Online First

DOI-zitierfähig mit vorläufiger Paginierung, Seitenzählung nach Drucklegung zu ergänzen / DOI citable with preliminary pagination, page numbers to be amended after printing:

Schmidt, RabelsZ Online First 2/2024, <https://doi.org/10.1628/rabelsz-2024-0011>

Wendland, Charlotte: Will Substitutes im Europäischen IPR. Lebzeitige Zuwendungen auf den Todesfall zwischen Rom I-VO und EuErbVO. (Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2021/22.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2022. XXIII, 372 S. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 488.) – ISBN 978-3-16-161779-9; DOI 10.1628/978-3-16-161912-0.

Besprochen von **Jan Peter Schmidt***

1. Der dem US-amerikanischen Rechtsdiskurs entstammende Begriff der „will substitutes" findet auch diesseits des Atlantiks zunehmende Verbreitung. Er dient als Oberbegriff für all jene privatrechtlichen Gestaltungen, die formal nicht im Erbrecht angesiedelt sind, aber dieselben oder zumindest ähnliche Wirkungen wie Testamente und Erbverträge entfalten. Als Beispiele aus dem deutschen Recht können Schenkungsversprechen von Todes wegen und Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall (wie z. B. Lebensversicherungen) genannt werden, als Beispiele aus dem Rechtskreis des Common Law Anwachsungsrechte bei einer *joint tenancy* sowie bestimmte Formen des *trust*.

So vielgestaltig wie ihre rechtlichen Strukturen sind auch die mit „will substitutes" verfolgten Ziele. Manchen Verwendern geht es darum, ihre Handlungsmöglichkeiten zu erweitern, anderen darum, missliebigen Regeln des Erbrechts oder des Steuerrechts auszuweichen. In wieder anderen Konstellationen, wie zum Beispiel bei Maßnahmen zur Altersvorsorge, kann der Vermögenstransfer von Todes wegen bloßes Nebenprodukt eines „will substitute" sein.[1]

Gemeinsam ist „will substitutes" hingegen, dass sie in einem Graubereich zwischen Geschäften *inter vivos* und Geschäften *mortis causa* angesiedelt sind und der rechtliche Umgang mit ihnen deshalb schwierig sein kann. Geklärt werden muss insbesondere, ob und in welchem Umfang „will substitutes" den erbrechtlichen Regelungen und Wertungen unterliegen, etwa was Formerfordernisse oder den Schutz von Gläubigern und nahen Familienangehörigen betrifft. Auf einer rechtssystematischen Ebene steht dahinter die Frage, ob „will substitutes" dem Schuldrecht, dem Sachenrecht oder dem Erbrecht zugehörig sind oder Zwischenkategorien eigener Art bilden.

2. Ein IPR, das auf den Systembegriffen des Sachrechts errichtet ist, setzt diese Abgrenzungsschwierigkeiten notgedrungen in Gestalt von Qualifikationsfragen fort. So kennt das EU-Kollisionsrecht im Bereich der privatautonomen Vermögensgestaltung nur die von der Rom I-VO[2] geregelten „vertraglichen Schuldverhältnisse" und die von

---

* Dr. iur., Priv.-Doz., Wissenschaftlicher Referent am Institut; *schmidt@mpipriv.de*.

1 Für eine umfassende vergleichende Bestandsaufnahme siehe: Passing Wealth on Death: Will-Substitutes in Comparative Perspective, hrsg. von Alexandra Braun / Anne Röthel (2016), besprochen von: *Jan Peter Schmidt*, RabelsZ 82 (2018) 1067–1073.

2 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6, ber. 2009 L 309/87.

© 2024 Jan Peter Schmidt
Lizenz CC BY 4.0
DOI: 10.1628/rabelsz-2024-0011
Publiziert von Mohr Siebeck

der EuErbVO[3] geregelte „Rechtsnachfolge von Todes wegen". Unterstellt man, dass der Verordnungsgeber „will substitutes" nicht weiterhin dem autonomen Kollisionsrecht überlassen wollte (dies kommt allein hinsichtlich sachenrechtlicher Fragen in Betracht), müssen sie also entweder dem Regelungsbereich der Rom I-VO oder dem der EuErbVO zugewiesen werden. Trotz ausführlicher Definitionen und Katalogen von Bereichsausnahmen lässt sich indes weder der Rom I-VO noch der EuErbVO eine klare Zuordnung entnehmen. Letztere nimmt zwar in Art. 1 Abs. 2 lit. g ausdrücklich „Rechte und Vermögenswerte, die auf andere Weise als durch Rechtsnachfolge von Todes wegen begründet oder übertragen werden, wie unentgeltliche Zuwendungen, Miteigentum mit Anwachsungsrecht des Überlebenden (joint tenancy), Rentenpläne, Versicherungsverträge und ähnliche Vereinbarungen, […]" von ihrem Anwendungsbereich aus. Die genauen Konturen dieser Vorschrift sind indes unklar, und auch eine Vorabentscheidung des EuGH aus dem Jahr 2021 zur Einordnung von Schenkungen auf den Todesfall[4] konnte nur wenig Licht ins Dunkel bringen. Praktisch bedeutsam ist die Qualifikationsfrage insbesondere im Hinblick auf das unterschiedliche Maß an Parteiautonomie, das die Rom I-VO und die EuErbVO gewähren (vgl. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO und Artt. 22 Abs. 1, 25 Abs. 3 EuErbVO).

Charlotte Wendlands monografische Behandlung des sehr komplexen und umstrittenen Themas kommt also zur rechten Zeit und nimmt, soweit ersichtlich, auch europaweit eine Vorreiterrolle ein. Es handelt sich um eine der letzten von Peter Mankowski betreuten Arbeiten, der sich in seiner unermüdlichen Schaffenskraft immer wieder auch selbst Fragen der EuErbVO gewidmet hatte. Die Arbeit wurde mit dem Promotionspreis der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg ausgezeichnet.

3. Im 1. Teil („Grundlagen", S. 7–38) skizziert die Verfasserin zum einen die sachrechtliche Dimension von „will substitutes", wobei sie sich hauptsächlich auf das Werk von Braun und Röthel stützt,[5] zum anderen die Grundlagen der Qualifikation im EU-Kollisionsrecht. Im Folgenden strebt die Verfasserin keine umfassende kollisionsrechtliche Erörterung von „will substitutes" an, sondern konzentriert sich auf zwei aus deutscher Sicht besonders relevante Gestaltungen: die Schenkung auf den Todesfall (2. Teil, S. 41–232) und den Vertrag zugunsten Dritter (3. Teil, S. 235–327). Diese Beschränkung war angesichts der eingangs angedeuteten Vielgestaltigkeit von „will substitutes" zweifellos klug, wenngleich mancher Leser sich in seiner durch den Titel geweckten Erwartung enttäuscht sehen wird, dass die Arbeit auch Figuren angloamerikanischer

---

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

4 EuGH 9.9.2021 – Rs. C-277/20 (*UM ./. HW als Nachlassverwalter des ZL*), ECLI:EU:C:2021:708, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2021, 717, m. Anm. *J.P. Schmidt*.

5 Siehe Braun / Röthel (Fn. 1).

Provenienz einbezieht.[6] Im abschließenden 4. Teil (S. 331–344) stellt die Verfasserin Überlegungen zur internationalen Gestaltungspraxis an und fasst ihre Ergebnisse zusammen.

4. Ihre Erörterung der Schenkungen auf den Todesfall beginnt die Verfasserin mit einer ausführlichen Sachrechtsvergleichung, in die sie neben dem deutschen Recht die Regelungen von Frankreich, Italien, Österreich, Griechenland sowie England und Wales einbezieht (S. 41–91). Dass die Verfasserin den damit verbundenen Aufwand nicht gescheut hat, ist sehr zu begrüßen, sollte doch auch eine autonome Qualifikation niemals losgelöst von den materiellrechtlichen Strukturen erfolgen. Die klaren und konzisen Länderberichte führen zu einem rechtsvergleichenden Befund, der in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich ist. So zeigt die Verfasserin, dass von den untersuchten Rechtsordnungen diejenige von England und Wales die einzige ist, die die *donatio mortis causa* als Rechtsfigur eigener Art behandelt. Alle anderen hingegen weisen entsprechende Gestaltungen entweder dem Schenkungsrecht oder dem Erbrecht zu (so auch das BGB in § 2301). Für den rechtswissenschaftlichen Diskurs ergibt sich hieraus eine wichtige Einsicht, die die Verfasserin auch erfreulich klar formuliert (S. 90), dass nämlich der Begriff der „Schenkung auf den Todesfall" sowohl deskriptiv verstanden werden kann (als Beschreibung bestimmter Formen rechtstatsächlichen Handelns) als auch normativ im Sinne einer anerkannten Figur. Alternativ könnte man zwischen einem rechtsaktbezogenen und einem tatbestandsbezogenen Verständnis unterscheiden. Ob es für kollisionsrechtliche Zwecke wirklich einer Begriffsbildung bedarf (so S. 91), scheint indes fraglich, denn weder in der Rom I-VO noch in der EuErbVO ist von „Schenkungen auf den Todesfall" die Rede.

Innerhalb der großen Gruppe von Rechtsordnungen, die die *donatio mortis causa* als eigenständige Rechtsfigur eliminiert haben, zeigen sich sodann interessante Unterschiede bei der Abgrenzung zwischen Schenkungsrecht und Erbrecht (S. 84–89). So ist beispielsweise im österreichischen Recht die Widerruflichkeit der Schenkung ein relevantes Kriterium, nicht hingegen die Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt (§ 603 ABGB). Demgegenüber stellt das deutsche Recht entscheidend auf die Überlebensbedingung und einen Vollzug ab (§ 2301 Abs. 1 und 2 BGB).

Für das Kollisionsrecht unterstreicht das Fehlen einheitlicher sachrechtlicher Strukturen nicht nur das Erfordernis einer autonomen Qualifikation. Auch wird ein Problem deutlich, dem die Verfasserin im weiteren Verlauf vielleicht nicht immer die gebührende Aufmerksamkeit widmet: dass nämlich die nationalen Sachrechte ihrerseits auch Qualifikationsentscheidungen treffen, indem sie die jeweiligen „Regiebereiche" von Schenkungsrecht und Erbrecht abstecken. Damit droht es zu Situationen zu kommen, in denen die auf der Ebene des IPR getroffene Qualifikationsentscheidung sich mit derjenigen des berufenen Sachrechts überkreuzt, beispielsweise also die als Erbstatut berufene Rechtsordnung die fragliche Gestaltung ihrem Schenkungsrecht zuweisen würde.

---

6 Die Parallelen von Trust und Treuhand mit dem Vertrag zugunsten Dritter werden immerhin skizziert, siehe S. 240–243.

5. Es folgt die eingehende Untersuchung der kollisionsrechtlichen Behandlung von Schenkungen auf den Todesfall (Kapitel 4–6, S. 92–232). Hier beleuchtet die Verfasserin das Thema sehr sorgfältig aus allen Blickwinkeln und bezieht zum Beispiel auch die Implikationen für die internationale Zuständigkeit mit ein. Im Ergebnis plädiert sie für eine autonome Qualifikation von Schenkungen auf den Todesfall und weist damit die unter dem autonomen deutschen IPR entwickelte, teils aber auch noch unter der EuErbVO vertretene Qualifikation nach dem Erbstatut zurück. Des Weiteren spricht sich die Verfasserin sowohl gegen eine pauschale schuldrechtliche als auch eine pauschale erbrechtliche Qualifikation aus und stattdessen für eine bestimmte Form der – zumindest im deutschen Schrifttum wohl herrschenden – Vollzugstheorie. Statt auf den tatsächlichen Vollzug soll es auf den „intendierten Vollzug" ankommen, also darauf, „ob die Parteien den Vollzug der Zuwendung vor oder nach dem Tod des Schenkers beabsichtigt haben" (S. 163). Diese Voraussetzung soll jedenfalls immer dann gegeben sein, „wenn der Todesbezug in einer aufschiebenden Befristung der Schenkung auf den Tod des Schenkers besteht" (S. 163). Schenkungen, die *auflösend* auf Tod bedingt oder befristet sind, will die Verfasserin hingegen schuldrechtlich qualifizieren.

Es ist zu bedauern, dass ausgerechnet diese entscheidende Passage recht knapp ausgefallen ist. Hilfreich für das Verständnis wäre es insbesondere gewesen, die Unterschiede zur herrschenden Vollzugstheorie, aber auch zu § 2301 BGB deutlich zu machen. Zustimmung verdient in jedem Fall das Bestreben der Verfasserin, ein möglichst einfach handhabbares Abgrenzungskriterium zu finden.

6. Weitgehend Neuland betritt die Arbeit dort, wo sie die genauen Folgen einer erbrechtlichen Qualifikation ausbuchstabiert. Hier geht es insbesondere um die Bestimmung und Abgrenzung von Erb-, Errichtungs- und Formstatut. Dass die Verfasserin Schenkungen auf den Todesfall als „Erbverträge" i. S. d. Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO betrachtet und somit Art. 25 EuErbVO zuordnet, ist keine Überraschung und liegt auch auf der Linie des EuGH.[7] Bemerkenswert ist hingegen, dass sie die „Zulässigkeit" i. S. d. Art. 25 Abs. 1 EuErbVO als Aufhänger für die materiellrechtliche Einordnung der Schenkung auf den Todesfall ansieht, also die Frage, ob das Errichtungsstatut sie dem Schenkungsrecht oder dem Erbrecht unterwirft (oder einem Regime *sui generis*) (S. 197). Wird deutsches Recht als Errichtungsstatut berufen, ist also § 2301 BGB anzuwenden, der die Weichen dann entweder in Richtung §§ 516 ff. BGB oder in Richtung §§ 1922 ff. BGB stellt. Die vom Errichtungsstatut getroffene Einordnung soll auch für das Erb- und das Formstatut maßgeblich sein.

Wenn an einer Stelle der Arbeit Bedenken grundsätzlicher Art erhoben werden können, dann hier. Denn im Ergebnis lässt die Verfasserin zu, dass das Errichtungsstatut die auf autonomer Ebene getroffene Qualifikationsentscheidung revidiert und damit schenkungsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen, die nicht von der Rom I-VO, sondern von der EuErbVO bestimmt wurden. Dies liegt nicht nur quer zur Systematik des EU-Kollisionsrechts, sondern widerspricht aus der Warte der herrschenden Qualifikationsmethodik auch dem Grundsatz, dass die anzuwendenden Sachnormen zum je-

7 EuGH 9.9.2021 – *UM* (Fn. 4).

weiligen Systembegriff passen müssen („kanalisierte Verweisung").[8] Überhaupt bietet gerade die Schenkung auf den Todesfall Anlass für die Frage, ob der Qualifikationsprozess nicht bei der Sachnorm beginnen sollte.[9] Obgleich verständlich ist, dass die Verfasserin hier keine so grundlegende Diskussion beginnen wollte, wäre eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit der zweiten Stufe der Qualifikation wünschenswert gewesen[10] (vgl. demgegenüber die knappen Bemerkungen auf S. 198–199). Auch hätte es sich gelohnt, den eigenen Ansatz anhand von mehr als einem Beispielsfall zu testen und zu illustrieren (hilfreich für das Verständnis trotzdem S. 227–232).

7. Die Untersuchung von Verträgen zugunsten Dritter ist weitgehend parallel zum 2. Teil aufgebaut. Erneut legt die Verfasserin also zunächst die sachrechtsvergleichenden Grundlagen (S. 243–271), um sich sodann den Fragen der Qualifikation und der Anknüpfung zu widmen (S. 272–327). Sie plädiert dafür, zwischen dem Deckungsverhältnis und dem Valutaverhältnis zu differenzieren, das Valutastatut aber bei Unentgeltlichkeit an das über die Rom I-VO zu bestimmende Deckungsstatut anzulehnen. Spiegelbildlich zur oben erwähnten Problematik nimmt sie hierbei in Kauf, dass erbrechtliche Normen des Vertragsstatuts zur Anwendung kommen (S. 323). Erwähnung verdient darüber hinaus, dass die Verfasserin Rückforderungsansprüche gegen Beschenkte zum Schutz der Mindestteilhabe naher Angehöriger entgegen der h. M. erbrechtlich qualifizieren möchte (S. 325; im Kontext der Schenkung auf den Todesfall auch schon S. 220–224).[11]

8. *Charlotte Wendland* hat einen tiefschürfenden Beitrag zum Umgang mit „will substitutes" im EU-Kollisionsrecht vorgelegt, der nicht nur wichtige Einblicke in verschiedene nationale Sachrechte bietet und den Stand der IPR-Diskussionen in ansprechender Weise zusammenfasst, sondern auch eigenständige Lösungsansätze bietet. Zwar dürfte schon aufgrund der selbst gewählten Beschränkung auf bestimmte Rechtsgestaltungen das letzte Wort zum Thema nicht gesprochen sein. Doch werden künftige Abhandlungen sich eingehend mit dem hier besprochenen Werk auseinandersetzen müssen.

---

8 Dazu etwa *Max Finkelmeier*, Qualifikation der Vindikation und des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (2016) 22–24, besprochen von *Jan Peter Schmidt*, RabelsZ 82 (2018) 778–784.

9 Dazu jetzt eingehend, gerade auch am Beispiel des § 2301 BGB, *Raphael de Barros Fritz*, The Characterization of Provisions Protecting Forced Heirs Against Lifetime Dispositions: A Comparative Law Study of the Laws of Louisiana and Germany (2023) 42–53, 269–319.

10 Zur Problematik bereits *Schmidt*, Anm. (Fn. 4) 719; *Raphael de Barros Fritz*, Die Qualifikation von Schenkungen auf den Todesfall nach Erlass der EuErbVO, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2022, 360–363, 363.

11 Monografisch zum Thema jetzt *de Barros Fritz*, Characterization of Provisions (Fn. 9).