

JAN PETER SCHMIDT

Itinera hereditatis

Jus Privatum

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 258



Jan Peter Schmidt

Itinera hereditatis

Strukturen der Nachlassabwicklung in historisch-
vergleichender Perspektive

Mohr Siebeck

Jan Peter Schmidt, geboren 1976; Studium der Rechtswissenschaft in Konstanz und Madrid; Referendariat am Kammergericht mit Station u.a. an der Deutschen Botschaft in Costa Rica; seit 2004 Wissenschaftlicher Referent, 2004–11 Leiter des Lateinamerikareferats am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2009 Promotion (Regensburg); 2012–13 „Max-Planck-Fellow“ an der Universität Oxford; 2020 Habilitation (Regensburg); seit 2020 Leiter des Kompetenzzentrums für die Anwendung ausländischen Rechts am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.
orcid.org/0000-0002-7727-7775

ISBN 978-3-16-160979-4 / eISBN 978-3-16-160980-0
DOI 10.1628/978-3-16-160980-0

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Was du ererbt von deinen Vätern hast,
Erwirb es, um es zu besitzen.

(*Goethe*, *Faust I*, Verse 682–683)

Vorwort

Das vorliegende Buch ist die geringfügig überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Sommersemester 2020 von der Universität Regensburg angenommen wurde. Literatur ist bis zum Frühjahr 2021 berücksichtigt worden.

Der Entstehungsprozess der Arbeit war ähnlich gewunden wie es die titelgebenden „Wege des Nachlasses“ mitunter sind. Nahm die Untersuchung in Anknüpfung an frühere Studien ihren Ausgangspunkt zunächst beim „Erwerb der Erbschaft“, wurde bald deutlich, dass sich das Geschehen zwischen Eröffnung und Abschluss des Erbfalls hierdurch immer nur in Ausschnitten erfassen lässt, die im Rechtsvergleich zudem oftmals gar nicht kongruent sind. Die Methode zur Überwindung dieses Problems reifte gleichwohl nur langsam heran. Sie verlangte, sich von der Systematik des BGB konsequent zu lösen und statt des Erben den Nachlass in den Fokus zu rücken. Erst hierdurch wurde es möglich, die Themen Erbschaftserwerb und Erbenhaftung als Teilelemente eines im BGB nicht explizit gemachten Gesamtgefüges – der Nachlassabwicklung – zu begreifen und dessen Strukturen zum Referenzpunkt eines fruchtbaren Vergleichs zu machen. Gegenüber dem ursprünglichen Ansatz bedeutete diese Herangehensweise nicht nur eine Verschiebung des Schwerpunkts, sondern auch eine erhebliche Ausweitung des Untersuchungsgegenstandes.

Hätte ich mir auch gewünscht, deutlich schneller und gradliniger zum Ziel zu gelangen, schätze ich mich dennoch glücklich, für meine „Entdeckungsreise“ die nötige Zeit und Freiheit erhalten zu haben. Großen Dank hierfür, aber noch für vieles mehr, schulde ich meinem akademischen Lehrer Professor Dr. Dr. h. c. mult. Reinhard Zimmermann. Er hat meine Begeisterung für die historisch-vergleichende Untersuchung des Erbrechts überhaupt erst geweckt, mir in großen wie in kleinen Fragen jederzeit mit klugem und freundschaftlichem Rat zur Seite gestanden und mir ein ebenso angenehmes wie anregendes Arbeitsumfeld geboten. Insbesondere die Diskussionen in der „Aktuellen Stunde“ halfen mir immer wieder, meine Ideen zu klären und zu schärfen, und auch die von Reinhard Zimmermann, Kenneth Reid und dem leider viel zu früh verstorbenen Marius de Waal gegründete „Comparative Succession Law Group“ war für mich ein überaus wertvolles Forum des Gedankenaustauschs.

Herzlich danken möchte ich sodann auch Professor Dr. Anatol Dutta. Er hat nicht nur sehr zügig das Zweitgutachten erstellt, sondern das Thema auch ursprünglich mit angeregt und mich über Jahre hinweg immer wieder ermutigt und auch in anderer Hinsicht gefördert.

Professor Dr. Carsten Herresthal und Professor Dr. Martin Löhnig danke ich dafür, dass sie meine Arbeit im Fachmentorat begleitet und dabei ebenso genau wie unkompliziert auf die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens geachtet haben. Herrn Herresthal und seinem Lehrstuhl-Team danke ich überdies für die stets sehr freundliche Aufnahme und Unterstützung während meiner Lehraufenthalte in Regensburg. Den übrigen Mitgliedern der Regensburger Fakultät bin ich sehr verbunden für die Offenheit und das Wohlwollen, das sie mir als „Externem“ entgegenbrachten.

Die weiteren Personen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, sind zu zahlreich, um ihnen hier einzeln zu danken. Alexandra Braun, Walter Doralt, Eike Hosemann, Jens Kleinschmidt und Johannes Liebrecht seien stellvertretend genannt für die vielen tollen Menschen, die ich vor allem am „Lehrstuhl Zimmermann“, aber auch jenseits davon kennengelernt habe und deren Freundschaft, Kollegialität und fachliche Kompetenz mich ungemein bereichert haben.

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht war für mich nicht nur jahrelang ein großartiger Begegnungs- und Arbeitsort, es hat auch die Publikation dieses Buches finanziell und personell unterstützt. Herzlich danken hierfür möchte ich den Direktoren, den Kolleginnen und Kollegen aus Bibliothek und Verwaltung, ebenso Dr. Christian Eckl und Janina Jentz. Wertvolle Hilfe beim Korrekturlesen erhielt ich insbesondere von Felix Bassier, Leandra Kottke, Frauke Schünemann-Killian und Luca Wimmer.

Meine Familie hat an meinem Habilitationsvorhaben größeren Anteil genommen als ihr bisweilen lieb war. Meine 2015 und 2016 geborenen Kinder Ava und Levin mussten früh lernen, dass ihr Vater noch irgendeine wichtige Arbeit fertig schreiben muss, die ihn oft später als gewünscht nach Hause kommen ließ und seine Gedanken auch dort noch in Beschlag nahm. Noch mehr Geduld und Gleichmut musste meine Frau Nele aufbringen, trotzdem konnte ich mir ihres liebevollen Rückhalts immer gewiss sein. Allen drei ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Februar 2022

Jan Peter Schmidt

Inhaltsübersicht

| | |
|---------------------------------|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Abkürzungsverzeichnis | XXV |

| | |
|--|-----|
| § 1 Einführung: Gegenstand, Ziele und Methoden der Arbeit | 1 |
| A. Ausgangspunkt und Zielsetzung | 1 |
| B. Nachlassabwicklung als die Vollzugsdimension des Erbrechts | 5 |
| C. Die Missstände der deutschen Nachlassabwicklung | 15 |
| D. Die Nachlassabwicklung als Wimmelplatz der Erbrechtsvergleichung | 19 |
| E. Die Defizite der herkömmlichen Erbrechtsvergleichung | 26 |
| F. Der Begriff der Nachlassabwicklung | 64 |
| G. Die Taxonomie der Nachlassabwicklung | 85 |
| H. Die gewählte Methode | 92 |
| I. Schwerpunktsetzung | 98 |
| J. Das weitere Vorgehen | 115 |

1. Teil: Historische Ursprünge

| | |
|--|-----|
| § 2 Nachlassabwicklung als Regelungsproblem | 119 |
| A. Die Ursprünge des Erbrechts und seine anfänglichen Regelungsaufgaben | 119 |
| B. Der Schutz der Erblassergläubiger als erste Herausforderung für die Vollzugsdimension | 128 |
| C. Die Zulassung der Testierfreiheit als zweite Herausforderung für die Vollzugsdimension | 143 |
| D. Fazit: Die Notwendigkeit einer Abwicklungsinstanz | 160 |
| E. Umsetzungs- und Folgefragen | 161 |
| § 3 Die Schaffung einer Abwicklungsinstanz | 165 |
| A. Römisches Recht | 165 |
| B. Englisches Recht | 179 |
| C. Römisches und englisches Recht im Vergleich | 197 |

| | |
|---|-----|
| § 4 Die Ausdifferenzierung der Nachlassabwicklung | 243 |
| A. Römisches Recht | 243 |
| B. Englisches Recht | 283 |
| C. Römisches und englisches Recht im Vergleich | 299 |

2. Teil: Moderne Entwicklungen

| | |
|---|-----|
| § 5 Strukturelle Kontinuitäten | 321 |
| A. Überblick | 321 |
| B. Das BGB | 322 |
| C. Der Code civil | 324 |
| D. Fazit | 365 |
| § 6 Die Vervollkommnung der gesonderten Abwicklung | 367 |
| A. Überblick | 367 |
| B. Das englische Recht | 372 |
| C. Das französische Recht | 384 |
| D. Das preußische Recht | 435 |
| E. Das deutsche Recht | 443 |
| F. Rechtsvergleichendes Fazit | 562 |
| § 7 Die Neubewertung der integrierten Abwicklung | 571 |
| A. Überblick | 571 |
| B. Die Stellung der integrierten Abwicklung im französischen Recht | 576 |
| C. Die Stellung der integrierten Abwicklung im deutschen Recht | 610 |
| D. Rechtsvergleichendes Fazit | 632 |
| § 8 Die Konzentration der Nachlassabwicklung | 637 |
| A. Überblick | 637 |
| B. Die Zentralisierung der Nachlassabwicklung durch Überwindung der Bruchteilsgemeinschaft | 650 |
| § 9 Bilanz und Ausblick | 685 |
| Literaturverzeichnis | 695 |
| Stichwortverzeichnis | 729 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXV |
| | |
| § 1 Einführung: Gegenstand, Ziele und Methoden der Arbeit | 1 |
| A. Ausgangspunkt und Zielsetzung | 1 |
| B. Nachlassabwicklung als die Vollzugsdimension des Erbrechts | 5 |
| I. Zuweisungs- und Vollzugsdimension | 5 |
| II. Die Konturen der Zuweisungsdimension | 6 |
| 1. Wirtschaftliche Nachfolger im engeren Sinn | 6 |
| 2. Wirtschaftliche Nachfolger im weiteren Sinn | 8 |
| III. Die Konturen der Vollzugsdimension | 9 |
| IV. Das Zusammenspiel von Zuweisungs- und Vollzugsdimension | 12 |
| V. Der rechtspolitische Gehalt von Zuweisungs- und Vollzugsdimension | 12 |
| C. Die Misstände der deutschen Nachlassabwicklung | 15 |
| D. Die Nachlassabwicklung als Wimmelplatz der Erbrechtsvergleichung | 19 |
| E. Die Defizite der herkömmlichen Erbrechtsvergleichung | 26 |
| I. Defizite auf der deskriptiven Ebene | 26 |
| 1. Unzutreffende Darstellung des englischen Rechts | 26 |
| a) Die vermeintliche Unzulässigkeit der Eigenabwicklung | 27 |
| b) Das vermeintliche Erfordernis der gerichtlichen Einweisung | 32 |
| 2. Mangelnde Differenziertheit | 34 |
| a) Die Rolle staatlicher Stellen bei der Nachlassabwicklung | 34 |
| (1) Staatsferne vs. staatsnahe Nachlassabwicklung | 34 |
| (2) Der staatsferne Charakter der heutigen englischen Nachlassabwicklung | 35 |
| (3) Der staatsnahe Charakter der Nachlassabwicklung in den USA | 37 |
| (4) Die Rolle staatlicher Organe im österreichischen Recht | 41 |
| (5) Fazit | 44 |
| b) Der Modus des Nachlasserwerbs | 44 |
| II. Methodische Defizite | 47 |

| | |
|--|----|
| 1. Formalismus | 47 |
| 2. Unvollständigkeit | 50 |
| 3. Inkohärenz | 51 |
| a) Der doppelte Begriff des „Nachlasses“ | 51 |
| b) Der doppelte Begriff des „Erben“ | 53 |
| 4. Asymmetrie | 54 |
| 5. „Sprachlosigkeit“ | 56 |
| a) Der sektorielle Ansatz der kontinentalen Erbrechtsregime | 56 |
| b) Die Überdehnung des Begriffs des „Übergangs“ | 58 |
| 6. Verzerrung | 60 |
| a) Die Verkennung der Abwicklerrolle des kontinentalen Erben | 60 |
| b) Die Verkennung des Unterschieds zwischen Einheits- und Optionsmodell der Abwicklung | 62 |
| III. Lehren | 63 |
| F. Der Begriff der Nachlassabwicklung | 64 |
| I. Nachlassabwicklung als Reintegration des Erblasservermögens | 64 |
| II. Terminologische Vorbilder und Alternativen | 68 |
| 1. Das deutsche Erbrecht | 68 |
| a) Der Begriff der „Nachlassabwicklung“ | 68 |
| b) Terminologische Äquivalente | 70 |
| (1) „Rechtliche Stellung des Erben“ | 70 |
| (2) „Nachlassverwaltung“ | 70 |
| 2. Das Erbkollisionsrecht | 71 |
| a) Die Europäische Erbrechtsverordnung | 71 |
| b) Das erbkollisionsrechtliche Schrifttum | 73 |
| (1) „Nachlassabwicklung“ und „administration of estates“ | 73 |
| (2) Ferids Begriff des „Erbgangs“ | 76 |
| 3. Zwischenfazit | 76 |
| 4. Die Bevorzugung der „Nachlassabwicklung“ gegenüber terminologischen Alternativen | 77 |
| III. Mögliche Einwände | 78 |
| 1. Die verfehlte Gegeneinandersetzung von „Abwicklung“ und „Fortsetzung“ | 78 |
| 2. Die verfehlte Gegeneinandersetzung von „organisierter“ und „unorganisierter“ Abwicklung | 80 |
| IV. Erbrecht als „Nachlassrecht“ | 82 |
| G. Die Taxonomie der Nachlassabwicklung | 85 |
| I. Das Spektrum der Formalisierung | 85 |
| II. Binnendifferenzierungen | 86 |
| 1. Eigenabwicklung vs. Fremdadwicklung | 86 |
| a) Die maßgebliche Perspektive | 86 |

| | |
|--|-----|
| b) Die „Fremdverwaltung“ im deutschen Schrifttum | 87 |
| c) Fazit | 88 |
| 2. Integrierte vs. gesonderte Abwicklung | 89 |
| a) Die grundsätzliche Unterscheidung | 89 |
| b) Die verschiedenen Intensitätsgrade der gesonderten Abwicklung | 90 |
| 3. Kombinationsmöglichkeiten | 91 |
| H. Die gewählte Methode | 92 |
| I. Funktionaler statt begrifflicher Vergleich | 92 |
| II. Die Notwendigkeit begrifflicher Klärungen | 94 |
| III. Die rechtshistorische Dimension | 94 |
| IV. Die rechtsvergleichende Dimension | 97 |
| I. Schwerpunktsetzung | 98 |
| I. Struktur und Inangsetzung der Nachlassabwicklung. | 98 |
| II. Die Probleme der Inangsetzung der Nachlassabwicklung | 99 |
| 1. Substantielle Fragen | 99 |
| a) Ex-ante- vs. Ex-post-Kontrolle | 100 |
| b) Gewährung und Ausgestaltung der Erwerbsoption | 101 |
| 2. Rechtskonstruktive Fragen: Das Schreckgespenst des „ruhenden Nachlasses“ | 106 |
| a) Die konstruktive Bewältigung des Schwebezustands | 106 |
| b) Die Verwaltung des ruhenden Nachlasses | 112 |
| III. Alternative Mechanismen des Vermögenstransfers von Todes wegen | 114 |
| J. Das weitere Vorgehen | 115 |

1. Teil: Historische Ursprünge

| | |
|---|-----|
| §2 Nachlassabwicklung als Regelungsproblem | 119 |
| A. Die Ursprünge des Erbrechts und seine anfänglichen Regelungsaufgaben | 119 |
| I. Vom Nebeneinander zum Nacheinander | 119 |
| II. Charakteristika des frühen Erbrechts | 124 |
| III. Regelungsaufgaben des frühen Erbrechts | 125 |
| IV. Elemente des frühen Erbrechts | 128 |
| B. Der Schutz der Erblassergläubiger als erste Herausforderung für die Vollzugsdimension | 128 |
| I. Die Stabilisierungsfunktion des Erbrechts | 128 |
| II. Die Vererblichkeit von Verbindlichkeiten | 129 |

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | Die anfängliche Unvererblichkeit von Obligationen | 130 |
| 2. | Die Kautelarpraxis als Treiber der Rechtsentwicklung | 131 |
| 3. | Die Vererblichkeit von Obligationen als universale Gebote der Wirtschaftlichkeit und der Moral | 132 |
| 4. | Von der Ausnahme zum allgemeinen Grundsatz | 133 |
| III. | Folgen für die Nachlassabwicklung | 135 |
| 1. | Die Notwendigkeit zur Bestimmung eines Erfüllungszuständigen | 135 |
| 2. | Das Erfordernis der Bündelung von Aktiva und Passiva oder: „Wer das Erbe nimmt, der soll die Schuld gelten“ | 136 |
| 3. | Die Zielkonflikte bei einer Mehrzahl von Begünstigten | 137 |
| a) | Mehrheit von Rechtsnachfolgern | 137 |
| b) | Begünstigte ohne Schuldenverantwortlichkeit oder: „Der Gläubiger ist der erste Erbe“ | 139 |
| 4. | Das Erfordernis der Abschirmung des Nachlasses | 141 |
| 5. | Gläubiger mit vergleichbaren Interessen | 142 |
| 6. | Fazit | 143 |
| C. | Die Zulassung der Testierfreiheit als zweite Herausforderung für die Vollzugsdimension | 143 |
| I. | Die Herausbildung der Testierfreiheit | 143 |
| 1. | Die Anerkennung der Verfügungsbefugnis | 144 |
| a) | Die römische Tradition | 144 |
| b) | Die germanische Tradition | 147 |
| 2. | Die Instrumente letztwilliger Verfügung | 149 |
| a) | Verfügungen unter Lebenden auf den Todesfall | 149 |
| b) | Die Einschaltung und Überwindung des Mittelsmanns im römischen Recht | 150 |
| c) | Die Einschaltung und Beibehaltung des Mittelsmanns im mittelalterlichen Recht | 152 |
| II. | Die durch die Anerkennung der Testierfreiheit hervorgerufenen Regelungsprobleme | 155 |
| 1. | Das Bündelungs- und Zerstreungspotential letztwilliger Anordnungen | 155 |
| 2. | Die Notwendigkeit der Bestimmung eines Erfüllungszuständigen | 156 |
| 3. | Unterschiede zur Lage der Erblassergläubiger | 157 |
| 4. | Praktischer Bedarf für die Zuständigkeitskonzentration | 158 |
| 5. | Gesetzlich angeordnete Zuwendungen und Rangfragen | 159 |
| D. | Fazit: Die Notwendigkeit einer Abwicklungsinstanz | 160 |
| E. | Umsetzungs- und Folgefragen | 161 |

| | |
|---|-----|
| § 3 Die Schaffung einer Abwicklungsinstanz | 165 |
| A. Römisches Recht | 165 |
| I. Die Bündelung von Vorteilen und Lasten | 165 |
| 1. Erblässerschulden und Kultverantwortung | 165 |
| 2. Die Erfüllung der Legate | 168 |
| 3. Die Zuständigkeit für andere erbfallbedingte Lasten | 168 |
| II. Ausnahme von der Gesamtnachfolge des <i>heres</i> | 169 |
| III. Der Funktionswandel des <i>heres</i> | 170 |
| IV. Dezentrale Abwicklung bei Erbenmehrheit | 174 |
| V. Die Veranschaulichung der Erbenstellung | 176 |
| B. Englischsches Recht | 179 |
| I. Die rechtlichen Rahmenbedingungen | 179 |
| II. Das Bedürfnis nach Schaffung eines „representative“ | 183 |
| III. Die anfängliche Zuständigkeit des <i>heir</i> | 184 |
| IV. Der Aufstieg des <i>executor</i> zum <i>personal representative</i> | 185 |
| 1. Einleitung und schottischer Exkurs | 185 |
| 2. Der Vorzug der freien Bestimmbarkeit | 186 |
| 3. Das Interesse der Kirche an einem starken <i>executor</i> | 187 |
| 4. Die Öffnung des weltlichen Forums für den <i>executor</i> | 188 |
| 5. Die Gleichsetzung des <i>executor</i> mit dem römischen <i>heres</i> | 189 |
| 6. Der lange Weg zur Einbeziehung der <i>realty</i> in die Haftungsmasse | 191 |
| 7. Mehrzahl von <i>executors</i> | 194 |
| V. Die Nachbildung der Stellung des <i>administrator</i> | 195 |
| C. Römisches und englisches Recht im Vergleich | 197 |
| I. Die funktionale Äquivalenz von <i>heres</i> und <i>personal representative</i> | 197 |
| II. Weitere Gemeinsamkeiten von <i>heres</i> und <i>personal representative</i> | 203 |
| 1. Die freie Bestimmbarkeit des Abwicklers | 203 |
| 2. Koppelung und Entkoppelung von Abwickler- und Begünstigtenrolle | 205 |
| 3. <i>Heres</i> und <i>personal representative</i> als Rechtsnachfolger | 207 |
| a) Überblick | 207 |
| b) Der <i>personal representative</i> als Inhaber der Nachlassaktiva | 208 |
| c) Der <i>personal representative</i> als Schuldner der Erblässer- verbindlichkeiten | 208 |
| 4. <i>Heres</i> und <i>personal representative</i> als Gesamtnachfolger? | 212 |
| a) Widerstreitende Begriffsverständnisse | 212 |
| b) Allgemein-zivilrechtliches Verständnis der Universal- sukzession | 214 |
| (1) Universalsukzession vs. Singularsukzession | 214 |
| (2) Totaler oder partieller Vermögensübergang? | 216 |

| | | |
|------|---|-----|
| c) | Spezifisch erbrechtliches Verständnis der Universal- | |
| | sukzession | 218 |
| (1) | Einführung | 218 |
| (2) | Grundsatz der Vererblichkeit | 219 |
| (3) | Einheit des Erblasservermögens | 220 |
| (4) | Grundsatz der Vermögensverschmelzung | 221 |
| d) | Erbrechtsvergleichendes Verständnis | 221 |
| e) | Zwischenfazit | 222 |
| f) | Die Probleme des spezifisch erbrechtlichen Verständnisses | |
| | der Universalsukzession | 223 |
| (1) | Nationaler und vergleichender Kontext | 223 |
| (2) | Die Folgen der begrifflichen Überfrachtung | 224 |
| (3) | Überdehnung und Reduktion | 226 |
| g) | Die Probleme des allgemein-zivilrechtlichen Verständnisses | |
| | der Universalsukzession | 227 |
| h) | Universalsukzession als Grundsatz des geschlossenen | |
| | Nachlassübergangs | 228 |
| i) | Universalsukzession und Generalsukzession | 231 |
| (1) | Die Möglichkeit der Unterscheidung | 231 |
| (2) | Erblasserische Einzelzuwendungen als Ausnahmen von | |
| | der Generalsukzession? | 235 |
| j) | Zusammenfassung | 237 |
| III. | Unterschiede zwischen <i>heres</i> und <i>personal representative</i> | 238 |
| 1. | Implizite vs. explizite Abwicklerstellung | 238 |
| 2. | Ernennung bei Fehlen letztwilliger Bestimmung | 239 |
| 3. | Dezentrale vs. zentrale Nachlassabwicklung | 240 |
| § 4 | Die Ausdifferenzierung der Nachlassabwicklung | 243 |
| A. | Römisches Recht | 243 |
| I. | Überblick | 243 |
| II. | Die <i>confusio bonorum</i> als historischer Ausgangspunkt | 243 |
| 1. | Die Rechtsfolgen der <i>successio</i> | 243 |
| 2. | Der Grund für die unbeschränkte Haftung des <i>heres</i> | 247 |
| III. | Vermeidung des Nachlasserwerbs und Folgefragen | 251 |
| 1. | Die Überwindung des Zwangserbrechts der Hauserben | 251 |
| 2. | Die Unwiderruflichkeit des Erbschaftserwerbs | 252 |
| 3. | Gewährung und Begrenzung einer Überlegungsfrist | 253 |
| 4. | Keine gesonderte Befreiung von der Abwicklerrolle | 254 |
| 5. | Der Nachlassverkauf als Auffangregelung | 255 |
| IV. | Das Absonderungsrecht des eingesetzten Sklaven | 256 |
| V. | Das Absonderungsrecht der Erblassergläubiger | 257 |
| 1. | Sicherheitsleistung und Nachlassverkauf | 257 |

| | |
|---|-----|
| 2. Die Reichweite der Absonderung | 258 |
| 3. Kein Absonderungsrecht der Erbengläubiger | 259 |
| 4. Die Auswirkungen auf dingliche Vermächtnisse | 260 |
| VI. Der Schutz der Legatäre | 260 |
| VII. Die Einführung einer generellen Möglichkeit der Haftungs- beschränkung | 262 |
| 1. Überblick | 262 |
| 2. Der Grund für das lange Festhalten an der unbeschränkten Haftung des <i>heres</i> | 262 |
| 3. Die mangelnde Praktikabilität des herkömmlichen Modells | 264 |
| 4. Die Regelungsprobleme im Überblick | 265 |
| 5. „Papiere Separation“ durch Inventarisierung des Nachlasses | 266 |
| 6. Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung | 267 |
| 7. Die Frist zur Ausübung der Haftungsoption | 268 |
| 8. Haftungsoption und Erwerbsoption | 269 |
| 9. Die haftungsrechtliche Wirkung der Inventarerrichtung | 270 |
| a) Die Auffassungen im Wandel der Zeiten | 270 |
| b) Argumente pro und contra | 271 |
| 10. Einfachheit vor Verteilungsgerechtigkeit | 277 |
| 11. Fazit | 280 |
| VIII. Gesamtfazit | 282 |
| B. Englischs Recht | 283 |
| I. Die Nachlassabwicklung durch den <i>heir</i> | 284 |
| II. Die Nachlassabwicklung durch den <i>personal representative</i> | 285 |
| 1. Der <i>estate</i> als Sondervermögen | 285 |
| 2. Das Pflichtenprogramm des <i>personal representative</i> | 286 |
| a) Der Zwang zur Inventarerrichtung | 287 |
| b) Die vorgegebene Befriedigungsreihenfolge | 288 |
| c) Die Haftung für Fehlverhalten | 290 |
| d) Die kirchliche Aufsicht über die Nachlassabwicklung | 290 |
| e) Die Ratio der strengen Kontrolle | 291 |
| f) Härtefälle und Missbräuche | 293 |
| g) Das Bedürfnis für ein Gläubigeraufgebot | 297 |
| III. Fazit | 298 |
| C. Römisches und englisches Recht im Vergleich | 299 |
| I. Multimodale vs. unimodale Abwicklung | 299 |
| II. Integrierte vs. gesonderte Abwicklung | 300 |
| 1. Terminologische Fragen | 300 |
| a) Allgemeines | 300 |
| b) „Persönlichkeitsfortsetzung“ vs. „Vermögensnachfolge“? | 302 |
| (1) Bedeutung | 302 |
| (2) Kritik | 303 |

| | |
|---|-----|
| (3) Fazit | 306 |
| 2. Konzeptionelle Unterschiede | 308 |
| a) „Eigentümer-Abwickler“ vs. „Treuhänder-Abwickler“ | 308 |
| b) Die sachliche Reichweite der Abwicklung | 309 |
| 3. Stärken und Schwächen von integrierter und gesonderter Nachlassabwicklung | 311 |
| a) Überblick | 311 |
| b) Die Perspektive des Abwicklers | 311 |
| c) Die Perspektive des abwicklungszuständigen Begünstigten | 312 |
| d) Die Perspektive der Erblassergläubiger | 312 |
| e) Die Perspektive der nicht abwicklungszuständigen Begünstigten | 313 |
| f) Die Perspektive des Rechtsverkehrs im Allgemeinen | 314 |
| g) Fazit | 315 |
| III. Die Modi der gesonderten Abwicklung im Vergleich | 315 |
| IV. Gemeinsame Interessenwertungen | 316 |

2. Teil: Moderne Entwicklungen

| | |
|--|-----|
| § 5 Strukturelle Kontinuitäten | 321 |
| A. Überblick | 321 |
| B. Das BGB | 322 |
| I. Überblick | 322 |
| II. Integrierte Nachlassabwicklung | 322 |
| III. Gesonderte Abwicklung | 323 |
| C. Der Code civil | 324 |
| I. Das römische Erbe | 324 |
| II. Das gewohnheitsrechtliche Erbe | 325 |
| 1. Gesetzliche und gewillkürte Rechtsnachfolger | 325 |
| 2. Das Institut der <i>saisine</i> | 329 |
| a) Bedeutung und Funktion in der französischen Rechtsgeschichte | 329 |
| (1) Historische Ursprünge | 329 |
| (2) Die <i>saisine</i> im Lehnrecht | 332 |
| (3) Weitere Anwendungsfälle | 334 |
| b) Bedeutung und Funktion im Code civil | 335 |
| (1) Gleichsetzung von <i>saisine</i> und Eigentum? | 335 |
| (2) <i>Saisine</i> als Rechtsausübungsbefugnis | 337 |
| (3) Gestattungs- und Abwehrfunktionen der <i>saisine</i> | 338 |
| (4) Die <i>saisine</i> des Universallegatars | 342 |
| (5) Das Einweisungserfordernis der <i>successieurs irréguliers</i> | 344 |

| | |
|---|-----|
| c) <i>Saisine</i> und Legitimation im Rechtsverkehr | 345 |
| d) Angriffe auf das Institut der <i>saisine</i> | 346 |
| (1) Schutz von Fiskalinteressen | 346 |
| (2) Das Institut der Testamentsvollstreckung | 347 |
| (3) Die Einführung der postmortalen Vollmacht (<i>mandat à effet posthume</i>) | 349 |
| e) Das Institut der <i>saisine</i> im Rechtsvergleich | 352 |
| (1) Die Gestattungsfunktion der <i>saisine</i> | 352 |
| (2) Die Abwehrfunktion der <i>saisine</i> | 354 |
| (3) Fazit | 357 |
| f) <i>Saisine</i> und Nachlassabwicklung | 358 |
| (1) <i>Saisine</i> und Schuldenverantwortlichkeit | 358 |
| (2) <i>Saisine</i> und Einzelnachfolge | 360 |
| (3) <i>Saisine</i> und Haftungsumfang | 361 |
| D. Fazit | 365 |
| § 6 Die Vervollkommnung der gesonderten Abwicklung | 367 |
| A. Einleitung | 367 |
| I. Das Festhalten an der gesonderten Nachlassabwicklung | 367 |
| II. Die Defizite der überlieferten historischen Modelle | 369 |
| III. Das weitere Vorgehen | 371 |
| B. Das englische Recht | 372 |
| I. Deformalisierung | 372 |
| 1. Der Weg zur gerichtsfernen Abwicklung | 372 |
| 2. Die Beseitigung der Pflicht zur Kautionsleistung | 373 |
| 3. Früchte der Deformalisierung | 374 |
| 4. Die gegenläufige Entwicklung in ehemaligen Kolonien und Schottland | 376 |
| a) USA und Südafrika | 376 |
| b) Schottland | 377 |
| (1) Das Erfordernis von „confirmation“ und Inventar- errichtung | 377 |
| (2) Das fortbestehende Erfordernis der Sicherheitsleistung | 378 |
| 5. Fazit | 379 |
| II. Die Vervollkommnung des Nachlassinsolvenzverfahrens | 380 |
| 1. Die Angleichung an das Verfahren bei lebzeitiger Insolvenz | 380 |
| 2. Die Vervollständigung des Gebots der Gläubiger- gleichbehandlung | 381 |
| C. Das französische Recht | 384 |
| I. Einführung | 384 |
| II. Gesonderte Abwicklung auf Initiative des Gesamtnachfolgers | 386 |

| | |
|---|-----|
| 1. Die „acceptation sous bénéfice d’inventaire“ unter dem Code civil von 1804 | 386 |
| a) Die gesetzliche Ausgangslage | 386 |
| (1) Allgemeines | 386 |
| (2) Mangelnder Gläubigerschutz | 386 |
| (3) Der Benefizialerbe zwischen Eigentümer- und Treuhänderstellung | 389 |
| (4) Übertriebener Formalismus | 391 |
| (5) Fazit | 392 |
| b) Die Fortbildung durch die Gerichte | 392 |
| c) Das praktische Schattendasein der „acceptation sous bénéfice d’inventaire“ | 396 |
| 2. Die Annahme unter Haftungsbeschränkung nach der Reform von 2006 | 397 |
| a) Terminologische Änderung | 397 |
| b) Inhaltliche Änderungen | 398 |
| (1) Allgemeine Ziele | 398 |
| (2) Stärkung der Verfahrenseffizienz und der Befugnisse des <i>héritier</i> | 400 |
| (3) Gläubigerschutz durch Transparenz | 401 |
| (4) Ausbau zu einem vereinfachten Insolvenzverfahren | 402 |
| c) Würdigung | 405 |
| 3. Sonderfall: Die Haftung für Vermächtnisse | 410 |
| a) Die ursprüngliche Lösung | 410 |
| b) Die Reform von 2006: anfänglich beschränkte Haftung | 411 |
| c) Würdigung | 412 |
| III. Gesonderte Abwicklung auf Initiative der Nachlassgläubiger | 413 |
| 1. Die Struktur der <i>séparation des patrimoines</i> | 413 |
| a) Individuelle statt kollektiver Natur | 414 |
| b) Befriedigungsprivileg statt kollektiver Nachlassverwertung | 415 |
| c) Verfügungsschutz statt Fremdadwicklung | 417 |
| d) Einseitigkeit und Doppelseitigkeit des Vorzugsrechts | 420 |
| (1) Die Regelung von 1804 | 420 |
| (2) Die Bilateralisierung der <i>séparation des patrimoines</i> durch den Gesetzgeber | 423 |
| e) Detailprobleme | 425 |
| (1) Fristen | 425 |
| (2) Das Verhältnis zwischen Separatisten und Nicht-Separatisten | 426 |
| 2. Das Verhältnis der <i>séparation des patrimoines</i> zu anderen Schutzinstrumenten | 426 |
| 3. Der doppelte Schutz des Einzelvermächtnisnehmers | 428 |
| 4. Grundlegende Kritik und Reformvorschläge | 431 |

| | |
|--|-----|
| IV. Fazit | 434 |
| D. Das preußische Recht | 435 |
| I. Ausgangspunkt | 435 |
| II. Reformen und Reformversuche | 439 |
| III. Parallelen zwischen preußischer und englischer Nachlass- abwicklung | 441 |
| E. Das deutsche Recht | 443 |
| I. Einführung | 443 |
| II. Die gesonderte Nachlassabwicklung im Überblick | 445 |
| 1. „Amtliche“ und „private“ Abwicklung | 445 |
| a) Die zwei Modi der amtlichen Abwicklung | 445 |
| b) Die private Abwicklung | 448 |
| c) Zusammenschau | 449 |
| 2. Nachlasspflegschaft und Testamentsvollstreckung als weitere Modi der gesonderten Abwicklung? | 450 |
| 3. Die Rolle von Gläubigeraufgebot und Inventar | 453 |
| 4. Besonderheiten bei Erbenmehrheit | 455 |
| a) Allgemeines | 455 |
| b) Die Rechtslage vor der Teilung | 456 |
| c) Die Rechtslage nach der Teilung | 457 |
| III. Der historische Hintergrund | 459 |
| 1. Die gesonderte Nachlassabwicklung im Entwurf Gottfried von Schmitts | 459 |
| a) Integrierte Abwicklung als Ausgangspunkt | 459 |
| b) Die Optionen des „Inventarerben“ | 462 |
| c) Die Absage an das gemeinrechtliche Prioritätsprinzip | 463 |
| d) Das Festhalten an der Eigenabwicklung | 464 |
| e) Die Entscheidung für die Haftung <i>pro viribus hereditatis</i> | 466 |
| f) Fazit | 467 |
| 2. Die gesonderte Nachlassabwicklung im Ersten Entwurf | 468 |
| 3. Die gesonderte Nachlassabwicklung im Zweiten Entwurf | 472 |
| a) Überblick | 472 |
| b) Die Beschränkung und Modifizierung der Abzugseinrede | 472 |
| c) Die Einführung der Nachlassverwaltung | 475 |
| d) Der Mythos vom Misstrauen gegen das Inventar | 477 |
| IV. Die Einzelheiten der BGB-Regelung | 480 |
| 1. Die Schwierigkeit der Erfassung und Darstellung | 480 |
| a) Anfangs beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Alleinerben? | 480 |
| b) Die verfehlt Postulierung eines einheitlichen Prinzips | 482 |
| c) Die verfehlt Fokussierung auf die Haftungsfrage | 485 |
| 2. Die amtliche Abwicklung | 486 |

| | | |
|-----|---|-----|
| a) | Gemeinsamkeiten von Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren | 486 |
| (1) | Absonderung des Nachlasses | 486 |
| (2) | Verselbständigung der Abwicklerrolle | 487 |
| (3) | Auswahl des Abwicklers | 488 |
| (4) | Beschränkung der Schuldinhalte | 490 |
| b) | Unterschiede zwischen Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenzverfahren | 491 |
| c) | Praktische Probleme der Koexistenz beider Verfahren und Forderungen nach ihrer Fusionierung | 494 |
| 3. | Die private Abwicklung des dürftigen oder überbeschwerten Nachlasses | 496 |
| a) | Überblick | 496 |
| b) | Der dürftige Nachlass | 497 |
| (1) | Tatbestandsvoraussetzungen | 497 |
| (2) | Dürftigkeitseinrede, Unzulänglichkeitseinrede, Erschöpfungseinrede | 498 |
| (3) | Die Umsetzung der Haftungsbeschränkung | 500 |
| (4) | Vorwärts und rückwärts gerichtete Abwicklerhaftung | 501 |
| (5) | Die Reihenfolge der Gläubigerbefriedigung | 502 |
| (6) | Doppelseitige Haftungssonderung? | 503 |
| (7) | Aktivierung des Regimes | 507 |
| c) | Der überbeschwerte Nachlass | 508 |
| 4. | Die Abwicklung im Fall des Gläubigerausschlusses | 510 |
| a) | Ausschluss durch Aufgebotsverfahren | 510 |
| b) | Ausschluss durch Zeitablauf | 514 |
| 5. | Haftungsrechtliche Sonderkonstellationen | 516 |
| a) | Handels- und gesellschaftsrechtliche Verbindlichkeiten | 516 |
| b) | Besonderer Schutz für Minderjährige | 518 |
| c) | Fälle anfänglicher Haftung <i>pro viribus hereditatis</i> | 519 |
| (1) | Ausbildungsanspruch aus § 1371 Abs. 4 BGB | 519 |
| (2) | Nachehelicher Unterhalt | 519 |
| (3) | Ersatzansprüche des Fiskus | 520 |
| (4) | Bewertung und Verhältnis zu den allgemeinen Vorschriften | 520 |
| d) | Fall der anfänglichen Haftung <i>cum viribus hereditatis</i> | 521 |
| V. | Die Kritik an der BGB-Regelung | 522 |
| 1. | Überblick | 522 |
| 2. | Fallstricke und Schikanen | 523 |
| 3. | Der hohe Preis der Haftungsbeschränkung | 526 |
| 4. | Unzureichender Gläubigerschutz | 529 |
| 5. | Mangelnde Kohärenz | 530 |
| 6. | Stellungnahme: Das Fehlen einer „Abwicklungskultur“ | 532 |

| | | |
|------|--|-----|
| VI. | Verbesserungsvorschläge | 535 |
| 1. | Die Vorschläge Boehmers | 535 |
| a) | „Erbfolge und Erbenhaftung“ | 535 |
| b) | Die „Staudinger“-Kommentierung | 537 |
| 2. | Die Reformdiskussion in der „Akademie für Deutsches Recht“ | 538 |
| a) | Überblick | 538 |
| b) | Der Entwurf Sibers | 539 |
| (1) | Gesonderte Abwicklung als Ausgangspunkt | 539 |
| (2) | Die verkannte Nähe zum englischen Recht | 542 |
| (3) | Die Möglichkeit der Individualabsonderung | 544 |
| (4) | Der Schutz gegen unerkannte Verbindlichkeiten | 544 |
| c) | Der Entwurf Karpes („Breslauer Entwurf“) | 545 |
| d) | Die Diskussion der Entwürfe im Erbrechtausschuss der „Akademie für Deutsches Recht“ | 546 |
| 3. | Reaktionen im Schrifttum | 550 |
| a) | Die Kritik Binders | 550 |
| b) | Das Schrifttum nach dem Zweiten Weltkrieg | 552 |
| 4. | Neuere Reformvorschläge | 553 |
| a) | Der Vorschlag Ehrenkönigs | 553 |
| b) | Der Vorschlag Ostholds | 554 |
| (1) | Das Regelungsmodell | 555 |
| (2) | Die theoretische Fundierung | 557 |
| VII. | Abschließende Würdigung | 559 |
| F. | Rechtsvergleichendes Fazit | 562 |
| I. | Allgemeines | 562 |
| II. | Die Verschärfung des Pflichtenprogramms des Abwicklers | 563 |
| 1. | Der Grundsatz der geordneten Nachlassverteilung | 563 |
| 2. | Überreste des Prioritätsgrundsatzes | 564 |
| 3. | Begründung und Verschärfung der Abwicklerhaftung | 565 |
| III. | Die Zurückschneidung der vorbeugenden Kontrolle | 566 |
| 1. | Allgemeines | 566 |
| 2. | Der Bedeutungsverlust des Inventars | 566 |
| 3. | Der Abbau von Genehmigungsvorbehalten | 568 |
| 4. | Auswahl und Abberufung des Abwicklers | 569 |
| § 7 | Die Neubewertung der integrierten Abwicklung | 571 |
| A. | Überblick | 571 |
| I. | Die Zulassung der integrierten Abwicklung als gesetzgeberische Option. | 571 |
| II. | Die aus der Zulassung der integrierten Abwicklung resultierenden Regelungsprobleme | 575 |

| | |
|---|-----|
| B. Die Stellung der integrierten Abwicklung im französischen Recht | 576 |
| I. Verknüpfung von Erwerbs- und Abwicklungsoption | 576 |
| II. Grundsatz der Unwiderruflichkeit | 578 |
| III. Einzelheiten der Wahlentscheidung | 579 |
| 1. Fristen, Auffangregel und Provokationsrecht | 579 |
| a) Die gesetzliche Frist zur Ausübung der Option | 579 |
| b) Indirektes und direktes Provokationsrecht | 580 |
| 2. Voraussetzungen der Ausübung | 583 |
| a) Formerfordernisse | 583 |
| b) Die vorbehaltlose Annahme als Haftungsfalle | 584 |
| c) Die Gefährdung des Nachlasses | 588 |
| IV. Das Problem verborgener Erblasserverbindlichkeiten | 589 |
| 1. Die Schutzlücke im ursprünglichen Regime | 589 |
| 2. Die 2006 geschaffene Billigkeitslösung | 591 |
| 3. Rechtsfolgen des Art. 786 Abs. 2 Code civil | 594 |
| 4. Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 786 Abs. 2 Code civil | 595 |
| 5. Würdigung | 597 |
| V. Vorbehaltlose Annahme als Sanktion | 599 |
| VI. Die integrierte Abwicklung als gesetzliches Leitbild | 602 |
| 1. Allgemeines | 602 |
| 2. Das Regime von 1804 | 602 |
| 3. Die Reform von 2006 | 605 |
| 4. Kritik und Rechtfertigung des Leitbilds der integrierten Abwicklung | 606 |
| a) Die Kontroverse zu Beginn des 20. Jahrhunderts | 606 |
| b) Nachfolgende Entwicklungen | 609 |
| C. Die Stellung der integrierten Abwicklung im deutschen Recht | 610 |
| I. Existenz und Ausgestaltung des Abwicklungswahlrechts | 610 |
| 1. Selbstbestimmte Wahl des Abwicklungsmodus | 610 |
| 2. Selbständigkeit und „Ewigkeit“ des Abwicklungswahlrechts | 611 |
| 3. Ratio 1: Die Entlastung der Erwerbsoption | 613 |
| 4. Ratio 2: Das Leitbild der gesonderten Abwicklung | 616 |
| 5. Innere Widersprüche der BGB-Konzeption | 618 |
| II. Folgeprobleme: Auftreten und Bewältigung der Schwebelage | 619 |
| 1. Integrierte Abwicklung als Auffangregel | 619 |
| 2. Die Rekonstruktion des Nachlasses | 620 |
| 3. Die prozessuale Bewältigung | 628 |
| III. Der Schutz der Entscheidungsfreiheit des Erben | 629 |
| D. Rechtsvergleichendes Fazit | 632 |

| | |
|---|-----|
| § 8 Die Konzentration der Nachlassabwicklung | 637 |
| A. Überblick | 637 |
| I. Die verschiedenen Dimensionen der Abwicklungskonzentration. | 637 |
| II. Die personale Konzentration der Abwicklung | 638 |
| 1. Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung | 639 |
| 2. Fehlen einer letztwilligen Verfügung | 640 |
| 3. Fazit | 641 |
| III. Der Ausbau der Gesamtnachfolge | 641 |
| 1. Die Zurückdrängung der Sondernachfolgen | 641 |
| 2. Die Zurückdrängung der gewillkürten Einzelnachfolge | 643 |
| a) Der Legimitätsverlust des Vindikationslegats | 643 |
| b) Die Schwäche der Außenhaftung | 644 |
| c) Die Schwäche der Innenhaftung | 645 |
| 3. Konzessionen an gesellschaftsrechtliche Interessen | 646 |
| IV. Die Aushöhlung der Abwicklungskonzentration durch „will-substitutes“ | 647 |
| B. Die Zentralisierung der Nachlassabwicklung durch Überwindung der Bruchteilsgemeinschaft | 650 |
| I. Überblick | 650 |
| II. Der ungeteilte Fortbestand des Nachlasses im preußischen ALR | 652 |
| 1. Die Schuldenregelung | 653 |
| a) Gemeinschaftliche Haftung der Benefizialerben bis zur Teilung | 653 |
| b) Die Rechtslage nach Teilung | 655 |
| c) Die Rechtslage bei unbeschränkter Haftung | 656 |
| 2. Die Behandlung der Nachlassaktiva | 656 |
| III. Die Gesamthandslösung des BGB | 657 |
| 1. Die Entscheidung für die Bruchteilsgemeinschaft im Entwurf von Schmitts | 657 |
| 2. Die Fortsetzung der Schmittschen Konzeption im Ersten Entwurf | 660 |
| 3. Die Entscheidung der Zweiten Kommission für die Gesamt- handslösung | 661 |
| 4. Der unvollendete Charakter der BGB-Lösung | 663 |
| a) Überblick | 663 |
| b) Gesamthands- und Gesamtschuldklage | 664 |
| c) Kritik | 666 |
| d) Die Erbengemeinschaft als Anspruchsgegnerin | 668 |
| IV. Die Überwindung der Bruchteilslösung in Frankreich | 669 |
| 1. Die rechtliche Ausgangslage | 669 |
| a) Automatische Schuldenteilung | 669 |
| b) Die <i>indivision</i> hinsichtlich des körperlichen Aktivnachlasses | 672 |

| | |
|--|-----|
| 2. Die Wende zur zentralisierten Abwicklung: der „Arrêt Frécon“ | 675 |
| 3. Die Vervollkommnung der Zentralisierung in der Rechtspraxis | 678 |
| 4. Gesetzgeberische Festschreibung und Erweiterung im Jahr 1976 | 680 |
| V. Rechtsvergleichendes Fazit | 681 |
| § 9 Bilanz und Ausblick | 685 |
| Literaturverzeichnis | 695 |
| Stichwortverzeichnis | 729 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------------------|--|
| A.C. | Appeal Cases (UK) |
| A.Dir.Comp. | Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi |
| AEA | (englischer) Administration of Estates Act 1925 |
| AGO | Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten (1795) |
| AHDO | Archives d'histoire du droit oriental (1952 vereinigt mit: Revue international des droits de l'antiquité (RIDA)) |
| AJCL | American Journal of Comparative Law |
| All ER | All England Law Reports |
| ALR | Allgemeines Landrecht (für die Preußischen Staaten) |
| Am. J. Legal Hist. | American Journal of Legal History |
| AUPA | Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo |
| AußerStrG | (österreichisches) Außerstreitgesetz |
| BeckOGK | beck-online.Grosskommentar |
| Begr. | Begründer |
| BSHG | Bundessozialhilfegesetz |
| BT-Drucks. | Drucksache des Deutschen Bundestags |
| Bull.Soc.e.leg. | Bulletin de la Société d'études législatives |
| C. | Codex Iustinianus |
| D. | Digesten |
| D.P. | Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz |
| DfG | Deutsche freiwillige Gerichtsbarkeit |
| DR | Deutsches Recht (Zentralorgan des NS.-Rechtswahrerbundes) |
| E I-BGB | Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs |
| E II-BGB | Zweiter Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs |
| EPLJ | European Property Law Journal |
| ErbR | Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis |
| ErbStG | Erbschaftsteuergesetz |
| ERPL | European Review of Private Law |
| ETPJ | Estates, Trusts and Pensions Journal |
| Flor. | Florentinus |
| fol. | folium |
| FS | Festschrift |
| Gai. | Gaius Institutiones |
| GrünhutsZ | Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart (Grünhuts Zeitschrift) |
| HRG | Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte |
| HWBEuP | Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| IECL | International Encyclopedia of Comparative Law |
| Inst. | Institutiones Iustiniani |

| | |
|---------------------|--|
| InsVV | Insolvenzrechtsvergütungsverordnung |
| I(PFD) | (englischer) Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975 |
| IPRG | (österreichisches bzw. schweizerisches) Gesetz über das internationale Privatrecht |
| JCP | Juris-classeur Périodique – La semaine juridique |
| JCP N | Juris-classeur Périodique – La semaine juridique notariale et immobilière |
| KritV | Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft |
| KritZRWissGdA | Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes |
| KV | Kostenverzeichnis |
| LQR | Law Quarterly Review |
| LR | Law Review |
| MüKoBGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| MüKoInsO | Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung |
| NCPR | (englische) Non-Contentious Probate Rules 1987 |
| Notar | Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis |
| NZ | Österreichische Notariatszeitung |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| öBGBI | Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich |
| OHEL | The Oxford History of the Laws of England |
| Paul. | Iulius Paulus |
| Pomp. | Sextus Pomponius |
| r. | rule |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| Rev.crit.dr.int.pr. | Revue critique de droit international privé |
| RGRK | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, hg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes |
| RIDA | Revue international des droits de l'antiquité |
| Riv.dir.int. | Rivista di Diritto Internazionale |
| Riv.Tr.Dir.Pr.Civ. | Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile |
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| RTDCiv. | Revue trimestrielle de droit civil |
| SCA | (englischer) Senior Courts Act 1981 |
| SDHI | Studia et Documenta Historiae et Iuris |
| sec. | section |
| Sir. | Recueil de jurisprudence de Sirey |
| StAZ | Das Standesamt – Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In- und Auslands |
| StuW | Steuer und Wirtschaft: Zeitschrift für die gesamte Steuerwissenschaft |
| successio | successio – Zeitschrift für Erbrecht |
| Teil-E BGB | Teilentwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (Entwurf eines Rechts der Erbfolge für das Deutsche Reich nebst dem Entwurfe eines Einführungsgesetzes) |
| Ulp. | Domitius Ulpianus |

| | |
|----------|--|
| UPC | Uniform Probate Code (USA) |
| VglO | Vergleichsordnung v. 26.2.1935 |
| W.N. | Weekly Notes |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZEV | Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge |
| ZRG (GA) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung |
| ZRG (RA) | Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung |

§ 1 Einführung: Gegenstand, Ziele und Methoden der Arbeit

A. Ausgangspunkt und Zielsetzung

Erbrecht bedeutet Kontinuität. Ein Mensch ist gestorben, aber seine vermögenswerten Rechte und Pflichten leben fort. Nur ausnahmsweise teilen sie das Schicksal ihres Rechtsträgers und gehen mit diesem zusammen unter.¹ Doch was genau geschieht zwischen Eröffnung und Abschluss eines Erbfalls? Wie vollzieht sich das Erbrecht? Welcher Mechanismen bedient es sich, um die hinterlassenen Rechtsbeziehungen aus den Händen des Toten in die der Lebenden zu überführen? Welches sind, um an den Titel der Arbeit anzuknüpfen, die Wege, auf denen die Nachlassgegenstände und -werte an die vorgesehenen Ziele gelangen?

Sucht man Antworten auf diese Fragen im BGB, so findet sich ein komplexer, der Gestaltungsfreiheit grundsätzlich entzogener Regelungsapparat. Danach geht der Nachlass des Verstorbenen, also die Gesamtheit seiner vererblichen Beziehungen, im Moment des Todes und ohne weiteres Zutun „als Ganzes“ auf den oder die „Erben“ über.² Diese „Gesamtnachfolge“³ oder „Universalsukzession“⁴ ist wegen der Möglichkeit einer rückwirkenden „Ausschlagung“ zunächst nur vorläufig. Sie wird endgültig durch die „Annahme der Erbschaft“, die nach Ablauf von sechs Wochen ab Kenntnis von der Berufung zur Erbfolge fingiert wird.⁵

Ist der Erbfall mit Annahme der Erbschaft abgeschlossen? Dies wird, wie noch zu zeigen ist, insbesondere im rechtsvergleichenden Schrifttum oftmals suggeriert. Doch erweist sich eine solche Sichtweise als zu eng. So kann es sein, dass einzelne im Nachlass vorhandene Rechte oder in ihm verkörperte wirtschaftliche Werte vom Erben an Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte weiterzureichen sind.⁶ Zwar sind die entsprechenden Erfüllungshandlungen formal nicht im Erb-

¹ Ein Beispiel im deutschen Recht ist der Nießbrauch (§ 1061 BGB).

² Siehe §§ 1922, 1942 Abs. 1 BGB.

³ Die amtliche Bezeichnung von § 1922 BGB lautet „Gesamtrechtsnachfolge“, die sich auch vielfach im Schrifttum findet. Der Begriff der „Gesamtnachfolge“ wird hier allein wegen seiner Knappheit bevorzugt und soll keine inhaltliche Abweichung ausdrücken. Näher zu den im deutschen Schrifttum gebrauchten Begrifflichkeiten *Claussen*, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, 23f.

⁴ Beide Begriffe werden im Folgenden synonym verwendet. Eingehend zur Bedeutung unten § 3 C.II.4 (212 ff.).

⁵ §§ 1943, 1944 BGB.

⁶ Siehe die Anspruchsgrundlagen in §§ 2174, 2303 Abs. 1 BGB.

recht, sondern im lebzeitigen Vermögensrecht angesiedelt, also etwa in den §§ 929 ff. BGB. Doch ändert die Tatsache, dass das Erbrecht sich dieser Mechanismen bedient, anstatt sie selbst vorzuhalten, nichts daran, dass die Herbeiführung der gesetzlich oder letztwillig anvisierten Nachlassverteilung noch zu seinen Zielen gehört. Der Erbe fungiert im Hinblick auf Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten mit anderen Worten nur als Zwischenstation.

Darüber hinaus – und dieser Aspekt verdient, da weniger offenkundig, noch mehr Aufmerksamkeit – kann der Erbfall mit dem endgültigen Übergang auf den oder die Erben auch bei Fehlen von Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten nicht als abgeschlossen betrachtet werden, und zwar deshalb, weil das rechtliche Schicksal des Nachlasses in anderer Hinsicht noch undefiniert ist. So ist der gesetzessystematische Ausgangspunkt des BGB zwar die vollständige Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Alleinerben, so dass die vom Erblasser herrührenden Rechte und Pflichten keinerlei erbfallbedingte Sonderbehandlung mehr erfahren (und daher beispielsweise Gläubiger des Verstorbenen auch in das Alt- oder Eigenvermögen des Erben vollstrecken können, also diejenigen Güter, die er schon vor dem Erbfall besaß).⁷ Doch findet zum einen dieser Vorgang der Vermögensverschmelzung im empirischen Normalfall, dem einer Mehrheit von Erben, gerade nicht statt, weil Miterben den Nachlass als Gesamthänder halten⁸ und dieser in verwaltungs- und haftungsrechtlicher Sicht ein Sondervermögen bildet, das seiner Auseinandersetzung harrt.⁹

Wenn hier und im Folgenden der Nachlass eines Verstorbenen als „Sondervermögen“ bezeichnet wird, so soll damit nicht mehr zum Ausdruck gebracht werden, als dass die darin enthaltenen Rechte und Pflichten unter ihrem neuem Träger in irgendeiner Weise eine erbfallbedingte Sonderbehandlung erfahren, d.h. nicht in jeder Hinsicht das Schicksal der übrigen Rechtsbeziehungen dieses Trägers teilen. Der Begriff „Sondervermögen“ wird somit als Ordnungsbegriff verwendet, als Kürzel für die Zusammenfassung bestimmter Rechtsfolgen, etwa der fehlenden Möglichkeit, aus Forderungen, die vom Erblasser begründet wurden, in das Eigenvermögen des Erben zu vollstrecken.¹⁰ Wie noch zu sehen sein wird, kann der Sondervermögenscharakter des Nachlasses ganz unterschiedliche Intensitätsgrade aufweisen.¹¹

⁷ Dazu unten F.I. (64ff.). Staudinger/*Marotzke* (2008), § 1922 Rn.72 (= Staudinger/*Kunz* (2017), § 1922 Rn. 120), betont zu Recht, dass es sich um eine Verschmelzung im rechtlichen Sinne handelt, die auch bei faktischer Separation von Nachlass und Eigenvermögen des Erben eintritt.

⁸ § 2032 Abs. 1 BGB.

⁹ Siehe nur etwa Staudinger/*Marotzke* (2008), § 1922 Rn. 78; Staudinger/*Kunz* (2017), § 1922 Rn. 129; *Röhel*, Erbrecht, § 32 Rn. 6–8. Näher unten § 6 E.II.4. (455 ff.).

¹⁰ Für eine ausführliche Erörterung des Begriffs „Sondervermögen“ und den Versuch, ihm zu normativen Zwecken klare Konturen zu verleihen, *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 37–64; *Jacoby*, Das private Amt, 16–50. Für das Erbrecht bezweifelt Staudinger/*Marotzke* (2008), § 1922 Rn. 88–95, zu Recht die Relevanz einer klaren Begriffsbildung.

Der Begriff des „(special) patrimony“ zur Zusammenfassung schuld- und haftungsrechtlicher Sonderbehandlungen findet sich auch im rechtsvergleichenden Schrifttum, siehe *Gretton*, ICLQ 49 (2000), 608–615; *L. Smith*, ETPJ 28 (2009), 333–354; *ders.*, Edinburgh LR 17 (2013), 283–313.

¹¹ Unten G.II.2b) (90ff.). Vgl. für das deutsche Recht auch Staudinger/*Marotzke* (2008), § 1922 Rn. 78–80.

Zum anderen ist die Vermögensverschmelzung im Fall des Alleinerben nur provisorischer Natur. Denn es gibt gleich drei Situationen, in denen es zu einer Absonderung des Nachlasses vom Erbenvermögen kommt, was sich u.a. darin äußert, dass Erblassergläubiger keinen Zugriff mehr auf das Eigenvermögen des Erben haben: in dem Fall, dass eine Nachlassverwaltung angeordnet wird, in dem Fall, dass ein Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet wird, und schließlich in dem Fall, dass der Nachlass so geringwertig ist, dass er die Kosten für eine Nachlassverwaltung oder ein Nachlassinsolvenzverfahren nicht decken würde.¹² Da die Absonderung des Nachlasses in allen Fällen auf den Erbfall zurückbezogen wird, existiert dieser also ungeachtet der provisorischen Verschmelzung als latentes Sondervermögen fort. Und solange dieser Schwebezustand anhält, kann – jedenfalls aus rechtlicher Sicht – der Erbfall noch nicht als beendet betrachtet werden.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das BGB das erbrechtliche Geschehen in zwei Phasen unterteilt. In der ersten, in §§ 1922, 1942–1959 BGB behandelten Phase geht es darum, die vererblichen Beziehungen des Verstorbenen definitiv auf einen oder mehrere Gesamtnachfolger überzuleiten. In der zweiten Phase, die im Wesentlichen Gegenstand der §§ 1967–2017 BGB ist, wird die weitere Behandlung des Nachlasses geregelt. Gemeinsam ist beiden Phasen, was man den Grundsatz der Staatsferne nennen kann.¹³ So kommt es zur Einschaltung von Gerichten grundsätzlich nur auf Antrag der Erben oder anderer Beteiligten (vor allem der Nachlassgläubiger), etwa wenn ein Erbschein ausgestellt,¹⁴ eine Nachlassverwaltung angeordnet¹⁵ oder ein Nachlassinventar errichtet werden soll.¹⁶ Lediglich in Ausnahmefällen wird das Nachlassgericht von Amts wegen tätig.¹⁷ Hierzu zählt insbesondere die Sicherung des Nachlasses¹⁸ und die Eröffnung letztwilliger Verfügungen, die mit einer Pflicht zur Benachrichtigung der betroffenen Personen einhergeht.¹⁹ Im Fall, dass das Fiskuserbrecht festgestellt werden soll²⁰ oder die Erbschaft ausgeschlagen wurde,²¹ ist eine nachlassgerichtliche Erbenermittlung vorgesehen.²² Eine allgemeine Amtspflicht zur Erbenermittlung hingegen besteht heute nur noch in Bayern²³ (was rechtspolitisch in jüngerer Zeit verstärkt auf Kritik stößt²⁴).

¹² §§ 1975, 1990 BGB. Ausführlich dazu unten § 6 E.II. (445 ff.).

¹³ Dazu allgemein *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 568–610 (zur Staatsferne der Nachlassabwicklung Rn. 583–608).

¹⁴ § 2353 BGB.

¹⁵ § 1981 BGB.

¹⁶ § 1994 BGB.

¹⁷ Für einen Überblick *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 975 f.; *Mayer*, Referat, L 114.

¹⁸ § 1960 BGB, dazu *Beck*, Erbenermittlung in Deutschland, 5 f.

¹⁹ §§ 348–351 FamFG.

²⁰ § 1964 Abs. 1 BGB.

²¹ § 1953 Abs. 3. S. 1 BGB.

²² Dazu unter Hinweis auf § 26 FamFG *K. W. Lange*, AcP 220 (2020), 187 f., 196.

²³ Art. 37 bayerisches Gerichtsverfassungs-Ausführungsgesetz, dazu *Schippel*, in: FS Wörner, 983; *K. W. Lange*, AcP 220 (2020), 187.

²⁴ *K. W. Lange*, AcP 220 (2020), 189, 209. Für die Einführung einer allgemeinen Erbenermittlungspflicht *Beck*, Erbenermittlung in Deutschland, 146–148.

Was ist nun der Anlass, den Strukturen des erbrechtlichen Geschehens, das hier unter dem noch zu erläuternden Begriff der „Nachlassabwicklung“ zusammengefasst wird,²⁵ eine breite historische und vergleichende Untersuchung zu widmen? Drei Beobachtungen sind zu nennen: erstens, dass das skizzierte Regime des BGB schon seit langer Zeit in der Praxis nicht zufriedenstellend funktioniert; zweitens, dass schon ein kursorischer rechtsvergleichender Blick genügt, um festzustellen, dass das deutsche Recht sich nicht nur in sachlicher, sondern mitunter auch in begrifflicher und systematischer Hinsicht deutlich von ausländischen Regelungen unterscheidet; drittens, dass es der bisherigen Erbrechtsvergleichung allenfalls in Ansätzen gelungen ist, die verschiedenen nationalen Regelungen auf erkenntnisfördernde Weise zueinander in Bezug zu setzen und ausländische Erfahrungen für die inländische Debatte fruchtbar zu machen.

Aus diesen Beobachtungen erklärt sich sodann die Zielsetzung dieser Arbeit. Sie will das Thema der Nachlassabwicklung aus einer Perspektive beschreiben und analysieren, die zwar auf die nationalen Rechtsordnungen bezogen, zugleich aber von ihnen losgelöst ist. Der von nationalen Begrifflichkeiten und Vorverständnissen möglichst weitgehend gereinigte Blick soll einerseits die gemeinsamen Regelungsprobleme, Sachstrukturen und Lösungen freilegen, andererseits aber auch die „lokalen Variationen eines einheitlichen Themas“ herausstellen.²⁶ Die Arbeit versteht sich damit als Beitrag zum gemeineuropäischen Erbrechtsdiskurs, der bislang nur in Ansätzen entwickelt ist und z.B. hinter dem im Schuldrecht erreichten Stand noch deutlich zurückbleibt, gerade auch in methodischer Hinsicht. Ausländische Erbrechtsliteratur wird dementsprechend nicht nur zur Erfassung und Erläuterung der jeweiligen Sachrechte herangezogen, sondern auch zum Auffinden und zur Bestätigung zeit- und rechtsordnungsübergreifender Konstanten.

Führt der Blick also einerseits von den nationalen Rechtsordnungen weg, kehrt er andererseits von einem externen Standpunkt aus auch wieder zu ihnen zurück. Eine solche Betrachtung „outside-in“²⁷ soll nicht zuletzt die Besonderheiten der deutschen Nachlassabwicklung hervortreten lassen, ihre Stärken ebenso verdeutlichen wie ihre Schwächen, und Reformüberlegungen neue Impulse verleihen. Insbesondere wird sich zeigen, dass das Erkenntnispotential von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung für das hier untersuchte Thema bislang nicht annähernd ausgeschöpft wurde. Einerseits wird Rechtsordnungen und -traditionen, die wertvolle Lehren bereithalten, der Vorbildcharakter bisweilen von vornherein abgesprochen, andererseits wird manch problematische Lösung unkritisch für nachahmenswert gehalten.

Obleich die Darstellung früherer und heutiger Rechtsordnungen stets auch kritisch-wertend sein wird, gehört eine Kür des „besten Rechts“ nicht zu den verfolg-

²⁵ Ausführlich unten F. (64 ff.).

²⁶ Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, V. Ist die vorliegende Arbeit in ihrer Herangehensweise auch durch *Kötz*' Buch inspiriert, erhebt sie weder in geographischer noch in sachlicher Hinsicht den Anspruch, ein „europäisches Erbrecht“ abzubilden.

²⁷ Zu den Vorzügen einer solchen Sichtweise generell *L. Smith*, ETPJ 28 (2009), 333.

ten Zielen. Denn abgesehen davon, dass die nationalen Erbrechtsregime stets Ausdruck komplexer Interessenabwägungen sind, die sich einer pauschalen Bewertung entziehen, läge der genannten Zielsetzung die verfehlte Annahme zugrunde, dass nationale Lösungen immer nur als Gesamtpaket verfügbar seien und ihre einzelnen Elemente sich nicht mit denen anderer Rechtsordnungen kombinieren ließen. Ebenso wenig bezweckt wird die Formulierung von Regelungen für eine mögliche europäische Einheitslösung.²⁸ Stattdessen soll der Boden dafür bereitet werden, dass eine Rechtsharmonisierung sich überhaupt sinnvoll diskutieren lässt und Einzelfragen noch tiefer erschlossen werden können; wie später zu sehen sein wird, hat die bisherige Erbrechtsvergleiche noch nicht einmal rechtsordnungsneutrale Grundbegriffe entwickelt. Allgemein gesprochen, geht es also darum, Aufschluss über Vergangenheit und Gegenwart der Nachlassabwicklung zu geben, um auf dieser Grundlage künftige Entwicklungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

Die genannten Beobachtungen, Zielsetzungen und die zugrunde gelegte Methode werden in den folgenden Abschnitten noch näher ausgeführt. Zunächst sind dem Thema der Nachlassabwicklung schärfere Konturen dadurch zu verleihen, dass es von anderen Teilaspekten des Erbrechts abgegrenzt wird.

B. Nachlassabwicklung als die Vollzugsdimension des Erbrechts

I. Zuweisungs- und Vollzugsdimension

Die Nachlassabwicklung lässt sich als die Vollzugsdimension des Erbrechts begreifen und dessen Zuweisungsdimension gegenüberstellen.²⁹ Die Unterscheidung ist auf den ersten Blick einfach, und es ist verlockend, die Vollzugsdimension schlagwortartig als das „Wie“ des Erbrechts und die Zuweisungsdimension als das „Wer bekommt was“ zu bezeichnen.³⁰ Doch wenngleich diese Sichtweise eine Annäherung ermöglicht, ist sie nicht leistungsfähig genug, die Komplexität moderner Erbrechte abzubilden. Denn wie sich anhand des deutschen Rechts illustrieren lässt, hat das „Wer bekommt was“ eine zweifache Bedeutung, durch die es in beiden Dimensionen angesiedelt ist.

²⁸ Konkrete Vorschläge zu einer europäischen Harmonisierung der Nachlassabwicklung unterbreitet *Leleu*, ERPL 6 (1998), 159–194, der aber vielfach von falschen oder jedenfalls unpräzisen Vorstellungen über die nationalen Rechte ausgeht (siehe dazu die Nachweise in dieser Arbeit).

²⁹ Im Grundsatz entspricht dies der in *MPI*-Stellungnahme Nr. 189 getroffenen Unterscheidung zwischen der „devolution“ auf der einen und der „transmission“ bzw. „implementation“ auf deren anderen Seite, die allerdings nicht voll herausgearbeitet wird. Rein äußerlich ist hingegen die Nähe zur Unterscheidung zwischen der „Verteilungsfunktion“ und der „Transportfunktion“ des Erbrechts bei *K. W. Lange*, Erbrecht, § 4 Rn. 1; *ders.*, AcP 220 (2020), 184.

³⁰ In diesem Sinne *Gretton/Steven*, Property, Trusts and Succession, [26.43]: „The law of succession must deal not only with the question ‚Who gets what?‘, but also with that of ‚How do they get it?‘“. Ähnlich *Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Erbrecht, 1: „Was wird vererbt? Wer wird Erbe? Wie kommt der Erbe ins Erbe?“. Allein das „Was“ und das „Wer“, nicht aber das „Wie“ thematisiert *Papantoniou*, AcP 173 (1973), 386.

So ist der Erbe („wer?“) zwar rechtlicher Empfänger des Nachlasses („was?“) und tritt ipso iure („wie?“) in diesen ein. Doch ist das erbrechtliche Geschehen damit nicht umfassend beschrieben. Denn dort, wo es Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte gibt, denen der Erbe entsprechende Vermögensvorteile³¹ weiterreichen muss, wird nicht nur der Kreis des „Wer“ erweitert. Auch zeigt sich, dass die Rechtsnachfolge des Erben sich aus Sicht der Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten als Zwischenschritt auf dem Weg zu ihrer Begünstigung darstellt und somit der Vollzugsdimension angehört. Ist der Nachlass unzureichend und werden die vorhandenen Werte von einem Insolvenzverwalter unter den Nachlassgläubigern nach einer bestimmten Ordnung verteilt,³² erfüllt die Rechtsnachfolge des Erben sogar nur noch den Zweck, den Nachlassgegenständen auf dem Weg zu ihrer endgültigen Destination einen Träger zu stellen. Sollen Zuweisungs- und Vollzugsdimension des Erbrechts sinnvoll voneinander abgegrenzt werden, müssen beide also genauer definiert werden.

II. Die Konturen der Zuweisungsdimension

Mit der Zuweisungsdimension des Erbrechts ist hier nicht die rechtliche Nachfolge des Verstorbenen gemeint, sondern dessen wirtschaftliche Nachfolge, also die Frage, wem eine Teilhabe am Erblasservermögen zukommt. Die Kategorie der wirtschaftlichen Nachfolger des Verstorbenen lässt sich in einem weiteren und in einem engeren Sinne verstehen.

1. Wirtschaftliche Nachfolger im engeren Sinn

Zu den wirtschaftlichen Nachfolgern des Verstorbenen im engeren Sinne sind die Begünstigten des Erbfalls zu zählen, also diejenigen, denen das Erbrecht als Folge des Todes des Erblassers einen unentgeltlichen Vermögensvorteil zuweist.³³ Das BGB kennt drei Arten von Begünstigten: den Erben als letztwillig oder gesetzlich bestimmten Gesamtnachfolger; den Vermächtnisnehmer als Empfänger einer testamentarischen oder gesetzlichen Einzelzuwendung;³⁴ und schließlich den Pflichtteilsberechtigten als nahen Familienangehörigen, dem eine am Intestaterbrecht aus-

³¹ Von einem „Vermögensvorteil“ spricht das BGB zwar nur im Hinblick auf ein Vermächtnis (§ 1939), doch ist der dem Pflichtteilsberechtigten zustehende Teil des Nachlasswertes (vgl. §§ 2303 Abs. 1, 2311 BGB) der Sache nach nichts anderes.

³² §§ 315–331 InsO.

³³ In der um die Bildung und Verwendung autonomer Begriffe bemühten EuErbVO findet sich in der deutschen Sprachfassung der Begriff der „Berechtigten“ (siehe etwa Art. 23 Abs. 2 lit. e), der als Oberbegriff insbesondere für Erben, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte fungiert (ErwG 47). Dafür, dass es sich bei den „Berechtigten“ der EuErbVO um die „Begünstigten“ im hier genannten Sinne handelt, sprechen auch die englische und die französische Sprachfassung, wo von den „beneficiaries“ bzw. den „bénéficiaires“ die Rede ist. Näher *Baldus*, GPR 2012, 312–315.

Der Oberbegriff der „Nachlassberechtigten“ findet sich bei *K. W. Lange*, Erbrecht, Teil C.

³⁴ Beispiele im zweitgenannten Sinne sind § 1932 BGB (Voraus) und § 1969 BGB (Dreißigster).

gerichtete Mindestteilhabe am Nachlasswert garantiert wird.³⁵ Blickt man über das Privatrecht hinaus, zählt aber auch der Staat zu den Begünstigten des Erbfalls,³⁶ jedenfalls in all den Fällen, in denen er die von Erben, Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten erlangten Vorteile besteuert³⁷ und sich dadurch – mittelbar – ebenfalls ein Stück vom Nachlasskuchen abschneidet.

Die Begünstigung des Erben weist die strukturelle Besonderheit auf, dass sie im Unterschied zur Begünstigung von Vermächtnisnehmern, Pflichtteilsberechtigten und dem Staat keine spezifische, sondern lediglich eine residuale ist. Damit ist gemeint, dass die Begünstigung des Erben nicht explizit angeordnet wird, sondern nur Ausfluss seiner Gesamtnachfolge ist: Was er nicht anderen Nachlassteilhabern geben muss, darf der Erbe behalten, aber auch nur das. Selbst bei werthaltigem Nachlass garantiert das BGB dem Erben also keine Mindestteilhabe,³⁸ im Gegensatz etwa zur römischen *lex Falcidia*, die dem *heres* ein Viertel des Nachlasswertes reservierte.³⁹ Ein deutscher Testator kann dem Erben daher aufgeben, den gesamten Nachlass unter Vermächtnisnehmern zu verteilen, so dass er selbst mit leeren Händen zurückbleibt.⁴⁰ Gleichwohl ist der empirische Normalfall natürlich der, dass die Residualbegünstigung des Erben de facto eine Hauptbegünstigung ist.

Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte und der Staat erhalten im Unterschied zum Erben eine spezifische Begünstigung,⁴¹ sind aber als solche keine Rechtsnachfolger.⁴² Denn das deutsche Recht kennt weder ein dinglich wirkendes Legat noch ein Noterbenrecht (beides im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen).⁴³ Dies unterstreicht abermals, dass Rechtsnachfolge und Nachlassteilhabe nicht notwendig Hand in Hand gehen⁴⁴ und somit stets unterschieden werden müssen.

³⁵ Weitgehend identisch gebraucht den Begriff des „Begünstigten“ Dörner, in: FS Ferid, 67.

³⁶ So auch Windel, Modi der Nachfolge, 5.

³⁷ Vgl. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

³⁸ Ist der Nachlass werthaltig und gehört der Erbe zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten, kann er zwar auf die ihm garantierte wirtschaftliche Partizipation pochen. Er muss dazu seine mit Vermächtnissen belastete Erbenstellung aber gerade ausschlagen, § 2306 BGB. Nur im Fall des § 2305 BGB kann er seine (Mit-)Erbenstellung behalten und zugleich die Wahrung seines Pflichtteils verlangen.

³⁹ Dazu unten § 3 A.III. (170 ff.).

⁴⁰ Ein Erblasser kann sogar noch weiter gehen und Vermächtnisse aussetzen, die von den Nachlassaktiva gar nicht gedeckt sind. Dazu unten § 6 E.IV.3c) (508 ff.).

⁴¹ Der Pflichtteil wird zwar in Form einer abstrakten Quote gewährt und setzt voraus, dass der Nachlass überhaupt einen positiven Saldo aufweist. Liegen die Entstehungsvoraussetzungen eines Anspruchs aus § 2303 BGB vor, genießt dieser aber sogar Vorrang vor anderen Begünstigungen (§ 327 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Entsprechendes gilt für die vom Staat erhobene Erbschaftsteuer.

⁴² Ein Vorausvermächtnisnehmer ist auch Rechtsnachfolger, aber allein kraft seiner Erbenstellung. Ein Pflichtteilsanspruch besteht mit Ausnahme des in § 2305 BGB geregelten Falls immer nur dort, wo der Berechtigte von der Erbfolge ausgeschlossen wurde oder seinen Erbteil ausgeschlagen hat (§§ 2303 Abs. 1 S. 1, 2306 Abs. 1 BGB). Der Fiskus schließlich kann zwar Erbe und damit Residualbegünstigter sein (§ 1936 BGB), seine Steuerforderung ist davon aber unabhängig.

⁴³ Der Vermächtnisnehmer ist allenfalls mittelbarer Rechtsnachfolger des Verstorbenen, nämlich dort, wo ihm ein im Erblasservermögen vorhandenes Recht zugewandt wird, etwa das Eigentum an einer Taschenuhr.

⁴⁴ Dies betont auch Windel, Modi der Nachfolge, 5, der allerdings zu Unrecht annimmt, dass

2. Wirtschaftliche Nachfolger im weiteren Sinn

Zur Kategorie der wirtschaftlichen Nachfolger im weiteren Sinne zählen allen voran die Gläubiger des Verstorbenen (es sei denn, ihr Anspruch ist ausnahmsweise mit dessen Tod untergegangen). Sie unterscheiden sich von den Begünstigten des Erbfalls dadurch, dass ihr Anspruch auf wirtschaftliche Teilhabe an den Nachlassaktiva dem Erbfall vorausliegt; er wird vom Erbrecht nicht begründet, sondern nur erhalten. Und dennoch liegt in dieser Erhaltung ebenfalls eine Zuweisungsentscheidung, insbesondere in Verbindung mit dem noch zu erörternden Vorrang der Erblassergläubiger vor den Begünstigten. Der Unterschied zur Auswahl der wirtschaftlichen Nachfolger im engeren Sinne besteht allein darin, dass das Erbrecht die Auswahl der wirtschaftlichen Nachfolger im weiteren Sinne nicht selbst trifft, sondern sich durch das lebzeitige Vermögensrecht vorgeben lässt. Anders gesagt, sind die Erblassergläubiger als wirtschaftliche Nachfolger von vornherein „gesetzt“. Das zwischen ihnen und dem Erblasser bestehende Schuldverhältnis ist bei dieser Sichtweise also kein eigenständiges Übergangsobjekt, sondern lediglich Mittel zur Zuweisung von Nachlasswerten.

Gegen die Einordnung der Erblassergläubiger als wirtschaftliche Nachfolger könnte man einwenden, dass das deutsche Recht ihnen außerhalb formaler Liquidationsverfahren wie Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz keine Nachlasswerte zuspricht, sondern sich damit begnügt, ihnen mittels der Gesamtnachfolge des Erben einen neuen Schuldner zu geben und das Haftungssubstrat zu erhalten. Doch wie noch eingehend zu zeigen sein wird,⁴⁵ ist diese Lösung nur als Vereinfachung für diejenigen Fälle gedacht, in denen der Nachlass zulänglich ist und somit keine Verteilungskonflikte drohen. Wertungsmäßig steht daher der Satz „der Gläubiger ist der erste Erbe“⁴⁶ immer im Hintergrund.

Wie bereits angedeutet, bilden die Erblassergläubiger die wichtigste, aber nicht die einzige Gruppe innerhalb der wirtschaftlichen Nachfolger im weiteren Sinn. Ebenso gehören hierher solche Gläubiger, deren entgeltlicher Anspruch zwar erst nach Eröffnung des Erbfalls entsteht, denen das Recht aus Wertungsgründen aber die vorrangige Befriedigung aus Nachlassmitteln garantiert. Paradigma für solche „Nachlasskostenschulden“⁴⁷ sind die Aufwendungen für das Begräbnis, die im Fall

„in einem vollständig durchgebildeten Abwicklungssystem“ Rechtsinhaberschaft und wirtschaftliche Teilhabe immer parallel laufen. Gerade das Gegenteil ist der Fall, weil vor Auskehr der wirtschaftlichen Teilhabe die Rechtsinhaberschaft zunächst bei der Abwicklungsinstanz liegen muss.

⁴⁵ Siehe unten F.III.2. (80 ff.), § 7 A.I. (569 ff.).

⁴⁶ Dazu unten § 2 B.III.3b) (139 ff.).

⁴⁷ Diese Kategorie entspricht im Wesentlichen den „Nachlasskosten- und Nachlassverwaltungs-schulden“ der deutschen Erbrechtsdogmatik, dazu *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 1202f.; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 3396. Die Nachlasskostenschulden werden oftmals als Unterfall der „Erbfall-schulden“ behandelt (siehe z.B. *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 3394–3396; *Röhbel*, Erbrecht § 31 Rn. 16f.), zu denen vor allem die Verbindlichkeiten des Erben gegenüber Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten gehören. Auch *Rheinstein*, Iowa LR 20 (1935), 432, unterscheidet nur zwischen den „debts of the deceased“ und den „debts which originate in the succession“ (dazu auch *Murga Fernández*, ZEuP 2018, 361). Zwar besteht zwischen den Ansprüchen von Begünstigten einerseits und den Ansprüchen von Nachlasskostengläubigern andererseits die Gemeinsam-

der Unzulänglichkeit des Nachlasses sogar zu den (Vorrang genießenden) Masseverbindlichkeiten gehören.⁴⁸ Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit werden die „Nachlasskostengläubiger“ im Folgenden nicht eigens genannt, es sei denn, es kommt besonders auf sie an. Was über Erblassergläubiger gesagt wird, gilt somit grundsätzlich entsprechend.

Vor dem Hintergrund, dass das BGB die Erblassergläubiger, Nachlasskostengläubiger, Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte in der Kategorie der „Nachlassgläubiger“⁴⁹ zusammenfasst, die das Gegenstück zu den in § 1967 Abs. 2 BGB definierten „Nachlassverbindlichkeiten“ bildet, könnte man fragen, warum hier zusätzlich die Kategorie der „wirtschaftlichen Nachfolger“ eingeführt wird. Die Antwort lautet, dass beide Kategorien sich zwar weitgehend überschneiden, aber eben nicht vollständig decken. Denn der Erbe ist als Residualbegünstigter wirtschaftlicher Nachfolger des Verstorbenen, nicht aber Nachlassgläubiger.⁵⁰

III. Die Konturen der Vollzugsdimension

Keht man zur Nachlassabwicklung als der Vollzugsdimension des Erbrechts zurück, liegt ihre Aufgabe also darin, die angeordneten Zuweisungs- oder Verteilungsergebnisse dadurch herbeizuführen, dass jedem Nachfolger im wirtschaftlichen Sinne das gegeben wird, was ihm zusteht: den Erblasser- und Nachlasskostengläubigern die Erfüllung ihrer Ansprüche, den Legataren und Pflichtteilsberechtigten die Übertragung der ihnen zugesprochenen Rechte oder Werte, dem Staat die erhobene Steuer, dem Residualbegünstigten der Überschuss. Reichen die vorhandenen Aktiva zur vollständigen Erfüllung der Vorgaben nicht aus, müssen die von der Zuweisungsdimension vorgegebenen Vorrangverhältnisse umgesetzt werden (einzig die Residualbegünstigung des Erben ist, da sie von vornherein in Abhängigkeit vom verbleibenden Rest bestimmt wird, automatisch nachrangig).

keit der Entstehung erst mit oder nach dem Erbfall, doch ist die Zusammenfassung zu den „Erbfallschulden“ insofern problematisch, als hierdurch die gänzlich unterschiedlichen Fundamente überspielt werden. Eine Dreiteilung sieht IECL/Schwind, Liability for Obligations of the Inheritance, Nr. 3, vor, die allerdings zu eng ist. Denn die Ansprüche von deutschen Pflichtteilsberechtigten oder von Ehegatten aus § 1932 BGB sind weder „liabilities incurred by the deceased“, noch „liabilities incurred by reason of death and the administration of the inheritance“ noch „obligations created by will“. Schief ist zudem die Vorstellung eines Übergehens der Erblasserverbindlichkeiten *auf den Nachlass* („transmitted to the inheritance“, siehe IECL/Schwind, Liability for Obligations of the Inheritance, Nr. 4).

Rechtsvergleichend entsprechen die „Nachlasskostenschulden“ im Wesentlichen den „charges de la succession“ des französischen Rechts (dazu *Terré/Lequette/Gaudemet*, Successions, Rn. 900 (803–805)) und den „expenses“ des englischen Rechts (dazu *Kerridge*, Law of Succession, [21-09]–[21-11]).

⁴⁸ § 324 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

⁴⁹ Siehe etwa §§ 1970, 1981 Abs. 2, 1994 Abs. 1 BGB.

⁵⁰ Damit ist nicht gesagt, dass der Erbe niemals Nachlassgläubiger sein kann. Hatte er beispielsweise einen Anspruch gegen den Erblasser oder hat der Testator ihm ein Vorausvermächtnis zugewandt, fällt der Erbe auch unter die Definition des § 1967 Abs. 2 BGB. Seine Stellung als Nachlassgläubiger ist dann aber unabhängig von seiner Stellung als Erbe.

Weil die von Gesetz oder Erblasser angestrebten Verteilungsergebnisse in aller Regel zu komplex sind, als dass die Rechtsordnung sie selbst vollständig umsetzen könnte, braucht die Vollzugsdimension Handlungsorgane. Zu diesen zählen im deutschen Recht: der Nachlassverwalter, der Nachlassinsolvenzverwalter, in bestimmten Fällen der Testamentsvollstrecker und der Nachlasspfleger, ebenso und vor allem aber der Erbe. Ihm kommt als Inhaber aller Nachlassaktiva und „Anspruchspartner“ für sämtliche Nachlassverbindlichkeiten sogar die Erstzuständigkeit für die Verteilung des Nachlasses unter Erblassergläubigern und Begünstigten zu.⁵¹

Zu betonen ist, dass die Zuständigkeit für sämtliche Nachlassverbindlichkeiten nicht schon aus dem Vorgang der Gesamtnachfolge resultiert, sondern einer gesonderten Regelungsanordnung bedarf, die der deutsche Gesetzgeber in § 1967 BGB getroffen hat. Denn die Ansprüche der Begünstigten (Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte) und der Nachlasskostengläubiger (etwa aus Bestattung) bestehen zu Lebzeiten des Verstorbenen noch gar nicht und können somit auch nicht von diesem auf den Erben übergehen.⁵² Die Zuweisung dieser originären Pflichten bringt die Abwicklerrolle des Erben deshalb noch klarer zum Ausdruck als sein Eintreten in die Verbindlichkeiten des Erblassers. Belanglos ist demgegenüber der alte Streit über die Frage, ob sich die derivative Verantwortlichkeit des Erben, d.h. die für die Erblasserverbindlichkeiten, bereits aus § 1922 BGB oder erst aus § 1967 Abs. 1 BGB ergibt.⁵³ Denn es besteht Einigkeit darüber, dass die Schulden des Verstorbenen nicht lediglich das Aktivvermögen belasten, sondern als Folge der (provisorischen) Vermögensverschmelzung zu Schulden des Alleinerben werden.⁵⁴

Macht man sich die unterschiedliche Verantwortungsgrundlage für die Erblasserschulden auf der einen und die Begünstigungen und Nachlasskostenschulden auf der anderen Seite klar, lassen sich auch die Begriffe „Erbchaft“ und „Nachlass“, die vom BGB scheinbar unterschiedslos verwendet und im Schrifttum weitgehend synonym verstanden werden,⁵⁵ klar

⁵¹ Einen Sonderfall bildet die Erbschaftssteuer: Da sie im Unterschied zu anderen Rechtsordnungen nicht am Nachlass, sondern bei den Begünstigten erhoben wird, ist die Zahlung der Erbschaftssteuer an sich nicht Teil der Abwicklungstätigkeit des Erben. Dennoch wird vielfach die Ansicht vertreten, dass die Erbschaftsteuerschulden Erbschaftsschulden im Sinne des § 1967 Abs. 2 Var. 2 BGB seien. Ausführlich zum Meinungsstand Staudinger/Kunz (2020), § 1967 Rn. 111–120. Siehe ferner BFH ZEV 2019, 603.

⁵² Der unnötige Versuch von *Muscheler*, Erbrecht II, Rn. 3391, auch diese Verantwortlichkeit des Erben auf § 1922 BGB zurückzuführen, tut der Vorschrift Gewalt an, weshalb auch *Muschelers* Kritik an § 1967 Abs. 2 BGB verfehlt ist. Vor der Gefahr, § 1922 BGB zu überfordern, warnen zu Recht *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 87. *Boehmer*, in: RG-FG III, 251, betont sogar, dass § 1922 BGB weder allein noch zusammen mit den §§ 1967, 2058 BGB die Pflichtenstellung des Erben erschöpfend zum Ausdruck bringt (siehe auch schon *ders.*, Erbfolge und Erbenhaftung, 26).

⁵³ Dazu ausführlich *Kipp/Coing*, Erbrecht, 501f.; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 86f.; *Windel*, Modi der Nachfolge, 207–209; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 753–758; *Donner*, Vererblichkeit, 25–50; siehe auch *Röthel*, Erbrecht, § 6 Rn. 14, § 31 Rn. 1.

⁵⁴ Entgegen *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 756, lässt sich dieses Ergebnis auch auf der Grundlage von § 1967 Abs. 1 BGB erklären. *Siber*, Erbrecht, 129f., misst der letztgenannten Regelung sogar noch weiter reichende Bedeutung bei; zustimmend *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 87 (Fn. 24). *Windel*, Modi der Nachfolge, 212, argumentiert, dass Erblasserverbindlichkeiten selbst dann keine automatische Begrenzung erfahren müssten, wenn man sie (nur) als negative Vermögensbestandteile auffasste.

⁵⁵ *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 84; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 114f. („zwei Seiten einer Medaille“); *Röthel*, Erbrecht, § 6 Rn. 5; Staudinger/Kunz (2017), § 1922 Rn. 93 („vollkommen identisch“).

voneinander unterscheiden. „Erbchaft“ bezeichnet dann die Erbenstellung im Ganzen, der „Nachlass“ hingegen nur das vererbliche Vermögen.⁵⁶ Zwar gehört zur „Erbchaft“ die Inhabung des „Nachlasses“. Doch bilden die darin enthaltenen Erblasserverbindlichkeiten eben nur einen Ausschnitt aus der Pflichtenstellung des Erben. Und selbst bei Hinzurechnung der Verantwortlichkeit für Begünstigungen und Nachlasskostenschulden ist die „Erbchaft“ noch nicht erschöpfend beschrieben. Denn insbesondere mit den dem Erben eingeräumten Optionsrechten – einmal im Hinblick auf Annahme und Ausschlagung, sodann auch hinsichtlich des Abwicklungsmodus⁵⁷ – gibt es auch noch weitere Elemente der Erbenstellung, die sich nicht vom Erblasser ableiten, sondern originär sind.⁵⁸ Konsequenter ist es vor diesem Hintergrund, dass etwa § 1943 BGB von der Annahme und Ausschlagung der „Erbchaft“ spricht, und nicht (nur) von der Annahme oder Ausschlagung des „Nachlasses“.

Es zeigt sich damit ein oben bereits angedeuteter Umstand, der für das Thema dieser Arbeit von zentraler Bedeutung ist, im deutschen Schrifttum jedoch selten in seiner ganzen Tragweite erfasst wird: In der Figur des Erben und seiner Gesamtnachfolge fließen die Zuweisungs- und die Vollzugsdimension zusammen. Der Erbe ist Residualbegünstigter und Nachlassabwickler zugleich, hat bei funktionaler Betrachtung also zwei Hüte auf⁵⁹ (wobei er den „Abwicklerhut“ freiwillig ablegen, dieser ihm aber auch gegen seinen Willen genommen werden kann⁶⁰). Dementsprechend haben auch Testierfreiheit und Intestaterbfolge eine Doppelnatur, indem über sie sowohl die Residualbegünstigten als auch die Abwickler bestimmt werden. Das Pflichtteilsrecht begrenzt die Testierfreiheit in der Zuweisungsdimension, nicht aber in der Vollzugsdimension. Denn in der Bestimmung des Erben als Nachlassabwickler ist ein deutscher Testator stets frei.

Die enge Verwobenheit von Zuweisungs- und Vollzugsdimension ist charakteristisch für die kontinentaleuropäischen Erbrechte generell und erklärt, warum diesen die hier getroffene Differenzierung weitgehend unbekannt ist.⁶¹ So kennzeichnet zwar die französische Lehrbuchliteratur seit Langem die Zweiteilung von „*dévolution successorale*“ und „*transmission successorale*“,⁶² was sich mit „Erbberufung“ und „Erbübergang“ übersetzen lässt. Doch ist diese Dichotomie mit der

⁵⁶ Siehe auch schon *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht III, § 606 (478) (Bezeichnung der rechtlichen Stellung des Erben als „Erbchaft“ möglich, wenngleich aufgrund der Mehrdeutigkeit dieses Ausdrucks nicht ratsam).

⁵⁷ Siehe insbesondere unten § 5 B. (322 ff.), § 7 C.I. (610 ff.).

⁵⁸ Vgl. auch *Windel*, Modi der Nachfolge, 213. Näher zu den originären Elementen der Erbenstellung *Dörner*, in: FS Ferid, 61–64; mit besonderer Bezugnahme zum Gegenstand der Ausschlagung *Metzler*, Ausschlagung und Erbverzicht, 25, 52–60. Ob man die originären Elemente der Erbenstellung unter dem Begriff des „subjektiven Erbrechts“ zusammenfassen möchte (so mit beachtlichen Argumenten *Dörner*, in: FS Ferid, 67), ist für das vorliegende Thema ohne Belang.

⁵⁹ Zum Ausdruck gebracht wird diese Doppelrolle im Untertitel von *Klook*, Die überschuldete Erbschaft („Der Erbe als Berechtigter und als Treuhänder der Nachlaßgläubiger“). Auf die Inhaberschaft zweier Vermögen (Privatvermögen und Nachlass) stellt demgegenüber *Wacke*, JZ 2001, 384, ab.

⁶⁰ Näher unten § 7 C.I. (610 ff.).

⁶¹ Siehe auch *MPI*-Stellungnahme Nr. 190.

⁶² Siehe etwa *Planiol/Ripert*, Successions IV; *Grimaldi*, Successions; *Terré/Lequette/Gaude-ment*, Successions (die anstelle der „*transmission successorale*“ allerdings vom „*règlement successorale*“ sprechen); *Malaurie/Brenner*, Successions et Liberalités (die genannte Zweiteilung wird

hier vorgestellten nicht deckungsgleich. Denn weil der *héritier* genau wie der deutsche Erbe nicht nur Begünstigter, sondern zugleich Organ der Nachlassabwicklung ist, gehören die Regeln zur „*dévolution*“, also zur Bestimmung des *héritier*, auch der Vollzugsdimension an.

IV. Das Zusammenspiel von Zuweisungs- und Vollzugsdimension

Lassen sich Zuweisungs- und Vollzugsdimension auch klar voneinander abgrenzen, kann dennoch die eine ohne die andere nicht sinnvoll existieren. So wird zwar oftmals suggeriert, dass entscheidendes Moment für einen Vermögensübergang von Todes wegen die Bestimmung eines Nachfolgers durch Testament oder Intestaterbrecht sei.⁶³ Doch hängt eine solche Designation für sich allein in der Luft. Sie entfaltet erst dort Wirkung, wo sie in einen Vollzugsmechanismus eingespeist wird, wie das deutsche Recht ihn in den §§ 1922, 1942–1959, 1967–2017 BGB bereitstellt. Umgekehrt läuft dieser Mechanismus so lange leer, wie ihm keine Zielkoordinaten eingegeben werden.

Bildlich gesprochen, ist die Zuweisungsdimension ohne Vollzugsdimension wie ein Kapitän, der die malerischsten Reiserouten im Kopf hat, aber kein Schiff, mit dem er sie befahren kann. Vollzugsdimension ohne Zuweisungsdimension ist wie ein Schiff, das technisch einwandfrei funktioniert, aber keinen Kapitän hat, der ihm einen Kurs vorgibt. Erst beide Dimensionen zusammen bilden ein funktionsfähiges Ganzes.⁶⁴

V. Der rechtspolitische Gehalt von Zuweisungs- und Vollzugsdimension

Fragt man, in welcher der beiden Dimensionen sich die gesellschaftspolitische Relevanz des Erbrechts, wenn nicht gar seine Sprengkraft entfaltet, so ist unschwer zu erkennen, dass dies die Zuweisungsdimension ist.⁶⁵ So trug das Erbrecht im feudalen Zeitalter dadurch zur Aufrechterhaltung bestimmter Macht- und Wirtschaftsstrukturen bei, dass es die ungeteilte Weitergabe von Grund und Boden an den äl-

hier allerdings nur innerhalb des Intestaterbrechts gebraucht). Eine Dreiteilung („*dévolution*“, „*transmission*“, „*règlement*“) findet sich bei *Pérès/Vernières*, *Droit des successions*.

⁶³ Siehe stellvertretend *Braun/Röthel*, in: *Passing Wealth on Death*, 1, die „wills or intestacy rules“ als die traditionellen Mechanismen für einen „transfer of wealth on death“ bezeichnen.

⁶⁴ Dieses Ganze wird manchmal mit einer „Maschine“ verglichen, vermutlich zuerst von Alexis de Tocqueville (dazu *Dutta*, *Warum Erbrecht?*, 1). Im englischsprachigen Schrifttum findet sich dieselbe Metapher bei *Rheinstein/Glendon*, *Decedents' Estates*, XV: „The law of decedents' estates ought to be understood as the machinery for the orderly transfer of wealth upon death of the owner.“ Vgl. auch den Titel des Buches von *Miller*, *The Machinery of Succession*, der allerdings ausdrücken soll, dass das traditionelle Erbrecht nicht das einzige Mittel der Vermögensübertragung von Todes wegen ist (vgl. 1 f.).

⁶⁵ Guter Überblick bei *Röthel*, *Erbrecht*, § 1 Rn. 2–6; *dies.*, *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*, A 26f. Siehe auch *Boehmer*, *Erbfolge und Erbenhaftung*, 3–9, der zwischen dem „sozialpolitischen“ und dem „rechtlichen Problem“ des Erbrechts unterscheidet; ferner *Papantoniou*, *AcP* 173 (1973), 385–401.

testen Sohn sicherstellte.⁶⁶ Umgekehrt war es ein zentrales Anliegen der Französischen Revolution, die feudalen Machtstrukturen aufzubrechen. Zu diesem Zweck wurden Sondererbfolgen für Adelsgüter⁶⁷ abgeschafft und die Möglichkeiten zur testamentarischen Ungleichbehandlung von Kindern stark eingeschränkt.⁶⁸ Rhein-stein und Glendon illustrieren die fundamentale gesellschaftspolitische Rolle erbrechtlicher Zuweisungsregeln durch zwei Briefe, die Napoleon im Jahr 1806 seinem Bruder schrieb, nachdem er ihn zum König von Neapel eingesetzt hatte: Im ersten Brief riet er ihm, seine Macht dadurch zu festigen, dass er durch die Vergabe von gebundenen Landgütern (Majoraten) eine neue Aristokratie schuf.⁶⁹ Im zweiten Brief empfahl Napoleon seinem Bruder die Einführung des Code civil, da dessen erbrechtliche Regelungen die bestehenden Strukturen aufbrechen würden.⁷⁰

Vor allem seit dem 19. Jahrhundert wird sodann diskutiert, inwieweit das Erbrecht als Mittel zur Umverteilung von Vermögen eingesetzt werden sollte, sei es über eine rechtliche Nachfolge des Staates in das Vermögen einer verstorbenen Person, sei es durch eine wirtschaftliche Nachfolge in Gestalt einer Steuer.⁷¹ In heutiger Zeit schließlich wird die Zuweisungsdimension des Erbrechts in erster Linie im Hinblick auf Individualinteressen erörtert.⁷² So kann etwa die Ermöglichung letztwilliger Selbstbestimmung Anreize zu Sparsamkeit und Vermögensbildung setzen,⁷³ während sich durch eine zwingende Nachlassteilnahme naher Angehöriger die familiäre Solidarität stärken lässt.⁷⁴

Im Gegensatz dazu ist die Vollzugsdimension auf den ersten Blick gänzlich apolitischer Natur. Denn für die ihr gestellte Aufgabe spielt die Destination der Nachlasswerte grundsätzlich keine Rolle. Ob diese etwa in privater Hand bleiben oder auf den Staat übergehen,⁷⁵ ob die Begünstigten vom Gesetz oder durch den Erblasser benannt werden, stets bedarf es derselben rechtlichen Umsetzungsmechanismen. Und dennoch wäre es ein Irrtum zu glauben, dass die Vollzugsdimen-

⁶⁶ Zu solchen auch auf Wahrung des *splendor familiae* gerichteten Maßnahmen etwa *Rhein-stein/Glendon*, *Decedents' Estates*, 26–33; *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 139–142; *Lequette*, in: *Melanges Simler*, 173; *Descamps*, in: *Succession Law, Practice and Society*, 592.

⁶⁷ Das sog. „droit d'aînesse“, siehe *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Les successions*, Rn. 14, 77. Zum Verbot fideikommissarischer Substitutionen *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 146–149. Zu dem in Abkehr von Sondererbfolgen in Art. 732 Code civil niedergelegten Grundsatz der „*unité de la succession*“ unten § 3 C.II.4i)(1) (232 ff.).

⁶⁸ Dazu eingehend *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 37–55; siehe auch schon *Wieacker*, in: *FS Siber*, 3.

⁶⁹ Napoleon setzte diese Maßnahme auch in seinem unmittelbaren Herrschaftsbereich um, siehe *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 149–151.

⁷⁰ *Rheinstein/Glendon*, *Decedents' Estates*, 29 f.

⁷¹ Eingehend *Dutta*, *Warum Erbrecht?*, 185–302; siehe auch *Beckert*, *Unverdientes Vermögen*, 199–203.

⁷² *Röthel*, *Erbrecht*, § 1 Rn. 2.

⁷³ Dazu eingehend *Dutta*, *Warum Erbrecht?*, 151–184.

⁷⁴ Dazu etwa *Röthel*, *Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts*, 85–120; *Dutta*, *Warum Erbrecht?*, 385–475.

⁷⁵ Dass auch der zweitgenannte Fall vom Begriff des Erbrechts umfasst ist, dieser also nicht gleichbedeutend mit „Privaterbfolge“ ist, betont zu Recht *Papantoniou*, *AcP* 173 (1973), 386.

sion gänzlich wertneutral sei, sie nur rechtstechnischen, aber keinen materialen Gehalt habe.⁷⁶

Ein erster Grund hierfür besteht in dem bereits erwähnten Umstand, dass die Vollzugsdimension sich aufgrund der Komplexität der Verteilungsvorgaben nicht auf eine mechanische Rechtsübertragung beschränken kann. Soll etwa gewährleistet sein, dass die Gläubiger des Erblassers mit Vorrang vor Begünstigten am Nachlass partizipieren, muss die Vollzugsdimension eine Abwicklungsinstanz installieren, dieser ein ausgefeiltes Pflichtenprogramm auferlegen und für den Erhalt des Haftungssubstrats sorgen.⁷⁷ Im deutschen Schrifttum ist denn auch seit Langem anerkannt, dass der zwingende Charakter der Gesamtnachfolge gläubigerschützende Wirkung hat, weil hierdurch die Einheit von Nachlassaktiva und -passiva erhalten wird.⁷⁸ Noch klarer kommt der materiale Gehalt der Nachlassabwicklung in Vorschriften wie §§ 322, 327 InsO zum Ausdruck: Zwar sind die hier etablierten Rangfolgen der Nachlassteilhabe noch der Zuweisungsdimension zuzurechnen. Doch nimmt die Vollzugsdimension deren Wertungen dadurch in sich auf, dass sie ihnen aktiv zur Durchsetzung verhilft. Negativ zeigt sich der materiale Gehalt der Vollzugsdimension dort, wo sie aufgrund unzureichender Ausgestaltung die Verteilungsziele unterläuft.⁷⁹

Ein zweiter Grund für die fehlende rechtspolitische Neutralität der Vollzugsdimension liegt in dem Erfordernis, die Vielzahl der sich auftuenden Regelungsspielräume auszufüllen und dabei eine Gewichtung der betroffenen Interessen vorzunehmen. So kann, um ein Beispiel zu nennen, die Auswahl des Nachlassabwicklers dem Erblasser überlassen, zwingend gesetzlich angeordnet oder von einem Gericht getroffen werden. Dem Erblasser wird oft daran liegen, eine Person seines Vertrauens einzusetzen. Die Begünstigten sind in der Regel daran interessiert, die Abwicklung selbst vorzunehmen, um Zeit und Kosten zu sparen und die ihnen zugewiesenen Vorteile sofort nutzen zu können. Die Erblassergläubiger hingegen mögen Grund haben, den Begünstigten zu misstrauen und einen professionellen Abwickler ohne Eigeninteresse am Nachlass zu bevorzugen. Schließlich möchte der be-

⁷⁶ Diese Sichtweise wird durch eine im deutschen Schrifttum verbreitete Dichotomie gefördert, nämlich die Unterscheidung zwischen den „materialen“ und den „rechtstechnischen Prinzipien“ des Erbrechts, wobei den erstgenannten vor allem die Testierfreiheit und die Familienerbfolge zugerechnet wird und den zweitgenannten die Universalsukzession und der Vonselbsterwerb. Siehe *Kipp/Coing*, Erbrecht, 4–7; *Coing*, Europäisches Privatrecht II, 596; *Staudinger/Meyer-Pritzl*, Eckpfeiler, W 13, W 101; ähnlich *Muscheler*, Erbrecht, Rn. 731–733 (Unterscheidung zwischen „materialen“ und „eher rechtstechnischen“ Prinzipien). Auch nach *Staudinger/Otte* (2016), Einl zum ErbR, Rn. 59, haben die Grundsätze der Universalsukzession und des Vonselbsterwerbs „[n]ur rechtstechnische Bedeutung“. Hingegen betont *HWBEuP/Kroppenberg*, Universalsukzession, 1560, dass die Nachlassabwicklung auch der Verwirklichung materialer Interessen diene.

⁷⁷ Ausführlich unten §§ 2–4.

⁷⁸ Siehe etwa *Kipp/Coing*, Erbrecht, 6; *Meincke*, Auswirkungen der Rechtsnachfolge, 30f.; *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 181; *Windel*, Modi der Nachfolge, 12f.; *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 31; *dies.*, Erbrecht, § 6 Rn. 32; *Staudinger/Meyer-Pritzl*, Eckpfeiler, Rn. W 103. Aus vergleichender Sicht *J. P. Schmidt*, in: FS Gretton, 327–337.

⁷⁹ Für Beispiele in diesem Sinne siehe unten § 4 A.VII.9b) (271 ff.); § 6 E.V.4. (529 ff.).

nannte Abwickler nicht gegen seinen Willen zu dieser Aufgabe herangezogen und dem Risiko einer Haftung mit dem eigenen Vermögen ausgesetzt werden. Wird sich ein kluger Gesetzgeber auch stets darum bemühen, alle betroffenen Interessen gleichermaßen zu berücksichtigen, wird er an einem bestimmten Punkt doch dazu gezwungen, sich beispielsweise zwischen einer gläubiger- und einer begünstigten-orientierten Lösung zu entscheiden.

Konflikte treten aber sogar zwischen Zuweisungs- und Vollzugszielen auf. So wird die Abwicklung umso komplizierter, je detaillierter die Verteilungsvorgaben sind, insbesondere im Hinblick auf zu beachtende Rangverhältnisse.⁸⁰ Mehr als einmal in der Rechtsgeschichte ist es deshalb zu einem Zurückwirken der Vollzugsdimension auf die Zuweisungsdimension in dem Sinne gekommen, dass das Ziel der gerechten Verteilung dem der einfachen Abwicklung geopfert wurde.⁸¹ In ähnlicher Gestalt tritt dieses Spannungsverhältnis aber auch schon innerhalb der Vollzugsdimension auf: So sind die wirtschaftlichen Nachfolger des Verstorbenen nicht nur an einer möglichst schnellen, einfachen und kostengünstigen Abwicklung interessiert, sondern auch an der Richtigkeit ihrer Ergebnisse. Ähnlich wie ein Elfmeterschütze beim Fußball muss die Nachlassabwicklung also das richtige Maß zwischen Geschwindigkeit und Präzision finden.

C. Die Misstände der deutschen Nachlassabwicklung

Die deutschen Regelungen zur Nachlassabwicklung sind, von ganz punktuellen Reformen abgesehen,⁸² seit Inkrafttreten des BGB unverändert geblieben.⁸³ Diese Langlebigkeit könnte als Indiz dafür gewertet werden, dass sich die – in ihrer Entstehung durchaus umstrittenen⁸⁴ – Entscheidungen des BGB-Gesetzgebers im Großen und Ganzen bewährt haben. Doch erweist sich dieser Schluss aus mehreren Gründen als voreilig.

So besteht seit Inkrafttreten des BGB Einigkeit darüber, dass die §§ 1967–2017 BGB über die „Erbenhaftung“, die wie gesehen einen zentralen Baustein der Nachlassabwicklung bilden, zu den misslungensten Teilen nicht nur des (im Allgemeinen sehr gelobten⁸⁵) fünften Buches, sondern gar des gesamten BGB gehören, und dies, obwohl seine Verfasser dem Thema mehr Aufmerksamkeit widmeten als jeder Gesetzgeber vor und nach ihnen.⁸⁶ Nicht nur gilt die Regelung als viel zu komplex,

⁸⁰ Dieses Spannungsverhältnis arbeitet auch IECL/*Schwind*, Liability for Obligations of the Inheritance, Nr. 29, heraus; siehe ferner *Gomes da Silva*, Herança, 143.

⁸¹ Siehe für das römische Recht unten § 4 A.VII.10. (277 ff.), für das französische Recht unten § 6 C.II. (386 ff.).

⁸² Etwa die 1998 erfolgte Einführung des § 1629a BGB, dazu unten § 6 E.IV.5b) (518 ff.).

⁸³ Diese Stabilität teilt die Nachlassabwicklung mit dem Rest des fünften Buches des BGB, siehe *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 9.

⁸⁴ Dazu unten § 6 E.III. (459 ff.).

⁸⁵ *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 10 m.w.N.

⁸⁶ Dazu eingehend unten § 6 E.III. (459 ff.).

auch wird ihre Sachgerechtigkeit infrage gestellt. Der wesentliche Schwachpunkt wird darin gesehen, dass der Erbe zumindest im Ausgangspunkt für Nachlassverbindlichkeiten auch mit seinem eigenen Vermögen einstehen muss und der Weg zur Vermeidung dieser Eigenhaftung mit Hindernissen und Fallstricken gepflastert ist. In der Praxis sind die §§ 1967–2017 BGB daher weitgehend totes Recht geblieben. Steht eine Überschuldung des Nachlasses im Raum und ist der Erbe nicht bereit, einen eventuellen Fehlbetrag aus eigener Tasche zu zahlen,⁸⁷ raten Anwälte fast durchgehend zur Ausschlagung der Erbschaft bzw. zur Anfechtung der Annahme.⁸⁸ Die Gerichte unterstützen diesen Kurs durch eine sehr großzügige Handhabung der Anfechtungsgründe.⁸⁹

Mag diese „Flucht in die Erbausschlagung“⁹⁰ auf den ersten Blick wie ein elegantes und schlagkräftiges Verteidigungsmittel aussehen, bedeutet sie nicht nur eine Missachtung der gesetzgeberischen Konzeption, sondern auch eine Beeinträchtigung verschiedener Individual- und Allgemeininteressen.⁹¹ So begibt sich der ausschlagende Erbe eines eventuellen Nachlassüberschusses und muss dafür obendrein eine Gebühr entrichten.⁹² Aus Sicht des Erblassers mag zu beklagen sein, dass seine sorgsam geplante Nachfolgeregelung allein deshalb ins Leere geht, weil das BGB dem eingesetzten Erben nicht die Sorge vor Haftungsrisiken zu nehmen wusste. Die Nachlassgläubiger erhalten keinen definitiven Schuldner und müssen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche die Bestellung eines Nachlasspflegers beantragen.⁹³ Schließlich entstehen auch volkswirtschaftliche Kosten. Denn wird der Nachlass wie ein faules Ei von einem Berufenen zum nächsten weitergereicht, bis er schließlich beim Staat als Letzt- und Zwangsberufenem landet,⁹⁴ kann es Jahre dauern, bis die im Nachlass enthaltenen Werte wieder dem Rechts- und Wirtschaftskreislauf zugeführt werden.⁹⁵

Ist das Problem der Nachlassabwicklung somit im deutschen Recht bis heute nicht befriedigend gelöst, wird es noch dadurch verschärft, dass infolge bestimmter gesellschaftlicher Entwicklungen die Themen Erbschaftsausschlagung und Erbenhaftung heute viel relevanter sind als noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts.⁹⁶ So

⁸⁷ Dass nahe Angehörige des Verstorbenen sich in einer entsprechenden moralischen Pflicht sehen, ist zwar ein epochen- und rechtsordnungsübergreifendes Phänomen (dazu unten § 2 Fn. 263), doch dürfte es sich angesichts gelockerter Familienbindungen (dazu unten Fn. 102) auf dem Rückzug befinden.

⁸⁸ Näher unten § 6 E.V.1. und 3. (519 ff., 526 ff.).

⁸⁹ Näher unten § 7 C.I.3. (613 ff.).

⁹⁰ *Muscheler*, Erbrecht II, Rn. 3490.

⁹¹ Dazu auch unten § 6 A.I. (367 ff.).

⁹² Zu dieser Gebühr unten Fn. 106.

⁹³ § 1961 BGB.

⁹⁴ §§ 1936, 1942 Abs. 2 BGB.

⁹⁵ Mitunter dauert es sogar Jahrzehnte bis zur Feststellung des Fiskuserbrechts, siehe *Beck*, Erbenermittlung in Deutschland, 98.

⁹⁶ Siehe etwa den Klappentext zu *Herzog*, Die Erbenhaftung, wo es heißt, dass das Thema des Buches „in der Rechtsprechung einen unerwarteten Boom erfährt“. Auch die Wissenschaft hat sich dem Thema in den letzten Jahren verstärkt zugewandt, siehe stellvertretend die Dissertatio-

gerät leicht aus dem Blick, dass die gegenwärtige Praxis keineswegs nur durch die Vererbung großer, in den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg akkumulierter Vermögen gekennzeichnet ist.⁹⁷ Vielmehr ist, bedingt u.a. durch die gestiegene Lebenserwartung und damit verbundene Vermögensaufzehrung (insbesondere durch Gesundheits- und Pflegekosten),⁹⁸ auch die Zahl wertloser oder gar überschuldeter Nachlässe kontinuierlich gestiegen.⁹⁹ Wesentlich größer als noch vor 100 Jahren sind zudem die Gefahren, die heute von öffentlich-rechtlicher Seite auf den Erben lauern: Hat der Erblasser beispielsweise eine schädliche Bodenveränderung verursacht, trifft die Sanierungspflicht auch seinen Gesamtnachfolger.¹⁰⁰ Schließlich hinterlassen aber auch die gelockerten Familienbindungen ihre Spuren in der Nachlassabwicklung: So werden selbst werthaltige Nachlässe immer häufiger von sämtlichen zur Erbschaft berufenen Personen ausgeschlagen¹⁰¹ und deshalb am Ende vom Staat abgewickelt.¹⁰² Parallel dazu gewinnt das Institut der Nachlasspflegschaft immer mehr an Bedeutung.¹⁰³

Umso bemerkenswerter ist angesichts dieser Zustände, dass die BGB-Regelung der ersten Phase der Nachlassabwicklung, also des Nachlassübergangs, eine überaus positive Würdigung im deutschen Schrifttum erfährt und ihr oftmals eine klare Überlegenheit gegenüber ausländischen Lösungen attestiert wird. Stellvertre-

nen von *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass; *Gramlich*, Das rückwirkend fingierte Verschulden; *Osthold*, Erben und Haftung; und *Schumann*, Rechtsprobleme der Nachlassinsolvenz.

⁹⁷ Dazu etwa *Nave-Herz*, in: Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 23–36; *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 13 m.w.N.; *Beckert*, Referat, L 10–12; *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland, 1, 5; *Titz*, Vindikationslegat, 3f.

⁹⁸ Dazu *Beckert*, Referat, L 18. Dass Gesundheits- und Pflegekosten den Umfang von Erbschaften künftig reduzieren werden, entspricht gemäß der Studie der *Deutschen Bank*, Erben und Vererben, 9f., auch den Erwartungen der Bevölkerung.

⁹⁹ Dass längst nicht jeder im erbrechtlichen Geldregen steht, betonen auch *Braun/Pfeiffer/Thomschke*, Erben in Deutschland, 1. Umfassende statistische Erhebungen sind, soweit ersichtlich, nicht vorhanden, siehe für Erhebungen zu Nachlasswerten aber unten § 6 E.IV.1b) (482 ff.).

Zum genannten Befund auch *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 14 (Fn. 11); *Herzog*, Erbenhaftung, V; *Kaltwasser*, Der überschuldete Nachlass, 19f.; *Titz*, Vindikationslegat, 87f. Selbst die Tagespresse berichtet in regelmäßigen Abständen über das Phänomen, siehe z.B.: „Die Zahlungsmoral vieler Senioren sinkt“, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 29.4.2015; „Immer mehr Deutsche sind überschuldet“, Zeit Online v. 9.11.2017. Dass in einer 2015 durchgeführten Befragung von Erben zwei Drittel angaben, dass ihre Erbschaft „nicht mit Schulden verbunden“ gewesen sei (Studie der *Deutschen Bank*, Erben und Vererben, 19f.), steht zu dem genannten Befund nicht notwendig im Widerspruch.

¹⁰⁰ § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG (anders allerdings OLG München ErbR 2021, 983). Gehört ein Grundstück zum Nachlass, kann sich die Sanierungspflicht bereits aus der Eigentümerstellung des Erben ergeben. Für weitere Fälle einer Nachfolge in verwaltungsrechtliche Pflichten *Frye*, Gesamtrechtsnachfolge, § 2 Rn. 9–24. Zum Fall des § 45 Abs. 1 S. 1 AO ebd., § 5.

¹⁰¹ *Baumann*, ErbR 2020, 303 (Fn. 22), berichtet von keineswegs seltenen Fällen, in denen sich der ausschlagende Berufene und der Erblasser überhaupt nicht kannten.

¹⁰² Für umfangreiches statistisches Material siehe *Beck*, Erbenermittlung in Deutschland, 116–133. Siehe ferner *Mayer*, ZEV 2010, 446; *Wilsch*, ZErB 2019, 57; *Osthold*, Erben und Haftung, 5f., und erneut die Tagespresse, z.B.: „Was vom Leben übrig bleibt“, Süddeutsche Zeitung v. 26.8.2013; „10.000 Häuser, die keiner will“, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 31.10.2016.

¹⁰³ Dazu unten § 6 E.II.2. (450 ff.).

tend kann hier die Auffassung Röthels genannt werden, die dem deutschen Gesetzgeber bescheinigt, eine „vergleichsweise modern[e]“ und „zukunftsweisende Konzeption“ vorgelegt zu haben, die „einfach, kostensparend und bürokratievermeidend“ sei.¹⁰⁴ Indessen ist aus mehreren Gründen Skepsis gegenüber solchen Lobpreisungen angebracht. So wird sich erstens zeigen, dass die für das deutsche Recht reklamierten Vorzüge alternativen Modellen oft genauso eigen sind.¹⁰⁵ Zweitens weckt die bereits genannte Anfechtungsfreundlichkeit der Rechtsprechung den Verdacht, dass die §§ 1942 ff. BGB, die den Erben wegen der Kürze der Ausschlagungsfrist und der Form- und Kostenpflichtigkeit¹⁰⁶ einer Lossagung von der Erbschaft regelrecht in die „Annahmefalle“ locken,¹⁰⁷ seiner Selbstbestimmung nicht hinreichend Rechnung tragen¹⁰⁸ und daher längst nicht so gut sind wie ihr

¹⁰⁴ Röthel, Erbrecht, § 27 Rn. 5; ähnlich schon *dies.*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 47. Siehe auch die eingehende und ausnahmslos positive Würdigung bei *Muscheler*, Erbrecht I, § 19; *Metzler*, Ausschlagung und Erbverzicht, 28–33; knapper, aber mit derselben Tendenz *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 193 f.; *K. W. Lange*, AcP 220 (2020), 185. Sehr kritisch zum Vonselbsterwerb jetzt allerdings *Baumann*, ErbR 2020, 301–303 („[...] kann nicht zu den Glanzstücken des deutschen Erbrechts gezählt werden“ (303)).

¹⁰⁵ Dies gilt insbesondere für Systeme des privaten Antrittserwerbs, siehe *F. Mommsen*, Gutachten. 13–21; *Kirchhofer*, Erbschaftserwerb, 7, aber auch das in seiner Funktionsweise oftmals verkannte englische Recht, siehe unten E.I.1. (27 ff.). Repräsentativ ist die haltlose Aussage von *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 193, dass „nur der Vonselbsterwerb den Übergang der Erbschaft auf den Erben ohne Einschaltung einer Behörde“ gestatte, sich „[n]ur unter ihm [...] der regelmäßige Erbfall in der Familie“ abwickle (ähnlich *Staudinger/Meyer-Pritzel*, Eckpfeiler, Rn. W 110). Ähnlich irreführend die Behauptung von *Wolf*, ZSR 125 (2006) II, 234, dass der Antrittserwerb „zumindest in der Regel“ nach Einschaltung der Behörden verlange und daher der *Ipo-so-iure*-Erwerb „privatrechtskompatibler“ sei.

¹⁰⁶ Zur Form siehe § 1945 BGB. Monographisch dazu *Möller*, Einschränkung, der die Autonomie des Berufenen im Ergebnis nicht in unzulässiger Weise begrenzt sieht.

Wer hingegen die Kosten der Ausschlagungserklärung trägt, „hat der [BGB-]Gesetzgeber wohlweislich verschwiegen – eine echte Vogelstraußpolitik!“ (*Cosack*, Lehrbuch II/2, 378). Die Kostentragungslast des Erklärenden ergibt sich erst aus Sondervorschriften (§ 103 Abs. 1 GNotKG i.V.m. Nr. 21201 Nr. 7 KV), näher *Möller*, Einschränkung, 127. Diese Regelung widerspricht dem Grundsatz, dass durch den Tod bzw. den Erbfall entstehende Kosten dem Nachlass zur Last fallen. Allenfalls nahen Angehörigen des Verstorbenen ist es zumutbar, die Kosten der Ausschlagung zu tragen. Dass für den familienfremden Erben Härten entstehen können, räumt auch *Reif*, in: 4. Denkschrift, 40, ein, doch verweist er darauf, dass solchen Personen in der Praxis nur selten ein überschuldeter Nachlass zugewiesen wird (dem folgend *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1220). Die Ansicht *Cosacks*, Lehrbuch II/2, 378, wonach der Ausschlagende einen Erstattungsanspruch gegen den Nachlass hat, scheint keine Gefolgschaft gefunden zu haben.

¹⁰⁷ *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1081, der dies freilich ebenso wenig als Kritik meint wie den „gesetzlichen Sog in die Annahme“ (Rn. 1081 f.).

¹⁰⁸ Welch geringen Stellenwert dem Interesse des Berufenen an einer informierten Entscheidung eingeräumt wird, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass die Beantragung eines Erbscheins als schlüssige Annahmehandlung gewertet wird (BGH NJW 2006, 3064), obwohl der Berufene ohne Vorlage eines Erbscheins oftmals gar nicht die notwendigen Auskünfte von Banken, Versicherungen und anderen relevanten Stellen erhält. Siehe dazu die Kritik und den Vorschlag zur Stärkung des Auskunftsrechts von *Mayer*, Referat, L 122 f.; für die Schaffung eines „Vorbehaltserbscheins“ *Osthold*, ZErB 2020, 311–313. Nach *Moser*, in: Sitzungsbericht, L 238 f., wird Betroffenen in der Praxis oft geraten, dem Dilemma dadurch zu entkommen, dass sie die Erbschaft annehmen und ggf. später wegen Irrtums ausschlagen. Auf dem 68. Deutschen Juristentag 2010 in Berlin wurde die Empfehlung, die Auskunftsrechte des vorläufigen Erben zu stärken, mit deutli-

Ruf.¹⁰⁹ Drittens schließlich stellt sich die Frage, ob ein Teilkomplex der Nachlassabwicklung als gelungen betrachtet werden kann, solange der Gesamtkomplex dysfunktional ist.

Trost mag die deutsche Rechtsgemeinschaft immerhin darin finden, dass sie mit ihrer Erfahrung bei rechtsvergleichender Betrachtung keineswegs allein dasteht. So war die im französischen Code civil von 1804 enthaltene Regelung der Nachlassabwicklung beinah von Anfang an starken Angriffen ausgesetzt, und ob die im Jahr 2006 nach mehreren Anläufen endlich erfolgte Novellierung als Erfolg betrachtet werden kann, ist keineswegs ausgemacht.¹¹⁰ Als defizitär wird die Rechtslage auch in Spanien empfunden,¹¹¹ wo deshalb 2019 ein offizielles Reformvorhaben angestoßen wurde, in dessen Begründung u.a. auf die seit der Finanzkrise 2008 gestiegene Zahl überschuldeter Nachlässe und Erbausschlagungen hingewiesen wird.¹¹²

D. Die Nachlassabwicklung als Wimmelplatz der Erbrechtsvergleichung

Juristen jedweder Provenienz unterliegen leicht der Versuchung, die Regelungen und Strukturen des eigenen Rechts für sachlogisch vorgegeben und damit universell zu halten. Diese Vorstellung erfährt vielleicht bei keinem anderen Thema des Privatrechts eine so gründliche Widerlegung wie bei dem der Nachlassabwicklung. Denn wer hier eine vergleichende Perspektive einnimmt, der wird schon innerhalb der kontinentaleuropäischen Tradition nicht nur hinsichtlich der Lösungen, sondern auch hinsichtlich der Rechtsfiguren und Begrifflichkeiten mit einer babylonisch anmutenden Vielgestaltigkeit konfrontiert.¹¹³ So erwirbt beispielsweise nach

cher Mehrheit angenommen (Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages. Berlin 2010, Bd. II/1, L 153 (Beschluss Nr. 18)).

¹⁰⁹ Siehe auch *Mayer*, Referat, L 122; *Baumann*, ErbR 2020, 301. *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 47f., konzidiert immerhin, dass der „faktische Annahmedruck“ sich als kontraproduktiv erweisen und die Legitimation der Rechtsnachfolge schwächen kann, und plädiert für die Möglichkeit einer gerichtlichen Fristverlängerung nach dem Vorbild des § 1995 Abs. 3 BGB für die Inventarfrist (zustimmend *Teetzmann*, in: Sitzungsbericht, L 252f.; in der Sache auch *Ivo*, ErbR 2018, 675; *Mayer*, Referat, L 122, gibt zu bedenken, dass sich hierdurch häufig nicht alle bestehenden Informationsdefizite werden beseitigen lassen). Als zu kurz kritisiert die Frist des § 1944 Abs. 1 BGB auch schon *Strätz*, DNotZ 2001, 453. Auf dem 68. Deutschen Juristentag 2010 in Berlin wurde die Empfehlung zur Verlängerung der Frist des § 1944 Abs. 1 BGB mit deutlicher Mehrheit angenommen (Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages. Berlin 2010, Bd. II/1, L 153 (Beschluss Nr. 17)). Sympathie für eine längere Hemmung der Frist äußert *Plett*, in: Sitzungsbericht, L 258.

¹¹⁰ Ausführlich unten § 6 C. (384ff.), § 7 B. (576ff.).

¹¹¹ Dazu *Murga Fernández*, Los sistemas europeos, 25f.

¹¹² *Ministerio de Justicia*, Orden de 4 de febrero de 2019, 3; dazu *Murga Fernández*, Los sistemas europeos, 25f.

¹¹³ Siehe z.B. auch *Geimer*, Erbrechtsverordnung, 10 („[...] wimmelt es nur so von Rechtsfiguren [...]“). Mit *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 24, lassen sich zwar auch in anderen Bereichen des Erbrechts „grundlegende konzeptionelle und konstruktive Unterschiede“ ausma-

italienischem und portugiesischem Recht der *erede* bzw. *herdeiro* den Nachlass nicht ipso iure, sondern erst nach einer ausdrücklichen oder konkludenten Antrittserklärung.¹¹⁴ Im österreichischen Recht bedarf es für den Erwerb des Erben darüber hinaus sogar noch einer konstitutiv wirkenden „gerichtlichen Einantwortung“ in den Nachlass,¹¹⁵ so dass materielles Erbrecht und Nachlassverfahrensrecht unmittelbar miteinander verwoben sind.¹¹⁶ Gestaltungen, die den Übergang des Nachlasses von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, werfen für einen deutschen Juristen nicht zuletzt die Frage auf, wie der „ruhende Nachlass“ in der Zwischenzeit seine Existenz bewahrt und verwaltet wird.¹¹⁷

Weitere Abweichungen vom deutschen Recht zeigen sich bei einem Blick auf das Schicksal des Nachlasses in der Hand des Rechtsnachfolgers. So erlauben beispielsweise das französische und das italienische Recht dem *héritier* bzw. dem *erede* stets, den Nachlass als Sondervermögen und damit bei beschränkter Haftung abzuwickeln, vorausgesetzt, der Nachlass wird innerhalb einer bestimmten Frist inventarisiert.¹¹⁸ Ein portugiesischer *herdeiro* haftet sogar immer nur mit den Gütern der Erbschaft bzw. bis zur Höhe ihres Wertes, das Inventar erfüllt hier lediglich Beweiszwicke.¹¹⁹ Im Fall, dass der Nachlass auf mehrere Nachfolger übergeht, erweist sich auch die deutsche Gesamthandsgemeinschaft der Miterben nicht als alternativlos. So lässt beispielsweise das italienische Recht eine Bruchteilsgemeinschaft der *coeredi* entstehen, die u.a. in der quotalen Teilung der Erblasserverbindlichkeiten zum Ausdruck kommt.¹²⁰

Gleich eine Reihe von Überraschungen, und zwar nicht nur für deutsche, sondern für nahezu sämtliche ausländischen Betrachter, hält sodann das französische Recht bereit. So wird der „Erbe“ (*héritier*) hier zwingend vom Gesetz bestimmt, dafür kann der Erblasser gleich drei Arten von Vermächtnisnehmern (*légataires*)

chen, doch dürften die Abweichungen nirgendwo so fundamental sein wie beim Thema der Nachlassabwicklung.

¹¹⁴ Art. 459 Codice civile; Art. 2050 Código civil.

¹¹⁵ § 797 ABGB. Interessanterweise waren die Voraussetzungen des Erbschaftserwerbs lange Zeit umstritten. Der herrschenden „austriazistischen Theorie“, nach der der Erwerb erst mit der Einantwortung eintritt, standen die „germanistische“ und die „romanistische“ Theorie gegenüber. Nach der ersten sollte der Nachlasserwerb bereits mit dem Tod des Erblassers erfolgen, nach der zweiten immerhin schon mit der „Erbserklärung“. Näher *Gschnitzer/Faistenberger*, Erbrecht, 67f.; *Schippel*, in: FS Wirner, 982 (Fn. 3); *Schäuble*, Einweisung der Erben, 31 (Fn. 43). Eingehend *Bielefeld*, Entwicklung des Erbschaftserwerbs, 23–52. Der Streit kann heute als erledigt zugunsten der austriazistischen Theorie betrachtet werden.

¹¹⁶ *Mayer*, Referat, L 127.

¹¹⁷ Analytisch nicht überzeugend ist es, das Gegenmodell zum Vonselbsterwerb im „Prinzip der hereditas iacens“ zu sehen (so etwa *Schippel*, in: FS Wirner, 982; *Lübcke*, Nachlassverfahrensrecht, 55), weil hierbei die Bezugspunkte vermischt werden. Das Ruhen des Nachlasses ist nur Folge des Umstands, dass sein Erwerb an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wird.

¹¹⁸ Art. 787–803 Code civil; Art. 484–511 Codice civile. Eingehend zum Thema unten § 6 C.II. (386ff.), § 7 B. (576ff.)

¹¹⁹ Art. 2068, 2071 Código civil; dazu *Gomes da Silva*, Herança, 143.

¹²⁰ Art. 752, 754 Codice civile. Eingehend zum Thema unten § 8 B.IV. (669ff.).

einsetzen, nämlich Universal-, Quoten- und Einzellegatare.¹²¹ Alle drei erlangen im Unterschied zum Vermächtnisnehmer des deutschen Rechts nicht lediglich schuldrechtliche Ansprüche, sondern im Grundsatz eine dingliche Rechtsstellung, so dass sie unmittelbare Rechtsnachfolger des Verstorbenen sind.¹²² Allerdings fehlt den Vermächtnisnehmern im Regelfall die sog. *saisine*. Dieses in der germanischen Tradition wurzelnde Rechtsinstitut, das „eine der grössten Merkwürdigkeiten des an altem Rechtsgut so reichen französischen Zivilrechts“ darstellt,¹²³ bezeichnet die für bestimmte Rechtsnachfolger des Verstorbenen reservierte Befugnis, den Nachlass in Besitz zu nehmen und zu verwalten.¹²⁴ Zusätzlich für Verwirrung sorgt, dass außerhalb Frankreichs unter dem „Prinzip der *saisine*“ heute oft etwas anderes verstanden wird, nämlich der automatische Nachlasserverwerb im Moment des Todes.¹²⁵

Begegnet dem deutschen Juristen bei seinem Rundblick innerhalb Kontinentaleuropas wenigstens die bekannte Grundstruktur von Erbe und Vermächtnisnehmer sowie das Nebeneinander von beschränkter und unbeschränkter Haftung, werden bei einer geographischen Erweiterung seiner rechtsvergleichenden Exkursion sogar diese scheinbaren Selbstverständlichkeiten erschüttert. So geht im englischen Recht¹²⁶ der Nachlass niemals auf einen *heir* oder *legatee* über, sondern stets auf einen *personal representative*, der zumindest begrifflich kein Pendant in den kontinentalen Rechtsordnungen hat. Der *personal representative*, der in Ermangelung seiner testamentarischen Bestimmung gerichtlich ernannt wird, hat sich aller Nachlassaktiva zu bemächtigen, die auf ihnen lastenden Verbindlichkeiten zu begleichen (neben den Erblasserschulden gehören hierzu z.B. auch Begräbniskosten und Steuerforderungen) und erst abschließend den Überschuss, soweit vorhanden, an die *beneficiaries* auszukehren, also an die Begünstigten des Erbfalls, die folglich mit der Schuldenverantwortlichkeit nichts mehr zu tun haben.¹²⁷ Das englische Recht lässt also in jedem Erbfall ein förmliches Liquidationsverfahren stattfinden, das als „administration“ oder „winding up of the estate“ bezeichnet¹²⁸ und von englischen Juristen mit der Abwicklung einer Gesellschaft verglichen wird.¹²⁹ Kon-

¹²¹ Für das Universalvermächtnis (*legs universel*) siehe Art. 1003 Code civil, für das Quotenvermächtnis (*legs à titre partiel*) Art. 1010 Code civil und für das Einzelvermächtnis (*legs particulier*) Art. 1014 Code civil.

¹²² Näher unten § 5 C.II.1. (325 ff.).

¹²³ *Neumayer*, in: *Mélanges Piotet*, 498. Siehe auch ebd., 497: „Eine ganze Fundgrube altertümlicher Einrichtungen [...]“.

¹²⁴ Ausführlich unten § 5 C.II.2. (329 ff.).

¹²⁵ Siehe unten § 5 C.II.2a)(1) (329 ff.).

¹²⁶ Diese Kurzformel meint hier und im Folgenden das Recht von England und Wales.

¹²⁷ Guter Überblick in deutscher Sprache bei *Häcker*, in: *Testamentsvollstreckung in Europa*, 191–219. Detaillierte Aufschlüsselung der Handlungen des *personal representative* bei *Margrave-Jones*, *Succession*, [21.1]. Ausführlich zur historischen Entwicklung des englischen Erbrechts unten § 3 B. (179 ff.), § 4 B. (283 ff.).

¹²⁸ Siehe etwa *Brown*, *Tulane LR* 33 (1959), 631; *Kerridge*, *Testamentary Formalities*, 317 f.; *Mathews*, *Square Peg, Round Hole?*, 71.

¹²⁹ Siehe etwa *Mathews*, *Square Peg, Round Hole?*, 71; für weitere Nachweise *L. Smith*, *Edinburgh LR* 17 (2013), 294; siehe ferner *IECL/Schwind*, *Liability for Obligations of the Inheritance*,

tinentalen Juristen empfinden diese Lösung oft als ein von ihren eigenen Regimen „völlig abweichendes Sukzessionsystem“,¹³⁰ und Otto Kahn-Freund konstatierte gar einen kaum zu überwindenden epistemologischen Graben: „Ein kontinentaler und ein englischer Jurist, die sich über das Recht der Erbfolge im Todesfall unterhalten, werden es sehr schwer haben, die ‚Denkprozesse‘ des Gesprächspartners zu verstehen.“¹³¹

In einem Punkt immerhin gleicht das englische Recht dem deutschen: Der *personal representative* tritt in alle vererblichen Rechtsbeziehungen ein, so dass es wie beim Erben zu einer Gesamtnachfolge kommt.¹³² Dem schwedischen Recht ist demgegenüber sogar dieser Vorgang fremd. Stattdessen lässt es den Nachlass (*dödsbo*) mit Wegfall seines bisherigen Trägers zur juristischen Person werden, die schrittweise auseinandergesetzt wird.¹³³

Schaut man in das rechtsvergleichende und das nationale erbrechtliche Schrifttum, wird die Unübersichtlichkeit nicht etwa gelichtet, sondern noch verstärkt. Denn es finden sich mindestens sechs verschiedene Klassifizierungen der nationalen Regime: (1) Vor allem französischsprachige Autoren treffen eine grundlegende Unterscheidung zwischen Systemen, in denen eine „Fortsetzung der Person des Verstorbenen“ (*continuation de la personne*) stattfindet, und solchen, die durch eine „Nachfolge in die Güter (des Verstorbenen)“ (*succession aux biens*) gekennzeichnet sind.¹³⁴ (2) Andere Autoren hingegen stellen das Modell der „Fortsetzung“ dem der „Abwicklung“ gegenüber.¹³⁵ (3) Wieder anderen Autoren zufolge unterscheiden sich die nationalen Regime nicht danach, ob eine „Abwicklung“ stattfindet, son-

Nr. 18. Die inhaltliche Parallele spiegelt sich auf der begrifflichen Ebene wider („winding up of an estate“/„winding up of a corporation“).

Aus kontinentaleuropäischer Sicht ebenso *Gomes da Silva*, Herança, 80, der zudem die Parallele zu einem Insolvenzverfahren zieht. Im letztgenannten Sinne auch *Petitjean*, Fondements et mécanisme, Nr. 70; *Zoppini*, Le successioni, 33. Ähnlich vergleicht *Ferid*, Recueil des Cours 142 (1974-II), 106, den *personal representative* mit einem Insolvenzverwalter.

¹³⁰ So MüKoBGB/*Grziwotz*, Vor § 2353 Rn. 2.

¹³¹ *Kahn-Freund*, Einleitung, 16.

¹³² Dazu unten § 3 C.II.4. (212ff.).

¹³³ Siehe *Ärvdabalk* (Erbgesetz) Kapitel 18–24; Süß/*A. Firsching*, Schweden, Rn. 128; Dörner/*Hausmann/Carsten*, Schweden, Rn. 52–61 (unter dem Oberbegriff der „Nachlassabwicklung“).

¹³⁴ Für Nachweise und Kritik siehe unten § 4 C.II.1b) (302ff.).

¹³⁵ Siehe beispielsweise aus dem spanischen Schrifttum *Gómez-Salvago Sánchez*, La partición judicial: Problemas, 165f., die zwischen Systemen der „liquidación“ und solchen der „continuación“ unterscheidet; ebenso *Zoppini*, Le successioni, 32f. („continuazione“/„liquidazione“). Siehe auch *Egger*, Le transfert de la propriété, 2, die den französischen Begriff der „liquidation“ als Begriff zur Erfassung der von ihr untersuchten Thematik aus dem Grund verwirft, dass er nicht auf solche Rechtsordnungen passe, in denen die Rechtsstellung des Verstorbenen fortgeführt wird. In der Substanz genauso, aber in der Terminologie leicht abweichend *Windel*, Über die Modi, 3, der dem „Liquidationsmodell“ das „Sukzessionsmodell“ gegenüberstellt (dem folgend *Osthold*, Erben und Haftung, 90f., 160). Schließlich sprechen *Häcker*, Testamentsformen in England, 105, und *Lein*, in: Die Europäische Erbrechtsverordnung, Rn. 12, zwar im Kontext des deutschen Rechts nicht von einem „Fortsetzungsmodell“, sehen im Vorgang der „Nachlassabwicklung“ aber das Charakteristikum des englischen Rechts.

dern danach, ob diese „organisiert“ oder „unorganisiert“ ist.¹³⁶ (4) Verwandt damit ist die Unterscheidung zwischen „privater“ und „hoheitlicher“, d.h. von einem Gericht oder einer anderen staatlichen Behörde durchgeführter oder jedenfalls eng beaufsichtigter Nachlassabwicklung.¹³⁷ (5) Auf einer gänzlich anderen sprachlichen Ebene angesiedelt ist die Gegenüberstellung von Systemen mit und ohne „Universalsukzession“,¹³⁸ ebenso (6) die Gegenüberstellung von Rechtsordnungen des „unmittelbaren“ (oder direkten) und solchen des „mittelbaren“ Nachlasserwerbs.¹³⁹ Schließlich finden sich auch Kombinationen der genannten Zweiteilungen.¹⁴⁰

Bei den genannten Klassifizierungen ist zumindest für den uneingeweihten Leser oft schon gar nicht klar, was sie eigentlich genau bedeuten sollen. Dies gilt insbesondere für die Unterscheidung zwischen einer „Fortsetzung der Person“ und einer „Nachfolge in die Güter“, aber auch für den Begriff der „Universalsukzession“. Unklar bleibt ferner, in welchem Verhältnis die verschiedenen Dichotomien zueinander stehen. Denn die jeweils verwendete wird stets als allgemein anerkannt vorausgesetzt, und eine Erörterung alternativer Modelle unterbleibt. Es liegt natürlich die Vermutung nahe, dass sämtliche Klassifizierungen sich letztlich nur in der Terminologie, nicht aber in der Sache voneinander unterscheiden, und identische Phänomene nur aus unterschiedlichen Perspektiven beschrieben werden. Gestützt wird diese Annahme durch den Umstand, dass viele Autoren die von ihnen verwendete Dichotomie *grosso modo* mit der Unterscheidung zwischen Common Law und Civil Law gleichsetzen.¹⁴¹ Doch abgesehen davon, dass eine solche Fülle parallel existierender Begrifflichkeiten eine erhebliche Diskursfragmentierung offen-

¹³⁶ Siehe stellvertretend für diese Ansicht die „Introductory Note“ von *Nadelmann* zur „Draft Convention Concerning the International Administration of Estates of Deceased Persons“, *AJCL* 21 (1973), 140: „A bridge had to be established between the organized and non-organized systems of estate administration“. Ferner ebd., 139: „Because of the civil law world's lack of a counterpart to ‚organized‘ administration [...] Our courts, on the other hand, find it difficult to respond to claims coming from ‚non-organized‘ administrations“. Auf dem europäischen Kontinent findet sich diese Gegenüberstellung von „organisierter“ und „unorganisierter“ Nachlassabwicklung vor allem bei französischen Autoren, siehe etwa *Droz*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1970, 185, 223; *Revallard*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1978, 303 („système de l'administration organisée/inorganisée“); *Loussouarn*, *Clunet* 1970, 262f.; *Terré/Lequette/Gaudemet*, *Successions*, Rn.902f. („[...] liquidation anarchique ou organisée, telles sont donc les possibilités offertes au législateur“); *Gasnier*, *Liquidation*, Nr.2–6. Aus dem schweizerischen Schrifttum *Berther*, *Die internationale Erbschaftsverwaltung*, 4.

¹³⁷ *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 229–231 („private liquidation“/„governmental liquidation“); siehe auch *Rheinstein/Glendon*, *Decedents' Estates*, 13f.; *Zoppini*, *Le successioni*, 24; *Rodríguez Benot*, *La administración de la herencia*, 17–23 („administración bajo control judicial/sin control judicial“).

¹³⁸ Für Nachweise und Erörterung siehe unten §3 C.II.4. (212ff.).

¹³⁹ Dazu ausführlich unten E.II. (47 ff.).

¹⁴⁰ So unterscheidet *Ferid*, *Recueil des Cours* 142 (1974-II), 106, 120, das kontinentale Modell einer „succession universelle“, die durch eine „continuation de la personne du défunt“ gekennzeichnet sei, von dem „système anglo-américain [...] d'une administration sous contrôle judiciaire“.

¹⁴¹ Siehe etwa *Nadelmann*, *AJCL* 21 (1973), 139; *Ferid*, *Recueil des Cours* 142 (1974-II), 106, 120; *Goré*, *L'administration des successions*, 13; *IECL/Schwind*, *Liability for Obligations of the Inheritance*, Nr.12; *Zoppini*, *Le successioni*, 24, der die Unterscheidung zwischen privater und

bart, die für eine Erbrechtsvergleichen mit universellem Anspruch kein befriedigender Zustand sein kann, zeigt sich, dass häufig noch nicht einmal über die genaue Bedeutung der einzelnen Klassifizierungsmerkmale Einigkeit besteht. So ist z.B. das Prinzip der „Universalsukzession“ nach manchen Darstellungen keineswegs nur den kontinentalen Rechtsordnungen eigen, sondern genauso dem englischen Recht.¹⁴² Umgekehrt sind Stellungnahmen zu finden, wonach das Modell einer „succession aux biens“ nicht nur das englische Recht kennzeichnet, sondern auch auf dem Kontinent anzutreffen ist, und zwar insbesondere im deutschen Recht.¹⁴³ Schließlich fällt auf, dass die Klassifizierung (2) („Fortsetzung“ vs. „Abwicklung“) teilweise inkompatibel mit den Klassifizierungen (3) und (4) ist („organisierte“ vs. „unorganisierte Abwicklung“ bzw. „private“ vs. „hoheitliche Abwicklung“).

Folge dieser verwirrenden Vielfalt sowohl auf der materiellrechtlichen als auch auf der taxonomischen Ebene ist, dass Juristen unterschiedlicher Herkunft einander zwar erklären können, was in ihren Rechtsordnungen im Erbfall konkret passiert. Wollen sie jedoch einen Vergleich vornehmen, gelangen sie über den Befund, dass es im Ausland „irgendwie anders“ zugeht als zu Hause, nur schwer hinaus. Denn oftmals ist schon gar nicht offenkundig, worin der gemeinsame Bezugspunkt, das *tertium comparationis*, bestehen soll.

Die methodologischen Schwierigkeiten, das Erbgeschehen einzufangen, stehen in einem auffallenden Kontrast zur Situation bei der Zuweisungsdimension. In welchem Umfang etwa ein Erblasser die Begünstigten eines Erbfalls selbst bestimmen kann, welcher Formen er sich hierbei bedienen muss und wie die Verteilung bei Fehlen einer solchen Verfügung aussieht, all dies sind Fragen, die sich ohne Probleme isoliert betrachten und sinnvoll miteinander vergleichen lassen.¹⁴⁴ Selbst dort, wo die nationalen Regime sich unterschiedlicher rechtlicher Gestaltungen bedienen – indem etwa eine zwingende Nachlassteilhaber naher Familienangehöriger in einem ersten Fall in Form einer wertmäßigen Quotenteilhaber gewährt wird, in einem zweiten Fall in Gestalt einer gegenständlichen Quotenteilhaber und in einem dritten Fall mittels einer am konkreten Bedarf festzumachenden Unterhaltsforderung¹⁴⁵ –,

hoheitlicher Abwicklung zudem gleichbedeutend mit der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Erwerb und der zwischen „Fortsetzung“ und „Abwicklung“ verwendet (32f.).

¹⁴² Dazu J. P. Schmidt, in: FS Gretton, 324f. Ausführlich zum Begriff der Universalsukzession unten § 3 C.II.4. (212ff.).

¹⁴³ Dazu unten Fn. 555.

¹⁴⁴ Bestätigt wird dies durch zahlreiche jüngere Studien zu den genannten Problemkreisen, siehe etwa: Henrich/Schwab (Hg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich; Trulsen, Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich; Anderson/Arroyo i Amayuelas (Hg.), The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives; Castelein/Foqué/Verbeke (Hg.), Imperative Inheritance Law in a Late-Modern Society; Reid/De Waal/Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. I: Testamentary Formalities; Dutta, FamRZ 2011, 1829–1840; Schmoekkel/Otte (Hg.), Europäische Testamentsformen; Zimmermann (Hg.), Freedom of Testation – Testierfreiheit; Reid/De Waal/Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. II: Intestate Succession; Reid/De Waal/Zimmermann (Hg.), Comparative Succession Law, Bd. III: Mandatory Family Protection. Weitere Nachweise bei Röthel, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 23 (Fn. 72).

¹⁴⁵ Näher dazu J. P. Schmidt, in: Hereditare 10, 1–26.

bereitet dies dem ausländischen Betrachter in der Regel keine Verständnisschwierigkeiten. Schließlich sind auch die betroffenen Interessen sowie die den nationalen Lösungen zugrunde liegenden *policy choices* meist ohne Schwierigkeiten erkennbar. Dass etwa die Testierfreiheit in einem Spannungsverhältnis zu den Interessen naher Familienangehöriger steht oder es bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung vor allem gilt, die Rechte des überlebenden Ehegatten mit denen der Kinder des Erblassers angemessen in Einklang zu bringen, ist für Juristen unterschiedlicher Herkunft ohne Weiteres einsichtig und einer zielführenden Diskussion zugänglich.

Pointiert gesagt, sind der Rechtsvergleichung die Ergebnisse der Nachlassverteilung klar, während ihr die Wege dorthin arbiträr und verworren erscheinen. Die Nachlassabwicklung ist zwar äußerlich kartographiert, in substantzieller Hinsicht jedoch immer noch eine *terra incognita*. Auffallend ist zugleich, dass die nationalen Regelungen insgesamt von großer Stabilität gewesen sind; soweit Reformen überhaupt stattfanden, brachten sie keinen Neuanfang, sondern nur Verfeinerungen des Bestehenden. Jedes der verschiedenen Modelle hat also offenbar die praktischen Anforderungen einigermaßen zufriedenstellend erfüllt.

Praktisch relevant wird die Erfassung ausländischer Modelle der Nachlassabwicklung in grenzüberschreitenden Erbfällen. Wie wenig Klarheit dabei oftmals über die Grundstrukturen herrscht, zeigten in jüngerer Zeit eindrücklich die intensiven Diskussionen über den Umgang mit dinglich wirkenden Vermächtnissen (Vindikationslegaten) unter der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO).¹⁴⁶ Denn wengleich die Frage, ob sich die Vermächtniswirkung nach dem Erbstatut oder dem Recht des Belegenheitsortes der vermachten Sache bestimmt, in erster Linie anhand der einzelnen Vorschriften und Erwägungsgründe der EuErbVO zu entscheiden ist, ist für die generelle Orientierung die Einsicht vonnöten, dass die Vermächtniswirkung keine rein sachenrechtliche Frage ist, sondern bei funktionaler Betrachtung der Nachlassabwicklung angehört, die nach der EuErbVO grundsätzlich dem Erbstatut zugewiesen ist.¹⁴⁷ Gestattet also das anwendbare ausländische Erbrecht den unmittelbaren Erwerb im Wege einer letztwilligen Einzelzuwendung und ist deren Gegenstand eine in Deutschland belegene bewegliche oder unbewegliche Sache, dann muss das deutsche Recht die ausländische Abwicklungsentscheidung hinnehmen und darf nicht seine eigene Lösung, die dem Vermächtnisnehmer nur den indirekten, d.h. durch den Erben vermittelten Erwerb ermöglicht, an deren Stelle setzen. Der EuGH hat dies im ersten Vorlageverfahren zur EuErbVO zutreffend erkannt,¹⁴⁸ wengleich seine Begründung nicht in allen Punkten überzeugend war.¹⁴⁹

¹⁴⁶ VO (EU) Nr. 650/2012.

¹⁴⁷ Dazu auch unten F.II.2a) (71 f.).

¹⁴⁸ EuGH, 12.10.2017, C-218/16 (*Kubicka*).

¹⁴⁹ Eingehend m.w.N. J. P. Schmidt, EPLJ 7 (2018), 4–31.

E. Die Defizite der herkömmlichen Erbrechtsvergleichung

Das Thema der Nachlassabwicklung ist nicht nur in Einzelaspekten wie der „Annahme und Ausschlagung der Erbschaft“,¹⁵⁰ der „Erbenhaftung“¹⁵¹ bzw. der „Haftung für Nachlassverbindlichkeiten“,¹⁵² der „Testamentsvollstreckung“¹⁵³ oder der „Universalsukzession“¹⁵⁴ immer wieder vergleichend untersucht worden, sondern auch als Gesamtkomplex.¹⁵⁵ Was rechtfertigt also seine erneute und ausführliche Untersuchung an dieser Stelle? Die vielleicht etwas kühn klingende Antwort lautet, dass jedenfalls die Gesamtstudien, ungeachtet ihres unbestreitbaren Informationsgehalts, den vorliegenden Gegenstand bislang nicht annähernd auf zufriedenstellende Weise bearbeitet haben.

Die Defizite liegen zum einen auf der deskriptiven Ebene. So werden die nationalen Regime zwar nur selten fehlerhaft beschrieben, häufig aber zu oberflächlich erfasst und dadurch auch zu oberflächlich klassifiziert. Die entsprechenden Vergleiche leiden dann darunter, dass sie je nach Fall entweder die Gemeinsamkeiten oder die Unterschiede überzeichnen.

Zum anderen leiden die herkömmlichen Vergleiche aber auch an schwerwiegenden methodischen Mängeln. Dies bedeutet, dass sie selbst bei zutreffender Erfassung der nationalen Regime daran scheitern müssen, diese auf erkenntnisfördernde Weise zueinander in Bezug zu setzen. Auch die mangelnde Differenziertheit auf der deskriptiven Ebene ist letztlich Symptom einer unzureichenden Methodik, nämlich des Anlegens eines viel zu grobkörnigen Vergleichsrasters.

I. Defizite auf der deskriptiven Ebene

1. Unzutreffende Darstellung des englischen Rechts

Während Fehler oder Ungenauigkeiten in der Darstellung kontinentaler Rechtsordnungen einzelner Natur sind,¹⁵⁶ halten sich zum englischen Recht bis heute

¹⁵⁰ RvglHWB/Hallstein, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, 221; HWBEuP/Wenckstern, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 425.

¹⁵¹ RvglHWB/Hallstein, Schuldenhaftung des Erben, 233–250; HWBEuP/Helms, Erbenhaftung.

¹⁵² Siber, Geschichtliches und Rechtsvergleichendes; Rheinlein, Iowa LR 20 (1935), 431–474; IECL/Schwind, Liability for Obligations of the Inheritance; Murga Fernández, ZEuP 2018, 359–381.

¹⁵³ Siehe etwa Lang, Testamentsvollstrecker; Offergeld, Rechtsstellung, 194–213; HWBEuP/Dutta, Testamentsvollstreckung, 1477–1481; Kunz, Postmortale Privatautonomie; Löbnig/Dutta et al. (Hg.), Testamentsvollstreckung in Europa.

¹⁵⁴ Siehe HWBEuP/Kroppenberg, Universalsukzession, 1560; J.P. Schmidt, in: FS Gretton, 323–337.

¹⁵⁵ Dazu unten E.II. (47 ff.).

¹⁵⁶ Ein Beispiel ist die Aussage von HWBEuP/Kroppenberg, Universalsukzession, 1562, dass in Systemen des Antrittserwerbs während der Zwischenphase eine Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten stattfindet, was in dieser Pauschalität keinesfalls zutrifft. Vielmehr geht beispielsweise in Italien und Österreich die gesetzliche Regelung davon aus, dass die Schuldentilgung dem

hartnäckig zwei Fehlvorstellungen, die zwar Details betreffen, aber je für sich – und erst recht in ihrer Kombination – zu einer erheblichen Verzerrung der Wahrnehmung und Bewertung der englischen Nachlassabwicklung führen.

a) Die vermeintliche Unzulässigkeit der Eigenabwicklung

Die erste Fehlvorstellung über das englische Recht besteht in der Annahme, dass *personal representative* und *beneficiary* notwendig personenverschieden seien und somit aus Sicht des Begünstigten stets ein Fall der Fremdadwicklung vorliege.¹⁵⁷ Selbst wo dies nicht ausdrücklich gesagt wird, suggeriert jedenfalls die Bezeichnung des *personal representative* als „Zwischenberechtigter“,¹⁵⁸ „Mittelsperson“,¹⁵⁹ „intermédiaire“,¹⁶⁰ „third person“¹⁶¹ oder „(zwischengeschalteter) Treuhänder“,¹⁶² dass es sich aus Sicht des *beneficiary* stets um eine andere, vom Testator oder dem Gericht ernannte Person handele, die selbst am Nachlass „in keiner Weise beteiligt ist“. ¹⁶³ Zur Verteidigung kontinentaleuropäischer Autoren ist immerhin zu sagen, dass selbst aus England stammende Texte häufig diesen Eindruck erwecken.¹⁶⁴

Indessen hat das englische Recht nicht nur zu keiner Zeit verboten, die Rolle des *personal representative* mit der des *beneficiary* in einer Person zu vereinen;¹⁶⁵ im Gegenteil hat es eine solche Koppelung sogar schon früh gefördert, indem es bei

Erwerb nachgeschaltet ist, was sich nicht zuletzt daran erkennen lässt, dass der Berufene sich zwischen Annahme mit beschränkter und Annahme mit unbeschränkter Haftung entscheiden muss. Ähnlich nimmt Röthel, Erbrecht, § 32 Rn. 5 an, dass der Nachlass im österreichischen und italienischen Recht bis zum Erwerb durch den Berufenen immer unter gerichtlicher Verwaltung stehe, was aber jedenfalls für Italien nicht zutrifft.

¹⁵⁷ So aus Deutschland z.B. *Kahn-Freund*, Einleitung, 16; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1217; *ders.*, Erbrecht II, Rn. 3487; HWBEuP/*Dutta*, Testamentsvollstreckung, 1477; *Röthel*, Erbrecht, § 31 Rn. 2, 115. Aus dem französischsprachigen Schrifttum etwa *Loussouarn*, *Clunet* 1970, 252 f., 260, 262, die in der Eigenabwicklung das Merkmal der kontinentalen Tradition sieht. Zum konkretisierungsbedürftigen Begriff der „Fremdverwaltung“ bzw. „Fremdadwicklung“ näher unten G.II.1. (86 ff.).

¹⁵⁸ Siehe etwa *Hausmann*, in: FS Heldrich, 653; *Muscheler*, Testamentsvollstreckung, 18 („Zwischenschaltung eines Vollstreckers“); *Pintens*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 59 („Zwischenperson“); *Scoles*, *Missouri LR* 48 (1983), 372 („interposed“).

¹⁵⁹ v. *Schmitt*, Begründung, 951, ebenso HWBEuP/*Kroppenberg*, *Universalsukzession*, 1561; von einem „middleman“ spricht *Rbeinstein*, in: *Rapports Généraux*, 232, von einem „intermediary“ sprechen etwa *Verbeke/Leleu*, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, 463; *De Waal*, *Comparative Succession Law*, 1083 f.

¹⁶⁰ *Goré*, *L'administration des successions*, 21; ähnlich *Leleu*, *Transmission*, Nr. 333 („interposition de personne“); *Zoppini*, *Le successioni*, 32.

¹⁶¹ *MPI*-Stellungnahme Nr. 193 (Personenverschiedenheit zwischen „heir“ und „personal representative“ suggeriert auch das Beispiel bei Nr. 194); *Leleu*, *Transmission*, Nr. 33, 885 („tiers“); *Gomes da Silva*, *Herança*, 13, 44 („terceiro“).

¹⁶² *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 191, 193; *Staudinger/Otte* (2017), § 1942 Rn. 2; *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 47; *Wolf*, *ZSR* 125 (2006) II, 218.

¹⁶³ So *Kahn-Freund*, Einleitung, 16.

¹⁶⁴ Siehe etwa *Government of the United Kingdom*, *Response*, 2 f., wo vom *personal representative* als einer „third party“ gesprochen wird.

¹⁶⁵ Zutreffend gewürdigt wird dies z.B. von *Siber*, *Geschichtliches und Rechtsvergleichendes*, 1012, 1024 („zufällige Personalunion“ von *personal representative* und „Erbe“); HWBEuP/*Wen-*

Fehlen eines Testaments den *administrator* aus dem Kreis der nahen Angehörigen und damit der gesetzlichen *beneficiaries* auswählte.¹⁶⁶ In der heutigen Praxis ist es denn auch keineswegs selten, dass der *personal representative* einer der Begünstigten ist, oder sogar der einzige (typisches Beispiel ist der überlebende Partner einer kinderlosen Ehe).¹⁶⁷

Mit Herman Melvilles Roman „Moby Dick“ hat die Möglichkeit einer Verknüpfung von Abwickler- und Begünstigtenrolle sogar Eingang in die Weltliteratur gefunden. So bittet der Protagonist Ismael, nachdem er knapp dem Tod entronnen ist, seinen Freund Quieque mit den Worten „you shall be my lawyer, executor, and legatee“, ihm bei der Testamentserrichtung zu helfen.¹⁶⁸ Melville ging ganz zu Recht von der Zulässigkeit einer solchen Gestaltung aus, und dass er als US-Amerikaner vermutlich auf sein Heimatrecht Bezug nahm, macht angesichts der Verwurzelung der amerikanischen Nachlassabwicklung in der englischen Tradition¹⁶⁹ keinen Unterschied.

Natürlich ist es mindestens ebenso häufig der Fall, dass der *personal representative* Vermögensvorteile an (andere) *beneficiaries* weiterreichen muss, und dann jedenfalls aus deren Sicht eine Fremdadwicklung vorliegt. Doch ist den kontinentalen Regimen ein solches Auseinanderfallen von Abwickler- und Begünstigtenrolle keineswegs fremd; im deutschen Recht tritt es immer dort auf, wo es einen Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigten, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter oder Nachlassinsolvenzverwalter gibt.¹⁷⁰ Und wenn französische Juristen das Merkmal des englischen Rechts oftmals darin sehen, dass es die Nachlassabwicklung tendenziell aus den Händen der Familie nimmt und in die eines Außenstehenden legt, und hierin einen grundsätzlichen Unterschied zum eigenen Recht erbli-

ckstern, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 427; *Loussouarn*, Clunet 1970, 253; *Revillard*, Rev. crit.dr.int.pr. 1978, 279.

¹⁶⁶ Einen „offenbar erwünschten Zusammenhang von materieller Begünstigung und formeller Verwaltungsbefugnis“ stellt auch *Häcker*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 192, fest. Näher unten § 3 B.V. (195 ff.).

¹⁶⁷ Siehe bereits *v. Caemmerer*, DfG 1936, 122; aus heutiger Zeit *Häcker*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 192, die folgerichtig darauf hinweist, dass „der englische *personal representative* vom deutschen Erben praktisch weniger weit entfernt ist, als dies auf den ersten Blick den Anschein haben mag“. Siehe ferner *Leleu*, ERPL 6 (1998), 165. Auch *Muscheler*, Testamentsvollstreckung, 19, erkennt, dass der „Alleinbedachte üblicher- und erlaubterweise zum executor ernannt wird“, zieht daraus aber nicht die Konsequenzen für die Klassifizierung und Bewertung des englischen Rechts.

Für das schottische Recht findet sich sogar die Aussage, dass der *executor* „almost always“ zu den *beneficiaries* gehöre, siehe *Scottish Law Commission*, Report on Succession (1990), [8.33]; ähnlich *Gretton/Steven*, Property, Trusts and Succession, [26.48]: „In practice, however, the executor may be and usually is, one of the beneficiaries, and sometimes the sole beneficiary.“ Unbelegt bleibt die Behauptung von *Héron*, Morcellement, 7, dass die Abwicklung „meistens“ von einem Dritten durchgeführt werde, und sie dürfte auch nicht zutreffen.

¹⁶⁸ *Melville*, Moby-Dick, 217. In der deutschen Übersetzung von Fritz Güttinger heißt es „du sollst mein Anwalt, Vollstrecker und Erbe sein“ (387).

¹⁶⁹ Dazu unten Fn. 245.

¹⁷⁰ Zur Entkoppelung von rechtlicher Nachfolge und wirtschaftlicher Begünstigung im deutschen Recht schon oben B.II.1. (6 ff.).

cken,¹⁷¹ dann verkennen sie den eigentlichen Grund für das beobachtete Phänomen. Dieser liegt nicht in der Struktur des englischen Erbrechts, sondern in der Freiheit, die dem Erblasser bei der Auswahl des Abwicklers eingeräumt wird. Eine solche Freiheit ist keineswegs ein Alleinstellungsmerkmal des englischen Rechts, sondern ebenso prägend für das deutsche Erbrecht. Denn auch dieses gestattet es einem Erblasser, seine nahen Familienangehörigen dadurch von der Nachlassabwicklung fernzuhalten, dass er eine familienfremde Person zum Erben oder Testamentsvollstrecker einsetzt. Somit ist nicht die Möglichkeit der familienfremden Abwicklung eine Besonderheit des englischen Rechts, sondern die starke Betonung der Familieninteressen ein besonderes Merkmal des französischen Rechts.¹⁷²

Bei einem deutsch-englischen Vergleich ist es zudem wichtig, die rechtliche Ebene stets klar von der faktischen zu unterscheiden. So mag es sein, dass Fälle der Fremdadwicklung in der deutschen Praxis seltener auftreten als in der englischen (statistisch nachgewiesen ist dies nicht). Doch liegt die Ursache dann in einem unterschiedlichen Testierverhalten, d.h. in einer stärkeren Neigung englischer Testatoren, Abwicklung und Begünstigung in unterschiedliche Hände zu legen. Dafür, dass zumindest die Abwicklung durch gewerbliche Rechtsdienstleister in England viel häufiger ist als in Deutschland, gibt es in der Tat jede Menge anekdotische Evidenz¹⁷³ und auch plausible Erklärungen. So leistete das enge Pflichtenkorsett, in das sich der *personal representative* über viele Jahrhunderte hindurch eingeschnürt sah,¹⁷⁴ einer Professionalisierung der Nachlassabwicklung und dem Entstehen einer entsprechenden Abwicklungskultur Vorschub. Mittlerweile genießt der *personal representative* zwar weitgehende Freiheit,¹⁷⁵ doch ist sein Pflichtenprogramm zumindest im Ausgangspunkt weiterhin anspruchsvoller als das eines deutschen Erben, insbesondere was steuerrechtliche Vorgaben betrifft.¹⁷⁶ Des Weiteren wird die Tendenz zur professionellen Fremdadwicklung gefördert durch die häufige Mitwirkung von Rechtsdienstleistern an der Testamentserrichtung, da hierbei auch Einfluss auf die Auswahl des *executor* genommen wird. Dass die Hinzuziehung

¹⁷¹ Dazu unten § 5 C.II.2d(3) (349ff.).

¹⁷² Siehe neben dem Verweis in der vorigen Fn. auch unten § 6 C.II.2c) (405ff.).

¹⁷³ So wird häufig eine „trust corporation“ als *executor* eingesetzt, wofür sich in sec. 115 SCA 1981 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage findet; siehe auch *Kerridge*, Law of Succession, [17-20]. Zu unterscheiden von der Einsetzung eines professionellen Dienstleisters als *executor* ist die Situation, in der formal ein nichtprofessioneller *personal representative* agiert, dieser zur Erfüllung seiner Aufgabe aber professionelle „probate services“ in Anspruch nimmt. Nach einer vor einigen Jahren erfolgten Liberalisierung darf nun eine ganze Reihe von Berufsgruppen derartige Dienstleistungen erbringen.

¹⁷⁴ Dazu unten § 4 B.II.2. (286ff.).

¹⁷⁵ Siehe unten E.I.2a)(2) (35ff.).

¹⁷⁶ Näher dazu *J. P. Schmidt*, in: FS Gretton, 335; *Häcker*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 206–208. Die Pflicht des *personal representative* zur Zahlung der „Inheritance Tax“ hebt auch *House of Lords*, Report, Nr. 20, 73, hervor.

professioneller Dienstleister zur Abwicklung im englischen Recht unumgänglich sei,¹⁷⁷ ist trotzdem eine Übertreibung.¹⁷⁸

Was die rechtliche Ebene betrifft, lässt sich die Unterscheidung zwischen einem kontinentalen Grundsatz der Eigenabwicklung und einem englischen Grundsatz der Fremdadwicklung am ehesten bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung durchhalten, weil Rechtsnachfolge und Begünstigung in den kontinentalen Rechtsordnungen dann üblicherweise Hand in Hand gehen, während es im englischen Recht häufig zu einer partiellen Entkoppelung kommt. Hinterlässt der Erblasser beispielsweise eine Ehefrau und drei Kinder, aber kein Testament, so sind nach deutschem Recht alle vier Personen als Miterben Gesamtnachfolger und als solche für die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses zuständig.¹⁷⁹ Eine punktuelle Entkoppelung von Rechtsnachfolge und Begünstigung findet allein beim Voraus des Ehegatten statt: Da dieser als gesetzliches Vermächtnis ausgestaltet ist,¹⁸⁰ werden zunächst alle Miterben Inhaber der Haushaltsgegenstände, obwohl sie letztlich allein dem Ehegatten zukommen sollen.

Unterliegt derselbe Fall dem englischen Recht, so sind zwar die Ehefrau und die drei Kinder ebenfalls Begünstigte nach Intestaterbrecht.¹⁸¹ Doch knüpft sich hieran aus zwei Gründen nicht automatisch eine Nachlassinhaberschaft: Erstens hat zwar das Gericht grundsätzlich einen der Begünstigten auf Antrag zum *administrator* zu ernennen,¹⁸² doch ist seine Entscheidung konstitutiver Natur.¹⁸³ Und zweitens kann zwar auch mehr als eine Person die Rolle des *administrator* übernehmen,¹⁸⁴ doch werden typischerweise nicht alle *beneficiaries* hierzu ernannt. Dem überlebenden Ehegatten z.B. kommt bei Beantragung eines *grant of administration* Vorrang vor den Kindern des Erblassers zu.¹⁸⁵ Aus deren Sicht liegt dann eine Fremdadwicklung vor.

¹⁷⁷ So *Leleu*, ERPL 6 (1998), 165 („[...] le recours à l'assistance d'un professionnel s'impose [...]“).

¹⁷⁸ Zu empirischen Erkenntnissen siehe unten § 6 B.I.3. (374 ff.); ferner *Braun*, Will-Substitutes in England and Wales, 70. *Schon v. Caemmerer*, DfG 1936, 122, berichtet von entsprechenden Informationsblättern für Rechtsunkundige.

¹⁷⁹ §§ 1922, 2032 BGB.

¹⁸⁰ § 1932 BGB.

¹⁸¹ Zu beachten ist allerdings, dass dem mit Abkömmlingen des Erblassers konkurrierenden Ehegatten im Wege eines *statutory legacy* die ersten 250.000 Pfund des Nachlasses zukommen, so dass die Abkömmlinge erst ab einem höheren Nachlasswert partizipieren: Siehe sec. 46(1) AEA und *Kerridge*, *Intestate Succession*, 332–340. *Röthel*, *RabelsZ* 76 (2012), 148, weist darauf hin, dass der überlebende Ehegatte damit in den allermeisten Fällen der alleinige Begünstigte ist.

¹⁸² Zu unterscheiden ist hier zwischen dem Fall, dass der Verstorbene ein Testament hinterlassen hat, ohne darin aber (in wirksamer Weise) einen *executor* eingesetzt zu haben (sog. *administration with will annexed*), und dem Fall des gänzlichen Fehlens eines Testaments (einfache *administration*). Dort, wo der Testator die Begünstigten letztwillig benannt hat, steht zuerst dem Residualvermächtnisnehmer (*residuary legatee* bzw. *devisee*) das Recht zur *administration* zu, wobei einem zum *trustee* eingesetzten Residualvermächtnisnehmer der Vorrang gebührt: r. 20(b) und (c) NPCR und näher *Kerridge*, *Law of Succession*, [17-36]. Hinterließ der Verstorbene gar kein Testament, kommt die Rolle des *administrator* den nach Intestaterbfolge begünstigten Personen zu, wobei der überlebende Ehegatte oder *civil partner* Vorrang vor den Abkömmlingen hat: r. 22 NPCR und näher *Kerridge*, *Law of Succession*, [17-39]f.

¹⁸³ Siehe unten E.I.1b) (32 ff.).

¹⁸⁴ Sec. 114(1) SCA gestattet die Ernennung von bis zu vier *administrators* für einen bestimmten Nachlassteil.

¹⁸⁵ Siehe r. 22(1)(a) NPCR.

Fragt man, wieso ausländische Juristen so häufig annehmen, dass das englische Recht zwingend eine Fremdverwaltung vorschreibe, so dürfte jedenfalls bei deutschen Autoren die bewusste oder unbewusste Parallele zur Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz des BGB eine Rolle spielen. Denn bei diesen Verfahren wird die Abwicklung tatsächlich aus den Händen des Erben als Residualbegünstigtem genommen und in die eines professionellen Dritten gelegt. Die noch wichtigere Ursache der genannten Fehlvorstellung dürfte indessen in der von den kontinentalen Erbrechten abweichenden Begriffsstruktur liegen. So „denkt“ das englische Recht stets rollenbezogen und unterscheidet selbst dann begrifflich zwischen dem Nachlassabwickler (*personal representative*) und dem Begünstigten (*beneficiary*), wenn es sich um dieselbe Person handelt. Der *personal representative* erhält also seine Begünstigung niemals in dieser Position, sondern immer nur in seiner Eigenschaft als *beneficiary*, und dementsprechend muss ein Testator die beiden Rollen auch dann gesondert vergeben, wenn er sie derselben Person zuweist. Der mit dieser Struktur nicht vertraute Betrachter gerät dadurch leicht in Versuchung, die begriffliche Trennung mit einer personalen gleichzusetzen. Doch sind per se keine materiellrechtlichen Konsequenzen mit ihr verbunden, so dass es beispielsweise kein Problem wäre, die deutsche Abwicklungsstruktur in englische Begrifflichkeiten zu „übersetzen“ und den Erben als *personal representative* aufzufassen, der zugleich Residualbegünstigter ist.¹⁸⁶

Bei näherem Hinsehen zeigt sich überdies, dass rollenbezogenes „Denken“ den kontinental-europäischen Erbrechten keineswegs fremd, sondern in ihnen lediglich weniger stark ausgeprägt ist.¹⁸⁷ So bereitet etwa einem deutschen Juristen die Vorstellung, dass ein „Miterbe“ oder „Vermächtnisnehmer“ zugleich als „Testamentsvollstrecker“ agiert, bildlich gesprochen also zwei Hüte aufhat, keinerlei Schwierigkeiten. Systematischer Fremdkörper ist aus dieser Perspektive allein der Begriff des „Erben“, der zwei Rollen zusammenbündelt, die des Abwicklers und die des Residualbegünstigten, und dadurch die Erbenbenennung automatisch zu einer „Doppelbesetzung“ macht (die freilich durch zusätzliche Anordnungen modifizierbar ist, z.B. durch Anordnung einer Abwicklungsvollstreckung). „Erbe“ zu sein ist dementsprechend weniger eine Rolle als vielmehr ein Status.¹⁸⁸

Als Folge des gezeigten Irrtums erscheint das englische Recht einmischend, bevormundend und teuer,¹⁸⁹ während es in Wirklichkeit sogar freiheitlicher ist als das

¹⁸⁶ Näher unten Fn. 371.

¹⁸⁷ „Mehr Rollendenken in der Jurisprudenz“ hält generell für angezeigt *Wacke*, JZ 2001, 384.

¹⁸⁸ *Kahn-Freund*, Anm. 263 zu Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts.

¹⁸⁹ Siehe insbesondere *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1217, der dem englischen Recht vorwirft, durch die Erzwingung der Fremdadwicklung die Testierfreiheit einzuschränken, eine Stör- und Streitquelle zwischen *personal representative* und Hauptbedachtem zu schaffen, die Kosten in die Höhe zu treiben und von einem generellen Misstrauen gegen den Erben geprägt zu sein. Sämtliche Vorwürfe erweisen sich in dem Moment als haltlos, in dem man erkennt, dass *personal representative* und *beneficiary* personenidentisch sein dürfen und es oftmals sind. Und wenn *Muschler* betont, dass „der Erbe unter normalen Umständen den Nachlass ohne Schwierigkeit selbst abwickeln“ könne (so auch schon *Reif*, in: 4. Denkschrift, 44), lautet die Entgegnung, dass das englische Recht genau dies erlaubt.

Ebenso irrig, da auf derselben Fehlvorstellung beruhend, der Vorwurf von *Leleu*, ERPL 6

deutsche Recht. Denn es erlaubt einem zum *personal representative* bestellten Begünstigten stets die Abwicklung bei beschränkter Haftung, sogar im Fall einer Überschuldung des Nachlasses. Das BGB hingegen gestattet dem Erben nur im Fall des geringwertigen Nachlasses die Abwicklung bei beschränkter Haftung; in den übrigen Fällen muss er entweder Nachlassverwaltung oder Nachlassinsolvenz beantragen (und damit die Abwicklung aus der Hand geben) oder die unbeschränkte Haftung in Kauf nehmen.¹⁹⁰

Nach allem zeigt sich, dass die Vorstellung des *personal representative* als „Mittelsmann“, „Zwischenberechtigtem“ o.Ä. ein verunglückter Versuch ist, die wahre Besonderheit des englischen Erbrechts zu erfassen, die darin besteht, dass der Nachlass nicht nur ausnahmsweise, sondern stets als Sondervermögen liquidiert wird. Die Stufung der Nachlassabwicklung ist also eine verfahrensmäßige, keine personale,¹⁹¹ und nur wenn man statt der beteiligten Personen auf das Schicksal des Nachlasses schaut, lässt sich von einem vermittelten Erwerb sprechen. Denn selbst dort, wo der *personal representative* der einzige *beneficiary* ist, besteht der Nachlass im Vermögen des *personal representative/beneficiary* zunächst als Sondermasse fort.¹⁹² Freilich ist sogleich wieder darauf hinzuweisen, dass auch eine solche Fortsetzung des Nachlasses als Zuordnungsverband dem deutschen Recht durchaus bekannt ist, und zwar nicht nur bei Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz. So bildet der Nachlass sowohl in der Hand von Miterben ein Sondervermögen als auch in der Hand des Alleinerben im Fall der Geringwertigkeit.¹⁹³ Bei konsequenter Handhabung der für das englische Recht gebrauchten Terminologie müssten die Erben in diesen Situationen folglich ebenso als „Mittelsmänner“ bezeichnet werden.

b) Das vermeintliche Erfordernis der gerichtlichen Einweisung

Die zweite verbreitete Fehlvorstellung über das englische Recht lautet, dass der *personal representative* immer einer gerichtlichen Einweisung in den Nachlass bedürfe.¹⁹⁴ Hierbei wird nicht hinreichend differenziert zwischen dem Übergang des Nachlasses vom Erblasser auf den testamentarisch ernannten *executor* und dem

(1998), 165, das englische Recht halte „les héritiers dans une situation d’infériorité juridique, intolérable selon les conceptions continentales“.

¹⁹⁰ Eingehend dazu unten § 6 E.V. (522 ff.).

¹⁹¹ Treffend insoweit *Matthews*, Memorandum, Nr. 14, der von einer „interposition of administration“ spricht.

¹⁹² Näher zum Sondervermögenscharakter des *estate* unten § 4 B.II.1. (285 ff.).

¹⁹³ Siehe schon oben A. (1 ff.).

¹⁹⁴ So etwa *Loussouarn*, *Clunet* 1970, 253, 260; *Goré*, *L’administration des successions*, 22, 30; *Boulanger*, *Droit International des Successions*, Nr. 135; *HWBEuP/Kroppenberg*, *Universalsukzession*, 1561 f.; *Lein*, in: *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, Rn. 31. Auch *Fratcher*, in: *Death, Taxes and Family Property*, 160, missversteht das englische Recht in diesem Punkt, trotz seiner ansonsten intimen Kenntnis von diesem. Schließlich erweckt *Leleu*, *ERPL* 6 (1998), 165, gar den Eindruck, als werde der *personal representative* stets vom Richter bestimmt, während *Neumayer*, in: *Mélanges Piotet*, 486, die Bedeutung des *assent* verkennt (dieser bezeichnet die Übertragung vom *personal representative* auf den *beneficiary*, siehe unten Fn. 386).

Übergang auf den in Ermangelung einer letztwilligen Anordnung gerichtlich zu ernennenden *administrator*. Da Letzterer seine Autorität allein aus den *letters of administration* ableitet, ist deren Ausstellung durch das Gericht in der Tat konstitutiv für den Nachlassübergang.¹⁹⁵

Der *executor* hingegen leitet seine Autorität unmittelbar vom Erblasser ab, weshalb er genau wie ein deutscher Erbe ipso iure in den Nachlass eintritt¹⁹⁶ und diesen Erwerb nur durch Ausschlagung rückgängig machen kann.¹⁹⁷ Der auf Antrag ausgestellte *grant of probate* ist folglich nicht konstitutiv, sondern lediglich deklaratorisch. Er dient dem *executor* zur Legitimation im Rechtsverkehr,¹⁹⁸ vergleichbar einem deutschen Erbschein oder einem Europäischen Nachlasszeugnis. Hat der *executor* hierfür keinen Bedarf, etwa weil er keine Prozesse zu führen braucht¹⁹⁹ und seine Rechtsstellung auch nicht anderweitig beweisen muss, kann er von der Beantragung eines *grant* absehen, ohne dass er dadurch gehindert wäre, den Nachlass in Besitz zu nehmen, zu verwalten und ggf. über einzelne Nachlassgegenstände zu verfügen.²⁰⁰

¹⁹⁵ *Kerridge*, *Law of Succession*, [18-15]. Genau genommen findet allerdings sogar in diesem Fall ein Vonselbsterwerb statt, nämlich durch den *Public Trustee*, der als Rechtsträger den Zeitraum zwischen dem Tod des Erblassers und der Ernennung eines *administrator* überbrückt, siehe sec. 9(1) AEA und unten I.II.2a) (106 ff.). Zum mehrfach gestuften Erwerbsvorgang in einem solchen Fall auch *Gretton*, *EPLJ* 3 (2014), 115.

¹⁹⁶ Zum lebzeitigen Treuhandgeschäft als dem vermuteten historischen Ursprung dieser Regel unten § 3 B.IV.5. (Fn. 212). Auf den ersten Blick überrascht, dass sec. 1(1) AEA nur den automatischen Übergang des unbeweglichen Vermögens („real estate“) auf den *personal representative* erwähnt, und nicht auch den Übergang des beweglichen Vermögens („personal property“). Der Grund für diese Unterscheidung liegt darin, dass sec. 1(1) AEA bei seiner Einführung im Jahr 1925 gar nicht dem Zweck diente, den Modus des Nachlassübergangs zu regeln, sondern nur klarstellen sollte, dass auch der unbewegliche Nachlass auf den *personal representative* überging (dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass bis 1897 die *realty*, also das Immobilienvermögen, direkt auf den *heir* bzw. den *devisee* übergegangen war, näher dazu unten § 3 B.IV.6. (191 ff.)). Siehe auch *F. Odersky*, *Abwicklung*, 5 (Fn. 3).

¹⁹⁷ Dazu *Kerridge*, *Law of Succession*, [17-22]–[17-33]; *Williams, Mortimer & Sunnucks* [6-32]–[6-62]. Verfehlt ist somit die pauschale Klassifizierung des englischen Rechts als Unterfall des Antrittserwerbs bei *Wacke*, *JA* 1982, 242; *Staudinger/Otte* (2017), § 1942 Rn. 2; *Menzel*, *Entschließungsfreiheiten*, 29 f. (Fn. 8).

¹⁹⁸ *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, [25.10]; *Kerridge*, *Law of Succession*, [18-16]. Im vergleichenden Schrifttum wird dies zutreffend erkannt von *v. Caemmerer*, *DfG* 1936, 121; *Gomes da Silva*, *Herança*, 45; *Häcker*, *Testamentsformen in England*, 107; *Gretton*, *EPLJ* 3 (2014), 115; *Lübcke*, *Nachlassverfahrensrecht*, 53.

¹⁹⁹ Ein *executor* kann einen Prozess vor Erlangung eines *grant of probate* zwar einleiten, muss im Verfahren einen solchen zum Nachweis seiner Rechtsinhaberschaft aber selbst dann vorlegen, wenn diese unbestritten ist oder auch anders bewiesen werden könnte: *Kerridge*, *Law of Succession*, [18-15], [18-18].

²⁰⁰ *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, [25.10]; *Fratcher*, *New York University LR* 40 (1965), 43; *Berther*, *Die internationale Erbschaftsverwaltung*, 134. Nach persönlicher Auskunft von *Roger Kerridge* nehmen allerdings sogar englische Praktiker oft zu Unrecht an, dass der *executor* erst ab Ausstellung eines *grant of probate* zum Handeln befugt sei. Ungenau daher auch *Muscheler*, *Testamentsvollstreckung*, 18.

Interessierte Personen können die Beantragung eines *grant of probate* allerdings erzwingen, siehe sec. 47 NCPR; *Kerridge*, *Law of Succession*, [17-26]. Die Beantragung eines *grant of probate*

2. Mangelnde Differenziertheit

Das zweite genannte Defizit auf der deskriptiven Ebene, die mangelnde Differenziertheit bestehender Vergleiche der Nachlassabwicklung, wird im Laufe der Arbeit noch an vielen Stellen deutlich werden. Hier soll das Problem anhand zweier Beispiele illustriert werden. Das erste davon betrifft die Unterscheidung von Rechtsordnungen nach dem Ausmaß, in dem Gerichte oder andere staatliche Stellen in die Nachlassabwicklung einbezogen sind. Das zweite Beispiel ist die Klassifizierung von Rechtsordnungen danach, ob sie den Nachlass des Verstorbenen ohne weiteres Zutun auf den Rechtsnachfolger übergehen lassen oder erst nach einer Antrittserklärung.

a) Die Rolle staatlicher Stellen bei der Nachlassabwicklung

(1) Staatsferne vs. staatsnahe Nachlassabwicklung

Nach häufiger Darstellung liegt ein besonderes Merkmal der englischen Nachlassabwicklung darin, dass sie im Unterschied zu den kontinentaleuropäischen Regimen unter enger gerichtlicher Aufsicht steht.²⁰¹ In der Regel wird diese Sichtweise nicht näher spezifiziert, so dass unklar bleibt, welche Aufgaben englische Gerichte bei der Nachlassabwicklung genau übernehmen. Ebenso vage bleibt der häufige Hinweis auf Ähnlichkeiten zum österreichischen Recht.²⁰²

Offenbar liegt der genannten Taxonomie die Vorstellung zugrunde, dass der *personal representative* vom Eintritt in den Nachlass bis zu dessen vollständiger Liquidation auf Schritt und Tritt vom Nachlassgericht überwacht wird und gewissermaßen nur dessen verlängerter Arm ist. Dies würde in der Tat einen fundamentalen Unterschied zu einer Rechtsordnung wie der deutschen markieren, wo Gerichte grundsätzlich nur zur Unterstützung oder zur Streitschlichtung in die Nachlassabwicklung eingreifen.²⁰³ Max Rheinstein klassifizierte ein Regime wie das gerade beschriebene als eines der „private“ oder jedenfalls „basically private liquidation“ und stellte es einem System der „governmental“ oder jedenfalls „basically govern-

wird zudem dadurch gefördert, dass die ohne ihn durchgeführte Nachlassabwicklung ab einem bestimmten Moment ein Bußgeld auslöst, siehe sec. 37 „Stamp Act 1815“ und *Winegarten/D’Costa/Synak*, *Tristram and Coote’s Probate Practice*, Nr. 1.48.

²⁰¹ Siehe beispielsweise *Castán Tobeñas*, in: *Mélanges Maurry*, 61; *Droz*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1970, 185, 209; *Ferid*, *Recueil des Cours* 142 (1974-II), 120; *Revillard*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1978, 279; *Goré*, *L’administration des successions*, 21 f. („étroite dépendance de la Cour [...] contrôle rigoureux de l’autorité judiciaire [...]“); *Leleu*, *Transmission*, Nr. 335 („contrôle judiciaire omniprésent“); *Neumayer*, in: *Mélanges Piotet*, 485 f. („das umständliche Probate-Verfahren des Common Law“); *Bilotti*, *Separazione*, 5; *Röthel*, *Erbrecht*, § 27 Rn. 5; *Zoppini*, *Le successioni*, 24, 33. Selbst in *Government of the United Kingdom*, *Response*, 2, wird die Eigenschaft des englischen Rechts allerdings damit beschrieben, dass es mit einem „court based system“ operiere.

²⁰² In einer Mittelstellung zwischen England und dem (übrigen) Kontinent sehen das österreichische Recht etwa *Zoppini*, *Le successioni*, 24; *Koziol/Koziol*, *Austrian Private Law*, Rn. 212. Von einer nicht näher spezifizierten Ähnlichkeit zwischen englischem und österreichischem Recht spricht *Röthel*, *Erbrecht*, § 6 Rn. 30.

²⁰³ Siehe oben A. (1 ff.).

mental liquidation“ gegenüber.²⁰⁴ Um deutlich zu machen, dass ein Erbrechtsregime ohne jegliche Mitwirkung staatlicher Stellen nicht denkbar ist²⁰⁵ und es deshalb darauf ankommt, ob diese Mitwirkung zwingender oder fakultativer Natur ist, wird im Folgenden von „staatsferner“ und „staatsnaher“ Nachlassabwicklung gesprochen.

Wie aber lautet nun die korrekte Zuordnung der einzelnen Rechtsordnungen zu diesen Kategorien? Wie im Folgenden zu zeigen ist, entspricht das in der Erbrechtsvergleichung etablierte Bild vom englischen Erbrecht nicht der Realität, weshalb zum einen ein fundamentaler Unterschied zum Recht der USA verkannt wird und zum anderen die oft gezogene Parallele zwischen dem englischen und dem österreichischen Recht in die Irre führt.

(2) Der staatsferne Charakter der heutigen englischen Nachlassabwicklung

Dass der Übergang des Nachlasses auf den *personal representative* keineswegs immer von einer gerichtlichen Entscheidung abhängt, wurde oben bereits gezeigt.²⁰⁶ An dieser Stelle ist zu konstatieren, dass die Vorstellung von der großen Gerichtsnähe der englischen Nachlassabwicklung auch im Übrigen unzutreffend ist. Keineswegs ist es so, dass englische Gerichte die Nachlassabwicklung überwachen, vielmehr halten sie sich grundsätzlich gerade aus ihr heraus, mit der Folge, dass der *personal representative* ähnlich frei agieren kann wie ein Erbe nach deutschem Recht:

„In England, the personal representative, once he has received his grant from the court, is left to his own devices. If the administration takes its normal course, the court will have nothing to do with it.“²⁰⁷

So ist der *personal representative* zur Inventarerrichtung und zur Rechenschaftslegung nur bei gerichtlicher Anordnung auf Antrag einer interessierten Partei verpflichtet.²⁰⁸ Und solange der *personal representative* nicht einer „general order for administration“ unterworfen wurde,²⁰⁹ bedarf er beispielsweise zur Schuldentilgung oder zur Auskehr von Überschüssen keiner richterlichen Genehmigung.²¹⁰ Zur freien Natur der Rolle des *personal representative* passt, dass sie auch von einem Laien übernommen werden kann und kein professioneller Rechtsdienstleister hinzugezogen werden muss.²¹¹

²⁰⁴ *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 231.

²⁰⁵ Hierauf weist auch *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 230, hin.

²⁰⁶ Siehe oben E.I.1b) (32 ff.).

²⁰⁷ *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 233; siehe auch *ders./Glendon*, *Decedents' Estates*, 484; ferner auch schon *v. Caemmerer*, *DfG* 1936, 122 („völlig freie Stellung“).

²⁰⁸ Sec. 25(b) AEA; *Kerridge*, *Law of Succession*, [20-16].

²⁰⁹ Dazu *Kerridge*, *Law of Succession*, [20-61], [24-25].

²¹⁰ Zu undifferenziert daher *Zoppini*, *Le successioni*, 33.

²¹¹ Dazu schon oben E.I.1a) (27 ff.).

Traditionell kam dem *personal representative* auch nicht per se eine Vergütung für seine Tätigkeit zu, so dass es an dem Testator lag, ihm die Übernahme dieser Aufgabe beispielsweise durch Belohnung mit einem Vermächtnis schmackhaft zu machen.²¹² Erst mit dem „Trustee Act 2000“ wurde *personal representatives*, die dieses Amt in Ausübung ihres Berufs wahrnehmen, Anspruch auf eine „reasonable remuneration“ gewährt,²¹³ der Vorrang vor den Ansprüchen der Begünstigten genießt.²¹⁴

Sieht man von den Fällen ab, in denen ein *administrator* bestellt werden muss, spielen Gerichte bei der Nachlassabwicklung in England also keine größere Rolle als auf dem Kontinent.²¹⁵ Wie ist es dann aber zu erklären, dass sich in der Erbrechtsvergleichung so hartnäckig die gegenteilige Vorstellung hält? Ein Grund hierfür dürfte darin liegen, dass sie für frühere Epochen des englischen Rechts Gültigkeit hat. Über viele Jahrhunderte hinweg war der *personal representative* in der Tat einer engen Aufsicht zunächst der kirchlichen und später der weltlichen Gerichte unterworfen, was sich beispielsweise in der Pflicht zur Inventarerriktung und der Rechenschaftslegung äußerte.²¹⁶ Aufgrund ihrer starken finanziellen Eigeninteressen an der Abwicklung von Nachlässen bemühte sich die Kirche zudem aktiv um deren Aufspürung.²¹⁷ Ein schrittweiser Prozess der Deformalisierung mündete schließlich aber in das soeben skizzierte System einer gerichtsfernen Nachlassabwicklung, das im „Administration of Estates Act“ von 1925 festgeschrieben wurde.²¹⁸

Der zweite Grund, warum die gerichtliche Aufsicht über die Nachlassabwicklung auch für das heutige englische Recht noch als prägend erachtet wird, hängt mit dem ersten zusammen und dürfte noch wichtiger sein: In den US-amerikanischen Bundesstaaten, die mit Ausnahme Louisianas²¹⁹ allesamt das englische Modell fortführten, verlief die Entwicklung genau in die entgegengesetzte Richtung, indem die Aufsichtsfunktion der Gerichte sogar noch ausgebaut wurde und ein weltweit beispielloses Niveau erreichte.²²⁰

²¹² Dazu *Kerridge*, *Law of Succession*, [20–69]; siehe auch schon *v. Caemmerer*, DfG 1936, 122. Zur historischen Entwicklung unten § 3 B.IV.5. (189ff.).

²¹³ Siehe sec. 35, 28, 29 *Trustee Act 2000*; *Kerridge*, *Law of Succession*, [20–74]; *Häcker*, in: *Testamentsvollstreckung in Europa*, 202f., dort auch zu den sog. „charging clauses“, mit denen sich professionelle Abwickler früher eine Vergütung im Testament versprechen ließen, die aber als Vermächtnis konstruiert wurde und damit den für dieses geltenden Schranken unterlag.

²¹⁴ *Murga Fernández*, *Los sistemas europeos*, 59f.

²¹⁵ So schon das Fazit von *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 231, 233. Aus US-amerikanischer Sicht auch *Fratcher*, in: *Death, Taxes and Family Property*, 153: „England resembles the civil law countries in that the requirement of judicial proceedings is minimal in the absence of controversy or failure to perform legal duties“. Siehe auch *Miller*, *Machinery of Succession*, 111, der dem englischen Recht ein „minimum of court interference“ bescheinigt; ebenso *Braun*, *Will-Substitutes in England and Wales*, 70.

²¹⁶ Ausführlich dazu unten § 4 B.II.2. (286ff.).

²¹⁷ Dazu unten § 4 B.II.2e) (291ff.).

²¹⁸ Näher unten § 6 B.I. (372ff.).

²¹⁹ Genau wie das übrige Privatrecht Louisianas hat seine Nachlassabwicklung kontinentaleuropäische und insbesondere französische Wurzeln, siehe *Sarpy*, *Louisiana LR* 34 (1974), 523; *Sneddon*, *South Texas LR* 50 (2009), 456f., 465f.

²²⁰ Siehe *Friedman*, *Wisconsin LR* 1966, 366: „The probate process in American law is formal and bureaucratic to a degree almost unique among the world’s legal systems.“

(3) Der staatsnahe Charakter der Nachlassabwicklung in den USA

Die extreme Formalisierung der Nachlassabwicklung im Recht der meisten Bundesstaaten der USA äußert sich zunächst darin, dass nicht nur der *administrator*, sondern auch der testamentarisch ernannte *executor* als „officer of the court“ betrachtet wird, der sich erst nach gerichtlicher Entscheidung sowie Stellung einer Kautions (*bond*) des Nachlasses annehmen darf.²²¹ Sodann darf der amerikanische *personal representative* im Unterschied zu seinem englischen Pendant auch danach nicht eigenständig agieren, sondern muss etwa für den Verkauf von Nachlassgegenständen, die Begleichung von Schulden oder die Auskehr von Nachlasswerten an Begünstigte grundsätzlich jeweils eine gerichtliche Genehmigung einholen. Den Abschluss des Verfahrens bildet die formelle Entlassung des *personal representative* aus seinem Amt, die erst nach Genehmigung des detaillierten Rechenschaftsberichts erfolgt.²²²

Dass dieses – sprachlich ungenau – als „probate“ bezeichnete System²²³ die Nachlassabwicklung teuer²²⁴ und schwerfällig²²⁵ macht und deshalb seit Jahrzehnten scharfe Kritik auf sich zieht,²²⁶ ist keine Überraschung. Zwar hatte der „public

²²¹ In rechtskonstruktiver Hinsicht findet diese Lösung ihren Ausdruck darin, dass im Unterschied zu England die formelle Nachlassinhaberschaft in der Regel nicht beim *personal representative* liegt, sondern bei den testamentarisch oder gesetzlich Begünstigten (siehe stellvertretend § 3-101 UPC). Die Abwicklungsbefugnis des *personal representative* lässt sich damit nicht aus der materiellen Rechtslage ableiten, sondern hängt von der gerichtlichen Verleihung ab (siehe stellvertretend § 3-701 UPC).

²²² Siehe etwa *Sitkoff/Dukeminier, Wills, Trusts, and Estates*, 44–48; *Sneddon*, *South Texas LR* 50 (2009), 459. Seit der Darstellung von *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 234; *Rheinstein/Glendon, Decedents' Estates*, 20, scheint sich somit nichts Grundlegendes geändert zu haben.

²²³ Ursprünglich beschränkte sich das im lateinischen *probare* wurzelnde *probate* auf die Feststellung der Gültigkeit des Testaments. Im juristischen Sprachgebrauch der USA werden die Begriffe *probate* und *administration* seit Langem aber gleichbedeutend verwendet, siehe *Rheinstein/Glendon, Decedents' Estates*, 478; *Sneddon*, *South Texas LR* 50 (2009), 454f.; *Dukeminier/Sitkoff/Lindgren, Wills, Trusts, and Estates*, 40; *Gallanis, Will-Substitutes: A US Perspective*, 10.

²²⁴ Neben Gerichtsgebühren fallen auch Honorare für den *personal representative* und seinen Anwalt an, die häufig in Bezug zum Nachlasswert berechnet werden, siehe *Dukeminier/Sitkoff/Lindgren, Wills, Trusts, and Estates*, 45f.; *Horton*, *Georgetown LJ* 103 (2015), 609. Das grundsätzliche Erfordernis einer Bewertung der Nachlassgegenstände lässt zudem Sachverständigenkosten anfallen, siehe *Sneddon*, *South Texas LR* 50 (2009), 460. Nach *Sarpy*, *Louisiana LR* 34 (1974), 523, machen die genannten Kosten sogar bei Abwesenheit von Streit fast 10% des Nachlasswertes aus.

Die hohen Kosten des *probate*-Verfahrens zeigen sich indirekt daran, dass die Nachlassabwicklung Schätzungen zufolge nirgendwo in den USA so günstig ist wie im Bundesstaat Louisiana, wo sie nach kontinentaleuropäischem Muster erfolgt und somit staatsfernen Charakter hat; siehe *McGovern/Kurtz/English/Gallanis, Wills, Trusts and Estates*, 539.

²²⁵ Nach *McGovern/Kurtz/English/Gallanis, Wills, Trusts and Estates*, 538, dauert das *probate*-Verfahren im eigentlichen Sinn, also die Bestätigung des Testaments, in der Regel nicht lange, wohingegen die Phase der *administration* im engeren Sinne typischerweise Monate oder sogar Jahre dauert; *Sarpy*, *Louisiana LR* 34 (1974), 523, bezeichnet eine Dauer von zwei Jahren als üblich. Siehe auch *Sneddon*, *South Texas LR* 50 (2009), 460f., die auf das weitere Problem der Öffentlichkeit des Verfahrens hinweist: „Probate records are public records.“

²²⁶ Siehe etwa *Wellman*, *Indiana LJ* 44 (1969), 192: „The assumption that administration of an estate requires a judicial proceeding is as doubtful as it is costly.“; *Langbein*, *Harvard LR* 97

outcry“ über die Missstände schon um die Mitte des 20. Jahrhunderts herum ein wahres Reformfieber ausgelöst²²⁷ und insbesondere im Jahr 1969 zur Verabschiedung des heute in 17 Bundesstaaten geltenden²²⁸ Uniform Probate Code geführt.²²⁹ Doch obgleich dieser nach einzelstaatlichen Vorbildern²³⁰ flexible und kostensparende Alternativen in Form einer „informal“, „independent“ oder „unsupervised administration“ schuf,²³¹ etwa für geringwertige Nachlässe,²³² hielt er letztlich doch am bestehenden Paradigma fest, wie auch bereits sein Name – Uniform *Probate* Code – deutlich macht.²³³ Wenn die Praxis diese Zustände nun schon so lange Zeit toleriert, dann liegt – neben handfesten finanziellen Interessen beteiligter Berufskreise und Industrien²³⁴ – ein wesentlicher Grund darin, dass sie schon vor langer Zeit wirksame Ausweichstrategien entwickelt hat.²³⁵

Zu nennen sind zunächst die offenbar sehr zahlreichen Fälle,²³⁶ in denen die Betroffenen den Nachlass einfach informell abwickeln, indem sie ihn einvernehmlich unter sich aufteilen und das Nachlassgericht allenfalls zu dem Zweck einschalten, eine Legitimationsgrundlage für

(1984), 1116: „The probate System has earned a lamentable reputation for expense, delay, clumsiness, makework, and worse.“ Nach *Horton*, Georgetown LJ 103 (2015), 605–664, bedarf diese fest im Bewusstsein der Bevölkerung verankerte Vorstellung allerdings einer teilweisen Revision.

²²⁷ *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 451.

²²⁸ *Gallanis*, in: *Passing Wealth on Death*, 11.

²²⁹ *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 469–473, dort auch zum gescheiterten Vorgänger des UPC, dem „Model Probate Code“ aus dem Jahr 1946. Diesen hatte auch schon *Rheinstein* als immer noch zu gerichtslastig kritisiert (Columbia LR 48 (1948), 534–545). Siehe auch *Rinck*, Max *Rheinstein*, 108f.

²³⁰ Siehe „Chief Reporter“ *Wellman*, Indiana LJ 44 (1969), 200: „In a sense, nothing is new because each procedure has its tested counterpart somewhere among the states now.“

²³¹ Siehe die verschiedenen Begrifflichkeiten bei *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 453, 462, 466, 474, 482; *Sitkoff/Dukeminier*, Wills, Trusts, and Estates, 45–47. Von „informal probate“ sprechen die §§ 3-301 ff. UPC. Zur 1982 eingeführten „Succession without Administration“ siehe unten § 7 A.I. (571 ff.).

²³² Siehe *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 462f., 476f.; *Dukeminier/Sitkoff/Lindgren*, Wills, Trusts, and Estates, 44, 46f.; *McGovern/Kurtz/English/Gallanis*, Wills, Trusts and Estates, 540–542.

²³³ *Langbein*, Harvard LR 97 (1984), 1139: „Even the enlightened Uniform Probate Code is, as its name indicates, a probate code, not a succession code.“ *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 483. Obwohl der Uniform Probate Code sich grundsätzlich mit allen Materien des Erbrechts befasst, war sein „system of probate administration“ das Herzstück (so der „Chief Reporter“ *Wellman*, Indiana LJ 44 (1969), 198).

²³⁴ In diesen sah schon *Rheinstein* ein unüberwindbares Hindernis für grundlegende Reformen, siehe *Rinck*, Max *Rheinstein*, 111. Nach *Sneddon*, South Texas LR 50 (2009), 488, gehören zu den „lobbies“ mit einem „vested interest in probate matters“ auch die „surety bond industry“, die „insurance industry“ und die „newspapers“ (letztenannte wegen der Öffentlichkeit des *probate*-Verfahrens).

²³⁵ Prägnant *Rheinstein*, Columbia LR 48 (1948), 539: „This system has been tolerable solely because it is not being followed in a large number of cases.“ Siehe auch *McGovern/Kurtz/English/Gallanis*, Wills, Trusts and Estates, 539: „Much more energy has been expended on developing alternatives to probate than on further simplifying the probate system.“

²³⁶ Siehe dazu die empirische Untersuchung von *Dunham*, University of Chicago LR 30 (1963), 244.

Verfügungen oder Registeränderungen zu erhalten.²³⁷ Vor allem aber ist auf die von der Kautelarpraxis mit großem Erfolg betriebene Nachlassplanung mittels sog. „will-substitutes“ (oder „nonprobate devices“²³⁸) hinzuweisen,²³⁹ also rechtsgeschäftlicher Gestaltungen, die kein Testament im formalen Sinne und deshalb nicht dem *probate*-Verfahren unterworfen sind, in ihren rechtlichen und wirtschaftlichen Wirkungen einer letztwilligen Verfügung aber sehr nahe kommen.²⁴⁰ In seinem wegweisenden Aufsatz aus dem Jahr 1984 hat John Langbein den daraus resultierenden grundlegenden Wandel beim Vermögensübergang von Todes wegen als „nonprobate revolution“ beschrieben.²⁴¹ Hieraus darf allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass das *probate*-Verfahren in der Praxis obsolet sei. Denn zum einen lohnt sich seine Vermeidung nur bei Vorhandensein nennenswerten Vermögens, zum anderen unterliegen die „nonprobate devices“ intrinsischen Grenzen. Abgesehen davon ist deren Gebrauch gar nicht in jedem Fall die beste Strategie, da die mit ihnen verbundenen Kosten und Verzögerungen diejenigen des *probate*-Verfahrens auch übersteigen können.²⁴² Zumindest wenn man das skizzierte gesetzliche Modell zugrunde legt, zeigt sich also, dass die Grenze zwischen Systemen gerichtsferner und solchen gerichtsnaher Nachlassabwicklung gar nicht entlang der Rechtskreise Civil Law/Common Law verläuft, sondern durch den Atlantischen Ozean gebildet wird.²⁴³ Wie Rheinsein mehrfach hervorhob, steht dieser Zustand in einem kuriosen Kontrast zur jeweils vorherrschenden politischen Kultur:

„The countries of the continent of Europe are usually regarded as being fond of paternalistic governmental interference with private affairs, while in this country [USA] the traditional hostility to governmental meddling has tended to keep state supervision of private matters at a minimum. Yet, with respect to the transfer of property upon death, the roles are curiously reversed. While in Europe judicial or judicially supervised administration of decedents’

²³⁷ Rheinsein, Columbia LR 48 (1948), 539; *ders.*, in: *Rapports Généraux*; Langbein, Harvard LR 97 (1984), 1118.

²³⁸ Wellman, Indiana LJ 44 (1969), 195; Sneddon, South Texas LR 50 (2009), 451.

²³⁹ Dazu etwa Langbein, Harvard LR 97 (1984), 1108–1117; Gallanis, Will-Substitutes: A US Perspective, 11 f. Eine wichtige Rolle in diesem Prozess wird dem erstmals 1965 erschienenen Ratgeber „How to Avoid Probate“ des juristischen Laien Norman F. Dacey zugeschrieben, der eine Millionenaufgabe erreichte (siehe etwa Wellman, Indiana LJ 44 (1969), 192; Langbein, Harvard LR 97 (1984), 1116; Horton, Georgetown LJ 103 (2015), 608). Auch andere Laienautoren richteten in den 1960er Jahren „caustic attacks“ gegen das *probate*-Verfahren, siehe Sarpy, Louisiana LR 34 (1974), 523. Wie Wellman, Indiana LJ 44 (1969), 198, und Sneddon, South Texas LR 50 (2009), 469 f., betonen, hatte sich der Reformfunke aber schon vor Daceys Buch entzündet.

²⁴⁰ Dazu auch unten I.III. (114 ff.). Zu den wichtigsten „will-substitutes“ in der heutigen US-amerikanischen Rechtspraxis siehe Gallanis, Will-Substitutes: A US Perspective, 12–18. *McGovern/Kurtz/English/Gallanis*, Wills, Trusts and Estates, 395, weisen darauf hin, dass die Gründe für die Vermeidung des *probate*-Verfahrens nicht in allen Bundesstaaten dieselben sind und dass hinsichtlich mancher Güter eine solche Vermeidung auch nicht sinnvoll ist.

²⁴¹ Langbein, Harvard LR 97 (1984), 1108. 30 Jahre später konstatieren Leslie/Sterk, Boston College LR 56 (2015), 61–119, nicht nur, dass die praktische Bedeutung von „nonprobate transfers“ weiter zugenommen hat, sondern auch, dass viele der durch das Ausscheren aus dem formalen Erbrecht verursachten Probleme weiterhin ungelöst sind.

²⁴² Siehe Sneddon, South Texas LR 50 (2009), 461 f., 492, die in der Konsequenz darauf hinweist, dass „will-substitutes“ in ihrem Wert als Gestaltungsmittel nicht überschätzt werden dürfen und das *probate*-Verfahren auch im 21. Jahrhundert noch eine „vital role in the transfer of assets“ spiele.

²⁴³ Dies betont auch Rheinsein, in: *Rapports Généraux*, 231.

estates constitutes a comparatively rare exception, it is in this country [USA], at least theoretically, required in every case.²⁴⁴

Worin genau die Ursachen der US-amerikanischen Entwicklung liegen, insbesondere ihrer Entkoppelung vom englischen Recht,²⁴⁵ ist nicht bekannt.²⁴⁶ Sie haben vermutlich mit Besonderheiten der US-amerikanischen Gerichtsbarkeit und Prozesskultur zu tun,²⁴⁷ ebenso mit dem zu Kolonialzeiten oftmals aufgekommenen Wunsch, die Nachlassabwicklung durch lokale Stellen und Personen durchzuführen anstatt durch weit entfernt lebende Verwandte.²⁴⁸ Freilich ist auch zu beachten, dass die hohe Formalisierung der Nachlassabwicklung offenbar erst vergleichsweise spät erfolgte; noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts sollen mehr als 90% aller Nachlässe ohne gerichtliche Aufsicht abgewickelt worden sein,²⁴⁹ und die zumindest im Westen der USA oftmals sehr große Distanz zum nächsten „court house“²⁵⁰ lässt das Prinzip einer gerichtsfernen Abwicklung auch natürlich erscheinen.²⁵¹

In der europäischen Erbrechtsvergleichung jedenfalls haben Rheinsteins Erkenntnisse kaum Spuren hinterlassen, was insbesondere für sein Herkunftsland Deutschland betrüben muss.²⁵² Stattdessen wird die Common-Law-Tradition der Nachlassabwicklung immer noch als eine einheitliche wahrgenommen, worin in

²⁴⁴ *Rheinstein*, Columbia LR 48 (1948), 538. Ähnlich *ders.*, in: *Rapports Généraux*, 231: Während im „land of liberty, in which government is traditionally regarded as a necessary evil to be kept within narrow bounds“, kein Schritt der Nachlassabwicklung ohne gerichtliche Zustimmung erfolgen soll, ist die staatliche Beteiligung bei der Nachlassabwicklung in Ländern, die im Allgemeinen als „bulwarks of bureaucracy“ bekannt sind, auf ein Minimum beschränkt. Schließlich auch *Rheinstein/Glendon*, *Decedents' Estates*, 14: „In Anglo-American law we should expect to find a system which relies primarily upon the initiative and action of the parties concerned. But, strangely enough, in those countries which have generally been so averse to governmental ‚meddling‘ with private affairs, the system of official administration prevails.“

²⁴⁵ Diese Darstellung ist insofern etwas vereinfachend, als, bedingt durch verschiedene Einflüsse, das Bild der Nachlassabwicklung in den USA lange Zeit sehr uneinheitlich war und das englische Modell erst vergleichsweise spät als „Sieger“ aus dem Konkurrenzkampf hervorging (*Sneddon*, *South Texas LR 50* (2009), 456). Unzutreffend ist es dennoch, wenn *Rinck*, *Max Rhein-stein*, 106, sagt, in den USA sei „zunächst“ das „europäisch[e] System“ übernommen worden.

²⁴⁶ Die von *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 234, geäußerte Hoffnung auf eine baldige historische Untersuchung hat sich, soweit ersichtlich, bis heute nicht erfüllt.

²⁴⁷ Im persönlichen Gespräch mit dem Verfasser vermutete *John Langbein* den Grund darin, dass die *probate courts* traditionell mit Laienrichtern besetzt waren, die klare Regeln brauchten. Siehe ferner den vermuteten Zusammenhang mit der Prozesskultur bei *Langbein*, *Harvard LR 97* (1984), 1116: „[...] the Anglo-American procedural tradition is preoccupied with adversarial and litigational values [...]“.

²⁴⁸ *Wellman*, *Indiana LJ 44* (1969), 192 deutet an, dass hierbei auch lokale Verteilungsinteressen geschützt werden sollten.

²⁴⁹ *Friedman*, *History*, 232; *Sneddon*, *South Texas LR 50* (2009), 457f. Nach *Friedman*, *Wisconsin LR 1966*, 366f., lag der Grund allerdings auch darin, dass ein Großteil der Bevölkerung ohnehin nicht über nennenswertes Vermögen verfügte.

²⁵⁰ *Scoles*, *Missouri LR 48* (1983), 373.

²⁵¹ *Sneddon*, *South Texas LR 50* (2009), 456, weist zudem auf den „cowboy sense of freedom from governmental procedures“ hin und erklärt den in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts erfolgten Wandel u.a. mit dem Prozess der Urbanisierung und einer Schwächung der Familienbande (458).

²⁵² Besonders verdienstvoll vor diesem Hintergrund die Arbeit von *Rinck*, *Max Rhein-stein*.

gewisser Weise ein Gegenstück zur undifferenzierten Sicht auf die kontinentaleuropäische Tradition liegt.²⁵³ US-amerikanische Juristen hingegen sind sich des eigenen Sonderwegs vollauf bewusst und haben insbesondere den englischen Weg zur Deformalisierung häufig als Vorbild gepriesen.²⁵⁴

(4) Die Rolle staatlicher Organe im österreichischen Recht

Setzt man die vorstehenden Ausführungen in Bezug zum österreichischen Recht, so zeigt sich, dass noch weitergehende Differenzierungen erforderlich sind als bislang. Was zunächst den Übergang des Nachlasses angeht, ist festzustellen, dass die Rolle der Gerichte im österreichischen Recht einerseits größer ist als im englischen Recht, andererseits aber auch kleiner. Größer ist ihre Rolle insoweit, als der Nachlassübergang in Österreich stets einer Gerichtsentscheidung bedarf, während ein englischer *executor* wie gesehen von Rechts wegen in den Nachlass eintritt. Dort allerdings, wo ein englisches Gericht auf Antrag einen *administrator* zu ernennen hat, reichen seine Befugnisse weiter als die eines österreichischen Gerichts bei der Einantwortung. Denn wengleich das Gesetz zur Einsetzung des *administrator* eine konkrete Rangfolge von Antragsberechtigten statuiert, die grundsätzlich den Vorschriften über die Intestatbegünstigung folgt, kann das Gericht von ihr abweichen, wenn es ihm aufgrund besonderer Umstände „necessary or expedient“ erscheint.²⁵⁵ Folge dieses Auswahlmessens ist, dass der *administrator* seine Legitimation allein aus dem Gerichtsurteil bezieht. Demgegenüber ergeht die Einantwortung nach österreichischem Recht als gebundene Entscheidung: Wer Erbe ist, wird allein durch Testament oder Gesetz bestimmt, so dass die Einantwortung, was den *titulus* angeht, lediglich deklaratorischer Natur ist. Hieraus folgt, dass im österreichischen Recht der wahre Erbe seine Stellung nicht dadurch verliert, dass das Gericht den Nachlass einem Scheinerben zuweist.²⁵⁶

Was sodann die Tilgung der Erblasserverbindlichkeiten sowie die Erfüllung der Vermächtnis- und Pflichtteilsansprüche angeht, so findet sich oft die Vorstellung, dass nach österreichischem Recht auch dieser Vorgang dem Gericht zugewiesen sei oder jedenfalls seiner Aufsicht unterliege.²⁵⁷ Doch ist es ähnlich wie im Fall des

²⁵³ Siehe dazu unten H.IV. (97 ff.).

²⁵⁴ Siehe unten § 6 B.I.4. (376 ff.).

²⁵⁵ Sec. 116 SCA. Dazu auch *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Succession (2007), [4.131–134], wo die Aufnahme einer entsprechenden Regelung für das schottische Recht befürwortet wird (so auch der Vorschlag in *Scottish Law Commission*, Report on Succession (2009), [1.31]). Zu den von den Gerichten angewandten Auswahlkriterien bei konkurrierenden Antragstellern *Margrave-Jones*, *Mellows: Law of Succession*, [17–53].

²⁵⁶ Siehe nur *Eccher/Umlauf*, *Erbrecht*, § 6 Rn. 1; unzutreffend hingegen *Leleu*, *ERPL* 6 (1998), 164.

²⁵⁷ Siehe etwa *Rheinstein/Glendon*, *Decedents' Estates*, 14: „[...] the winding up of a decedents' estate [under Austrian law] is regarded as the task of a paternalistic government which acts for the heirs by collecting and distributing the assets among them.“ *Goré*, *L'administration des successions*, 24: „Cet acte juridique [d.h. die Einantwortung] achève la procédure de règlement [...]“; *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 193. Ferner oben Fn. 202.

englischen Rechts erforderlich, zwischen verschiedenen historischen Phasen zu unterscheiden: Herrschte in den österreichischen Partikularrechten etwa bis Mitte des 17. Jahrhunderts ein System der staatsfernen Nachlassabwicklung vor,²⁵⁸ wurde dieses in der Folge schrittweise durch ein obrigkeitliches Nachlassverfahren verdrängt,²⁵⁹ das den „Höhepunkt seiner Ausbildung“ im Patent vom 9. September 1785 für die Justizstellen der deutsch-slawischen Erbländer fand.²⁶⁰ Das entsprechende Verfahren war dadurch gekennzeichnet, dass das zuständige Gericht den Nachlass einer verstorbenen Person von Amts wegen in Beschlag nahm (und ihn notfalls versiegelte), um anschließend Sorge dafür zu tragen, dass jeder die ihm gebührende Teilhabe erhielt. Dies bedeutete insbesondere, dass die Person des Erben nicht lediglich in einem summarischen, sondern in einem vollwertigen petitorischen Verfahren zu ermitteln war und dass Gläubiger und Legatäre befriedigt sein mussten, bevor dem Erben der Überschuss ausgefolgt werden durfte.²⁶¹ In diesem Vorgang einer konkursähnlichen Liquidation,²⁶² die der Erbe „unter der ängstlich bevormundenden Dazwischenkunft der Abhandlungsbehörde“ vorzunehmen hatte,²⁶³ ähnelte das ehemalige österreichische Recht also dem mittelalterlichen englischen und dem heutigen US-amerikanischen Recht, und das Gericht wurde denn auch als „gesetzlicher Testamentsexecutor“ aufgefasst.²⁶⁴

Treiber der skizzierten Entwicklung war zum einen der paternalistische Gedanke, dass der Staat die Interessen aller am Erbfall beteiligten Personen zu schützen habe.²⁶⁵ Zum anderen spielten aber auch fiskalische Interessen eine gewichtige Rolle: Nicht nur erleichterte die obrigkeitliche Abwicklung die Eintreibung von Steuern und anderen Abgaben,²⁶⁶ auch war sie als solche eine lukrative Einnahmequelle der Gerichte.²⁶⁷ Das Recht der Gerichte zur Abhandlung von Erbfällen wurde mit anderen Worten ein „nutzbares Regal“.²⁶⁸

Eine Trendwende wurde indessen durch das ABGB von 1811 eingeläutet (und zuvor bereits durch das Westgalizische Gesetzbuch). Zwar hielt das ABGB an der zwingenden Durchführung eines Verlassenschaftsverfahrens fest, doch hatte die-

²⁵⁸ Dazu *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 45–60.

²⁵⁹ Dazu *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 61–91; *Bielefeld*, Entwicklung des Erbschaftserwerbs, 10–13.

²⁶⁰ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 92.

²⁶¹ Eingehend *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 92–103; zusammenfassend *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 368–370.

²⁶² Vgl. *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 89.

²⁶³ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 96.

²⁶⁴ Siehe die Nachweise bei *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 84; siehe auch ebd., 88.

²⁶⁵ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 8, 70; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 369. Rätselhaft ist, wieso *Neumayer*, in: *Mélanges Piotet*, 486, die österreichische Regelung der römischen Tradition zurechnet.

²⁶⁶ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 8, 87, der u.a. auf die 1759 aus Anlass des Siebenjährigen Krieges eingeführte Erbsteuer hinweist; *Klang/Weiß*, 961 f.

²⁶⁷ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 72; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 369.

²⁶⁸ *Unger*, Verlassenschaftsabhandlung, 79.

ses „wesentliche Modificationen und erhebliche Abschwächungen zu erleiden“.²⁶⁹ So stellte § 811 ABGB¹⁸¹¹ ausdrücklich klar: „Für die Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger des Erblassers wird vom Gerichte nicht weiter gesorgt, als sie es selbst verlangen. [...]“ Doch abgesehen davon, dass die bestehende Form des Verlassenschaftsverfahrens in der Praxis ein erhebliches Beharrungsvermögen zeigte,²⁷⁰ gab auch das ABGB das Prinzip, dass der Erbe nur den bereinigten Nachlass erhalten sollte, nicht gänzlich auf.²⁷¹ Denn nach §§ 817, 819 ABGB¹⁸¹¹ und den einschlägigen Regelungen des Verfahrensrechts wurde die Einantwortung in den Nachlass u.a. daran geknüpft, dass der Erbe mittels der sog. „Testamentsausweisung“ gegenüber dem Gericht die Erfüllung der Legate oder zumindest ihre Sicherstellung nachwies, sofern nicht ein Fall vorlag, in dem die Benachrichtigung der Legatäre genügte.²⁷² Im Hinblick auf die Vermächtnisse hatte das Gericht damit immer noch die Stellung eines „supremus executor testamenti“ inne,²⁷³ und hieran hat sich bis heute im Grundsatz nichts geändert.²⁷⁴

Ihren paternalistischen Charakter bewahrt hat die österreichische Nachlassabwicklung auch in einem anderen Punkt, nämlich bei der Ermittlung aller Umstände des Erbfalls.²⁷⁵ Der sog. „Gerichtskommissär“²⁷⁶ hat als Beauftragter des Gerichts im Anschluss an die amtswegige Einleitung des „Verlassenschaftsverfahrens“²⁷⁷ die „Todesfallaufnahme“ zu errichten und dazu „alle Umstände zu erheben, die für die Verlassenschaftsabhandlung und allfällige pflegschaftsgerichtliche Maßnahmen erforderlich sind“.²⁷⁸ Hierzu gehört insbesondere die Ermittlung des hinterlassenen Vermögens samt Rechten und Verbindlichkeiten sowie die Feststellung der gesetzlichen oder gewillkürten Erben.²⁷⁹ Schreibt das Gesetz die Errichtung eines Inventars vor, wie etwa bei Vorhandensein minderjähriger Pflichtteilsberechtigter,²⁸⁰ so erledigt der Gerichtskommissär auch diese Aufgabe.²⁸¹ Was also die Einleitung und

²⁶⁹ Unger, Verlassenschaftsabhandlung, 104.

²⁷⁰ Unger, Verlassenschaftsabhandlung, 135, 146–148.

²⁷¹ Näher Unger, Verlassenschaftsabhandlung, 135–145.

²⁷² Stets zu erfüllen oder zu sichern waren Vermächtnisse zu frommen Zwecken sowie zugunsten von Minderjährigen oder Pflegebefohlenen, siehe Unger, Verlassenschaftsabhandlung, 137; Klang/Weiß, § 688 (619f.).

²⁷³ Unger, Verlassenschaftsabhandlung, 140.

²⁷⁴ Siehe heute § 817 ABGB und § 176 AußStrG. Dazu *Eccher/Umlauf*, Erbrecht, § 6 Rn. 17; *Ferrari*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 97. Die Privilegierung gemeinnütziger Vermächtnisse gilt allerdings nicht mehr, siehe *Rummel/Lukas/Welser*, ABGB, § 817 Rn. 3.

²⁷⁵ Immerhin führte das Außerstreitgesetz von 2003, das den Vorgänger von 1854 ablöste (dazu *Bielefeld*, Entwicklung des Erbschaftserwerbs, 18f.), eine Reihe von Verfahrenserleichterungen herbei. Siehe im Einzelnen *Rechberger/Bittner*, AußStrG, Vor § 143; *Gruber/Kalss/Müller/Schauer/Bittner/Hawel*, § 11 Rn. 4.

²⁷⁶ Dieses Amt üben nach § 1 Gerichtskommissärsgesetz die Notare aus.

²⁷⁷ § 143 Abs. 1 AußerStrG.

²⁷⁸ § 145 Abs. 1 AußerStrG. Näher zur Tätigkeit des Gerichtskommissärs *Höllwerth*, NZ 2014, 73–77; *Ferrari*, in: Testamentsvollstreckung in Europa, 96; *Mayer*, Referat, L 128.

²⁷⁹ § 145 Abs. 2 Nr. 2, 5 AußerStrG.

²⁸⁰ § 165 Abs. 1 Nr. 2 AußerStrG.

²⁸¹ *Rechberger/Grün*, AußStrG, § 166, Rn. 2.

Vorbereitung der Nachlassabwicklung betrifft, geht das österreichische Recht auch heute in seiner Staatsnähe sogar noch über das US-amerikanische Recht hinaus, wo die Gerichte nicht auf eigene Initiative hin tätig werden.²⁸²

Zu betonen ist, dass der Gerichtskommissär, ungeachtet der durch die Reform von 2003 herbeigeführten Ausweitung seiner Befugnisse, den Nachlass nicht abwickelt.²⁸³ Eine entsprechende Einräumung von Entscheidungsbefugnissen war zwar diskutiert, letztlich aber verworfen worden.²⁸⁴ Die Rolle des Gerichtskommissärs liegt damit in der Verfahrensführung, aber auch in der Vermittlung zwischen den Parteien.²⁸⁵ Wenn in der Praxis dennoch häufig der Nachlass bereits vor Einantwortung bereinigt und zwischen Miterben geteilt wird, geschieht dies nicht durch Handeln des Gerichtskommissärs, sondern des gerichtlich eingesetzten Verlassenschaftskurators.²⁸⁶

(5) Fazit

Der Überblick hat gezeigt, dass die Kategorie einer „staatsnahen Nachlassabwicklung“ nur eine sehr grobe Orientierung zu bieten vermag, weil die zwingende Mitwirkung staatlicher Stellen ganz unterschiedliche Phasen und Aspekte der Nachlassabwicklung betreffen kann: Sie kann sich auf die Ermittlung der Umstände des Erbfalls, den Schutz des Nachlasses vor unbefugten Eingriffen, die Überprüfung des Titels der zur Rechtsnachfolge berufenen Person, auf die Tilgung von Erblasserverbindlichkeiten und auf die Auskehr von Vermächtnissen beziehen. Wie der Vergleich zwischen dem englischen, dem US-amerikanischen und dem österreichischen Recht deutlich gemacht hat, sind die einzelnen Elemente grundsätzlich unabhängig voneinander, so dass beispielsweise die zwingende Überprüfung des Rechtstitels nicht notwendig mit der amtswegigen Ermittlung des Erbfalls oder der Beaufsichtigung der Schuldentilgung einhergehen muss.

b) Der Modus des Nachlasserwerbs

Weit verbreitet in der Erbrechtsvergleichung ist die Klassifizierung von Rechtsordnungen danach, ob sie den Nachlass des Verstorbenen sofort und ohne weiteres Zutun auf den Rechtsnachfolger übergehen lassen oder es hierzu einer Antrittserklärung bedarf (der Erwerb durch gerichtliche Einweisung bleibt an dieser Stelle außer Betracht). Zur ersten Gruppe, der des „Vonselbsterwerbs“²⁸⁷, „Ipso-iure-Er-

²⁸² Dies betont *Rheinstein*, in: *Rapports Généraux*, 237.

²⁸³ Dies suggeriert *Hertel*, in: *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, Rn. 55–59, durch den Vergleich mit dem englischen *personal representative*.

²⁸⁴ Siehe *Rechberger/Bittner*, *AußStrG*, Vor § 143 Rn. 27.

²⁸⁵ Siehe *Gruber/Kalss/Müller/Schauer/Bittner/Hawel*, § 11 Rn. 28. Diesem Aspekt kommt in der Praxis große Bedeutung zu, siehe unten I.II.1a) (100 ff.).

²⁸⁶ § 811 ABGB; dazu *Ferrari*, in: *Testamentsvollstreckung in Europa*, 96 f.

²⁸⁷ Dies scheint heute die gebräuchlichste Terminologie zu sein, siehe etwa *Muscheler*, *Erbrecht I*, Rn. 1028; *HWBEuP/Wenckstern*, *Erbschaftsannahme/-ausschlagung*, 425. Als „etwas lieblos“ empfindet den Begriff *Schippel*, in: *FS Wirner*, 983.

werbs²⁸⁸ oder „Anfallprinzip“²⁸⁹, wird neben Deutschland z.B. auch Frankreich gerechnet.²⁹⁰ Zur zweiten Gruppe, der des Antrittsprinzips,²⁹¹ gehört etwa Italien.²⁹² Schaut man indessen nicht nur auf die Vorgänge im Moment des Todes, sondern auch auf die Voraussetzungen des endgültigen Nachlasswerbs, ist das Bild viel differenzierter. Denn zum einen zeigt sich dann ein wichtiger Unterschied zwischen dem deutschen Recht und dem französischen, zum anderen eine wichtige Gemeinsamkeit zwischen dem deutschen Recht und dem italienischen.

So lässt das BGB den endgültigen Erwerb nicht nur ebenfalls von selbst eintreten,²⁹³ sondern sogar bereits nach Ablauf von sechs Wochen ab Kenntnis von der Berufung.²⁹⁴ Im französischen Recht hingegen ist nicht nur die Überlegungsfrist mit zehn Jahren ungleich länger; vor allem hat die Passivität des *héritier* die – aus deutscher Sicht überraschende – Folge, dass die *Ausschlagung* fingiert wird,²⁹⁵ der anfängliche Erwerb also „desavouiert“²⁹⁶ und der *héritier* so behandelt wird, als sei er niemals Erbe gewesen.²⁹⁷ Das bedeutet, dass nach dem französischen Recht ein endgültiger Erwerb der Erbschaft nur dann eintritt, wenn der *héritier* zu irgendeinem Zeitpunkt ausdrücklich oder konkludent die Annahme erklärt.

Führt somit das französische Recht den Vonselbsterwerb bei näherem Hinschauen gar nicht konsequent durch, gilt dasselbe mit umgekehrten Vorzeichen für den Antrittserwerb des italienischen Rechts. Denn in dem praktisch bedeutsamen Fall, dass der Berufene bereits im Besitz von Nachlassgegenständen ist (z.B. weil er im selben Haus wie der Erblasser wohnte) und nicht innerhalb von drei Monaten ein Inventar errichtet, kommt es ausnahmsweise zu einem endgültigen Vonselbsterwerb.²⁹⁸

²⁸⁸ Diese Terminologie scheint infolge der Formulierung des Art. 560 Abs. 1 ZGB („Die Erben erwerben die Erbschaft [...] kraft Gesetzes“) besonders in der Schweiz gebräuchlich zu sein, siehe etwa *Kirchhofer*, Erbschaftserwerb, 1; *Druey*, Grundriss, § 4 Rn. 4; *Wolf*, ZSR 125 (2006) II, 217–219.

²⁸⁹ So etwa die Terminologie bei *Wacke*, JA 1982, 242; *Brenne*, Erbanfall- und Erbantrittsprinzip, 1; *Schmoeckel*, Erbrecht, § 4 Rn. 13 (der auch von „Soforterbfolge“ spricht). Der Begriff „Anfallprinzip“ ist angelehnt an § 1942 Abs. 1 BGB (dazu *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1028 (Fn. 2)). Für eine Differenzierung zwischen Anfallprinzip und Vonselbsterwerb *Metzler*, Ausschlagung und Erbverzicht, 37f. (Anfallprinzip als Zusammensetzung aus Vonselbsterwerb und Ausschlagungsrecht).

²⁹⁰ Siehe aus dem deutschsprachigen Schrifttum etwa RVglHWB/*Hallstein*, Anfall der Erbschaft, 196; *Brenne*, Erbanfall- und Erbantrittsprinzip, 91; *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1082 (Fn. 75); HWBEuP/*Wenckstern*, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 425.

²⁹¹ Siehe etwa HWBEuP/*Wenckstern*, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 426.

²⁹² HWBEuP/*Wenckstern*, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 426.

²⁹³ Dies stimmt freilich nur bei funktionaler Betrachtung. Denn in formaler Hinsicht konstruiert § 1943 BGB den endgültigen Erwerb als Antrittserwerb, indem der Fristablauf zur Fiktion der Annahme führt.

²⁹⁴ § 1944 Abs. 1, 2 BGB. In grenzüberschreitenden Fällen verlängert sich die Frist zwar auf sechs Monate (§ 1944 Abs. 3 BGB), doch steht der Berufene dafür in der Praxis vor anderen Hürden. Näher *J. P. Schmidt/Kottke*, ErbR 2021, 10–18.

²⁹⁵ Art. 780 Abs. 2 Code civil.

²⁹⁶ Vgl. *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1079.

²⁹⁷ Art. 776 Code civil. Dazu auch unten § 7 B.III. (579 ff.).

²⁹⁸ Art. 485 Codice civile, der den Erwerb überdies mit einer endgültig unbeschränkten Haf-

Es soll an dieser Stelle nicht interessieren, welche der genannten Lösungen überzeugender ist. Stattdessen geht es um die Einsicht, dass beim Erwerb der Erbschaft zwei Momente unterschieden werden müssen und dies auch bei der rechtsvergleichenden Klassifikation zu beachten ist. Zwar ist diese Differenzierung für das deutsche Recht letztlich ohne Relevanz, weil sich hier sowohl der vorläufige als auch der endgültige Erwerb ipso iure vollzieht. Doch zeigen das französische und das italienische Recht, dass ein solcher Gleichlauf keineswegs zwingend ist, sondern beide Erwerbsmodi miteinander kombiniert werden können. So kann im ersten Moment ein Erwerb ohne, im zweiten Moment dagegen ein Erwerb nur mit Zutun des Nachfolgers stattfinden, und umgekehrt.

Damit wird zugleich deutlich, dass die bestehenden Klassifizierungskriterien präzisiert bzw. ergänzt werden müssen, wenn sie die nötige Trennschärfe haben sollen. Denn der scheinbar eindeutige Begriff des Vonselbsterwerbs könnte bei näherem Hinsehen gleich drei verschiedene Bedeutungen haben: Er könnte erstens meinen, dass sich sowohl der vorläufige als auch der endgültige Erwerb ipso iure vollziehen; bei diesem Verständnis würde der Vonselbsterwerb in Deutschland, nicht aber in Frankreich gelten. Zweitens könnte der Begriff sich allein auf den vorläufigen Erwerb beziehen, was zur einheitlichen Klassifizierung von Deutschland und Frankreich führen würde. Drittens schließlich könnte Vonselbsterwerb auch nur bedeuten, dass es nach Ablauf einer bestimmten Zeit zur Fiktion der Annahme kommt, unabhängig davon, ob der Berufene bereits Nachlassinhaber war. Dann würde der Vonselbsterwerb im deutschen Recht und im genannten Sonderfall auch im italienischen Recht gelten.

Indem die bestehenden Studien deutsches und französisches Recht demselben Modell zuordnen, verstehen sie den Begriff des Vonselbsterwerbs also unausgesprochen im zweitgenannten Sinn. Gegen dieses Begriffsverständnis ist natürlich per se nichts einzuwenden. Allerdings bedarf es dann einer weiteren Kategorie, mit der sich der genannte Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen erfassen lässt. Eine solche bietet die bestehende Rechtsvergleichung jedoch nicht an,²⁹⁹ weil sie den Unterschied gar nicht thematisiert.³⁰⁰ Gerade die Voraussetzungen des endgültigen Erwerbs sind wegen ihrer weitreichenden Folgen aber besonders bedeutsam, wohingegen der vorläufige Erwerb in seinen Wirkungen viel beschränkter ist,

tung verknüpft. Der Erbe muss allerdings Kenntnis sowohl von seiner Erbenstellung haben als auch von der Zugehörigkeit der betreffenden Gegenstände zum Nachlass.

²⁹⁹ Soweit ersichtlich, ist die einzige Ausnahme *Muscheler*, Erbrecht I, Rn. 1082 (Fn. 76), der zwischen dem „reinen“ und dem „modifizierten“ Vonselbsterwerb unterscheidet und den erstgenannten im BGB, den zweitgenannten im Code civil verwirklicht sieht. *Schmoeckel*, Erbrecht, § 4 Rn. 16, spricht zwar davon, dass der französische Erbe durch „Antritt“ erwirbt, macht aber nicht klar, dass dies nur für den endgültigen Erwerb gilt.

³⁰⁰ So wird bei RVglHwB/*Hallstein*, Anfall der Erbschaft, 196–199, allein der vorläufige, nicht aber der endgültige Erwerb dargestellt; Letzterer wird stattdessen in einem anderen Zusammenhang erörtert (RVglHwB/*Hallstein*, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, 221–233). Bei HWBEuP/*Wenckstern*, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 425 f., werden die unterschiedlichen Folgen des Fristablaufs gar nicht erwähnt. Schließlich verkennt *Brenne*, Erbanfall- und Erbantrittsprinzip, 40, bereits die Funktionsweise des französischen Rechts.

als dies oftmals angenommen wird. Denn hier geht es allein um die Überbrückung der aus der Einräumung der Entscheidungsfreiheit resultierenden Schwebelage.³⁰¹

II. Methodische Defizite

Lägen die Defizite der herkömmlichen Versuche zur vergleichenden Betrachtung der Nachlassabwicklung nur auf der beschreibenden Ebene, wären sie mittels der entsprechenden Richtigstellungen und Ergänzungen leicht zu beheben. Doch liegt das eigentliche Problem viel tiefer, nämlich in einer Methodik, die sich bestenfalls als naiv bezeichnen lässt. Zum einen nähern sich die Untersuchungen den verschiedenen nationalen Rechten ausschließlich über Begriffe und formale Strukturen statt über Regelungsprobleme oder rechtliche Wertungen. Zum anderen kommt den gewählten Bezugspunkten noch nicht einmal rechtsordnungsneutrale Bedeutung zu. Herkömmliche Vergleiche setzen m.a.W. die Existenz einer universalen „Grammatik des Erbrechts“ voraus, die aber zumindest in dieser Form gar nicht existiert.

Folge dieser von Grund auf verfehlten Herangehensweise ist nicht nur, dass die angestellten Vergleiche von sehr begrenztem Erkenntniswert sind. Noch viel gravierender ist, dass die Tür zu fruchtbaren Vergleichen versperrt und ein verzerrtes Bild der Wirklichkeit gezeichnet wird. Bisherige Studien zur Nachlassabwicklung sind damit geradzu ein Lehrstück für die methodischen Fallstricke der Rechtsvergleichung im Allgemeinen.

1. Formalismus

Wo die Nachlassabwicklung in ihrer Gesamtstruktur erfasst und verglichen wird, geschieht dies in aller Regel über den Begriff des „Erwerbs/Übergangs der Erbschaft“³⁰² bzw. seinen Äquivalenten in anderen Sprachen („transfer of the estate“,³⁰³ „transmission de la succession“³⁰⁴). Dabei wird das in den kontinentalen Erbrech-

³⁰¹ Dazu unten I.II.2. (106 ff.).

³⁰² So z.B. *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 191–193; *Heuser*, Der Erbschaftserwerb im Spätmittelalter; HWBEuP/*Wenckstern*, Erbschaftsannahme/-ausschlagung, 425–428. Ähnlich verwendet *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, A 24, den „erbrechtlichen Übergangsmodus“ als Oberbegriff für die Fragen „Vonselbsterwerb oder Antrittserwerb, Erbenhaftung oder hoheitliche Schuldenverwaltung, Erbengemeinschaft als Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft“. Ähnlich *dies.*, Erbrecht, § 5 Rn. 2, wo der Oberbegriff allerdings „Organisation des erbrechtlichen Erwerbs“ lautet.

³⁰³ Siehe etwa *Verbeke/Leleu*, Harmonization of the Law of Succession in Europe, 463; *De Waal*, Comparative Succession Law, 1082 f. Eine leichte terminologische Variation findet sich bei *Koziol/Koziol*, Austrian Private Law, Rn. 210–212, die statt von „transfer“ auch von „acquisition“ sprechen und statt von „estate“ auch von „inheritance“. Aus dem französischsprachigen Schrifttum *Egger*, Le transfert de la propriété, 2.

³⁰⁴ Siehe vor allem das umfangreiche Werk von *Leleu*, Transmission, der in seiner Terminologie an frühere Arbeiten anknüpft (siehe z.B. *Petitjean*, Fondements et mécanisme („transmission successorale“); *Revillard*, Rev.crit.dr.int.pr. 1978, 274); ebenso *Leleu*, ERPL 6 (1998), 161. Zu beachten ist, dass der Begriff der „succession“ im französischen Recht eine doppelte Bedeutung hat:

ten gefundene Modell des „direkten Erwerbs/Übergangs“ dem englischen Modell eines „indirekten Erwerbs/Übergangs“ gegenübergestellt.³⁰⁵ Innerhalb der Gruppe des direkten Erwerbs wird sodann eine Untergliederung nach den jeweiligen Voraussetzungen vorgenommen, so dass die Modelle Vonselbsterwerb, Antrittserwerb und Erwerb mittels gerichtlicher Einantwortung unterschieden werden.³⁰⁶ Mitunter wird das englische Recht diesen drei Modellen auch als viertes an die Seite gestellt.³⁰⁷

Abgesehen von den noch zu erörternden substanziellen Mängeln dieser Taxonomie fällt sofort auf, dass sie rein äußerlicher Natur ist und überhaupt keine Aussagen zu rechtspolitischen Wertentscheidungen trifft. Suggestiert wird damit, dass die skizzierten Unterschiede letztlich allein rechtskonstruktiver Natur sind und die jeweiligen Lösungen damit austauschbar.³⁰⁸ Doch abgesehen davon, dass sich dann

Er bezeichnet zum einen den Vorgang der Rechtsnachfolge (wie in „droit des successions“), zum anderen aber auch den Nachlass selbst. Ist von der „transmission de la succession“ die Rede, wird „succession“ also in der zweiten Bedeutung verwendet. Vom Übergang der „hérédité“ anstelle der „succession“ spricht *Villela*, *Transmission*. Wiederum andere Autoren sprechen vom Übergang der „propriété“, siehe etwa *Verdié*, *Transmission*; *Egger*, *Le transfert de la propriété*.

Im italienischen Schrifttum wird von der „transmissione dei beni ereditari“ gesprochen, siehe z.B. *Ballarino*, *Riv.Dir.Int.* 96 (2013), 1118.

³⁰⁵ Siehe etwa *Revillard*, *Rev.crit.dr.int.pr.* 1978, 279; *Leleu*, *Transmission*, Nr. 32–38; *Verbeke/Leleu*, *Harmonization of the Law of Succession in Europe*, 463; *De Waal*, *Comparative Succession Law*, 1083 f.; *Zoppini*, *Le successioni*, 24; *HWBEuP/Kroppenberg*, *Universalsukzession*, 1561; *MPI-Stellungnahme Nr. 190–193*; *Gretton/Steven*, *Property, Trusts and Succession*, [26.43]; *Government of the United Kingdom*, *Response*, 2; *Harris*, *Trust Law International*, 22 (2008), 192; *Matthews*, *Memorandum*, Nr. 14; *Murga Fernández*, *Los sistemas europeos*, 23 f.

³⁰⁶ Siehe etwa *HWBEuP/Wenckstern*, *Erbschaftsannahme/-ausschlagung*, 425–427; *Fenyves/Kerschner/Vonkirsch/Schauer*, Vor § 531 ABGB, Rn. 30. Etwas anders ist die Klassifizierung bei *Leleu*, *Transmission*, der auf den Zeitpunkt des Übergangs abstellt und daher innerhalb der Systeme der „transmission directe“ eine (z.B. im deutschen und französischen Recht identifizierte) „transmission immédiate“ von einer „transmission différée“ unterscheidet (Nr. 38), wie sie etwa im österreichischen und im italienischen Recht stattfindet (Nr. 208, 221); dem folgend *MPI-Stellungnahme Nr. 191 f.* Da hierbei allerdings die erheblichen Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen ausgeblendet werden (Erwerb durch hoheitlichen Akt in Österreich im Gegensatz zu rein privatem Handeln in Italien), scheint die Kategorie der „transmission différée“ wenig erkenntnistiftend (misslich ist überdies, dass das Kapitel zum österreichischen Recht irrtümlich mit „Transmission indirecte et différée“ betitelt ist (139, Hervorhebung hinzugefügt)).

Fragwürdig erscheint schließlich die Wahl des österreichischen Rechts als repräsentatives Modell innerhalb der Gruppe „transmission différée“ (Nr. 208), denn mit seinem Erfordernis der gerichtlichen Einantwortung steht es rechtsvergleichend doch heute weitgehend allein da. Die Klassifizierung von *Leleu* findet sich auch bei *Verbeke/Leleu*, *Harmonization of the Law of Succession*, 463–465. Umgekehrt sieht *Wacke*, *JA* 1982, 242, im österreichischen Recht einen Unterfall des Antrittserwerbs, und Gleiches soll sogar für das englische Recht gelten.

³⁰⁷ Siehe z.B. *Lange/Kuchinke*, *Erbrecht*, 191–193; *Heuser*, *Der Erbschaftserwerb im Mittelalter*, 34–37; *Muscheler*, *Erbrecht I*, Rn. 1030; *Rötbel*, *Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?*, A 47.

Ähnlich *Koziol/Koziol*, *Austrian Private Law*, Rn. 210–212, die allerdings den Antrittserwerb nicht erwähnen und damit nur drei Modelle voneinander unterscheiden. Das österreichische Recht nimmt ihrer Ansicht nach eine Mittelstellung ein zwischen der Tradition des Common Law und der des unmittelbaren Nachlassübergangs auf den oder die Erben nach dem Modell des deutschen oder französischen Rechts.

³⁰⁸ So für die Modi zum Erwerb der Erbschaft in der Tat *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 240 (Fn. 51).