

Aufarbeitung einzelner Regelungen, sondern vielmehr um die Bedingungen für den Bestand der einzelnen Vertragsbestimmung. Die Rom I-Verordnung wird behandelt, freilich nicht sehr tiefgründig. Norwegen, das über keine eigene kollisionsrechtliche Kodifikation verfügt, taucht eher am Rande auf.

Dass die Parteien oft mehr oder weniger bewusst das Risiko in Kauf nehmen, dass einige der Klauseln nach dem anwendbaren Recht vielleicht doch nicht durchsetzbar sind, hat mehrere Ursachen. Zum einen wird das anwendbare Recht im Wege einer Rechtswahl oft erst zum Schluss bestimmt. Zum anderen gilt es als kostengünstiger, bereits vorliegende Muster möglichst unverändert zu verwenden, als nähere Untersuchungen zum anwendbaren Recht (etwa zur Wirksamkeit einer Vertragsstrafenklausel) anzustellen. Schließlich ist dies oft auch der bequemste Weg beim Vertragsabschluss.

Fazit der Untersuchung ist, dass das Bemühen der Praxis, eine einheitliche Auslegung und Anwendung des Vertrages zu erreichen und ihn ferner den Zwängen der nationalen Rechtsnormen zu entziehen, nur begrenzt von Erfolg gekrönt ist. Die Schiedsgerichtsbarkeit gibt zwar mehr Sicherheit, kann aber auch keine völlige Loslösung erreichen. *Cordero-Moss* rät den Parteien nicht von der Verwendung der in der internationalen Vertragspraxis üblichen Musterverträge und Klauseln ab; sie sollten sich aber bewusst sein, dass das Ziel der Selbstständigkeit des Vertrages nicht vollständig erreicht werden kann. Der Gegenstand der Transaktion sollte von einem anwendbaren Sachrecht getragen werden. Die Ergebnisse der kenntnisreich geschriebenen Untersuchung sind vor allem bei der Vertragsgestaltung beherzigenswert.

Hamburg

DIETER MARTINY

Nachfolgerecht: Erbrechtliche Spezialgesetze. Hrsg. von *Ludwig Kroiß, Claus-Henrik Horn, Dennis Solomon*. – Baden-Baden: Nomos 2015, 2100 S.

1. Wer stirbt, hinterlässt der Nachwelt vielleicht Geld, vielleicht Grundeigentum, vielleicht Schulden, in jedem Fall aber eine Fülle von Rechtsfragen. Die wichtigsten davon, nämlich auf wen und wie das vererbliche Vermögen übergeht, regelt das 5. Buch des BGB. Dessen mehr als 400 Paragraphen vermögen aber auch diese Problematik nicht erschöpfend zu behandeln, sondern bedürfen vielfach der Ergänzung durch Vorschriften aus anderen Bereichen. So bestimmt etwa das Familienrecht, wer mit dem Erblasser verwandt oder verheiratet war und daher gesetzlicher Erbe sein kann, ferner, welchen Einfluss das Güterrecht auf die Erbfolge hat oder welche erbrechtlichen Rechtsgeschäfte der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Für die Vererbung von Unternehmensanteilen sehen Handels- und Gesellschaftsrecht vielfach Sonderregeln vor; war der Erblasser überschuldet, kommt die Insolvenzordnung ins Spiel. Die Aufzählung ließe sich beliebig fortführen.

Schon dieser kurze Überblick verdeutlicht, dass das Erbrecht eine Querschnittsmaterie *par excellence* ist. Dies liegt in seiner Natur. Denn im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtsgebieten liegt der Mittelpunkt des Erbrechts nicht in einem von der Lebenswirklichkeit abstrahierten, formal-strukturellen Element wie zum Beispiel dem „Schuldverhältnis“ oder dem „dinglichen

Recht“, sondern mit dem Tod eines Menschen in einem rein tatsächlichen Vorgang. Um diesen herum lassen sich alle Vorschriften gruppieren, die mittelbar oder unmittelbar dessen Folgen regeln. Ändert man den Blickwinkel, können viele dieser Regelungen aber auch einem anderen Sachgebiet zugeordnet werden. Dies erklärt, warum beispielsweise § 857 BGB, § 27 HGB oder § 81 InsO – obwohl sie allesamt Fragen der Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen – keinen Eingang in das 5. Buch des BGB gefunden haben. Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Gliederung des Rechtsstoffes nicht einem Klassifizierungsmerkmal den unbedingten Vorrang eingeräumt, sondern sich richtigerweise vor allem von praktischen Erwägungen leiten lassen. Der Versuch einer trennscharfen Abgrenzung des Erbrechts von anderen Rechtsgebieten erweist sich damit von vornherein als aussichtslos. Denn wenn die Klassifizierungsmerkmale auf unterschiedlichen Ebenen liegen, sind Überschneidungen zwischen den Rechtsmaterien unausweichlich.

2. Das vorliegende Werk führt hingegen das Konzept einer ausschließlichen Gliederung nach zugrunde liegendem Lebenssachverhalt fort und treibt es gewissermaßen auf die Spitze, indem es alle Vorschriften zu versammeln sucht, die nicht im 5. Buch des BGB stehen, ohne die ein Erbfall aber nicht umfassend behandelt werden kann. Auch manchen Spezialisten wird die große Zahl an Materien überraschen, welche die Herausgeber im Einzugsbereich des Erbrechts ausfindig gemacht haben. Die 36 Kapitel reichen von „AGB-Banken“, „Arbeitsrecht“ und „Beurkundungsgesetz“ über „Heimgesetz“, „Höfeordnung“ und „Mietrecht“ hin zu „Sozialrecht“, „Steuerrecht“, „Verwaltungsrecht“ und „Waffenrecht“ (!). Selbst die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht wird also konsequenterweise überwunden.

Die nach Kenntnis des Rezensenten hier erstmals in dieser Stringenz durchgeführte Art der Darstellung ist zweifellos ansprechend. Sie bietet nicht nur auf der Hand liegende praktische Vorzüge, sondern kann auch der wissenschaftlichen Debatte neue Impulse liefern, etwa bei der Frage, ob die außerhalb des BGB stehenden Regelungen mit erbrechtlichem Bezug einer stärkeren systematischen Durchdringung bedürfen.¹ Dies führt zu der Überlegung, inwieweit der titelgebende Begriff des „Nachfolgerechts“, der an das englische „law of succession“ oder das französische „droit des successions“ denken lässt, als übergeordnete Systemkategorie geeignet ist. Er ist natürlich insofern zu weit, als eine Rechtsnachfolge ebenso unter Lebenden eintreten kann (vgl. nur § 325 I ZPO), doch sorgt der Untertitel „Erbrechtliche Spezialgesetze“ für die nötige Einschränkung auf Vorgänge von Todes wegen (überwiegend geht es allerdings nicht um ganze Gesetze, sondern nur um einzelne Vorschriften). Dagegen ist der Begriff der „Nachfolge“ in anderer Hinsicht wohl zu eng. Denn soll eine solche auch beim Thema „Bestattung, Totenfürsorge und Sepulkralkultur“ (Kapitel 5, S. 109–160) vorliegen, in dem Sinne, dass der Erblasser schon zu Lebzeiten gewisse Rechte und Pflichten zum Umgang mit seinem eigenen Leichnam hatte, die bei seinem Tod dann auf den Bestattungspflichtigen übergehen?² Dies würde

¹ Vgl. dazu auch *Wilfried Schlüter/Anne Röthel*, *Erbrecht*¹⁷ (2015) § 1 Rn. 20.

² Von einem „Übergang“ der Totenfürsorgeberechtigung sprechen gleichwohl *Schlüter/Röthel*, *Erbrecht* (vorige Fn.) § 31 Rn. 30.

den Begriff der Nachfolge doch arg strapazieren. Daher ließe sich argumentieren, dass das Element, das alle im Buch behandelten Themen miteinander verbindet, ein anderes ist, nämlich der Tod eines Menschen, sodass „Todesrecht“ der passendere Titel wäre. Freilich wäre dieser nicht nur in anderer Hinsicht zu weit, da er dann beispielsweise auch Fragen der Sterbehilfe erfassen müsste. Auch würde wohl kein Verlag ein Werk dieses Namens gern in sein Programm aufnehmen. Weiter könnte man an „Verstorbenenrecht“ denken, was aber zum einen recht sperrig und zum anderen auch kaum treffend wäre, weil es um Rechtsfolgen geht, welche die Lebenden angehen.

Das Fehlen eines gegen jeglichen Einwand gewappneten Titels ist natürlich kein schwerwiegendes Problem, und die hier vorgetragenen Überlegungen sollen auch nicht als Kritik am Zuschnitt des Buches verstanden werden, sondern zum Nachdenken darüber einladen, was wir unter Kategorien wie „Erbrecht“ oder unter „erbrechtsunabhängigen Sonderrechtsnachfolgen von Todes wegen“³ eigentlich genau verstehen. Zu überlegen wäre gleichwohl, die bisherige Ausrichtung auf Gesetzesvorschriften um eine funktionale Perspektive zu ergänzen (die Einbeziehung der „AGB-Banken“ stellt bereits einen Schritt in diese Richtung dar). Hierdurch ließen sich die zahlreichen und praktisch außerordentlich relevanten Gestaltungen besser erfassen, durch die Vermögen „am Nachlass vorbei“ übertragen wird (Verträge zugunsten Dritter, Schenkungen, Pensions- und Rentenansprüche, Stiftungen etc.⁴). Legt man den Akzent eher auf den Tod als auf die Nachfolge, schiene zudem eine Besprechung der §§ 844, 845 BGB folgerichtig. Wohl zu Recht außen vor geblieben sind dagegen die zahlreichen erbrechtsrelevanten Vorschriften, die über die Bücher 1–3 des BGB verstreut sind (etwa §§ 119 ff., 185 II, 311b IV und V, 1061; ausführlich erörtert werden aber die §§ 563 ff. BGB). Denn zum einen bilden sie keine homogene Masse, zum anderen dürfte ein traditioneller Kommentar hinreichend Auskunft über sie geben.

3. Die 33 Autoren des Werks gehören Anwaltschaft, Notariat, Justiz und Wissenschaft an. Die stichprobenartige Lektüre verschiedener Kapitel hinterlässt durchweg einen positiven Eindruck. Die Darstellung ist stets klar, übersichtlich und gründlich. Das schon erwähnte Kapitel 5 zum Bestattungsrecht aus der Feder von *Thomas Heiß* beeindruckt in seinem Facettenreichtum und dürfte wegweisend auf seinem Gebiet sein. Ebenfalls sehr lesenswert ist das von *Stephanie Herzog* verfasste Kapitel 9 zum „digitalen Nachlass“ (250–269), das eine konzise Darstellung dieses ebenso aktuellen wie umstrittenen Themas liefert. Deutlich ausbaufähig ist bei allen angesehenen Kapiteln allerdings der Gebrauch von internen Querverweisen.

4. Für die Leser dieser Zeitschrift dürfte von größtem Interesse das Kapitel 31 (1473–1682) über die 2015 in Kraft getretene Europäische Erbrechtsverord-

³ Diesen Begriff verwendet etwa *Karlheinz Muscheler*, *Erbrecht*, Bd. I (2010) Rn. 46.

⁴ Dazu rechtsvergleichend jetzt: *Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective*, hrsg. von *Alexandra Braun/Anne Röthel* (2014). Zur „privaten Erbrechtssetzung“ durch Stiftungserrichtung *Anatol Dutta*, *Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung* (2014) 21 ff.

nung⁵ (EuErbVO) sein, die auf über 200 Seiten von *Andreas Köhler* untersucht wird. Dieser Teil des Buches soll daher zum Abschluss noch etwas näher betrachtet werden.

Von der mittlerweile kaum noch zu überblickenden Zahl deutscher Kommentierungen zur EuErbVO⁶ gehört die hier zu besprechende ohne Zweifel zu den gehaltvolleren. Wie die anderen Kapitel des Buches zeichnet sie sich durch Klarheit und Gründlichkeit aus. Überzeugend ist die Entscheidung des Verfassers, dem Kapitel III der EuErbVO zum anwendbaren Recht eine ausführliche allgemeine Einleitung zum IPR voranzustellen. Diese könnte in künftigen Auflagen allerdings etwas stärker auf erbrechtliche Fragestellungen zugeschnitten werden.⁷ Die Kommentierungen von Art. 1(2) (Bereichsausnahmen) und Art. 23(2) (Reichweite des Erbstatuts) überschneiden sich zum Teil und sind noch besserer Abstimmung fähig. Da zahlreiche Fragen an verschiedenen Stellen der EuErbVO relevant werden, kann sich im Hinblick auf die Nutzerfreundlichkeit manchmal allerdings eine doppelte Kommentierung durchaus empfehlen.

Um Einzelheiten der Bearbeitung zu illustrieren, seien aus der Fülle der Kontroversen, die sich inzwischen zur EuErbVO entwickelt haben und auf deren Lösung durch die Praxis man gespannt sein darf, einige Beispiele herausgegriffen. Beim Thema der Vorfrage plädiert *Köhler* nach umfassender Würdigung aller Argumente für die selbstständige Anknüpfung (Vor Artikel 20–38 Rn. 20 ff.). So wünschenswert eine unselbständige Anknüpfung aus praktischer Sicht auch wäre, insbesondere im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ), ist sie auf dem Boden des geltenden Rechts in der Tat schwer zu rechtfertigen. Beim Umgang mit ausländischen Vindikationslegaten über im Inland belegene Sachen spricht sich *Köhler* mit einer wachsenden Zahl von Stimmen für eine rein erbrechtliche Qualifikation auch bei Immobilien aus und lehnt eine Anpassung nach Art. 31 EuErbVO zu Recht ab (Art. 1 Rn. 19 ff., Art. 31 Rn. 10).⁸ Im Kontext der Abgrenzung von Erbstatut und Güterstatut befürwortet er – mit der herrschenden Meinung zum früheren und wohl auch zum jetzigen Recht – eine güterrechtliche Qualifikation des § 1371 I

⁵ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107.

⁶ Es wäre nicht überraschend, wenn sie die Summe sämtlicher in den übrigen Mitgliedstaaten erschienenen Kommentierungen übersteigt. Eine gesamteuropäische Diskussion zur EuErbVO besteht derzeit leider erst in Ansätzen.

⁷ Ähnlich liegt der Fall bei Kapitel 32 zum Strafrecht (1685–1721), das mit einer mehrseitigen Einführung in den Allgemeinen Teil beginnt, in welcher der erbrechtliche Bezug kaum zu erkennen ist. In jedem Fall ergänzt werden sollte im Kontext der §§ 242, 246 StGB eine Erörterung der Frage, wie sich erbrechtliche Rückwirkungsfiktionen (z. B. bei §§ 1953, 2344 BGB) auf das Tatbestandsmerkmal der „fremden Sache“ auswirken.

⁸ Siehe dazu auch meine Besprechung von *Franz Gärtner*, Die Behandlung ausländischer Vindikationslegaten im deutschen Recht, München 2014, in RabelsZ 79 (2015) 888, 890f.

BGB.⁹ Hierfür spricht vieles, zu bedenken sind allerdings erneut die potenziellen Beeinträchtigungen des ENZ.¹⁰ An den Schwierigkeiten, die genaue Reichweite des Erbstatuts zu bestimmen, zeigt sich die eingangs erwähnte Janusköpfigkeit vieler erbrechtlicher Regelungen, die sich durch zahlreiche weitere Beispiele illustrieren ließe: Ob etwa § 81 I InsO erbrechtlich oder insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist, lässt sich nicht allein aus seinem Inhalt oder seinem Regelungsstandort ableiten. Stattdessen ist eine kollisionsrechtliche Wertungsentscheidung erforderlich.¹¹

Deutlich ausführlicher als die meisten anderen Autoren setzt sich *Köhler* mit der in Art. 30 EuErbVO geregelten Eingriffsnormenproblematik auseinander, mit der er bestens aus seiner eigenen Dissertation vertraut ist.¹² So wie er in dieser eingehend für Art. 9(3) Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO begründet, lehnt er auch bei Art. 30 EuErbVO eine „Sperrwirkung“ ab (Art. 30 Rn. 14), das heißt, auch solche Eingriffsnormen sollen herangezogen werden können, die nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 30 EuErbVO erfüllen, der insbesondere an den Belegenheitsort von Nachlasssachen anknüpft.¹³ Ungeachtet der fundierten Argumentation weckt *Köhlers* Ansicht Bedenken. Zunächst ist es schon aus allgemeinen Erwägungen heraus unbefriedigend, wenn der Gesetzgeber sich um die detaillierte Regelung eines Ausnahmetatbestands bemüht hat, dieser dann aber nicht abschließend sein soll. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die nationalen Erbrechte naturgemäß reich sind an Normen, denen sich soziale, familiäre oder wirtschaftliche Ziele zuschreiben lassen. Der Rechtsanwender wird daher wohl stärker als im Vertrags- oder Deliktsrecht in die Versuchung geführt, bestimmte nationale Regelungen als Eingriffsnormen zu qualifizieren und gegen das Erb- oder das Errichtungsstatut in Stellung zu bringen. Der Umstand, dass der europäische Gesetzgeber deren Reichweite sehr genau umschrieben hat, entschärft die praktische Bedeutung des Streits um den abschließenden Charakter von Art. 30 EuErbVO allerdings weitgehend. Denn wie auch *Köhler* zu Recht betont (Art. 30 Rn. 7), sind die explizit dem Erb- oder Errichtungsstatut zugewiesenen Fragen auf keinen Fall mehr einer gesonderten

⁹ Unter Geltung des Art. 25 EGBGB zuletzt BGH 13.5.2015 – IV ZB 30/14, JR 2016, 193 mit Anm. *Looschelders; Jens Kleinschmidt*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann et al., juris PraxisKommentar BGB⁸ (2017) Art. 67 EuErbVO Rn. 15, der auch auf den Vorlagebeschluss des KG v. 25.10.2016 – 6 W 80/16 – ErbR 2016, 706 hinweist.

¹⁰ Für eine erbrechtliche Qualifikation des § 1371 I BGB daher *Matteo Fornasier*, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht (2016) Art. 63 Rn. 30.

¹¹ Für eine insolvenzrechtliche Qualifikation *Jan Peter Schmidt*, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht (2016) Art. 28 Rn. 20.

¹² *Andreas Köhler*, Eingriffsnormen – Der „unfertige Teil“ des europäischen IPR (2013).

¹³ Art. 30 EuErbVO (Besondere Regelungen mit Beschränkungen, die die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf bestimmte Vermögenswerte betreffen oder Auswirkungen auf sie haben) lautet: „Besondere Regelungen im Recht eines Staates, in dem sich bestimmte unbewegliche Sachen, Unternehmen oder andere besondere Arten von Vermögenswerten befinden, die die Rechtsnachfolge von Todes wegen in Bezug auf jene Vermögenswerte aus wirtschaftlichen, familiären oder sozialen Erwägungen beschränken oder berühren, finden auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen Anwendung, soweit sie nach dem Recht dieses Staates unabhängig von dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht anzuwenden sind.“

Anknüpfung zugänglich. Regelungen zum Pflichtteilsrecht (Art. 23(2) lit. h), zum Verbot von gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen (Art. 24, 25) oder zu besonderen Testierverboten (Art. 26(1) lit. b) können daher nicht als Eingriffsnormen qualifiziert werden. Überraschenderweise sieht Köhler im letztgenannten Fall dennoch Raum für die Anwendung von § 14 HeimG, der unter anderem testamentarische Zuwendungen von Heimbewohnern zugunsten des Heimträgers oder der Beschäftigten untersagt. Schon die Begründung, dass § 14 HeimG über die Testierfreiheit hinaus öffentliche Interessen schütze (Art. 26 Rn. 2, Art. 30 Rn. 14), leuchtet nicht ohne Weiteres ein (hier liegt übrigens ein Fall vor, wo ein Verweis auf die im selben Buch enthaltene ausführliche Kommentierung des HeimG anstatt auf „externe“ Quellen nahegelegen hätte). Vor allem aber fragt sich, wieso dieselbe Argumentation dann nicht auch dazu benutzt werden kann, etwa Vorschriften zum Pflichtteilsrecht öffentliche Ziele zuzuschreiben und somit doch wieder gesondert anzuknüpfen. Diese praktischen Schwierigkeiten und Gefahren sprechen für eine Sperrwirkung des Art. 30 EuErbVO. Da viele europäische Rechtsordnungen ohnehin Regelungen vorsehen, die dem § 14 HeimG funktional vergleichbar sind (siehe etwa Art. 2194 port. *Código civil*), brauchen keine gravierenden Schutzlücken befürchtet zu werden. Verbleibende Härtefälle können über den *ordre public* gelöst werden (Art. 35).

5. Die kleineren Einschränkungen ändern nichts am Gesamtfazit: „Nachfolgerecht“ bietet ein innovatives Konzept in gelungener Umsetzung und wird jedem, der sich für Erbrecht interessiert, zahlreiche neue Einsichten vermitteln.

Hamburg

JAN PETER SCHMIDT

Schacherreiter, Judith: Das Landeigentum als Legal Transplant in Mexiko. (Zugl.: Wien, Univ., Habil., 2013.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2014. XVI, 497 S. (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 103.)

Das Eigentum an Grund und Boden auf dem Lande und dessen Verteilung gehören in Mexiko seit der Kolonialzeit zu den konfliktträchtigsten Problemen. Die Landnahme durch die spanischen Eroberer brachte eine neue Bodenordnung und Landverteilung mit sich, welche vorbestehende Rechte der indigenen Bevölkerung weitgehend ersetzen und sich noch nach Erlangung der Unabhängigkeit fortsetzten. Für die Autorin war in Europa „das Landeigentum Voraussetzung für die Überwindung der auf der feudalen Agrarordnung aufbauenden feudalen Gesellschaftsstruktur. Damit wurde es zu einem Symbol für Moderne und Fortschritt“ (S. 4). Im 19. Jahrhundert wurde dieses liberale Konzept des Privateigentums in Mexiko als „Basis einer unabhängigen, neuen und modernen Gesellschaft nach europäischem Vorbild“ übernommen. Dadurch kam es indes zu Konflikten mit den aus der Kolonialzeit fortbestehenden Formen des Gemeinschaftseigentums, vor allem indigener Bevölkerungsgruppen. Dies war letztlich einer der Auslöser für die 1910 einsetzende mexikanische Revolution, die für den Agrarbereich zu der Ausbildung eines sozialen Eigentumsbegriffs, der Anerkennung alternativer Formen des Gemeinschaftseigen-

