

bevor in einem kurzen Schlusskapitel (S. 327 ff.) die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst werden.

10. Teilt man die von *Hartmann* gewissenhaft offen gelegten Prämissen seines Gesamtsystems der zivilrechtlichen Haftungsinstrumentarien, wird man sich seiner eindrucksvollen Neuinterpretation des § 285 BGB nicht entziehen können. Doch auch wer etwa den vom Autor zu Grunde gelegten bereicherungsrechtlichen Standpunkt nicht zu teilen vermag oder die Gewinnabschöpfungsfunktion des § 285 BGB abweichend beurteilt, wird angesichts der von *Hartmann* überzeugend offen gelegten Parallelität von § 285 BGB und §§ 812 ff. BGB nach der Lektüre dieses Werkes den Anspruch auf das stellvertretende *commodum* in einem völlig neuen Lichte sehen.

Marburg

Prof. Dr. *Tobias Helms*

Inge Kroppenberg: *Privatautonomie von Todes wegen* (Jus Privatum 130), Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, 410 S., 84,- €.

I.

Lange Zeit zählte das Erbrecht zu den eher statischen Bereichen des Bürgerlichen Rechts. Während das Schuldrecht und das Familienrecht grundlegende Umgestaltungen im vergangenen Jahrhundert erlebt haben, präsentiert sich das Erbrecht heute in weiten Teilen noch in der Gestalt, die ihm die Redaktoren des BGB gegeben haben. Die Austarierung von liberalen, familialen und sozialen Anliegen schien stabil, und die überkommenen dogmatischen Strukturen wurden von vielen als nach wie vor vergleichsweise aussagekräftig und belastbar empfunden.

Hier deuten sich in jüngerer Zeit Veränderungen an. Mit der gestiegenen wirtschaftlichen Bedeutung des erbrechtlichen Erwerbs erlebt das Erbrecht derzeit auch in wissenschaftlicher Hinsicht Konjunktur. Gleichwohl ist das dogmatische Schrifttum der letzten 15 bis 20 Jahre vergleichsweise übersichtlich. Auch interessierten bislang eher die nicht gestaltbaren Bereiche des Erbrechts: der erbrechtliche Erwerb (z.B. *Windel*, Über die Modi der Nachfolge in das Vermögen einer natürlichen Person, 1998; *Muscheler*, Universalsukzession und Vonselbsterwerb, 2002), die Erbengemeinschaft und die Erbauseinandersetzung (z.B. *Eberl-Borges*, Die Erbauseinandersetzung, 2000; *Ann*, Die Erbengemeinschaft, 2001) sowie Einzelfragen der gesetzlichen Erbfolge und des Pflichtteilsrechts (z.B. *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, 1993; *Röthel* [Hrsg.], Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007). Erst mit der Arbeit von *Goebel* (Testierfreiheit als Persönlichkeitsrecht, 2004) rückte die Testierfreiheit in den Vordergrund. Hier ist auch die zu besprechende Habilitationsschrift von *Kroppenberg* anzusiedeln. Sie wurde im Wintersemester 2005/2006 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Universität Mainz als schriftliche Habilitationsleistung angenommen.

II.

Bereits nach wenigen Seiten Lektüre weiß man um das Anliegen von *Kroppenberg*: Sie möchte die Testierfreiheit als eigenständige Ausprägung der Privatautonomie von der Vertragsfreiheit emanzipieren. Nach ihrer Einschätzung ist die Testierfreiheit bis heute nicht eigenständig entfaltet worden. Vielmehr wirkten in unserem Verständnis der Testierfreiheit Leitbilder und Vorprägungen der Vertragsfreiheit weiter. Diese Vorprägungen hätten die Testierfreiheit „an den Rand der Delegation gebracht“ (S. 133), wie sich insbesondere an dem Topos von der „Herrschaft aus dem Grabe“ ablesen lasse. Ihr erklärtes Ziel ist es daher, differenziertere Erklärungsmodelle zu entwickeln, die das Proprium der Testierfreiheit deutlicher hervortreten lassen. Die Testierfreiheit soll in ihrem Eigenwert erfasst werden und nicht mehr nur in Negativabgrenzung zur lebzeitigen Privatautonomie.

III.

Die Schrift ist in drei Teile gegliedert. Ihr erster Teil (S. 11–152) dient der Befundaufnahme, der zweite Teil (S. 153–230) ist dem Verfassungsrecht und der dritte Teil (S. 231–360) der einfachrechtlichen Entfaltung der Testierfreiheit gewidmet.

1. Im Rahmen ihrer Befundaufnahme zeichnet *Kroppenberg* zunächst nach, dass die Entwicklungsgeschichte der Testierfreiheit seit dem Inkrafttreten des BGB anders verlaufen ist als diejenige der Vertragsfreiheit (§ 3). Während die Vertragsfreiheit kontinuierlich objektiviert und normativiert wurde, also Relativierungen des Willensdogmas erlebte, sei es bei der Testierfreiheit unter der Geltung des BGB eher umgekehrt um ihre Entfaltung und Entgrenzung gegangen. Allerdings, so wird man ergänzen müssen, ist der Testierfreiheit mit dem Pflichtteilsrecht und einer gerade in den Anfangsjahren des BGB intensiven Sittenwidrigkeitskontrolle auch eine weitaus deutlichere Normativierung mitgegeben worden. Von daher kann die Gegenläufigkeit der Entwicklungen eigentlich nicht verwundern. Eher muss es verwundern, dass gleichwohl die Vertragsfreiheit die unausgesprochene gedankliche Folie für das Verständnis der Testierfreiheit abbildete. *Kroppenberg* weist überzeugend nach, dass der Rekurs auf lebzeitige Erklärungsmuster zumindest weit verbreitet ist. Als wohl bedenklichste Ausprägung dieser Verlebzeitigung der Testierfreiheit sieht *Kroppenberg* den Umgang mit verhaltensbezogenen Verfügungen von Todes wegen. Gemeint sind insbesondere Verfügungen, durch die der Erblasser die Erbeinsetzung an ein Verhalten des Erben knüpft wie z.B. Heirats- oder Religionsklauseln. Solche Verfügungen werden als herkömmlich sittenwidrig angesehen, wenn sie unzulässigen Druck auf den Erben ausüben. *Kroppenberg* wendet sich in diesem Zusammenhang sowohl gegen die pauschale Gleichsetzung von lebzeitiger und letztwilliger Sittenwidrigkeitskontrolle als auch gegen die grundsätzlichen Vorbehalte gegen solche verhaltensbezogenen Verfügungen als unzulässige „Herrschaft aus dem Grabe“. Die darin zum Ausdruck kommende „Fixierung“ auf die lebzeitige Privatautonomie eigne sich nicht zur sachgerechten Erfassung der Testierfreiheit. Vielmehr gelte es, so *Kroppenberg*, lebzeitige und letztwillige Privatautonomie als zwei gleichberechtigte Facetten des Prinzips der Selbstbestimmung anzusehen. Nur diese Betrachtungsweise ermögliche es, Selbstbestimmung als Selbstzweck zu erfassen und nicht von einer spezifischen Betätigung der Selbstbestimmung – zumeist der lebzeitigen Betätigung im Rahmen

entgeltlicher Austauschverträge – generalisierend auf den Kreis der zulässigen Zwecke und Wirkungen von Privatautonomie zu schließen (S. 143).

2. Die dazu nötige verfassungsrechtliche Grundlegung leistet *Kroppenberg* im zweiten Teil (§§ 6–8). Sie plädiert dafür, lebzeitige und letztwillige Privatautonomie verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 GG anzusiedeln. Dahinter steht abermals das Anliegen, die Testierfreiheit von lebzeitigen Vorprägungen loszulösen. Dies bricht mit der herkömmlichen Auffassung, dass die Testierfreiheit über die Garantie von Eigentum und Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) mitgeschützt sei (etwa BVerfGE 58, 377, 398; 99, 341, 350 f., st. Rspr.). Dagegen wendet sich *Kroppenberg*, weil sie die Verankerung der Testierfreiheit in der Eigentumsgarantie als wesentlichen Ausdruck der „Verlebzeitigung“ der Testierfreiheit sieht. Die Vorstellung, dass Selbstbestimmung ein eigenes Prinzip mit unterschiedlichen, aber gleichwertigen Ausprägungen sei, lasse sich am getreuesten verfassungsrechtlich abbilden, indem sowohl die Testierfreiheit als auch die Vertragsfreiheit ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 GG verortet werden. Dies erscheint unmittelbar einleuchtend und anschaulich, klingt allerdings auch nach gewichtigen Rechtsfolgen. So soll es indes nicht sein: Ob die Testierfreiheit in der Eigentumsgarantie oder in der allgemeinen Handlungsfreiheit verankert wird, hat nach Auffassung *Kroppenbergs* offenbar keine unmittelbaren Auswirkungen auf Inhalt und Richtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung. Eher geht es ihr um die damit verbundenen „emanzipatorischen Signale“ (S. 202). Sie versteht die Verankerung in Art. 2 Abs. 1 GG als „Aufwertung“, die der Testierfreiheit „zivilrechtsdogmatisch ein sachgerechteres Entfaltungspotential“ erschließe (S. 203). Dazu zählt *Kroppenberg* in erster Linie die Überwindung des „Herrschaft aus dem Grabe“-Topos. An ihre Stelle setzt sie spezifisch erbrechtliche Instrumente der Machtneutralisierung wie die Ausschlagungsbefugnis und auch die Tatsache, dass letztwillige Verfügungen ihre Wirkungen erst mit dem Erbfall entfalten. Auch das Erbrechtsrecht des Erben soll nach *Kroppenberg* von Art. 14 GG zu Art. 2 Abs. 1 GG verlagert werden, um die mit der Verankerung im Rahmen der Eigentumsgarantie verbundenen lebzeitigen Vorprägungen zu vermeiden.

3. In ihrem dritten und letzten Teil geht es *Kroppenberg* um die nähere dogmatische Entfaltung der Testierfreiheit als eine von mehreren Facetten des übergreifend gedachten Prinzips der Privatautonomie. Dazu muss sie zunächst diejenigen Bestandteile der Privatautonomie aussondern, die sich mit der Testierfreiheit nicht verbinden lassen. Folgerichtig stellt sie sich daher auf den Standpunkt, dass die Formfreiheit lediglich ein „Akzidenz“, nicht aber eine „Essentialie“ der Privatautonomie sei (§ 9). Die Formfreiheit sei zwar ein „Strukturelement“ lebzeitigen privatautonomen Handelns, zähle darum aber noch nicht zum Kernbestandteil privatautonomen Handelns. Anders ordnet sie die Vornahme- und Beendigungsfreiheit (§ 10), die Inhaltsfreiheit (§ 11) und die Gestaltungsfreiheit (§ 12) ein. Stets geht es ihr darum, die herkömmlichen „antinomischen Szenarien“ zwischen lebzeitiger und letztwilliger Privatautonomie zu entzaubern. Dies gelingt nicht ohne Reduzierungen. Wer die Inhaltsfreiheit auf „evolutive Freiheit“ im Sinne von Typenentwicklungsfreiheit reduziert, kann das Behindertentestament als Beispiel für eine spezifisch erbrechtliche Ausprägung der Inhaltsfreiheit anführen (§ 11, S. 257 ff.). Genauso gilt: Wenn man Geltung nicht mehr mit Bindung gleichsetzt, sondern für spezifisch erbrechtliche Formen abgestufter Verbindlichkeit öffnet, etwa im Sinne von „Rechtsfolgen haben“, lässt sich die gängige Einschätzung, die Testierfreiheit sei die weniger verbindliche Form von Privatautonomie, entkräften (§ 12, S. 287 ff.).

IV.

Was bietet die Lektüre dem Leser? Wer darin eine systematisierende Gesamtdarstellung von Anlage, Rechtsfolgen und Grenzen letztwilliger Privatautonomie sucht, wird enttäuscht werden. *Kroppenberg* leistet keine übergreifende Ordnung möglicher Verfügungsarten und Verfügungsinhalte, und auch die Zweifelspunkte der jüngeren Zeit, etwa die Zulässigkeit von Wiederverheirathungsklauseln oder Behindertentestamenten, finden sich nur punktuell und eher beispielhaft abgehandelt. Anders als es der Titel vermuten lässt, werden die bestimmenden Grenzen der Privatautonomie von Todes wegen – insbesondere das Pflichtteilsrecht, aber auch die Sittenwidrigkeit und die zeitlichen Wirkungsgrenzen erbrechtlicher Verfügungen – nicht grundsätzlich berührt oder in Frage gestellt.

Gleichwohl oder: gerade weil es *Kroppenberg* nicht so sehr um Nachzeichnung und Ordnung des Bestehenden geht, handelt es sich um eine nicht nur anspruchsvolle, sondern vor allem gedanken- und ideenreiche Schrift, die zu Folgeforschungen und zu Widerspruch gleichermaßen anstiften dürfte. Auf lange Sicht wird man mit ihrer Schrift wohl vor allem die Mahnung verbinden, nicht unbesehen von der Vertragsfreiheit auf die Testierfreiheit zu schließen, sondern sich zu vergegenwärtigen, dass beide Freiheiten lediglich Ausprägungen von Privatautonomie sind. Es geht ihr um den autonomen Eigenwert der Testierfreiheit und damit letztlich um eine Aufwertung der Testierfreiheit im Privatrechtssystem: Die Testierfreiheit soll aus dem „Schatten“ der lebzeitigen Privatautonomie heraustreten. Ihre dazu geleisteten dogmatischen Feinzeichnungen, etwa zur erbrechtlichen Linearität von Verfügung und Erwerb (S. 195 ff., 344 ff.), zur erbrechtlichen Bindung (S. 287 ff.) und zum erbrechtlichen Vertrauensschutz (S. 293 ff.) gehören zu den überzeugendsten Abschnitten.

Um konkrete Rechtsfolgen geht es ihr indes nicht. Die großen Bewährungsproben für die Testierfreiheit, insbesondere das Pflichtteilsrecht und einzelne Typengrenzen, wie z.B. die immer wieder kritisch gesehenen zeitlichen Wirkungsgrenzen von Verwaltungsvollstreckung und Nacherbschaft (§§ 2109, 2210 BGB) sind mit ihrer Neukonzeption offenbar vereinbar. Nur im Rahmen der Sittenwidrigkeitskontrolle mahnt sie größere Zurückhaltung an (S. 34 ff. sowie S. 344 ff.). Ihre Bedenken an einer moralisierenden Sittenwidrigkeitskontrolle lassen sich gut teilen. Aber was folgt daraus konkret für den Umgang mit § 138 BGB? *Kroppenberg* hält – mit guten Gründen – die in der Rechtsprechung gebräuchliche Druck-Formel für sachwidrig. Die Einsicht in die Gleichwertigkeit von lebzeitiger und letztwilliger Privatautonomie legt aber immerhin die Frage nahe, ob der im Vertragsrecht entwickelte, reduzierte Kontrollmaßstab (Stichwort: strukturelles Ungleichgewicht) nicht auch für letztwillige Verfügungen weitergeführt werden könnte (näher *Röthel*, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 [2010], Heft 1). Aber dies soll den Gewinn der Arbeit nicht schmälern: Die erbrechtlichen Inneneinsichten bedeuten sicherlich eine Bereicherung des Forschungsgesprächs.

Weniger eindeutig ist die Überzeugungskraft ihrer Modellvorstellung einer übergreifenden Privatautonomie und den daraus abgeleiteten verfassungsrechtlichen Neuorientierungen. Vertragsfreiheit und Testierfreiheit als gleichwertige Ausprägungen eines privatautonomen Muttergrundrechts zu verstehen, hat zweifellos seinen Charme. Indes kann dieses Muttergrundrecht auf diesem Weg auch an Aussagekraft verlieren: Es wird zum „kleinsten gemeinsamen Nenner“ rechtlicher Selbstbestimmung. Die von *Kroppenberg* dazu folgerichtig vorgeschlagenen Reduzierungen, etwa die Ausgliede-

rung der Formfreiheit und die Reduzierung der Inhaltsfreiheit auf eine Typenentwicklungsfreiheit, dürften im vertragsrechtlichen Schrifttum nicht nur auf Zuspruch stoßen. Hier wird die Aufwertung der Testierfreiheit doch auch mit einer Schwächung der Privatautonomie erkaufte. Gleiches gilt für ihren Vorschlag, die Privatautonomie verfassungsrechtlich ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 GG zu verorten. Man mag schon kritisieren, dass dieses Ergebnis nicht eigentlich auf grundrechtlicher Herleitung, sondern darauf beruht, dass eine Modellvorstellung zu Verfassungsrang proklamiert wird. Hinzu kommt, dass auch hier der Nutzen nicht gewiss ist. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass Art. 14 GG der Privatautonomie einen aussagekräftigeren Schutz vermittelt als die allgemeine Handlungsfreiheit. Was von *Kroppenberg* als emanzipatorisches Signal zugunsten der Testierfreiheit gedacht ist, könnte verfassungsrechtlich auch das Gegenteil bewirken: ihre Gleichstellung mit „Reiten im Walde“. Beides würde ihrem Anliegen einen Bärendienst erweisen.

Insgesamt also: eine mehr plädierende als begründende Schrift. Dies schlägt sich auch andernorts nieder. Zuweilen hätten Darstellung und Gedankenführung etwas mehr Unaufgeregtheit gut getan. Wer darüber hinweg sehen kann, dem bereitet *Kroppenberg* indes durchgehend gedankliches Vergnügen. Mag die große Konzeption auch immer wieder zum Widerspruch reizen, so werden ihre Befunde und ihre dogmatischen Feinzeichnungen der Testierfreiheit wohl noch länger maßstabbildend wirken.

Hamburg

Prof. Dr. *Anne Röthel*

Alexander Peukert: *Güterzuordnung als Rechtsprinzip* (Jus Privatum 138). Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, XXII, 984 S., 144,- €.

I. Wer darf über „neue Güter“, wie Domains, virtuelle Spielfiguren, Parfümdüfte und kommerziell nutzbare Persönlichkeitsattribute verfügen? Sind sie prinzipiell Eigentum desjenigen, der sie hervorgebracht hat, oder darf jedermann sie frei nutzen, solange keine Güterzuordnung durch das Recht stattgefunden hat? Wer ist befugt, diese Zuordnung vorzunehmen, der Gesetzgeber oder auch der Richter? Diese Fragen sind von höchster Aktualität und sie werden beinahe täglich durch neue Phänomene angereichert. So berichtet die *Financial Times Deutschland* in ihrer Ausgabe vom 29.1.2010, dass die Anbieter sozialer Netzwerke dazu übergehen, Profile verstorbener Nutzer in einen „Gedenkstatus“ zu versetzen. Das provoziert Fragen: Gibt es einen Schutz der Datenprofile nach dem Tod? Dürfen die Diensteanbieter auch ohne ausdrückliche vertragliche Befugnis das Profil löschen? Wer hat das Recht, über die digitalen Profile, also Güter, die im Netz entstanden sind, zu verfügen? Gibt es an ihnen (virtuelles) Eigentum? Dürfen auch Gerichte solche Güter zuweisen oder überschreitet dies die Grenzen richterlicher Eigentumsschöpfungsbefugnis? Soll etwa ein New Yorker Gericht befugt sein, ein faktisch weltweit wirkendes Lizenzregime für die Nutzung verwaister und vergriffener Bücher zur Einrichtung eines elektronischen Buchsuchdienstes im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zwischen US-amerikanischen Verlegern und dem Suchmaschinenbetreiber *Google, Inc.* zu billigen (vgl. *Peifer GRUR-Prax* 2010, Heft 1 S. 1)?

Mit diesen Anwendungsfeldern ist die Thematik der hier besprochenen Münchener Habilitationsschrift des in Frankfurt/M. lehrenden Juristen *Alexander Peukert* umrissen. Er widmet sich der Frage, ob es im deutschen Recht ein umfassendes Prin-

