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

die Definition der Ehe als Verbindung von Mann und Frau in Art. 6 Abs. 1 GG abänderbar sei, kann diese durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber geändert werden, ohne dass die notwendigen Modalitäten und Formalitäten einer Grundgesetzänderung nach Art. 79 GG eingehalten werden müssen.

6. Das kurze Kapitel VI ist der Umsetzung der „Ehe für alle" gewidmet (S. 187–200). Zentrales Problem ist das Abstammungsrecht, besser wäre hier von der rechtlichen Zuordnung von Kindern, die in gleichgeschlechtlichen Ehen geboren werden, zu sprechen. Bekanntes hierzu wird kursorisch zusammengetragen. Zum Schluss der Monografie geht es um die Folgen für das internationale Familienrecht. Dabei sind die Ausführungen auf die Konsequenzen für Artt. 13 und 17b EGBGB beschränkt (S. 196–200). Es fehlen eine Auseinandersetzung und ein Ausblick bezogen auf den Ehebegriff im europäischen Recht. Nebulös heißt es in Auswertung der *Coman*-Entscheidung des EuGH[11] im Kapitel IV, es könne eine Erkenntnis sein, „dass der EuGH, auch unter dem Aspekt der mitgliedstaatlichen Autonomie, gewillt ist, gleichgeschlechtliche Ehen zu akzeptieren und diese, sofern möglich, bei europarechtlich relevanten Sachverhalten nicht anders als verschiedengeschlechtliche Ehen zu behandeln" (S. 128). Weite Teile des deutschen internationalen Familienrechts sind, was die ehelichen Beziehungen betrifft, durch das europäische Recht abgelöst worden. Hinzu kommen noch die beiden Haager Übereinkommen von 2007 zum Unterhalt, denen die EU beigetreten ist und die als Unionsrecht unmittelbar in Deutschland gelten. Damit stellt sich die Frage, ob der Begriff der Ehe bezogen auf diese Rechtsinstrumente einheitlich und autonom die gleichgeschlechtliche Ehe mit einschließt oder es vielmehr so ist, dass das Unionsrecht diesbezüglich offen ist und die Auslegung dem Recht der Mitgliedstaaten überlässt. Ist Letzteres der Fall, dann ist zu klären, ob sich aus der veränderten Auslegung des Ehebegriffes in Art. 6 Abs. 1 GG, verbunden mit dem Diskriminierungsverbot, zwingend eine entsprechende deutsche Auslegung für die europäischen Rechtsinstrumente ergibt. Mit einer Stellungnahme zu diesen Fragen hätte die Monografie einen schönen Abschluss gefunden.

Potsdam MARIANNE ANDRAE

Testamentsvollstreckung in Europa. Hrsg. von *Martin Löhnig, Anatol Dutta, Peter Gottwald, Herbert Grziwotz, Dieter Henrich, Wolfgang Reimann, Dieter Schwab.* – Bielefeld: Gieseking 2018. VII, 231 S. (Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht. 20.)

1. Die im mittelalterlichen Kirchenrecht wurzelnde Figur des Testamentsvollstreckers ist in alle modernen Erbrechtsordnungen eingegangen.[1] Doch

[11] EuGH 5.6.2018 – Rs. C-673/16 (*Coman*), ECLI:EU:C:2018:385.

[1] Zur geschichtlichen Entwicklung *Reinhard Zimmermann*, Heres fiduciarius? – Rise and Fall of the Testamentary Executor, in: Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective, hrsg. von Richard H. Helmholz / Reinhard Zimmermann (1998) 267–304; siehe auch *Lena Kunz*, Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung: Von der kanonischen voluntas pia zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich (2015), bespr. von *Hans Rainer Künzle*, RabelsZ 82 (2018) 1073–1076.

RabelsZ 86, 557–561 – DOI: 10.1628/rabelsz-2022-0047
ISSN 0033-7250 – © 2022 Mohr Siebeck

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

bedeutet die institutionengeschichtliche Kontinuität auch eine Einheit in der Substanz? Schon das deutsche Recht illustriert den schillernden Charakter der Testamentsvollstreckung, hat doch die auf Bereinigung und Teilung des Nachlasses gerichtete „Abwicklungsvollstreckung" grundlegend andere Zwecke als die auf Perpetuierung des Nachlasses gerichtete „Dauervollstreckung"[2] (deren Name denn auch zu Recht als irreführend empfunden wird[3]). Und schaut man in Nachbarrechtsordnungen wie Österreich oder Frankreich, findet sich zumindest eine weitere Spielart in Gestalt des „schwachen" Vollstreckers, der lediglich für die Erfüllung der letztwilligen Verfügungen zu sorgen hat,[4] seiner Bezeichnung damit aber noch am ehesten gerecht wird.

2. Der vorliegende Sammelband vereint eine Reihe aktueller Länderberichte zum Thema und geht zurück auf das 3. Symposium für Europäisches Erbrecht, das unter der Ägide der Herausgeber im Oktober 2017 in Regensburg stattfand. Neben zwei Abhandlungen zum deutschen Recht, die sich mit „Grundfragen der Testamentsvollstreckung" (*Martin Löhnig*, S. 7–27) und der „Testamentsvollstreckung aus notarieller Sicht" (*Johannes Weber*, S. 29–56) befassen, finden sich Berichte namhafter Autoren zu Belgien (*Walter Pintens*, S. 57–72), den Niederlanden (*Willem Breemhaar*, S. 73–94), Österreich (*Susanne Ferrari*, S. 95–108), der Schweiz (*Hans Rainer Künzle*, S. 109–128), Frankreich (*Edmond Gresser*, S. 129–143), Italien (*Gregor Christandl*, S. 145–167), Polen (*Błażej Bugajski*, S. 169–189) und England (*Birke Häcker*, S. 191–219).[5] Vorangestellt ist eine kurze historische Einleitung von *Dieter Schwab* (S. 1–6), abgerundet wird der Band durch zusammenführende Betrachtungen von *Anatol Dutta* (S. 221–231).

3. Anlass für die Untersuchung der Thematik war laut Vorwort nicht allein das rechtsvergleichende Interesse, sondern auch die Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung[6] seit dem 17. August 2015. Und in der Tat: Die autonom-funktionale Qualifikation der Testamentsvollstreckung innerhalb des vorgegebenen normativen Rahmens kann nur gelingen, wenn sie sich aus einer fundierten Kenntnis der nationalen Sachrechte speist. Der Schlussbeitrag von *Dutta* stellt genau diese Verbindung her und bezieht auch das Internationale Verfahrensrecht und das Europäische Nachlasszeugnis mit in die Betrachtung ein. Insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 23 Abs. 2 lit. f EuErbVO plädiert *Dutta* überzeugend für eine erbrechtliche Qualifikation sowohl der auf Abwicklung als auch der auf postmortale Vermögensbindung gerichteten Vollstreckung (S. 229–231); letztgenanntes Instrument ist keineswegs in jeder Rechtsordnung anzutreffen, findet sich neben Deutschland beispielsweise aber

---

[2] Zur Unterscheidung z. B. *Anne Röthel*, Erbrecht[18] (2020) § 35 Rn. 3.

[3] Siehe z. B. *Anatol Dutta*, Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung (2014) 100.

[4] Dazu *Anatol Dutta*, Testamentsvollstreckung, in: Basedow / Hopt / Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009) 1477–1481, 1479, <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Testamentsvollstreckung>, Abschnitt 3 (1.3.2022).

[5] Noch weiter wird der geografische Kreis gezogen in: Bengel / Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung[7] (2020) § 9 V.

[6] Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107.

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

auch in England (in Gestalt des *testamentary trust*) und in den Niederlanden (in Gestalt des *testamentair bewind*) (S. 221–223). Fallen Erbstatut und Errichtungsstatut (Artt. 24, 26 EuErbVO) auseinander, soll das „letzte Wort" über die Zulässigkeit der angeordneten Art der Vollstreckung dem Erbstatut überlassen bleiben, in Parallele zu Erb- und Pflichtteilsverzichten (S. 227).[7] Durch Art. 1 Abs. 2 lit. h EuErbVO vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sieht *Dutta* hingegen die selbstständige Stiftung, die als Substitut einer Dauervollstreckung fungieren kann (S. 230).

4. Die einzelnen Länderberichte detailliert zu würdigen, ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich. Zusammenfassend sei aber hervorgehoben, dass sie dem Leser sehr differenzierte Einsichten vermitteln und stets auch die Rechtspraxis einbeziehen (in der die Testamentsvollstreckung längst nicht überall dieselbe Rolle spielt wie in Deutschland, siehe z. B. für Italien *Christandl*, S. 147). Deutlich wird nicht zuletzt, dass die jeweilige Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung nicht isoliert, sondern immer nur in dem sie umgebenden rechtlichen Rahmen verstanden werden kann. So erklärt sich beispielsweise die „schwache" Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung im österreichischen Recht durch dessen Tradition der gerichtsnahen Nachlassabwicklung (*Ferrari*, S. 95, 107–108), während es im romanischen Rechtskreis die starke Stellung der nahen Familienangehörigen war, die einer allzu weitreichenden Erblassermacht entgegenwirkte. Freilich hat in Frankreich inzwischen eine Trendwende stattgefunden, indem der Gesetzgeber im Jahr 2006 die Möglichkeiten einer Fremdverwaltung und -abwicklung schonend ausweitete (*Brenner*, S. 130). Bemerkenswert ist dabei, dass er das Institut der *exécution testamentaire* weitgehend unberührt ließ und stattdessen mit dem *mandat à effet posthume*, also der postmortalen Vollmacht, ein neues und somit „unbelastetes" Institut aus der Taufe hob. Hiermit ist ein für die Methodik der Rechtsvergleichung generell wichtiger Punkt angesprochen, nämlich die Unterscheidung zwischen einer formalen und einer funktionalen Betrachtungsweise.

5. Diese Rezension hat, genau wie das vorliegende Buch, bislang davon abgesehen, den Untersuchungsgegenstand „Testamentsvollstreckung" näher zu bestimmen. Doch macht spätestens das soeben genannte *mandat à effet posthume* des französischen Rechts deutlich, dass ein Vergleich, der allein an Begriffe wie „Vollstreckung", „exécution" usw. anknüpft, über weite Strecken unfruchtbar bleiben müsste und gar als Rückfall in einen Formal- oder Institutionenvergleich kritisiert werden könnte. Wählt man stattdessen eine funktionale Sichtweise, stellt sich allerdings das Problem, dass sich mit Abwicklung und Dauerverwaltung des Nachlasses mindestens zwei unterschiedliche Zwecke identifizieren lassen und ein einheitlicher Vergleich damit gar nicht mehr durchzuführen ist. Und damit nicht genug: Nimmt man das Ziel der Nachlassabwicklung zum Anknüpfungspunkt, dürfte man konsequenterweise beim Testamentsvollstrecker nicht stehen bleiben, sondern müsste auch andere Figuren in den Vergleich einbeziehen, denen bei funktionaler Betrachtung ebenfalls die Rolle des Nachlassabwicklers zufallen kann. Hierzu zählt in kontinentaleuropä-

[7] Siehe zur mitunter schwierigen Abgrenzung von Erbstatut und Errichtungsstatut auch *Jan Peter Schmidt*, in: Dutta / Weber, Internationales Erbrecht[2] (2021) Art. 23 EuErbVO Rn. 30–37.

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

ischen Rechtsordnungen zuallererst der Erbe,[8] im deutschen Recht daneben auch der Nachlassverwalter, der Nachlassinsolvenzverwalter und bei weiter Betrachtung auch der Nachlasspfleger.

Verdeutlichen lassen sich die vorgestellten Überlegungen anhand des Länderberichts zu England. In ihm stellt *Häcker* auf sehr gehaltvolle Art die Nachlassabwicklung durch den *executor* (bzw. den *personal representative*) dar, während sie den *testamentary trust*, also die dauerhafte Verwaltung des Nachlassüberschusses, am Schluss nur noch streift (S. 218–219). Übertragen auf die Kategorien des deutschen Rechts scheint es also, als werde allein die Abwicklungsvollstreckung erörtert, nicht hingegen die Dauervollstreckung. Doch wäre eine solche Sichtweise zu eng. Denn das englische Recht kennt überhaupt nur die Abwicklung des Nachlasses als Sondervermögen durch eine eigens hierfür designierte Person (bei Fehlen eines testamentarisch bestimmten *executor* ernennt das Gericht einen *administrator*). Anders gesagt, ist die englische „Abwicklungsvollstreckung" keine Zusatzoption für den Testator, sondern das Regelmodell. So betrachtet, ist aber das deutsche Pendant zum englischen *executor* nicht mehr allein der Abwicklungsvollstrecker, sondern auch und vor allem der letztwillig ernannte Erbe. Dass dieser vom Gesetz nicht als „Vollstrecker" oder „Abwickler" bezeichnet wird, ändert nichts daran, dass ihm als Inhaber sämtlicher Nachlassaktiva (§ 1922 Abs. 1 BGB) und Schuldner sämtlicher Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967 BGB) die Rolle zukommt, die Nachlassgegenstände und -werte unter Erblassergläubigern, Vermächtnisnehmern und anderen Nachlassbeteiligten zu verteilen. Tatsächlich weist *Häcker* auf die funktionale Äquivalenz von kontinentalem Erben und englischem *executor* auch wiederholt hin (S. 196, 198) und erwähnt sie sogar schon im Titel („… the Heir, which in the Laws of England is called an Executor …", ein Zitat aus einem englischen Werk des frühen 16. Jahrhunderts).[9] Da nun aber in den Berichten zum deutschen Recht von der Abwicklung durch den Erben keine Rede ist, sind – pointiert gesagt – die im Buch versammelten Beiträge nur in formaler Hinsicht kongruent, nicht hingegen in substanzieller Sicht. Es ist ein generelles Manko der herkömmlichen Erbrechtsvergleichung, dass sie sich zu sehr auf Begriffe wie „Erbe" oder „Testamentsvollstrecker" fokussiert und dabei implizit die Existenz einer übernationalen „Erbrechtsgrammatik" unterstellt.[10]

6. Indessen sind die genannten Erwägungen nicht als Kritik an der Konzeption des besprochenen Werks zu verstehen. Wenn, wie bei ihm, nicht die Vergleichung, sondern die Information über die nationalen Rechtsordnungen im Vordergrund steht, dann hat der „institutionelle" Zugang den Vorteil, dass er eine geschlossene Darstellung bestimmter Regelungskomplexe erleichtert. Abgesehen davon zeigen sich die Verfasser der Länderberichte für funktionale Gesichtspunkte durchaus sensibel. Neben der schon genannten Darstellung des englischen Rechts kann als weiteres Beispiel die für Belgien berichtete Praxis

---

[8] Näher zu der in der Rechtsvergleichung oft vernachlässigten Abwicklerrolle des Erben kontinentaleuropäischer Prägung *Jan Peter Schmidt*, Itinera hereditatis: Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-vergleichender Perspektive (2022) 60–62.

[9] Näher zu den historischen Hintergründen *Schmidt*, Itinera hereditatis (Fn. 8) 197–202.

[10] Generell zu den methodischen Versäumnissen der Erbrechtsvergleichung *Schmidt*, Itinera hereditatis (Fn. 8) 47–64.

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

genannt werden, angesichts der schwachen Stellung des Testamentsvollstreckers im formalen Sinn den Universalvermächtnisnehmer zu einem Testamentsvollstrecker im materialen Sinne umzufunktionieren: Der Universalvermächtnisnehmer erhält als Person des Vertrauens die Nachlassinhaberschaft, während die wirtschaftliche Teilhabe den Quoten- und/oder Stückvermächtnisnehmern zugewiesen wird (*Pintens*, S. 72).[11] Genauso wie deutscher Erbe und englischer *executor* können folglich auch deutscher Testamentsvollstrecker und belgischer Universalvermächtnisnehmer unter bestimmten Voraussetzungen als funktional äquivalent betrachtet werden.

7. Die vorangehenden Ausführungen sollten deutlich gemacht haben, dass das vorliegende Werk eine ebenso informative wie anregende Befassung mit einem komplexen und praktisch höchst relevanten Aspekt des Erbrechts liefert. Erbrechtsvergleicher finden in ihm zahlreiche Ansatzpunkte für vertiefende und dann möglicherweise stärker funktional ausgerichtete Forschungen zum Thema. Zugleich fördert das Werk den sachgerechten Umgang mit der Testamentsvollstreckung im Erbkollisionsrecht.

Hamburg JAN PETER SCHMIDT

Busstra, Marjolein; Wieteke Theeuwen; Ybo Buruma; Dan Jerker B. Svantesson: International Law for a Digitalised World. – Leiden: Asser Press 2020. 155 pp. (Collected Papers van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht – KNVIR Preadviezen. 147.)

This reviewer, who started his career in legal research many years before the advent of the worldwide and borderless internet, was like many others in the beginning both fascinated and frightened by this new phenomenon. Due to the difficulties in localizing events taking place on the internet, many researchers working in the field of public and private international law were inclined to perceive the internet as a space of its own ("cyberspace"), beyond the jurisdiction and reach of any State and any legal system. Today, it is generally accepted that cyberspace is not a legal vacuum and that whatever is happening there can be regulated by law, including public and private international law, but it is far from clear how the applicable norms look or should look like. Many traditional and well-established principles and rules, using connections to a State's territory as decisive for jurisdiction and the applicable law, are not suited for the internet context because, as put by one scholar, "there is no there there". It is, for example, difficult to argue that a State can claim territorial sovereignty over information and operations on the internet in the same way it can do it regarding physical objects and physical acts in its territory, especially if the information is "stored" in the "cloud" that cannot be localized at all. Some legal writers, including this reviewer, were at the outset inclined to seek refuge in analogies,

[11] Diese Praxis bildete sich auch in Frankreich schon früh heraus und hat mit dem Institut der *saisine* zu tun, also der typischerweise den nahen Angehörigen zugewiesenen Befugnis, den Nachlass in Besitz zu nehmen und zu verwalten; näher *Schmidt*, Itinera hereditatis (Fn. 8) 348.

RabelsZ 86, 561–564 – DOI: 10.1628/rabelsz-2022-0048
ISSN 0033-7250 – © 2022 Mohr Siebeck

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