ Was Justinians Gesetzgebungsakt aus der Mitte des sechsten nachchristlichen Jahrhunderts (Novelle 118, ergänzt durch die Novelle 127, 1 aus dem Jahre 548) so modern erscheinen ließ,⁸ war zum einen, dass sich die Erbfolge nicht mehr nach dem agnatischen Prinzip (also einer nur durch den Mannes-

³ Reinhard Zimmermann, Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 80 (2016) (in Vorbereitung).

⁴ Reinhard Zimmermann, Testamentsformen: „Willkür“ oder Ausdruck einer Rechtskultur?, RabelsZ 76 (2012) 471, 473–477, 505–507.

⁵ „Es ist wohl keine Lehre des Römischen Rechts, welche so viele und so wichtige Veränderungen erlitten hat, als die von der Intestaterbfolge der Verwandten“; Christian Friedrich Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundlagen des ältern und neuern Römischen Rechts (1803) § 44.

⁶ XII Tafeln 5, 4f.; dazu Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (vorige Fn.) §§ 45–59; Pasquale Voci, Diritto Ereditario Romano², Bd. II (1963) 5–9; Max Kaser, Das römische Privatrecht², Erster Abschnitt (1971) 91–104; Thomas Rüfner, Intestate Succession in Roman Law, in: Intestate Succession (Fn. *) 5–7.

⁷ Die Entwicklung wird geschildert bei Rüfner, Roman Law (vorige Fn.) 2–32.

⁸ Nach Rüfner, Roman Law (Fn. 6) 32 handelt es sich hier um ein Beispiel „of genuine progress in the law“. Einen Überblick über die Veränderungen, die die Novelle 118 gegenüber dem älteren Recht gebracht hat, bietet Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 90.

stamm vermittelten Familienbeziehung) richtete, sondern nach der Blutsverwandtschaft (*cognatio*). Zum anderen wurde nicht zwischen Männern und Frauen, oder zwischen emanzipierten und nicht emanzipierten Personen, unterschieden. Auch gab es keine unterschiedlichen Regeln für die verschiedenen Vermögensbestandteile des Verstorbenen (insbesondere: bewegliches/unbewegliches Vermögen). Und schließlich war auch die dichotomische Struktur der Intestaterbfolge nach *ius civile* und nach prätorischem Recht⁹ hinfällig geworden. Novelle 118 (ebenso wie Novelle 127, 1) befasste sich nur mit den Verwandten des Erblassers; insbesondere ein möglicherweise überlebender Ehegatte wurde nicht erwähnt. In dieser Hinsicht sollte offenbar der zuvor bestehende Rechtszustand perpetuiert werden.¹⁰

Die justinianische Erbfolgeordnung¹¹ beruhte auf einer Unterteilung der Verwandten des Erblassers in drei Klassen: Abkömmlinge (Deszendenten), Vorfahren (Aszendenten) und Seitenverwandte (Kollaterale);¹² da sie jedoch eine weitere dreifache Unterteilung innerhalb der Seitenverwandten anerkannte und zudem eine dieser Untergruppen auf dieselbe Stufe wie die Eltern des Verstorbenen stellte, sollte besser von vier Klassen gesprochen werden. Sie folgten in der Weise aufeinander, dass Mitglieder einer späteren Klasse nur dann zur Erbschaft berufen waren, wenn alle Mitglieder einer früheren Klasse vorverstorben waren. Mitunter wird gesagt, dass innerhalb jeder Klasse die Gradnähe mit dem Verstorbenen¹³ die Reihenfolge der Be-

⁹ Dazu *Voci*, *Diritto Ereditario Romano* (Fn. 6) 10–17; *Kaser*, *Das römische Privatrecht I* (Fn. 6) 697–703; *Rüfner*, *Roman Law* (Fn. 6) 13.

¹⁰ *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 136; *Voci*, *Diritto Ereditario Romano* (Fn. 6) 56–58; *Max Kaser*, *Das römische Privatrecht*², Zweiter Abschnitt (1975) 510; *Rüfner*, *Roman Law* (Fn. 6) 28.

¹¹ Zu dieser vgl. *Voci*, *Diritto Ereditario Romano* (Fn. 6) 54–56; *Kaser*, *Das römische Privatrecht II* (vorige Fn.) 510–512; *Max Kaser/Rolf Knütel*, *Römisches Privatrecht*²⁰ (2014) § 66, Rn. 22–24; *Rüfner*, *Roman Law* (Fn. 6) 26–29 (wo darauf hingewiesen wird, dass die Regeln in der Novelle 118 „as the fruit of an organic development of principles that were already present at earlier stages in the history of Roman succession law“ angesehen werden können). Detaillierte, ältere Darstellungen bieten *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) §§ 90–133; *Samuel Stryk*, *Tractatus de Successione ab Intestato* (Francofurti, 1706) (hierbei handelt es sich um eine Zusammenstellung von zwölf Dissertationen, von denen die ersten drei sich mit der in Novelle 118 – ergänzt durch Novelle 127, 1 – enthaltenen Ordnung befassen); vgl. ferner *Karl Adolph von Vangerow*, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, Bd. II (1867) §§ 414–419; *Theodor Schirmer*, *Handbuch des Römischen Erbrechts*, Bd. I (1863) § 13; *Carl Georg von Wächter*, *Pandekten*, Bd. II (1881) § 277; *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹ (1906) §§ 572 f.

¹² Novelle 118, *praeformatio*. Vgl. auch *Petrus Gudelinus*, *Commentarii de Iure Novissimo* (Antverpiae, 1644) Lib. II, Cap. XIII, 2: „Cognatorum sunt tres ordines“; *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Collegium Theoretico-practicum* (Tubingae, 1723) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, VI. *Stryk*, *Tractatus* (vorige Fn.) trennt ebenfalls die Diskussion der Vorfahren und Seitenverwandten: Sein Werk enthält eine Dissertation *De Successione Ascendentium* und eine weitere *De Successione Collateralium*.

¹³ Die Gradnähe wurde im römischen Recht nach der Anzahl der dazwischenliegenden Geburten berechnet (*Gai.* D. 38, 10; *Inst.* 3, 6; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörte-*

rufung bestimmte: Der Gradnächste schloss alle Gradferneren aus.¹⁴ Diese Aussage, die auf der Vorstellung beruht, dass innerhalb einer Klasse die Gradnähe das natürlichste Kriterium für die Bestimmung des Erben ist, ist jedoch irreführend: Sie stimmt im Grunde nur für die vierte Klasse und, im Rahmen der zweiten Klasse, für Aszendenten.¹⁵

Die erste Klasse bestand aus den Kindern des Erblassers (die zu gleichen Teilen erben) sowie aus seinen weiteren Abkömmlingen, die nach „Stämmen“ (*stirpes*) unterteilt waren.¹⁶ Daraus ergab sich, dass jeder den Erblasser überlebende Abkömmling alle Abkömmlinge ausschloss, die durch ihn mit dem Erblasser in entfernterem Grad verwandt waren. Gleichzeitig wurde angenommen, dass Abkömmlinge eines vorverstorbenen Abkömmlings gewissermaßen „an die Stelle“ dieses vorverstorbenen Abkömmlings rückten; sie erhielten damit also dessen Erbteil, um ihn unter sich *per capita* aufzuteilen.

Mitglieder der zweiten Klasse¹⁷ waren die Vorfahren des Erblassers und seine Geschwister, soweit sie beide Elternteile mit dem Erblasser gemeinsam hatten (vollbürtige Geschwister). Unter den Vorfahren richtete sich die Erbfolge nach der Gradnähe: Ein überlebender Vorfahr näheren Grades (zum

runge (Fn. 5) § 16; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 6) 351) und nicht nach der Zahl der Generationen von einem gemeinsamen Vorfahren, wie dies später nach kanonischem Recht der Fall war; vgl. *Motive*, in: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, hrsg. von Benno Mugdan (1899) 389; *Otto Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts¹⁺², Bd. V (1885) 63–73; *Rudolf Hübner*, Grundzüge des Deutschen Privatrechts⁵ (1930) 758–760.

¹⁴ Vgl. etwa *Heinrich Dernburg/Johannes Biermann*, *Pandekten*⁶, Bd. III (1901) § 132: „Die Novelle 118 bildet im Allgemeinen eine Gradualerfolge, so daß die Nähe des Grades der Verwandtschaft entscheidet“; *Ludwig Arndts Ritter von Arneseberg*, *Lehrbuch der Pandekten*¹² (1883) § 478; *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht* (Fn. 11) §§ 66, Rn. 23: „Gleiches [sc.: wie bei der Frage, wenn die in der früheren Klasse Berufenen nicht Erbe werden können oder wollen: die Berufung geht dann an die nächste Klasse] gilt innerhalb einer Klasse im Verhältnis von Gradnäheren und Gradferneren“.

¹⁵ Dazu sogleich. Zum Begriff „*successio (ordinum et) graduum*“ (der nicht dem römischen Recht entstammt) vgl. *Johannes Merkel*, *Die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben* (1876) 5–7; *Emil Strohal*, *Das deutsche Erbrecht*² (1901) 28 Fn. 6; *Gottlieb Planck*, *Bürgerliches Gesetzbuch*³, Bd. V (1908) § 1930. Ob und gegebenenfalls inwieweit eine „*successio (ordinum et) graduum*“ bestand, war Gegenstand eines notorischen Streits unter den Autoren des Pandektenrechts; vgl. etwa *Schirmer*, *Römisches Recht* (Fn. 11) § 15; *von Vangerow*, *Pandekten* (Fn. 11) § 420; *von Wächter*, *Pandekten* (Fn. 11) § 278; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 573; *Joseph Kohler*, *Stammeseinheit und Nachberufung*, *AcP* 59 (1876) 87–148; und die soeben zitierte Abhandlung von *Merkel*. Vor dem 19. Jahrhundert wurde das Problem in der Regel mit demjenigen der „Repräsentation“ (dazu unten II. 2.) identifiziert; vgl. *Merkel* (wie soeben) 12–14; *Kohler*, *AcP* 59 (1876) 87, 111.

¹⁶ Novelle 118, 1. Dazu im Detail *Stryk*, *Tractatus* (Fn. 11) *Dissertatio I* (*De Successione Descendentium*); *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) §§ 94–111; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572, 1.

¹⁷ Novelle 118, 2 und 3 pr. Dazu *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) §§ 112–126; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572, 2.

Beispiel die Mutter) schloss alle Vorfahren entfernteren Grades aus (also etwa die Großeltern), gleichgültig, ob es sich um Vorfahren der mütterlichen oder väterlichen Seite handelte. Überlebten den Verstorbenen mehrere Vorfahren desselben Grades entweder der mütterlichen oder der väterlichen Seite, wurde der Nachlass unter ihnen *per capita* aufgeteilt; überlebten ihn mehrere Vorfahren desselben Grades auf beiden Seiten, dann ging die Hälfte des Nachlasses an die Vorfahren der väterlichen Seite (und wurde unter ihnen *per capita* verteilt), die andere Hälfte an die Vorfahren der mütterlichen Seite (mit Verteilung ebenfalls *per capita*). Geschwister erbten *per capita*, wobei Kinder (nicht aber weiter entfernte Abkömmlinge) eines vorverstorbenen Geschwisters „an dessen Stelle“ rückten – sie erhielten also dessen Erbteil, den sie sich *per capita* zu teilen hatten.¹⁸

Zur dritten Klasse¹⁹ gehörten alle Geschwister des Erblassers, wobei die vollbürtigen den halbbürtigen (die also nur einen Elternteil mit dem Erblasser gemeinsam hatten) vorgingen. Ebenso wie vollbürtige erbten auch halbbürtige Geschwister *per capita*, wobei wiederum Kinder eines vorverstorbenen halbbürtigen Geschwisters „an dessen Stelle“ rückten.

Andere Seitenverwandte konnten schließlich als Mitglieder der vierten Klasse zu Erben berufen sein.²⁰ Unter mehreren Seitenverwandten entschied die Gradesnähe. Gleichnahe Seitenverwandte erbten *per capita*.

II. Die justinianische Regelung im Zeitalter des *ius commune*

Dies waren die Kernelemente der justinianischen Erbfolgeordnung, wie wir sie in der Novellengesetzgebung finden und wie sie in der Literatur des (jeweiligen) „heutigen“ römischen Rechts bis zum Ende des 19. Jahrhunderts gewissenhaft überliefert wurden.²¹ Doch gab die justinianische Regelung über die Jahrhunderte hinweg auch Anlass zu einer Reihe von Streitfragen.²² Diese Streitfragen betrafen in den Novellen nicht geregelte Punkte ebenso wie bestimmte Aspekte der Novellen 118 und 127, 1 selbst, die als unklar galten.²³ Mitunter war zweifelhaft, ob, und gegebenenfalls inwie-

¹⁸ Novelle 118, 3 pr. – Zum Zusammentreffen von Vorfahren des Erblassers und Geschwistern vgl. unten bei Fn. 31.

¹⁹ Novelle 118, 3 pr. Dazu Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) §§ 127–131; Windscheid/Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 572, 3.

²⁰ Novelle 118, 3, 1. Dazu Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) §§ 132 f.; Windscheid/Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 572, 4.

²¹ Vgl. insbesondere Windscheid/Kipp, Pandektenrecht (Fn. 11) § 572.

²² Ein Überblick findet sich in Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985) 604–606.

²³ Vgl. etwa die oben in Fn. 15 erwähnte Streitfrage; vgl. Merkel, Lehre von der successio graduum (Fn. 15) 11 f., 52–55. Zum Begriff der „successio ordinum et graduum“ (nach Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 511 Fn. 6 auch unter dem Erbfolgeregime der Novellen

weit, Regeln aus früheren Epochen der römischen Rechtsgeschichte von den Reformen der Jahre 543 und 548 n. Chr. unberührt geblieben waren; gelegentlich waren die Kontroversen aber auch von neuen Ideen inspiriert, die die gemeinrechtlichen Juristen in bewährter hermeneutischer Manier in die römischen Quellen hinein- und dann wieder aus ihnen herauslasen.²⁴

1. Einzelfragen

So wurde zum Beispiel behauptet, dass, wenn der Erblasser von Kindern aus verschiedenen Ehen überlebt worden war, diese Kinder erben, was der Erblasser von ihren jeweiligen Müttern erhalten hatte (sowie natürlich ihren Anteil am sonstigen väterlichen Vermögen): „[E]xpeditum est, quod in bonis paternis aequaliter, in bonis maternis vero quilibet suae matri succedat“.²⁵

Da Abkömmlinge nach Stämmen erbten, hätte man denken sollen, dass, wenn den Erblasser nicht seine Kinder, wohl aber eine Reihe seiner Enkel überlebt hatten, diese Enkel den Anteil erhalten, den ihr jeweiliger Elternanteil erhalten hätte, wäre er noch am Leben gewesen. Dann wäre zwar eine Gleichberechtigung der Stämme gegeben gewesen. Doch hätte diese Lösung, sofern die Zahl der Enkel innerhalb der verschiedenen Stämme unterschiedlich war, zu einer Ungleichbehandlung der Enkel geführt. Das wurde (und wird teilweise auch heute)²⁶ als unbillig und dem mutmaßlichen Willen des Erblassers zuwiderlaufend empfunden, und manche Autoren sprachen sich deshalb dafür aus, die Enkel unter diesen Umständen *per capita* erben zu lassen.²⁷

Eine ähnliche Frage konnte sich in der zweiten Klasse möglicher Erben ergeben. Geschwister erbten, wie bereits gesagt, *per capita*, wobei Kinder (aber nicht weitere Abkömmlinge) eines vorverstorbenen Geschwisters dessen Anteil erhielten (sie erbten also als Angehörige eines bestimmten Stammes). Doch wie war zu entscheiden, wenn der Erblasser nur Kinder seiner

118 und 127, 1 anerkannt), vgl. heute *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 6) 698; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 506.

²⁴ Zum früheren *ius commune*, insbesondere zu den Glossatoren, vgl. *Rüfner*, Roman Law (Fn. 6) 29–31. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich vor allem auf das spätere *ius commune*, d. h. den *usus modernus pandectarum*, das römisch-holländische Recht und die Pandektenlehre.

²⁵ Die Frage wird diskutiert bei *Stryk*, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio I, Cap. II, VI–IX; und bei *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 101.

²⁶ Vgl. unten VI. 6.

²⁷ Die Frage wird diskutiert bei *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 99; vgl. auch *Stryk*, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio I, Cap. II, XXXV; *Josef Kohler*, Zwei Studien über das sog. Repräsentationsrecht, (*Puchel's*) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876) 113, 170–175; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 572 Fn. 5. Zum modernen *per stirpes*-Ansatz in den USA vgl. *Ronald J. Scalise*, Intestate Succession in the United States of America, in: Intestate Succession (Fn. *) 410.

vorverstorbenen Geschwister (also Neffen und Nichten) hinterlassen hatte? Erbten sie *per stirpes* oder *per capita*?²⁸ Das war Gegenstand eines Streits, der bis auf die Glossatoren zurückreichte;²⁹ für das Reich wurde er durch den Reichstag von Speyer im Jahre 1529 im Anschluss an Azo (und gegen Accursius) zugunsten der *per capita*-Lösung entschieden: gewiss gegen den Sinn des justinianischen Gesetzes, wie Bernhard Windscheid missbilligend anmerkte.³⁰

Doch war die zweite Klasse schwierig vor allem auch deshalb, weil sie (alle!) Vorfahren mit einer privilegierten Gruppe von Seitenverwandten (vollbürtige Geschwister des Erblassers sowie gegebenenfalls deren Kinder) zusammenwarf. Hier war klar, dass Geschwister zusammen mit den überlebenden Eltern des Erblassers erbt (wobei der Nachlass *per capita* verteilt wurde), obwohl sie mit dem Erblasser nur im zweiten Grad verwandt und damit von ihm weiter entfernt sind als seine Eltern. Andererseits nahm man an, dass Geschwister des Erblassers dessen überlebenden Großeltern vorzuziehen waren,³¹ obwohl sie mit ihm gleich nah verwandt sind wie die Großeltern.

Was schließlich die vierte Klasse betrifft, so wurde teilweise die Ansicht vertreten, dass Seitenverwandte ohne jede Begrenzung (*in infinitum*) als Erben berufen sein konnten; nach anderer Auffassung war die Begrenzung auf den zehnten Grad, die im vorjustinianischen Recht für Agnaten gegolten hatte, weiterhin anwendbar, galt nun aber für alle Seitenverwandten.³²

Die beiden interessantesten Kontroversen drehten sich um das sogenannte *ius repraesentationis* und um die Frage, ob die Nachlassgegenstände unter bestimmten Umständen danach aufzuteilen waren, von welcher Seite sie gekommen waren: *paterna paternis, materna maternis*.

²⁸ Die Frage wird diskutiert von *Andreas Fachinaeus*, *Controversiae Iuris (Coloniae Agrippinae, 1614) Lib. VI, Cap. III*; *Gudelinus*, *Commentarii de Iure Novissimo (Fn. 12) Lib. II, Cap. XV, 6*; *Lauterbach*, *Collegium Theoretico-practicum (Fn. 12) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXXV*; *Stryk*, *Tractatus (Fn. 11) Dissertatio III, Cap. I, VIII–X*; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 122*; *Michaela Reinken Hof*, *Die Anwendung von ius commune in der Republik San Marino (1997) 132*.

²⁹ Vgl. die Nachweise bei *Fachinaeus*, *Controversiae Iuris (vorige Fn.)*.

³⁰ *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht (Fn. 11) § 572 Fn. 15*; vgl. auch *Kohler*, (*Puchelts*) *Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876) 113, 157* („[...] unrichtig und dem Geist der Justin. Verordnung widersprechend“).

³¹ Dazu die Diskussion bei *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 115*; vgl. auch *Stryk*, *Tractatus (Fn. 11) Dissertatio II, Cap. I, XXIII*; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht (Fn. 11) § 572 Fn. 16*; *Kaser*, *Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 511*.

³² Dazu die Diskussion bei *Stryk*, *Tractatus (Fn. 11) Dissertatio III, Cap. I, XXVIII f.*; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 133 S. 420*; vgl. auch *Johannes Voet*, *Commentarius ad Pandectas (Parisii, 1829) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXII*; Teil III, Kap. XII, § 4 *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*; *Gunter Wesener*, *Geschichte des Erbrechts in Österreich seit der Rezeption (1957) 84*; *Reinken Hof*, *Ius commune in San Marino (Fn. 28) 133*. Zur Rechtslage im römischen Recht vgl. unten VII. 8.; zu den Glossatoren *Rüfner*, *Roman Law (Fn. 6) 30*.

2. „An die Stelle“ des Verstorbenen einrücken: die Repräsentationslehre

Die erste dieser beiden Kontroversen hatte ihren Ursprung in zwei römischen Regeln, die bereits erwähnt worden sind. Wenn den Erblasser einerseits Kinder und andererseits Kinder eines vorverstorbenen Kindes überlebten, traten die Enkel „an die Stelle“ des vorverstorbenen Kindes und erbten zusammen mit ihren Onkeln und Tanten (auch wenn sie im Gegensatz zu diesen mit dem Erblasser nur im zweiten Grad verwandt waren). Auch Kinder eines vorverstorbenen Geschwisters traten „an die Stelle“ dieses Geschwisters und erbten zusammen mit den anderen Geschwistern des Erblassers, soweit sie ihn überlebt hatten.³³ Die lateinische Übersetzung des in diesem Zusammenhang in Novelle 118 verwandten griechischen Ausdrucks ist „in locum succedere“; an einer Stelle heißt es auch „in parentum iura succedunt“.³⁴ Die römischen Juristen wollten mit diesen Ausdrücken vermutlich lediglich sagen, dass die Kinder eines vorverstorbenen Kindes, oder eines vorverstorbenen Geschwisters, genau das erhalten und unter sich aufteilen sollten, was das betreffende Kind oder Geschwister, von dem sie abstammten, erhalten hätte.³⁵ Natürlich erhielten sie diesen Anteil am Nachlass aus eigenem Recht und nicht „ex iure alieno“.

Die gelehrten Juristen³⁶ in Mittelalter und früher Neuzeit waren nun freilich darüber irritiert, dass damit in diesen beiden Situationen gradfernere Verwandte des Erblassers zusammen mit gradnäheren erben konnten.³⁷ Das ließ sich für sie nur dadurch rechtfertigen, dass Verwandte zweiten Grades für Verwandte ersten Grades gehalten wurden (im Falle der Enkel des Erblassers) oder Verwandte dritten Grades für Verwandte zweiten Grades (im Fall der Neffen und Nichten). Dabei handelte es sich natürlich um eine Fiktion, die sich aber durch ein literalistisches Verständnis der Begriffe „in locum succedere“ oder auch „in iura succedere“ stützen ließ: Das Enkelkind

³³ Novelle 127, 1 bestimmte, entgegen Novelle 118, 3, dass Kinder eines verstorbenen Geschwisters nicht von Vorfahren ausgeschlossen wurden. Doch es war streitig, ob das auch galt, wenn keine anderen (überlebenden) Geschwister vorhanden waren; vgl. *Stryk*, *Tractatus* (Fn. 11) *Dissertatio* I, Cap. I, XXXI; *Lauterbach*, *Collegium Theoretico-practicum* (Fn. 12) *Anhang zu Lib. XXXVIII*, Tit. XVII, XXVII; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 116; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572 Fn. 11.

³⁴ Novelle 118, 3; vgl. auch *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572 Fn. 4 und 11.

³⁵ Das hieß einerseits, dass der Anteil des vorverstorbenen Kindes nicht an seine Geschwister fiel, und andererseits, dass sich diese Geschwister den Nachlass nicht *per capita* mit den Kindern des vorverstorbenen Kindes teilen mussten.

³⁶ Vgl. *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 22, der das Repräsentationsrecht „eine Erfindung der Rechtsgelehrten“ nennt.

³⁷ Da man, jedenfalls seit der Zeit der großen naturrechtlichen Autoren der frühen Neuzeit, davon ausging, dass die Intestaterbfolge auf dem mutmaßlichen Erblasserwillen beruhe, nahm man an, er hätte beerbt werden wollen von denen, „qui sanguinis [...] vinculo sibi proxime defuncto sunt coniuncti“; *Johannes August Hellfeld*, *Iurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem*² (Ienae, 1766) § 1643.

beziehungsweise der Neffe oder die Nichte erben anstelle, und das heißt als Repräsentant, des vorverstorbenen Kindes oder Geschwisters des Erblassers.³⁸ Betrachtete man die Sache unter diesem Aspekt, dann lag eine Reihe von dogmatischen Folgerungen nahe. Die wichtigste von ihnen bestand darin, dass das Erbrecht des Repräsentanten offenbar identisch war mit demjenigen des Repräsentierten³⁹ und dass es damit genau dieselben Charakteristika aufwies wie dieses: Wenn der Repräsentierte also die Erbschaft nicht deshalb nicht erhalten hatte, weil er vorverstorben war, sondern weil er erbnunwürdig war, die Erbschaft ausgeschlagen hatte oder enterbt worden war, dann galt das auch für denjenigen, der sich anschickte, in seine Stellung einzurücken. Das wurde mitunter in die sprichwörtliche Wendung gefasst „vivi nulla repraesentatio“.⁴⁰ Wie weit diese Idee der Repräsentation reichte und was genau sie implizierte, wurde jedoch nicht überall und zu allen Zeiten einheitlich beantwortet. So wurde bisweilen nur das Erbrecht der Nefen und Nichten, nicht jedoch das der Enkel auf der Grundlage eines *ius repraesentationis* konzeptualisiert.⁴¹ Andere erstreckten das *ius repraesentationis*,

³⁸ Vgl. Stryk, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio I, Cap. I, LXVIII: Das *ius repraesentationis* „est Successio in locum personae gradu proximioris, qua liberi fictione Juris parentum locum occupant, et ex eorum Jure et persona succedunt. [...] Haec vero repraesentatio toties necessaria est, quoties personae diversorum graduum concurrunt, ne remotiores a proximioribus excludantur“; vgl. weiterhin z. B. Gudelinus, Commentarii de Iure Novissimo (Fn. 12) Lib. II, Cap. XIII, 19; Hugo Grotius, De Iure Belli ac Pacis (1939) Lib. II, Cap. VII, VI („Vicariam hanc successionem quae per stirpes fit, repraesentationem vocare amant recentiores Iurisconsulti“); Voet, Commentarii ad Pandectas (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVII, Tit. XVII, IV („In stirpes denique [succeditur], cum iure repraesentationis succeditur, quod ius repraesentationis est fictio iuris, qua gradu remotiores subintrant in locum proximioris defuncti“); Georg Adam Struve, Syntagma Jurisprudentiae, secundum ordinem Pandectarum concinnatum (Jenae, 1678) Exerc. XXXVIII, XVII („Quod ius repraesentationis seu vicariae successionis [...] locum habet, eoque succedunt inferiores in locum sive ius superiorum“); Lauterbach, Collegium Theoretico-practicum (Fn. 12) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, III („[...] ex [Parentum] iure atque persona succedunt“); Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 22; Teil III, Kap. XII, § 1 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* („[...] an die Stell des Repraesentanten eintreten, mithin auch kein mehrers, als den ihm gebührenden Antheil bekommen“). Vgl. auch die Diskussion bei Kohler, (Puchelts) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876) 113, 114–120; Wesener, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 45–48; Coing, Europäisches Privatrecht I (Fn. 22) 603f.

³⁹ „Repraesentans eandem personam, et eadem privilegia habet“: Index Juris Civilis copiosus = Band VI der Ausgabe von 1627, Lugduni, des Corpus Iuris Civilis cum commentariis Accursii, unter „Repraesentatio“.

⁴⁰ Vgl. Joannis à Someren, Tractatus de Repraesentatione (Coloniae Agrippinae, 1713) Cap. III, I; Kohler, (Puchelts) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876) 113, 120f., unter Hinweis auf Dumoulin und weitere französische Autoren; für San Marino siehe Reinkenhof, Ius commune in San Marino (Fn. 28) 131; für Lateinamerika Jan Peter Schmidt, Intestate Succession in Latin America, in: Intestate Succession (Fn. *) 130.

⁴¹ Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) §§ 22, 116; vgl. auch à Someren, Tractatus (vorige Fn.) Cap. I, V: „[...] nepos ex proprio capite avo haeres existat“.

umgekehrt, sogar auf Vorfahren,⁴² doch wurde diese Ansicht ganz überwiegend abgelehnt.⁴³

Im Grunde genommen handelte es sich bei der Repräsentationslehre um eine Mystifikation⁴⁴ mit weitreichenden Konsequenzen. Zwar wies Bernhard Windscheid gegen Ende des 19. Jahrhunderts darauf hin, dass „die ganze Vorstellung wohl vollständig aufgegeben“⁴⁵ sei, doch bemerkte er gleichzeitig, dass sie etwa im *Code civil* zur gesetzlichen Anerkennung gelangt sei.⁴⁶ Und sie sät immer noch Verwirrung, in Frankreich ebenso wie anderswo.⁴⁷ Die beste Erklärung für die beiden römischen Regeln, die der Repräsentationsdoktrin zugrunde lagen, liegt vermutlich darin, dass sie aus der Idee einer Rechtsnachfolge *per stirpes* folgen. Das gilt vor allem für die Abkömmlinge: Jeder Stamm erhält denselben Anteil, und dieser Anteil durchläuft den Stamm, bis er auf einen überlebenden Abkömmling trifft.⁴⁸ Im Falle der Geschwister des Erblassers erscheint die Idee einer Erbfolge *per stirpes* demgegenüber nur in verkürzter Form: Der Anteil eines vorverstorbenen Geschwisters geht an dessen Kinder, jedoch nicht an weiter entfernte Abkömmlinge.⁴⁹ Der Grund dafür, den Gedanken einer Erbfolge *per stirpes* hier nicht

⁴² Siehe die Verweise bei *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 112, der diese Ansicht selbst jedoch ablehnt; vgl. ferner *Stryk*, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio II, Cap. I, XVII; à *Someren*, Tractatus (Fn. 40) Cap. II, I; *Voet*, Commentarius ad Pandectas (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVII, Tit. XVII, XI („[...] nullus in adscendente linea repraesentationi locus est“); Teil III, Cap. V, § 3 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*.

⁴³ Dazu die Nachweise in der vorigen Fußnote. Als Grund wurde angegeben: „Jus repraesentationis [...] id exigit, ut persona una in alterius locum transeat, a qua sanguinem trahit. [...] Jam vero Pater a Filio sanguinem non trahit, ut sic contra naturam foret, si Pater in filii locum per repraesentationem transire vellet“ (*Stryk*, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio II, Cap. I, XVII). Vom Standpunkt des Naturrechts aus vgl. *Samuel Pufendorf*, De jure naturae et gentium (Francofurti ad Moenum, 1694), Lib. IV, Cap. XI, § 13 („[...] quia naturaliter spes successio- nis non adscendit, sed descendit“).

⁴⁴ „[...] der künstliche Ausdruck von etwas Natürlichem“; *Kohler*, (Puchelts) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1879) 159.

⁴⁵ *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 572, Fn. 4 und 11. Vgl. auch etwa von *Vangerow*, Pandekten (Fn. 11) § 414 („Bei genauerer Betrachtung kann man jedoch nicht umhin, das ganze s.g. Repräsentations-Recht als durchaus ungegründet und unhaltbar zu verwerfen“); *Dernburg/Biermann*, Pandekten (Fn. 14) § 132 Fn. 2 („[...] schief und irrhümlich“); *Joseph Unger*, Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt² (1871) § 33 Anm. 4 („[...] nichts anderes als ein trüber Nachklang eines überwundenen [...] gemeinrechtlichen Irrthums“).

⁴⁶ Art. 739–744 *Code civil* (1804).

⁴⁷ Siehe unten VI. 2.–4.

⁴⁸ *Kohler*, (Puchelts) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876) 113, 118; *ders.*, AcP 59 (1876) 87, 87–89; vgl. auch schon *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) §§ 21, 22, 100.

⁴⁹ Wahrscheinlich erben Kinder von vorverstorbenen Geschwistern, entgegen der vom Reichstag in Speyer bestätigten Ansicht des Azo (vgl. oben bei Fn. 29) *per stirpem* und nicht *per capita*, unabhängig davon, ob sie zusammen mit überlebenden Geschwistern erben oder nicht: siehe *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 511 Fn. 9.

unbegrenzt durchzuführen, mag darin gelegen haben, dass die zweite Klasse erbberechtigter Verwandter (vollbürtige) Geschwister und Vorfahren enthielt, während Abkömmlinge einer eigenen Klasse angehörten.

3. *Paterna paternis, materna maternis; ius recadentiae, retour lignager*

Die andere besonders interessante Kontroverse wurde ebenfalls in zwei unterschiedlichen Situationen praktisch relevant, betraf aber auch im Wesentlichen ein und denselben Punkt. Wenn den Erblasser halbbürtige Geschwister aus unterschiedlichen Ehen auf der väterlichen und mütterlichen Seite überlebten, so hielten viele einflussreiche Autoren dafür, dass, was von der väterlichen Seite in das Vermögen des Erblassers gekommen war, dem Halbbruder auf der väterlichen Seite zustand, während, was der Erblasser von der mütterlichen Seite erhalten hatte, dem Halbbruder auf der mütterlichen Seite gebührte: „Distinguitur [...] inter bona, quae ex linea paterna, et quae ex linea materna proveniant, ita ut frater consanguineus succedat in bonis paternis excluso fratre uterino, frater vero uterinus in bonis ex linea materna quaesitis, praeferatur fratri consanguineo.“⁵⁰ Diese Ansicht ging auf herausragende Autoritäten aus dem Mittelalter zurück⁵¹ und stützte sich auf einen Text aus dem *Codex Justinianus* (C. 6, 58, 13, 2), der im Hinblick auf die Erbberechtigung halbbürtiger Geschwister in der Tat zwischen *bona paterna* und *bona materna* unterschied. Das Ergebnis ließ sich kurz und bündig in dem Spruch „paterna paternis, materna maternis“ zusammenfassen; und mitunter wurde der Gedanke auch ausgedehnt auf Fälle, in denen Kinder von vorverstorbenen halbbürtigen Geschwistern zum Zuge kamen.⁵²

⁵⁰ *Benedict Carpov*, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica* (Francofurti ad Moenum, 1644) Teil III, Const. XIV, Definit. I; *Stryk*, *Tractatus* (Fn. 11) *Dissertatio* II, Cap. I, XXII–XXV; *Gudelinus*, *Commentarii de Iure Novissimo* (Fn. 12) Lib. II, Cap. XV, 2 (unter Bezug auf die „sententia vulgaris“); *Augustin Leyser*, *Meditationes ad Pandectas*³, Bd. VI (Lipsiae et Guelpherbyti 1744) Spec. CCCCXXIII, I und II; *Wesener*, *Geschichte des Erbrechts* (Fn. 32) 64–66; für das mittelalterliche Recht vgl. auch *Rüfner*, *Roman Law* (Fn. 6) 30f. So scheint das römische Recht in San Marino auch heute nach angewandt zu werden: *Reinkenhof*, *Ius commune in San Marino* (Fn. 28) 130 (die jedoch auch von einem entgegenstehenden Urteil berichtet).

⁵¹ Vgl. die Nachweise in der Literatur, die in der vorigen Fußnote und unten in Fn. 54 zitiert sind.

⁵² Siehe *Carpov*, *Jurisprudentia Forensis* (Fn. 50) Teil III, Const. XIV, Definit. I. Es scheint jedoch Übereinstimmung geherrscht zu haben, dass diese Regel nur für diejenigen galt, „quae ex linea Paterna vel materna immediate, non in his, quae a cognatis Paternis vel maternis provenerunt“: *Stryk*, *Tractatus* (Fn. 11) *Dissertatio* II, Cap. I, XXV; *Carpov*, *Jurisprudentia Forensis* (Fn. 50) Teil III, Const. XIV, Definit. III. Im Hinblick auf letztere Vermögensgüter „fratres uterini et consanguinei aequaliter succedunt“; dasselbe galt natürlich für Vermögen, das der Erblasser weder von der väterlichen noch von der mütterlichen Seite empfangen hatte.

Es gab aber auch Autoren, die die Idee des *paterna paternis, materna maternis* in der häufigeren Situation anwandten, dass der Nachlass an die Vorfahren des Verstorbenen ging: „In successione quoque ascendentium de iure communi origo bonorum, ex quam linea pervenerint, inspicitur“.⁵³ Doch überwiegend wurde von frühneuzeitlichen Autoren des *ius commune* die Anwendung von *paterna paternis, materna maternis* abgelehnt, soweit es um das zeitgenössische römische Recht ging.⁵⁴ C. 6, 58, 13, 2, wie immer dieser Text zu verstehen war,⁵⁵ sei durch die Novelle 118 überlagert und damit aufgehoben worden. Und andere Quellen des römischen Rechts ließen sich ebenfalls nicht heranziehen, auch nicht in ausdehnender Interpretation: „Regulam [...] in analogia juris Romani haud esse fundatam, neque quoad successionem ascendentium, neque quoad successionem Collateralium“: so die zusammenfassende Würdigung des Verfassers einer Dissertation aus dem frühen 18. Jahrhundert.⁵⁶ Und Bernhard Windscheid stellte gegen Ende des 19. Jahrhunderts kategorisch fest, das römische Recht wisse nichts davon, dass das väterliche Vermögen an die väterlichen, das mütterliche an die mütterlichen Aszendenten falle.⁵⁷

Gleichzeitig wurde jedoch nicht selten darauf hingewiesen, dass *paterna paternis, materna maternis* praktisch anwendbar war, wenn und soweit ein sogenanntes „ius recadentiae“ „eingeführt“ worden war.⁵⁸ Das war in der Tat teilweise geschehen, sei es aufgrund Gesetzes, sei es aufgrund Gewohnheitsrechts. Das *ius recadentiae, terugvalrecht*, Fallrecht, oder *retour lignager*, wonach, soweit keine Abkömmlinge, oder keine Abkömmlinge und keine Vorfahren, vorhanden waren, ererbtes Vermögen an die Linie zurückfiel, von der

⁵³ *Carpzov*, Jurisprudentia Forensis (Fn. 50) Teil III, Const. XIV, Definit. II (unter Bezug auf „ratio naturalis, quae inprimis in causarum decisionibus est inspicienda“); diese Ansicht wurde von *Fachinaeus*, *Controversiae Iuris* (Fn. 28) Lib. VI, Cap. IV, über Andreas Tiraquelus, bis auf Bartolus „et multi alii“ zurückgeführt.

⁵⁴ Im Hinblick auf Vorfahren vgl. *Fachinaeus*, *Controversiae Iuris* (Fn. 28) Lib. VI, Cap. IV; *Voet*, *Commentarius ad Pandectas* (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, 11; *Stryk*, *Tractatus* (Fn. 11) *Dissertatio* II, Cap. I, XXI; à *Someren*, *Tractatus* (Fn. 40) Cap. II, III; *Lauterbach*, *Collegium Theoretico-practicum* (Fn. 12) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXV; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 119. Für „fratres uterini“ und „consanguinei“ vgl. *Fachinaeus*, *Controversiae Iuris* (Fn. 28) Lib. VI, Cap. V; *Voet*, *Commentarius ad Pandectas* (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, 19; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 129.

⁵⁵ Zum heutigen Verständnis *Kaser*, *Das römische Privatrecht* II (Fn. 10) 505, 506f.

⁵⁶ *Johannes Henricus Feltzius*, *Dissertatio Juridica de Origine, Usu, et Aequitate Regulae: Paterna Paternis, Materna Maternis* (Kandidat: Nicolaus Franciscus Lancon) (Argentorati 1714) 23.

⁵⁷ *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572 Fn. 13 a. E.; über *paterna paternis, materna maternis* in Bezug auf *fratres uterini* und *consanguinei* vgl. *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 572 Fn. 22 a. E.: Diese früher sehr verbreitete Ansicht „ist jetzt aufgegeben“. Heute vgl. *Philippe Godding*, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle* (1987) Rn. 672: „[...] totalement étrangère au droit romain“.

⁵⁸ Siehe z. B. *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) § 119 a. E.

es gekommen war, scheint seinen Ursprung im mittelalterlichen Gewohnheitsrecht zur Zeit des Feudalismus gehabt zu haben (10.–12. Jahrhundert).⁵⁹ Es bezog sich vor allem auf Grundvermögen und betonte dessen enge Verbindung mit einer bestimmten Familie: diente es doch dazu, einen Übergang von der väterlichen in die mütterliche Familie, oder umgekehrt, zu verhindern.⁶⁰

4. *La fente, kloving*

Derselbe Gedanke lag einer anderen Institution zugrunde, die in Frankreich als „la fente“ und in den Niederlanden als „kloving“ bekannt war.⁶¹ Sie betraf, jedenfalls ursprünglich, was der Verstorbene nicht aufgrund eines Vermögensübergangs *mortis causa* erhalten hatte sowie ganz allgemein sein bewegliches Vermögen; auch hier war Voraussetzung, dass keine Abkömmlinge vorhanden waren.⁶² Um zu verhindern, dass diese Vermögensgegenstände allesamt an den nächsten Verwandten des Erblassers gingen, gleichgültig, ob er zur väterlichen oder mütterlichen Familie gehörte, nahm man an, dass der Erblasser sie zu gleichen Teilen von beiden Seiten erhalten hatte, so dass sie auch jeweils zur Hälfte an beide Seiten zurückzufallen hatten.⁶³ Eine ähnliche Erwägung mag die justinianische Regel motiviert haben, wonach, wenn der Erblasser keine Abkömmlinge, sondern nur Vorfahren derselben Gradnähe auf väterlicher und mütterlicher Seite hinterlassen hatte,

⁵⁹ *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 672; vgl. auch *Martin Lipp*, Erbfolgeordnung, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, hrsg. von Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller (2008) Sp. 1363f.; *Hans-Rudolf Hagemann*, Erbrecht, in: ebd., Sp. 1373; für Frankreich vgl. *François Terré/Yves Lequette/Sophie Gaudemet*, Les successions, Les libéralités (2014) Rn. 14. Aus der früheren Literatur etwa *Gudelinus*, Commentarii de Iure Novissimo (Fn. 12) Lib. II, Cap. XV, 11; *Stobbe*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 6; *Hübner*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 768f.; *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 39f.

⁶⁰ Zu den verschiedenen Formen des „retour lignager“ *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 672. Er unterscheidet zwischen *coutumes de simple côté*, *coutumes souchères* und *coutumes de côté et de ligne*. Der *retour lignager* des mittelalterlichen anglonormannischen Gewohnheitsrechts gilt heute noch in Jersey: *Phillip Hellwege*, Die Rechte der Kanalinseln, ZEuP 22 (2014) 762, 781.

⁶¹ Nach *Godding* (der sich insoweit auf Forschungen von E.M. Meijers zum flandrischen Gewohnheitsrecht bezieht) verdankt es seinen Ursprung dem Prinzip des *retour lignager*. Vgl. auch *Hübner*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 769: „[...] eine andere Form des gleichen Gedankens“.

⁶² Zu der zeitgenössischen Unterscheidung von Vermögensgütern vgl. *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 190–202; von Bedeutung ist sie noch heute im Recht von Jersey: *Hellwege*, ZEuP 22 (2014) 762, 780–783.

⁶³ *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 673; *Terré/Lequette/Gaudemet*, Les successions (Fn. 59) Rn. 112; vgl. auch *Cécile Pérès*, Intestate Succession in France, in: Intestate Succession (Fn. *) 33, 40f.

der Nachlass zu gleichen Teilen unter beiden Gruppen von Vorfahren aufzuteilen war.⁶⁴

III. „Non alia in parte videas magis variare leges moresque gentium“

Das Recht der Intestaterbfolge erhielt einen zusätzlichen Grad an Komplexität dadurch, dass die Regeln des römischen Rechts nicht auf Grundvermögen anwendbar waren, das vielmehr in der Regel nach Feudalrecht vererblich war: „Versterf by ons werd anders ghericht ten aenzien van leengoederen anders ten aenzien van allerlei andere goederen“, wie Hugo Grotius schrieb.⁶⁵ Andere Autoren befassten sich mit der Erbfolge bei fideikommissarisch gebundenen Gütern, die häufig auf den ältesten Sohn hinauslief, andernorts auf das älteste Mitglied der Familie, mitunter aber auch auf den jüngsten Sohn.⁶⁶ Die Vererbung von Höfen folgte vielfach ebenfalls besonderen Regeln, die eine Aufsplitterung in ökonomisch nicht mehr tragfähige Einheiten verhindern sollten.⁶⁷

Doch war dieses Rechtsgebiet heterogener als so gut wie alle anderen vor allem deshalb, weil ganz allgemein an den meisten Orten die römischen Regeln über das Intestaterbrecht entweder überhaupt nicht, oder nur in modifizierter Form, galten, oder aber lediglich zur Lückenfüllung herangezogen wurden: war doch eine nachgerade unüberschaubare Vielfalt von gewohnheitsrechtlichen Regeln, oder von gesetzlichen Regeln, die gewohn-

⁶⁴ Siehe oben Text vor Fn. 18.

⁶⁵ Hugo Grotius, *The Jurisprudence of Holland*, Bd. I, niederländischer Text hrsg. und übers. von Robert Warden Lee (1926) II, XXVI, 6. Johannes Voet fügte seiner Diskussion der Intestaterbfolge im römischen Recht in seinem *Commentarius ad Pandectas* (oben Fn. 32) einen (weiteren) Anhang von nicht weniger als 124 Abschnitten hinzu: „Digressio de Feudis“, nach Lib. XXXVIII, Tit. 17. Für Belgien integriert Godding die Behandlung der Nachfolge in Lehengüter in seine allgemeine Diskussion der Erbfolge *ab intestato* nach den verschiedenen Gewohnheitsrechten. Allgemein zum Lehnsrecht Coing, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 22) 353–361 (359 f. zu den Erbfolgeregeln).

⁶⁶ Stryk, *Tractatus* (Fn. 11) Dissertatio VII (*De Successione ex Fideicommissis Familiae*); zu der grundlegenden Abhandlung von Philipp Knipschildt, *Tractatus de Fideicommissis Familiarum Nobilium*, von Stamm-Gütern (Ulma, 1641) siehe Klaus Luig, Philipp Knipschildt und das Familienfideikommiss im Zeitalter des *Usus modernus*, in: *Itinera Fiduciae* (Fn. 1) 361–387 (376–378 zum Erbrecht); Coing, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 22) 385–389 (389 zum Erbrecht).

⁶⁷ Siehe Coing, *Europäisches Privatrecht I* (Fn. 22) 361–366 (363); Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II (1989) 624; Hübner, *Deutsches Privatrecht* (Fn. 13) 804–807. Im Nord-Westen Deutschlands enthält die „Höfeordnung“ heute noch derartige besondere Regeln („Anerbenrecht“). Dasselbe gilt für Österreich (*Christiane Wendehorst*, *Intestate Succession in Austria*, in: *Intestate Succession* (Fn. *) 159, 166) und in der Provinz Bozen in Italien (*Alexandra Braun*, *Intestate Succession in Italy*, in: ebd. 67, 89); für Polen vgl. *Fryderyk Zoll*, *Intestate Succession in Poland*, in: ebd. 291, 299.

heitsrechtliche Regeln entweder bestätigten oder änderten, vorrangig anwendbar.⁶⁸ „[N]on alia in parte videas magis variare leges moresque gentium; est, ubi parentes praeferuntur fratribus; est vicissim, ubi hi illis; est denique, ubi utrique concurrunt; porro in quibusdam gradibus subitio in locum admittitur, in aliis non admittitur; alicubi distinguitur, unde bona veniant, alicubi non distinguitur [...]“, in den Worten des Autors der zuvor erwähnten Dissertation von 1714,⁶⁹ der damit gleichzeitig drei Hauptpunkte identifizierte, in denen sich die Rechte inhaltlich voneinander unterscheiden: das Verhältnis von Vorfahren und Geschwistern, „Repräsentation“, und *paterna paternis, materna maternis*. Ein summarischer Überblick über die wichtigsten zeitgenössischen Jurisdiktionen in Simon van Leeuwens *Censura Forensis* umfasst 80 Seiten.⁷⁰ Doch in vielen Gegenden hatte so gut wie jede Stadt ihr eigenes Erbrecht: „Le droit successoral [ab intestat] est à coup sûr le domaine où la coutume a élaboré les règles les plus complexes, et les plus diverses.“⁷¹ Seit dem 16. Jahrhundert übte das römische Recht einigen Einfluss aus, insbesondere dort, wo die gewohnheitsrechtlichen Regeln gesetzlich niedergelegt worden waren; doch blieb dieser Einfluss, auch wenn die römische Erbfolgeordnung bisweilen insgesamt, oder doch sehr weitgehend, rezipiert wurde,⁷² aufs Ganze gesehen recht begrenzt.⁷³ Andererseits konnten die gewohnheitsrechtlichen Regeln aber auch die Wahrnehmung des

⁶⁸ Vgl. z. B. Stryk, Tractus (Fn. 11) Dissertatio I, Cap. IV, I: „[...] vix ullibi locorum Jus Civile per omnia observatur, ut ei vel per Statuta particularia, vel per Consuetudines speciales derogatum non sit“. Das gilt sogar für San Marino, wo, unter teilweiser Aufhebung der Novelle 118, das agnatische Prinzip noch überraschend lange galt (auch wenn nicht ganz klar ist, in welchem Ausmaß das der Fall war); dazu näher *Reinkenhof*, Ius commune in San Marino (Fn. 28) 133–147.

⁶⁹ *Feltzius*, Dissertatio Juridica (Fn. 56) 3; vgl. etwa auch *Grotius*, De Iure Belli ac Pacis (Fn. 38) Lib. II, Cap. VII, XI.

⁷⁰ *Simon van Leeuwen*, *Censura Forensis Theoretico-practica* (Lugduni Batavorum, 1662) Lib. III, Cap. XVI–XXII.

⁷¹ *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 558. Godding bietet einen detaillierten Überblick für Belgien: Rn. 557–673. Für Deutschland vgl. z. B. *Stobbe*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 90–130; *Gottfried von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich (1879), neuabgedruckt in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I: Erbrecht, hrsg. von Werner Schubert (1984) 670–688; für Österreich vgl. *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 44–84; für Frankreich vgl. *Péres*, France (Fn. 63) 35; siehe auch die allgemeine Übersicht bei *Coing*, Europäisches Privatrecht I (Fn. 22) 607–609.

⁷² Das gilt für die *Siete Partidas* (*Sergio Cámara Lapuente*, Intestate Succession in Spain, in: Intestate Succession (Fn. *) 96, 100); die *Constitutio Joachimica* (Brandenburg), Kapitel 3; und den *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* (Teil III, Cap. XII).

⁷³ Ein Beispiel ist das „ius representationis“ in der Seitenlinie; vgl. *Godding*, Droit privé (Fn. 57) Rn. 657–663 und 667; vgl. auch *Stobbe*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 94–97, 113f.; *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 49f., 67–73; *Coing*, Europäisches Privatrecht I (Fn. 22) 609 (unter 3.).

römischen Rechts beeinflussen; *paterna paternis, materna maternis* bietet insofern ein gutes Beispiel.⁷⁴

IV. Die Kodifikation des Verwandtenerbrechts

Die Kodifikation des Rechts der Intestaterbfolge im Zeitalter der Aufklärung und der modernen Nationalstaaten war damit eine ausgesprochen anspruchsvolle Aufgabe. Der für das Erbrecht zuständige Redaktor für die Erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Gottfried von Schmitt, bot eine besonders gründliche und bewundernswert umfassende Analyse der Vor- und Nachteile der zeitgenössischen Intestaterbrechtsordnungen.⁷⁵ Wenn er sich schließlich zugunsten des Parentelsystems aussprach, so war dies auf den ersten Blick eine überraschende Entscheidung: war das Parentelsystem doch nur in einigen geographisch und politisch eher marginalen Gegenden des deutschen Reiches in Geltung gewesen. Damit war es jedoch innerhalb des Reiches nicht nur für einige, sondern für alle Territorien von größerer Bedeutung neu; und der Mangel an Parteilichkeit, der in dieser Entscheidung zum Ausdruck kam, trug zweifellos zur allgemeinen Akzeptanz des Parentelsystems in Deutschland bei.⁷⁶ Hinzu kam, dass es die Intestaterbfolge in Österreich seit etwa einem Jahrhundert bestimmt hatte, und zwar in vollkommen zufriedenstellender Art und Weise: zunächst in einem Erbfolgepatent von 1786 und schließlich im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1814 (§§ 731–751).⁷⁷ Der Redaktor des Erbfolgepatents, Johann Bernhard Horten, hatte sich seinerseits von dem Erbfolgesystem inspirieren lassen, das der Naturrechtler Joachim Georg Darjes⁷⁸ entworfen und Karl Anton Freiherr von Martinis *Lehrbuch für die Universität Wien* populär gemacht hatte.⁷⁹ Das Parentelsystem – es beruht auf dem Grundgedanken, dass die Seitenverwandten des Erblassers zu verschiedenen Klassen von Erben gehören, die durch die Vorfahren des Erblassers determiniert werden⁸⁰ – wurde nicht nur in

⁷⁴ Siehe oben II. 3.

⁷⁵ von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 689–709; zuvor vgl. Friedrich Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven (1876) 158–165; vgl. ferner Reinhard Zimmermann, Intestate Succession in Germany, in: Intestate Succession (Fn. *) 181, 188–190.

⁷⁶ Vgl. Zimmermann, Germany (vorige Fn.) 189.

⁷⁷ Zu den Einzelheiten Wendehorst, Austria (Fn. 67) 163 f.

⁷⁸ Joachim Georg Darjes, Institutiones Iurisprudentiae Universalis³ (Ienae, 1748) §§ 647 f.

⁷⁹ Karl Anton Freiherr von Martinis, De lege naturali positiones in usum auditorii Vindobonensis (Viennae, 1782) DCCCI; vgl. Wendehorst, Austria (Fn. 67) 162 f.

⁸⁰ Dazu Zimmermann, Germany (Fn. 75) 187 f.; Wendehorst, Austria (Fn. 67) 169 f.

Deutschland, sondern auch in der Schweiz,⁸¹ in Griechenland,⁸² in den Niederlanden (BW von 2003)⁸³ und in Ungarn⁸⁴ übernommen. Auch etwa die Intestaterbfolge in Polen kann als parentelisch bezeichnet werden.⁸⁵

In Frankreich musste ein Ausgleich gefunden werden zwischen den Intestaterbordnungen im Norden, die im Wesentlichen auf germanisch-fränkischem Gewohnheitsrecht beruhten, und im Süden, wo der Einfluss des römischen Rechts dominierte;⁸⁶ gleichzeitig waren die Vorstellungen der Revolutionszeit zu berücksichtigen, die im *droit intermédiaire* ihren Niederschlag gefunden hatten.⁸⁷ Das Ergebnis war eine Intestaterbordnung, die in zentralen Punkten auf Justinians Novellengesetzgebung beruhte; insbesondere gehörten die Eltern des Erblassers und seine Geschwister zu derselben, das heißt der zweiten, Klasse von Erben.⁸⁸ Das französische System stand Pate für die Regulierung der Intestaterbfolge in den Niederlanden (1838),⁸⁹ Italien (1865 und 1942)⁹⁰ und Québec (1866 und 1994).⁹¹ Insbesondere das italienische Recht wich aber auch in mancher Hinsicht von dem französischen Modell ab, wie im Folgenden noch deutlich werden wird.⁹²

Die Verfasser des spanischen *Código civil* von 1889 konnten demgegenüber auf eine Tradition gesetzlicher Regelungen zurückgreifen, insbesondere die *Siete Partidas* (13. Jahrhundert) und die *Leyes de Toro* (1505), die das justinianische Regelwerk übernommen, teilweise aber auch modifiziert

⁸¹ Art. 457–460 ZGB.

⁸² Art. 1813–1824 *Astikos Kodikas*.

⁸³ Art. 4:9–4:12 BW. Auch wenn das System des neuen BW weithin als parentelisch (*Wolfgang Weber*, Niederlande, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht (Loseblatt, Stand: 2004) Rn. 23), oder „almost purely parentelic“ (*Wilbert Kolkman*, Intestate Succession in the Netherlands, in: Intestate Succession (Fn. *) 224, 229) bezeichnet wird, ist zu berücksichtigen, dass Eltern und Geschwister zusammen die zweite Erbklasse bilden; und darin liegt ein charakteristisches Merkmal des justinianischen und des französischen Systems.

⁸⁴ §§ 7:55–66 *Polgari Törvény Könyv* (abgekürzt Ptk). Auch vor 2014 galt im ungarischen Recht das Parentelsystem (übernommen aus dem österreichischen Recht).

⁸⁵ Vgl. *Zoll*, Poland (Fn. 67) 301 f. Zur geographischen Verbreitung des Parentelsystems vgl. ferner *Karl Heinz Neumayer*, Intestate Succession, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. V/3: Succession, hrsg. von dems. (2002) Rn. 7 f.

⁸⁶ Vgl. *Rüfner*, Roman Law (Fn. 6) 31; er bezieht sich auf eine Arbeit von Emile Jarriand, wonach die Novelle 118 gegen Ende des *ancien régime* „in almost all its aspects in the south of France“ befolgt wurde.

⁸⁷ *Pèrès*, France (Fn. 63) 36. Vgl. ferner *Terré/Lequette/Gaudemet*, Les successions (Fn. 59) Rn. 13–16; *Philippe Malaurie*, Les successions, Les libéralités⁵ (2013) Rn. 16–19.

⁸⁸ Art. 748 *Code civil* (1804); Art. 734 Nr. 2 *Code civil* (2001/2006).

⁸⁹ Art. 899–908 BW (1838).

⁹⁰ Art. 721–758 *Codice civile* (1865); Art. 565–586 *Codice civile* (1942).

⁹¹ Art. 614–635 *Civil Code of Lower Canada*; Art. 666–683 *Civil Code of Québec*. Vgl. auch *Lionel Smith*, Intestate Succession in Québec, in: Intestate Succession (Fn. *) 52, 56; IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 36.

⁹² Etwa: Keine *fente*, die Behandlung von Halbgeschwistern, Familienerbfolge nur bis zum zehnten Grad.

hatten.⁹³ Hier kam es damit zu einem System, das auf einer klaren Unterscheidung dreier „Linien“ beruhte: Der Nachlass steigt zunächst herab (Abkömmlinge), dann hinauf (Vorfahren) und bewegt sich schließlich zur Seite (Seitenverwandte).⁹⁴ Eltern und Geschwister erben damit nie gleichzeitig. Das Dreiliniensystem ist ein charakteristisches Element nicht nur des spanischen (und katalanischen)⁹⁵ Rechts geworden, sondern auch des portugiesischen *Código civil* (1867 und 1966)⁹⁶ und aller lateinamerikanischen Kodifikationen.⁹⁷

V. Rechtsordnungen ohne Zivilgesetzbuch

Die Intestaterbordnungen in Ländern ohne Zivilgesetzbuch entsprechen entweder dem Parentelsystem (Südafrika,⁹⁸ die Rechtsordnungen der nord-europäischen Länder⁹⁹) oder weisen doch charakteristische Elemente desselben auf (England und die vom englischen Recht abstammenden Rechtsordnungen,¹⁰⁰ Schottland¹⁰¹). Diese Beobachtung stellt die These in Zweifel, wonach das Parentelsystem von den Naturrechtlern, insbesondere in der österreichischen Tradition, „erfunden“ worden sei. Vielmehr haben die Naturrechtler offenbar nur Ideen konzeptualisiert und systematisiert, die sich seit dem Mittelalter in den Gewohnheitsrechten an vielen Orten in Europa finden ließen¹⁰² (auch wenn sie sich nie, wie dies im 19. Jahrhundert biswei-

⁹³ Vgl. *Cámara Lapuente*, Spain (Fn. 72) 99f. und *Rüfner*, Roman Law (Fn. 6) 31.

⁹⁴ Art. 930–955 *Código civil* (Spanien).

⁹⁵ Art. 442–1–442–11 *Código civil* (Katalonien); zu Einzelheiten, auch im Hinblick auf die übrigen Autonomen Gemeinschaften, siehe *Cámara Lapuente*, Spain (Fn. 72) 101f., 114f.

⁹⁶ Art. 1968–1979 *Código civil* (Portugal, 1867); Art. 2139–2148 *Código civil* (Portugal, 1966).

⁹⁷ Dazu detailliert *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 122–124.

⁹⁸ *Marius de Waal*, Intestate Succession in South Africa, in: Intestate Succession (Fn. *) 248, 258–262.

⁹⁹ *Jens Scherpe*, Intestate Succession in the Nordic Countries, in: Intestate Succession (Fn. *) 307, 309.

¹⁰⁰ Zu England (und Wales) *Roger Kerridge*, Intestate Succession in England and Wales, in: Intestate Succession (Fn. *) 323, 346f.; zu Australien und Neuseeland *Nicola Peart/Prue Vines*, Intestate Succession in Australia and New Zealand, in: ebd. 349, 362; zu den USA *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 403. Nach Auffassung von *IECL/Neumayer* (Fn. 85) Rn. 2 können die Regeln in den Rechtsordnungen des *common law* „not directly be assigned to any of [the intestate succession] systems of the civil law tradition“. In Rn. 7 schreibt er freilich, dass „[e]lements of the parentelic system have been adopted, to a large extent, in Anglo-American law“; und er behandelt sie im Folgenden in diesem Zusammenhang.

¹⁰¹ *Kenneth G.C. Reid*, Intestate Succession in Scotland, in: Intestate Succession (Fn. *) 370, 376, 389. Schottland wird bei *IECL/Neumayer* (Fn. 85) als im Wesentlichen sowohl parentelisch (Rn. 8) als auch justinianisch (Rn. 47 und 48) bezeichnet.

¹⁰² Zu Österreich siehe *Wesener*, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 3–38; *Wendehorst*, Austria (Fn. 67) 160–163. Zum anglonormannischen Recht siehe *Heinrich Brunner*, Das anglonor-

len behauptet wurde, zu einem allgemeinen Grundsatz des germanischen Rechts verdichtet hatten).¹⁰³

In keiner der soeben erwähnten Rechtsordnungen beruht die Intestaterbfolge übrigens noch auf Gewohnheitsrecht, oder *common law*. In England sind die einschlägigen Regeln in Teil IV des *Administration of Estates Act 1925* enthalten (der seither mehrfach geändert worden ist);¹⁰⁴ die modernen Regeln des schottischen Rechts finden sich im *Succession (Scotland) Act 1964*, die südafrikanischen Regeln im *Intestate Succession Act 88/1987*, und diejenigen in Neuseeland in ss. 75–80 *Administration Act 1969*. Jeder Staat in Australien hat sein eigenes Gesetz; dasselbe gilt für die USA und für die nordischen Staaten. Versuche der Etablierung eines einheitlichen Regelungssystems in Australien und in den USA sind nur teilweise erfolgreich gewesen. Die *Model Intestacy Bill* (2007), Ergebnis eines *Uniform Succession Law*-Projekts, das 1991 ins Leben gerufen worden war, ist bislang nur in New South Wales und Tasmanien¹⁰⁵ in Kraft gesetzt worden; der von der *National Conference of Uniform Law Commissioners* verfasste *Uniform Probate Code* von 1969 ist von etwa einem Drittel der Staaten angenommen worden (mitunter freilich nur teilweise), die die USA ausmachen.¹⁰⁶ In Skandinavien wird eine Rechtsvereinheitlichung im Bereich des Intestaterbrechts als besonders schwierig, mitunter sogar als aussichtslos beurteilt.¹⁰⁷

VI. Abkömmlinge

1. Erbfolge nach Stämmen (*per stirpes*)

Die drei erwähnten Erbfolgeordnungen (das Parentelsystem, das „französische“ und das Dreiliniensystem)¹⁰⁸ weisen charakteristische Unterschiede erst ab der zweiten Klasse auf. Demgegenüber stimmen sie alle nicht nur darin überein, dass der Nachlass in erster Linie an die Abkömmlinge des

mannische Erbfolgesystem: Ein Beitrag zur Geschichte der Parentelordnung (1869); für das *Schependomsrecht* südlich des Flusses IJsel in den Niederlanden siehe *Kolkman*, Netherlands (Fn. 83) 251.

¹⁰³ Dazu mit Nachweisen *Stobbe*, Deutsches Privatrecht (Fn. 13) 79–122; *Hans-Georg Mertens*, Überlegungen zur Herkunft des Parentelsystems, ZRG (GA) 90 (1973) 149–164.

¹⁰⁴ Zu Einzelheiten siehe *Kerridge*, England and Wales (Fn. 100) 327–329; *Roger Kerridge*, Parry and Kerridge, The Law of Succession¹² (2009) Rn. 2–01.

¹⁰⁵ *Pearl/Vines*, Australia and New Zealand (Fn. 100) 351.

¹⁰⁶ *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 404. Der *Uniform Probate Code* wurde 1990 und abermals 2008 revidiert.

¹⁰⁷ *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 99) 307.

¹⁰⁸ Die rechtsvergleichende Analyse von IECL/*Neumayer* (Fn. 85) Rn. 4–58 beruht auf einer ähnlichen Klassifikation; vgl. Rn. 2. Doch bezeichnet *Neumayer* das „französische“ System als „justinianisch“; Rn. 35–49. Das Dreiliniensystem kann jedoch mit gleichem Recht den Anspruch erheben, ein Abkömmling des justinianischen Systems zu sein.

Erblassers zu gehen hat,¹⁰⁹ sondern auch darin, dass Kinder zwar *per capita*, aber gleichzeitig auch als Häupter unterschiedlicher Stämme erben, die durch sie begründet werden. Das hat zur Folge, dass innerhalb eines Stammes weiter vom Erblasser entfernte Abkömmlinge durch das Haupt (oder die Häupter) dieses Stammes im Zeitpunkt des Todes des Erblassers von der Nachfolge ausgeschlossen werden. Doch es hat auch zur Folge, dass ein Kind des Erblassers gemeinsam mit den Kindern eines Geschwisters (also seinen Neffen und Nichten) erben kann, sofern nur das Geschwister selbst nicht erbt (normalerweise, weil es vorverstorben ist), oder sogar mit Enkeln eines Geschwisters, sofern das Geschwister und dessen Kinder nicht erben. Wie bereits erwähnt, bereitete die Tatsache, dass damit Personen gemeinsam erben können, die mit dem Erblasser in unterschiedlichem Grade verwandt sind, den Autoren des *ius commune* lange Zeit Kopfzerbrechen.¹¹⁰ Die damit verbundene konzeptionelle Schwierigkeit wurde durch den Gedanken der „Repräsentation“ gelöst: Die Kinder des Kindes, das nicht Erbe wird, werden als „Repräsentanten“ des betreffenden Elternteils betrachtet. Daraus wurde wiederum abgeleitet, dass derjenige, der „repräsentiert“ werden sollte, vorverstorben sein musste, denn: *vivi nulla repraesentatio*.¹¹¹ Eine Repräsentation, in anderen Worten, war nicht möglich, wenn das Kind nicht Erbe geworden war, weil es enterbt worden oder erbenunwürdig war, oder weil es die Erbschaft ausgeschlagen hatte.¹¹² Mitunter dachte man auch, dass der „Repräsentant“ Rechtsnachfolger des „Repräsentierten“ geworden sei, ihn also beerbt haben musste; und das war nicht der Fall, wenn er von dem „Re-

¹⁰⁹ Nur ganz gelegentlich (El Salvador, Costa Rica) werden Eltern mit Abkömmlingen gleichgestellt: J.P. Schmidt, *Latin America* (Fn. 40) 137. Aus der Perspektive des Naturrechts vgl. Pufendorf, *De iure naturae et gentium* (Fn. 43) Lib. IV, Cap. XI, § 3: „In successionebus igitur ex intestato et ipsa duce ratione, et consensu omnium, quas novimus, gentium liberi praeferuntur reliquis etiam ipsis parentibus“; Darjes, *Institutiones Iurisprudentiae* (Fn. 78) § 644 (unter Berufung darauf, dass Eltern durch die Natur verpflichtet sind, ihre Kinder am meisten zu lieben). Accursius' Glossa Ordinaria bezieht sich in diesem Zusammenhang auf den Brief des Apostels Paulus an die Galater, 4, 7: „Also ist nun hier kein Knecht mehr, sondern eitel Kinder. Sinds aber Kinder, so sinds auch Erben Gottes durch Christum“ (Glosse *Parentibus* zu *Authenticorum Collatio IX*, Tit. I, Cap. I, in: *Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii* (Fn. 39) Bd. V, Sp. 515).

¹¹⁰ Oben II. 2.

¹¹¹ Oben Text zu Fn. 40.

¹¹² Dies sind die drei Fallkonstellationen, die in diesem Zusammenhang normalerweise diskutiert werden. Doch handelt es sich nicht um eine erschöpfende Aufzählung, da es weitere Gründe geben kann, warum ein Nachkomme nicht Erbe wird; für Deutschland und Österreich vgl. etwa den Erbverzicht: §§ 2346–2352 BGB; § 551 ABGB, den viele andere Rechtsordnungen nicht kennen. – Erbenunwürdigkeit wird mitunter als Fall der Erbenunfähigkeit betrachtet (vgl. z.B. Art. 756 *Código civil* (Spanien)), und Art. 929 *Código civil* (Spanien) bezieht sich deshalb hinsichtlich der Repräsentation auf „inapacidad“. – Enterbung bedeutet nicht überall dasselbe. Vielfach (aber nicht in Deutschland) wird darunter die Situation verstanden, dass ein Testator Familienmitgliedern ihren Pflichtteil entziehen darf. Das französische Recht kennt keine Enterbung.

präsentierten“ enterbt worden war, wenn er erbunwürdig war oder die Erbschaft ausgeschlagen hatte.¹¹³

2. Repräsentation in den Kodifikationen der französischen und spanischen Traditionen

Die Kodifikationen in den Traditionen des französischen *Code civil* und des spanischen *Código civil* enthalten normalerweise, zum Teil in einem eigenen Abschnitt, ein Ensemble von Regeln über „Repräsentation“. Diese Regeln werden als Ausprägung einer allgemeinen Lehre betrachtet, die damit nicht nur auf Abkömmlinge des Erblassers anwendbar ist, sondern auch – jedenfalls in bestimmtem Umfang – auf dessen Seitenverwandte.¹¹⁴ Repräsentation, in den Worten von Art. 739 *Code civil* (1804), „est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté“: Der Abkömmling (oder Seitenverwandte) wird so angesehen, als sei er an die Stelle, in den Verwandtschaftsgrad und in die Rechte des Repräsentierten eingetreten. Daher galt: „[o]n ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes“, und damit verbunden waren dieselben Konsequenzen für Fälle der Erbunwürdigkeit und die Ausschlagung der Erbschaft wie nach römischem Recht in der Interpretation der Autoren des *ius commune*.¹¹⁵ Dem entsprachen die Regeln im niederländischen *Burgerlijk Wetboek* (1839), im *Civil Code of Lower Canada* (1866) und jedenfalls teilweise im *Codice civile* von 1865.¹¹⁶

Inzwischen hat sich die Rechtslage geändert;¹¹⁷ Wilbert Kolkman spricht insoweit von einer „Extension“ der Regeln über die Repräsentation.¹¹⁸ Man kann stattdessen auch von einer Entsubstantialisierung reden. Das zeigt sich im *Code civil* nach den Reformen von 2001/2006 nicht so sehr in der neu formulierten Definition der Repräsentation (von der es immer noch heißt, es handele sich um eine „fiction juridique“, die den Repräsentanten zum

¹¹³ Vgl. J.P. Schmidt, *Latin America* (Fn. 40) 130f.

¹¹⁴ Art. 739–744 *Code civil* (1804); Art. 751–755 *Code civil* (2001/2006); Art. 729–735 *Codice civile* (1865); Art. 467–469 *Codice civile* (1942); Art. 888–895 BW (1938); Art. 619–624 *Civil Code of Lower Canada*; Art. 660–665 *Civil Code of Québec*; Art. 924–929 (aber auch z.B. 921–923) *Código civil* (Spanien); zu Lateinamerika, vgl. J.P. Schmidt, *Latin America* (Fn. 40) 133f.

¹¹⁵ Oben Text zu Fn. 40; vgl. insbesondere auch Art. 730 und 787 *Code civil* (1804).

¹¹⁶ Vgl. Kolkman, *Netherlands* (Fn. 83) 228; Braun, *Italy* (Fn. 67) 73 (in Italien war Repräsentation jedoch im Fall der Erbunwürdigkeit erlaubt; vgl. Art. 728 *Codice civile* (1865)); Smith, *Québec* (Fn. 91) 59. Für Spanien vgl. Art. 929 *Código civil*.

¹¹⁷ Der Wandel der Auffassung wird, was die einschlägige Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts betrifft, sichtbar bereits in den Nachweisen bei von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 692–695 in seiner Begründung des Vorentwurfs für ein BGB.

¹¹⁸ Kolkman, *Netherlands* (Fn. 83) 233f.

Nachfolger mache „aux droits du représenté“),¹¹⁹ sondern daran, dass Repräsentation nunmehr in Fällen der Erbunwürdigkeit und der Ausschlagung der Erbschaft ausdrücklich erlaubt ist.¹²⁰ Der *Codice civile* hatte schon 1942 seine Regeln gelockert und Repräsentation im Falle der Ausschlagung der Erbschaft erlaubt;¹²¹ dasselbe ist für die Erbunwürdigkeit anerkannt, während die Frage bei der Enterbung umstritten ist.¹²² Dem entspricht die Rechtslage im neuen niederländischen Recht, außer dass der Fall der Enterbung dem der Erbunwürdigkeit und Erbschaftsausschlagung ausdrücklich gleichgestellt ist.¹²³ Nur eine vergleichsweise geringfügige Reform (nämlich für den Fall der Erbunwürdigkeit) erfolgte im *Civil Code* von Québec (1994).¹²⁴

In den Kodifikationen der spanischen Tradition lässt sich eine ähnliche „Extension“, oder Entsubstantialisierung, des Begriffs der Repräsentation beobachten. In Spanien erlaubte bereits der *Código civil* von 1889 Repräsentation in Fällen der Erbunwürdigkeit (versteckt hinter dem Begriff der Erbfähigkeit) und der Enterbung;¹²⁵ und während der neue katalanische *Código civil* von 2009 konservativer ist (Repräsentation nur in Fällen der Erbunwürdigkeit),¹²⁶ zeigt die Entwicklung in Lateinamerika sehr deutlich, dass sich „vivi nulla representatio“ auf dem Rückzug befindet: Das Prinzip ist entweder gänzlich aufgegeben worden oder existiert nur noch in rudimentärer Form.¹²⁷ Ob in einem Land Repräsentation im Falle der Erbunwürdigkeit, aber nicht der Ausschlagung der Erbschaft, ausgeschlossen ist und in einem anderen im Falle der Ausschlagung der Erbschaft, aber nicht der Erbunwürdigkeit, scheint einigermaßen zufällig zu sein.¹²⁸

3. Repräsentation in den Kodifikationen mit Parentelsystem

Die Kodifikationen, die für die Intestaterbfolge das Parentelsystem übernommen haben, sehen klugerweise davon ab, allgemeine Regeln über die Repräsentation vorzusehen. Sie bemühen sich stattdessen darum zu beschreiben, was passiert, wenn ein Kind nicht Erbe wird: Sein Teil „fällt [dessen

¹¹⁹ Art. 751 *Code civil* (2001/2006); für Kritik vgl. die Nachweise bei *Pères*, France (Fn. 63) 41f.

¹²⁰ Art. 754(1), 729-1 und 755 *Code civil* (2001/2006).

¹²¹ Art. 468 *Codice civile* (1942).

¹²² Vgl. dazu die Nachweise bei *Braun*, Italy (Fn. 67) 78.

¹²³ Art. 4:12(1) BW (2003) zur „plaatsvervulling“.

¹²⁴ Art. 660 *Civil Code of Québec*. Während der *Civil Code of Lower Canada* die Repräsentation als eine Rechtsfiktion bezeichnete, betrachtet der *Civil Code of Québec* sie nunmehr als „a favour granted by law“/„une faveur accordée par la loi“.

¹²⁵ Art. 929 *Código civil* (Spanien).

¹²⁶ Art. 441-7 *Código civil* (Katalonien).

¹²⁷ Dazu im Einzelnen *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 131.

¹²⁸ *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 131.

Abkömmlingen] zu“,¹²⁹ beziehungsweise die Abkömmlinge „treten an die Stelle“ ihres vorverstorbenen Elternteils (wobei die Formulierung des BGB stark an die in der Novelle 118 gebrauchten Worte erinnert).¹³⁰ Gleichwohl ist deutlich, dass die Verfasser des ABGB noch von einer Vorstellung ausgingen, die heutige Autoren als „materielle Repräsentation“ bezeichnen;¹³¹ nicht nur bedienten sie sich, in anderem Zusammenhang, der Wendung, dass die Nachkömmlinge „in das Recht“ ihres vorverstorbenen Elternteils „eintreten“,¹³² sondern sie erklärten in § 732 Satz 3 ABGB ausdrücklich, dass Enkel „von noch lebenden Kindern“ und Urenkel „von noch lebenden Enkeln“ kein Recht zur Erbfolge haben. Heute herrschend ist aber ein formelles Verständnis der Repräsentation, oder des „Eintrittsrechts“, wie man vielfach sagt.¹³³ Dieser Meinungswandel fand Ausdruck und Unterstützung in einer Revision des Rechts der Erbnwürdigkeit im Rahmen der Dritten Teilnovelle von 1916. Nach dem reformierten § 541 ABGB sind die Nachkommen desjenigen, der sich des Erbrechts unwürdig gemacht hat, an dessen Stelle zur Erbfolge berufen, „wenngleich er den Erblasser überlebt hat“. Dieselbe Regel wird weithin analog auch auf den Fall der Enterbung angewandt;¹³⁴ die Rechtslage bei Ausschlagung der Erbschaft ist umstritten.¹³⁵

Die Redeweise von der Repräsentation wird auch in der polnischen und ungarischen Literatur benutzt.¹³⁶ Dasselbe gilt für Deutschland.¹³⁷ Hier scheint das BGB auf den ersten Blick das Prinzip „vivi nulla representatio“ sogar zu perpetuieren, wenn es in § 1924 III lediglich den Fall des Vorversterbens erwähnt. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Fälle der Erbnwürdigkeit, Enterbung und Ausschlagung der Erbschaft gleich zu behandeln sind.¹³⁸ Das ergibt sich aus der Regelung der Rechtsfolgen von Erbn-

¹²⁹ § 733 ABGB („[...] so fällt der Anteil, welcher dem verstorbenen Kinde gebührt hätte, [...] den mehreren Enkeln zu gleichen Teilen zu“).

¹³⁰ § 1924 III BGB.

¹³¹ *Rudolf Welser*, in: Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I (2000) §§ 733, 734 Rn. 1.

¹³² § 735 ABGB („[...] so treten dessen nachgelassene Kinder oder Nachkömmlinge in sein Recht ein“); diese Regel bezieht sich auf Abkömmlinge der Eltern des Erblassers, also auf die Nachfolge in der zweiten Parentel.

¹³³ Rummel/*Welser* (Fn. 131) §§ 733, 734 ABGB Rn. 1–3; sowie bereits *Unger*, Das österreichische Erbrecht (Fn. 45) § 33 Anm. 4; vgl. auch *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 196.

¹³⁴ Rummel/*Welser* (Fn. 131) § 780 ABGB Rn. 1.

¹³⁵ Rummel/*Welser* (Fn. 131) §§ 799, 800 ABGB Rn. 35.

¹³⁶ Vgl. *Zoll*, Poland (Fn. 67) 301; *Lajos Vékás*, Intestate Succession in Hungary, in: Intestate Succession (Fn. *) 278.

¹³⁷ Vgl. die bei *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 196, Fn. 43 erwähnte begriffliche Unsicherheit. Auch die rechtsvergleichende Literatur verwendet den Begriff der Repräsentation; vgl. *Thomas Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. II (1993) 140–147; *IECL/Neumayer* (Fn. 85) Rn. 13–18, 20, 24–27, 38, 44, 47, 57.

¹³⁸ Vgl. z. B. *Dieter Leipold*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶, Bd. IX (2013) § 1924 Rn. 29; *Karlheinz Muscheler*, Erbrecht, Bd. I (2010) Rn. 1314 bezeichnet das als „berichtigende Auslegung“. Anders ist dies in Fällen eines Erbverzichts: § 2349 BGB

würdigkeit und Erbschaftsausschlagung.¹³⁹ Im neuen niederländischen Recht folgt dasselbe Ergebnis unmittelbar aus der Regelung des Art. 4:12 (1) BW.

4. Repräsentation: Evaluation

Es ist erstaunlich, dass eine auf so fragwürdigem Fundament¹⁴⁰ errichtete Doktrin die Juristen so lange in ihren Bann schlagen konnte; und dass auch die Kodifikationen hier, wie auch sonst so häufig, zunächst einmal die Denkmuster des *ius commune* perpetuierten. Heute sollte es nicht mehr schwierig sein, den wahren Grund anzuerkennen, warum unter Umständen Enkel gemeinsam mit Kindern des Erblassers erben können: Abkömmlinge des Erblassers erben als Häupter unterschiedlicher, durch sie begründeter Familienstämme. Freilich drücken sich auch Kodifikationen der jüngsten Zeit, wie das niederländische BW von 2003, noch verkehrt herum aus, wenn es heißt, dass „diejenigen, die im Wege der Repräsentation erben, [...] stammweise [*staaksgewijze*] auf den Erbteil desjenigen berufen [sind], dessen Stelle sie einnehmen“.¹⁴¹ Der Begriff der Repräsentation in dieser wie in anderen Vorschriften ist einfach überflüssig. Das Erbrecht der Abkömmlinge ist ein Erbrecht *per stirpes*; und statt zu sagen, dass ein Abkömmling „an die Stelle“ eines vorverstorbenen Elternteils tritt, sollte der Effekt eines Erbrechts *per stirpes* umgekehrt dahin beschrieben werden, dass der Erbteil an denjenigen (oder diejenigen) fällt, der (oder die) zur Zeit des Todes des Erblassers Haupt (oder Häupter) eines bestimmten Stammes oder Unterstammes ist (oder sind); oder, bildlich ausgedrückt: der Erbteil wandert innerhalb eines jeden Stammes und Unterstammes so lange herab, bis er auf einen überlebenden Abkömmling (oder mehrere überlebende Abkömmlinge) trifft. Ob der betreffende Abkömmling (oder die betreffenden Abkömmlinge) diesen Erbteil auch erhalten sollen, wenn der in derselben

(vgl. oben Fn. 112); dazu *ders.*, ebd. Rn. 1314; vgl. auch *Georg Frommhold*, Ueber das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge des Enterbten nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, *Archiv für bürgerliches Recht* 12 (1897) 305, 307f. Für Österreich vgl. § 551 Satz 2 ABGB und *Rummel/Welser* (Fn. 131) § 551 ABGB Rn. 10 („fragwürdig“).

¹³⁹ §§ 2344 II und 1953 II BGB; zur Enterbung vgl. *Frommhold*, *Archiv für bürgerliches Recht* 12 (1897) 305, 308–316; *MüKo/Leipold* (vorige Fn.) § 1938 BGB Fn. 4. Der Erste Entwurf des BGB hatte noch eine Bestimmung enthalten, die all diese Konstellationen umfasste: § 1972 E I; siehe dazu *Mugdan*, *Motive* Bd. V (Fn. 13) 199f. Dasselbe gilt vermutlich für andere Rechtsordnungen wie etwa die polnische, wo Art. 931(2) *Kodeks cywilny* (abgekürzt Kc), auch lediglich Vorversterben erwähnt, wo aber der Erbnunwürdige als vorverstorben betrachtet wird (Art. 928 (2)); für dieselbe Rechtsfolge im Fall der Ausschlagung vgl. Art. 1020; zur Enterbung vgl. Art. 1011.

¹⁴⁰ Siehe oben Text zu Fn. 44.

¹⁴¹ Art. 4:12(2) BW (2003); vgl. auch Art. 753 *Code civil* (2001/2006).

Stammeslinie dem Erblasser gradnächste Abkömmling erbunwürdig oder enterbt worden ist, oder die Erbschaft ausgeschlagen hat, ist von einem Gesetzgeber nach Sachgesichtspunkten zu entscheiden und ergibt sich nicht gewissermaßen automatisch aus der Idee der Repräsentation.

Die meisten Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Tradition folgen heute der Auffassung, dass (um die am häufigsten auftretenden Fallkonstellationen zu nehmen) die Rechtsstellung eines Enkelkinds nicht durch die Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Ausschlagung des Kindes des Erblassers berührt werden soll, von dem es abstammt.¹⁴² Das erscheint in der Tat vernünftig. Im Fall der Erbunwürdigkeit entspricht dieses Ergebnis dem Gedanken, dass Kinder nicht für die Sünden ihrer Eltern sollten büßen müssen; und was die Frage der Ausschlagung betrifft, so findet es seine Rechtfertigung darin, dass Mitglieder der nächsten Generation nicht durch Entscheidungen ihrer Eltern präjudiziert werden, sondern in der Lage sein sollten, eine eigenständige Entscheidung zu treffen. Im Hinblick auf die Enterbung ist die vorzugswürdige Lösung in erster Linie eine Sache der Auslegung: Wen wollte der Erblasser enterben – lediglich sein Kind oder den gesamten durch das Kind begründeten Familienstamm? Ein Gesetzbuch braucht dabei nur eine Regel, auf die in Zweifelsfällen zurückzugreifen ist, und eine solche Regel sollte demselben Ansatz folgen wie bei Erbunwürdigkeit und Ausschlagung: Ein Erblasser, der eine bestimmte Person enterbt, hat im Zweifel nicht diese bestimmte Person *und ihre Abkömmlinge* enterben wollen. Diese Lösung ist im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Ansatzes die einfachste; und sofern keine überzeugenden rechtspolitischen Argumente gegen sie angeführt werden können, ist die einfachste Lösung sicherlich die beste. Die vorzugswürdige Rechtslage lässt sich daher wie folgt zusammenfassen: Abkömmlinge sind Erben der ersten Klasse. Doch schließt ein Abkömmling, der den Erblasser überlebt und der nicht aus irgendeinem Grund von der Erbfolge ausgeschlossen ist, alle Abkömmlinge von der Erbfolge aus, die durch ihn mit dem Erblasser verwandt sind.

5. Erbfolge *per stirpes*: Evaluation

Die europäischen und von diesen geprägten Rechtsordnungen, zu welcher der drei erwähnten Traditionen sie auch gehören, akzeptieren den Grundsatz der Erbfolge *per stirpes* im Hinblick auf Abkömmlinge fast wie eine Selbstverständlichkeit: Nur selten wird er einer kritischen Überprüfung unterzogen. Warum ist das so? Was lässt dies Prinzip so einleuchtend erscheinen? Die Kinder des Erblassers erben *per capita*; das Erbrecht behan-

¹⁴² Siehe *Kolkman*, Netherlands (Fn. 83) 233.

delt sie also gleich¹⁴³ (und darf sie möglicherweise auch gar nicht ungleich behandeln¹⁴⁴). Jedes der Kinder gründet normalerweise eine eigene Familie, für die es Verantwortung trägt und an die der Erbteil nach dem natürlichen Verlauf der Dinge (also: die verschiedenen Generationen einer Familie werden nicht nur nacheinander geboren, sondern versterben auch nacheinander) gelangen wird. Dieses natürliche Erbfolgemuster sollte nicht durch eine unnatürliche Abfolge der Todesfälle durcheinandergebracht werden: würden doch anderenfalls die Kinder des vorverstorbenen Kindes des Erblassers nicht nur den Verlust dieses Elternteils zu beklagen haben, sondern zusätzlich noch des Vermögensvorteils verlustig gehen, den sie normalerweise durch ihn erhalten hätten. Gleichzeitig wäre der Tod eines Kindes des Erblassers für dessen überlebende Geschwister in vermögensmäßiger Hinsicht ein unverhoffter Glücksfall: würde sich doch ihr Erbteil entsprechend vergrößern. Ein derartiges Ergebnis wäre weder fair, noch entspräche es dem, was ein durchschnittlicher Erblasser typischerweise gewollt hätte. Durch die Etablierung der Stammeserbfolge unternimmt es das Recht deshalb, die Erbfolgeordnung gegenüber dem Element schicksalhafter Willkür zu „immunisieren“,¹⁴⁵ das überhaupt in dem Versterben eines Kindes vor dem Erblasser liegt und zusätzlich darin, welches von mehreren Kindern des Erblassers dies Los trifft.¹⁴⁶

6. Enkel aus verschiedenen Stämmen: Erbfolge *per capita*?

Eine der Konsequenzen der Stammeserbfolge unter Abkömmlingen besteht darin, dass, wenn im Moment des Versterbens des Erblassers keine überlebenden Kinder, wohl aber eine Reihe von Enkeln vorhanden sind, die Enkel den Erbteil erhalten, den ihr jeweiliger Elternteil bekommen hätte, hätte er (oder sie) den Erblasser überlebt. Wenn also, beispielsweise, der Erblasser zwei Kinder hat, die ihn beide nicht überlebt haben, und vier Enkelkinder, von denen eines von dem einen und drei von dem anderen Kind abstammen, dann würde das eine Enkelkind die Hälfte des Nachlasses erhalten, während sich die anderen drei die andere Hälfte des Nachlasses teilen müssten. Dies Ergebnis wird bisweilen als unbillig betrachtet, denn während

¹⁴³ Vgl. z.B. Art. 744(2) *Code civil*; Art. 566(1) *Codice civile*; Art. 4:11(1) BW; § 732 ABGB; § 1924 IV BGB; § 7:55(1) und (2) Ptk; Art. 931 und 932 *Código civil* (Spanien); Art. 441-8 *Código civil* (Katalonien); vgl. auch s. 47(1)(i) *Administration of Estates Act 1925*; s. 6(a) *Succession (Scotland) Act 1964*.

¹⁴⁴ Für Deutschland vgl. *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 138) Rn. 1315, der sich insoweit auf Art. 14 I GG bezieht.

¹⁴⁵ Ausdruck nach *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 128.

¹⁴⁶ So auch *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 128–130; vgl. ferner *Scalise*, *United States of America* (Fn. 27) 409.

es den Gedanken der Gleichbehandlung der Stämme verwirklicht, führt es zu einer Ungleichbehandlung der Enkel als Individuen. Ein typischer Großvater nehme seine Enkel jedoch nicht als Kinder seiner Kinder wahr (also als Mitglieder verschiedener Familienstämme), sondern als eine Gruppe von Individuen, die ihm alle gleich nahe stehen. Jedes Enkelkind sollte also denselben Anteil am Nachlass des Großvaters erhalten.¹⁴⁷ Doch beruht diese Argumentation auf reiner Spekulation. Denn ebenso häufig wird geltend gemacht, dass eine Gleichbehandlung seiner Enkel dem typischen Willen des Erblassers widersprechen würde; die niederländischen Notare haben das sogar durch ihre praktischen Erfahrungen zu substantiieren versucht.¹⁴⁸ Unter diesen Umständen und angesichts der Tatsache, dass es weitere Argumente zugunsten einer Gleichbehandlung der Enkel nicht zu geben scheint, empfiehlt es sich, bei der Lösung zu bleiben, die sich logisch aus dem Stammesprinzip ergibt.¹⁴⁹ Gestützt wird sie auch durch die Erwägung, dass das Recht so weit wie möglich Situationen vermeiden sollte, in denen der Erbteil eines Familienstammes nachteilig durch Ereignisse beeinflusst wird, die sich in einem anderen Familienstamm abspielen. Das eine von dem ersten Kind des Erblassers abstammende Enkelkind muss es als arbiträr empfinden, dass sein Anteil sich infolge des Vorversterbens seines Onkels von der Hälfte auf ein Viertel vermindern soll; für die drei von dem zweiten Kind des Erblassers abstammenden Enkelkinder führt der Tod ihres Vaters demgegenüber in vermögensmäßiger Hinsicht zu einem unverhofften Gewinn. Hinzu kommt schließlich noch die Möglichkeit von Manipulationen, könnte doch das zweite Kind durch Ausschlagung der Erbschaft dafür sorgen, dass seine Familie einen größeren Teil der Erbschaft erhält, als dies normalerweise der Fall wäre.¹⁵⁰

7. Rechtsordnungen ohne Zivilgesetzbuch

Die anglo-amerikanischen und nordischen Rechtsordnungen sowie die Mischrechtsordnungen, die in dem „Intestate Succession“-Band erfasst sind, geben ebenfalls den Abkömmlingen des Erblassers Vorrang vor allen anderen Verwandten. Sie erkennen auch ausnahmslos das Prinzip der Erbfolge nach Stämmen an; und interessanterweise verwenden auch fast alle von ih-

¹⁴⁷ Diese Lösung findet sich in zwei lateinamerikanischen Kodifikationen, sie wird aber auch anderswo befürwortet; vgl. *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 127f.; *Kolkman*, *Netherlands* (Fn. 83) 234; *Zimmermann*, *Germany* (Fn. 75) 196.

¹⁴⁸ *Kolkman*, *Netherlands* (Fn. 83) 234.

¹⁴⁹ Das entspricht der herrschenden Ansicht in Deutschland, den Niederlanden und in den meisten lateinamerikanischen Ländern; für Italien vgl. *Braun*, *Italy* (Fn. 67) 79.

¹⁵⁰ *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 128.

nen in diesem Zusammenhang die Terminologie der Repräsentation.¹⁵¹ Welche Konsequenzen sie damit verbinden, ist freilich nicht immer ganz deutlich. In Schottland, zum Beispiel, bezieht sich die Repräsentation nur auf Fälle, in denen die repräsentierte Person vor dem Erblasser verstorben ist.¹⁵² Doch das scheint sich aus dem Wortlaut des einschlägigen Gesetzes zu ergeben¹⁵³ und nicht aus dem Wesen der Repräsentation. Die meisten Staaten der USA, andererseits, haben keine Bedenken, eine Repräsentation in Fällen der (in kontinentaleuropäischer Terminologie) Erbnwürdigkeit und der Ausschlagung der Erbschaft anzuerkennen.¹⁵⁴ Was die Frage betrifft, ob überlebende Abkömmlinge in verschiedenen Familienstämmen, die in demselben Grad mit dem Erblasser verwandt sind, quer über die Stämme hinweg *per capita* erben sollten, so zeigt das Recht der USA, dass eine derartige Lösung weniger einfach zu implementieren ist als eine logische Durchführung des *per stirpes*-Ansatzes.¹⁵⁵ Sie wird auch in Schottland vertreten, ist aber nicht unwidersprochen geblieben.¹⁵⁶

VII. Wer erbt als Nächster?

Nach allen Erbfolgeordnungen der westlichen Welt erben Verwandte, die zur zweiten Klasse gehören, nur dann, wenn kein Mitglied der ersten Klasse als Erbe vorhanden ist.¹⁵⁷ Doch unterscheiden sie sich in charakteristischer Weise darin, wer zur zweiten Klasse gehört. Entweder besteht diese Klasse

¹⁵¹ Siehe *De Waal*, South Africa (Fn. 98) 260; *Kerridge*, England and Wales (Fn. 100) 346; *Reid*, Scotland (Fn. 101) 389; *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 409; *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 99) 310.

¹⁵² *Reid*, Scotland (Fn. 101) 390.

¹⁵³ „[...] a person who, if he had survived an intestate, would [...] have had right [...] to the whole or any part of the intestate estate has predeceased the intestate, but has left issue who survive the intestate, such issue shall have the like right to the whole or to that part of the intestate estate as the said person would have had if he had survived the intestate“; s. 5 *Succession (Scotland) Act 1964* (unter der Überschrift „representation“).

¹⁵⁴ *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 417, 419.

¹⁵⁵ Dazu *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 409f.

¹⁵⁶ *Reid*, Scotland (Fn. 101) 390 („not easy to justify“); vgl. außerdem IECL/*Neumayer* (Fn. 85) Rn. 14.

¹⁵⁷ Dass ein Verwandter nicht erbt, solange ein Verwandter vorhanden ist, der zu einer früheren Klasse gehört, wird als allgemeiner Grundsatz hervorgehoben in Art. 734 *Code civil*; § 1930 BGB; Art. 4:10(1) BW („agtereenvolgens“), doch es ergibt sich auch aus der Art und Weise, wie die anderen Kodifikationen und Einzelgesetze festlegen, unter welchen Umständen eine Person zur Erbschaft berufen ist, die zur zweiten Klasse gehört. Das englische Recht, die Rechtsordnungen in dessen Tradition und das schottische Recht ordnen die Verwandten nicht bestimmten Klassen zu, sondern legen in den einschlägigen Gesetzen lediglich die Reihenfolge der Zuwendungsempfänger *ab intestato* fest. In all diesen Rechtsordnungen stehen Abkömmlinge an erster Stelle; andere Verwandte werden nur in Betracht gezogen, sofern Abkömmlinge nicht vorhanden sind.

aus den Vorfahren des Erblassers (Dreiliniensystem),¹⁵⁸ oder aus den Eltern des Erblassers und deren Abkömmlingen, wobei die Abkömmlinge jedoch nie zusammen mit dem Elternteil zum Zuge kommen, durch den sie mit dem Erblasser verwandt sind, sondern nur, wenn dieser Elternteil seinerseits nicht erbt (Parentelsystem *stricto sensu*),¹⁵⁹ oder nur aus den Eltern des Erblassers (England und die Rechtsordnungen in der Tradition des englischen Rechts),¹⁶⁰ oder aus den Eltern des Erblassers und dessen Geschwistern, wobei Letztere gegebenenfalls durch ihre Abkömmlinge „repräsentiert“ werden (Frankreich und die Rechtsordnungen in der Tradition des französischen Rechts).¹⁶¹ Die vergleichende Diskussion dieser Modelle lässt sich in eine Reihe spezifischerer Fragen unterteilen. Die erste und wichtigste von ihnen ist: Wer folgt auf die Abkömmlinge?

1. Eltern, oder Eltern und Geschwister?

Während alle westlichen Rechtsordnungen darin übereinstimmen, dass die überlebenden Eltern in zweiter Linie zu berücksichtigen sind, sehen diejenigen in der französischen Tradition die Geschwister des Erblassers auf derselben Stufe mit den Eltern. Nirgendwo scheinen die Geschwister gegenüber den Eltern des Erblassers Vorrang zu genießen.¹⁶² Damit lässt sich die Ausgangsfrage dahin konkretisieren: Eltern, oder Eltern und Geschwister? Bereits ein Blick auf die komplexen Regeln, die im französischen und italienischen Recht erforderlich sind, um die Erbrechte der Eltern und Geschwister zu koordinieren,¹⁶³ zeigt einen wichtigen Vorzug des „nur die Eltern“-Regimes: seine vergleichsweise Einfachheit.¹⁶⁴ Diesem Vorzug

¹⁵⁸ Art. 935 *Código civil* (Spanien); Art. 442–8 *Código civil* (Katalonien); zu Lateinamerika J.P. Schmidt, *Latin America* (Fn. 40) 122.

¹⁵⁹ § 735 ABGB; § 1925 I BGB; § 7:63 Ptk; Art. 932 Kc; s. 1(1)(d) *Intestate Succession Act* 88 von 1987 (Südafrika); zu den nordischen Staaten Scherpe, *Nordic Countries* (Fn. 99) 310f.

¹⁶⁰ Section 46(1)(iii) *Administration of Estates Act* 1925 (England); zu Australien und Neuseeland Peart/Vines, *Australia and New Zealand* (Fn. 100) 364; zu den USA Scalise, *United States of America* (Fn. 27) 414.

¹⁶¹ Art. 734(2) *Code civil*; Art. 571 *Codice civile*; Art. 4:10(1)(b) BW; Art. 674 (vgl. aber auch Art. 672 und 673) *Civil Code of Québec*; vgl. ferner s. 2(1)(b) *Succession (Scotland) Act* 1964. Zum römischen Recht und zum *ius commune* vgl. oben I.; einen umfassenden vergleichenden Überblick bietet, aus zeitgenössischer Sicht, von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 696–703.

¹⁶² Vgl. aber, für frühere Zeiten, das Zitat von Feltzius, Text vor Fn. 69 („[...] est vicissim, ubi hi illis [...]“).

¹⁶³ Art. 736–738–2 *Code civil*; Art. 568, 570 und 571 *Codice civile*; Art. 670–676 *Civil Code of Québec*; zu den Niederlanden siehe Art. 4:11(2) und (3) BW; vgl. auch IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 39–44.

¹⁶⁴ Nicht umsonst widmet Wilbert Kolkman in seiner Diskussion des niederländischen Rechts ein Kapitel der „difficult second class“: Kolkman, *Netherlands* (Fn. 83) 236.

kommt freilich nur dann Gewicht zu, wenn beide Lösungen gleichermaßen akzeptabel sind. In der Tat erscheint nun aber das „nur die Eltern“-Regime auch aus anderen Gründen vorzugswürdig. Zum einen spricht dafür der Gedanke der Reziprozität.¹⁶⁵ Wenn, wie es allgemeiner Ansicht entspricht, Kinder diejenigen Personen sind, die ihren Eltern am nächsten stehen, dann sollten umgekehrt auch die Eltern die Personen sein, die ihren Kindern am nächsten stehen (vorausgesetzt – und von dieser Voraussetzung muss in diesem Zusammenhang ja ausgegangen werden –, diese haben nicht ihrerseits eigene Kinder).

Zum zweiten zeigt auch die Art und Weise, wie das Recht Unterhaltspflichten innerhalb einer Familie festlegt, dass Geschwister als nicht in derselben Nähebeziehung zu einer Person stehend betrachtet werden wie deren Eltern. Denn derartige Pflichten bestehen normalerweise gegenüber Kindern – oder allgemeiner: gegenüber Abkömmlingen – und gegenüber Eltern – oder allgemeiner: gegenüber Vorfahren – (also in gerader Linie; so z. B. in Deutschland, Österreich, Frankreich, den Niederlanden, Québec und den USA),¹⁶⁶ mitunter sogar nur gegenüber Kindern (England, Schottland, nordische Rechtsordnungen).¹⁶⁷ Selbst in Ländern, wo Unterhalt auch Geschwistern gegenüber geschuldet werden kann (Italien, Spanien, Chile, Polen),¹⁶⁸ stehen diese nur an letzter Stelle. Und drittens geben auch die Vorschriften über den Pflichtteil einen Hinweis darauf, welche Personen das Recht – in diesem Falle sogar das Erbrecht selbst! – als dem Erblasser am nächsten verwandt betrachtet. Der Kreis derjenigen, die jedenfalls unter bestimmten Umständen Anspruch auf einen Pflichtteil haben, ist nämlich auf Kinder, oder Kinder und Eltern, oder allgemeiner: auf Abkömmlinge und Vorfahren, begrenzt¹⁶⁹ – Geschwister werden nicht berücksichtigt. All das

¹⁶⁵ Vgl. auch *Hellfeld*, *Iurisprudentia forensis* (Fn. 37) § 1652: „Successio, quae ex lege competit, regulariter est reciproca.“

¹⁶⁶ Zu Einzelheiten vgl. §§ 1601–1603 BGB; §§ 230–234 ABGB; Art. 203 und 205 *Code civil*; Art. 1:392(1) BW (Niederlande); Art. 585 *Civil Code of Québec*. Eine zusammenfassende Analyse der sogenannten „filial responsibility statutes“ in den USA vgl. *Shannon Frank Edlstone*, *Filial Responsibility: Can the Legal Duty to Support Our Parents Be Effectively Enforced?*, *Family Law Quarterly* 36 (2002/2003) 501–514.

¹⁶⁷ Zu Einzelheiten vgl. *William Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*⁹ (London, 1783) Book I, Chapter 16, I. 1 (S. 446–452), ss. 2f. *Children Act* 1989 (England), s. 1 (c) *Family Law (Scotland) Act* 1985 (Schottland), *Peter Lødrup/Anders Agell/Anna Singer*, *Nordisk børneret I – Farskap, morskap og underhåll till barn* (2003) 237–430 (nordische Staaten).

¹⁶⁸ Art. 433 *Codice civile*; Art. 143 *Código civil* (Spanien); Art. 326 *Código civil* (Chile); Art. 134 *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* [Code of Family Law and Guardianship] (Polen).

¹⁶⁹ § 2303 BGB; §§ 762, 763 ABGB; Art. 536 *Codice civile*; Art. 913 *Code civil* (im Hinblick auf Vorfahren vgl. nunmehr Art. 738–2 *Code civil*); Art. 4:35 und 4:36 BW; Art. 807 *Código civil* (Spanien); Art. 451–3 und 451–4 *Código civil* (Katalonien); vgl. ferner *Sergio Cámara Lapuente*, *Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law*, in: *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, hrsg. von Miriam Anderson/Esther Arroyo y Amayuelas (2011) 269–305, zu allen spanischen Foralrechten. In England können nur

spiegelt wider, dass in der westlichen Rechtstradition Eltern besonderen Respekt genießen: „Du sollst deinen Vater und deine Mutter ehren [...] auf dass du lange lebest.“¹⁷⁰

2. Ein Elternteil ist vorverstorben

Wenn damit also die Eltern nach den Abkömmlingen als Intestaterben zum Zuge kommen sollten, so erscheint es als selbstverständlich, dass sie zu gleichen Teilen erben. Das ist heute auch allgemein anerkannt.¹⁷¹ Doch was gilt, wenn ein Elternteil vorverstorben ist? Um das rechtsvergleichende Bild insoweit richtig einschätzen zu können, ist danach zu unterscheiden, ob der vorverstorbene Elternteil Abkömmlinge hinterlassen hat oder nicht. Hat er Abkömmlinge hinterlassen, bestimmt eine Vielzahl von Rechtsordnungen (Österreich, Deutschland, Polen, Ungarn, Südafrika, die nordischen Staaten),¹⁷² dass diese den Anteil erhalten, der normalerweise dem vorverstorbenen Elternteil zugestanden hätte; insofern gelten dieselben Regeln wie für die Abkömmlinge des Erblassers (also die Erben der ersten Klasse). In der veralteten Sprache des *ius commune* ließe sich damit sagen (und wird in der Tat häufig gesagt), dass der verstorbene Elternteil durch seine Abkömmlinge „repräsentiert“ wird. Andere Rechtsordnungen lassen die gesamte Erbschaft dem überlebenden Elternteil zukommen. Das gilt für die Rechtsordnungen des Dreiliniensystems¹⁷³ (wo dies Ergebnis daraus folgt, dass die zweite Klasse, das heißt die Vorfahren, der dritten Klasse, das heißt den Seitenverwandten, vorgeht)¹⁷⁴ ebenso wie für England und die Rechtsordnungen in der

Kinder, Enkel und Eltern (unter bestimmten Umständen) „family provision“ verlangen (s. 7 *Family Provision Act*), für Südafrika vgl. *M.M. Corbett/Gys Hofmeyr/Ellison Kahn, The Law of Succession in South Africa*² (2001) 41–47.

¹⁷⁰ *Deuteronomium* 5, 16. In der Perspektive des Naturrechts *Pufendorf, De iure naturae et gentium* (Fn. 43) Lib. IV, Cap. XI, § 13; *Darjes, Institutiones Iurisprudentiae* (Fn. 78) § 647 (Grund: „Deficientibus descendantibus liberi per naturam obligati sunt, ut maxime ament parentes“).

¹⁷¹ Art. 936 *Código civil* (Spanien); Art. 442–8 *Código civil* (Katalonien); § 735 ABGB; § 1925 BGB; § 7:63 Ptk; Art. 932(3) Kc; vgl. auch Art. 736 *Code civil*; Art. 675 *Civil Code of Québec*; Art. 568 *Codice civile*; Art. 4:11(1) BW; s. 46(1)(iii) *Administration of Estates Act* 1925 (England); s. 2(1)(b) und (d) *Succession (Scotland) Act* 1964; s. 1(1)(d)(i) *Intestate Succession Act* 81 von 1987 (Südafrika); zu Australien und Neuseeland vgl. *Peart/Vines, Australia and New Zealand* (Fn. 100) 364.

¹⁷² § 735 ABGB; § 1924 III BGB; § 7:63 Ptk; Art. 932(4) Kc; s. 1(1)(d)(ii) *Intestate Succession Act* 81 von 1987 (Südafrika); zu den nordischen Staaten *Scherpe, Nordic Countries* (Fn. 99) 310f.

¹⁷³ Art. 937 *Código civil* (Spanien); Art. 442–8 *Código civil* (Katalonien); zu Lateinamerika *J.P. Schmidt, Latin America* (Fn. 40) 132 und 137.

¹⁷⁴ Ein vorverstorbener Vorfahr kann deshalb nicht durch seine Abkömmlinge „repräsentiert“ werden. Er kann aber auch nicht durch seine (nicht vorverstorbenen) Vorfahren „repräsentiert“ werden: „[T]he legislatures in Latin America apparently wished to restrict [the

Tradition des englischen Rechts¹⁷⁵ (wodurch die Aussage, es handle sich um Parentelsysteme,¹⁷⁶ erheblich qualifiziert wird). (Rechtsordnungen, in denen Eltern zusammen mit Geschwistern erben, wie Frankreich, Italien, die Niederlande oder Schottland können in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.)

Vielfach wird der Unterschied zwischen beiden Lösungen praktisch nicht besonders groß sein: Denn wenn die Kinder des verstorbenen Elternteils gleichzeitig Kinder des überlebenden Elternteils sind, wird der Erbteil ihres verstorbenen Elternteils typischerweise eines Tages auch dann an sie gelangen, wenn sie ihn nicht unmittelbar erhalten. Es lässt sich sogar sagen, dass eine derartige Erbfolge im Einklang mit einer verbreiteten Testierpraxis von Ehepaaren steht: Der gesamte Nachlass fällt zunächst an den überlebenden Ehegatten und erst nach dessen Tod an die gemeinsamen Kinder.¹⁷⁷ Wenn gleichwohl die erste der beiden Lösungen eindeutig vorzugswürdig ist, dann sind dafür im Wesentlichen zwei Gründe maßgeblich: (i) Nicht selten wird der überlebende Elternteil sich wiederverheiraten, weitere Kinder bekommen und somit eine neue Familie gründen. Das kann ihn veranlassen, sein Vermögen, einschließlich des ihm zugefallenen Nachlasses, von seiner alten Familie weg und in die neue Familie zu leiten. Doch auch wenn er das nicht tut, wird der Intestaterbteil der Abkömmlinge des vorverstorbenen Elternteils verkleinert werden. Das erscheint nicht nur als unbillig; es entspräche auch kaum dem mutmaßlichen Willen des Erblassers.¹⁷⁸ (ii) Damit eng verwandt ist eine andere Erwägung. Nach der zweiten der oben genannten Lösungen würde der Nachlass des Erblassers entweder in die Familie des einen Elternteils geleitet oder in die des anderen, je nachdem, welcher Elternteil zuerst verstirbt. Dadurch wird insbesondere die Position der halbbrüderlichen Geschwister des Erblassers berührt. Diese Position wird typischerweise ganz unterschiedlich sein, je nachdem, ob der vorverstorbenen Elternteil derjenige ist, den sie mit dem Erblasser gemeinsam haben oder den sie mit ihm gerade nicht gemeinsam haben. Das Erbrecht der halbbrüderlichen Geschwister würde damit von einem zufälligen Kriterium abhängen, und das wäre unbefriedigend.¹⁷⁹

„ascension“ of the estate] to the necessary minimum, stopping at the first opportunity“: *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 132. Die Autoren des *ius commune* hatten überwiegend ebenfalls die Ansicht vertreten, dass es keine „Repräsentation“ im Hinblick auf Vorfahren gibt; vgl. oben Text bei Fn. 42.

¹⁷⁵ Section 46(1)(iv) *Administration of Estates Act* 1925 (England); zu den USA, Australien und Neuseeland *Scalise*, *United States of America* (Fn. 27) 414 und *Peart/Vines*, *Australia and New Zealand* (Fn. 100) 364; vgl. auch *IECL/Neumayer* (Fn. 85) Rn. 17.

¹⁷⁶ Siehe oben Fn. 100.

¹⁷⁷ Für Deutschland vgl. § 2269 BGB.

¹⁷⁸ *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 137.

¹⁷⁹ *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 138.

3. Halbbürtige Geschwister

An dieser Stelle bietet sich ein Blick auf die Stellung von halbbürtigen Geschwistern im Intestaterbrecht ganz allgemein an, bestanden und bestehen doch in dieser Hinsicht noch immer erhebliche Unterschiede. Einige Rechtsordnungen (darunter das römische und das englische Recht)¹⁸⁰ diskriminieren halbbürtige Geschwister ganz offen: Sie sind nur zur Erbschaft berufen, wenn keine vollbürtigen Geschwister vorhanden sind. Andere Rechtsordnungen (insbesondere das französische Recht seit der Reform von 2001) geben halbbürtigen Geschwistern denselben Anteil wie vollbürtigen Geschwistern (in Fällen, in denen beide Elternteile vorverstorben sind).¹⁸¹ Vorzugswürdig erscheint demgegenüber eine Lösung, die beide Extreme vermeidet. Gleichbehandlung von voll- und halbbürtigen Geschwistern heißt nicht, dass alle denselben Erbteil erhalten müssen: Halbbürtige Geschwister sind in derselben Position wie vollbürtige Geschwister allein im Hinblick auf den Elternteil, den sie mit dem Verstorbenen gemeinsam haben. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass sie auch Erbaussichten im Hinblick auf Mitglieder der Familie ihres anderen Elternteils haben. Wenn, beispielsweise, der vorverstorbene Elternteil drei weitere Kinder hinterlassen hat, von denen zwei auch den anderen Elternteil mit dem Erblasser gemeinsam haben, dann sollte jedes der drei Kinder ein Drittel von der Hälfte des Nachlasses erhalten, die dem vorverstorbenen Elternteil zugestanden hätte. Dies Ergebnis folgt ganz natürlich aus dem Parentelsystem, das deshalb ohne besondere Vorschriften über halbbürtige Geschwister auskommt.¹⁸² Andere Rechtsordnungen bestimmen demgegenüber ausdrücklich, dass halbbürtige Geschwister die Hälfte des Anteils erhalten, der vollbürtigen Geschwistern zusteht.¹⁸³

4. „Fente successorale“ und „Linearsukzession“

Wenn den Erblasser weder Abkömmlinge noch Geschwister oder deren Abkömmlinge überleben, sondern ein Elternteil, so sprechen diesem die

¹⁸⁰ Zum römischen Recht siehe oben Text zu Fn. 19; für England siehe s. 46(1)(v) *Administration of Estates Act* 1925; für Schottland s. 3 *Succession (Scotland) Act* 1964. Ein vergleichender Überblick findet sich bei *Rauscher*, *Erbrecht* II (Fn. 137) 142–144; für die anglo-amerikanischen Rechtsordnungen vgl. auch *IECL/Neumayer* (Fn. 85) Rn. 19.

¹⁸¹ Art. 737 *Code civil*. Dieselbe Lösung scheint in einer Reihe von Einzelstaaten in den USA zu gelten: *Scalise*, *United States of America* (Fn. 27) 415. Polen behandelt Halbgeschwister ebenfalls vergleichsweise günstig (*Zoll*, *Poland* (Fn. 67) 302).

¹⁸² Vgl. aber s. 1(e)(i) *Intestate Succession Act* 81 von 1987 (Südafrika).

¹⁸³ Für derartige Vorschriften vgl. Art. 949 *Código civil* (Spanien); Art. 570(2), 571(2) *Code civile*; Art. 4:11(2) *BW*; zu Lateinamerika *J.P. Schmidt*, *Latin America* (Fn. 40) 134.

weitaus meisten Rechtsordnungen den gesamten Nachlass zu.¹⁸⁴ Es bestehen jedoch zwei Ausnahmen. Die eine ist die *fente successorale* des französischen Rechts: Der Nachlass wird in zwei Hälften aufgeteilt, von denen die eine an den überlebenden Elternteil fällt und die andere an überlebende Vorfahren des vorverstorbenen Elternteils.¹⁸⁵ Diese Regel ist eigenartig insoweit, als sie letztlich zu dem Resultat führt, dass eine Hälfte des Nachlasses an vergleichsweise weitläufig verwandte Familienmitglieder statt an die engsten Verwandten fallen wird: Denn die überlebenden Vorfahren werden sich der ihnen zugefallenen Nachlasshälfte typischerweise nicht sehr lange erfreuen können, bevor sie sie an ihre eigenen Nachkommen weiterleiten. Historisch wurde dies im Licht von *paterna paternis, materna maternis* als passend betrachtet: Da vom Nachlassvermögen angenommen wird, dass der Erblasser es sowohl von der väterlichen als auch von der mütterlichen Seite erhalten hat, erscheint es als unbillig, wenn es in seiner Gesamtheit an eine Seite fällt, je nachdem, welcher Elternteil vor dem Erblasser verstorben ist.¹⁸⁶ Darin liegt sicherlich ein Element an Willkür. Doch ist das anstößig nur unter dem Aspekt eines im Wesentlichen feudalen Familienbegriffs: Das Familienvermögen muss zusammengehalten und möglichst ungeschmälert von einer auf die nächste Generation vererbt werden. Das ist jedoch eine überholte Vorstellung. Wir leben in einem Zeitalter des Individualismus, und wenn das Erbrecht dem Gedanken familiärer Solidarität Rechnung trägt,¹⁸⁷ dann tut es das ausschließlich aus der Perspektive des Erblassers. Diesem wird aber typischerweise sein überlebender Elternteil näherstehen als seine Groß- oder Urgroßeltern und deren Abkömmlinge auf der anderen Seite.¹⁸⁸ Und wenn es tatsächlich von überragender Bedeutung sein sollte, dass beide aufsteigenden Linien vom Tod des Erblassers profitieren, wäre zu erwarten, dass dies auch dann gilt, wenn den Erblasser nicht Vorfahren, sondern lediglich Abkömmlinge dieser Vorfahren überleben, also Onkel und Tanten, oder Großonkel und Großtanten. Das ist jedoch nicht der Fall: Beim Fehlen überlebender Vorfahren in einer Linie erhalten die überlebenden Vorfahren der

¹⁸⁴ Vgl. oben Fn. 173 und 174; außerdem § 737 ABGB; § 1925 III 2 BGB; s. 1(1)(d)(ii) *Intestate Succession Act* 81 von 1987 (Südafrika). Ein derartiges „switching of the sides“ ergibt sich auch, wenn beide Elternteile vorverstorben sind und nur einer von ihnen Abkömmlinge hinterlassen hat. Nach der Logik der Parentelordnung erben diese überlebenden Abkömmlinge (und nicht die entfernteren Vorfahren des Erblassers oder deren Abkömmlinge) den gesamten Nachlass: Mitglieder der dritten Parentel sind ja nur zur Erbfolge berufen, sofern keine Mitglieder der zweiten Parentel vorhanden sind. Für Deutschland vgl. *Muscheler*, Erbrecht (Fn. 138) Rn. 1329.

¹⁸⁵ Art. 747, 748 *Code civil*.

¹⁸⁶ Siehe oben II. 3. und II. 4.

¹⁸⁷ Zimmermann, Germany (Fn. 75) 183, *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. *) 447.

¹⁸⁸ Die Erbfolge nach dem Grundsatz *paterna paternis, materna maternis* andererseits beruht nicht auf dem mutmaßlichen Erblasserwillen: vgl. etwa *Terré/Lequette/Gaudemet*, Les successions (Fn. 59) Rn. 14.

anderen Linie den gesamten Nachlass.¹⁸⁹ Schließlich sollte auch die Tatsache, dass weder die italienische noch die niederländische Kodifikation dem französischen Recht in dieser Hinsicht gefolgt sind – und zwar nicht einmal in ihren Ursprungsversionen von 1838 und 1865 –, den Befürwortern der *fente* zu denken geben.¹⁹⁰

Die andere Ausnahme ist die „Linearsukzession“ des ungarischen Rechts.¹⁹¹ Sie funktioniert etwas anders als die *fente successorale*, indem sie sich nur auf Vermögen bezieht, das der Erblasser direkt oder indirekt von einem Vorfahren erhalten hat, oder das derartige Vermögen ersetzt. Zudem fällt dies von den Vorfahren stammende Vermögen nicht nur an überlebende Vorfahren zurück, sondern an den nächsten Vorfahren oder Seitenverwandten in der betreffenden Linie der Familie. Die „Linearsukzession“, die 1861 angesichts der Abschaffung feudaler Vermögensbindungen in das ungarische Recht aufgenommen wurde,¹⁹² ist – gegen starke Opposition – durch alle Reformen des ungarischen Erbrechts bis hin zum neuen ungarischen Zivilgesetzbuch von 2013 beibehalten worden. Es handelt sich um ein modernes Überbleibsel des frühneuzeitlichen *retour lignager*¹⁹³ und ist ähnlichen Einwänden ausgesetzt wie die *fente successorale*. Es überrascht nicht, dass die Linearsukzession in ihrer praktischen Anwendung zu erheblichen Schwierigkeiten geführt hat¹⁹⁴ – und vermutlich weiterhin führen wird.

5. Erbfolge *per stirpes* im Hinblick auf die Abkömmlinge der Eltern

Es dürfte inzwischen deutlich geworden sein, dass die vergleichende Analyse der Erbfolgesysteme auf eine Bestätigung des Parentelsystems hinausläuft. Es hat Vorteile sowohl gegenüber dem Dreiliniensystem als auch gegenüber einem gemischten System römischer oder französischer Provenienz, denn es bestimmt die Intestaterben in angemessener Reihenfolge, und

¹⁸⁹ Art. 748(3) *Code civil*. Das ist nicht immer der Fall gewesen; zum Hintergrund der neuen Regel vgl. *Terré/Lequette/Gaudemet, Les successions* (Fn. 59) Rn. 115.

¹⁹⁰ *Kolkman, Netherlands* (Fn. 83) 228; *Braun, Italy* (Fn. 67) 73. In Frankreich selbst scheint die *fente successorale* ein nicht besonders gut erforschtes Thema zu sein. Zur historischen Entwicklung vgl. *Malaurie, Les successions* (Fn. 87) Rn. 67–70; *Terré/Lequette/Gaudemet, Les successions* (Fn. 59) Rn. 112; vgl. ferner *Tobias Frösche, Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten* (1996) 16f. Malaurie charakterisiert *la fente* als Ausdruck einer Verpflichtung seitens des Verstorbenen gegenüber beiden Familien, in die er geboren worden ist. Andere Autoren (*Terré/Lequette/Gaudemet, Les successions* (Fn. 59) Rn. 112) bieten eine stärker soziologische Erklärung: Typischerweise existierte in jeder Ehe „une homogamie sociale“, d. h., die Familien, aus denen beide Ehegatten stammen, sind ähnlich wohlhabend. Doch ist das heute nicht mehr der Fall.

¹⁹¹ §§ 7:67–71 Ptk.

¹⁹² *Vékás, Hungary* (Fn. 136) 282.

¹⁹³ Siehe oben Text nach Fn. 58.

¹⁹⁴ *Vékás, Hungary* (Fn. 136) 283.

es tut dies auf bemerkenswert einfache und leicht verständliche Weise.¹⁹⁵ Das BGB bietet in dieser Hinsicht eine besonders prägnante Regelung, während die einschlägigen Vorschriften des ABGB (§§ 731–741, 750f.) sich, ungeachtet ihres Pioniercharakters, durch einen etwas altertümlichen und didaktischen Gesetzgebungsstil auszeichnen.¹⁹⁶

Die weiteren Details lassen sich vergleichsweise kurz behandeln. Wenn ein vorverstorener Elternteil durch Nachkommen „ersetzt“ wird, so folgt daraus logisch, dass, wenn beide Elternteile vorverstorben sind, beide durch ihre jeweiligen Abkömmlinge „ersetzt“ werden. Halbbrütlige Geschwister werden damit, wie bereits erwähnt, in genau der Weise berücksichtigt, wie sie berücksichtigt werden sollten: Sie erben ausschließlich als Kinder ihres vorverstorbenen Elternteils (das heißt, metaphorisch ausgedrückt: mit einer Hand). Wenn nicht nur die Eltern des Erblassers vorverstorben sind, sondern auch eines seiner Geschwister vorverstorben ist, wird der Anteil dieses Geschwisters unter dessen Abkömmlingen verteilt.¹⁹⁷ Denn wenn es richtig ist, dass der vorverstorbene Elternteil durch seine Kinder (oder weiteren Abkömmlinge) ersetzt wird, dann muss dies auch für vorverstorbene Kinder eines vorverstorbenen Elternteils gelten. Damit gilt hier dasselbe Erfolgsmuster *per stirpes*, das für die erste Klasse von Intestaterben gilt. Denn es wäre ganz willkürlich, wenn die „Ersetzungs“-Logik mit der Generation der Geschwister des Erblassers endete, wie dies gemäß den Novellen 118 und 127, 1 tatsächlich der Fall war.¹⁹⁸ Der Grund für die justinianische Regelung lag vermutlich darin, dass (eine privilegierte Gruppe von) Seitenverwandte(n) und Vorfahren innerhalb der zweiten Klasse von Intestaterben koordiniert werden mussten.¹⁹⁹

Damit ergibt sich die Frage, ob Vorfahren unter einem Parentelsystem nicht in unbilliger Weise benachteiligt würden, wenn sie nicht nur hinter

¹⁹⁵ Das Dreiliniensystem ist ebenso einfach und umfassend, da es ebenfalls „die Entwicklung eines Prinzips durch alle Verzweigungen der Sukzession“ leistet: von *Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 689. Das ist nicht der Fall bei gemischten Systemen der justinianischen oder französischen Art, und darin liegt ein wesentlicher Nachteil, der nicht durch begleitende Vorteile aufgewogen wird. Das Dreiliniensystem weist jedoch gegenüber dem Parentelsystem in anderer Hinsicht erhebliche Nachteile auf: der unbedingte Vorrang auch entfernter Vorfahren vor allen Seitenverwandten, die latente Diskriminierung von halbbrütligen Geschwistern, und fragwürdige Ergebnisse innerhalb der Klasse der Seitenverwandten. Für eine eingehende Analyse siehe *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 136–139.

¹⁹⁶ Der ungarische Regelungsstil ähnelt eher demjenigen des BGB als des ABGB. Der (südafrikanische) *Intestate Succession Act* 81 von 1987 ist demgegenüber in einem typisch englischen, d. h. die einzelnen Fallkonstellationen aufzählenden, Stil abgefasst.

¹⁹⁷ Vgl. für Südafrika die ausdrückliche Bestimmung in s. 1(4)(a) *Intestate Succession Act* 81 von 1987; für Deutschland und Österreich beziehen sich §§ 1925 III BGB und 735 ABGB auf die für die Beerbung der ersten Ordnung geltenden Vorschriften; für Schottland vgl. s. 5 und 6 *Succession (Scotland) Act* 1964.

¹⁹⁸ Siehe oben Text zu Fn. 18; vgl. auch IECL/*Neumayer* (Fn. 85) R.n. 18.

¹⁹⁹ Siehe oben Text zu Fn. 49.

den Geschwistern des Verstorbenen und deren Kindern, sondern gegebenenfalls auch hinter deren Abkömmlingen zurückzustehen hätten. Eine derartige Situation, dass mindestens ein Großelternanteil des Erblassers noch lebt, während gleichzeitig mindestens eines der Geschwister des Erblassers bereits Enkelkinder hat, ist natürlich nicht besonders häufig. Wenn sie jedoch einmal gegeben ist, sind die Argumente zu berücksichtigen, die sich gegen das Dreiliniensystem vorbringen lassen.²⁰⁰ Insbesondere gilt: Je höher der Nachlass des Erblassers steigt, desto weiter wird er sich letztlich seitlich bewegen. Wenn der Nachlass an die Großeltern des Erblassers fällt, wird er typischerweise von dort, nach relativ kurzer Zeit, an die Kinder der Großeltern gelangen, also an die Onkel und Tanten des Erblassers und deren Familien. Sie stehen dem Erblasser aber normalerweise ferner als die Familien seiner Geschwister, und eine Bevorzugung der Vorfahren gegenüber den Abkömmlingen der Geschwister würde damit sowohl dem mutmaßlichen, typischen Erblasserwillen als auch der Fokussierung des Intestaterbrechts auf die Kernfamilie des Erblassers zuwiderlaufen.²⁰¹

6. Parentelische Logik ...

Wenn ein Erblasser weder Abkömmlinge, Eltern und Geschwister noch Abkömmlinge von Geschwistern hinterlässt, kommen die Großeltern und deren Abkömmlinge zum Zuge.²⁰² Im Hinblick auf diese Erben der dritten Klasse und ihr Verhältnis zueinander gelten dieselben Regeln wie für die zweite Klasse, mit einer Ausnahme: Es wird eine imaginäre Linie zwischen beiden Großelternpaaren gezogen, und für jedes Großelternpaar bestimmen die für die zweite Klasse geltenden Regeln die Erbfolge.²⁰³ Danach bleibt also die eine Hälfte des Nachlasses in der väterlichen, die andere Hälfte in der mütterlichen Familie, solange es Mitglieder dieser Familien gibt, das heißt die Großeltern selbst oder von ihnen abstammende Personen. Nur

²⁰⁰ Siehe Fn. 195.

²⁰¹ So auch J.P. Schmidt, Latin America (Fn. 40) 138.

²⁰² § 738 ABGB; § 1926 BGB; Art. 4:10(1)(c) in Verbindung mit Art. 4:12 BW; § 7:64 Ptk; Art. 934 Kc; für die USA siehe *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 415. Für England siehe s. 46(1)(v) *Administration of Estates Act 1925* (zunächst Großeltern, dann Onkel und Tanten); für Australien und Neuseeland *Pearl/Vines*, Australia and New Zealand (Fn. 100) 364; für die nordischen Staaten *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 99) 314; für Südafrika s. 1(f) *Intestate Succession Act 81* von 1987 (die gradnächsten Verwandten zu gleichen Anteilen). Vgl. demgegenüber aber s. 2(f) und (g) *Succession (Scotland) Act 1964* (zunächst Onkel und Tanten sowie deren Abkömmlinge, dann Großeltern).

²⁰³ §§ 738–740 ABGB; § 1926 III, IV BGB; § 7:64 Ptk; für die USA vgl. *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 415; für Australien und Neuseeland *Pearl/Vines*, Australia and New Zealand (Fn. 100) 364; vgl. auch *Rauscher*, Erbrecht II (Fn. 137) 146 f.; IECL/*Neumayer* (Fn. 85) Rn. 22. Anders demgegenüber die Regel in Polen: Art. 934(2) und (3) Kc.

wenn dies nicht der Fall ist, wechselt der Nachlass zur Gänze in die andere Linie. Der Grund dafür liegt nicht so sehr in der alten Vorstellung von *pater-na paternis, materna maternis*,²⁰⁴ sondern darin, dass die Großeltern auf der väterlichen und mütterlichen Seite als Häupter zweier unterschiedlicher Familienzweige anzusehen sind – und typischerweise auch vom Erblasser angesehen werden – statt als beliebige Mitglieder ein und derselben Familie. Für eine beträchtliche Zeit ihres jeweiligen Lebens haben die beiden Großelternpaare zumeist keine nähere Beziehung zueinander gehabt, und das schließlich durch die Heirat ihrer Kinder geknüpft Familienband wird sie nicht so eng miteinander verbinden wie das durch ihre eigene Ehe geknüpft. Es wäre deshalb merkwürdig, wenn die Erbteile der Großeltern auf der einen Seite dadurch berührt würden, dass ein Großelternanteil auf der anderen Seite vor dem Erblasser verstorben ist, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen.²⁰⁵ Der Erbteil dieses Großelternanteils sollte besser derjenigen Person zufallen, mit der dieser die engste Verbindung hatte.²⁰⁶

7. ... oder Pragmatismus?

Der hauptsächliche Nachteil, der mit einer rigorosen Befolgung des Parentelsystems auch in der dritten Klasse von Erben verbunden ist, liegt darin, dass der Nachlass nicht selten in viele kleine oder sehr kleine Teile aufgesplittert wird:²⁰⁷ Denn ein Erblasser wird nur selten von seinen vier Großeltern überlebt worden sein (während gleichzeitig seine Eltern und deren Abkömmlinge bereits verstorben sind). Es ist sehr viel wahrscheinlicher, dass der Platz eines, mehrerer oder aller Großelternanteile von deren Abkömmlingen eingenommen wird: ihren Kindern oder auch Enkeln, sofern die Kinder vorverstorben sind. Die einzelnen Intestaterbteile werden damit nicht nur klein sein, sondern es wird zugleich eine große, heterogene und schwerfällige Miterbengemeinschaft entstehen: Viele der Miterben werden sich kaum kennen, sie werden oft weit entfernt voneinander leben, und zusätzliche Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn die Großeltern, oder deren Kinder, mehrfach verheiratet gewesen sind.²⁰⁸ Pragmatischer wäre deshalb eine Lösung, nach der der überlebende Großelternanteil alles erhält,

²⁰⁴ Siehe oben II. 3.

²⁰⁵ Siehe jedoch zum niederländischen Recht *Kolkman*, Netherlands (Fn. 83) 230.

²⁰⁶ Weithin sehen auch die nicht-parentelischen kontinentalen Rechtsordnungen eine Scheidung zwischen den beiden Großelternpaaren für Fälle vor, in denen die Großeltern erben: Art. 747 *Code civil*; Art. 679 *Civil Code of Québec*; Art. 569(1) *Codice civile*; Art. 940 *Código civil* (Spanien); Art. 442-9 *Código civil* (Katalonien); zu Lateinamerika vgl. *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 132.

²⁰⁷ „Pulverisierung“ des Nachlasses: *Unger*, Das österreichische Erbrecht (Fn. 45) § 33 Anm. 2.

²⁰⁸ Eine ausführliche Diskussion der Vor- und Nachteile einer Beibehaltung der parente-

unter Ausschluss nicht nur seiner eigenen, sondern auch der Abkömmlinge der anderen Großelternteile; und nach der, wenn kein Großelternteil überlebt, die Onkel und Tanten des Erblassers zum Zuge kommen²⁰⁹ (oder, sofern Onkel und Tanten nicht mehr vorhanden sind, diejenigen unter ihren Abkömmlingen, die dem Erblasser am nächsten verwandt sind).²¹⁰ Wenn die Verfasser des BGB eine solche pragmatische Begrenzung des Parentelsystems für die dritte Parentel gleichwohl schließlich ablehnten, dann, weil das eine erhebliche Ungerechtigkeit gegenüber dem Erblasser immer noch vergleichsweise eng verbundenen Personen bedeutet hätte: „Das Volksbewußtsein würde es namentlich nicht verstehen, wenn Großeltern schlechthin den Onkel des Erblassers von der Erbschaft ausschließen sollten.“²¹¹ Die Gradnähe zum Erblasser wurde somit erst ab der vierten Parentel zu dem ausschlaggebenden Faktor innerhalb der jeweiligen Parentel.²¹²

Wir gelangen hier offenbar in einen Bereich der Spekulation darüber, was eine Rechtsgemeinschaft als akzeptabel oder gerade nicht als akzeptabel betrachtet. Der mutmaßliche Wille eines typischen Erblassers bietet in dieser Beziehung ebenfalls keine Orientierung; dasselbe gilt für die Idee der Familienerbfolge. Ob eine Rechtsordnung der parentelischen Logik konsequent auch für die dritte Parentel folgen möchte, ist eine Entscheidung, die ebenso gut in der einen oder anderen Weise getroffen werden kann. Die parentelische Logik führt zu in sich konsistenten und intellektuell attraktiven Lösungen, die sich daran ausrichten, das Element der Zufälligkeit, das der Abfolge der Todesfälle inhärent ist, zu reduzieren und den verschiedenen Zweigen der Familie Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Irgendwann muss sich aber pragmatisches Denken durchsetzen. Wenn die Debatten, die sich um die Entstehung des Intestaterbrechts des BGB herumrankten,²¹³ als Fingerzeig dienen können, dann sollte dies entweder ab der dritten oder vierten Parentel der Fall sein.²¹⁴

ischen Logik insgesamt auch für die dritte Parentel findet sich bei *von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 703–709; vgl. auch Mugdan, Motive Bd. V (Fn. 13) 193f.

²⁰⁹ Für England, siehe s. 46(1)(v) *Administration of Estates Act* 1925.

²¹⁰ *von Schmitt*, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) §§ 234–237 (S. 50); für Südafrika vgl. s. 1(1)(f) *Intestate Succession Act* 81 von 1987; für Schottland s. 2(1)(f)–(i) *Succession (Scotland) Act* 1964 (wo jedoch bestimmt wird, dass, beim Fehlen von Vorfahren einer bestimmten Generation, die Geschwister der Angehörigen dieser Generation vor den Vorfahren der nächstferneren Generation erben). Vgl. auch die vergleichende Diskussion bei IECL/*Neumayer* (Fn. 85) Rn. 25–30.

²¹¹ Protokolle, in: Mugdan, Bd. V (Fn. 13) 391.

²¹² § 1928 BGB.

²¹³ Siehe *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 190f.

²¹⁴ Das neue ungarische Zivilgesetzbuch folgt der parentelischen Logik jedoch in ihrem vollen Glanz auch für die vierte Parentel: § 7:65 Ptk.

8. Unbegrenzte Familienerbfolge?

Eng damit verbunden ist eine andere Frage, die sich nicht eindeutig beantworten lässt: Wie weit sollte eine Rechtsordnung den Gedanken der Familienerbfolge treiben? Justinians Novellen 118 und 127, 1 hatten überhaupt keine Begrenzung genannt: Auch Seitenverwandte der vierten Klasse wurden offenbar *in infinitum* berücksichtigt. In einer auf die Glossatoren zurückreichenden Tradition²¹⁵ wurde demgegenüber die Ansicht vertreten, dass lediglich Seitenverwandte bis zum zehnten Grad erben können sollten. Diese Ansicht beruhte auf der Vorstellung, dass in früheren Entwicklungsstufen des römischen Rechts vorgesehene Begrenzungen (wie sie etwa in Inst. 3, 5, 5 überliefert sind)²¹⁶ durch die justinianischen Novellen unberührt geblieben waren und nunmehr nur darauf abzustimmen waren, dass die Unterscheidung zwischen *agnatischer* und *cognatischer* Verwandtschaft keine Rolle mehr spielte. Samuel Stryk hielt dies zu Beginn des 18. Jahrhunderts sogar für die Mehrheitsmeinung: „Fateor, communiorem fere sententiam esse, ad decimum usque gradum successionem tantum obtinere.“²¹⁷ Er selbst teilte diese Meinung freilich nicht: „Legis generalitas non [est] restringenda“, schrieb er im Hinblick auf Novelle 118, 3, ²¹⁸ (dort hatte Justinian zur Erbfolge berufen „omnes deinceps a latere cognatos [...] secundum uniuscuiusque gradus prerogativam“). Im Laufe des 18. und 19. Jahrhunderts setzte sich diese Interpretation immer stärker durch; unter den Autoren des Pandektenrechts war sie nicht mehr umstritten.²¹⁹ Eine Reihe der zeitgenössischen Kodifikationen hatte inzwischen aber eine auf die Seitenverwandten bezogene Begrenzung akzeptiert: bis zum zwölften Grad in Frankreich und

²¹⁵ Glosse *Cognatos* zu Novelle 118, 3, in: *Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii* (Fn. 39) Bd. V, Sp. 518.

²¹⁶ Nach Inst. 3, 3, 5 gewährt der Prätor Blutsverwandten nur bis zum sechsten Grad die *bonorum possessio*, darüber hinaus auch Kindern von Geschwisterenkeln; zu dieser Grenze vgl. *Rüfner*, Roman Law (Fn. 6) 17; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 6) 700. Derselbe Text erwähnt zudem, dass ein agnatisch Verwandter auch bei Verwandtschaft im zehnten Grad berücksichtigt wird („aliqu[is] [...] et si decimo gradu sit“), doch wurde dies vermutlich nur beispielsweise erwähnt („nam [...] exempli gratia decimi gradus mentionem fieri“: *Stryk*, Tractus (Fn. 11) Dissertatio III, Cap. I, XXIX). Irreführend deshalb etwa die Übersetzung von *Peter Birks/Grant McLeod*, *Justinian's Institutes* (1987) 99 („[...] agnatic claims can run to the tenth degree“). Vgl. auch Pap. D. 38, 8, 9.

²¹⁷ *Stryk*, Tractus (Fn. 11) Dissertatio III, Cap. I, XXVIII. Vgl. z. B. *Carpzov*, *Jurisprudentia Forensis* (Fn. 50) Teil III, Const. XVIII, Definit. XXXI; für Österreich vgl. *Wesener*, *Geschichte des Erbrechts* (Fn. 32) 106.

²¹⁸ *Stryk*, Tractus (Fn. 11) Dissertatio III, Cap. I, XXIX.

²¹⁹ *Struve*, *Syntagma Jurisprudentiae* (Fn. 38) Exerc. XXXVIII, XXXVI („etiam ultra decimum gradum in infinitum“); *Voet*, *Commentarius ad Pandectas* (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVIII; Tit. XVII, XXII; *Hellfeld*, *Jurisprudentia forensis* (Fn. 37) § 1654; *Glück*, *Hermeneutisch-systematische Erörterung* (Fn. 5) 420; *Arndts*, *Pandekten* (Fn. 14) § 474; *Windscheid/Kipp*, *Pandektenrecht* (Fn. 11) § 571; vgl. auch *von Schmitt*, *Entwurf eines Rechtes der Erbfolge* (Fn. 71) 705.

in den Niederlanden (1917 beziehungsweise 1923 auf den sechsten Grad reduziert),²²⁰ bis zum zehnten Grad in Italien (1942 auf den sechsten Grad reduziert),²²¹ und bis zum sechsten Grad in Spanien (1928 auf den vierten Grad reduziert).²²²

Insgesamt lässt sich eine Entwicklung feststellen, die von den sehr liberalen Grenzen früherer Zeiten wegführt.²²³ Der Nachlass soll nicht auf Personen übergehen, die dem Erblasser so fern stehen, dass typischerweise keine nennenswerten Gefühle familiärer Verbundenheit bestehen – Personen also, für die der Erbschaftserwerb einen unverhofften Glücksfall darstellt.²²⁴ Diese Entwicklung ist besonders deutlich in den lateinamerikanischen Kodifikationen, die als Grenze vielfach den vierten (oder auch einen früheren) Grad, maximal jedoch den sechsten Grad fixieren.²²⁵ Québec ist selbst in seiner neuen Kodifikation noch vergleichsweise konservativ, wenn dort nur Verwandte jenseits des achten Grades ausgeschlossen sind.²²⁶ (In Québec und in Frankreich ist die Erbfolge nichtprivilegierter Seitenverwandter²²⁷ zu gleichen Teilen auf die väterliche und die mütterliche Linie aufgeteilt,²²⁸ in den anderen Rechtsordnungen geht der Nachlass an die gradnächsten Verwandten, gleich, ob auf der väterlichen oder mütterlichen Seite.²²⁹) Eine besonders restriktive Haltung nehmen manche Rechtsordnungen ohne Zivilrechtskodifikation ein. Im englischen Recht reicht der Kreis der Intestat-

²²⁰ Art. 755 *Code civil* (1804), heute Art. 745 *Code civil* (2001/2006); Art. 908 BW (1838), heute Art. 4:12(3) BW (2003), wobei die letztere Vorschrift zudem Urgroßeltern (sowie weiter entfernte Vorfahren) ausschließt.

²²¹ Art. 742(2) *Codice civile* (1865), Art. 572(2) *Codice civile* (1942).

²²² Art. 955 *Código civil*, heute Art. 954 *Código civil*. – Vgl. auch den rechtsvergleichenden Überblick bei IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 49 und 58, und bei Dieter Henrich, Familienerbfolge und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, hrsg. von Dieter Henrich/Dieter Schwab (2001) 371 f.

²²³ Das ungarische Zivilgesetzbuch hat demgegenüber neuestens die Reichweite der Familienerbfolge ausgedehnt; es erfasst nunmehr auch Abkömmlinge von Urgroßeltern: § 7:65 Ptk; dazu *Vékás*, Hungary (Fn. 136) 281.

²²⁴ Vgl. auch *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 415 f., der in diesem Zusammenhang von „lachenden Erben“ spricht. Hinzu kommt, dass es schwierig sein kann, die Erbenstellung zu beweisen, und hinzukommt auch, dass so das Geschäft der „Erbsuche“ begünstigt wird (dazu unten Fn. 241). Mitunter wird auch auf das Fehlen gegenseitiger Pflichten hingewiesen.

²²⁵ *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 135; vgl. auch Art. 442–11 *Código civil* (Katalonien) (vierter Grad). Jan Peter Schmidt weist darauf hin, dass die Begrenzung der Familienerbfolge jedenfalls in Lateinamerika auch einen Umverteilungseffekt haben soll: Der Nachlass fällt angesichts der Tatsache an den Staat, dass die gesamtgesellschaftlichen Interessen gewichtiger sind als diejenigen von entfernten Verwandten.

²²⁶ Art. 683 *Civil Code of Québec*.

²²⁷ Nichtprivilegierte Seitenverwandte bilden die vierte Klasse von Erben; für Frankreich siehe *Pères*, France (Fn. 63) 40. Für Quebec vgl. *Smith*, Québec (Fn. 91) 60, 63 f.

²²⁸ Art. 749 *Code civil*; Art. 679 *Civil Code of Québec*. Dies ist eine der Situationen, in denen *la fente successorale* sich auswirkt.

²²⁹ Art. 572(1) *Codice civile*; Art. 955 *Código civil* (Spanien); Art. 442–11 *Código civil* (Katalonien); für Lateinamerika vgl. *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 133.

erben nicht über Onkel und Tanten hinaus;²³⁰ dasselbe gilt für einige Bundesstaaten in Australien und Neuseeland.²³¹ Auch die nordischen Rechtsordnungen betrachten Cousins und Cousinen als nicht nah genug verwandt.²³² Das andere Extrem finden wir in Schottland,²³³ Südafrika²³⁴ und im deutschen Recht.²³⁵ Dort besteht überhaupt keine Begrenzung.²³⁶ Das österreichische Recht berücksichtigt heute im Wesentlichen die ersten drei Parentelen.²³⁷ Hinzu kommen die Urgroßeltern (aber nicht deren Abkömmlinge);²³⁸ doch dürfte es nicht eben häufig vorkommen, dass ein Erblasser von mindestens einem Urgroßeltern teil, nicht aber von Abkömmlingen, seinen Eltern oder deren Abkömmlingen, oder seinen Großeltern oder deren Abkömmlingen überlebt wird. Ursprünglich hatte das ABGB alle Verwandten bis hin zur sechsten Parentel berücksichtigt (das heißt Urururgroßeltern und deren Nachkommen), doch war diese Regelung im Jahre 1914 als exzessiv abgeschafft worden.²³⁹ Jede Rechtsordnung steht damit vor der Frage, ob es besser ist, *irgendeinen* Verwandten zur Erbfolge zu berufen, so weit entfernt er auch sein mag, als keinen Verwandten, oder ob insoweit eine Grenze zu ziehen ist. Wenn ein Gesetzgeber sich dafür entscheidet, eine Grenze zu ziehen, dann muss er von vornherein akzeptieren, dass diese Grenze bis zu einem gewissen Grade arbiträr ist.²⁴⁰

VIII. Der Staat als Residualerbe?

1. *Ius commune*

Auch wenn eine Rechtsordnung sich für das Regime einer unbegrenzten Familienerbfolge entscheidet, kann es vorkommen, dass ein zur Familie ge-

²³⁰ Section 46(1)(v) *Administration of Estates Act* 1925.

²³¹ *Peart/Vines*, Australia and New Zealand (Fn. 100) 364; vgl. auch IEC/Neumayer (Fn. 85) Rn. 31.

²³² *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 99) 311.

²³³ Section 2(1)(i) *Succession (Scotland) Act* 1964.

²³⁴ Section 1(1)(f) *Intestate Succession Act* 81 von 1987.

²³⁵ § 1929 BGB. Dies war eine von zwei noch bei den Beratungen des BGB-Entwurfs im Reichstag kontrovers diskutierten Fragen: *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 192.

²³⁶ Vgl. auch die rechtsvergleichenden Nachweise bei *Rauscher*, Erbrecht II (Fn. 137) 132; IEC/Neumayer (Fn. 85) Rn. 32–34.

²³⁷ Das gilt auch für Polen. Das neue ungarische Zivilgesetzbuch zieht im Wesentlichen nach der vierten Parentel eine Grenze, d. h. nach den Urgroßeltern und deren Abkömmlingen. Zusätzlich werden aber auch alle weiter entfernten Vorfahren (aber nicht deren Abkömmlinge) einbezogen: § 7:66 Ptk.

²³⁸ § 741 ABGB. Polen erfasst demgegenüber nicht die Urgroßeltern; doch werden Stiefkinder in eine vierte Klasse platziert.

²³⁹ *Wendehorst*, Austria (Fn. 67) 170.

²⁴⁰ Diesen Punkt betont auch *Rauscher*, Erbrecht II (Fn. 137) 131–138.

hörender Erbe nicht existiert oder nicht gefunden werden kann.²⁴¹ In einer auf das römische Recht zurückreichenden Tradition geht der Nachlass dann in der Regel an den Staat. Dies war eine der in den Novellen 118 und 127, 1 nicht geregelten Fragen. Die Autoren des *ius commune* griffen deshalb auf ältere Schichten des römischen Rechts zurück, wo in diesem Zusammenhang das kaiserliche Vermögen (*fiscus*) genannt wurde.²⁴² Doch war der Fiskus tatsächlich als (Intestat-)Erbe zu betrachten?²⁴³ Oder als Universalnachfolger nach Analogie eines (Intestat-)Erben? Oder erwarb der Fiskus erbenloses Vermögen (*bona vacantia*) aufgrund seines Aneignungsrechts als oberste Territorialautorität? Erwarb damit dann der für den Ort zuständige Fiskus, wo der Erblasser verstorben war, nur Vermögen, das sich innerhalb der Grenzen seiner territorialen Souveränität befand, oder, wie ein normaler, privater Erbe, auch außerhalb dieser Grenzen befindliches Vermögen? War in dieser Hinsicht zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen zu unterscheiden? Bestimmte Verfahrenserfordernisse waren zu beachten, um sicherzustellen, dass tatsächlich kein Erbe vorhanden war, dem der Nachlass zustand. Und während anerkannt war, dass der Fiskus wie jeder andere Erbe die Verbindlichkeiten des Erblassers zu erfüllen hatte, bestand keine Einigkeit darüber, ob diese Haftung *stets* in der Weise begrenzt war, als ob der Nachlass *cum beneficio inventarii* erworben wäre, oder nur dann, wenn ein derartiges Inventar im Einklang mit den normalen, von Justinian etablierten Regeln tatsächlich errichtet worden war.²⁴⁴ Und schließlich gab es einen Zeitraum von vier Jahren, innerhalb dessen der Fiskus den Nachlass in Besitz genommen haben musste; Einzelheiten waren wiederum umstritten.

Unter Umständen gingen bestimmte Verbände dem Fiskus vor: das Regiment, in dem ein verstorbener Soldat gedient hatte, die Kirche, wenn ein

²⁴¹ Und zwar trotz der Bemühungen von sog. „Erbensuchern“, die versuchen, sich dadurch eine Vergütung zu verdienen, dass sie weit entfernte Verwandte finden; vgl. für Deutschland *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 194; für die USA *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 416. Es ist nicht leicht zu ermitteln, wie häufig für einen Nachlass ein Erbe nicht gefunden werden kann. Nach *Anne Röthel*, Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht, Non Profit Law Yearbook 189 (2007) 193, ist dies im Stadtstaat Hamburg bei etwa 100 von etwas über 17.000 Todesfällen im Jahr der Fall (diese Zahl bezieht sich auf das Jahr 2006).

²⁴² *Ulpiani Epitome* 28, 7 in Verbindung mit 17, 2; vgl. auch Gai. 2, 150. Dazu *Rüfner*, Roman Law (Fn. 6) 21f.; *Kaser*, Das römische Privatrecht I (Fn. 6) 702 f.; *ders.*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 510.

²⁴³ Einzelheiten zu dieser und den folgenden Fragen und Problemen bei *Stryk*, Tractatus (Fn. 11) Dissertatio V (*De Successione Fisci*); *Glück*, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) §§ 147–151; vgl. weiterhin etwa *Struve*, Syntagma Jurisprudentiae (Fn. 38) Exerc. XXXVIII, XLII; *Lauterbach*, Collegium Theoretico-practicum (Fn. 12) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, LVII f.; *Voet*, Commentarius ad Pandectas (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXVII–XXX; *Arnolds*, Pandekten (Fn. 14) § 608; *Dernburg/Biermann*, Pandekten (Fn. 14) § 138; *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht (Fn. 11) § 570.

²⁴⁴ Zum *beneficium inventarii*, eingeführt von Justinian im Jahre 531 n. Chr., siehe C. 6, 30, 22; *Kaser*, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 543f.

in ihrem Dienste stehender Geistlicher verstorben war, das Armenhaus im Hinblick auf das Vermögen seiner Bewohner, die „Akademien“, soweit es um das Vermögen „ihrer Professoren oder anderer academischer Bürger“ ging, möglicherweise auch die Zünfte hinsichtlich des Nachlasses der Zunftgenossen.²⁴⁵

2. Modernes Recht

Unter diesen Umständen ist es kaum überraschend, dass die Privatrechtskodifikationen kein einheitliches Bild bieten, was die Stellung des Staates im Hinblick auf einen erbenlosen Nachlass betrifft.²⁴⁶ So handelt es sich nach französischem Recht um eine „*succession irrégulière*“, auf der Grundlage der territorialen Souveränität des Staates.²⁴⁷ Anders als im Falle normaler Erben ist ein richterlicher „*envoi en possession*“ erforderlich.²⁴⁸ Auch in anderen Ländern wird die Stellung des Staates beim Erwerb der *bona vacantia* nicht als die eines Erben begriffen.²⁴⁹ In Italien wird demgegenüber der Staat als in der Position eines Erben befindlich betrachtet, wenngleich eines Erben *sui generis*.²⁵⁰ Nach § 1936 BGB ist der Staat Erbe,²⁵¹ auch wenn aufgrund der Tatsache, dass er dies nicht verhindern kann, einige Besonderheiten im Hinblick auf seine Haftung für Nachlassverbindlichkeiten anerkannt sind.²⁵² Insoweit lässt sich seine Position auch als die eines Erben *sui generis*

²⁴⁵ Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 10) 510; Voet, Commentarius ad Pandectas (Fn. 32) Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXXI f.; Glück, Hermeneutisch-systematische Erörterung (Fn. 5) § 145; Arndts, Pandekten (Fn. 14) § 609.

²⁴⁶ Einen umfassenden rechtsvergleichenden Überblick bietet, für die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts, von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 740–751. Für modernere Überblicke vgl. Rauscher, Erbrecht II (Fn. 137) 157–168; Heinrich Lange/Karl Kuchinke, Erbrecht⁴ (2001) 283–285; IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 165–177. Die Rechtsnatur der Berechtigung des Staates am Nachlass ist wichtig insbesondere in Fällen, in denen der Erblasser Vermögen in unterschiedlichen Staaten hatte.

²⁴⁷ Murad Ferid, Frankreich, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht (Loseblatt, Stand: 1987) Rn. 105–110. Das scheint sich infolge der Reformen von 2001/2006 nicht geändert zu haben: Pérès, France (Fn. 63) 45.

²⁴⁸ Art. 724(3) und 811 *Code civil*.

²⁴⁹ Art. 696–702 *Civil Code of Québec* (nur im Hinblick auf Eigentum in der Provinz Québec); Art. 4:189 BW; § 760 ABGB. Siehe Smith, Québec (Fn. 91) 64, Kolkman, Netherlands (Fn. 83) 231, Wendehorst, Austria (Fn. 67) 170. Für Österreich siehe auch Wesener, Geschichte des Erbrechts (Fn. 32) 106–108; Lange/Kuchinke, Erbrecht (Fn. 246) 283 („schillernde Gestalt“). Nach IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 171 ist die österreichische Regelung als „right of escheat“ zu betrachten.

²⁵⁰ Art. 586 *Codice civile*; dazu Braun, Italy (Fn. 67) 87.

²⁵¹ § 1936 BGB. Genau genommen geht der Nachlass in Deutschland (wie auch in anderen Staaten mit einer föderalen Struktur: IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 166) an den Fiskus des Bundesstaats, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat.

²⁵² Dazu Zimmermann, Germany (Fn. 75) 195. Für eine vergleichende Diskussion der bei-

bezeichnen.²⁵³ Spanien hat eine interessante Regelung insoweit, als (i) der Staat als Erbe angesehen wird, (ii) er nur einer beschränkten Haftung ausgesetzt ist, wie unter einem *beneficium inventarii*, und (iii) der Erwerb der Erbschaft eine gerichtliche Erbenfeststellung voraussetzt. Der Staat muss dann jedoch ein Drittel des verbleibenden Nachlasses gemeinwohlorientierten gemeindlichen Institutionen am Wohnsitz des Erblassers und ein weiteres Drittel entsprechenden Institutionen in der Provinz des Erblassers zuweisen. Das dritte Drittel dient der Tilgung der Staatsschuld.²⁵⁴ Die einschlägigen Vorschriften des katalanischen Zivilgesetzbuches sind etwas weniger spezifisch in ihren Instruktionen an die *Generalitat de Catalunya*, welchen Institutionen der Nachlass eines intestat Verstorbenen zugutekommen soll, leiten diesen aber ebenfalls an soziale oder kulturelle Institutionen, die ein gemeinwohlorientierter Erblasser als Empfänger im Auge gehabt haben könnte.²⁵⁵ In dieser Tradition stehen auch die meisten lateinamerikanischen Staaten.²⁵⁶

In England, Schottland und Neuseeland fällt der Nachlass an die Krone; die Krone kann ihn Personen zukommen lassen, von denen angenommen werden kann, dass der Erblasser ihn ihnen hätte zugutekommen lassen wollen.²⁵⁷ Das südafrikanische Recht kennt eine Regel, wonach die *bona vacantia* an den Staat fallen, doch nur dann, wenn über einen Zeitraum von dreißig Jahren niemand darauf Anspruch erhoben hat.²⁵⁸

den miteinander zusammenhängenden Fragen, ob der Staat die Erbschaft ausschlagen kann und unter welchen Umständen seine Haftung beschränkt ist, vgl. IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 172–174.

²⁵³ In Ungarn ist der Staat ein normaler Erbe, doch ohne das Recht der Ausschlagung: § 7:74 Ptk und *Vékás*, Hungary (Fn. 136) 289.

²⁵⁴ Art. 956–958 *Código civil* (Spanien); dazu *Cámara Lapuente*, Spain (Fn. 72) 113; IECL/Neumayer (Fn. 85) Rn. 169.

²⁵⁵ Art. 442–12 und 442–13 *Código civil* (Katalonien).

²⁵⁶ *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 156 (mit einem Überblick auch über die Frage, in welchen Ländern der Staat als Erbe betrachtet wird und wo davon ausgegangen wird, dass er das Eigentum in Ausübung seiner Territorialgewalt durch *occupatio* erwirbt).

²⁵⁷ *Kerridge*, England and Wales (Fn. 100) 347; *Reid*, Scotland (Fn. 101) 390; *Peart/Vines*, Australia and New Zealand (Fn. 100) 365. Für Australien, die USA und die nordischen Staaten vgl. *dies.*, ebd. (unter Hinweis darauf, dass in den meisten australischen Staaten von „bona vacantia“ die Rede ist, aber in Western Australia von „escheat“); *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 416; *Scherpe*, Nordic Countries (Fn. 99) 310. Vgl. auch *Rauscher*, Erbrecht II (Fn. 137) 138–140.

²⁵⁸ *De Waal*, South Africa (Fn. 98) 265.

3. Andere Lösungsmöglichkeiten?

Gelegentlich wird das uneingeschränkte Recht des Staates, erbenloses Vermögen zu erwerben, als unbefriedigend empfunden.²⁵⁹ Insbesondere wird geltend gemacht, dass dies den mutmaßlichen Willen eines typischen Erblassers nur unvollkommen widerspiegeln. Deshalb sind die Gemeinde des Verstorbenen,²⁶⁰ oder eine mildtätige Stiftung mit besonderer Bedeutung für den Erblasser, oder jedenfalls für seinen Wohnort, als besser geeignete Empfänger des Nachlasses vorgeschlagen worden. Derartige Vorschläge im Sinne der stärker individualisierten Lösungen der Länder der spanischen Tradition²⁶¹ sind jedoch bislang nicht umgesetzt worden. In der Tat ist ja zu berücksichtigen, dass eine Person, die intestat verstirbt, sich nicht selten implizit dagegen entschieden hat, ihr Vermögen einem bestimmten Zweck zugutekommen zu lassen; und diese Entscheidung wird nicht unbedingt durch eine gesetzliche Bestimmung in idealer Weise respektiert, die den Nachlass dann doch einem bestimmten Zweck zugutekommen lässt.²⁶² Im Übrigen kann von einem gemeinwohlorientierten Erblasser, der intestat verstorben ist, ebenso gut angenommen werden, dass er sein Vermögen dem Staat zugutekommen lassen möchte: Sollte der Staat in seinem Handeln und Finanzgebaren doch in besonderer Weise am Gemeinwohl orientiert sein!

Ob der mutmaßliche Wille des Erblassers ein geeignetes Kriterium für die Entscheidung über das Schicksal von *bona vacantia* ist, ist nicht unzweifelhaft.²⁶³ Selbst wenn dies aber so wäre, lässt sich nicht sagen, dass der Erblasser typischerweise die Gemeinde seines letzten Wohnortes, oder seines Geburtsortes, oder ein Heim für verlassene Haustiere, eine Bildungsstätte, seine Kirche, oder ein Altenheim dem Staat als Destinatär seines Nachlasses vorgezogen hätte; in einem Zeitalter stetig zunehmender Mobilität wird die Verbundenheit einer Person mit einer bestimmten Gemeinde vielfach nur schwach ausgeprägt sein,²⁶⁴ und die Präferenzen für mildtätige Zwecke können zu unklar sein und zu stark fluktuieren, um einen oder mehrere davon hervorzuheben. Zudem müssten Verwaltungsstrukturen aufgebaut werden, wollte man eine größere Flexibilität dadurch zu erreichen versuchen, dass der Staat den Nachlass an eine Wohltätigkeitsorganisation zu verteilen hätte, mit der der Erblasser eng verbunden gewesen war; und die Kosten für die

²⁵⁹ Für Deutschland vgl. Zimmermann, Germany (Fn. 75) 194; für Italien Braun, Italy (Fn. 67) 87; vgl. auch Rauscher, Erbrecht II (Fn. 137) 166–168.

²⁶⁰ Für Polen siehe Art. 935 Kc. Der polnische Fiskus erbt nur, wenn die Gemeinde, in der der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte, nicht bestimmt werden kann.

²⁶¹ Vgl. auch die Verweise bei Röthel, Non Profit Law Yearbook 189 (2007) 193, 201.

²⁶² Röthel, Non Profit Law Yearbook 189 (2007) 193, 208.

²⁶³ Siehe Röthel, Non Profit Law Yearbook 189 (2007) 193, 206.

²⁶⁴ Dieses Argument wurde bereits am Ende des 19. Jahrhunderts vorgebracht; vgl. von Schmitt, Entwurf eines Rechtes der Erbfolge (Fn. 71) 745; Protokolle, in: Mugdan, Bd. V (Fn. 13) 400.

Nachlassabwicklung würden dann rasch außer Verhältnis zu den normalerweise vergleichsweise kleinen Nachlässen stehen, die dem Staat anfallen.²⁶⁵ Und schließlich erscheint es auch kaum angemessen, den Staat mit einer Aufgabe zu belasten, die der Verstorbene ohne weiteres selbst hätte ausführen können.

4. Öffentliche Solidarität

Lässt sich irgendein anderer Grund für das Erbrecht des Staates anführen als der, dass sich kein besserer Anwärter auf den Nachlass findet? Teilweise wird geltend gemacht, dass der Staat typischerweise die kulturellen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen für die Existenz des Erblassers und für den Aufbau seines Vermögens gewährleistet hat.²⁶⁶ In der Regel wird der Erblasser freilich seinen Beitrag zum Unterhalt dieser Rahmenbedingungen durch die Zahlung verschiedener Arten von Steuern schon zu seinen Lebzeiten geleistet haben. Hinzu kommt die Möglichkeit, den Erben die Zahlung einer Erbschaftssteuer aufzuerlegen und dadurch den Staat am Übergang des Vermögens von einer Generation auf die nächste teilhaben zu lassen. Im Falle von *bona vacantia* ist dies *ex definitione* nicht möglich, und das Erbrecht lässt sich damit als ein gewisser Ersatz betrachten, jedenfalls sofern es sonst überhaupt keine potentiellen Erben gibt.²⁶⁷ Das führt auf die Frage zurück, ob das Recht eine Begrenzung der Familienerbfolge vorsehen sollte.²⁶⁸ Ist es besser, den Nachlass an weit entfernte Familienangehörige fallen zu lassen (und gegebenenfalls eine hohe Erbschaftssteuer von ihnen zu erheben) oder an den Staat? Zwischen dem Erblasser und den „lachenden Erben“ besteht keine irgendwie reale Verbindung;²⁶⁹ eben deshalb lachen sie ja – die Erbschaft ist ein unverhoffter Glücksfall. Andererseits ist der Erblasser Teil einer Gemeinschaft von Bürgern eines Staates, die einander durch mitunter dünne und unpersönliche, aber gleichwohl reale Solidaritätsfäden verbunden sind. Das zeigt sich an den Sozialversicherungssystemen im modernen Wohlfahrtsstaat, und es zeigt sich auch etwa, auf einer stärker emotionalen Ebene, bei vielen internationalen Sportwettbewerben. Zudem lässt sich auch darauf hinweisen, dass das Schicksal eines

²⁶⁵ Es gibt wenige einschlägige Daten; vgl. aber *Röthel*, Non Profit Law Yearbook 189 (2007) 193; etwa 240.000 Euro für die 100 oben (Fn. 241) erwähnten Fälle.

²⁶⁶ Für Deutschland siehe *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 194; für Italien *Braun*, Italy (Fn. 67) 88; für Lateinamerika *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 156.

²⁶⁷ Zudem wird durch die Rechtsnachfolge des Staates verhindert, dass der Nachlass herrenlos bleibt und damit die öffentliche Ordnung gefährdet sein könnte; vgl. beispielsweise *Rauscher*, Erbrecht II (Fn. 137) 159.

²⁶⁸ Siehe oben VII. 8.

²⁶⁹ *Scalise*, United States of America (Fn. 27) 416, der darauf hinweist, dass ein überzeugender Grund, warum entfernte Verwandte erben sollten, noch nicht genannt worden ist.

Nachlasses sicherer ist, sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht (das heißt vom Standpunkt des mutmaßlichen Erblasserwillens), wenn der Nachlass an den Staat fällt als an irgendeinen ganz unbekanntem Verwandten elften oder zwölften Grades in einem fernen Land.²⁷⁰ Das Erbrecht des Staates ist damit nicht nur, wie manchmal behauptet wird,²⁷¹ eine Notlösung.

Wo sollte dann also die Grenze zwischen familiärer und öffentlicher Solidarität gezogen werden? Betrachtet man das rechtsvergleichende Bild und nimmt das Parentelsystem als Bezugspunkt, so scheint die österreichische Lösung einen guten (wenngleich notwendig etwas arbiträren) Kompromiss zu bieten:²⁷² Von den Abkömmlingen des Erblassers abgesehen sollten nur seine Eltern und deren Abkömmlinge, seine Großeltern und deren Abkömmlinge, und seine Urgroßeltern berücksichtigt werden. Danach sollte der Staat zum Zuge kommen.

IX. Nicht-westliche Rechtsordnungen

1. Islamische Länder

Die Intestaterbfolge in den islamischen Ländern²⁷³ entspricht keinem der westlichen Systeme, denn sie ist weder parentelisch in ihrem Charakter, noch beruht sie auf einer klaren Unterscheidung zwischen Abkömmlingen, Vorfahren und Seitenverwandten; und ebenso wenig findet sich dort eine Abfolge von Klassen etwa nach französischem Muster. Aus westlicher Perspektive erscheint das Recht der islamischen Länder in diesem Punkt auch ausgesprochen vormodern. Zum einen werden männliche und weibliche Erben derselben Klasse und desselben Grades unterschiedlich behandelt: Männer erhalten doppelt so viel wie Frauen. Zum zweiten bevorzugen sunnitische Rechtsordnungen agnatisch Verwandte. Weiterhin beruhen zentrale Elemente sowohl des sunnitischen als auch des schiitischen Systems auf einer Heiligen Schrift, dem *Qur'an*, und können deshalb kaum kritisch in Frage gestellt werden. Und schließlich spiegeln die Regeln des islamischen Intestaterbrechts die vermutete Nähebeziehung potentieller Erben zu dem Erblasser anhand einer Familienordnung, die der modernen Gesellschaft

²⁷⁰ Vgl. auch *Braun*, Italy (Fn. 67) 88.

²⁷¹ Für Deutschland siehe *Zimmermann*, Germany (Fn. 75) 194; für Schottland *Reid*, Scotland (Fn. 101) 390. Für die lateinamerikanischen Kodifikationen vgl. *J.P. Schmidt*, Latin America (Fn. 40) 156. Er weist darauf hin, dass dort ganz offen das Ziel verfolgt wird, die finanziellen Ressourcen des Staates aufzubessern: ein verständliches Anliegen in Gesellschaften mit derart ausgeprägter sozialer Ungleichheit.

²⁷² §§ 731–741 ABGB.

²⁷³ Zu den Einzelheiten *Nadjma Yassari*, Intestate Succession in the Islamic Countries, in: Intestate Succession (Fn. *) 421–441.

nicht mehr entspricht. Im Übrigen erfüllen sie offenbar eine Unterhaltsfunktion.

Es wird in den Rechten der islamischen Länder nicht einer besonderen Klasse von Erben ein Vorrang eingeräumt. Stattdessen wird unterschieden zwischen bestimmten engen Verwandten, die einen festen Anteil am Nachlass erhalten, und anderen, die lediglich einen Anteil am restlichen Nachlass erhalten. Nur wenn kein Erbe vorhanden ist, der zu diesen beiden Kategorien gehört, gelangt der Nachlass an eine dritte Kategorie von Erben, die „entfernte Verwandte“ genannt werden. Die Regeln, nach denen die Verteilung des Nachlasses im Einzelnen bestimmt wird, sind außerordentlich komplex. Nach den schiitischen Rechtsordnungen ist das traditionelle Schema durch eine Hierarchie von drei Klassen überlagert, wobei die erste Klasse aus allen Abkömmlingen und den Eltern des Erblassers besteht, die zweite Klasse aus den Großeltern und entfernteren Vorfahren sowie den Geschwistern des Erblassers, und die dritte Klasse aus dessen Onkeln und Tanten beziehungsweise deren Abkömmlingen. Jedes überlebende Mitglied einer früheren Klasse schließt alle Mitglieder einer späteren Klasse aus. Nur innerhalb jeder der drei Klassen sind die traditionellen Kategorien von Erben relevant, die auch in den sunnitischen Rechtsordnungen anerkannt sind.

2. Gewohnheitsrecht „erster Nationen“

In einer Reihe von Ländern, die in dem eingangs erwähnten Buch über Intestaterbfolge behandelt werden, sind „erste Nationen“, die dort siedelten, von europäischen Kolonisten verdrängt, unterdrückt oder marginalisiert worden: Australien, Neuseeland, USA, Kanada, Lateinamerika und Südafrika. Die europäischen Siedler brachten ihre Rechtsordnungen und, als Teil davon, ihre Regelungen über die Intestaterbfolge. Mitunter hat die Entwicklung dazu geführt, dass die „transplantierten“ kolonialen Regelungen allgemeine Anwendung fanden (USA, Lateinamerika). Teilweise sind aber auch besondere Rechtsregimes etabliert worden, die jedenfalls bis zu einem gewissen Grade die Gewohnheiten und Traditionen der einheimischen Bevölkerung berücksichtigen (Kanada, Australien, Neuseeland).²⁷⁴ Im südafrikanischen Recht galt seit 1927 eine Regel, die den unterschiedlichen afrikanischen Gewohnheitsrechten Geltung verschaffen sollte, soweit diese die Intestaterbfolge für die einheimische afrikanische Bevölkerung betrafen.²⁷⁵ Im Hinblick auf bestimmte diskriminierende Merkmale dieser Rechte, wie die bevorzugte Berücksichtigung von Männern und das Prin-

²⁷⁴ Smith, Québec (Fn. 91) 64–66; Peart/Vines, Australia and New Zealand (Fn. 100) 365–368.

²⁷⁵ Section 23 *Black Administration Act* 38 von 1927.

zip der Primogenitur, erhob sich nach Inkrafttreten der südafrikanischen Verfassung nach dem Ende der Apartheid die Frage ihrer fortdauernden Wirksamkeit. *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*²⁷⁶ bot dem Verfassungsgericht im Jahre 2005 die Gelegenheit, die südafrikanische Gesetzessammlung von den „verletzenden Regelungen“ zu reinigen, die an „unsere rassistische und schmerzliche Vergangenheit“ gemahnen. Als Folge dieser Entscheidung erstreckte das südafrikanische Parlament den Anwendungsbereich des *Intestate Succession Act* weitgehend auf den Bereich des afrikanischen Gewohnheitsrechts.²⁷⁷

X. Resümee

Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Regelung der Verwandtenerbfolge zweifellos hier und dort auf willkürlicher legislatorischer Festsetzung beruht – ein Punkt, der das Erbrecht insgesamt für den Begründer der Historischen Schule, Friedrich Carl von Savigny, wenig attraktiv gemacht hatte.²⁷⁸ Zu nennen sind hier insbesondere die nahe miteinander verwandten Fragen, wie weit die Idee der Familienerbfolge getrieben werden sollte und wieweit im Rahmen der Familienerbfolge der Grundgedanke des Parentelsystems konsequent durchzuführen ist.²⁷⁹ Immerhin erlaubt aber die historisch-vergleichende Betrachtung eine vernünftige Eingrenzung des Entscheidungsspielraums. Eine stark kulturelle Prägung (die, nach verbreiteter Auffassung, eine vergleichend-bewertende Betrachtung und rationale Diskussion erbrechtlicher Fragestellungen erschweren oder gar unmöglich machen soll),²⁸⁰ zeigt sich sehr deutlich im Vergleich der westlichen mit den nicht-westlichen Erbrechten. Letztere erscheinen aus westlicher Perspektive in mehrfacher Hinsicht als vormodern und widersprechen grundlegenden Rationalitäts- und Gleichheitsanforderungen.²⁸¹ Innerhalb der westlichen Welt lassen sich die zwischen den Rechtsordnungen bestehenden Unterschiede jedoch nicht auf spezifische kulturelle Prägungen zurückführen. Zwar erscheint etwa das Dreiliniensystem in Spanien und Lateinamerika ebenso fest verwurzelt wie das Parentelsystem in Österreich oder Deutschland. Auch haben im Verlauf des 20. Jahrhunderts nur die Niederlande einen Systemwechsel vollzogen (und auch das nur unvollkommen); Reformen in anderen Län-

²⁷⁶ *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others* 2005 (1) SA 580 (CC); siehe *De Waal*, South Africa (Fn. 98) 266.

²⁷⁷ *Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act* 11 von 2009; dazu im Einzelnen *De Waal*, South Africa (Fn. 98) 267.

²⁷⁸ Vgl. die Nachweise bei *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012) 471, 505 f.

²⁷⁹ Oben VII. 7 und 8.

²⁸⁰ Nachweise dazu bei *Zimmermann*, RabelsZ 76 (2012) 471, 475 f.

²⁸¹ Oben IX.

dern, die es durchaus gegeben hat (etwa: Frankreich, Italien), waren weniger tiefgreifend und haben sich auf Korrekturen innerhalb des einmal etablierten Systems beschränkt. Doch ist etwa das Parentelsystem in Deutschland historisch nicht sehr tief verwurzelt. Seine Einführung am Ende des 19. Jahrhunderts beruhte sowohl auf Vernunftgründen als auch auf pragmatischen Erwägungen.²⁸² Vor allem aber bemühen sich alle modernen Rechtsordnungen der westlichen Welt darum, die Verwandten des Erblassers in eine möglichst rationale Ordnung zu bringen und in der Abfolge unterschiedlicher Erbenklassen zum Zuge kommen zu lassen. Weiterhin bemühen sie sich um eine möglichst diskriminierungsfreie Regelung. In beiden Punkten knüpfen sie an das justinianische Novellenrecht an, in dem sich die früheste Regelung der Intestaterbfolge findet, die sich als modern bezeichnen lässt.²⁸³ Das französische System und das Dreiliniensystem sind unterschiedliche zeitgenössische Ausprägungen der durch Justinian begründeten Regelungstradition. Warum sich das eine System hier, das andere dort etablierte, beruht auf historischer Zufälligkeit. Kulturelle Unterschiede, die erklären könnten, warum das Dreiliniensystem in Spanien, aber nicht in Italien Wurzeln geschlagen hat, sind nicht erkennbar. Das Parentelsystem setzte die dem justinianischen Recht zugrundeliegenden Gedanken noch konsequenter und in einer von naturrechtlichen Ideen geprägten Neukonzeptualisierung um; von maßgeblicher Bedeutung war insoweit die Ausrichtung am mutmaßlichen Erblasserwillen.²⁸⁴

Die Intestaterbrechtsordnungen der westlichen Welt lassen sich mithin, bei allen Differenzen im Einzelnen, als Ausprägungen dreier Systeme betrachten: französisches System, Dreiliniensystem, Parentelsystem. Bei historisch-vergleichender Betrachtung werden grundlegende Gemeinsamkeiten deutlich (insbesondere der Deszendentenvorrang und die Stammeserbfolge),²⁸⁵ aber auch kuriose Relikte überkommener Vorstellungen, die in einer modernen Rechtsordnung einen Fremdkörper bilden (hierhin gehören die Repräsentationsidee, *paterna paternis, materna maternis* und *la fente successorale*).²⁸⁶ Andere für die vergleichende Bewertung unterschiedlicher Lösungen maßgebliche Kriterien sind die Konsequenz bei der Durchführung einmal als richtig erkannter Gedanken, die Vermeidung von Wertungsinkonsistenzen, von Zufallsergebnissen und von Diskriminierung, die Vermeidung der Möglichkeit von Manipulationen, der Einklang mit Wertungen, die das Recht an anderer Stelle getroffen hat, oder auch der Vorrang einer einfachen vor einer komplizierten Lösung. Der mutmaßliche Wille eines typischen Erblassers kann ein wichtiges Argument im Rahmen der Diskussion um die

²⁸² Dazu Zimmermann, Germany (Fn. 75) 188–190.

²⁸³ Oben I.

²⁸⁴ Wendehorst, Austria (Fn. 67) 161–163.

²⁸⁵ Oben VI. 1.

²⁸⁶ Oben VI. 4. und VII. 4.

sachgemäßeste Lösung sein,²⁸⁷ sollten doch die Regeln über die gesetzliche Erbfolge nach Möglichkeit widerspiegeln, was die dem Recht Unterworfenen typischerweise für ihre Nachlassverteilung für angemessen halten; in ganz ähnlicher Weise reflektiert ja auch das dispositive Vertragsrecht den hypothetischen Willen vernünftiger Vertragsparteien. Es gibt aber auch eine Reihe von Fragen, bei denen der Verweis auf den mutmaßlichen Erblasserwillen nicht weiterhilft oder gar in Spekulation ausartet.²⁸⁸

Alles in allem scheint ein sachgemäß beschränktes Parentelsystem die überlegene Erbfolgeordnung zu sein.

Summary

THE INTESTATE SUCCESSION RIGHTS OF THE DECEASED'S RELATIVES IN HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE

The intestate succession systems are based, everywhere, on the idea of family succession. The deceased's family consists of his (blood-)relatives as well as, possibly, his or her surviving spouse. The law, therefore, is faced with two central tasks: (i) to determine in which sequence the deceased's relatives are called to inherit and (ii) to coordinate the position of the surviving spouse with that of the relatives. The present paper analyses how the intestate systems of the Western world deal with the first of these tasks. In spite of differences in detail, they can be subdivided into three types: the "French system", the three-line system, and the parentelic system. Analyzing them in historical and comparative perspective reveals basic commonalities (e.g. the preference given to descendants, and succession *per stirpes*), but also curious relics of past ages (e.g. the concept of "representation", *paterna paternis materna maternis*, and *la fente successorale*). Other criteria relevant for a comparative assessment of the different solutions advocated by the three systems are consistency in the implementation of fundamental structural ideas, the avoidance of inconsistencies in evaluation, of arbitrariness, and of discrimination, the ability to forestall manipulations, and the preference for simplicity over complexity. The presumed intention of a typical deceased can be an important argument for deciding what might be the most appropriate solution, for the rules on intestate succession should, in case of doubt, reflect what those subject to these rules would typically regard as appropriate, as far as the distribution of their estate is concerned. But there are also issues where reliance on the presumed intention is misplaced. All in all, a

²⁸⁷ Dazu allgemein *Reid/De Waal/Zimmermann*, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective (Fn. *) 446.

²⁸⁸ Vgl. z. B. oben VI. 6.

reasonably limited parentelic system appears to be the superior intestate succession system. A strongly cultural impregnation of the rules on intestate succession is apparent only if Western and non-Western systems are compared. Within the Western legal world, the differences existing between the legal systems cannot be traced to differences in legal culture. All modern legal systems of the Western world attempt to take account of the deceased's relatives in a rational fashion. In that respect they build on the scheme established in Justinian's novels, the earliest one that can be labelled modern. The "French" system and the three-line system represent different manifestations of the Justinianic scheme, while the parentelic system implements its underlying ideas in an even more consistent manner, and inspired by Natural law ideas. Why the one system has taken root in one country, and the other in another, is a matter of historical contingency.

