

Ist es gerecht, dass es ein Recht zu vererben gibt?

Zum produktiven Potential fundamentaler
Erbrechtskritik für die Rechtswissenschaft

von Professorin Dr. *Anne Röthel*, Hamburg*

Inhaltsübersicht

| | |
|---|----|
| I. Einleitung | 19 |
| II. Charakteristika der Leiterzählung zum privaten Erbrecht | 25 |
| 1. Affirmativ | 26 |
| 2. Kontinuitätsbetont | 29 |
| 3. Wenig wirkungsinteressiert | 30 |
| 4. Detailbezogen | 32 |
| III. Erklärungen | 34 |
| 1. Kritikbindende Vorstellungen | 34 |
| a) Das Recht zu vererben als positives Recht | 34 |
| b) Das Recht zu vererben als Privatrecht | 38 |
| 2. Anerkennungsbegünstigende Umstände | 42 |
| a) Vielfalt nebeneinander stehender Legitimationsansätze | 42 |
| b) Gleichklang mit unserem Bild von der Privatrechtsentwicklung .. | 45 |
| IV. Ausblick: Zum produktiven Potential fundamentaler Erbrechtskritik ... | 48 |

I. Einleitung

Ist es eigentlich gerecht, dass es ein Recht zu vererben gibt – oder ist das Erbrecht vielmehr fundamental ungerecht? Die Rechtswissenschaft treibt diese Frage derzeit nicht um. Anders sieht es aus, wenn man auf die Philosophie und die Soziologie schaut. Hier wird die Frage nach der Legitimation der privaten Vermögensweitergabe von Todes wegen in jüngerer Zeit dringlicher gestellt. Dies äußert sich auf verschiedenen Ebenen. *Christoph Schmidt am Busch* konstatierte im Jahr 2018 „das Fehlen von Theorien, welche die philosophisch relevanten Aspekte, die das Erbrecht in den unterschiedlichen sozialen Bereichen hat, genau zu erfassen und angemessen zu gewichten ver-

* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg. Herr wiss. Mit. Philipp Poitiers, LL.B. und Frau wiss. Mit. Sophia Schamberg, LL.B. haben dabei geholfen, den Diskussionsstand aufzuarbeiten. Frau wiss. Ass. Dr. Johanna Croon-Gestefeld danke ich für ihre Anregungen und ihre weiterführende Kritik, ohne die dieser Beitrag eine andere Gestalt hätte.

suchen¹ und nahm dies zum Anlass, Vertreterinnen und Vertreter der Philosophie, der Soziologie und der Rechtswissenschaft aus Deutschland und dem anglo-amerikanischen Raum gemeinsam mit Thomas Gutmann nach Braunschweig einzuladen. Ebenfalls im Jahr 2018 veröffentlichte *Daniel Halliday* „The Inheritance of Wealth. Justice, equality & the right to bequeath“. Die Studie, die von Oxford University Press beworben wird als „The first book on the ethics of inheritance in nearly 100 years“,² tritt für eine stärkere Beschränkung privaten Vererbens in Abhängigkeit vom Alter und von der Herkunft des Vermögens ein.³ In Anlehnung an Vorüberlegungen von *Eugenio Rignano* aus den 1920er Jahren⁴ geht es ihm vor allem um eine drastische Besteuerung von „old money“, also Vermögen, das auch der Erblasser bereits geerbt hatte.⁵ Radikaler wendet sich der englische Philosoph *Hillel Steiner* gegen das Erbrecht. Das Recht zu vererben verdanke seine Existenz lediglich einer „legal fiction“. In Wahrheit stehe dem Erben gar kein Recht an dem Nachlass zu, so dass der Staat den Nachlass durch Besteuerung vollständig einziehen könne: Er sieht darin eines von drei Beispielen für aus Gerechtigkeitsgründen gebo-

¹ *Schmidt am Busch*, Beruht das Recht zu vererben auf einer Fiktion?, Z.f. Praktische Philosophie 2018, 15 (17).

² Siehe indes schon *Chester*, Inheritance, Wealth, and Society, Bloomington (Indiana University Press) 1982; *Erreygers/Vandervelde* (Hrsg.), Is Inheritance Legitimate? Ethical and Economic Aspects of Wealth Transfer, 1997; *Cunliffe/Erreygers* (Hrsg.), Inherited Wealth, Justice and Equality, 2013; *Graetz/Shapiro*, Death by a Thousand Cots: The Fight over Taxing Inherited Wealth, Princeton (Princeton University Press) 2005.

³ *Halliday*, The Inheritance of Wealth. Justice, Equality, and the Right to Bequeath, Oxford (OUP) 2018.

⁴ *Rignano*, The Social Significance of the Inheritance Tax, New York (Knopf) 1924. *Rignano* hat vorgeschlagen, die Erbschaftsteuer nicht mehr nur nach der Größe des Vermögens und dem Verwandtschaftsgrad des Empfängers zu bemessen, sondern entscheidend nach dem „relevant age“ oder „the number of transfers... which the different portions of the estate have undergone before coming into the possession of the decedent.“ (S. 20 ff.). *Rignano* hatte dabei vor Augen, dass das Vermögen innerhalb einer Generation mit 50 %, innerhalb zwei Generationen mit 100 % besteuert werden sollte, so dass aufgrund der Besteuerung kein Erbgang mehr möglich wäre von Vermögen über drei Generationen hinweg (S. 34 ff.). Das auf diese Weise dem Staat als „co-heir“ zufließende Vermögen sollte dann besonderer Verwaltung unterliegen („National Property Commission“, S. 42 ff.). – Eine ähnliche Unterscheidung zwischen ererbtem und selbst erworbenem Vermögen wird rechtspolitisch auch für das Pflichtteilsrecht für richtig gehalten; siehe *Dettmer*, Generationenvertrag und Familienvermögen, 2012; *Hollmann*, Pflichtteilsrecht und Familienzusammenhang, 2007.

⁵ *Halliday* (Fn. 3), S. 184–208.

⁶ *Steiner*, An Essay on Rights, 1994, S. 249–261.

tene Steuern, nämlich „one that takes from persons what they have no right to possess.“⁷

In Deutschland verbindet sich jüngere Erbrechtskritik insbesondere mit den Forschungen des Soziologen *Jens Beckert*. Er hat die Frage aufgeworfen, inwieweit sich der erbrechtliche Erwerb von „unverdientem Vermögen“ mit den Leitvorstellungen der Leistungsgesellschaft verträgt.⁸ Überhaupt interessiert sich die Soziologie vermehrt für soziale Ungleichheit⁹ und thematisiert damit die Legitimation des Erbrechts als einem elementaren Mechanismus zur Perpetuierung von Vermögensungleichheit. Nachdem in den 1990er Jahren die Vorstellung verbreiteter war, dass individuelle Handlungsmuster eine gewisse Lösung von sozialen Klassen ermöglichen,¹⁰ haben die „Nuller-Jahre“ die Strukturalisierungsthese gestärkt: Seither wird eine „Wiederkehr sozialer Klassenunterschiede“¹¹ beobachtet.¹² Zusammenhänge zwischen einem gestiegenen soziologischen Interesse für das Verhältnis von Erbrecht und So-

⁷ *Steiner*, Three Just Taxes, in: von Parijs (Hrsg.), *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform*, Verso 1992, S. 81.

⁸ *Beckert*, Unverdientes Vermögen. Soziologie des Erbrechts, 2004; *ders.*, Erben in der Leistungsgesellschaft, 2013.

⁹ Siehe nur *Faik*, Verteilung und Umverteilung von Wohlstand, 2015; *Maul/Schöneck* (Hrsg.), (Un-)Gerechte (Un-)Gleichheiten, 2015; *Nachtwey*, Die Abstiegsgesellschaft, 2016; *Wehler*, Die neue Umverteilung. Soziale Ungleichheit in Deutschland, 2013; zuletzt *Röckel/Keil/Alleweldt* (Hrsg.), Soziale Ungleichheit der Lebensführung, 2019; aus der Außensicht *Frankfurt*, On Inequality, Princeton University Press 2015 (dt.: Ungleichheit, 2016).

¹⁰ Ihren deutlichsten Ausdruck findet dies in den Individualisierungsthesen von *Beck*, Jenseits von Klasse und Stand?, in: *Kreckel* (Hrsg.), Soziale Ungleichheiten, 1983, S. 35 ff.; allgemeiner *ders.*, Risikogesellschaft, 1986, S. 115 ff.; abgeschwächt spiegelt es sich in der an *Bourdieu* (*La distinction. Critique sociale du jugement*, 1979 [dt.: Die feinen Unterschiede. Kritik der sozialen Urteilskraft, 1. Aufl. 1982]) anknüpfenden Lebensstilforschung der deutschen Soziologie der 1990er Jahre wider (exemplarisch *Georg*, Soziale Lage und Lebensstil. Eine Typologie, 1998; *Spellerberg*, Soziale Differenzierung durch Lebensstile, 1996; dazu insgesamt *Schwenk* (Hrsg.), Lebensstil zwischen Sozialstrukturanalyse und Kulturwissenschaft, 1996; bilanzierend *Friedrichs* (Hrsg.), Die Individualisierungsthese, 1998; für eine Gegenseit *Geißler*, Kein Abschied von Klasse und Schicht, *Kölner Z. f. Soziologie und Sozialpsychologie* 48 (1996), 319 ff.

¹¹ *Vester*, Der Wohlfahrtsstaat in der Krise. Die Politik der Zumutungen und der Eigensinn der Alltagsmenschen, in: *Schultheis/Schulz* (Hrsg.), Gesellschaft mit begrenzter Haftung. Zumutungen und Leiden im deutschen Alltag, 2005, S. 21.

¹² Dies zeigt sich in der Betonung extremer sozialer Lagen wie dem sog. Prekariat, dazu *Castel/Dörre* (Hrsg.), Prekarität, Abstieg, Ausgrenzung. Die soziale Frage zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2009; *Bude*, Die Ausgeschlossenen. Das Ende vom Traum einer gerechten Gesellschaft, 2008; *Manske/Pübl* (Hrsg.), Prekarisierung zwischen Anomie und Normalisierung, 2010; „Prekaritätsanalysen“ bei *Schultheis/Schulz* (Fn. 11), S. 37–165; siehe auch *Goettle*, Die Ärmsten, 2000 und exemplarisch die So-

zialstrukturen lassen sich auch in den jüngeren Forschungen zur Transnationalisierung sozialer Ungleichheit¹³ und ihrer Bedeutung für den Rechtspopulismus erkennen.¹⁴ In dieselbe Richtung weisen die Debatten über die Herstellung „gleichwertiger Lebensverhältnisse“: Auch sie lassen sich als Ausdruck einer zunehmenden Besorgnis über soziale Ungleichheit lesen.¹⁵ In ei-

zialstrukturanalysen bei *Berger/Hank/Tölke* (Hrsg.), *Reproduktion von Ungleichheit durch Arbeit und Familie*, 2011.

¹³ Siehe schon *Dabrendorf*, *Die globale Klasse und die neue Ungleichheit*, *Merkur* 54 (2000), S. 1057 ff.; aus jüngerer Zeit etwa *Mau*, *Transnationale Vergesellschaftung. Die Entgrenzung sozialer Lebenswelten*, 2007, insbes. S. 233 ff.: „ungleiche Transnationalisierung“; *Milanović*, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press 2016 (dt.: *Die ungleiche Welt. Migration, das Eine Prozent und die Zukunft der Mittelschicht*, 2016); *Weiß*, *Soziologie globaler Ungleichheiten*, 2017; daher für ein Verständnis sozialer Ungleichheit, das nicht vertikal, sondern entlang einer „Zentrum-Peripherie-Metapher“ strukturiert ist: *Kreckel*, *Politische Soziologie der sozialen Ungleichheit*, 3. Aufl. 2004, S. 36 ff., 316 ff.

¹⁴ Exemplarisch *Koppetsch*, *Die Gesellschaft des Zorns. Rechtspopulismus im globalen Zeitalter*, 2019; *dies.*, in: Röcke/Keil/Alleweldt (Fn. 9), S. 103 ff.; *Flecker/Krenn*, *Politische Verarbeitungsformen gefühlter sozialer Unsicherheit*, in: Castel/Dörre (Fn. 12), S. 323 ff. – Bei allen Unterschieden ist den gängigen Erklärungen und Deutungen zum Rechtspopulismus (neben *Koppetsch* etwa *Hillebrand* [Hrsg.], *Rechtspopulismus in Europa. Gefahr für die Demokratie?*, 2015; *Melzer/Molthagen* [Hrsg.], *Wut, Verachtung, Abwertung. Rechtspopulismus in Deutschland*, 2015; *Priester*, *Populismus. Historische und aktuelle Erscheinungen*, 2007, S. 28 ff.; *dies.*, *Rechter und linker Populismus*, 2012, S. 24) gemeinsam, dass dessen Bedeutungsgewinne auf Abstiegs- und Ausschließungsängste zurückgeführt werden. Das wesentliche politische Ziel wird in der Beibehaltung oder Wiederherstellung verlorener Ordnungen gesehen, von der biologischen Geschlechterordnung bis hin zur nationalstaatlichen Ordnung (*Koppetsch* aaO., insbes. S. 95 ff., 123 ff.; ähnlich *Hillebrand*, aaO., S. 9: „Präferenz für das Gewohnte, das Nationale, das Vertraute“, sowie *ders.*, aaO., S. 174–177; genauso *Priester*, S. 9: „Revolte gegen den modernen Staat“). Wirtschaftliche Verlustängste spielen dabei offenbar nur eine untergeordnete Rolle, so jedenfalls das Ergebnis der empirischen Untersuchung von *Lengfeld*, *Kölner Z. f. Soziol. und Sozialpsychologie* 69 (2017), 209 ff.

Auch das Erbrecht steht paradigmatisch für die Verteidigung alter Ordnungen: erstens weil es bestehende Vermögensverhältnisse stabilisiert, und zweitens weil es als tradiertes Rechtsinstitut (vgl. hier im Text, II.2.) selbst Gegenstand einer alten Ordnung ist. Dass das Erbrecht in den gängigen Erklärungen zum Rechtspopulismus nicht auftaucht, liegt m.E. daran, dass es derzeit nicht gefährdet erscheint. Doch dürfte klar sein, dass sich das Erbrecht – sollten die gängigen Erklärungsmuster zutreffen – zum Bedeutungsgewinn des Rechtspopulismus nicht neutral verhält. Im Gegenteil: Die mit dem Aufkommen des Rechtspopulismus deutlicher wahrnehmbaren Abstiegs- und Ausschließungsängste machen den politischen Gehalt der Frage nach dem „ob“ eines privaten Erbrechts besonders sichtbar. Dies meine ich damit, dass mit dem Interesse für den Rechtspopulismus – wenngleich derzeit noch indirekt – auch die Legitimation des Erbrechts thematisiert wird.

¹⁵ Zur unitarischen Prägung der Staatsrechtslehre und der Verfassungspraxis näher

nem unvertrauten Ausmaß steht die Frage nach sozialer Gerechtigkeit also vor den Toren des Rechts. Schließlich haben die Analysen des Ökonomen *Thomas Piketty*¹⁶ und die daraufhin entstandene „Piketty-Debatte“¹⁷ gesellschaftliche Aufmerksamkeit darauf gelenkt, wie Vermögen entsteht und nach welchen Mechanismen es übergeht.

Während sich also die uns umgebenden Geistes- und Sozialwissenschaften in jüngerer Zeit vermehrt für das Erbrecht, seine Legitimation und seine ökonomischen und sozialen Auswirkungen interessieren, sieht es in der Rechtswissenschaft anders aus. Hier ist es seit Langem ruhig geworden um die Grundsatzfrage nach dem „ob“ eines privaten Erbrechts. Doch heißt das nicht, dass sich für die Rechtswissenschaft niemals die Grundsatzfrage nach dem „ob“ des Erbrechts gestellt hätte. Im Gegenteil: Auch die Rechtswissenschaft kannte Zeiten von stürmischer und fundamentaler Erbrechtskritik. Noch am Vorabend des BGB stand die Frage nach dem „ob“ eines privaten Erbrechts ersthand im Raum, und die historischen Begründungslinien der Testierfreiheit galten im Verhältnis zu Eigentum und Vertragsfreiheit als vergleichsweise „fragil“.¹⁸ Doch wurde diese Debatte für die Zwecke der Kodifikation von dem zuständigen Redaktor *Gottfried von Schmitt* erfolgreich heruntergespielt, wie *Rainer Schröder* mit seiner Studie „Abschaffung und Reform des Erbrechts“ nachgewiesen hat.¹⁹ Daran hat sich seither wenig geändert. Wir wissen noch von den fundamentalen Auseinandersetzungen über das Erbrecht im 18. und 19. Jahrhundert,²⁰ doch erreicht uns deren Aufgereg-

Boysen, Gleichheit im Bundesstaat, 2005, S. 53 ff., 61 ff.; *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962; kritisch etwa *Kabl*, „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ unter dem Grundgesetz, 2016 und *Waldhoff*, VVDStRL 66 (2007), 216 (252 ff.). Aus der politischen Debatte siehe insbes. Plenarprotokoll 19/60 der 60. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 7.11.2018, S. 6691–6916.

¹⁶ *Piketty*, Le Capital au XXI^e siècle, 2013 (dt. Das Kapital im 21. Jahrhundert, 2016, S. 501 ff.).

¹⁷ Nachzeichnung bei *Croon-Gestefeld*, *Piketty und die Rechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, JZ 2019, 340 ff. – Sie hat hier dieselbe Ungleichzeitigkeit des wissenschaftlichen Interesses im Verhältnis zur Rechtswissenschaft diagnostiziert, die sich in der Frage nach der Legitimation des Rechts zu vererben abzeichnet: In der Rechtswissenschaft haben *Pikettys* Thesen nur „verhaltene“ Resonanz erfahren (aaO., S. 342 ff.).

¹⁸ *Kroppenberg*, Privatautonomie von Todes wegen, 2008, S. 2 f.

¹⁹ *R. Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts, 1981, S. 493 ff.: „schiefe Rezeptionen“.

²⁰ Als Kritiker des Privaterbrechts werden heute regelmäßig *Alexis de Toqueville*, *Jean-Jacques Rousseau*, *François Noël Babeuf*, die sogenannten *Saint-Simonisten* sowie *Jeremy Bentham*, *John Stuart Mill* und *Karl Marx* genannt; für rechtsphilosophische Zweifel an der Begründbarkeit der Testierfreiheit gelten *Christian Thomasius* und *Pufendorf* als typische Vertreter; siehe neben *R. Schröder* (Fn. 19) die Aufarbeitungen von *Strunck*, *Der Gedanke der Erbrechtsreform seit dem 18. Jahrh.*, 1935; *Mer-*

heit nicht mehr. Die Ernsthaftigkeit, mit der in früheren Debatten für eine Abschaffung des Erbrechts gefochten wurde, ist, so etwa *Joachim Goebel*, „aus heutiger Sicht kaum mehr verständlich“.²¹ Wir haben uns eingerichtet mit einem Erbrecht, das zunächst kunstvoll kodifiziert und später mit dem Grundgesetz kontinuierlich während konstitutionalisiert wurde. Fundamentalkritik am Erbrecht hat es schwer angesichts des unter Juristinnen und Juristen weit verbreiteten Lobgesangs auf juristische Subtilität, Praktikabilität und Zeitlosigkeit.²² Im Gegenteil: das Erbrecht gilt gemeinhin als das gelungenste Buch unter den fünf Büchern des BGB.²³

Dieser überschlägige Befund zur Haltung der deutschen Rechtswissenschaft zum Erbrecht soll im Folgenden überprüft und erklärt werden. In einem ersten Schritt geht es darum, ein präziseres Bild von der rechtswissenschaftlichen Leiterzählung zum Erbrecht zu gewinnen (unten II.). Im Anschluss daran wird ergründet, inwiefern die affirmative Grundhaltung der Rechtswissenschaft zum erbrechtlichen Vermögenserwerb durch ihr wissenschaftliches Selbstverständnis geprägt ist (unten III.1.), oder ob sie erst zusammen mit materialen Annahmen (unten III.2.) plausibel wird. Es geht in diesem Beitrag also nicht um eine Form von Parteinahme für oder gegen das Erbrecht, sondern es geht um eine Analyse der Bedingungen und Bedingtheiten des rechtswissenschaftlichen Diskurses zum Erbrecht. Wenn wir mehr

tens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 23 ff.; *Klippel*, ZRG Germ. Abt. 101 (1984), 117–168; *Gottschalk*, in: Willer u. a. (Hrsg.), Erbe. Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur, 2017, S. 120–125 und *Auer*, AcP 216 (2016), 239 (271). – In der schriftlichen Begründung des Entwurfs von *von Schmitt*, Begründung des Entwurfs: Erbrecht Teil 1, 1879, § 8 (= Schubert [Hrsg.], Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, 1984, S. 144 ff.), werden diese Einwände nur noch knapp skizziert („Angriffe auf das Rechtsinstitut der Erbfolge“) und sodann mit Nachdruck zurückgewiesen.

²¹ *Goebel*, Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2004, S. 21; spürbar aber noch in der Kommentierung von *Staudinger/Boebmer*, 11. Aufl. 1954, Einl. ErbR §§ 4 ff.

²² Einzig die 1970er Jahre gelten heute als eher erbrechtskritisch, als es zu einem kurzen, im Ergebnis aber folgenlosen Aufflackern der sozialen Frage kam, so *Hattenbauer*, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung, 2. Aufl. 2000, S. 228 f., der die „neuen Zweifel am Erbrecht“ vor allem darauf zurückführte, dass in Folge des sogenannten Wirtschaftswunders wieder private Vermögen entstanden waren. – Ablesbar an den Beiträgen von *Stöcker*, Ist unser Erbrecht sozial?, JZ 1973, 15 ff.; *Papantoniou*, AcP 173 (1973), 385 ff.; *Mayer-Maly*, Die Unentbehrlichkeit des Erbrechts, RuG 1974, 40 ff.; *Däubler*, Abschaffung des Erbrechts?, RuG 1974, 43 ff. sowie dem Gutachten von *Coing* für den 49. DJT 1972.

²³ *Staudinger/Otte*, 2017, vor § 1922 Rn. 120; *Hattenbauer* (Fn. 22), S. 225: „Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde nicht nur dessen umfangreichstes, sondern auch eine besonders sorgfältige und gründliche Leistung“.

darüber wissen, warum sich das rechtswissenschaftliche Interesse in eine bestimmte Richtung entwickelt hat, können wir das Gespräch mit den Nachbarwissenschaften besser aufnehmen (unten IV.).

II. Charakteristika der Leiterzählung zum privaten Erbrecht

Als Akteurin des rechtswissenschaftlichen Diskurses ist es mit Unsicherheiten verbunden, Aussagen über den eigenen Diskurs und über die eigene Zeit zu treffen. Es besteht ein größeres Risiko von verzerrten Wahrnehmungen. Gegenwärtige Diskurse können wir nicht in einem Foucault'schen Archiv aufsuchen.²⁴ Das Aussagefeld ist schwer zu datieren, weil wir seine Erstreckung noch nicht kennen. Möglicherweise liegen ganze Pakete relevanter Aussagen direkt vor unseren Augen und werden einfach deshalb übersehen, weil wir in selektiven, mitunter auch überreizten Wahrnehmungen gefangen sind. Diese Unsicherheit lässt sich nicht abschütteln. Sie ist das Spezifische einer Innensicht des Gegenwärtigen; man kann sich nur darum bemühen, ihr durch Selbstzweifel und Sorgfalt zu begegnen.

Versucht man trotz dieser Unsicherheiten dennoch eine Innensicht, so lässt sich die heutige rechtswissenschaftliche Leiterzählung wie folgt zusammenfassen: Die Privaterbfolge gründet sich auf das Privateigentum, zugleich entspringt die Weitergabe von Vermögen an die nächsten Angehörigen einem elementaren menschlichen Grundbedürfnis zum Schutz der Familie.²⁵ Die Grundentscheidung des BGB für die Privaterbfolge entspricht tradierten Rechtsüberzeugungen, und alle jene, die im Verlauf des 19. Jahrhunderts für die Abschaffung der Privaterbfolge plädiert hatten, sind „im Grunde ... Außenseiter“ gewesen.²⁶ Ein Staaterbrecht hat für das BGB daher „nie zur Diskussion“ gestanden.²⁷ Die Leiterzählung der Erbrechtswissenschaft zur Privaterbfolge lässt sich also charakterisieren als affirmativ (unten 1.) und kontinuierlichbetont (unten 2.). Charakteristisch ist schließlich ein eher geringes Interesse für die Wirkungen des Erbrechts (unten 3.). Es gibt zwar Erbrechts-

²⁴ Foucault, *L'Archéologie du savoir*, Paris (Gallimard) 1969, etwa S. 179 : „il ne nous est pas possible de décrire notre propre archive, puisque c'est à l'intérieur de ses règles que nous parlons ...“ (dt. *Die Archäologie des Wissens*, 1981).

²⁵ Nachlesbar etwa bei *Leipold*, *Erbrecht*, 21. Aufl. 2016, Rn. 62–64.

²⁶ *Mertens* (Fn. 20), S. 26 f. Genauso beschreibt *Staudinger/Boehmer*, 14. Aufl. 1954, Einl. ErbR § 7 Rn. 13 die Haltung des wissenschaftlichen Schrifttums nach Inkrafttreten des BGB: kritische Einzelschriften „wurden bestenfalls als Außenseiter registriert“.

²⁷ *Frank/Helms*, *Erbrecht*, 7. Aufl. 2018, § 1 Rn. 2; genauso *MünchKommBGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, Einl ErbR Rn. 9.

kritik, doch richtet sie sich nicht grundsätzlich gegen das Recht zu vererben, sondern mehr auf Einzelfragen des „wie“ der privaten Erbfolge (unten 4.).

1. Affirmativ

Mit dem Inkrafttreten des BGB stabilisierte sich in der Rechtswissenschaft eine dem Erbrecht günstige Grundhaltung. *Gustav Boehmer* zeichnete davon folgendes Bild: In dem „gelehrten Schrifttum zum BGB regte sich nach Inkrafttreten des Gesetzes verhältnismäßig nur selten die Kritik.“²⁸ Die „großen Erläuterungswerke, Lehrbücher und erbrechtlichen Einzeldarstellungen begnügten sich in der Mehrzahl mit erkenntnistmäßiger Auslegung des gegebenen Rechtsstoffes.“ Dies führt *Boehmer* einerseits auf die „grundsätzlich apolitische Einstellung der deutschen Juristenwelt“ zurück. Andererseits sieht er darin das „durchaus anerkennenswerte Streben, die ruhige Einarbeitung in das Gesetz nicht zu stören.“²⁹

Bei *Theodor Kipp* und *Helmut Coing* klingt diese affirmative Leiterzählung über lange Zeit wie folgt: Die Privaterbfolge sichert dem Privateigentum „Beständigkeit“. Erst wenn sich das Privateigentum vererbt, kann es „voll wirksam werden“. Außerdem entspreche es einer „tief eingewurzelten Neigung des Menschen, was er erwarb, an seine Kinder weiterzugeben.“ Die Einwände der französischen nach-revolutionären Sozialisten, dass das Erbrecht Vermögensungleichheiten perpetuiere,³⁰ verwerfen *Kipp/Coing* mit dem Satz: „wo aber Freiheit und Eigentum bejaht werden, ist auch das Erbrecht unentbehrlich.“³¹

Im ausgehenden 20. Jahrhundert sind Zweifel an der Legitimation des Rechts zu vererben allmählich in den Bereich des Unsagbaren gerückt. Nicht die Abschaffung, sondern die Unentbehrlichkeit des Erbrechts interessiert.³² Schon die Frage nach der Abschaffung aufzuwerfen, so *Mayer-Maly* im Jahr 1974, würde bedeuten, sich in ein Territorium zu begeben, das nicht nur weit abseits vom Mainstream liegt, sondern auf Maximen zielt, die „zu Utopie

²⁸ Bis zu den 1920er Jahren wurde allerdings immer wieder die Entscheidung für die unbegrenzte Verwandtenerbfolge kritisiert; siehe die Nachweise bei *Staudinger/Boehmer*, 14. Aufl. 1954, Einl. ErbR § 7 Rn. 15, der selbst ein vehementer Kritiker dieser Entscheidung geblieben ist (Einl. ErbR § 5 Rn. 9, Einl. ErbR § 7 Rn. 21 ff.).

²⁹ *Staudinger/Boehmer*, 14. Aufl. 1954, Einl. ErbR § 7 Rn. 13.

³⁰ Dazu bereits Fn. 20; insbesondere zu den anglo-amerikanischen Kritiken von John Locke, John Stuart Mill und William Godwin siehe *Halliday* (Fn. 3), S. 26 ff.

³¹ *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl. 1989, § 1 I (S. 2 f.); ähnlich *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 2: Die Privaterbfolge habe zwar „Schattenseiten“, doch entspreche die „Weitergabe der eigenen Habe an die Angehörigen ... einem elementaren Bedürfnis des Menschen.“

³² *Mayer-Maly*, Die Unentbehrlichkeit des Erbrechts, RuG 1974, 40.

oder zu Revolution [nötigen]³³ und wissenschaftlich auf „Außenseiterthesen“ zuläuft.³⁴ Das Erbrecht gilt vielmehr als „notwendiges Hilfsinstrument des Privateigentums natürlicher Personen“ und bedürfe daher, so *Däubler*, keiner selbständigen Rechtfertigung: „Schon aus diesem Grunde ist es wenig sinnvoll, seine Existenz ... insgesamt in Frage zu stellen“. Einwände gegen das Erbrecht seien im Grunde Einwände gegen das Privateigentum und sollten deshalb auch dort diskutiert werden. Indes, so weiter *Däubler*: „Dem BGB lagen solche Erwägungen freilich fern: Sein Erbrecht bezieht sich auf ein unterschiedslos akzeptiertes privates Eigentum.“³⁵ Zweifel am Recht zu vererben sind damit in einen Bereich abgedrängt worden, in dem ideologie-unverdächtige und als relevant empfundene Forschungsfragen nicht vermutet werden, und die Existenz des Erbrechts ist unter der Geltung des Grundgesetzes zur „Denknotwendigkeit“³⁶ aufgestiegen.

Im Verlauf des 21. Jahrhunderts hat der Nachdruck, mit dem sich die rechtswissenschaftlichen Meinungsführer hinter das Erbrecht gestellt haben, eher noch zugenommen. „Eine Abschaffung des privaten Erbrechts“, so *Dieter Leipold* im Jahr 2017 im Münchener Kommentar, „kann in einem freiheitlichen Wirtschaftssystem nicht ernsthaft gefordert werden. Das Recht, Vermögen zu vererben bzw. durch Erbgang zu erlangen, gehört zu den ältesten, geradezu selbstverständlich gewordenen Rechtsüberzeugungen. Das private Erbrecht ist nichts anderes als die Konsequenz der privaten Eigentumsordnung.“³⁷

Nicht viel anders klingt es in der zweibändigen Monographie von *Karlheinz Muscheler* im Jahr 2010. *Muscheler* wirft die Frage nach dem „warum“ des Erbrechts zwar vergleichsweise ausführlich auf und widmet ihr knapp 25 Seiten seiner mehr als 2.000 Seiten umfassenden Darstellung. Doch am Ende steht auch bei *Muscheler* ein umso eindringlicheres Plädoyer für die Privat-erbfolge: Über allen zweifelnden Erwägungen müsse „die tief verankerte Legitimität den Sieg davontragen“,³⁸ und gegenüber möglichen Bestrebungen zu einer Stärkung des Staatserbrechts sei – wie schon bei den Beratungen zum BGB – der richtige Leitsatz „Wehret den Anfängen“.³⁹

Nur wenige Zeit später resümiert *Knut Werner Lange* im Jahr 2011, dass Fragen des Erbrechts in den aktuellen rechtspolitischen Auseinandersetzungen

³³ Wendung nach *Mayer-Maly*, Die Unentbehrlichkeit des Erbrechts, RuG 1974, 40.

³⁴ So *Stöcker*, WM 1979, 214 (218).

³⁵ *Däubler*, ZRP 1975, 136 (137).

³⁶ So bei *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, 1993, Bd. I, S. 67 ff.

³⁷ MünchKommBGB/*Leipold*, 7. Aufl. 2017, Einl. ErbR Rn. 9.

³⁸ *Muscheler*, Erbrecht, 2010, § 1 Rn. 7

³⁹ *Muscheler* (Fn. 38), § 11 Rn. 294.

gen „nur eine untergeordnete Rolle“ spielen.⁴⁰ Die Legitimation der Privaterbfolge ist für *Lange* nicht mehr eigens begründungsbedürftig; an ihre Stelle ist ein kursorischer Abriss der „Entwicklungslinien des Erbrechts“ getreten. Wenn ein späteres Kapitel mit „Fragen der Legitimation“ betitelt ist, sind damit nun andere Fragen gemeint: die Frage, wie z.B. ein Erbe sein Erbrecht im Rechtsverkehr nachweisen kann, also die Erläuterung des Erbscheins.⁴¹

Auch die viel beachtete Monographie von *Anatol Dutta* mit dem für unseren Zusammenhang verheißungsvollen Titel „Warum Erbrecht?“ aus dem Jahr 2014 zieht die Privaterbfolge nicht in Zweifel. Was *Dutta* im Zuge seiner „funktionalen Betrachtung des Erbrechts“ in Zweifel zieht, ist die Legitimation der von ihm als „private Erbrechtsetzung“ im Gegensatz zum gesetzlichen Erbrecht bezeichneten Vermögenswidmung durch Stiftungserrichtung.⁴²

Wie wirksam dieses affirmative Grundverständnis des Rechts zu vererben innerhalb der deutschen Rechtswissenschaft ist, lässt sich an Verlauf und Richtung der kurzen, aber ausgreifenden Debatte über den sogenannten digitalen Nachlass ablesen. Dabei ging es um die Frage, ob digitale Rechtsverhältnisse infolge der Nutzung von Mitteilungsdiensten und sozialen Netzwerken wie Facebook mit dem Tod des Nutzers erlöschen oder auf die Erben übergehen. Soweit ersichtlich ist die Frage in der Wissenschaft erstmals im Jahr 2005 aufgeworfen worden.⁴³ Geradezu reflexhaft hatte sich in der Folge im Rechtsdiskurs nahezu einhellig die Auffassung durchgesetzt, dass es eine erbrechtliche Nachfolge in die digitalen Rechtsverhältnisse geben solle, und zwar auch dann, wenn persönlichkeitsbezogene Inhalte in Rede stehen.⁴⁴ So war es dann auch keine Überraschung, dass sich der BGH, als er im Jahr 2018 erstmals darüber zu entscheiden hatte, eindeutig zugunsten der Vererblichkeit digitaler Inhalte aussprach und dem Recht zu vererben damit weiteres Terrain eröffnete.⁴⁵

⁴⁰ *Lange*, Erbrecht, 1. Aufl. 2011 (2. Aufl. 2017), § 3 Rn. 26.

⁴¹ *Lange* (Fn. 40), Kap. 19 (§§ 78-82).

⁴² *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014.

⁴³ *Hoeren*, NJW 2005, 2113.

⁴⁴ So noch vor der Entscheidung des BGH MünchKommBGB/*Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 1922 Rn. 24 ff.; *Seidler*, Der digitale Nachlass, 2016, S. 81 ff und 134 ff.; *Herzog*, NJW 2013, 3745 (3749 f.); *Bock* AcP 217 (2017), 370 (375 ff.); *Budzikiewicz*, AcP 218 (2018), 559 (564 ff.); *Willems* ZfPW 2016, 494 (508 ff.); anders *Martini* JZ 2012, 1145 (1153 f.).

⁴⁵ BGH, Urteil vom 12.7.2018, NJW 2018, 3178 (3179). Entsprechend groß war auch der Zuspruch zu dem Urteil; siehe nur *Lieder/Bernreith*, FamRZ 2018, 1486: „hat höchsten Beifall verdient“; für eine Gegenseit *Martini/Kiehnle*, JZ 2019, 519 ff.

2. Kontinuitätsbetont

Bestärkt wird diese affirmative erbrechtliche Leiterzählung durch die Betonung der Geschichtlichkeit des Erbrechts. Der lange Arm der historischen Rechtsschule⁴⁶ reicht in die gängigen erbrechtlichen Argumentationsmuster. Es heißt, dass sich das Erbrecht „überall besonders langsam entwickelte“.⁴⁷ Das Erbrecht gilt zumeist als statisches Rechtsgebiet, das „kein rasches Hin und Her“ verträgt.⁴⁸ Vielmehr wirkten im Erbrecht besondere „Beharrungskräfte“⁴⁹, ganz im Einklang mit der Beobachtung von *Jens Beckert* zur *longue durée* erbrechtlicher Argumentationsverläufe.⁵⁰ Wenn die Rechtswissenschaft schon thematisch umgrenzten Reformüberlegungen, etwa zu den Testierformen oder zu Einzelfragen der gesetzlichen Erbfolge, mit solchen Kontinuitätsbetonungen begegnet, wird verständlich, warum sich die Frage nach der Legitimation des Erbrechts im Verlauf des 20. Jahrhunderts immer weniger gestellt hat.

Die Geschichte des Erbrechts wird aber nicht nur im Sinne eines „schon immer“ als Nachweis seiner Gewachsenheit verwendet. Die Geschichte wird auch in die Gegenrichtung verwendet, um zu beweisen, dass sich die private Erbfolge ohnehin nicht einfach abschaffen lasse. Ein gängiges Argumentationsmuster geht dahin, dass die Abschaffung des Erbrechts durch die Oktoberrevolution im Jahr 1917 „jämmerlich“ gescheitert ist, was wiederum als Beleg dafür gilt, dass man das Erbrecht nicht einfach „wegreformieren“ könne.⁵¹ Oder mit den Worten von *Wolfgang Däubler*: „In der bisherigen his-

⁴⁶ Dazu zuletzt *Haferkamp*, Die historische Rechtsschule, 2017.

⁴⁷ *Schmoeckel*, Erbrecht, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 1.

⁴⁸ *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (211). – Damit kann allerdings nicht gemeint sein, dass das Erbrecht völlig veränderungsavers wäre; dies hat *R. Zimmermann*, JZ 2016, 321 ff. in Konsequenz seiner historisch-vergleichenden Analysen des Erbrechts eingehend nachgewiesen. Aber es lässt sich doch eine geringere Veränderungsgeschwindigkeit beobachten. Das Erbrecht ist – anders als etwa das Familienrecht – eher von langfristigen Trends denn von disruptiven Ereignissen erfasst.

⁴⁹ *Dutta*, FamRZ 2011, 1829; *Dethloff*, ZEuP 15 (2007), 992 (994); *Herrler*, in: *Base-dow/Hopt/R. Zimmermann* (Hrsg.), Hdwb. Europ. PrivatR, 2009, Artikel Testament, S. 1472 (1473); *Lange* (Fn. 40), § 2 Rn. 5.

⁵⁰ *Beckert*, The Longue Durée of Inheritance Law: Discourses and Institutional Development, Archives européennes de Sociologie 1 (2007), 79 (95 ff.).

⁵¹ Besonders drastisch *Staudinger/Boehmer*, 11. Aufl. 1954, Einl. zum Erbrecht § 5 Rn. 1: hat „zu einem geradezu jämmerlichen Fiasko geführt“; siehe auch *Mertens* (Fn. 20), S. 27: „missglücktes Experiment“; *Stöcker*, WM 1979, 214, 218: „grandios fehlgeschlagen“; genauso *Schmoeckel*, Erbrecht, 3. Aufl. 2014, S. 22: „Experiment“ einer Abschaffung des Erbrechts, die aber zeigte, „dass neben der allmählichen Übertragung des Eigentums auf den Fiskus schnell jeglicher Markt zusammenbrach“; andere Begründungen bei *Lange/Kuchinke* (Fn. 31), S. 2: „Die Weitergabe der eigenen Habe an

torischen Entwicklung haben sich derartige Versuche als völlig unfruchtbar erwiesen.⁵²

Ob diese Argumentationsmuster und die Bilder, die sie von der Geschichte des Erbrechts und seinen Reformdebatten zeichnen, der historischen Wahrheit nahekommen oder ob hier womöglich nur Zerrbilder zu rhetorischen Gebrauchsargumenten geworden sind, wäre eine eigene Untersuchung wert.⁵³ Für unseren Zusammenhang genügt es festzuhalten, dass die rechtswissenschaftliche Leiterzählung zum Erbrecht aus Nacherzählungen zum Erbrecht für sich stetig Argumente schöpft, die die Privaterbfolge als selbstverständlich ausweisen und in einem überzeitlichen Licht erscheinen lassen sollen.

3. Wenig wirkungsinteressiert

Charakteristisch für die heutige Erbrechtswissenschaft ist schließlich eine bestimmte Haltung zu den Wirkungen des Erbrechts. Die affirmative und kontinuieritätsbetonte Leiterzählung spiegelt sich in einem eher oberflächlichen und randständigen Interesse für die soziale und wirtschaftliche Bedeutung des Erbgeschehens wider. Man weiß im Grunde wenig von den Wirkungen des Vererbens. Häufig begegnet die etwas resignierende Feststellung, dass die sozio-demographische Bedeutung des Erbens unzulänglich erfasst sei, genauso wie es an präzisiertem Wissen über Testiergewohnheiten⁵⁴ und über das Aufkommen des Staatserbrechts⁵⁵ fehle. Jedenfalls lasse sich die Annahme, Erbschaften würden generell die soziale Ungleichheit vergrößern, nicht bestätigen.⁵⁶ Entsprechend weit liegen die mehr auf Vermutungen und Vorstellungen

die Angehörigen entspricht jedoch einem so elementaren Bedürfnis des Menschen, dass ihr auch der kommunistische Staat nicht auf Dauer entgegentreten konnte“; genauso *Hattenbauer* (Fn. 22), S. 228: „Nach den Erfahrungen der Sowjetunion hatte man auch in Deutschland gelernt, dass das Erbrecht ein in der Natur des Menschen tief verwurzeltes Motiv hat, welches von jeder Ideologie hingenommen werden muss.“

⁵² *Däubler*, Abschaffung des Erbrechts?, RuG 1974, 43, 46.

⁵³ Siehe für die Privatautonomie *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 91 (100 f.).

⁵⁴ *Dutta* (Fn. 42), S. 12: „empirisch belegbare Aussagen“ zur Bedeutung der gesetzlichen Erbfolge (und damit zur Testierhäufigkeit) sind „nur schwer möglich“; ähnlich *R. Zimmermann*, in: Reid/de Waal/ders. (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, vol. 1: *Testamentary Formalities*, 2011, S. 175 (203 f.).

⁵⁵ Dazu *J. Mayer*, ZEV 2010, 445, 446 Fn. 1; *Röthel*, *Stiftungserbrecht statt Staatserbrecht?*, in: Hüttemann/Rawert/K. Schmidt/Weitemeyer (Hrsg.), *Non Profit Law Yearbook 2007, 2008*, S. 189 (193); Versuch einer Datenerhebung bei *Maletzky*, *Das Erbrecht des Fiskus*, 2001, S. 208 f.

⁵⁶ So *Muscheler* (Fn. 38), Rn. 279. – Für soziologische Gegenseiten siehe nur *Beckert*, *Unverdientes Vermögen* (Fn. 8), S. 26 ff.; *ders.*, *Gesellschaftspolitische Herausforderungen des Erbrechts*, in: *ders.*, *Erben in der Leistungsgesellschaft*, 2013,

gen gestützten Bilder vom Erbgeschehen auseinander: Hatte *Rainer Schröder* im Jahr 1987 noch gemeint, einen „Funktionsverlust“ des Erbrechts beobachten zu können,⁵⁷ konstatierte *Gottfried Schiemann* im Jahr 1995 angesichts der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung des Erbens schon eine „Renaissance des Erbrechts“.⁵⁸ Inzwischen ist die Generation „E“, die „Erbgeneration“⁵⁹ zur Chiffre geworden für vermeintlich gestiegene Erbchancen in der „Erbengesellschaft“⁶⁰; zur selben Zeit warnen andere vor einer „Erbschaftsillusion“.⁶¹

Dieser für die Rechtswissenschaft offenbar schwer erfassbaren und unterschiedlich wahrgenommenen Ausgangssituation wird typischerweise dadurch begegnet, dass die Bedeutung präziseren Wissens über Art und Ausmaß des Vermögenstransfers von Todes wegen für das Erbrecht bezweifelt⁶² oder ihre Aussagekraft relativiert wird.⁶³ Über diesen Umweg ist es in der Rechtswissenschaft des späten 20. und beginnenden 21. Jahrhunderts leichthin möglich, die „soziale Frage“, die im ausgehenden 19. Jahrhundert noch eine wesentliche Quelle fundamentaler Erbrechtskritik gewesen ist,⁶⁴ letztlich offen

S. 217 ff.; *Dinkel*, Archiv für Sozialgeschichte 56 (2016), 81 (98 ff.); *Szydlík/Schupp*, Kölner Z. f. Soziologie und Sozialpsychologie 56 (2004), 609 ff.

⁵⁷ *R. Schröder*, Der Funktionsverlust des bürgerlichen Erbrechts, in: Mohnhaupt (Hrsg.), Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts, 1987, S. 281 ff.; dieser Gedanke ist bereits ausgeführt von *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (204 ff.) als Funktionsverlust der erbrechtlichen (Gesamtrechts-)Nachfolge im Verhältnis zu den Sondererfolgen in unternehmerisches, landwirtschaftliches und versorgendes Vermögen.

⁵⁸ *Schiemann*, Die Renaissance des Erbrechts, ZEV 1995, 197–201.

⁵⁹ Siehe schon *Pfeiffer*, FamRZ 1993, 1266: „Generation der Erben“; *Strätz*, FamRZ 1998, 1553: „Erb-Boom“.

⁶⁰ *Julia Friedrichs*, Wir erben, 2015.

⁶¹ Insbesondere *Miegel*, In Kürze: Erben in Deutschland – Volumen, Psychologie und gesamtgesellschaftliche Auswirkungen, hrsg. vom Deutschen Institut für Altersvorsorge, 2002, S. 1 ff.; siehe auch *Nave-Herz*, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 23 (26); *Lange* (Fn. 40), § 3 Rn. 45.

⁶² Besonders deutlich von *Stöcker*, WPM 1970, 774, 782: eine Erbrechtsreform könne keine „Sozialreform“ sein; ähnlich *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (205): „ebenso wenig wie man von den Regeln des BGB über Kauf und Eigentumserwerb verlangt, dass sie der Vermögenskonzentration entgegenwirken, sollte man dieses Ansinnen an das Erbrecht stellen.“

⁶³ *Otte*, AcP 202 (2002), 317 (336); *Lange* (Fn. 40), § 3 Rn. 37: „Das Erbrecht muss kleine wie große Nachlässe gleichermaßen sachgerecht erfassen“; siehe auch schon *Röthel*, 68. DJT 2010, A 13 f., dort allerdings mit der Betonung, dass Einsichten über die soziodemographische Verteilung der Erbchancen „ordnungspolitisch bedeutungsvoll sind“; anders stellte sich die Situation für *Rauscher* (Fn. 36), Bd. I, S. 180–206 dar, der beobachtete, dass die Erbrechtsdiskussion geprägt sei von dem Ruf nach rechtstatistischen Erhebungen (S. 180).

⁶⁴ Ablesbar etwa an den Bewertungen von *Menger*, Das bürgerliche Recht und die

zu lassen: sei es weil sich über die Wirkungen des Erbrechts nichts sicheres sagen lasse, sei es weil es darauf ohnehin nicht ankomme.⁶⁵

4. Detailbezogen

Dies soll nicht heißen, dass es keinen kritischen Erbrechtsdiskurs gibt. Doch richtet sich die Kritik nicht gegen die Privaterbfolge als solche, sondern stößt sich an anderen Punkten. Es gibt ein Unbehagen gegen erbrechtliche „Herrschaft aus dem Grabe“ und „überlange Vermögensbindungen“,⁶⁶ insbesondere durch Begünstigung von Stiftungen.⁶⁷ Es wird auf das unklare

besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. 1908 (1890), S. 214–218. Für *Menger* bedarf es keiner näheren Begründung, dass die Gestaltung des Erbrechts „für die Lagerung der Gesellschaftsschichten innerhalb der Nation, für das Verhältnis zwischen besitzenden und besitzlosen Volksklassen, kurz für den ganzen sozialen Zustand von entscheidendem Einfluss [ist]“ (S. 218). Nachzeichnung bei *R. Schröder* (Fn. 19), S. 33 f.

⁶⁵ In der geringen Aufmerksamkeit gegenüber den Wirkungen des Erbrechts spiegelt sich zugleich die weit geteilte Neigung zu theoretischen, ideenbasierten, überzeitlichen und abstrakten Legitimationen der Privaterbfolge wider (dazu auch noch unten, III.2.a). Die Gegenseit von *Boehmer* (in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. 1954, Einl. ErbR §§ 4 ff.) mit seiner Betonung der Geschichtlichkeit des Erbrechts wird heute in dieser Form soweit ersichtlich nicht mehr vertreten. *Boehmer* verwirft theoretische und vernunftrechtliche Argumentationen zur Begründung des Erbrechts als „empirische Erschleichungen, die sich zu Unrecht rationalen Ursprung und logische Notwendigkeit anmaßen“ (Einl. ErbR § 4 Rn. 1). Die hinter den Entscheidungen für das Erbrecht und die Privaterbfolge stehenden rechtspolitischen Motive ließen sich „nur aus den sozialetischen und sozialwirtschaftlichen Grundanschauungen der Entstehungszeit“ erklären (Einl. ErbR § 4 Rn. 1). Es handele sich um eine „historisch-ethnologisch bedingte, auf Volksanschauung und Wirtschaftsverfassung beruhende rechtspolitische Wertentscheidung“ (Einl. ErbR § 4 Rn. 10). Von einem solchen Verständnis der Privaterbfolge aus konnten Einsichten über die Wirkungen des Erbrechts nicht so leicht von der Hand gewiesen werden, wie dies derzeit der Fall ist mit der Präferenz der Rechtswissenschaft für abstrakte, ideengeprägte Begründungen der Privaterbfolge.

⁶⁶ Siehe etwa *Wilke*, Willensherrschaft und Nachlassbindung, 2017; *Beckert/Rawert*, Im Würgegriff der toten Hand, in: Beckert, Erben in der Leistungsgesellschaft, 2013, S. 37 ff. – In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, ob es dem Erblasser erlaubt oder verwehrt sein soll, durch bedingte Verfügungen Einfluss auf das Verhalten des Erben zu nehmen. Für eine kritische Sicht siehe *Röthel*, AcP 210 (2010), 32 (42 ff.); *Bumke/Roggon*, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie. Privatautonomie in Nähebeziehungen, 2014, S. 255 (174 ff.); dagegen *Gutmann*, NJW 2004, 2347 ff.: Das „nackte“ Interesse des Erben am Vermögen des Erblassers genieße keinen rechtlichen Schutz, und der Erblasser übe daher auch keinen von der Rechtsordnung zu missbilligenden „Druck“ aus; kritisch auch *Kroppenberg*, DNotZ 2006, 86 ff.

⁶⁷ *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014.

Nebeneinander von Erbrecht und Nebenerbrecht hingewiesen,⁶⁸ immer wieder geht es um Begründung und Ausmaß familiärer Mindestteilhabe,⁶⁹ und ab und an begegnen Überlegungen zu der Frage, ob die Privaterbfolge aus Gründen der Praktikabilität nicht schon früher zugunsten des Staates abbrechen sollte.⁷⁰ Ähnlich steht es um die Erbschaftsteuer: Auch sie interessiert die Erbrechtswissenschaft eher am Rande (dazu aber noch eingehend unten, III.1.b, bb).⁷¹

Entscheidend ist, dass in allen diesen Diskursen die Ausgangspunkte des positiven Rechts – also die Privaterbfolge und das Recht zu vererben – nicht in Zweifel stehen. Rechtswissenschaftliche Erbrechtskritik unserer Zeit ist keine theoretische Fundamentalkritik, sondern praxisorientierte Detailkritik. Nicht die Legitimation des Rechts zu vererben, sondern im Gegenteil die Legitimation der im positiven Recht gesetzten Grenzen des Rechts zu vererben interessieren.⁷² Dies zeigt sich auch darin, dass im Zusammenhang mit dem Erbrecht der Begriff „Grundlagen“ anders gefüllt wird. Wenn von den Grundlagen des Erbrechts die Rede ist, geht es nicht um die rechtlichen Grundannahmen, auf denen die Anerkennung des Rechts zu vererben beruht. Vielmehr sind damit im Erbrechtzusammenhang typischerweise die sozialen, wirtschaftlichen und familiären Rahmenbedingungen gemeint, etwa wenn es um die Aufzeichnung und Verarbeitung von Wandel geht.⁷³ Hier hat sich ein erbrechtstypisches Sonderverständnis von den Grundlagen herausge-

⁶⁸ Rechtspolitisch ist dies die Forderung nach einer „Reintegration“ der Sondererfolgen, wie sie bereits von *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (209 f.) erhoben wurde, genauso später *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person beim Todesfall, 1998 und *Rötbel*, 68. DJT 2010, A 31 ff. Mit dieser Frage steht das deutsche Recht nicht allein; rechtsvergleichend *Braun/Rötbel* (Hrsg.), *Passing Wealth on Death. Will-Substitutes in Comparative Perspective*, 2017.

⁶⁹ *Rötbel* (Hrsg.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, 2007; *Rauscher* (Fn. 36), Bd. II; *Otte*, AcP 202 (2002), 317 ff.; *Dauner-Lieb*, DNotZ 2001, 460 ff.; *Henrich*, Testierfreiheit vs. Pflichtteilsrecht, 2000; *Schlüter*, in: FS 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 1047 (1063 ff.). Rechtsvergleichend *Castelein/Foqué/Verbeke* (Hrsg.), *Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society*, 2009; *Henrich/Schwab* (Hrsg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, 2001 und demnächst *R. Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020); *Reid/de Waal/R. Zimmermann* (Hrsg.), *Family Protection*, 2020.

⁷⁰ Dafür *Staudinger/Boehmer*, 11. Aufl. 1954, Einl. § 7 Rn. 21 f.; *Coing*, 49. DJT, 1972, S. A 39; *R. Zimmermann*, *RabelsZ* 79 (2015), 768 (816); dagegen aber *Muscheler* (Fn. 38), Rn. 1342; zur inhaltlichen Ausrichtung des subsidiären Erbrechts des Fiskus *Rötbel* (Fn. 55), S. 189 ff. – Zum gesetzlichen Erbrecht des Staates auch noch unten, III.1.b, aa.

⁷¹ Für veränderte Binnendifferenzierungen aber *Rötbel*, JZ 2011, 222 (227 ff.).

⁷² Auch darauf ist noch einzugehen (unten III.2.b).

⁷³ Siehe *Leipold*, *Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts?*, AcP 180 (1980) 160–211; *Frank/Helms* (Fn. 27), § 1 I: Erbrecht und sozialer Wandel; der Sache nach

bildet, das ein weiteres Mal belegt, wie abgerückt die Fundamentalfrage des Rechts zu vererben geworden ist.

III. Erklärungen

Die affirmative, kontinuierätsbetonte und wenig wirkungsinteressierte Haltung der Erbrechtswissenschaft zum Recht zu vererben lässt sich auf mehrere Gründe zurückführen. Das typische Selbstverständnis der Rechtswissenschaft von ihrem Erkenntnisinteresse sowie ein verbreitetes Selbstverständnis von den Aufgaben des Privatrechts schließen eine Fundamentalkritik des privatrechtlich positivierten Rechts zu vererben zwar nicht aus, erschweren sie aber doch (unten 1.). Vor allem haben die Art und Weise, wie das Recht zu vererben aus den vorpositiven Angriffen hervorgegangen ist und wie sich das Privatrecht im 20. Jahrhundert insgesamt entwickelt hat (unten 2.), die Anerkennung des Rechts zu vererben nachhaltig begünstigt.

1. Kritikhindernde Vorstellungen

a) *Das Recht zu vererben als positives Recht*

Ein naheliegender Grund für die kontinuierätsbetonte, affirmative und wenig wirkungsinteressierte Grundhaltung der jüngeren Erbrechtswissenschaft gegenüber dem Recht zu vererben liegt in der eindeutigen Parteinahme des positiven Rechts zugunsten der Privaterbfolge und den sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Erkenntnisinteresse. Ist es heute rechtswissenschaftlich überhaupt sinnvoll, die Legitimation eines Rechts in Zweifel zu ziehen, das nicht nur einen erheblichen Teil des kodifizierten bürgerlichen Rechts ausmacht, sondern mit Art. 14 Abs. 1 GG ausdrücklich gewährleistet und auch schon mehrfach verfassungsgerichtlich bekräftigt worden ist?⁷⁴ Haben also Kodifikation und Konstitutionalisierung jeder Form von rechtswissenschaftlich ernstzunehmender Fundamentalkritik am Recht zu vererben den Boden entzogen?

Zwar führt Positivierung nicht dazu, dass es jenseits der Affirmation keine rechtswissenschaftlich sinnvolle Haltung gäbe. Doch handelt es sich bei der Positivierung des Rechts zu vererben, wie wir sie kennen, nicht um „irgend-

auch *Lange* (Fn. 40), § 3 („gesellschaftliche Entwicklungen“ als Teil der „Einleitung und Grundlagen“).

⁷⁴ Zur Privaterbfolge BVerfGE 67, 329 (340); 91, 346 (358): Es ist Aufgabe des Erbrechts, den „Fortbestand [des Privateigentums] im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern“ (358).

eine“ Ausformung des Rechts zu vererben durch „irgendeinen“ Gesetzgeber. Wir haben es mit demokratisch-verfassungsgebundener Positivität zu tun. Dadurch haben sich die Zielpunkte rechtswissenschaftlicher Erkenntnis und Kritik verschoben.⁷⁵ Die heutige Rechtswissenschaft muss nicht mehr versuchen, ein allgemeines Recht der Vermögensweitergabe gegen ein Umfeld aus feudal gesetzten Machterhaltungsregeln überhaupt erst zu begründen oder abzusichern, wie dies noch in Zeiten des Vernunftrechts und der historischen Rechtsschule nötig war.⁷⁶ Denn unser positives Recht ist positives Recht im demokratischen Verfassungsstaat. Daher ist auch die Grundentscheidung für ein Recht zu vererben nicht bloß kontingentes, veränderliches, leichthin diskutables oder anfechtbares Recht, sondern inzwischen Frucht eines mit Art. 14 Abs. 1 GG uns selbst gegebenen Versprechens, dass das Erbrecht „gewährleistet“ ist. Fundamentalkritik des Erbrechts wäre also zugleich Fundamentalkritik an Grundentscheidungen des Kodifikationsgesetzgebers und der verfassunggebenden Gewalt.

Es ist daher nachvollziehbar, dass solches Transzendieren von positivem Recht nicht dem überwiegenden rechtswissenschaftlichen Selbstverständnis in kodifizierten demokratisch verfassten Rechtsordnungen entspricht. Vielmehr gilt die Bearbeitung des positiven Rechts im Wege der *Rechtsdogmatik* als eine charakteristische Arbeitsweise⁷⁷ der Rechtswissenschaft.⁷⁸ Das Erkenntnisinteresse ist elementar auf das positive Recht bezogen⁷⁹ und zielt auf

⁷⁵ Die Frage nach den verbleibenden Aufgaben der Rechtswissenschaft im Bereich des Erbrechts begegnet aber explizit bei *Goebel* (Fn. 21), S. 21 ff. mit seiner Festlegung auf eine „geltungstheoretische“ Rechtsdogmatik in Abgrenzung zu „konstitutionstheoretischen“ Verständnissen, die Recht allein als Legislativakte erklären.

⁷⁶ Für Nachzeichnungen der für das 19. Jh. charakteristischen Positivitätsvorstellungen siehe *Jakobs*, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht*, 1983; *ders.*, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, 1992; *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl. 2012, S. 193 ff.; *Haferkamp*, *Die Historische Rechtsschule*, 2017; näher zum Rechtsverständnis von Savigny zuletzt *Bumke*, *Rechtsdogmatik*, 2017, S. 163 ff.

⁷⁷ Was nicht heißen soll, dass sich Rechtswissenschaft über die Arbeitsweise – genauso wenig wie über ihren Gegenstand – exklusiv beschreiben ließe; darauf hat *Kuntz*, *AcP* 219 (2019), 254 ff. aufmerksam gemacht.

⁷⁸ Sie gilt als „Zentrum der Rechtswissenschaft“ (*Schmidt-Aßmann*, in: *FS für P. Kirchhof*, Bd. 1, 2013, § 22 Rn. 8); als „Kerndisziplin der Rechtswissenschaften“ (*Poscher*, in: *FS für Schlink*, 2014, S. 203); als ihr „Kerngeschäft“ (*v. Arnould*, *Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie*, in: *Funke/Lüdemann* [Hrsg.], *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 65 [70]).

⁷⁹ Das positive Recht bildet Gegenstand und Aufgabe der Rechtsdogmatik. Darüber besteht weithin Einigkeit, siehe nur *Bumke* (Fn. 76), S. 56–99; *Waldhoff*, *Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und*

seine ordnende Durchdringung, auf Systematisierung und Begriffsbildung.⁸⁰ Damit geht ein Desinteresse an „Warum-Fragen“ einher.⁸¹ Entsprechend anwendungs- und praxisbezogen gilt die Rechtswissenschaft zumeist,⁸² und so wird sie auch in der Außensicht wahrgenommen.⁸³

Dennoch erklärt sich aus der Bedeutung, die der Rechtsdogmatik unter den Arbeitsweisen der Rechtswissenschaft eingeräumt wird, nicht vollständig, warum es keine rechtswissenschaftliche Fundamentalkritik am Recht zu vererben gibt. Denn es gibt durchaus Bereiche, in denen es der Rechtswissenschaft deutlich wahrnehmbar um Grundsatzkritik, Paradigmenwechsel und Neuorientierung inmitten sorgfältig auskodifizierter und gleichermaßen verfassungsrechtlich durch konservierende Institutsgarantien geprägte Rechtsbereiche geht.⁸⁴ Solche Emanzipation vom positiven Recht begegnet zuweilen im Vertragsrecht, wenn dort die Lösung ausgegeben wird: „Gesetzgebung

Funktionsorientierung, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 17 (22 ff.); *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28 (36 ff.) jeweils m.w.N.

⁸⁰ Statt vieler *Bumke* (Fn. 76), S. 45 ff., dort auch zu Arbeitsweisen, die nicht nur auf eine Rekonstruktion der Praxis, sondern auf eine „Erneuerung der Praxis“ zielen (S. 102 ff.).

⁸¹ Wendung nach *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2017, S. 69 (95).

⁸² Dieser Anwendungsbezug wird etwa betont von *Bumke* (Fn. 76), S. 48 ff., 56 ff., 101 ff.; *Wagner* (Fn. 81), S. 69 (92 ff.); *Gutmann*, JZ 2013, 697; *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (5 f.).

⁸³ Ablesbar an den Hinderungsgründen für Interdisziplinarität; dazu werden insbesondere der Rechtssatzbezug der Rechtsdogmatik, ihre Gebrauchsorientierung und die disziplinäre Autonomie der Rechtsdogmatik gezählt (*Röthel*, Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft: Besichtigung eines Ideals, in: Vieweg [Hrsg.], Festgabe Institut für Recht und Technik, 2017, S. 213 [216 ff.]). Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften gilt als „schwierig, aber möglich“, so *Kirste*, Voraussetzungen von Interdisziplinarität der Rechtswissenschaften, in: ders. (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, 2016, S. 35 ff.; eine höhere Anschlussfähigkeit der Rechtsdogmatik annehmend *Pöcker*, Rechtstheorie 37 (2006), 151 (162 ff.). – Diese „interdisziplinären Hürden“ (*Croon-Gestefeld*, JZ 2019, 340 [344 ff.]) sind zugleich ein weiterer Grund, warum die derzeitige Fundamentaldebatte über das Recht zu vererben nicht ohne Weiteres aus der Soziologie oder der Philosophie (oben I.) in die Rechtswissenschaft hineinwandert, genauso wie *Croon-Gestefeld* es für die ökonomische Piketty-Debatte plausibilisiert hat.

⁸⁴ Rechtsdogmatik und Rechtspolitik bedeuten nicht zwangsläufig einen Gegensatz. Man kann Rechtskritik explizit zu den Aufgaben der Rechtsdogmatik zählen (exemplarisch *K. Schmid*, in: ders. [Hrsg.], Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, S. 9 ff.) oder aber umgekehrt den Geltungsanspruch des positiven Rechts gegenüber der Rechtsdogmatik zurücknehmen, etwa indem für das Zivilrecht von einem „materialen Rechtsbegriff“ ausgegangen wird, der die eine produktiv-kritisch verstandene Rechtsdogmatik als Rechtserzeugungsquelle mitdenkt; in diesem Sinne aus jüngerer Zeit *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28 (54 ff.).

vergeht, Dogmatik besteht⁸⁵. Vor allem begegnet eine dem positiven Recht nicht uneingeschränkt verpflichtete Rechtswissenschaft im Familienrecht, das seit jeher von einer Wissenschaft bearbeitet wird, die ihre Anliegen und Themen mitunter weit vor dem positiven Recht findet.⁸⁶ So bezeichnend die affirmative Grundhaltung der Erbrechtswissenschaft gegenüber dem Recht zu vererben ist, so charakteristisch ist für die Familienrechtswissenschaft eine Grundhaltung, die die Berechtigung staatlicher Regulierung und die Ausrichtung der zentralen familienrechtlichen Institutionen wie Ehe und Elternschaft immer wieder und grundsätzlich in Zweifel zieht.⁸⁷ Dieser markante Unterschied zwischen dem Familienrecht und dem Erbrecht sticht auch deshalb heraus, weil ansonsten eher eine Ähnlichkeit von Erbrecht und Familienrecht betont wird: Häufig werden beide Rechtsgebiete in einem Atemzug genannt, sie werden zusammen unterrichtet und auch wissenschaftlich in vielen Fällen von denselben Personen bearbeitet.⁸⁸ Dass die Rechtswissenschaft nach ihrem Selbstverständnis die Rechtsdogmatik als ihre charakteristische Arbeitsweise ausweist und dass sich ihr Erkenntnisinteresse auf das positive Recht richtet, kann die affirmative Grundhaltung der Erbrechtswissenschaft gegenüber der Privaterbfolge daher nur teilweise erklären.⁸⁹

⁸⁵ *Lobinger*, AcP 216 (2016) 28 (48).

⁸⁶ *Röthel*, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, S. 579 ff.

⁸⁷ Die Familienrechtswissenschaft hat immer wieder die Legitimation und Eignung des staatlichen Rechts zur Gestaltung familiärer Verhältnisse und der Verwirklichung gesellschaftlicher Ordnungsvorstellungen in Zweifel gezogen, etwa in Bezug auf die Regulierung von Paarbeziehungen und Intimität und die Eltern-Kind-Zuordnung; siehe nur *Röthel/Löhnig/Helms*, *Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft*, 2010; *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Paarbeziehung*, 2012; *dies.* (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung*, 2016; *dies.* (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung*, 2014. Dabei wurde auch an zuvor unverrückbar geltenden Paradigmen rechtlicher Strukturierung familiärer Beziehungen gerüttelt: in Bezug auf die Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten, die gemeinsame Sorge getrennt lebender Eltern und zuletzt in der Frage, ob ein Kind nur zwei Eltern haben könne (*Sanders*, *Mehrelternschaft*, 2018; *Röthel*, in: Hilbig-Lugani/Huber [Hrsg.], *Moderne Familienformen*, 2019, 129 ff.).

⁸⁸ Neben Wilfried Schlüter und Karlheinz Muscheler wären etwa Tobias Helms, Anatol Dutta, Martin Löhnig, Christine Budzikiewicz, Saskia Lettmaier und Claudia Mayer zu nennen.

⁸⁹ Im Übrigen gibt es auch innerhalb des Erbrechts Beispiele für Kritikdiskurse an erbrechtlichen Institutionen, die von Positivierungen und Konstitutionalisierung weitgehend unberührt sind. Dies lässt sich am Pflichtteilsrecht ablesen. Ungeachtet der ausdrücklichen Affirmation durch das BVerfG im Jahr 2005 mit der Entscheidung BVerfGE 112, 332 wird die Frage der Legitimation des Pflichtteilsrechts nach wie vor gestellt. Die das BGB seit Langem begleitende Kontroverse ist weder befriedet, noch sind die dahinter stehenden Fragen abschließend beantwortet worden. Die Debatten

b) Das Recht zu vererben als Privatrecht

Die weithin selbstverständlich gewordene affirmative Grundhaltung der Erbrechtswissenschaft gegenüber dem Recht zu vererben wird aber darüber hinaus begünstigt durch ein bestimmtes Verständnis, das die Erbrechtswissenschaft von ihrem Gegenstand, dem Erbrecht, entwickelt hat. Die Frage nach dem „ob“ und „wie viel“ einer Staatsbeteiligung ist aus dem materiellen Erbrecht herausdefiniert worden. Das Muster, nach dem die Trennungslinien bis heute gezogen werden, lautet: Das Erbrecht handelt nur von der Privaterbfolge, der Staatsanteil bestimmt sich durch die auswärts geregelte und dem öffentlichen Recht zugeordnete Erbschaftsteuer.

aa) Privates Erbrecht, Fideikommisse und Staatserbrecht

Dieses Muster deutete sich schon im Umgang mit den adligen Fideikommissen an. Denn mit dem BGB trat ein Erbrecht in Kraft, bei dem Fortbestand oder Abschaffung der adligen Familienfideikommisse nicht als Aufgabe der privatrechtlichen Kodifikation angesehen, sondern als politische Frage dem öffentlichen Recht zugewiesen wurde.⁹⁰ Ein zweites Beispiel für die Unterscheidung zwischen privatem Erbrecht und öffentlichem Staatsanteil ist das gesetzliche Erbrecht des Staates (§ 1936 BGB). Die Entscheidung des BGB für ein unbegrenztes Verwandtenerbrecht ist nicht selbstverständlich: Viele uns umgebende Rechtsordnungen haben anders entschieden und brechen die Verwandtenerbfolge früher ab.⁹¹ Bezeichnend ist aber, dass die deutsche Rechtswissenschaft das Für und Wider eines früheren Abbrechens des Verwandtenerbrechts zugunsten des Staates nicht im Hinblick auf Umverteilung und soziale Ungleichheit diskutiert: Die unbeschränkte Verwandtenerbfolge erscheint ihren Kritikern als unpraktikabel, aufwändig oder unsicher, nicht

haben sich lediglich verlagert und richten sich nun auf die Überzeugungskraft der verfassungsgerichtlichen Festlegung; siehe *Röthel*, *Erbrecht*, 18. Aufl. 2020, § 3 Rn. 3 und demnächst *R. Zimmermann*, *RabelsZ* 84 (2020) (im Erscheinen), unter VIII. 3 c.

⁹⁰ Darauf hat *Gottschalk* (Fn. 20), S. 120 (123 f.) aufmerksam gemacht; Nachzeichnung bei *Eckert*, *Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland. Studien zum Absterben eines Rechtsinstituts*, 1992; *Bayer*, *Sukzession und Freiheit. Historische Voraussetzungen der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Auseinandersetzungen um das Institut der Familienfideikommisse im 18. und 19. Jahrhundert*, 1999.

⁹¹ Dazu zuletzt *Reid/de Waal/R. Zimmermann*, in: dies. (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, vol. 2: *Intestate Succession*, 2015, S. 442 (475 ff.) sowie *R. Zimmermann*, *RabelsZ* 79 (2015), 768 (808 ff.); siehe auch schon *Henrich*, in: *Schwab/Henrich* (Hrsg.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, 2001, S. 371 f.

aber als sozial ungerecht.⁹² Auch darin spiegeln sich die schon angesprochenen Trennungslinien zwischen dem privatem Erbrecht einerseits und der dem öffentlichen Recht zugewiesenen Frage nach dem Staatsanteil wider.

bb) Insbesondere: Privates Erbrecht und öffentlich-rechtliche Erbschaftsteuer

Am deutlichsten zeigt sich die Auslagerung von Umverteilungsfragen aus dem als „privat“ gedachten materiellen Erbrecht im Umgang mit der Erbschaftsteuer. In den systematischen Darstellungen zum materiellen Erbrecht begegnet die Erbschaftsteuer allenfalls als ein Stichwort,⁹³ ohne näher ausgeführt zu werden. Das ErbSchStG, so heißt es bei *Knut Werner Lange*, enthält „öffentlich-rechtliche Normen über die Besteuerung des Erbschaftsanfalles“ und ist „keine Rechtsquelle des Erbrechts.“⁹⁴ Die Rechtswissenschaft – nicht die Rechtspraxis – hat ihren Gegenstand aufgespalten in materielles Erbrecht

⁹² Rechtspolitische Erwägungen, die Verwandtenerbfolge früher abrechnen zu lassen oder anstelle des Staates andere Institutionen zu begünstigen (*Coing*, 49. DJT 1972, A 37 ff., dazu auch schon oben bei Fn. 70), gründen sich vielmehr auf Praktikabilitäts-erwägungen (mühevoller Erbensuche) oder bezweifeln die Vereinbarkeit der Entscheidung des geltenden Rechts mit dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, auch im Hinblick auf die Sicherheit des Nachlasses; dazu *R. Zimmermann*, in: Reid/de Waal/R. Zimmermann [Fn. 91], S. 181 (193 f.). Dem Staat soll also auch mit einem früheren Eintrittsrecht die Rolle des Erben „nicht aus eigener Berechtigung erwachsen, sondern weil der Erblasser ... ‚soziologisch erbenlos‘ ist“, so *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, Bd. II, 1. Tb. 1993, S. 159. Die Erwägung, durch ein früheres Abrechnen der Verwandtenerbfolge die Staatsbeteiligung zu erhöhen, wird dagegen unter Hinweis auf die Möglichkeit der Erbschaftsbesteuerung zurückgewiesen (*R. Zimmermann*, *RabelsZ* 79 [2015], 768 [815]: „Hinzu kommt die Möglichkeit, den Erben die Zahlung einer Erbschaftsteuer aufzuerlegen und dadurch den Staat am Übergang des Vermögens ... teilhaben zu lassen.“). – Anders verläuft die Diskussion offenbar in Lateinamerika, wie *J.P. Schmidt*, in: Reid/de Waal/R. Zimmermann (Fn. 91), S. 118 (156 f.) nachgewiesen hat. Dort wird das frühere Abrechnen der Verwandtenerbfolge zugunsten des Staates ganz offen damit erklärt, die finanziellen Ressourcen des Staates aufzubessern.

⁹³ Typische erbrechtliche Zusammenhänge, in denen die Erbschaftsteuer erwähnt wird, sind die Rechtsquellen des Erbrechts, die Grenzen der Testierfreiheit und das Erbrecht des Staates.

⁹⁴ *Lange* (Fn. 40), § 2 Rn. 15; genauso *Papantoniou*, *AcP* 173 (1973), 385 (399): „Gewiss gehört das Erbschaftssteuerrecht nicht der Privatrechtsordnung an, sondern ist ‚ein Stück des öffentlichen Rechts‘.“ – *Muscheler* (Fn. 38), Rn. 292 betont den Unterschied zwischen der Privaterbfolge und der nur wertmäßigen Beteiligung des Staates am Nachlass und vermag auf diese Weise die Erbschaftsteuer nicht als Durchbrechung des Grundsatzes der Privaterbfolge anzusehen: „Das Erbschaftsteuerrecht führt zwar zu einer wertmäßigen Beteiligung des Staates am Nachlass, aber nur auf dem Wege eines Geldanspruchs, nicht auf dem einer Miterbenstellung des Staates.“

einerseits und Erbschaftsteuerrecht andererseits,⁹⁵ in einen rechtsdogmatisch, durch Bemühen um Begriffe bearbeitbaren Gegenstand einerseits und einen eher gesellschaftspolitischen⁹⁶ und vor allem dem öffentlichen Recht zugeordneten Gegenstand andererseits.⁹⁷ Gerade die Berufung auf die Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht hat das Auseinanderdenken von Erbrecht und Umverteilungsfragen vertieft. Denn in der wissenschaftlichen Bearbeitung wird das Steuerrecht überwiegend der Staats- und Verwaltungswissenschaft zugeordnet⁹⁸ und dort als eigentums- und gleichheitsrelevante Eingriffsverwaltung thematisiert.⁹⁹

Diese von der Erbrechtswissenschaft betriebene Fragmentierung ihres Gegenstandes hat dazu geführt, dass ein zentraler Einwand gegen das Recht zu vererben – es handele sich um ein unsoziales Recht – leichtthin abgewiesen werden kann. „Durch die Erbschaftsteuer ist das Allgemeininteresse gewahrt“, so die Zusammenfassung von *Helmut Coing* in seinem Gutachten für den 49. Deutschen Juristentag 1972.¹⁰⁰ Das materielle Erbrecht erscheint nicht nur als umverteilungsuntauglich,¹⁰¹ es gilt vielmehr ganz grundsätzlich als der

⁹⁵ Exemplarisch bei *Stöcker*, WPM 1970, 774 (776) und schon bei *von Schmitt* (Fn. 20), S. 33 (= Schubert, S. 149): die Erbschaftsteuer sei „im Erbrecht nur zu erörtern, wenn die Höhe der Erbschaftsteuer den Erbrechtsgedanken effektiv auslöschen soll“.

⁹⁶ Dazu *Beckert*, Der Streit um die Erbschaftssteuer, in: *Leviathan* 32 (4), 2004, 543–557.

⁹⁷ Ablesbar etwa an der Ermahnung von *Papantoniou*, AcP 173 (1973), 385 (400), man könne sich kein „zutreffendes Bild von der Funktion des Erbrechts machen“, wenn man „nur die Vorschriften der Zivilrechtsordnung und nicht auch die doppelte Grundlage der Erbschaftssteuergesetzgebung vor Augen [hat].“ – Dieses Auseinanderdenken von materiellem Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht im Hinblick auf ihre dogmatischen bzw. politischen Gehalte wurzelt in der unterschiedlichen Instrumentalisierbarkeit für Vermögensumverteilung. Daher würde sich auch der Erbrechtsgesetzgeber, wenn er mit den Mitteln des materiellen Erbrechts Umverteilungszwecke verfolgen wollte, so *Dutta* (Fn. 42), S. 200 „freilich tief in die Niederungen der Gesellschaftspolitik begeben.“

⁹⁸ Zumeist wird das Steuerrecht daher von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern bearbeitet, deren Lehrstühle dem öffentlichen Recht zugeordnet ist. Eine typische Denomination lautet „Lehrstuhl für öffentliches Recht und Steuerrecht“ oder „Lehrstuhl für öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht“. Privatrechtlich zugeordnete steuerrechtliche Lehrstühle, zumeist mit einem Schwerpunkt im Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht – etwa an der Bucerius Law School (Birgit Weitemyer) an der Universität Bonn (Rainer Hüttemann) – sind die Ausnahme.

⁹⁹ Siehe nur *Leisner*, Erbrecht, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Hdb. StaatsR, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 174 Rn. 27 ff.; *ders.*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Erbschaftsbesteuerung, 1970; *Papier*, Beeinträchtigungen der Eigentums- und Berufsfreiheit durch Steuern, Der Staat 11 (1972), 483 (510 ff.).

¹⁰⁰ *Coing*, 49. DJT 1972, A 40.

¹⁰¹ In den geltenden Institutionen des Erbrechts (Testierfreiheit, gesetzliche Erb-

systematisch falsche Ort für Umverteilungsanliegen.¹⁰² In vertrauter Zuspitzung steht das materielle Erbrecht für Eigentum und Freiheit, das dem öffentlichen Recht zugeordnete Erbschaftsteuerrecht hingegen für Solidarität.¹⁰³

Zumeist verläuft die Argumentation aber ohnehin in die entgegengesetzte Richtung, und zwar sowohl in der Privatrechtswissenschaft als auch in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht. Im Einklang mit der affirmativen und kontinuieritätsbetonten Leiterzählung zugunsten der Privaterbfolge wird die Erbschaftsteuer in der Privatrechtswissenschaft überwiegend kritisch gesehen und ihre Abschaffung oder jedenfalls Senkung empfohlen.¹⁰⁴ Nicht viel anders sieht es dort aus, wo die Erbschaftsteuer vorwiegend bearbeitet wird: Auch aus der Perspektive des öffentlichen Rechts geht es eher darum, sich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und rechtspolitischen Legitimierbarkeit der Erbschaftsteuer zu versichern.¹⁰⁵ Dies wird mit der Individualpers-

folge, Pflichtteilsrecht) hängt die Umverteilungswirkung des Erbrechts vom Willen der am Erbgeschehen Beteiligten ab, insbesondere dem Willen des Erblassers, und sie können ohnehin immer nur eine Umverteilung innerhalb der Familie bewirken; näher *Dutta* (Fn. 42), S. 252 ff.

¹⁰² *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person, 1998, S. 4; *Rauscher* (Fn. 36), Bd. I, S. 171 ff.

¹⁰³ *Rückert* hat solche Positionen, bei denen für einen Bereich – das private Vermögensrecht – Freiheit, für einen anderen Bereich – das öffentliche Recht – hingegen Solidarschutz reklamiert wird, als „bereichs-freiheitlich“ charakterisiert (*Rückert*, in: Klippel [Hrsg.], Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, S. 135 [162 ff.]). Als exemplarisches Beispiel gilt ihm das Verständnis von *Savigny* mit seiner Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht sowie von Vermögensrecht und Familienrecht (*Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, §§ 53–56).

¹⁰⁴ Eindrücklich schon *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (170 ff.): Die „Grenzen einer systemverträglichen Erbschaftssteuer [sind] längst überschritten“; siehe auch Münch-KommBGB/*ders.*, 7. Aufl. 2017, Einl ErbR Rn. 208: „Hoffnungen, die neuere Entwicklung könnte zu einer Abschaffung der Erbschaftsteuer führen, erfüllten sich nicht, obwohl dafür gute Gründe sprechen“; *Lange* (Fn. 40), § 2 Rn. 20: Die mit der Erbschaftsteuer tradierte Vorstellung, es gebe einen Anteil des Staates am Erbgut, sei „überholt“; kritisch auch *Papantoniou*, AcP 173 (1973), 385 (400): je nach der Größe des Vermögens könne die Testierfreiheit durch die Erbschaftsteuer zu einem „fiktiven Begriff“ werden. Aus anderen Gründen kritisch *Ritter*, BB 1994, 2285 ff.: „gesellschaftlicher Schaden ist höher als ihr fiskalischer Nutzen“ (2291); skeptisch auch *Depenheuer*, JZ 2007, 1020: aus „pragmatischen Gründen“ wäre eine Abschaffung der Erbschaftsteuer „mehr als nur erwägenswert“; für eine Gegenseite *Eckert*, Darf der Gesetzgeber die Erbschaftsteuer abschaffen?, in: FS für Spiegelberger, 2009, S. 79 ff. *Muscheler* (Fn. 38), Rn. 223.

¹⁰⁵ *Leisner* (Fn. 99), § 174 Rn. 29 ff.; *Papier*, Der Staat 11 (1972), 483 (510 ff.). Nachzeichnung der älteren Debatten bei *D. Frank*, Geschichte und System der Erbschaftsteuer, 1968, S. 91–129; außerdem *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 869 ff.; *Ritter*, BB 1994, 2285 (2286 ff.) sowie die Darstellung der zentralen Argumente bei *B. Fischer*, StuW 1978, 345 ff.

pektive der Grundrechte erklärt.¹⁰⁶ Umverteilung und soziale Gerechtigkeit, also Fragen der Makroperspektive, haben keinen festen grundrechtsdogmatischen Platz, sondern gelangen bislang allenfalls über Sondervoten in das verfassungsrechtliche Gespräch.¹⁰⁷

2. Anerkennungsbegünstigende Umstände

Dass es keine Fundamentalkritik des Rechts zu vererben in der Rechtswissenschaft gibt, lässt sich jedenfalls teilweise mit typischen Selbstverständnissen der Rechtswissenschaft von ihrem Erkenntnisinteresse und ihrem Gegenstand erklären. Hinzu kommen spezifische materiale Vorstellungen über das Erbrecht, die die Anerkennung eines Rechts zu vererben begünstigen und die es also naheliegen, eher für das Recht zu vererben einzutreten als dagegen.

a) Vielfalt nebeneinander stehender Legitimationsansätze

Ein erster anerkennungsbegünstigender Umstand liegt darin, dass der Diskussionsprozess, aus dem das Recht zu vererben mit der Kodifikation durch das BGB hervorgegangen ist, letztlich zu mehreren Legitimationsansätzen geführt hat.

Wenn wir heute davon ausgehen, dass sich in Deutschland mit dem ausgehenden 19. Jahrhundert ungeachtet aller Anfechtungen ein überwiegender Konsens¹⁰⁸ über die Legitimierbarkeit und Richtigkeit der Privaterbfolge herausgebildet hatte, dann wissen wir, dass dieser überwiegende Konsens eigentlich nur oberflächlich war. Er bezog sich mehr auf das Ergebnis als auf die Gründe für die Anerkennung der Privaterbfolge überhaupt. Indes bestand

¹⁰⁶ Dazu *Moers*, JZ 2017, 858 (860).

¹⁰⁷ Beginnend bei BVerfGE 93, 121, 149 (162) – Sondervotum *Böckenförde*: „Die Abschaffung echter Vermögenssteuern ... beschneidet empfindlich das staatliche Potential sozialer Korrekturmöglichkeiten gegenüber der Selbstläufigkeit gesellschaftlicher Entwicklungen“; fortgesetzt in BVerfGE 138, 136 (252) – Sondervotum *Gaier/Masing/Baer*: „Die Erbschaftsteuer ist ein Beitrag zur Herstellung sozialer Chancengleichheit ..., ... zugleich ein Instrument des Sozialstaats um zu verhindern, dass Reichtum in der Folge der Generationen in den Händen weniger kumuliert und allein aufgrund von Herkunft oder persönlicher Verbundenheit unverhältnismäßig anwächst.“

¹⁰⁸ Indes hat *R. Schröder* (Fn. 19) nachgewiesen, dass die Legitimation des Erbrechts im ausgehenden 19. Jahrhundert nicht so eindeutig und überwiegend geklärt war, wie dies im Nachhinein, auch aufgrund der knappen und mit deutlichem Überlegenheitsgestus formulierten Entwurfsbegründung von *von Schmitt* (Fn. 20) erscheinen mag. Gleichwohl dürfte die Anerkennung der Privaterbfolge und damit des Rechts zu vererben der weitaus überwiegenden Zeitströmung entsprochen haben.

in der Frage, welcher einzelnen Idee das Recht zu vererben seine Anerkennung verdanke, auch an der Wende zum 20. Jahrhundert kein Einvernehmen. Dies haben *Helmut Klippel* und *Jens Beckert* eindrücklich nachgezeichnet.¹⁰⁹ Die Rechtsphilosophie des 18. und 19. Jahrhunderts hinterließ Zweifel an der naturrechtlichen Begründbarkeit der Testierfreiheit und damit daran, ob Eigentümerfreiheit und Erblasserwille als ideeller Ausgangspunkt für das Erbrecht dienen könnten. Zudem war im Verlauf des 19. Jahrhunderts die Familie als zweite Begründungslinie für das Recht zu vererben in den Blick gekommen.¹¹⁰ Ob Ausdruck natürlicher Freiheit oder positiver Klugheit,¹¹¹ ob Weiterführung des Eigentums oder Verwirklichung des Familiengedankens – die Verfasser des BGB konnten bei der Kodifikation des Rechts zu vererben auf mehrere Begründungen zurückgreifen. Doch war dieses Begründungsangebot – als Ausdruck von Freiheit oder als Ausdruck von Bindung, über das Individuum oder über die Familie – in sich spannungsreich, wenn nicht sogar widersprüchlich: Heute werden Freiheit und Bindung, individueller Wille und familiäre Solidarität in Bezug auf das Erbrecht in erster Linie als Gegensätze verstanden, die in Ausgleich zu bringen sind.

Die Unsicherheit über die Wurzeln der Privaterbfolge hat aber nicht dazu geführt, dass die Privaterbfolge in den Debatten des 20. Jahrhunderts angreifbarer geworden ist. So paradox es klingt: Eher ist das Gegenteil eingetreten. Das Recht zu vererben wird heute als Ausdruck von zwei Grundgedanken – der Eigentümerfreiheit einerseits und der familiären Bindung andererseits – gesehen.¹¹² Beide Legitimationsquellen des Rechts zu vererben stehen nebeneinander, und das Erbrecht wird insgesamt als Ausdruck eines praktikablen,

¹⁰⁹ *Klippel*, ZRG Germ. Abt. 101 (1984), 117–168; *Beckert* Unverdientes Vermögen (Fn. 8), S. 67–81; siehe auch *Auer*, AcP 216 (2016), 239 (270 ff.), dort auch mit der Ermahnung, es gelte, „sich den beträchtlichen fiktiven Gehalt zu vergegenwärtigen, der in der heutigen ganz unhinterfragten Konstruktion der Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie steckt“ (271), da es „schlicht keine kohärente Begründung des Erbrechts [gibt], die sich ausschließlich und ohne fiktive Hilfskonstruktionen auf die Privatautonomie des Erblassers stützen lässt“ (272).

¹¹⁰ Zum Vorstehenden *Klippel*, ZRG Germ. Abt. 101 (1984), 117 (136 ff.).

¹¹¹ So das Resümee von *Mertens* (Fn. 20), S. 26; ähnlich *Beckert*, Unverdientes Vermögen (Fn. 8), S. 76 ff.: „entpolitisiertes Selbstverständnis“ der Entwurfsarbeit. Dennoch ist bemerkenswert, wie eingehend sich *von Schmitt* mit der Erbrechtskritik des 18. und 19. Jahrhunderts auseinandersetzt und bewusst dem Einwand entgegentrat, „der Entwurf werde die erwähnte Frage [nach der Berechtigung des Erbrechts, Anm. der Verfasserin] übergehen“, siehe *von Schmitt* (Fn. 20), § 8 (= Schubert, S. 144).

¹¹² Vorwiegend familiäre Erklärungen finden sich bei *Boehmer*, *Bartholomeyczik*, *Schlüter* und *Otte*; exemplarisch für eine vorwiegend eigentumsbezogene (liberale) Erklärung des Erbrechts kann auf *Leipold*, *Muscheler* und *R. Zimmermann* verwiesen werden.

wengleich spannungsreichen Kompromisses dieser beiden Grundgedanken gedeutet.¹¹³ So heißt es etwa bei *Lange/Kuchinke*: Das Erbrecht „gründet sich nach seiner Herkunft und seinen sozialen Aufgaben im Familienrecht“, es „baut jedoch seiner Grundhaltung nach auf der Freiheit des Erblassers auf.“¹¹⁴

Die anfängliche Unsicherheit über den vernunftrechtlichen Untergrund des Rechts zu vererben ist im Zeitalter des positiven Rechts also inzwischen vergessen. Bemerkenswerter Weise ist das Erbrecht daraus gestärkt hervorgegangen. Will man heute einer Abschaffung der Privaterbfolge das Wort reden, muss man sowohl gegen das Eigentum und den Erblasserwillen als auch gegen familiäre Solidarität eintreten. Die frühere Unsicherheit über die Begründbarkeit des Rechts zu vererben, die die Wissenschaft des 18. und 19. Jahrhunderts so angeregt hat, dass wir seither zwei Begründungslinien für das Recht zu Vererben kennen, hat das Erbrecht gegen Legitimationszweifel geradezu immunisiert. Aus seiner wechselvollen Deutungsgeschichte ist das Erbrecht gestärkt hervorgegangen. Und wie es aussieht, wird das legitimatorische Fundament des Rechts zu vererben sogar immer noch breiter. Nach *Inge Kroppenberg* ist die Testierfreiheit als Privatautonomie von Todes wegen stärker als bisher in die Nähe zur lebzeitigen Privatautonomie zu rücken,¹¹⁵ und *Reinhard Goebel* plädiert für eine Rekonstruktion als Persönlichkeitsrecht.¹¹⁶ Entsprechend größerer Aufwand ist nötig, um Fundamentalkritik am Recht zu vererben zu üben. Dass diese Begründungen eigentlich auf unvereinbaren Wertordnungen beruhen und in sich widersprüchlich und spannungsreich sind, wird nicht als problematisch empfunden. Die pragmatische Grundhaltung, die sich der BGB-Gesetzgeber bei der Kodifikation des Erbrechts zu eigen gemacht hat,¹¹⁷ prägt bis heute den Rechtsstil der deutschen Erbrechtswissenschaft, die es ähnlich vermeidet, zwischen den angebotenen Deutungen entscheiden zu müssen.

¹¹³ Etwa bei *Hattenbauer* (Fn. 22), S. 225: das BGB suchte den „praktikablen Kompromiss“; *Kipp/Coing* (Fn. 31), S. 7: „Ausgleich“ zwischen der Testierfreiheit und der Familienerbfolge als den beiden „materialen Prinzipien des Erbrechts“.

¹¹⁴ *Lange/Kuchinke* (Fn. 31), S. 4. Ähnlich kumulierend argumentiert *Canaris*, in: FS für Lerche, 1993, S. 873 (877), wenn er das Erbrecht als Notwendigkeit der Privatrechtsgesellschaft und ihrer Marktordnung, zugleich als Ausdruck eines „fundamentalen Gebots der Achtung vor der Person und ihrer Privatautonomie“ und schließlich mit der Familie, den Angehörigen und ihrer Versorgung erklärt (Abschaffung des Erbrechts wäre ein „tiefer Eingriff in die elementare persönliche Sphäre“).

¹¹⁵ *Kroppenberg* (Fn. 18).

¹¹⁶ *Goebel* (Fn. 21).

¹¹⁷ „Aufgabe des BGB-Gesetzgebers war es nach eigener Einschätzung nicht, Sozialreform zu betreiben“, so die Zusammenfassung von *R. Zimmermann*, Pflichtteil und Noterbenrecht in historisch-vergleichender Perspektive, *RebelsZ* 84 (2020) (im Erscheinen) bei Fn. 107.

b) Gleichklang mit unserem Bild von der Privatrechtsentwicklung

Eine letzte Erklärung, warum es in der Rechtswissenschaft keine Fundamentalkritik des Rechts zu vererben gibt, hat mit unserem Bild von der generellen Richtung der Privatrechtsentwicklung zu tun. Die Geschichte des deutschen Privatrechts, zumal des nachkonstitutionellen Privatrechts, lässt sich erzählen als eine Geschichte der immer weiter fortschreitenden Betonung individueller Freiheit und der zunehmenden Eröffnung privatrechtsförmiger Selbstbestimmung.¹¹⁸ Dies entspricht der für das Privatrecht als charakteristisch angesehenen regulativen Grundidee, der Privatautonomie.¹¹⁹ Im Privatrecht wird das Recht gemeinhin von den privaten Akteuren aus gedacht.¹²⁰ Daher ist es der Privatrechtswissenschaft zumeist intuitiv eher darum zu tun, das normative Fundament individueller Rechte zu stärken als nach einem starken Staat zu rufen. Für das Erbrecht ist dies daran abzulesen, dass sich Erbrechtskritik, die es ja durchaus gibt,¹²¹ gerade nicht gegen das Recht zu vererben richtet, sondern vielmehr umgekehrt die positiv gesetzten Grenzen dieses Rechts in Zweifel zieht: Ist es etwa richtig, so wird gefragt, dem Erblasser zu verwehren, mit der Gestaltung des Testaments Verhaltenserwartungen (etwa in Bezug auf die Eingehung einer Ehe) durchzusetzen und dadurch „Druck“

¹¹⁸ Auch wenn solche „großen Erzählungen“ die Realität der Rechtsentwicklung und die Fülle der gleichzeitigen Diskursfäden und Mechanismen kaum treu wiedergeben, sind sie bedeutsam als Bezugspunkte von Selbstverständnissen sowie zur Strukturierung von Zeiträumen und Geisteshaltungen; dazu *Bumke*, in: Marsch/Münkler/Wischmeyer (Hrsg.), Apokryphe Schriften. Rezeption und Vergessen in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht, 2019, S. 47 (49–51).

¹¹⁹ „Zentrales Prinzip für das Privatrecht der Moderne ist die Privatautonomie“, so für viele *Hofer*, in: Collin u.a. (Hrsg.), Selbstregulierung im 19. Jahrhundert – zwischen Autonomie und staatlichen Steuerungsansprüchen, 2011, S. 63 ff.; siehe im Übrigen *Canaris*, in: FS für Lerche, 1993, S. 873 ff.; *Auer*, Der Privatrechtsdiskurs der Moderne, 2014, S. 13 ff. und die Nachzeichnung bei *Röthel*, in: *Bumke/Röthel* (Fn. 53), S. 91 ff. Dies schließt die Einsicht in „Transfers“ und „publizistische Durchwirkungen“, etwa durch Gemeinwohlsicherungen im Vertragsrecht, nicht aus; dazu *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 ff. Nach *Kiehnle*, ZRG Kan. Abt. 104 (2018), 346 ff. liegen die Wurzeln des Begriffs „Privatautonomie“, wie er im 19. Jh. in der deutschen Rechtswissenschaft üblich wurde, im Ringen um die Religionsfreiheit seit dem 16. Jh.

¹²⁰ Beispielhaft *Lobinger*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 99 (102 ff.); aus der Außensicht etwa *Bumke* (Fn. 76), S. 118 f. – Ob diese betont individualistische Sichtweise noch oder jemals eine realitätsgetreue, vollständige Beschreibung der mit dem Privatrecht tatsächlich verwirklichten Anliegen verbürgt, lässt sich allerdings bezweifeln. Rückblickende Differenzierungen bei *Rückert* (Fn. 103); die Selbstreflexion über die „Unzulänglichkeit[en]“ dieser Sichtweise betont *Auer* (Fn. 119), S. 167.

¹²¹ Dazu schon oben, II. 4.

auf den Erben auszuüben?¹²² Ist es wirklich notwendig, dass der Erblasser höchstpersönlich über die Erbfolge entscheiden muss und die Bestimmung des Erben nicht einem Dritten übertragen kann?¹²³ Und seit langem schon steht die Frage nach der Legitimation des Pflichtteilsrechts im Raum.¹²⁴ Darin kommt zum Ausdruck, wie selbstverständlich das Recht zu vererben inzwischen zu den „elementaren Grundbedingungen einer privatautonomen Rechtsordnung“¹²⁵ gezählt wird und als Bestandteil der „Privatrechtsgesellschaft“¹²⁶ gilt.

Diese erbrechtsfreundliche Grundhaltung steht im Einklang mit der großen Entwicklung, die das Privatrecht seit Inkrafttreten des BGB bei der Verwirklichung der Privatautonomie erfasst hat. Auch wenn in vertragsrechtlichen Kreisen immer mal wieder besorgt das Ende der Privatautonomie prophezeit wird,¹²⁷ ist der Raum, den der Einzelne mit den Mitteln des Rechts nach seinem Willen gestalten kann, kontinuierlich größer geworden.¹²⁸ So manche Konstruktion, die anderen Rechtsordnungen noch bis weit in das 20. Jahrhundert schwer vorstellbar war, erscheint uns heute so vertraut, dass wir gar nichts Exzeptionelles mehr daran bemerken: etwa dass Forderungen abgetreten, ganze Verträge übertragen oder auch zugunsten Dritter geschlossen werden können.¹²⁹

Diese Entwicklung hat es mit sich gebracht, dass die Anerkennung rechtlich erheblicher Willensmacht zunehmend davon gelöst wurde, ob die Folgen des Wollens noch selbst erfahren werden. Seit jeher steht das BGB auf dem

¹²² Dazu bereits oben, Fn. 66.

¹²³ Diese Frage stellen *Kleinschmidt*, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, 2014, S. 305 ff.; *Muscheler* (Fn. 38), Rn. 558 ff.; *R. Zimmermann*, „Quos Titius voluerit“ – Höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder „powers of appointment“?, 1991; für eine Gegenseite *Großfeld*, JZ 1968, 111 ff.; *Röthel*, in: Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 85 (95 f.); Rekonstruktion über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht bei *Goebel* (Fn. 21), S. 294 ff., 307 ff.: Sicherung der „Todesverarbeitung“.

¹²⁴ Siehe schon oben Fn. 69.

¹²⁵ *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 220.

¹²⁶ *Canaris*, in: FS für Lerche, 1993, S. 873 (877 f.).

¹²⁷ Statt vieler: *Reppen*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2008, S. 13 ff.; *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994; *Picker*, JZ 2002, 880 ff.

¹²⁸ *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Fn. 53), S. 91 (103 ff.).

¹²⁹ Für das deutsche Recht gehen diese Entwicklungen maßgeblich auf die Schriften von *Bähr*, Zur Zessionslehre, Jher. Jb. 1 (1857), 351 ff. und *Windscheid/Kipp*, Pandekten Bd. II, 9. Aufl. 1906, § 329 zurück; zur Rechtsentwicklung *R. Zimmermann*, The Law of Obligations, 1996, S. 34 ff., 58 ff.

Standpunkt, dass Willenserklärungen, Vollmachten und Auftragsverhältnisse im Zweifel wirksam bleiben, auch wenn der Erklärende, Bevollmächtigende oder Auftraggeber verstirbt oder geschäftsunfähig wird (§§ 130 Abs. 2, 168 S. 1, 672 S. 1 BGB). Aus dieser Grundentscheidung haben sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts ohne größere Brüche und damit grundsätzlich anders als in den romanischen Rechtsordnungen und im anglo-amerikanischen Recht¹³⁰ die sogenannten Vorsorgevollmachten und die Patientenverfügung¹³¹ entwickelt. Auf derselben Annahme beruht es, wenn das geltende Recht die Zulässigkeit einer postmortalen Organtransplantation entscheidend an den erklärten oder vermuteten Willen des Organspenders knüpft.¹³²

Die Selbstverständlichkeit, mit der ein Recht zu vererben heute anerkannt wird, steht im Einklang mit dieser Expansion, deren Ende nicht abzusehen ist. Angesichts der Wirkmächtigkeit dieser Entwicklung erschiene es anachronistisch, heute für eine Abschaffung des Rechts zu vererben einzutreten. Auch wird erklärlich, warum es inzwischen so wenig exzeptionell anmutet, wenn mit dem Recht zu vererben die Anerkennung des Willens eines Toten eingefordert wird.¹³³ Für die heutige Rechtswissenschaft liegt darin – im Gegensatz zu dem in der Philosophie derzeit formulierten Standpunkt – weder

¹³⁰ Siehe nur die Länderberichte in: *V. Lipp* (Hrsg.), *Handbuch der Vorsorgeverfügungen*, 2009, §§ 22 ff. sowie *Röthel*, *FamRZ* 2004, 999 ff.

¹³¹ Näher *Röthel*, *AcP* 211 (2011), 196 ff. m.w.N.

¹³² Nach geltendem Recht ist eine Organentnahme zulässig, wenn sie entweder auf einen tatsächlich erklärten Willen des Betroffenen zurückgeführt werden kann (Einwilligung, siehe § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 TPG) oder wenn sie dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen entspricht, der von den nächsten Angehörigen zur Geltung gebracht werden kann (sog. erweiterte Zustimmungslösung, § 4 Abs. 1 S. 3 TPG). Unabhängig davon, welches Todeskonzept dabei für das Recht zugrunde gelegt wird (sogenannte Hirntod-Debatte; siehe nur *Firnkorn* [Hrsg.], *Hirntod als Todeskriterium*, 2000; *Schlich/Wiesemann* [Hrsg.], *Hirntod. Zur Kulturgeschichte der Todesfeststellung*, 2001 [2. Aufl. 2015]), und wie stark die Rechtmäßigkeit der Organentnahme an eine tatsächlich erklärte oder eine nur vermutete Zustimmung des Betroffenen geknüpft wird (enge oder erweiterte Zustimmungslösung, Widerspruchslösung), steht hinter dem Regelungskonzept des TPG die Vorstellung, dass das Recht zur Selbstbestimmung über den eigenen Körper hinauswirkt über den eigenen Tod. Zum Ganzen *Rixen*, *Lebensschutz am Lebensende*, 1999 sowie *Höfling*, *JZ* 1995, 26 ff.; *Seewald*, *VerwArch.* 88 (1997), 199 ff.; *Schachtschneider/Siebold*, *DÖV* 2000, 129 ff.; *Forkel*, *JURA* 2001, 73 ff.; zuletzt zur Widerspruchslösung *McColgan*, *JZ* 2018, 1138 ff.

¹³³ Die Erklärung der Testierfreiheit mit Entwicklungen der lebzeitigen Privatautonomie kann sich allerdings als ambivalent erweisen. Die Erfahrung lehrt, dass dies auch zu einer Delegitimation der Testierfreiheit beitragen kann. Deshalb tritt *Kroppenberg* (Fn. 18), insbes. S. 57–127 dafür ein, die Testierfreiheit als selbständige, neben der lebzeitigen Privatautonomie stehende Ausprägung von Privatautonomie zu begreifen.

eine Fiktion¹³⁴ noch eine Täuschung¹³⁵. Vielmehr ist es nur ein Beispiel unter mehreren dafür, dass es dem Privatrecht nicht fremd ist, Selbstbestimmung unabhängig davon zu gewährleisten, ob das Gewollte (noch) selbst erfahren wird.¹³⁶

IV. Ausblick: Zum produktiven Potential fundamentaler Erbrechtskritik

Nimmt man all dies zusammen, so lassen sich viele Erklärungen dafür geben, warum sich für die deutsche Rechtswissenschaft die Grundsatzfrage nach dem „ob“ eines Rechts zu vererben seit Langem nicht mehr stellt. Die affirmative und kontinuierlichbetonte Haltung der Rechtswissenschaft zum Recht auf Vererben ist erklärlich als ein wesentlich vom positiven Recht geleitetes Erkenntnisinteresse, das sich von der theoretischen Grundsatzfrage weg zu praktischen Detailfragen verlagert hat. Zugleich wird die unausgesprochene Affirmation des Rechts zu vererben begünstigt durch die Fülle nebeneinander bestehender Legitimationsformeln (oben III.2.a) und durch den Gleichklang mit unserem Bild von der allgemeinen Privatrechtsentwicklung (oben III.2.b).

Und doch ist es für die Rechtswissenschaft nicht nur drängend, sondern auch produktiv, sich der andernorts formulierten Erbrechtskritik zu stellen. Dass eine das Recht elementar betreffende Frage, die zur Zeit in den Geistes- und Sozialwissenschaften vermehrt und ernsthaft diskutiert wird, von der Rechtswissenschaft zurückgewiesen wird, kann leicht als Überlegenheitsgestus missverstanden werden. Zugleich machen die geradezu reflexhaften Affirmationen (oben II.) spürbar, dass die außerhalb des Rechts formulierten fundamentalen Fragen (oben I.) die Erbrechtswissenschaft mit unbequemen Einsichten über die Kontingenz und die politische Natur ihres Gegenstands konfrontiert. Die grundlegende Frage nach den inneren Gerechtigkeitsgrün-

¹³⁴ Darin liegt nach Ansicht des Philosophen *Steiner* (Fn. 6), S. 259 ff. der zentrale Einwand gegen die Anerkennung eines Rechts zu vererben. Der Rechtswissenschaft ist die Verknüpfung von Testament und Fortlebensfiktionen zwar nicht fremd (siehe schon *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, § 57 [S. 381]; zuletzt *Auer*, AcP 216 [2016], 239 [271 f.]: „beträchtlicher fiktiver Gehalt ..., der in der heutigen ganz unhinterfragten Konstruktion der Testierfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie steckt“), doch speist sich daraus kein prinzipielles Argument gegen das Erbrecht.

¹³⁵ So *Steiner* (Fn. 6), S. 258: „a fiction that belies“.

¹³⁶ Diese Entwicklung lässt sich auch für die Ausdehnung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nachweisen, dazu *Büchler*, AcP 206 (2006), 300 (340 ff.); allgemein *Hattenbauer*, Die Entdeckung der Verfügungsmacht, 1969, S. 123 ff.

den des Rechts zu vererben auszuklammern, wird auf lange Sicht zu schmerzlich spürbaren Leerstellen in der rechtswissenschaftlichen Leiterzählung des Erbrechts führen.

Dabei lässt sich der Frage nach den inneren Gründen des Rechts zu vererben ohnehin nicht ausweichen. Denn sie schimmert in den zentralen Zweifelsfragen zum geltenden Recht unablässig durch.¹³⁷ Es liegt daher im ureigensten Interesse erbrechtlicher Systematisierung und Dogmenbildung, das Gespräch über die Gründe des Rechts zu vererben weiter zu führen.¹³⁸

Aber es lohnt auch aus einem zweiten Grund, auf die Nachfragen der Nachbarwissenschaften einzugehen und die zum Teil brüchig gewordenen Fäden aufzunehmen. So kann sich die Rechtswissenschaft nicht nur über die

¹³⁷ Dies lässt sich besonders deutlich im Zusammenhang mit der gesetzlichen Erbfolge ablesen. Sieht man den inneren Grund des Rechts zu vererben in der Eigentümerfreiheit, liegt es nahe, die gesetzliche Erbfolge am Maßstab des mutmaßlichen Erblasserwillens zu entwickeln (exemplarisch *Muscheler* [Fn. 38], Rn. 1276 ff.; *Reid/de Waal/R. Zimmermann*, in: dies. [Fn. 91], S. 442 (445 ff.)). Knüpft man das Recht zu vererben dagegen entscheidend an die Familie, ist es folgerichtig, die gesetzliche Erbfolge als eine normative Ordnung zur Verwirklichung von Vorstellungen familiärer Solidarität zu entwickeln; näher *Rötbel* [Fn. 89], § 7 Rn. 5 ff. Von hier aus erscheinen auch zahlreiche Folgefragen in anderem Licht, etwa in Bezug auf die unbegrenzte Verwandtenerbfolge (§§ 1929, 1936 BGB, dazu bereits oben III.1.b, aa), auf die Voraussetzungen für den Verlust des Ehegattenerbrechts, wenn der Ehegatte die Aufhebbarkeit gekannt hat (§ 1318 Abs. 5 BGB: unabhängig davon, ob der Erblasser die Aufhebung mutmaßlich beantragt hätte), in Bezug auf die Rechtsfolgen des Irrtums über den Berufsgrund (§ 1949 Abs. 1 BGB: ex lege Nichtigkeit der Annahme), in Bezug auf die Förmlichkeit des Widerrufs (erleichterte Widerruflichkeit in §§ 2255 f. BGB) und in Bezug auf die Auslegung von Verfügungen, in denen der Erblasser die „gesetzlichen Erben“ oder die „Verwandten“ bedenkt (§§ 2066 S. 1, 2067 S. 1 BGB: es sind die Personen bedacht, die zur Zeit des Erbfalls – nicht der Errichtung der Verfügung – gesetzliche Erben bzw. Verwandte des Erblassers sind). – Genauso verändert sich die Bewertung des Pflichtteilsrechts (Ausdruck der familiären Begründung des Rechts zu vererben oder Begrenzung der Eigentümerfreiheit), die Haltung zu bedingten Erbeinsetzungen (Recht zu vererben als Ausdruck der Eigentümerfreiheit des Erblassers oder Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die Erben?) oder der Standpunkt in der Frage, ob Erbenbestimmungen auch durch Dritte eröffnet sein sollten (§ 2065 BGB, dazu bereits oben II.4. bei Fn. 123), in Abhängigkeit dazu, worin der innere Grund des Rechts zu vererben gesehen wird.

¹³⁸ Gerade weil die Frage nach der Legitimation des Rechts zu vererben in der Rechtswissenschaft als geklärt gilt (oben II.1.), gleichen die Topoi, mit denen das Recht zu vererben begründet wird – Eigentum, Familie, Persönlichkeit –, eher allgemeinen Stichworten als spezifischen Gründen. Indem die Rechtswissenschaft das Gespräch über die Legitimation des Erbrechts wieder neu aufnimmt oder weiter führt, könnten diese allgemeinen Stichworte konkretisiert werden. Mithilfe solcher spezifischeren Gesprächsangebote könnte dann auch gehaltvoller auf die außerrechtliche Fundamentalkritik geantwortet werden.

eigenen Grundannahmen über das Recht zu vererben vergewissern, sondern aus der ihr eigenen Perspektive, der Perspektive der Rechtswissenschaft, Einfluss auf die Vorstellungen vom Recht zu vererben nehmen, die zur Zeit in den Geistes- und Sozialwissenschaften diskutiert werden. In diesem Sinne haben die vermehrten erbrechtskritischen Nachfragen aus der zeitgenössischen Philosophie und Soziologie wertvolles produktives Potential für die Rechtswissenschaft.

