

einem Gericht (im institutionellen Sinn) gerichtliche Befugnisse übertragen bekommen (ErwG 20). Das deutsche Notariat übt derzeit wohl keine solchen gerichtlichen Aufgaben aus; lediglich in Teilungssachen können ihm entsprechende Funktionen nach § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG i. V. m. § 23a Abs. 3 GVG zukommen.<sup>14</sup> Relevant sind die Fragestellungen insbesondere im Hinblick auf die Bindung von Notar:innen an die Zuständigkeitsvorschriften der Verordnung, die Ausstellung nationaler und europäischer Erbnachweise im EU-Ausland (bzw. für die unter Rn. 679 ff. angesprochene Thematik der sich widersprechenden Erbnachweise) oder die Qualifikation und Zirkulation gewisser (ausländischer) notarieller Urkunden als Gerichtsentscheidungen. Zumindest für die deutsche Rechtspraxis werden entsprechende Fragen vorerst noch eine nachgeordnete Rolle spielen. Die zentrale Rolle des Notariats im (internationalen) Erbrecht wird aber auch in Deutschland wohl noch länger erhalten bleiben.

V. Gerade deshalb ist es umso erfreulicher, dass sich vorliegend zwei Angehörige dieser Berufsgruppe nicht nur mit dogmatischen Fragen befassen, sondern diese auch anhand praktischer Erfahrungen und Beispiele aufarbeiten. Abschließend lässt sich so festhalten, dass es *Frank* und *Döbereiner* auch in der zweiten Auflage ihres Buchs gelungen ist, ein dogmatisch überzeugendes und vor allem praxisbezogenes Werk zu schaffen, das aufgrund der zahl- und hilfreichen Veranschaulichungen und Beispielfälle nicht nur Praktiker:innen einen Einstieg in die EuErbVO ermöglichen wird, sondern auch Raum für eine wissenschaftliche Vertiefung von kollisionsrechtlichen Fragen im Erbrecht bietet. Der Band leistet damit als Ergänzung zur bestehenden erbrechtlichen Literatur und ungeachtet vereinzelt unbearbeitet gebliebener Fragen sowohl für die Praxis als auch für die Lehre einen nicht zu unterschätzenden Beitrag.

München

PAUL PATREIDER

*Wimmer, Luca*: Motivirrtum bei Schenkung und letztwilliger Verfügung. Eine kritische, historisch-vergleichende Untersuchung des deutschen, französischen und österreichischen Rechts. (Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2022/23.) – Tübingen: Mohr Siebeck 2023. XXIII, 266 S. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 504.)

1. *Errare humanum est*: Auch heute irren Menschen bei Schenkungen (allgemeiner: unentgeltlichen Rechtsgeschäften) und Testamenten (allgemeiner: letztwilligen Verfügungen). Dieses uralten Themas hat sich *Wimmer*, auch in seiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut, in seiner ganz hervorragenden und tieferschürfenden Dissertation in interdisziplinärer Weise angenommen: Seine überaus aufwendige Arbeit ist rechtshistorisch (beginnt beim Römischen Recht), rechtsvergleichend (Deutschland, Frankreich und Österreich), rechtsdogmatisch und schließlich rechtspolitisch vor allem auf Deutschland ausgerichtet. Der inhaltlichen Auseinandersetzung sind sieben Kapitel gewidmet: A. Einführung in die Thematik, B. Römisches Recht, C. Von den römischen Quellen zum BGB, D. Die naturrechtliche Tradition, E. Motiv-

<sup>14</sup> MüKo BGB/ *Dutta* (Fn. 6) Art. 3 EuErbVO Rn. 20.

irrtum und Schenkung in der deutschen Tradition, F. Die vorzugswürdigste Lösung und G. Ergebnisse; es folgt ein ebenfalls höchst sinnvoller Anhang mit Gesetzes- und Entwurfstexten im Wortlaut (was die historische Interpretation gut nachvollziehbar macht), Quellenverzeichnis und (eher kürzeres) Sachverzeichnis.

2. Als „Problemaufriss“ dient *Wimmer* folgender, hier abgekürzter Fall (S. 3–4): Der Ehemann wendet nach der Scheidung von seiner bisherigen Ehefrau verschiedene Immobilien zu deren Absicherung, aber auch zur Versorgung seines Sohnes unentgeltlich zu. Letzterer ist aber nicht sein leibliches Kind.

Bei einer Schenkung wäre nach deutschem Recht eine Rückforderung grundsätzlich nicht möglich (weil keine irrumsrechtliche Sonderregelung), wohl aber könnte eine entsprechende letztwillige Verfügung (auch ein Erbvertrag) gemäß § 2078 Abs. 2 BGB wegen Motivirrtums angefochten werden. Die sachliche Differenzierung zwischen unentgeltlichen Rechtsgeschäften und letztwilligen Verfügungen sieht *Wimmer* als nicht gerechtfertigt an, als einen Mangel des BGB, den er am Ende seines Werks auch rechtspolitisch durch eine BGB-Reform beseitigen möchte. Die Lösungen nach dem Preussischen Allgemeinen Landrecht ALR I 4 § 150 (Unwirksamkeit, wenn Motiv „ausdrücklich angeführt“ und „einzige Ursache“), dem Code civil in Art. 1135 Abs. 2 n. F. (kausaler Motivirrtum führt bei Schenkungen und Testamenten zur Nichtigkeit) und dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 901 ABGB i. V. m. § 572 ABGB (Ungültigkeit bei „angegebene[m] Beweggrund“ und dieser „einzig und allein“ bei Testamenten und unentgeltlichen Rechtsgeschäften) liegen *Wimmer* viel näher.

Dass der Autor der rechtshistorischen Auslegung – vom Römischen Recht (S. 27 ff.) über frühe deutsche Kodifikationen (S. 30 ff.), deutsche Kodifikationsentwürfe im 19. Jahrhundert (S. 33 ff.), Pandektisten (S. 36 ff.), Glossatoren und Kommentatoren (S. 72 ff.), Spätscholastiker und Naturrechtslehrer (S. 64 ff.) bis zu den Vernunftrechtlern (S. 90 ff.) – so breiten Raum schenkt, freut den Rezensenten besonders aus zwei Gründen: zum einen deshalb, weil m. E. der Absicht des historischen Gesetzgebers methodisch grundsätzlich vorrangige Bedeutung zukommen soll,<sup>1</sup> zum anderen hat sich der Rezensent in seinem „Erstlingswerk“ mit weitgehend gleichen Rechtsfragen wie hier *Wimmer* zum ABGB auseinandergesetzt.<sup>2</sup> In Österreich sind die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte zunächst mit den entgeltlichen in den §§ 859–916 ABGB gemeinsam geregelt, was auch dem BGB entspricht. Und das war auch Absicht des Gesetzgebers, was an Beispielen bei Zeiller, dem „Vater“ des ABGB,<sup>3</sup> und den wichtigen Ofner-Protokollen<sup>4</sup> deutlich erkennbar ist. § 871 ABGB erfordert zur

<sup>1</sup> Vgl. nur *Ferdinand Kerschner*, Juristische Methodenlehre – Zur gesetzeskonformen Rechtsanwendung: Eine Streitschrift (2022) 87 ff.

<sup>2</sup> *Ferdinand Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984) 94–160.

<sup>3</sup> *Franz von Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Bd. III:1 (1812) 42 (zu § 876, Straßenbettler).

<sup>4</sup> *Julius Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen Buergerlichen Gesetzbuches, Bd. II (1889) 13–14 (Schenkungen an vermeintliche Verwandte).

Anfechtung eine der folgenden drei Voraussetzungen: Veranlassung, Offenbar-auffallen-Müssen beim Anfechtungsgegner oder rechtzeitige Aufklärung durch den Anfechtenden. § 901 ABGB lässt aber den „angegebene[n] Motivirrtum“ bei letztwilligen Verfügungen genügen.

3. Für den Rezensenten hat diese rechtshistorische Analyse folgenden Befund erkennen lassen: Stets steht die Frage im Vordergrund, wie weit das Motiv in den Vertrag bzw. die letztwillige Verfügung hat „einfließen“ müssen, um beachtlich zu sein. Vor allem: Muss es objektiv bzw. subjektiv erkennbar typische oder selbstverständliche Voraussetzung sein? Sind nur bestimmte Irrtümer bezüglich „substantia“ bzw. „essentialia“ maßgeblich? Besteht auch ein Vertrauensschutz des unentgeltlichen Erwerbes und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen?

Umstritten sind auch immer noch in Österreich vor allem zwei Fragen: 1. Muss das Motiv wirklich in der Verfügung selbst „angegeben“ sein? 2. Bedarf es zum Schutz des Vertrauens des Begünstigten einer der erwähnten drei Voraussetzungen? Beides vertritt der Rezensent, dem jedenfalls zwei OGH-Entscheidungen ausdrücklich gefolgt sind.<sup>5</sup> In der Sache geht es um das Spannungsfeld zwischen Privatautonomie (Willenstheorie) und Vertrauensschutz des Beschenkten (vgl. S. 2).

Umso erfreulicher ist nun, dass *Wimmer* rechtsvergleichend nicht nur auf das französische (S. 99–124), sondern auch auf das österreichische Recht (S. 128–156) ausführlich und wertend eingeht. Nur nebenbei sei erwähnt, dass auch das ABGB sehr wohl Erbverträge kennt (vgl. aber S. 10).

4. Nicht nur aus der Auseinandersetzung *Wimmers* mit dem ABGB, sondern vor allem aus der allgemeinen rechtshistorischen, aber auch rechtsvergleichenden Analyse hat der Rezensent für das österreichische Recht viel mitgenommen:

Zu nennen ist als *Erstes*, dass historisch das Motiv, die „causa adiecta“, eindeutig im Testament auftreten muss. Zeiller hat das anders gesehen, die Regierungsvorlage zu unserem letzten ErbRÄG 2015 wollte aber wieder (wohl gerade auch aus Beweisgründen) zur Angabe in der Verfügung zurückkehren, was aber der OGH – entgegen klarer Absicht des Gesetzgebers – nicht nachvollziehen will.

Sonst ist aber aus der von *Wimmer* ausgezeichnet herausgearbeiteten rechtsgeschichtlichen Entwicklung nur wenig Eindeutiges für Interpretationen *de lege lata* abzuleiten: Die Beurteilung der römisch-rechtlichen Lage sei „eher widersprüchlich“ bzw. als „Flickenteppich“ (S. 20) zu sehen, die Schenkungscusa bei den Glossatoren und Kommentatoren biete leider ein „verwirrendes Bild“ (S. 72 ff.). Großen Einfluss auf die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts misst *Wimmer* allerdings und sicher zu Recht Windscheids Lehre von der „Voraussetzung“ zu (S. 37 ff.), die bei Verträgen allerdings – und das erscheint wichtig – Erkennbarkeit für den Vertragspartner voraussetzt, Windscheids Lehre ist aber dann wegen zu großer Rechtsunsicherheit nicht in das Gesetz eingeflossen (zur BGB-Entstehung näher S. 43 ff.). Die differenzierende Regelung im BGB, also

<sup>5</sup> Vgl. zuerst 1. Senat des OGH 29.8.1994 – 1 Ob 551/94, später OGH 15.1.1998 – 7 Ob 395/97 g. Die österreichische Lehre ist gespalten; vgl. dazu ausführlich zuletzt *Jakob Kepplinger*, § 871 ABGB, res integra und Redintegration, *Austrian Law Journal* 2021, 154–181.

vor allem keine allgemeine Motivirrtums-Beachtlichkeit bei Schenkungen, hat seit Inkrafttreten bisher keine Änderung erfahren. Die Windscheid'sche Voraussetzungslehre dürfte aber doch bei den Schenkungen Ausnahmen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage und bereicherungsrechtliche Zweckverfehlung bei den unentgeltlichen Zuwendungen begünstigt haben.

Zur *zweiten* auch für Österreich maßgeblichen Erkenntnis: Rechtsvergleichung hat vor allem für Überlegungen *de lege ferenda* Bedeutung.<sup>6</sup>

Und zum *Dritten* ist dem Rezensenten aufgrund der präzisen Darstellung durch *Wimmer* noch deutlicher geworden, dass die sogenannte Monokausalitätstheorie (in einer Kodifikation wohl erstmals im ALR I 4 § 150 „einzige Ursach“, sodann auch zum ABGB, Vorschlag der Juristischen Fakultät Wien, „einzige Ursache“; siehe bei *Wimmer* S. 4–5, 125 ff. und 129) *nur eine Beweisregel* darstellen kann. Denn wenn andere Gründe (m. E. mit hoher Wahrscheinlichkeit) nicht ausschließbar sind, dann fehlt es an der Kausalität des weggefallenen Motivs. Es geht um ganz besonders strenge Beweisanforderungen, so auch der OGH 1984.<sup>7</sup> All das wird wohl auf die damals besonders strikten Beweisregeln rückführbar sein.

5. Was als gewisses Manko bei *Wimmer* auch rechtspolitisch bleibt, ist eine nähere Auseinandersetzung mit dem Vertrauensschutz bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften des Begünstigten.<sup>8</sup> Hier dürfte *Wimmer* einem gewissen Vorverständnis unterlegen sein: Der unentgeltliche Erwerb sei nicht oder kaum schutzwürdig. Das sei nicht nur bei letztwilligen Verfügungen so, sondern auch bei den unentgeltlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden (siehe insb. S. 210 ff.).

Der Beschenkte vertraut aber typischerweise auf die Zuwendung und disponiert entsprechend. Wenn die (irrigen) Motive für ihn nicht erkennbar sind und er keine Widerrufsgründe setzt, darf er m. E. auch grundsätzlich darauf vertrauen, die Zuwendung endgültig behalten zu können.

*Wimmer* hat freilich bezüglich Schutzwürdigkeit gute Argumente dafür vorgebracht, dass die Lage bei letztwilligen Verfügungen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften gleich sei: Denn der letztwillig Bedachte würde spätestens im Erbfall ebenso auf die Zuwendung vertrauen. Und auch eine Art Annahmeerklärung liege bei letztwilligen Verfügungen in der Erbantrittserklärung bzw. der Erklärung der Nichtausschlagung (S. 194 ff.). Beiden Argumenten kann aber entgegengehalten werden, dass zumindest typischerweise der letztwillig Bedachte bis zum Erbfall wegen jederzeit möglichen Widerrufes auf die Zuwendung nicht vertrauen darf, schon oft mangels Kenntnis gar nicht vertrauen kann. Beim unentgeltlichen Rechtsgeschäft ist der Bedachte oft bereits lange im Besitz des Zugewendeten, er will und wird disponieren.

Zum Ausgangsfall eine Ergänzung: Die geschiedene Ehefrau und der Sohn verkaufen die geschenkten Liegenschaften und investieren alles in ein Unternehmen. Die Rückforderung kann Millionen betragen und damit hohe Kredit-

<sup>6</sup> Zu dieser rechtspolitischen Funktion siehe *Kerschner*, Juristische Methodenlehre (Fn. 1) 43.

<sup>7</sup> OGH 13.9.1984 – 7 Ob 634/8y (kein anderes wesentliches Motiv dürfte als nicht ausschließbar übrig bleiben); vgl. auch *Peter Rummel*, in: *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> (2022) § 901 ABGB Rz. 40.

<sup>8</sup> Vgl. dazu ausführlich *Kerschner*, Irrtumsanfechtung (Fn. 2) 108–132.

zinsen – soweit überhaupt ein Kredit möglich ist – zur Folge haben. Vertrauensschäden des Beschenkten können somit existenziell und für das Unternehmen ruinös sein.

Dass aber der unentgeltlich unter Lebenden Erwerbende überhaupt gegenüber dem entgeltlich Erwerbenden schwächer geschützt ist, trifft weitgehend auch nur im Verhältnis zu Dritten zu.<sup>9</sup> Damit ist die mangelnde Schutzwürdigkeit beim unentgeltlichen Erwerb stark relativiert.

6. *Wimmer* befasst sich sehr eingehend und verdienstlich mit meinem Auslegungsergebnis, nämlich dass die Anfechtung wegen Motivirrtums aus Vertrauensschutzgründen durch die alternativen Voraussetzungen beschränkt sei (S. 144 ff.): Mein Lösungsvorschlag widerspreche jedenfalls dem Willen des historischen Gesetzgebers, der der spätscholastischen vernunftrechtlichen Tradition verhaftet gewesen sei, wonach Schenkungen und letztwillige Verfügungen als verwandt angesehen wurden (S. 145). Dagegen lässt sich schon replizieren, dass diese Tradition nur von einer geringeren (!) Rechtssicherheit als bei entgeltlichen Verträgen ausgegangen ist. So schränkt Thomas von Aquin den beachtlichen Motivirrtum ganz maßgeblich sachlich-inhaltlich auf „substantia und essentialia“ ein (S. 72), was gerade im französischen und auch österreichischen Recht nicht der Fall ist. Und vor allem ist es die Frage, wer denn für § 871 i. V. m. § 901 ABGB der entscheidende historische Gesetzgeber gewesen ist: m. E. doch Zeiller, der auch beim angegebenen Beweggrund ein anderes Verständnis als die Naturrechtler hatte (siehe oben) und eben auch Schenkungsbeispiele dem § 871 ABGB unterstellen wollte. Außerdem haben die einen gewissen Vertrauensschutz begründenden Alternativen erst in der III. Teilnovelle 1916 ihre heutige Fassung bekommen. Wie *Wimmer* auch ausführt, stehe ich mit dem von mir vertretenen stärkeren Vertrauensschutz der deutschen h. M. durchaus nahe: *Pacta sunt servanda*, was bei Schenkungen durch das ausdrücklich angeordnete Prinzip der Unwiderruflichkeit klar verstärkt wird. Das Argument, das Monokausalitätserfordernis schränke bereits ein, sodass nicht „ohne Weiteres“ der Motivirrtum beachtlich sei, greift nicht, wenn man – wie auch *Wimmer* selbst – darunter einfache Kausalität versteht, die nach österreichischem Recht auch nur mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ nachzuweisen ist. Diese meine „Verteidigung“ eines gewissen Vertrauensschutzes muss zulässig sein, wenn ein solcher auf der „Gegenseite“ kaum oder gar nicht releviert wird.

7. Die Entwicklungen in der Rechtsgeschichte zeigen – was *Wimmer* ausgezeichnet herausgearbeitet hat –, dass auch bei der Motivirrtumsanfechtung rechtspolitisch verschiedene Lösungen natürlich vertretbar sind. *Wimmer* weist bei seinen abschließenden Vorschlägen *de lege ferenda* (vor allem natürlich Beachtlichkeit des Motivirrtums auch für unentgeltliche Rechtsgeschäfte) zwar wieder auf eine fehlende (!) Schutzwürdigkeit des Empfängers hin (S. 221), will diese doch aber zumindest auf Fälle einschränken, in denen das Motiv für den Empfänger erkennbar ist.

Das entspricht nun weitgehend dem Erfordernis des Offenbar-auffallen-Müssens in § 871 ABGB. Und bei den weiteren Alternativen, nämlich dem Veranlassen des Irrtums durch den Beschenkten und der rechtzeitigen Aufklärung

<sup>9</sup> Zutreffend erkannt für das österreichische Recht von *Kepplinger*, § 871 ABGB (Fn. 5) 178–179.

(noch keine Dispositionen) durch den Schenker, erscheint der Beschenkte, aber auch der letztwillig Bedachte wohl wirklich in höherem Maße schutzwürdig: so das „kühn und originell gedachte Irrtumsrecht des ABGB“ (Emil Strohal). Vielleicht wären solche Alternativen i.S. einer allgemeinen Regelung sowohl für unentgeltliche Rechtsgeschäfte wie auch für letztwillige Zuwendungen ein vernünftiger Kompromiss.

Als Fazit kann festgehalten werden: *Wimmer* hat eine glänzende, überaus beeindruckende rechtsvergleichende, rechtshistorische und rechtsdogmatische Arbeit vorgelegt, die eine pionierhafte interdisziplinäre Kombination auf höchster Ebene darstellt. Sie wird die rechtswissenschaftliche Diskussion zum Motivirrtum maßgeblich bereichern, wie sie auch den Rezensenten überaus bereichert hat!

Linz

FERDINAND KERSCHNER

von *Bar, Christian*: Gemeineuropäisches Sachenrecht. Band II: Besitz; Erwerb und Schutz subjektiver Sachenrechte. – München: Beck 2019. LIII, 746 S. (Jus Commune Europaeum.)

1. Das umfassende, auf etwa 750 Seiten ausgelegte Buch bietet eine eingehende Einführung in: 1. Das Recht des Besitzes und der Detention, 2. Das Recht des rechtsgeschäftlichen Erwerbs subjektiver Sachenrechte und 3. Rechtsbehelfe aus Sachenrechten. Diesen Oberkapiteln sind die §§ 4, 5 und 6 des Gesamtwerkes zugeordnet.

Das Oberkapitel § 4 besteht aus drei großen Kapiteln: I. Zweck, Gegenstände und Denkfiguren des Besitzrechts, II. Schutz des status quo, III. Ersitzung, Fruchterwerb, Aneignung, Fund und Schatzfund. Das Oberkapitel § 5 umfasst ebenfalls drei große Kapitel: I. Rechtsgeschäfte mit sachenrechtlicher Relevanz, II. Wirkung gegenüber Dritten, III. Verfügungen durch andere Personen als den Rechtsinhaber. Das Oberkapitel § 6 enthält die Kapitel: I. Sachenrechtlicher Rundumschutz gegenüber jedermann und II. Störungsschutz.

2. Das Werk ist das Ergebnis zahlreicher rechtsvergleichender Seminarsitzungen und der auf ihnen beruhenden intensiven wissenschaftlichen Beschäftigung im Sinne einer überaus stimmigen authentischen und zugleich originellen rechtsvergleichenden Methode. Die Untersuchung enthält neben einer stets in die Tiefe gehenden Beschreibung der normativen Grundlagen eine Vielzahl von gerichtlichen, zumeist höchstgerichtlichen Entscheidungen und diesen entsprechend eine große Anzahl von Beiträgen der Rechtswissenschaft der verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Angesichts der Fülle des dargebotenen Materials ist es unmöglich, auf die zahlreichen interessanten rechtsvergleichenden Betrachtungen einzugehen. Es sei nur darauf hingewiesen, wie schwer es bereits ist, auch dogmatisch überschaubare Rechtsprobleme wie etwa jene betreffend Fund und Schatzfund anhand einer einzigen Rechtsordnung im Vergleich mit einer weiteren darzustellen. *Christian von Bar* gelingt es aber, in der Zusammenschau der verschiedenen Rechtssysteme und Lösungen einen eindrucklichen Überblick nicht nur anhand von Einzelproblemen, sondern betreffend die gesamte behandelte Materie zu bieten. Anzumerken ist hier,

