Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

Herausgeber
Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion
Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

7 71. Jahrgang
1. April 2016
Seiten 321–376

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. **Reinhard Zimmermann**, Hamburg*

Kulturelle Prägung des Erbrechts?

Nach weit verbreiteter Auffassung ist das Erbrecht eine in besonderem Maße kulturell verwurzelte Materie. Damit verbunden ist die Einschätzung, dass dem Erbrecht eine „Tendenz zur Bewahrung" eigentümlich sei, und dass kritisch-wertende Rechtsvergleichung oder gar Rechtsvereinheitlichung kaum Erfolg versprechen. Der vorliegende Beitrag stellt diese Ansichten infrage. Aufgezeigt werden unter anderem rechtsordnungsübergreifende Konstanten und Entwicklungstendenzen, Möglichkeiten kritischer Reflexion und historische Beispiele von Rechtsrezeption, Rechtsvereinheitlichung und Rechtsänderung. Inhaltlich befasst sich der Beitrag nur mit zwei, allerdings zentralen Problemkomplexen: Testamentsformen und gesetzliche Erbfolgeordnung.

I. Religion, Kultur, Erbrecht

1. Erbrecht und christliche Religion

Das Rahmenthema der 35. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung im vergangenen Jahr war „Religion, Werte und Recht". Ein dem Erbrecht gewidmeter Beitrag könnte sich deshalb mit der Frage des Einflusses religiöser Vorstellungen auf dessen Entwicklung befassen.[1] Ein solcher Beitrag müsste jedoch rechtshistorisch ausgerichtet sein. So lässt sich zeigen, dass das Testament seine Renaissance im Hochmittelalter der Kirche verdankte.[2] Zudem erleichterte die Kirche die Errichtung von Testamenten. Denn während das ordentliche Privattestament des *ius commune* die Gegenwart von sieben Zeugen erforderte,[3] bestimmte Papst Alexander III.,[4] unter Berufung auf Matth. 18, 16,[5] dass (neben dem Gemeindepfarrer) zwei oder drei Zeugen ausreichen sollten; und das kanonische Testament bildete ein einflussreiches Modell auch für weltliche Gesetzgeber.[6] Vor den kirchlichen Gerichten in England kam es seit dem 16. Jahrhundert sogar zur Anerkennung handschriftlicher Testamente.[7] Auch der Testamentsvollstrecker ist ein Produkt des kanonischen Rechts.[8] Zusammen hing all dies mit der im Wesentlichen geistlichen Zweckbestimmung des Testaments: dem Erblasser ging es – oder hatte es doch zu gehen – um das ewige Heil seiner unsterblichen Seele, und obligatorischer Bestandteil des letzten Willens war deshalb eine Verfügung *ad pias causas*, durch die die Armen, die Kirche, Christus, oder auch Heilige und Märtyrer bedacht wurden.[9] Diese fromme Gabe wirkte *pro animae remedio*, und die Kirche versuchte nach Kräften, ihre Unwirksamkeit zu vermeiden[10] und für ihre ordnungsgemäße Ausführung zu sorgen.

Heute ist das Testament nun aber durch und durch verweltlicht, und die Zuwendung zu frommen Zwecken ist

* Der Autor ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Zugrunde liegt diesem Beitrag der Festvortrag der 35. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 10. September 2015 in Bayreuth. Ich danke Jan Peter Schmidt für langjährigen Austausch zu Fragen des Erbrechts.

1 Dazu bereits *Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, 2012, beruhend auf den Beiträgen zu einer auf dem 38. Deutschen Rechtshistorikertag in Münster veranstalteten Sektion.

2 *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, 1985, S. 564 f.

3 *Nils Jansen*, Testamentary Formalities in Early Modern Europe, in: *Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Testamentary Formalities, 2011, S. 27–50 (28, 38); *Coing* (Fn. 2), S. 569. Dies war das sogenannte *testamentum tripertitum* (eigentlich: in drei Teilen; im vorliegenden Zusammenhang: aus drei Quellen stammend): Inst. 2, 10, 3.

4 *Decretales Gregorii IX*, Lib. III, Tit. XXVI, Cap. X; vgl. auch Cap. XI.

5 Jede Sache soll „durch den Mund von zwei oder drei Zeugen" bestätigt werden; vgl. auch bereits *Deuteronomium* 19, 15.

6 *Jansen* (Fn. 3), S. 39; *Sergio Cámara Lapuente*, Testamentary Formalities in Spain, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 71–95 (77); *Coing* (Fn. 2), S. 571 f.

7 *Richard H. Helmholz*, The Oxford History of the Laws of England, Bd. I, 2004, S. 440 f.; *Birke Häcker*, Testamentsformen in England – unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung, in: *Mathias Schmoeckel/Gerhard Otte* (Hrsg.), Europäische Testamentsformen, 2011, S. 105–135 (114).

8 *Reinhard Zimmermann*, Heres Fiduciarius? Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: *Richard Helmholz/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective, 1998, S. 267–304 (278–283); *Coing* (Fn. 2), S. 597 f.

9 *Jan Hallebeek*, Dispositions ad pias causas in Gratian's Decretum: Should the Portio Christi be Restricted to a Child's Share?, in: *Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Der Einfluss religiöser Vorstellungen auf die Entwicklung des Erbrechts, 2012, S. 79–102. Zu den Ursprüngen und zur Entwicklung *Reinhard Zimmermann*, "Cy-près", in: Iuris Professio, Festgabe für Max Kaser, 1986, S. 395–415 (402–406).

10 Deshalb auch etwa das Bestreben, undurchführbare oder fehlgeschlagene Verfügungen *ad pias causas* nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten und einer analogen Zweckbestimmung zuzuführen – dazu *Zimmermann*, Festgabe Kaser (Fn. 9), S. 395 – oder die Anerkennung von Verfügungen, die nicht auf einer höchstpersönlichen Willensentscheidung des Erblassers beruhten: *Decretales Gregorii IX*, Lib. III, Tit. XXVI, Cap. XIII (Innozenz III.); dazu *Gerhard Immel*, Die höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers, 1965, S. 84–86, 101–116. Für England vgl. den Überblick bei *Richard H. Helmholz*, Religion and Succession in the History of English Law, in: *Zimmermann* (Fn. 9), S. 102–117 (110–117).

Juristenzeitung 71, 321–332 DOI: 10.1628/002268816X14552004654669
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2016

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

nicht mehr sein vorrangiger Sinn und Hauptbestandteil. Überhaupt hat die Praxis des Testierens als solche keinen intrinsischen Bezug zur christlichen Religion, wie sich schon daraus ergibt, dass Testamente im heidnischen Rom nicht nur anerkannt, sondern von großer gesellschaftlicher Bedeutung waren:[11] das Testament erlebte eben im Hochmittelalter lediglich eine Renaissance. Das Zwei- oder Dreizeugentestament hat auf dem Kontinent als ordentliche Testamentsform ebenso ausgedient wie das eigenhändige Testament in England. Auch das Amt des Testamentsvollstreckers hat heute jede religiöse Konnotation eingebüßt; und die Unterschiede in seiner Bedeutung und Gestaltung in unseren modernen Rechtsordnungen[12] lassen sich nicht durch deren unterschiedliche religiöse Prägung erklären.

2. Die Rechtskulturthese

Im Mittelpunkt des Beitrags soll jedoch nicht Erbrechtsgeschichte, sondern Erbrechtsvergleichung stehen, wenngleich historisch informierte; und deshalb soll hier der Blickwinkel erweitert werden. Religion gehört zu den Elementen, die eine Kultur maßgeblich prägen oder doch prägen können,[13] und Kultur ist ein Begriff, der mit dem Erbrecht immer wieder in eine enge Verbindung gebracht wird. So gehört das Erbrecht etwa für Ernst A. Kramer zu den Materien, in denen „das Herzblut der Bevölkerung schlägt".[14] Nach Auffassung von Nina Dethloff ist das Erbrecht eine in besonderem Maße „kulturell wie religiös verwurzelte" Materie,[15] und auch für Antoni Vaquer sind die Regeln des Erbrechts fest verankert in den kulturellen Werten einer Gesellschaft.[16] Diese Stellungnahmen aus neuerer Zeit sind charakteristisch für eine weit verbreitete Sichtweise. Damit verbunden ist die Einschätzung, dass dem Erbrecht eine „Tendenz zur Bewahrung" eigentümlich sei[17] und dass es im internationalen Vergleich durch größere Differenzen geprägt sei als andere Rechtsbereiche.[18] Wenn deshalb Ole Lando gelegentlich pointiert darauf hingewiesen hat, das Vertragsrecht gehöre nicht zur Folklore,[19] dann scheint dies für das Erbrecht anders zu liegen. Seine Eigenheiten sind zu bewahren und zu schützen wie die Bräuche, Trachten oder Sagen eines Volkes, und jeder Versuch einer Rechtsvereinheitlichung muss damit als ein Akt des Vandalismus erscheinen. Doch nicht nur das: die kritisch-wertende Rechtsvergleichung, wie sie im Vertragsrecht gang und gäbe ist,[20] wäre im Erbrecht weder erfolgversprechend noch überhaupt möglich, sollten die Unterschiede der modernen Rechtsordnungen in der Tat auf kultureller Prägung oder Einbettung beruhen.[21] So erklärt sich, dass das Erbrecht in der rechtsvergleichenden Forschung bis vor kurzem die bescheidene Existenz eines vernachlässigten Stiefkindes geführt hat. Wenn sich dies heute zu ändern beginnt,[22] indem historisch-vergleichende Grundlagenarbeit in Angriff genommen[23] und vereinzelt sogar programmatisch eine Europäisierung oder sogar über Europa hinausreichende Harmonisierung für wünschenswert gehalten wird,[24] dann sollte damit auch die Frage der angeblichen kulturellen Prägung des Erbrechts neu gestellt und beantwortet werden. Darum geht es in diesem Beitrag.

3. Intestatsysteme und Testamentsformen im Überblick

Freilich kann hier nicht der gesamte, weite Bereich des Erbrechts neu vermessen werden. Im Vordergrund stehen vielmehr zwei, allerdings zentrale, Problemkomplexe: die Testamentsformen und die gesetzliche Erbfolgeordnung.[25] Beide

11 *Max Kaser*, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl. 1971, S. 678 („Das Testament … ist eine der bedeutendsten und fruchtbarsten Schöpfungen des römischen Rechts").

12 Dazu *Zimmermann*, Heres Fiduciarius? (Fn. 8), S. 286–304.

13 In diesem Sinne wird denn auch als ein Spezifikum der europäischen Kultur ihre christliche Prägung angegeben: dazu *Reinhard Zimmermann*, Römisches Recht und europäische Kultur, JZ 2007, 1–12 (1 f.); *Josef Isensee*, Christliches Erbe im organisierten Europa, JZ 2015, 745–754.

14 *Ernst A. Kramer*, Der Stil der schweizerischen Privatrechtskodifikation – ein Modell für Europa?, RabelsZ 72 (2008), 773–793 (788).

15 *Nina Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität: Perspektiven für die Forschung, ZEuP 15 (2007), 992–1005 (994). Auf soziokulturelle „and sometimes also religious factors" weist hin auch *Sjef van Erp*, New Developments in Succession Law, in: General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, 2007, 73–94 (74).

16 The Law of Succession, in: *Mauro Bussani/Franz Werro* (Hrsg.), European Private Law: A Handbook, Bd. I, 2009, S. 552–586 (557).

17 *Karl H. Neumayer*, Eigenartiges und Altertümliches aus dem vergleichenden Erbrecht, in: Mélanges Paul Piotet, 1990, S. 485–499 (485); *Anatol Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014, S. 4 („Beständigkeit erbrechtlicher Regelungen").

18 *Rembert Süß*, Das Erbrecht der Europäischen Union, in: *ders.* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, S. 285–302 (302); in der 3. Aufl. 2015 ist diese Passage nicht mehr enthalten. Vgl. demgegenüber *Neumayer* (Fn. 17), S. 486 (angesichts der Vielfalt der Gestaltungen im Detail überrasche „das Maß der Übereinstimmung in Grundfragen und in den großen Linien"); *Inge Kroppenberg*, Erbrecht, in: *Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (HWBEuP), 2009, S. 416–420 (418) („Die Ansätze sind vielgestaltig, dürften allerdings weniger Ausdruck grundlegend verschiedener … Überzeugungen im europäischen Kulturkreis sein. Eher handelt es sich um unterschiedliche Lösungsvarianten für dieselben zentralen Regelungsanliegen und grenzüberschreitenden gesellschaftlichen Herausforderungen, vor denen alle Erbrechtsordnungen stehen").

19 Vgl. etwa *Ole Lando*, Liberal, Social and „Ethical" Justice in European Contract Law, Common Market Law Review 43 (2006), 817–833 (825–826); most recently, see *Ole Lando*, Unification of Patrimonial Laws Governing International Trade, European Review of Private Law 24 (2016), in Vorbereitung.

20 *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 31–47.

21 Und nicht auf „zufälligen" Eigentümlichkeiten der nationalen Rechtsordnungen, deren Einebnung *Edouard Lambert* auf dem Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung im Jahre 1900 in Paris als zentrale Aufgabe wissenschaftlich begründeter Rechtsvergleichung bezeichnete: Procès-Verbaux des Séances et Documents, Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août, Bd. I, 1900, S. 25–60 (38).

22 Eine Übersicht über den Stand der Disziplin bietet *Marius J. de Waal*, Comparative Succession Law, in: *Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, 2008, S. 1071–1098; vgl. auch *Kenneth G. C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann*, Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative, 2007.

23 Monographisch zu den Funktionen des Erbrechts aus rechtsvergleichender und interdisziplinärer Perspektive *Dutta* (Fn. 17); eine ebenfalls vergleichend erarbeitete Soziologie des Erbrechts hat *Jens Beckert* vorgelegt: Unverdientes Vermögen, 2004. Zu den Testamentsformen und zur Intestaterbfolge vgl. die sogleich, Fn. 25, angegebenen Werke; zur Testierfreiheit vgl. neuerdings *Miriam Anderson/Esther Arroyo i Amayuelas* (Hrsg.), The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives, 2011, und *Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Freedom of Testation/Testierfreiheit, 2012; zum Pflichtteilsrecht *Anne Röthel* (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, und *Christoph Castelein/René Foqué/Alain Verbeke* (Hrsg.), Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society, 2009. Vgl. ferner die drei Kapitel (von geplanten neun) von Bd. V, Succession, der International Encyclopedia of Comparative Law (2002).

24 Vgl. etwa *Dieter Leipold*, Europa und das Erbrecht, in: Festschrift für Alfred Söllner, 2000, S. 647–668; *Walter Pintens*, Die Europäisierung des Erbrechts, ZEuP 9 (2001), 628–648; *Alain-Laurent Verbeke/Yves-Henri Leleu*, Harmonization of the Law of Succession in Europe, in: *Arthur S. Hartkamp/Martijn W. Hesselink/Ewoud H. Hondius/Chantal Mak/C. Edgar du Perron* (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 4. Aufl. 2011, S. 459–479; *Kroppenberg*, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 418; *De Waal* (Fn. 22), S. 1097; *Reinhard Zimmermann*, The Present State of European Private Law, American Journal of Comparative Law 57 (2009), 479–512 (508–510).

25 Dazu *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3); *Kenneth G.C. Reid/Marius J. de Waal/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Intestate Succession, 2015.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

Materien sind durch Unterschiede geprägt, die vielfach als tief verwurzelt angesehen werden.

Das gilt, was die gesetzliche Erbfolge betrifft, vor allem im Hinblick auf die Ordnung der (Bluts-)Verwandten.[26] Zu unterscheiden sind hier (bei vielen Varianten im Einzelnen) das französische System, das Dreiliniensystem und das Parentelsystem. Das französische und das Dreiliniensystem sind Fortentwicklungen der in den justinianischen Novellen 118 und 127, 1 niedergelegten Erbfolgeordnung.[27] Während in dem einen Fall eine klare Unterscheidung dreier „Linien" vorgenommen wird – der Nachlass steigt zunächst hinab (Deszendenten oder Abkömmlinge), dann herauf (Aszendenten oder Vorfahren) und bewegt sich schließlich zur Seite (Kollateral- oder Seitenverwandte): Eltern und Geschwister erben damit nie gleichzeitig –, erben im anderen Fall zunächst die Deszendenten, dann Eltern und Geschwister, gegebenenfalls Geschwisterkinder (= privilegierte Aszendenten und Seitenverwandte nebeneinander), dann gewöhnliche Aszendenten, und schließlich gewöhnliche Seitenverwandte. Das Dreiliniensystem gilt in Spanien, Portugal und Lateinamerika, das französische System prägt nicht nur das französische Recht (auch nach den Reformen von 2001 und 2006), sondern ebenso das italienische Recht und das niederländische Recht von 1838. Demgegenüber sind nach dem Parentelsystem die Deszendenten Erben erster Ordnung, die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge Erben zweiter Ordnung, die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge Erben dritter Ordnung (mitunter gibt es nach demselben Modell auch noch Erben weiterer Ordnungen): so, jedenfalls im Prinzip, in Österreich, Deutschland, den nordischen Staaten und Südafrika, in abgeschwächter Form auch in den Niederlanden (2003), Schottland, England, Australien und weiten Teilen der USA.

Eine besonders heikle Herausforderung für den Gesetzgeber ist die Koordination des Erbrechts des überlebenden Ehegatten mit demjenigen der Blutsverwandten des Erblassers, vor allem mit dessen Deszendenten.[28] Während ihm vielfach ein bestimmter Anteil am Nachlass gewährt wird (etwa: ein Viertel, ein Drittel, die Hälfte oder auch ein Kindesteil), erhält er anderenorts eine Art Vorausvermächtnis in Form einer fixen Geldsumme sowie die Familienwohnung, bisweilen aber auch den gesamten Nachlass.[29]

Was die Testamentsformen betrifft, so finden sich, wiederum mit vielfältigen Variationen, drei Grundtypen: das Zeugentestament, das notarielle Testament und das eigenhändige (= holographische) Testament.[30]

Im Folgenden sollen für diese Problemkomplexe unter einer Vielzahl unterschiedlicher Aspekte Zweifel an der These von der kulturellen Prägung des Erbrechts gesät werden.[31] Hervorzuheben ist freilich, dass es in diesem Beitrag ausschließlich um die westlichen bzw. westlich geprägten Rechtsordnungen geht. Für einen Vergleich mit den Rechten der islamischen Staaten bieten zwei Beiträge von Nadjma Yassari einen geeigneten Ausgangspunkt.[32]

II. Die Kulturthese infrage gestellt: Zwölf Beobachtungen

1. Rechtskreise

Herkömmlich werden die modernen Rechtsordnungen in relativ wenige größere Gruppen unterteilt: Rechtskreise, die nach einer Reihe von stilprägenden Elementen bestimmt zu werden pflegen.[33] Der Stil eines Rechtskreises kann dabei gleichzeitig als Ausdruck und konstituierender Bestandteil einer bestimmten Rechtskultur verstanden werden. Die Rechtskreislehre sollte sich also gerade im Erbrecht bewähren. Die Testamentsformen bieten jedoch ein anschauliches Gegenbeispiel. Bei oberflächlicher, d. h. nur auf das gegenwärtige Recht bezogener, Betrachtung scheint sich in der Tat eine Kluft aufzutun zwischen dem *common law* und den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Denn seit dem *Wills Act* von 1837 gilt das englische Recht und gelten die von diesem beeinflussten Rechtsordnungen (Australien und Neuseeland, USA, Südafrika, aber nicht Schottland) als Hochburg des Zeugentestaments.[34] Doch war, wie bereits erwähnt, vor Erlass des *Wills Act*, durch den Einfluss der kirchlichen Gerichtsbarkeit in England das handschriftliche Testament anerkannt gewesen.[35] In mehr als der Hälfte der US-amerikanischen Bundesstaaten kann auch heute wieder neben dem Zeugentestament ein eigenhändiges Testament errichtet werden.[36] Umgekehrt war das Zeugentestament seit dem Mittelalter das einzige ordentliche Privattestament des *ius commune*;[37] in Deutschland wurde es erst mit Inkrafttreten des BGB durch das handschriftliche Testament abgelöst und als Nottestament marginalisiert.[38] Als ordentliche Testamentsform überlebt das Zeugentestament in Österreich,[39] als einziges (aber wenig gebräuchliches) ordentliches Privattestament in Brasilien.[40]

26 Dazu näher *Reinhard Zimmermann*, Das Verwandtenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 79 (2015), 768–821; *Reid/De Waal/Zimmermann*, Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in: *dies.* (Fn. 25), S. 442–512 (449–477).

27 Dazu *Thomas Rüfner*, Intestate Succession in Roman Law, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 26–29.

28 Gelegentlich wird dies sogar als eines der schwierigsten Regelungsprobleme des Erbrechts bezeichnet: *Helmut Coing*, Empfiehlt es sich, das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, Bd. I, 1972, A 1 – A 57 (A 38); *Inge Kroppenberg*, Erbfolge, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 409–413 (412).

29 Dazu näher *Reinhard Zimmermann*, Das Ehegattenerbrecht in historisch-vergleichender Perspektive, RabelsZ 80 (2016), 39–92; *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 489–503.

30 Dazu näher *Reinhard Zimmermann*, Testamentsformen: „Willkür" oder Ausdruck einer Rechtskultur?, RabelsZ 76 (2012), 473–508; *Reid/De Waal/Zimmermann*, Testamentary Formalities in Historical and Comparative Perspective, in: *dies.* (Fn. 3), S. 432–471.

31 Der vorliegende Beitrag beruht im Wesentlichen auf den drei in Fn. 26, 29 und 30 angegebenen und in RabelsZ veröffentlichten Aufsätzen sowie auf den beiden in Fn. 25 angegebenen Büchern. Er untersucht das dort präsentierte Material im Hinblick auf die Rechtskulturthese.

32 *Nadjma Yassari*, Testamentary Formalities in Islamic Law and their Reception in the Modern Laws of Islamic Countries, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 282–304; Intestate Succession in Islamic Countries, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 421–441.

33 *Zweigert/Kötz* (Fn. 20), S. 62–313; *Hein Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 6 (1998), 493–505; *H. Patrick Glenn*, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 22), S. 421–440; *Hein Kötz*, Rechtskreislehre, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 1253–1255.

34 Dazu die Beiträge von *Roger Kerridge, Nicola Peart, Ronald J. Scalise, Marius J. de Waal* und *Kenneth G.C. Reid*, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 305–328, 329–356, 357–380, 381–403 und 404–431.

35 Oben, Text zu Fn. 7.

36 *Scalise*, Testamentary Formalities in the United States of America, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 357–380 (370–373).

37 Es handelte sich dabei um das justinianische *testamentum tripertitum* (Inst. 2, 10, 3), das mündlich (*testamentum nuncupativum*) oder schriftlich (*in scriptis*) errichtet werden konnte; vgl. *Coing* (Fn. 2), S. 568 f.; *Jansen* (Fn. 3), S. 27–50 (37–39).

38 *Reinhard Zimmermann*, Testamentary Formalities in Germany, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 175–220 (176–187).

39 Art. 579 ABGB; dazu *Christiane Wendehorst*, Testamentary Formalities in Austria, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 221–253 (225 f., 240–245).

40 *Jan Peter Schmidt*, Testamentary Formalities in Latin America with particular reference to Brasil, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 96–119 (106–108).

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

Die Grenzlinien der Rechtskreislehre verschwimmen noch stärker bei einem Blick auf die Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen und kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsordnungen des *civil law*. In Paraguay, Panama und Peru ist das eigenhändige Testament anerkannt, in Uruguay, Kolumbien und Bolivien dagegen nicht.[41] Auf unterschiedlicher kultureller Prägung dürfte dieser Unterschied nicht beruhen. Spanien kennt das eigenhändige Testament, Portugal nicht;[42] dennoch werden beide Rechtsordnungen zu demselben Rechtskreis gerechnet.[43] Deutschland kennt mit dem handschriftlichen und dem notariellen Testament seit Einführung des BGB zwei ordentliche Testamentsformen,[44] während die Testamentserrichtung in den Niederlanden stets die Beteiligung eines Notars erfordert.[45] Kurioserweise wurde das eigenhändige Testament vom BGB-Gesetzgeber im Jahre 1900 *eingeführt*,[46] während es vom niederländischen Gesetzgeber 1838 *abgeschafft* (und auch 2003 nicht wieder eingeführt) wurde.[47] Eine kulturelle Pfadabhängigkeit spiegeln diese Entscheidungen nicht wider.[48]

Auch die Verbreitung der Intestaterbordnungen folgt nicht den Scheidelinien der Rechtskreislehre. Das Dreiliniensystem gilt in Spanien,[49] jedoch nicht in Italien;[50] die Niederlande folgen nicht (mehr) dem französischen System;[51] und das Parentelsystem gilt außer in Österreich und Deutschland[52] auch etwa in den nordischen Staaten.[53]

2. Rechtsrezeptionen

Mit dem soeben Gesagten verbunden ist ein zweiter Punkt: das Phänomen weitreichender Rechtsrezeption.[54] Das eigenhändige Testament war zwar im nachklassischen römischen Recht bereits für kurze Zeit anerkannt gewesen,[55] tauchte dann aber erst in den nordfranzösischen *Coutumes* des 16. Jahrhunderts wieder auf.[56] Über die *Ordonnances* des 17. und 18. Jahrhunderts fand es seinen Weg in den *Code civil*[57] und damit auch in die vom französischen Recht geprägten Teile Deutschlands.[58] Doch als es gegen Ende des 19. Jahrhunderts um die Einführung des eigenhändigen Testaments im BGB ging,[59] überwog zunächst eine ablehnende Haltung: auch wenn, wie Gottfried von Schmitt als zuständiger Redaktor mit leiser Skepsis vermutete, gelegentlich behauptet werde, „daß bei den Fortschritten, welche die Volksbildung im Allgemeinen gemacht habe, [vom eigenhändigen Testament] auf breiter Grundlage Gebrauch gemacht werden könnte."[60] Erst in der sogenannten XII. Kommission des Reichstages kam es dann 1896, unter Anführung der Abgeordneten aus Baden und Bayern, zu dem entscheidenden Meinungsumschwung.[61]

Im Plenum des Reichstages führte die mit 12:8 Stimmen beschlossene Empfehlung, das eigenhändige Testament einzuführen, zu einer ausgedehnten, mit kulturkämpferischem Pathos gewürzten Debatte:[62] Während im ganzen rheinischen Rechtsgebiet ein wahrer Jubel über die Entscheidung der XII. Kommission ausgebrochen sei,[63] habe in Norddeutschland bei allen Schichten und Klassen der Bevölkerung das größte Bedauern geherrscht.[64] Kuriose kulturelle Klischees wurden bemüht: So möge ja richtig sein, dass der Rheinländer oder Elsass-Lothringer dahin inkliniere, zur rechten Zeit sein Testament zu machen; doch wer die norddeutsche Bevölkerung kenne, werde wissen, dass sie überhaupt sehr schwer zugänglich sei für eine Testamentserrichtung, vielleicht, weil dort der Glaube herrsche, dass, wenn nur einmal ein Testament errichtet sei, alsbald ein Todesfall in der Familie des Testators eintrete.[65]

Aus heutiger Sicht wirkt all dies einigermaßen skurril. Wer weiß überhaupt noch, dass das eigenhändige Testament ein Import aus Frankreich ist? Die Möglichkeit, „im stillen Kämmerlein" und ohne Beiziehung von Zeugen oder einer Urkundsperson letztwillig zu verfügen, wird heute als selbstverständlich akzeptiert; und wenn die Einführung des eigenhändigen Testaments zunächst keine Erfolgsgeschichte war,[66] so lag das daran, dass aus übergroßer Vorsicht die Anforderungen an die Eigenhändigkeit überspannt worden waren. Die nach einer schier endlosen Reihe von Rechtsstreitigkeiten überfällige Korrektur erfolgte durch das Testamentsgesetz von 1938.[67]

41 Vgl. *Schmidt* (Fn. 40), 110; *Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe*, Das eigenhändige Testament in Europa und Lateinamerika: eine riskante oder sichere Testamentsform?, in: *Mathias Schmoeckel* (Hrsg.), Das holographische Testament, 2015, S. 88–155 (128–141).

42 Zu Portugal vgl. *Schmidt* (Fn. 40), S. 108; zu Spanien *Sergio Cámara Lapuente*, Testamentary Formalities in Spain, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 71–95 (83–85).

43 *Zweigert/Kötz* (Fn. 20), S. 105–107.

44 § 2231 BGB; dazu *Zimmermann* (Fn. 38), S. 197–212.

45 Das gilt sowohl für das „openbaar testament" als auch für das „depottestament"; dazu *Wilbert D. Kolkman*, Testamentary Formalities in the Netherlands, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 142–174 (147–156).

46 Dazu sogleich, Text zu Fn. 59 ff.

47 Dazu *Kolkman* (Fn. 45), 153 f. („There were intense discussions in parliamentary circles about this deviation from the provisions of the Code civil …").

48 Überblick über die Verbreitung des eigenhändigen Testaments bei *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 30), S. 437–444; *Prinz von Sachsen Gessaphe* (Fn. 41), S. 99–141.

49 Dazu *Sergio Cámara Lapuente*, Intestate Succession in Spain, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 96–117.

50 Dazu *Alexandra Braun*, Intestate Succession in Italy, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 67–95.

51 Dazu *Wilbert D. Kolkman*, Intestate Succession in the Netherlands, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 224–247 (229 f.).

52 Dazu *Christiane Wendehorst*, Intestate Succession in Austria; und *Reinhard Zimmermann*, Intestate Succession in Germany, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 159–180 und S. 181–223.

53 Dazu *Jens M. Scherpe*, Intestate Succession in the Nordic Countries, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 307–322.

54 Dazu allgemein *Michele Graziadei*, Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 22), S. 441–475; *Gebhard Rehm*, Rezeption, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 1299–1304.

55 *Novellae Valentiniani* 21, 1; dazu *Monika Beutgen*, Die Geschichte der Form des eigenhändigen Testaments, 1992, S. 11–16; *Thomas Rüfner*, Testamentary Formalities in Roman Law, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 1–26 (19).

56 *Beutgen* (Fn. 55), S. 39–47; *Coing* (Fn. 2), S. 572; *Olivier Descamps*, Les formes testamentaires de l'époche médiévale jusqu'à la période présente en France, in: *Schmoeckel/Otte* (Fn. 7), S. 47–82 (52–57).

57 *Beutgen* (Fn. 55), S. 39–47; *Descamps* (Fn. 56), S. 60–68, 70–71.

58 *Eike Götz Hosemann*, Von den Bedenken gegen das Testieren „im stillen Kämmerlein": Die Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland, dargestellt aus Anlass des 200. Geburtstags des Badischen Landrechts, Rheinische Notar-Zeitschrift 2010, 520–529.

59 Zum Folgenden *Zimmermann* (Fn. 38), S. 182–187.

60 *Gottfried (von) Schmitt*, Entwurf des Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich, 1879, nachgedruckt in: *Werner Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Erbrecht I, 1984, S. 519.

61 Bericht der XII. Kommission, in: *Benno Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. V, 1899, S. 878–891 (886–888).

62 Zweite Berathung im Plenum des Reichstages, in: *Mudgan* (Fn. 61), S. 891–905.

63 *von Cuny*, in: Berathung (Fn. 62), S. 898.

64 *Görtz*, in: Berathung (Fn. 62), S. 901; vgl. auch etwa *von Buchka*, in: Berathung (Fn. 62), S. 894 („schweres Unglück").

65 *Görtz*, in: Berathung (Fn. 62), S. 901.

66 Dazu im Einzelnen *Fritz von Hippel*, Formalismus und Rechtsdogmatik, 1935; im Überblick *Zimmermann* (Fn. 38), S. 187–192.

67 Dazu *Zimmermann* (Fn. 38), S. 193–197. Zum heutigen Rechtszustand *Zimmermann* (Fn. 38), S. 197–205; *Anne Röthel*, Form und Privatautonomie: Blicke auf das eigenhändige Testament, in: *Schmoeckel* (Fn. 41), S. 33–59 (36–42).

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

3. Rechtsvereinheitlichung

Die Geschichte der Einführung des eigenhändigen Testaments als einzigem ordentlichen Privattestament lässt sich im Übrigen auch als Erfolgsgeschichte einer Rechtsvereinheitlichung im Erbrecht erzählen. Das ist bemerkenswert angesichts des von Gottfried von Schmitt konstatierten „Zuges im deutschen Volkscharakter, welcher zur Mannigfaltigkeit eigenartiger Formen neigt", wie auch des Umstandes, „dass fast alle denkbaren Formen in den einzelnen Reichsgebieten wirklich vertreten sind".[68] Zwar sei gerade bei der Vornahme eines äußeren Aktes wie der Testamentserrichtung eine gewisse Gewöhnung im Volk entstanden, auf die Rücksicht zu nehmen sei. „Indessen haben Rücksichten dieser Art", so von Schmitt pragmatisch, „doch gewisse Grenzen in den sachlichen Bedürfnissen."[69]

Eine nicht minder eindrucksvolle Rechtsvereinheitlichung gelang dem BGB mit der Einführung des Parentelsystems bei der Verwandtenerbfolge.[70] Die entscheidende Weichenstellung findet sich bereits in von Schmitts Vorentwurf; in den weiteren Beratungen wurde sie nicht mehr infrage gestellt. „Jedes deutsche Land und Ländchen hat seine eigene und eigenthümliche Sukzessionsordnung":[71] mit diesen Worten hatte von Schmitt den Rechtszustand vor 1900 zusammengefasst, um dazu sehr nüchtern festzustellen, dass diese Verschiedenheit „auf der Macht einer gedankenlos fortgeschleppten Gewohnheit und ererbter Ueberlieferung" beruhe und keine realen Grundlagen im Rechtsbewusstsein oder in der „Art des Volkslebens" (also der Kultur) finde.[72] Wenn von Schmitt sich schließlich, aufgrund einer bewundernswert umfassenden Analyse der Vor- und Nachteile der zeitgenössischen Intestaterbordnungen, 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 Gebieten des deutschen Reiches in Geltung gewesen.[73] 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 bei. Der Sache nach handelt es sich freilich um eine Übernahme österreichischen Rechts, hatte es doch dort die Intestaterbfolge seit etwa einem Jahrhundert bestimmt, und zwar in vollkommen zufriedenstellender Art und Weise.[74] Insofern finden wir auch hier ein bemerkenswertes Beispiel von Rechtsrezeption.

4. Rechtsänderungen

Wie auch die anderen großen europäischen Kodifikationen trägt das BGB Züge eines *Restatement*.[75] Es enthielt und konsolidierte „die Rechtsarbeit der Jahrhunderte"[76] und war Teil einer in starkem Maße durch Rechtswissenschaft geprägten Tradition. Für die testamentarischen Formvorschriften und die Intestaterbfolgeordnung gilt das nicht. Vielmehr handelte es sich hierbei um (für Deutschland) neues Recht, das eine erhebliche Umgewöhnung erforderte. Zusammenhängen könnte dies damit, dass die Historische Schule diese Materien (in auffälligem Gegensatz zur heute verbreiteten Rechtskulturthese) als Gegenstand gesetzgeberischer Willkür betrachtete, die sich für eine „organisch fortschreitende Rechtswissenschaft" schlecht eignen.[77] Ob ein Testament von drei, fünf oder sieben Personen bezeugt werden muss oder eigenhändig abgefasst werden kann, und ob der überlebende Ehegatte des Erblassers neben Abkömmlingen ein Viertel, ein Drittel oder einen Kindesteil und zudem einen Voraus erhalten soll: das sind Fragen, die sich nicht mit dem Instrumentarium rechtswissenschaftlicher Dogmatik klären lassen. Das Erbrecht erwies sich im Jahre 1900 in diesen Punkten als weniger statisch als vielfach insinuiert wird.[78]

Auffällig ist aber auch im Übrigen die relative Häufigkeit von Erbrechtsreformen: sei es im Rahmen einer Neukodifikation des gesamten Privatrechts (Italien 1942, Portugal 1966) oder des Erbrechts (Frankreich 2001/2006, Niederlande 2003, in Katalonien 1993 und dann noch einmal 2009; für Österreich wurde nunmehr ein umfassender Reformentwurf verabschiedet[79]), sei es durch Einzelmaßnahmen. In Deutschland gab es, was die Testamentsformen betrifft, 1938 und 1969 eingreifende Reformen sowie 1953 und 2002 weniger eingreifende;[80] in Österreich wurden die einschlägigen Vorschriften im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts immerhin fünfmal geändert, das letzte Mal (2004) in vergleichsweise weitreichendem Umfang.[81] Das Ehegattenerbrecht wurde in Frankreich 1891, 1930, 1957/58 und 2001/2006 reformiert, in Österreich 1914, 1972, 1989 und 2004, in England 1925, 1952 und 2014, und in Norwegen 1851, 1854, 1937 und 1972.[82]

Vergleichsweise sehr stabil sind demgegenüber nur die Regeln über das Verwandtenerbrecht geblieben. Hier haben im Verlauf des 20. Jahrhunderts nur die Niederlande einen Systemwechsel vollzogen (vom „französischen" System zu einem modifizierten Parentelsystem).[83] Reformen in anderen Ländern, die es durchaus gegeben hat (Frankreich, Italien), waren weniger tiefgreifend und haben sich auf Korrekturen innerhalb des einmal etablierten Systems beschränkt. Die Rede vom „statischen" und in änderungsresistenter Weise tief verwurzelten Erbrecht ist also jedenfalls überzogen.

5. Rechtsordnungsübergreifende Konstanten

Interessant ist auch das Phänomen rechtskreisübergreifender Konstanten. So stimmen die Rechtsordnungen der westlichen Welt darin überein, dass es sowohl eine gewillkürte als auch eine gesetzliche Erbfolge gibt, dass die Regeln über die gesetzliche Erbfolge nur dann eingreifen, wenn der Erblasser nicht anders disponiert hat, und dass diese Regeln auf dem Grundsatz der Familienerbfolge beruhen. Aufgabe des

---

68 *von Schmitt* (Fn. 60), S. 516.
69 *von Schmitt* (Fn. 60), S. 690.
70 Dazu *Zimmermann* (Fn. 52), S. 184–190.
71 *von Schmitt* (Fn. 60), S. 690.
72 *von Schmitt* (Fn. 60), S. 690.
73 In einigen kleinen Gebieten „im höchsten Norden und im tiefsten Süden" (Schleswig und Bayern, soweit dort noch das österreichische Erbfolgepatent von 1786 in Geltung war): *von Schmitt* (Fn. 60), S. 691.
74 Dazu *Wendehorst* (Fn. 52), S. 163–165.
75 Näher *Reinhard Zimmermann*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts, in: *Mathias Schmoeckel/Joachim Rückert/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I, 2003, Rdz. 20. Für den *Code civil* und das ABGB vgl. *James Gordley*, Myths of the French Civil Code, American Journal of Comparative Law 42 (1994), 459–505 (460–483); *Georg E. Kodek*, 200 Jahre Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – das ABGB im Wandel der Zeit, Österreichische Juristenzeitung 2011, 490–498.
76 *Bernhard Windscheid*, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft (1878), in: *Paul Oertmann* (Hrsg.), Gesammelte Reden und Abhandlungen, 1904, S. 66–80 (75).
77 Dazu die Nachweise in RabelsZ 76 (2012), 505–507.
78 Oben Fn. 17; vgl. ferner *Dieter Leipold*, Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?, AcP 180 (1980), 160–237 (211); *Sebastian Herrler*, Testament, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 1472–1477 (1473).
79 Der österreichische Nationalrat hat das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 am 7. 7. 2015 beschlossen. (Inkrafttreten teilweise am 17. 8. 2015, im Wesentlichen aber erst am 1. 1. 2017).
80 Dazu *Zimmermann* (Fn. 38), S. 193–211.
81 Einzelheiten bei *Wendehorst* (Fn. 39), S. 235–237.
82 Überblick in RabelsZ 80 (2016), 82 f.
83 Vgl. oben Fn. 51.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

Gesetzgebers ist es mithin, die Reihenfolge zu bestimmen, in der die Familienmitglieder des Erblassers zum Zuge kommen. Dabei taucht zur Rechtfertigung bestimmter Lösungen, wie auch des Grundsatzes der Familienerbfolge überhaupt, immer wieder das Argument vom mutmaßlichen Willen eines typischen Erblassers auf.[84] Dieser Gedanke geht auf das frühneuzeitliche Naturrecht zurück. So heißt es etwa bei Hugo Grotius: „Successio ab intestato quae dicitur, posito dominio, remota omni lege civili, ex coniectura voluntatis naturam habet originem".[85]

Die Übereinstimmungen gehen aber über diese Grundlagen hinaus. So ist so gut wie überall anerkannt, dass der Nachlass in erster Linie an die Abkömmlinge des Erblassers zu gehen hat.[86] Die Glosse bezog sich in diesem Zusammenhang auf den Brief des Paulus an die Galater 4,7, wo es heißt: „Also ist nun hier kein Knecht mehr, sondern eitel Kinder. Sinds aber Kinder, so sinds auch Erben Gottes durch Christum".[87] Für Joachim Georg Darjes folgte dieses Ergebnis daraus, dass Eltern „per naturam obligati sunt, ut filios filiasque maxime amant".[88] Allgemeiner Anerkennung erfreut sich auch der Grundsatz, dass Kinder zwar *per capita*, gleichzeitig aber 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 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; oder sogar mit Enkeln eines Geschwisters, sofern das Geschwister und dessen Kinder nicht erben.[89]

6. Rechtsordnungsübergreifende Entwicklungstendenzen

a) Im Allgemeinen

Neben solchen rechtsordnungsübergreifenden Konstanten stehen Entwicklungstendenzen, die sich nicht auf eine Rechtsordnung oder einen Rechtskreis beschränken, sondern die ebenfalls übergreifender oder durchlaufender Natur sind. Zu denken ist hier etwa an die Liberalisierung der Formvorschriften, die sich in vielen verschiedenen Punkten zeigt.[90] So ist das zusätzliche Zeugenerfordernis bei notariellen Testamenten 1938 in Deutschland,[91] 1991 in Spanien[92] und 2003 in den Niederlanden[93] abgeschafft worden. Die Erfordernisse der Eigenhändigkeit und Unterschrift beim eigenhändigen Testament sind im Laufe der Zeit in mehr und mehr Jurisdiktionen zunehmend großzügiger interpretiert worden.[94] In manchen Rechtsordnungen (Italien, Niederlande) macht die Nichteinhaltung bestimmter Förmlichkeiten das Testament nicht mehr nichtig, sondern nur noch anfechtbar.[95] Doch auch andere Wege werden beschritten, das Ergebnis der Formunwirksamkeit letztwilliger Verfügungen einzuschränken.[96] Besonders bemerkenswert ist eine Entwicklung, die die USA, Australien, Neuseeland und Südafrika (nicht aber das englische Recht) erfasst hat: Die Gerichte sind unter bestimmten, nicht überall einheitlich definierten Umständen vom Gesetzgeber ermächtigt worden, ein Testament trotz Nichteinhaltung bestimmter Formvorschriften als wirksam anzusehen („condonation", „dispensing power", „harmless error rule").[97]

Eine übergreifende Tendenz, die das Intestaterbrecht betrifft, ist die Begrenzung der Familienerbfolge im Hinblick auf Seitenverwandte. Solche Begrenzungen, die im Gegensatz zum justinianischen Recht standen,[98] hatte schon eine Reihe der klassischen Kodifikationen anerkannt, und im Laufe der Zeit wurden sie zunehmend verschärft:

In Frankreich und in den Niederlanden vom 12. Grad auf den 6. Grad,[99] in Italien vom 10. Grad auf den 6. Grad,[100] und in Spanien vom 6. auf den 4. Grad.[101] Die lateinamerikanischen Kodifikationen fixieren vielfach den 4., maximal jedoch den 6. Grad als Grenze.[102] Das österreichische Recht, das ursprünglich alle Verwandten bis zur 6. Parentel erfasst hatte, berücksichtigt heute nur noch die ersten drei Parentelen

84 Näher dazu *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 445–448; vgl. auch etwa *Braun* (Fn. 50), S. 68–71.

85 *Hugo Grotius*, De iure belli ac pacis libri tres, fotomechanischer Neudruck der Ausgabe Leiden 1939, 1993, Lib. II, Cap. VII, III. Bei *Christian Wolff*, Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Halae Magdeburgicae, 1747, Pars VII, Cap. V (§ 1031 und § 1032) heisst es: „[S]uccessio ab intestato nititur praesumta defuncti voluntate, seu qui ab intestato haeres est, ex praesumta defuncti voluntate succedit" sowie „Successio ab intestato est ex testamento veluti tacito successio".

86 Aus der Perspektive des Naturrechts dazu *Samuel Pufendorf*, De jure naturae et gentium, Francofurti ad Moenum, 1694, Lib. IV, Cap. XI, § 3: „In successionibus igitur ex intestato et ipsa duce ratione, et consensu omnium, quas novimus, gentium liberi praeferuntur reliquis etiam ipsis parentibus."

87 Glosse *Parentibus* zu Authenticorum Collatio IX, Tit. I, Cap. I, in: Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii, Lugduni, 1627, Bd. V, Sp. 515.

88 *Joachim Georg Darjes*, Institutiones Iurisprudentiae Universalis, 3. Aufl., Ienae, 1748, § 644.

89 So bereits das justinianische Recht in Novelle 118, 1; dazu im Detail *Christian Friedrich Glück*, Hermeneutisch-systematische Erläuterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundlagen des ältern und neuern Römischen Rechts, Erlangen, 1803, §§ 94–111.

90 Dazu *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 30), S. 462–468.

91 *Zimmermann* (Fn. 38), S. 207 f.

92 *Cámara Lapuente* (Fn. 42), S. 87 f.

93 *Kolkman* (Fn. 45), S. 168–170.

94 Zur Entwicklung in Deutschland *Zimmermann* (Fn. 38), S. 197–205.

95 *Alexandra Braun*, Testamentary Formalities in Italy, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 120–141 (128, 138); *Kolkman* (Fn. 45), S. 170.

96 Über eine dem *estoppel* verwandte Doktrin berichten für Italien *Braun* (Fn. 95), S. 139 und für Österreich *Wendehorst* (Fn. 39), S. 251. Zur Konversion vgl. in diesem Zusammenhang etwa *Walter Pintens*, Testamentary Formalities in France and Belgium, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 50–70 (56); *Braun* (Fn. 95), S. 139; *Wendehorst* (Fn. 39), S. 251; *Zimmermann* (Fn. 38), S. 177.

97 Dazu im Einzelnen *Nicola Peart*, Testamentary Formalities in Australia and New Zealand, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 329–356 (349–355); *Scalise* (Fn. 36), S. 374–376; *Marius J. de Waal*, Testamentary Formalities in South Africa, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 3), S. 381–403 (395–400); vgl. ferner *Marius J. de Waal*, A court's power to condone non-compliance with testamentary formalities (the „dispensing power"): the South African and Australian experiences, in: Confronting the Frontiers of Family and Succession Law – Liber Amicorum Walter Pintens, Bd. I, 2012, S. 417–436.

98 Justinians Novellen 118 und 127, 1 hatten keine Begrenzung genannt; damit wurden offenbar also auch Seitenverwandte der vierten Klasse *in infinitum* berücksichtigt; so, aus heutiger Sicht, *Rüfner* (Fn. 27), S. 27. In einer auf die Glossatoren zurückreichenden Tradition wurde demgegenüber die Ansicht vertreten, dass lediglich Seitenverwandte bis zum zehnten Grad erben können sollten: Glosse *Cognatos* zu Novelle 118, 3, in: Corpus Juris Civilis cum commentariis Accursii (Fn. 87), Bd. V, Sp. 518; *Rüfner* (Fn. 27), S. 30. Zur Kontroverse vgl. etwa *Glück* (Fn. 89), § 133 (S. 429); *Johannes Voet*, Commentarius ad Pandectas, Parisiis, 1829, Anhang zu Lib. XXXVIII, Tit. XVII, XXII.

99 Für Frankreich Art. 755 *Code civil* (1804), heute Art. 745 *Code civil* (2001/2006); für die Niederlande Art. 908 BW (1838), heute Art. 4:12(3) BW (2003), wobei die letztere Vorschrift zudem Urgroßeltern (sowie weiterentfernte Vorfahren) ausschließt.

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

101 Art. 955 *Código civil* (1889); heute Art. 954 *Código civil*. Vgl. auch den rechtsvergleichenden Überblick bei *Karl Heinz Neumayer*, Intestate Succession, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. V/3: Succession (Hrsg. von *dems.*), Rdz. 49 und 58; *Dieter Henrich*, Familienerbfolge und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: *Dieter Henrich/Dieter Schwab* (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, 2001, S. 371 f.

102 *Jan Peter Schmidt*, Intestate Succession in Latin America, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 118–158 (135). Vgl. auch Art. 442–11 *Código civil* (Katalonien).

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

sowie die Urgroßeltern (aber nicht deren Abkömmlinge).[103] England und die nordischen Rechtsordnungen betrachten sogar Cousins und Cousinen als nicht nahe genug verwandt.[104] Deutschland,[105] Südafrika[106] und Schottland[107] sind mit ihrem nach wie vor aufrechterhaltenen Grundsatz der unbegrenzten Verwandtenerbfolge in rechtsvergleichender Perspektive heute mithin Außenseiter. In Deutschland hatte dies das Aufblühen eines Gewerbes von Erbensuchern zur Folge.[108]

Die Beseitigung der Diskriminierung von Kindern, die außerhalb einer bestehenden Ehe geboren werden, im Hinblick auf ihr Intestaterbrecht, ist eine rechtsordnungsübergreifende Geschichte, die in manchen Ländern erst in jüngster Zeit zu einem guten Ende geführt worden ist, vielfach in Umsetzung verfassungsrechtlicher oder menschenrechtlicher Vorgaben.[109] Ähnlich mühsam waren die im Einzelnen recht unterschiedlichen Wege, die zur erbrechtlichen Gleichstellung adoptierter Kinder mit natürlichen Kindern innerhalb der adoptierenden Familie führten; auch hier gelangten sie letztlich aber überall zu demselben Ziel.[110]

b) Der Aufstieg des überlebenden Ehegatten

Eine bemerkenswerte Entwicklung durchlief vor allem auch das Intestaterbrecht des überlebenden Ehegatten.[111] Das justinianische Recht berücksichtigte ihn nur in Ausnahmesituationen,[112] das mittelalterliche Gewohnheitsrecht vielfach überhaupt nicht, da es insoweit auf die nach dem Tod des Erstversterbenden erfolgende Auflösung der Gütergemeinschaft setzte.[113] Erst die christliche Lehre und später die Autoren des säkularen Naturrechts akzentuierten die besonders enge Verbindung der Ehegatten. „[C]oniuges sint unum quodammodo corpus et una anima“, heißt es bei David Mevius[114] unter Anspielung auf Matthäus 19, 5 („… und die zwei werden ein Fleisch sein“). Diese Verbindung begann sich schließlich auch in den Regeln des Intestaterbrechts widerzuspiegeln. Einen ersten Entwicklungsschub brachten die deutschsprachigen Kodifikationen des ausgehenden 18., des 19. und des frühen 20. Jahrhunderts.[115] Andere Rechtsordnungen waren konservativer. Das gilt etwa für das französische Recht,[116] das in diesem Punkt in Italien nicht rezipiert wurde.[117] Seit etwa der Mitte des 19. Jahrhunderts erfasste dann freilich eine Reformbewegung die europäischen Rechtsordnungen, zumeist in mehreren Wellen. Auch die von vornherein progressiveren Kodifikationen wurden in der Regel mehrfach reformiert.[118] Die groß angelegten Reformen in den Niederlanden und in Frankreich sowie das Inkrafttreten des *Inheritance and Trustee's Powers Act* 2014 in England[119] in jüngerer und jüngster Zeit zeigen, dass dieses Rechtsgebiet bislang nicht zur Ruhe gekommen ist.

Auffällig ist, dass der überlebende Ehegatte heute zunehmend Aszendenten und Seitenverwandte des Erblassers verdrängt;[120] insofern erscheinen heute gerade die deutschsprachigen Kodifikationen als vergleichsweise rückständig.[121] Die zentrale Koordinierungsaufgabe für das Recht betrifft, wie bereits erwähnt, den überlebenden Ehegatten und die Abkömmlinge des Erblassers. Bemerkenswert ist hier zum einen der verbreitete Wunsch, dem überlebenden Ehegatten das Verbleiben in der gewohnten Umgebung und im gewohnten Lebensstandard zu ermöglichen. Bemerkenswert ist zum zweiten, dass eine Koordinierung von Abkömmlingen und überlebendem Ehegatten dergestalt, wonach diese das Eigentum und jener einen Nießbrauch am gesamten Nachlass oder an Teilen davon erhält, sich international auf dem Rückzug befindet.[122] Und schließlich fällt auf, dass eine Reihe neuerer Gesetze Lösungen favorisieren, wonach der überlebende Ehegatte kleine und mittlere oder sogar große Nachlässe zur Gänze erhält.[123] England bietet ein Beispiel für die eine,[124] die Niederlande bieten ein Beispiel für die andere Variante.[125] Bei allen Unterschieden, die nach wie vor in der Ausgestaltung des Ehegattenerbrechts bestehen, hat doch der Wunsch nach Besserstellung des überlebenden Ehegatten rechtsordnungsübergreifend eine prägende Wirkung entfaltet. Ein wesentlicher Grund liegt darin, dass angesichts der allgemeinen demographischen Entwicklung Abkömmlinge des Erblassers auf den Nachlass typischerweise nicht in demselben Maße angewiesen sind wie der überlebende Ehegatte, auf den zudem aufgrund der besseren medizinischen Standards im Alter deutlich höhere Kosten zukommen als früher.

7. Überlebte nationale Besonderheiten

Zu den häufig kritisierten Besonderheiten des deutschen Intestaterbrechts gehört, wie zuvor erwähnt,[126] die Idee der unbegrenzten Familienerbfolge. Dies galt jedenfalls bei manchen, die sich im Ergebnis auch durchsetzten, im Deutschland des späten 19. Jahrhunderts als eine Frage „von höchster prinzipieller Bedeutung“; denn jede Beschränkung sei ein

103 § 741 ABGB; *Wendehorst* (Fn. 52), S. 170.
104 Section 46(1)(v) *Adminstration of Estates Act* 1925; *Scherpe* (Fn. 53), S. 311.
105 § 1929 BGB. Dies war eine von zwei noch bei den Beratungen des BGB-Entwurfs im Reichstag kontrovers diskutierten Fragen: *Zimmermann* (Fn. 52), S. 192.
106 Section 1(1)(f) *Intestate Succession Act* 81 von 1987.
107 Section 2(1)(i) *Succession (Scotland) Act* 1964.
108 *Zimmermann* (Fn. 52), S. 194.
109 Näher dazu *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 481–484.
110 Näher dazu *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 484–486.
111 Dazu ausführlich RabelsZ 80 (2016), 39–82.
112 In Justinians groß angelegtem Reformgesetz von 543 AD (Novelle 118) kommt der überlebende Ehegatte ebenso wenig vor wie in dem Ergänzungsgesetz von 548 AD (Novelle 127, 1). Was das bedeutete, ist nicht ganz klar. Heute geht man davon aus, dass der zuvor bestehende Rechtszustand insoweit nicht geändert werden sollte: Justinian hatte sich nur eine rationalisierende Neuordnung der Verwandtenerbfolge zum Ziel gesetzt: *Coing* (Fn. 2), S. 602 f.; *Rüfner* (Fn. 27), S. 27. Damit kam der überlebende Ehegatte nur nachrangig gegenüber allen erbberechtigten Blutsverwandten des Erblassers zum Zuge. Kaiserliche Milde (*clementia*) hatte Justinian aber bereits 537 AD zur Einführung der sogenannten „Quart der armen Witwe“ bewogen (Novelle 53, 6 sowie später Novelle 117, 5); dazu *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, § 574, 1; *Ben Beinart*, The Forgotten Widow, Acta Juridica 1965/66, 285–325 (292); *Gabriele Heyse*, Mulier non debet abire nuda, 1994, S. 33–38; *Reinhard Zimmermann*, Die Erbfolge gegen das Testament im Römischen Recht, in: *Röthel* (Fn. 23), S. 97–117 (114 f.); *Rüfner* (Fn. 27), S. 28 f.
113 Dazu RabelsZ 80 (2016), 46 m. w. N.
114 Commentarii in Jus Lubecense, Francofurti et Lipsiae, 1700, Pars II, Tit. II, Art. XII, 19.
115 Vgl. etwa §§ 623–627 II 1 PrALR; §§ 757–759 ABGB (1811), §§ 2049–2053 sächsisches BGB; § 1931 BGB (1900); Art. 462 ZGB (1907/1912).
116 Art. 767–770 *Code civil* (1804).
117 Art. 754 f. *Codice civile* (1865).
118 Dazu näher RabelsZ 80 (2016), 49–59.
119 Dazu und zur Entwicklung *Roger Kerridge*, Intestate Succession in England and Wales, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 323–348 (335–340).
120 So insbesondere in den Niederlanden, England, Südafrika, Dänemark und Schweden.
121 Vgl. etwa § 757 ABGB; § 1931 (1) BGB; Art. 462 ZGB.
122 So auch *Walter Pintens*, Tendencies in European Succession Law, in: *Torstein Frantzen* (Hrsg.), Inheritance Law – Challenges and Reform: A Norwegian-German Research Seminar, 2013, S. 9–23 (11); sowie bereits *Neumayer*, in: IECL (Fn. 101), Rdz. 125; zur Entwicklung auch *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 497.
123 So auch *Inge Kroppenberg*, Erbfolge, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 409–413 (413); vgl. ferner der Überblick bei *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 489–503.
124 *Kerridge* (Fn. 119), S. 343–345.
125 *Kolkman* (Fn. 51), S. 241–246.
126 Siehe oben Fn. 105.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

„Schritt auf der abschüssigen Bahn", die zuletzt zur Abschaffung des Erbrechts, ja geradewegs in den Sozialismus, führe.[127] Zu einer solchen Abschaffung ist es nicht einmal während der beiden Diktaturen gekommen, die im Laufe des 20. Jahrhunderts auf deutschem Boden errichtet worden sind; und heute würde die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG derartigen Aspirationen im Wege stehen. Die Regelung des § 1929 BGB entbehrt einer rationalen Rechtfertigung.[128]

Dasselbe gilt für traditionelle Besonderheiten anderer Intestaterbordnungen, die dort aber inzwischen zurückgedrängt worden sind. So bestanden in England noch bis in das 20. Jahrhundert hinein unterschiedliche Regeln für die Vererbung von *realty* und *personalty* (in etwa der Unterscheidung zwischen Liegenschaften und beweglichem Vermögen entsprechend). Beseitigt wurde diese unterschiedliche Behandlung erst durch den *Administration of Estates Act* aus dem Jahre 1925.[129] Das französische Intestaterbrecht kennt demgegenüber die Institution der *fente successorale*. Danach kommt es, wenn den Erblasser weder Abkömmlinge noch Geschwister oder deren Abkömmlinge, sondern ein Elternteil überlebt, zu einer Lineartеilung des Nachlasses: die eine Hälfte fällt an den überlebenden Elternteil, die andere an überlebende Vorfahren des vorverstorbenen Elternteils.[130] Historisch wurde dies im Licht der Maxime *paterna paternis, materna maternis* als passend betrachtet: da vom Nachlassvermögen vermutet wurde, dass der Erblasser es zu gleichen Teilen von der väterlichen und von der mütterlichen Seite erhalten hatte, erschien es als unbillig, wenn es in seiner Gesamtheit an eine Seite fällt, je nachdem, welcher Elternteil vor dem Erblasser verstorben ist.[131] Plausibel ist dies freilich nur unter dem Aspekt des Familienbegriffs des *ancien régime*: es gibt ein von den Vorfahren ererbtes Familienvermögen, das möglichst ungeschmälert der Familie erhalten werden muss, und deshalb auch nicht in eine andere Familie übergehen sollte.

Eben darauf beruht auch die traditionelle Aversion des französischen Rechts gegenüber einem Intestaterbrecht des überlebenden Ehegatten, durch das jedenfalls ein Teil des Vermögens des Erblassers ja auch in (vom Standpunkt der Vorfahren des Erblassers betrachtet) familienfremde Hände geriete.[132] So war die Intestaterbfolge im *Code civil* ursprünglich von dem Gedanken der Blutsverwandtschaft dominiert: der überlebende Ehegatte wurde nur berücksichtigt, wenn der Verstorbene keine Deszendenten, Aszendenten und keine Seitenverwandten bis zum 12. Grad hinterlassen hatte; und selbst dann wurde er nur *héritier irrégulier*, hatte also keine *saisine*,[133] sondern bedurfte einer besonderen gerichtlichen Besitzeinweisung.[134] Was den überlebenden Ehegatten betrifft, so hat inzwischen über mehrere Reformschritte, die unter anderem auch die *fente successorale* betrafen und diese zu seinen Gunsten modifizierten, eine Annäherung an die in den deutschsprachigen Ländern üblichen Regelungsmuster stattgefunden.[135] Im Übrigen perpetuiert aber auch das 2001/2006 reformierte französische Erbrecht die *fente successorale*. Jedoch besteht der typische Nachlass heute nicht mehr aus einem in generationenübergreifender Tradition stehenden Familienvermögen, sondern aus einer mehr oder weniger bescheidenen, vielfach vom Erblasser selbst erworbenen Familienwohnung sowie Sparguthaben und Kapitalanlagen;[136] und familiäre Solidarität[137] ist vor allem aus der Perspektive des Erblassers von Belang. Diesem wird aber typischerweise sein überlebender Elternteil näherstehen als seine Groß- und Urgroßeltern auf der Seite des verstorbenen Elternteils. Die *fente successorale*, die weder in die italienische noch in die niederländische Kodifikation Eingang gefunden hat,[138] ist ein unzeitgemäßes Relikt vergangener Zeiten, ebenso wie es bis 1925 die Primogenitur beim Grundvermögen in England war;[139] und sie ist heute ebenso unplausibel wie die Idee, eine Begrenzung des Parentelsystems wäre ein Schritt in den Sozialismus.

8. Überlebte rechtsordnungsübergreifende Denkmuster

Es gibt nun freilich auch überlebte Denkmuster, die, da aus der gemeinrechtlichen Tradition stammend, ihre Spuren nicht nur in der einen oder anderen der kontinentaleuropäischen Kodifikationen hinterlassen haben, sondern kodifikationsübergreifend wirksam geworden sind. Ein besonders eindrucksvolles Beispiel bietet die Repräsentationslehre. Bei der bereits erwähnten Erbfolge nach Stämmen unter Deszendenten kann es dazu kommen, dass Kinder des Erblassers zusammen mit den Kindern eines vorverstorbenen Geschwisters, und dass damit also gradnähere zusammen mit gradferneren Verwandten des Erblassers erben.[140] Das erklärte man sich, unter Berufung auf ein literalistisches Verständnis der einschlägigen römischen Quellen,[141] damit, dass die Enkel anstelle, und damit also als Repräsentanten, ihres vorverstorbenen Elternteils zum Zuge kommen: sie werden als Verwandte zweiten Grades so behandelt als seien sie Verwandte ersten Grades.[142] Betrachtete man die Angelegenheit

127 Vgl. *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Erbrecht I, 2002, S. 99 (Reichstag, XII. Kommission); vgl. auch bereits *von Schmitt* (Fn. 60), S. 708 („Gerade endlich in einer Zeit, wo auch in Deutschland soziale Bestrebungen das Haupt erheben, welche kein deutsches Erzeugniß sind, ist gerathen, selbst den Schein einer Konzession zu meiden, die doch jenen Bestrebungen ungenügend, der grossen Mehrzahl des Volkes aber unverständlich oder widrig erschiene").

128 Eine Reform ist immer wieder gefordert, aber nie umgesetzt worden; vgl. etwa *Coing* (Fn. 28), A 37 – A 39; *Anne Röthel*, Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht?, (2007) Non Profit Law Yearbook, 189 – 208 (193 – 197).

129 Dazu *Kerridge* (Fn. 119), S. 323 – 329.

130 Art. 747 f. *Code civil*.

131 Näher dazu RabelsZ 79 (2015), 781 f., 801 – 803; vgl. auch *Cécile Pérès*, Intestate Succession in France, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 33 – 51 (40 f.). Zum historischen Hintergrund auch *Philippe Malaurie*, Les successions, les libéralités, 5. Aufl. 2013, Rdz. 67 – 70; *François Terré/Yves Lequette/Sophie Gaudemet*, Droit civil. Les successions, les libéralités, 2014, Rdz. 112; *Tobias Fröschle*, Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten, 1996, S. 16 f.

132 Vgl. etwa *Pérès* (Fn. 131), S. 46.

133 Dazu etwa *Malaurie* (Fn. 131), Rdz. 161 – 165; *Jean-Philippe Lévy/André Castaldo*, Histoire du droit civil, 2002, Rdz. 982 f.

134 Art. 767, 770 *Code civil* (1804). Vorrangig berücksichtigt wurde der überlebende Ehegatte mithin nur gegenüber dem Staat, dem er freilich in seiner Eigenschaft als bloßer *héritier irrégulier* gleichgestellt war: Art. 768, 770 *Code civil* (1804). Vgl. dazu *Terré/Lequette/Gaudemet* (Fn. 131), Rdz. 123: „Le conjoint survivant est un des grands vaincus de la Révolution".

135 *Terré/Lequette/Gaudemet* (Fn. 131), Rdz. 123 – 125; RabelsZ 80 (2016), 63 f. Zum Entwicklungsstand heute vgl. etwa *Christoph Döbereiner*, in: *Rembert Süß* (Hrsg.), Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Rdz. 69 – 75.

136 *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 493.

137 Dazu *Zimmermann* (Fn. 52), S. 183; *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 447.

138 *Kolkman* (Fn. 51), S. 228; *Braun* (Fn. 84), S. 73.

139 Vgl. *Kerridge* (Fn. 119), S. 326.

140 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 sunt coniuncti": *Johannes August Hellfeld*, Iurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem, 2. Aufl., Ienae, 1766, § 1643. Damit erschien den gelehrten Juristen in Mittelalter und früher Neuzeit gleichzeitig eine *successio ordinum et graduum* als das natürliche Intestaterbfolgemuster: Innerhalb der vier justinianischen Klassen (dazu z. B. *Rüfner* [Fn. 27], S. 26 f.) richtet sich die Reihenfolge der Erbberechtigung nach der Gradnähe zum Erblasser. Die Gradnähe wurde im römischen Recht (anders als später im kanonischen Recht) nach der Zahl der dazwischenliegenden Geburten berechnet: Gai. D. 38, 10; Inst. 3, 6; *Glück* (Fn. 89), § 16.

141 Novelle 118, 1 und 3 verwendet die Ausdrücke (in lateinischer Übersetzung) „in locum succedere" bzw. „in parentum iura succedunt".

142 Vgl. etwa *Samuel Stryk*, Tractatus de Successione ab Intestato, Francofurti, 1706, Dissertatio I, Cap. I, LXVIII; *Grotius* (Fn. 85), Lib. II, Cap.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

unter diesem Aspekt, lag eine Reihe von dogmatischen Folgerungen nahe. Die wichtigste von ihnen bestand darin, dass das Erbrecht des Repräsentanten offenbar identisch war mit demjenigen des Repräsentierten[143] und dass es deshalb genau dieselben Charakteristika aufwies wie dieses: Wenn der Repräsentierte also die Erbschaft nicht deshalb nicht erhalten hatte, weil er vorverstorben war, sondern weil er erbunwürdig 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".[144]

Die Repräsentationsdoktrin fand Eingang in die Kodifikationen Frankreichs,[145] der Niederlande,[146] Italiens,[147] Spaniens,[148] Portugals[149] und Lateinamerikas,[150] und sie prägte auch das ABGB.[151] 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 wird so angesehen, als sei er an die Stelle, in den Verwandtschaftsgrad *und in die Rechte* des Repräsentierten eingetreten. Daher „[o]n ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes", und damit verbunden waren dieselben Konsequenzen wie unter dem *ius commune*. Erst im Laufe der Zeit änderte sich die Rechtslage, und es kam zu einer „Extension",[152] oder auch Entsubstantialisierung, des bis heute perpetuierten Begriffs der Repräsentation. Ganz überwiegend hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass die Rechtslage in Fällen der Erbunwürdigkeit, Ausschlagung oder Enterbung sich nicht aus dem Wesen der Repräsentation gleichsam denknotwendig ergibt, sondern vom Gesetzgeber frei festgelegt werden kann. Die Entwicklung hat dabei überall zu einer mehr oder weniger prononcierten Abwendung vom Grundsatz des „vivi nulla repraesentatio" geführt.[153] Das erscheint in der Tat vernünftig. So entspricht etwa eine Lösung, wonach die Rechtsstellung eines Enkelkinds nicht durch die Erbunwürdigkeit des Elternteils, durch den es vom Erblasser abstammt, berührt werden soll,[154] dem Gedanken, dass Kinder nicht für die Sünden ihrer Eltern sollten büßen müssen. In das BGB ging die Lehre von der Repräsentation nicht ein (was nicht verhindert hat, dass sie bisweilen auch heute noch durch die Literatur spukt):[155] schon die deutschen Pandektisten hielten die Repräsentationsdoktrin für „durchaus ungegründet und unhaltbar"[156] und für „wohl vollständig aufgegeben".[157]

9. Kritische Reflexion

Damit ist übergeleitet zu einem weiteren Punkt: Kritische Reflexion ist im Erbrecht ebenso zulässig, ja geradezu notwendig, wie in anderen Bereichen des Rechts. Anlass und gedanklichen Freiraum für eine solche kritische Reflexion können historische Kontextualisierung und die Rekonstruktion überkommener Denkfiguren bieten wie etwa bei der *fente successorale* oder der Repräsentationsdoktrin. Solche Denkfiguren können dann entweder verabschiedet werden, oder es ist eine neue rationale Grundlage für sie zu finden. Das gilt etwa für den Grundsatz der Erbfolge nach Stämmen,[158] der mit der Repräsentationsdoktrin keineswegs steht oder fällt. Die Kinder des Erblassers erben *per capita*; das Erbrecht behandelt sie also gleich.[159] Jedes der Kinder gründet normalerweise eine eigene Familie, für die es Verantwortung trägt und an die der Erbteil nach dem natürlichen Verlauf der Dinge gelangen wird. Es wäre ganz eigenartig, wenn das Vorversterben eines der Kinder des Erblassers zur Folge hätte, dass dessen Kinder ihres Erbteils verlustig gehen, während sich der Erbteil seiner Geschwister unverhofft erhöht. Durch die Etablierung der Stammeserbfolge unternimmt es das Recht deshalb, die Erbfolgeordnung gegenüber dem Element schicksalhafter Willkür gewissermaßen zu „immunisieren",[160] das in dem Vorversterben eines Kindes des Erblassers liegt.[161] Deutlich ist damit übrigens auch, dass, wenn diese Argumentation im Hinblick auf Abkömmlinge überzeugend ist, gleiches auch im Hinblick auf Seitenverwandte zu gelten hat:[162] Wenn die Geschwister des Erblassers erben, so erben auch sie *per stirpes*. Einmal als richtig erkannte Wertungen sind von einer Erbrechtsordnung konsequent umzusetzen.

Auch die Idee, dass die Regeln über die gesetzliche Erbfolge zwar einerseits im Einklang mit den normativen Vorgaben einer modernen Gesellschaft stehen sollten (also etwa: Gleichberechtigung der Geschlechter, keine Diskriminierung außerhalb einer bestehenden Ehe geborener Kinder, Förderung des Kindeswohls, einschließlich des Wohls adoptierter Kinder), in diesem Rahmen andererseits aber widerspiegeln sollten, was ein durchschnittlicher Erblasser für seine Nachlassverteilung typischerweise für angemessen hält,[163] kann einen geeigneten Ansatzpunkt für kritische Reflexion bieten. Das gilt etwa für das im spanischen und lusitanischen Rechtsbereich so selbstverständlich anerkannte Dreiliniensystem.[164] Wenn danach Großeltern und sogar Urgroßeltern vor den engsten Seitenverwandten (also Geschwistern) des Erblassers berücksichtigt werden, dann führt das, da Großeltern und Urgroßeltern den Nachlass in der Regel recht bald auf ihre Nachkommen weiterleiten werden, zu

VII, VI; *Voet* (Fn. 98), Anhang zu Lib. XXXVII, Tit. XVII, IV; vgl. ferner die Diskussion bei *Josef Kohler*, Zwei Studien über das sog. Repräsentationsrecht, (Puchelts) Zeitschrift für Französisches Zivilrecht 7 (1876), 113–180 (114–120); *Coing* (Fn. 2), S. 603 f.

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

144 Vgl. *Joannis à Someren*, Tractatus de Repraesentatione, Coloniae Agrippinae, 1713, Cap. III, 1; *Kohler* (Fn. 142), S. 120 f., unter Hinweis auf *Dumoulin* und weitere französische Autoren; für Lateinamerika vgl. *Schmidt* (Fn. 102), S. 130.

145 Art. 739–744 *Code civil* (1804), Art. 751–755 *Code civil* (2001/2006).

146 Art. 888–895 BW (1838).

147 Art. 729–735 *Codice civile* (1865), Art. 467–469 *Codice civile* (1942).

148 Art. 924–929 *Código civil* (Spanien).

149 Art. 1980–1984 *Código civil* (Portugal, 1867); Art. 2039 f. *Código civil* (Portugal, 1966).

150 *Schmidt* (Fn. 102), S. 133 f.

151 Sogenannte „materielle Repräsentation": *Rudolf Welser*, in: *Rummel* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl. 2000, §§ 733, 734, Rdz. 1.

152 *Kolkman* (Fn. 51), S. 233 f.

153 Näher dazu RabelsZ 79 (2015), 789–793.

154 Vgl. etwa Art. 755 *Code civil*; Art. 4:12(1) BW; Art. 929 *Código civil* (Spanien); für Italien *Braun* (Fn. 50), S. 78; § 541 ABGB; für Deutschland *Dieter Leipold*, in: MünchKommBGB, Bd. IX, 6. Aufl. 2013, § 1924 Rdz. 29.

155 Dazu *Zimmermann* (Fn. 52), S. 196.

156 *Karl Adolph von Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, Band II, 7. Aufl. 1867, § 414.

157 *Windscheid/Kipp* (Fn. 112), § 572, Fn. 4.

158 Oben II.5.

159 Vgl. z. B. Art 744 (2) *Code civil*; Art. 566 (1) *Codice civile*; Art. 931 f. *Código civil* (Spanien); Art. 4:11 (1) BW; § 732 ABGB; § 1924 Abs. 4 BGB; s. 47(1)(i) *Administration of Estates Act* 1925.

160 Ausdruck nach *Schmidt* (Fn. 102), S. 128.

161 So auch *Schmidt* (Fn. 102), S. 128–130.

162 Dazu RabelsZ 79 (2015), 803–805.

163 Text zu Fn. 84.

164 Oben I.3.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

einem Ergebnis, das dem typischen Erblasserwillen widerspricht: Denn je höher der Nachlass steigt, desto weiter wird er sich letztlich vom Erblasser entfernen.[165] Auch der Idee der Familienerbfolge ist besser Rechnung getragen, wenn das Vermögen an Familienmitglieder gelangt, die dem Erblasser als Verwandte zweiten Grades näherstehen als Verwandte dritten oder vierten Grades.[166]

10. Systemkonformität

Die Systemkonformität kann ein wichtiges Kriterium zur Beurteilung erbrechtlicher Probleme sein. Ein bereits erwähntes Beispiel ist die Durchführung des Gedankens der Stammeserbfolge nicht nur unter Abkömmlingen, sondern auch unter Seitenverwandten. Als weiteres Beispiel mag die Frage dienen, wer beim Fehlen von Abkömmlingen vom Intestaterbrecht in zweiter Linie zu berücksichtigen ist. In Betracht kommen hier (unterstellt, es gebe keinen überlebenden Ehegatten) die Eltern des Erblassers und seine Geschwister. Während nirgendwo die Geschwister gegenüber den Eltern Vorrang genießen, sehen die Rechtsordnungen in der französischen Tradition die Geschwister und die Eltern des Erblassers auf einer Stufe.[167] Überall sonst, in Deutschland[168] ebenso wie in Spanien[169] oder England,[170] werden die Eltern bevorzugt berücksichtigt. Für diese mehrheitlich befürwortete Lösung spricht schon der Gedanke der Reziprozität. Wenn, wie es allgemeiner Ansicht entspricht, Kinder diejenigen Personen sind, die ihren Eltern am nächsten stehen, dann sind umgekehrt auch die Eltern die Personen, die ihren Kindern am nächsten stehen (vorausgesetzt – und von dieser Voraussetzung ist hier ja auszugehen –, diese haben nicht ihrerseits Kinder). Zum zweiten zeigt aber auch die Art und Weise, wie das Recht Unterhaltspflichten innerhalb einer Familie festlegt, dass Geschwister nicht als in derselben Nähebeziehung zu einer Person betrachtet werden. 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 und den Niederlanden),[171] mitunter sogar nur gegenüber Kindern (England, Schottland, nordische Rechtsordnungen).[172] Auch in Ländern, wo Unterhalt gegenüber Geschwistern geschuldet werden kann (Italien, Spanien),[173] stehen diese nur an letzter Stelle. Und drittens geben auch die Vorschriften über den Pflichtteil einen Hinweis darauf, welche Personen das Recht 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, begrenzt[174] – Geschwister werden nicht berücksichtigt. All das spiegelt wider, dass in der westlichen Rechtstradition Eltern besonderen Respekt genießen: „Du sollst deinen Vater und deine Mutter ehren … auf dass du lange lebest".[175]

11. Einfachheit

Im Übrigen ist die systemkonforme Lösung häufig auch die einfachere – und *ceteris paribus* ist eine einfache einer komplexen Lösung vorzuziehen. Das lehrt schon ein Blick auf die Regeln, die im französischen und im italienischen Recht erforderlich sind, um die Erbberechtigung der Eltern und Geschwister zu koordinieren.[176] Ein weiteres interessantes Beispiel bietet eine Streitfrage, die schon die Autoren des *ius commune* bewegte. Da Abkömmlinge nach Stämmen erben, sollte man denken, dass, wenn den Erblasser nicht seine Kinder, wohl aber eine Reihe von Enkeln überlebt haben, die Enkel den Anteil erhalten, den ihr jeweiliger Elternteil erhalten hätte, wäre er noch am Leben gewesen. Dann wäre zwar eine Gleichberechtigung der Stämme gegeben. Doch würde diese Lösung, sofern die Zahl der Enkel innerhalb der verschiedenen Stämme unterschiedlich ist, zu einer Ungleichbehandlung der Enkel führen. Eine solche Ungleichbehandlung wurde und wird teilweise auch heute als unbillig und dem mutmaßlichen Willen des Erblassers zuwiderlaufend empfunden, und es wurde und wird deshalb die Ansicht vertreten, dass die Enkel *per capita* erben.[177] Doch beruht die Berufung auf den mutmaßlichen Erblasserwillen hier auf reiner Spekulation. 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.[178] Dafür spricht zum einen die Erfahrung in den USA, die zeigt, dass die Implementation eines *per capita*-Erbrechts der entfernteren Nachkommen zu vergleichsweise komplexen Szenarien führen kann.[179] Zum anderen wird die dem Stammesprinzip folgende Lösung aber auch durch die Erwägung gestützt, dass das Recht soweit wie möglich Situationen vermeiden sollte, in denen der Erbteil eines Familienstammes nachteilig durch Ereignisse beeinflusst wird, die sich in einem anderen Familienstamm abspielen.[180]

165 Vgl. die eingehende kritische Würdigung des Dreiliniensystems bei *Schmidt* (Fn. 102), S. 136–139.

166 Ein weiteres Beispiel für die kritische Würdigung des rechtsvergleichenden Befunds bietet die Frage, was in den Fällen, in denen die Eltern des Erblassers zum Zuge kommen, geschieht, wenn ein Elternteil vorverstorben ist; dazu RabelsZ 79 (2015), 799 f.

167 Art. 736 – 738–2 *Code civil*; Art. 568, 570 und 571 *Codice civile*; Art. 4:11 (2) und (3) BW; vgl. auch *Neumayer*, in: IECL (Fn. 101), Rdz. 39–44.

168 § 1925 Abs. 1 BGB; vgl. auch § 735 ABGB.

169 Art. 935 *Código civil* (Spanien); für Lateinamerika, vgl. *Schmidt* (Fn 102), 122.

170 Section 46(1)(iii) *Administration of Estates Act* 1925; zu den USA vgl. *Ronald J. Scalise*, Intestate Succession in the United States of America, in: *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 25), S. 401–420 (414).

171 Zu Einzelheiten vgl. §§ 1601–1603 BGB; §§ 230–234 ABGB; Art. 203 und 205 *Code civil*; Art. 1:392 (1) BW.

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

173 Art 433 *Codice civile*; Art. 143 *Código civil* (Spanien).

174 § 2303 BGB; §§ 762 f. ABGB; Art. 536 *Codice civile*; Art. 913 *Code civil* (im Hinblick auf Vorfahren vgl. nunmehr Art. 738–2 *Code civil*); Art. 4:35 f. BW; Art. 807 *Código civil* (Spanien).

175 *Deuteronomium* 5, 16. In der Perspektive des Naturrechts vgl. *Pufendorf* (Fn. 86), Lib. IV, Cap. XI, § 13; *Darjes* (Fn. 88), § 647.

176 Oben Fn. 167.

177 Die Frage wird diskutiert bei *Glück* (Fn. 89), § 99; vgl. auch *Stryk* (Fn. 142), Dissertatio I, Cap. II, XXXV; *Kohler* (Fn. 142), S. 170–175; *Windscheid/Kipp* (Fn. 112), § 572, Fn. 5. Zur heutigen Diskussion vgl. für Deutschland *Zimmermann* (Fn. 52), S. 196; für die Niederlande *Kolkman* (Fn. 51), S. 234; für Lateinamerika *Schmidt* (Fn. 102), S. 127 f.

178 Das entspricht der herrschenden Ansicht in Deutschland, den Niederlanden und in den meisten lateinamerikanischen Ländern; für Italien vgl. *Braun* (Fn. 84), S. 79.

179 *Scalise* (Fn. 170), S. 109 f.

180 Hinzu kommt schließlich noch das Argument der Vermeidung möglicher Manipulationen, die eröffnet wären, wenn eines der Kinder durch Ausschlagung der Erbschaft dafür sorgen könnte, dass seine Familie einen größeren Teil der Erbschaft erhält als dies normalerweise der Fall wäre; vgl. *Schmidt* (Fn. 102), S. 128.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

12. Keine Diskriminierung

Dass das Intestaterbrecht möglichst diskriminierungsfrei ausgestaltet sein sollte, erkannte bereits Justinian. Seine in den Novellen 118 und 127, 1 niedergelegte Erbfolgeordnung folgte nicht mehr dem agnatischen Prinzip (also einer nur durch den Mannesstamm vermittelten Familienbeziehung), sondern richtete sich nach der Blutsverwandtschaft (*cognatio*). Sie unterschied auch nicht zwischen Männern und Frauen, oder zwischen emanzipierten und nicht emanzipierten Personen. Ferner gab es keine unterschiedlichen Regeln für die verschiedenen Vermögensbestandteile des Verstorbenen.[181] Im Laufe der Zeit sind weitere Diskriminierungen verschwunden, insbesondere die von adoptierten und außerhalb einer bestehenden Ehe geborenen Kindern.[182] In vielen Ländern ist heute zudem die erbrechtliche Diskriminierung homosexueller Paare beseitigt, unabhängig davon, ob sie eine Ehe schließen dürfen oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen sind.[183]

Im englischen und schottischen Recht[184] findet sich nach wie vor eine offene Diskriminierung von halbbürtigen Geschwistern, sind diese dort doch – wie schon im römisch-justinianischen Recht[185] – nur dann zur Erbfolge berufen, wenn vollbürtige Geschwister nicht vorhanden sind. Aber auch die Behandlung halbbürtiger Geschwister in Rechtsordnungen mit Dreiliniensystem ist latent diskriminierend. Denn wenn beim Fehlen von Abkömmlingen (und eines überlebenden Ehegatten) des Erblassers dessen Vermögen an den gradnächsten Vorfahren geht, so erbt, wenn die Mutter vorverstorben ist, der Vater, und wenn der Vater vorverstorben ist, die Mutter. Von dort gelangt das Vermögen typischerweise an die Kinder nur des überlebenden Elternteils. Kinder des nicht überlebenden Elternteils, soweit sie nicht gemeinsame Kinder sind, gehen typischerweise leer aus.[186] Das erscheint unbillig; wünschenswert ist statt dessen eine Gleichbehandlung.

Das bedeutet nicht, dass halb- und vollbürtige Geschwister denselben Erbteil erhalten müssen:[187] halbbürtige Geschwister sind in derselben Position wie vollbürtige Geschwister allein im Hinblick auf den Elternteil, den sie mit dem Verstorbenen gemeinsam haben. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sie auch Erbaussichten im Hinblick auf Mitglieder der Familie ihres anderen Elternteils haben. Das angemessene Ergebnis folgt ganz natürlich aus dem Parentelsystem, das deshalb ohne besondere Vorschriften über halbbürtige Geschwister auskommt[188] und sich auch aus diesem Grund gegenüber dem Dreiliniensystem als überlegen erweist.

III. Bilanz

Natürlich ist das Recht eine Manifestation menschlicher Kultur, und natürlich gibt es unterschiedliche Kulturen und damit auch kulturell unterschiedlich geprägte Rechte.[189] Es ist aber durchaus unklar, wo hier die Grenzlinien zu ziehen sind. Auffällige Unterschiede finden sich vor allem im Vergleich westlicher und nicht-westlicher Rechtsordnungen, also etwa denen der islamischen Länder oder den Gewohnheitsrechten „erster Nationen".[190] Auch die westlichen Rechtsordnungen weisen untereinander eine Vielzahl von Unterschieden auf. Es wäre jedoch verfehlt, diese allesamt auf unterschiedliche kulturelle Prägungen zurückzuführen. Das gilt vor allem, sofern der moderne Nationalstaat die maßgebliche Determinante bildet.[191] Hier beruht vieles auf „gedankenlos fortgeschleppter Gewohnheit"[192] oder auch Ideologie. Viel eher lassen sich die modernen Rechtsordnungen als unterschiedliche Ausprägungen einer in wesentlichen Punkten einheitlichen europäischen Rechtstradition begreifen.[193] Ein charakteristisches Merkmal dieser Tradition ist das Streben nach Rationalität und Wissenschaftlichkeit des Rechts, nach intellektueller Kohärenz und System, bei gleichzeitiger Gewährleistung organischer Entwicklungsfähigkeit. Das gilt für alle Bereiche des Privatrechts, und das Erbrecht trägt deshalb ebensowenig folkloristischen Charakter wie das Vertragsrecht. Hier wie dort geht es darum, Regelungen zu finden, die möglichst weitgehend den Bedürfnissen und vernünftigen Erwartungen der Menschen entsprechen, an die sie sich richten, und das erfordert kritische Reflexion ebenso wie historisch-vergleichende Erweiterung der Perspektive. Bestimmte normative Vorgaben, die die Rechtsordnungen der westlichen Welt miteinander verbinden,[194] spielen hier ebenso eine Rolle wie Entwicklungen, die sie allesamt betreffen.[195] So ist auch das Erbrecht immer wieder Änderungen unterworfen gewesen und wird es weiter sein; es hat sich von überlebten Denkmustern verabschiedet und sollte dies weiter tun; es ist weiträumig vereinheitlicht worden und kann künftig noch weiträumiger vereinheitlicht werden. Das Erbrecht bedarf, ebenso wie das Schuldrecht, eines grenzübergreifenden kritischen Diskurses und des ständigen Ringens um die bessere Lösung der überall in gleicher oder ähnlicher Form auftretenden Sachprobleme. Der Kulturthese ist, sofern sie einen derartigen Diskurs verhindert, energisch zu widersprechen. Geradezu vorbildlich ist in dieser Hinsicht, bei aller Zeitgebundenheit mancher seiner Einschätzungen, der Pragmatismus des Redaktors des Erbrechts des BGB, Gottfried von Schmitt.

Kommen wir zum Schluss noch einmal auf die Verbindung von Erbrecht und Religion zurück. Religion ist ein kulturprägendes (und vielleicht auch kulturgeprägtes) Element. Doch die christliche Prägung[196] ist nicht ein Spezifikum nur des deutschen, französischen oder englischen Rechts; sie ist ein Charakteristikum europäischer Kultur, einschließlich der Ausstrahlungen dieser Kultur auf andere Kontinente. Das, was die Kirche zur Entwicklung des Erb-

181 RabelsZ 79 (2015), 770 f.
182 Dazu Text zu Fn. 109 und 110.
183 *Reid/De Waal/Zimmermann* (Fn. 26), S. 503 f.
184 Section 46(1)(v) *Adminstration of Estates Act* 1925; s. 3 *Succession (Scotland) Act* 1964.
185 Novelle 118, 3 pr.; dazu *Glück* (Fn. 89), §§ 127–131; *Windscheid/Kipp* (Fn. 112), § 572, Fn. 3.
186 *Schmidt* (Fn. 102), S. 137 f.
187 Vgl. aber Art. 737 *Code civil* und, für die USA, *Scalise* (Fn. 170), S. 415.
188 Wie wir sie z. B. in Art. 949 *Código civil* (Spanien), Art. 570 (2) und 571 (2) *Codice civile* oder auch Art. 4:11 (2) BW finden; für Lateinamerika vgl. *Schmidt* (Fn. 102), S. 134 f., 138.
189 Vgl. bereits *Josef Kohler*, Das Recht als Kulturerscheinung: Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft, 1885; heute etwa *Bernhard Großfeld*, Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung, 1984, S. 80–93; *Ralf Michaels*, Rechtskultur, in: HWBEuP (Fn. 18), S. 1255–1259. *H. Patrick Glenn* wählt statt dessen den weniger konfrontativen Begriff der Rechtstradition: Legal Traditions of the World, 4. Aufl. 2010; *ders.*, Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions, in: *Reimann/Zimmermann* (Fn. 22), S. 421–440.
190 Vgl. für das Verwandtenerbrecht RabelsZ 79 (2015), 817 f.
191 Kritisch insoweit bereits *Jürgen Basedow*, Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal, ZEuP 4 (1996), 379–381; vgl. ferner *Michaels* (Fn. 189), S. 1257.
192 Vgl. oben Text bei Fn. 72.
193 Hierzu und zum Folgenden *Zimmermann* (Fn. 13).
194 Vgl. oben Fn. 109.
195 In Betracht kommen z. B. demographische Entwicklungen (dazu oben II.6.b *in fine*, sowie im Hinblick auf eine andere rechtsordnungsübergreifende Problematik die Habilitationsschrift von *Gregor Christandl*, Selbstbestimmtes Testieren in einer alternden Gesellschaft [in Vorbereitung für 2016]).
196 Vgl. oben Fn. 13.

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023

rechts beigetragen hat,[197] ist heute jedoch nicht mehr religiös konnotiert. Das gilt für das Testament nicht weniger als für die enge Verbindung des Menschen zu seinen Nachkommen, zu seinen Eltern und zu seinem Ehegatten: alles Punkte, für die die Juristen vergangener Zeiten sich auf Bibelverse gestützt haben.[198] Diese Bibelverse sind keine Rechtsregeln. Sie sind viel zu unspezifisch, um daraus konkrete Folgerungen für die Ausgestaltung des Erbrechts zu ziehen; und sie bieten erst recht keinen Ansatzpunkt für die Erklärung der Unterschiede, die unter den europäischen Rechtsordnungen immer bestanden haben und auch heute noch bestehen.

197 Oben I.1.

198 Vgl. Fn. 87, Text zu Fn. 114, und Fn. 175.

Dr. **Mattias Wendel**, Berlin*

Asylrechtlicher Selbsteintritt und Flüchtlingskrise

Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen administrativer Entscheidungsspielräume im Mehrebenensystem

Das Dublin-System soll eine klare und faire Zuständigkeitsordnung für die Prüfung von Asylanträgen errichten. In der Flüchtlingskrise fallen normativer Anspruch und Wirklichkeit indes weit auseinander. Gleichwohl belässt „Dublin" Raum für Flexibilität: Ein an sich unzuständiger Mitgliedstaat kann die Sachprüfung im Wege des Selbsteintritts vornehmen. Hiervon hat Deutschland jüngst weitreichend Gebrauch gemacht. Der Beitrag leuchtet Grund und Grenzen dieses Ermessens im Mehrebenensystem aus. Eine generalisierte Ausübung des Selbsteintritts droht jedenfalls dort an Grenzen zu stoßen, wo substanzielle Grundentscheidungen allein der Exekutive überantwortet oder als nationaler Alleingang gestaltet werden.

I. Das Dublin-System im Kontext der Flüchtlingskrise

Die anhaltende Flüchtlingskrise rückt das internationalisierte und europäisierte Asylrecht in den Brennpunkt einer gesellschaftlich zunehmend polarisierten Debatte. Hier prallen nicht nur gegenläufige normative Erwartungen über Art und Umfang humanitärer Schutzgewährung sowie die hierfür notwendige Verantwortungsteilung in Europa aufeinander. Hier ist auch das Recht in besonderem Maße vor eine Bewährungsprobe gestellt.

1. Grundlagen und Zuständigkeitskriterien

Als Schwachpunkt des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS)[1] hat sich namentlich das sogenannte Dublin-System erwiesen. Das auf Art. 78 Abs. 2 lit. e AEUV gestützte System regelt die der mitgliedstaatlichen Sachprüfung vorgelagerte Zuständigkeitsbestimmung[2] und zielt auf eine lückenlose Zuständigkeitsordnung für Verfahren auf internationalen Schutz[3] ab. Seine rechtliche Ausgestaltung erfolgt durch die *Dublin-III-Verordnung*,[4] die in ihren Durchführungsmodalitäten tertiärrechtlich konkretisiert[5] und in erkennungsdienstlicher Hinsicht um die *Eurodac-Verordnung*[6] ergänzt wird. Räumlich umfasst das Dublin-System qua völkerrechtlicher Assoziation auch Norwegen, Island, Liechtenstein und die Schweiz.[7]

Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Dublin-III wird ein Antrag auf internationalen Schutz nur von einem einzigen Dublin-Staat geprüft, der anhand der Zuständigkeitskriterien der Verordnung zu bestimmen ist. Dieses sog. „one chance only"-Prinzip soll einem unionsweiten „asylum shopping" vorbeugen und die Zahl der Flüchtlinge reduzieren, die erfolglos schutzsuchend von einem Mitgliedstaat zum anderen ziehen („refugees in orbit"). Zentrales Ziel des Dublin-Systems ist dementsprechend die Aufstellung klarer, praktikabler und „gerechter" Zuständigkeitskriterien, die den Betroffenen einen effektiven und schnellen Zugang zur Sachprüfung eröffnen.[8] Der nach Dublin zuständige Mitgliedstaat ist nach Durchlaufen eines transnationalen Kooperationsverfahrens verpflichtet, den Antragsteller (wieder-)aufzunehmen.[9] Das deutsche Asylgesetz wiederholt die unmittelbar anwendbare Verordnung nicht, sondern beschränkt sich in § 27a AsylG zutreffend auf eine dynamische Verweisung.[10] Danach ist ein in Deutschland gestellter Asylantrag[11] unzulässig, wenn ein anderer Staat aufgrund des Dublin-Systems zuständig ist. Für Dublin-Überstellungen, d. h. die Verbringung einer Person in den zuständigen Staat, sieht das deutsche Recht mit § 34a Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. i. V. mit § 27a AsylG zudem eine

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, vormals Lehrstuhl Professor Dr. Dr. h. c. *Ingolf Pernice*.

1 Zur Entwicklungsgeschichte eingehend *Fröhlich*, Das Asylrecht im Rahmen des Unionsrechts, 2011, S. 130 ff.

2 Im Einzelnen *Bergmann* ZAR 2015, 81 ff.

3 Begrifflich verweist Art. 2 lit. b Dublin-III-VO auf die Qualifikationsrichtlinie (RiL 2011/95), wonach der internationale Schutz sowohl den *Flüchtlingsschutz* i. S. der GFK als auch den *subsidiären Schutz* umfasst.

4 VO 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 6. 2013. Sie löste zum 1. 1. 2014 die Dublin-II-VO (VO 343/2003 des Rates) ab. Dieser ging das Dubliner Übereinkommen v. (DÜ) voraus, das seinerseits Art. 28 ff. des Schengener Durchführungsabkommens v. 19. 6. 1990 abgelöst hatte. Näher zum DÜ *Schröder*, Das Dubliner Übereinkommen, 2003, S. 37 ff.

5 VO 1560/2003 der Kommission, zuletzt geändert durch Durchführungs-VO 118/2014.

6 VO 2725/2000 des Rates vom 11. 12. 2000.

7 Umgekehrt gelten für den EU-Mitgliedstaat Dänemark Besonderheiten; vgl. näher *Hailbronner/Thym*, Legal Framework for EU Asylum Policy, in: *dies.* (Hrsg.), EU Immigration and Asylum Law, 2. Aufl. 2016, i. E., Rn. 7.

8 Vgl. Erwägungsgründe 4 ff.

9 Art. 18 i. V. mit Art. 21 – 25 u. 29 Dublin-III-VO.

10 Vgl. *Bergmann*, in: *Bergmann/Dienelt* (Hrsg.), Ausländerrecht, 11. Aufl. 2016, § 27a AsylG Rn. 3. Zur (dynamischen) Verweisung als Modus der Internationalisierung *F. Mayer*, Die Internationalisierung des Verwaltungsrechts, 2005, Manuskript-S. 281 ff.

11 Der Begriff des „Asylantrags" i. S. des § 13 Abs. 1 AsylG umfasst sowohl den Antrag auf internationalen Schutz als auch auf Asyl im (engeren) Sinne des Art. 16a GG.

Juristenzeitung 71, 332–341 DOI: 10.1628/002268816X14558791150038
ISSN 0022-6882 © Mohr Siebeck 2016

Dies ist urheberrechtlich geschütztes Material. Bereitgestellt von: Max-Planck-Institut, 21.11.2023