

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 259

# Sachzuordnung durch Kaufvertrag

Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem  
in Geschichte, Theorie und geltendem Recht

Von

Ralf Michaels



Duncker & Humblot · Berlin

**RALF MICHAELS**

**Sachzuordnung durch Kaufvertrag**

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 259

# Sachzuordnung durch Kaufvertrag

Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem  
in Geschichte, Theorie und geltendem Recht

Von

Ralf Michaels



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Michaels, Ralf:**

Sachzuordnung durch Kaufvertrag : Traditionsprinzip,  
Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und  
geltendem Recht / Ralf Michaels. – Berlin :

Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 259)

Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10530-3

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Druck: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-10530-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

*Für Steffi („die Beste“)*



Per traditionem quoque iure naturali  
res nobis adquiruntur.

Inst. 2. 1. 40

De venditione & emtione notandum, etiam sine traditione, ipso contractus momento transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum.

*Hugo Grotius, De iure belli ac pacis II, 12 § 15.1*

The concept of transfer of property is a very comprehensive and complicated one. We must remember the deep wisdom of the early Roman sentences: *distinguendum est*, and *divide et impera*.

*Fr. Vinding Kruse Am.J.Comp.L. 7 (1958) 500 (514)*



## Vorwort

Am Beispiel des „ius ad rem“ dürfte sich aber gezeigt haben, daß historische Figuren, „Einkleidungsmöglichkeiten“, noch im Gespräch sind, die keinen zureichenden heuristischen Wert haben. Ja, das bloße Wort ist hier bereits schädlich, denn es weckt Assoziationen im Sinne einer Beziehung zur Sache (Dinglichkeitsvorstellungen), die geeignet sind, jene obligationsrechtlichen Modellvorstellungen, an denen sich System und heute praktizierter Rechtsschutz eindeutig ausrichten, zu verunklaren. Schon einem disziplinierten, systemkongruenten Sprachgebrauch zuliebe sollte man solchen „lebenden Fossilien“ nur noch als entwicklungsgeschichtlichen Besonderheiten Beachtung schenken.

*Roland Dubischar* JuS 1970, 6 (12)

„Über Wesen . . ., Bedeutung und Ausgestaltung des ius ad rem in einzelnen besteht . . . Streit; eine moderne Untersuchung, die weniger beim Terminus als vielmehr beim dahinterstehenden Sachproblem anzusetzen hätte, steht noch aus“

*Walter Ogris*, Jus ad rem, in: HRG II 490 (491).

Die heftige Ablehnung des ius ad rem in der Rechtswissenschaft einerseits, die sich im Zitat von Dubischar ausdrückt, die Erkenntnis von Ogris andererseits bildeten den Anstoß für diese Arbeit. Bald nach Beginn daran zeigte sich die wahrscheinliche Ursache für das Fehlen einer solchen Untersuchung, wie sie Ogris vermisst: Das „dahinterstehende Sachproblem“ ist nämlich ausgesprochen schwer einzugrenzen. Rechtsdogmatisch berührt sind Fragen des allgemeinen Schuldrechts, des Vertragsrechts, des Deliktsrechts, des Sachenrechts und des Zwangsvollstreckungsrechts; rechtstheoretisch sind die Systematik subjektiver Rechte wie auch Grundfragen des Inhalts von Forderungsrechten betroffen. Viele Äußerungen in der Literatur zum ius ad rem als Rechtsfigur wie auch zu einzelnen der betroffenen Sachfragen vernachlässigen den Zusammenhang dieser Gebiete und die Abhängigkeit bestimmter Antworten zu einem Gebiet von – wie selbstverständlich vorausgesetzten – Antworten auf Fragen in anderen Gebieten. Die großen Meinungsdiscrepanzen über die Definition des ius ad rem sowie seine Funktionsfähigkeit und Relevanz als Rechtsfigur einerseits, über die adäquate Lösung der mit ihm verbundenen Sachprobleme andererseits, sind die fast zwangsläufige Folge.

Darin liegt der Grund dafür, dass diese Arbeit thematisch so weit ausholt. Sie ist erstens der Stellung des ius ad rem als Rechtsfigur in Geschichte und Gegenwart gewidmet. Zweites Anliegen ist das Finden von Lösungen für die verschiedenen mit dem ius ad rem in Verbindung stehenden Sachprobleme, die nicht nur jeweils

für sich überzeugen, sondern auch zueinander konsistent sind. Damit verbunden ist das dritte Ziel der Arbeit: die Formulierung und Erprobung einer übergreifenden Dogmatik, die nach traditionellem Verständnis dem geltenden Recht nicht unterliegt, dieses aber in einigen Aspekten besser zu erklären vermag als die herkömmliche Dogmatik. Das *ius ad rem* dient also als Ausgangs-, nicht als Endpunkt der Arbeit – sobald es seinen Zweck erfüllt hat, Grundlagen der herrschenden, mit ihm nicht vereinbaren, Dogmatik kritisch in Frage zu stellen, kann auf es selbst als Rechtsfigur zuletzt verzichtet werden.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2000 von der Juristischen Fakultät der Universität Passau als Dissertation angenommen und seitdem weitgehend aktualisiert. Ihr Entstehen verdankt sie in erster Linie der Anregung und Betreuung meines Doktorvaters und langjährigen Lehrers, Prof. Dr. Klaus Schurig. Bei ihm habe ich, neben vielem anderen, auch gelernt, dass Rechtsdogmatik und die angemessene Lösung von Interessenkonflikten nicht einander entgegengesetzt sind, sondern gerade umgekehrt einander bedingen. Besonders dankbar bin ich auch für die schnelle und überaus flexible Behandlung bei Begutachtung und Rigorosum – letzteres gilt auch für Prof. Dr. Bernhard Haffke. Prof. Dr. Jan Wilhelm verdankt die Arbeit weit mehr als nur die zügige Verfassung des ausführlichen Zweitgutachtens – auch wenn er selbst gegen viele ihrer Thesen Widerspruch angemeldet hat. Dank gilt auch zahlreichen Freunden und meinen Eltern für wissenschaftliche und sonstige Unterstützung, sowie für ihre Geduld. Genannt sei stellvertretend und vor allen Dennis Solomon, der große Teile der Arbeit gelesen und minutiöser Kritik unterzogen hat. Schließlich soll der Studienstiftung des deutschen Volkes für langjährige Unterstützung bei Studium und Promotion, dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, insbesondere Prof. Dr. Jan Kropholler, für die Gewähr von Forschungsplatz und -freiraum, der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Gewähr einer Druckkostenbeihilfe gedankt sein.

Gewidmet ist die Arbeit Stefanie, aus mancherlei Gründen.

Hamburg, im Juli 2001

*Ralf Michaels*

# Inhaltsübersicht

## *Kapitel 1*

### **Einleitung**

A. Traditionelle Fragestellungen .....	35
B. Schwächen des traditionellen Ansatzes und Ansatz dieser Arbeit .....	47
C. Hypothese und ius ad rem .....	55

## *Kapitel 2*

### **Geschichte**

A. Die Grundlagen des ius ad rem .....	61
B. Die Entstehung des ius ad rem .....	107
C. Die Entwicklung des ius ad rem .....	124
D. Der Niedergang des ius ad rem .....	159
E. Das ius ad rem im heutigen Privatrecht – rechtsvergleichender Überblick .....	188
F. Sachzuordnung und ius ad rem – Bewertung der historischen Erkenntnisse .....	198

## *Kapitel 3*

### **Theorie**

A. Das Verhältnis zwischen Eigentum und Besitz bzw. Registereintragung .....	201
B. Interessen und Ökonomie .....	209
C. Dogmatik .....	244
D. Formulierung einer neuen Dogmatik der Sachzuordnung .....	276

*Kapitel 4***Geltendes Recht**

A. Der konsensuale Eigentumserwerb gemäß § 930 BGB .....	282
B. Die Vormerkung .....	301
C. Das Veräußerungsverbot .....	330
D. Der Schutz des bloß obligatorisch berechtigten Käufers .....	354
E. Sachzuordnung durch Kaufvertrag und ius ad rem im deutschen Recht .....	422

*Kapitel 5***Schluss**

A. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	426
B. Folgerungen .....	431
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	433
<b>Namenverzeichnis</b> .....	467
<b>Sachverzeichnis</b> .....	469

# Inhaltsverzeichnis

## *Kapitel 1*

### **Einleitung**

A. Traditionelle Fragestellungen .....	35
I. Konsens- oder Traditionsprinzip .....	35
1. Prinzipien .....	35
a) Traditionsprinzip .....	35
b) Konsensprinzip .....	37
2. Rechtsvergleichender Meinungsstand .....	37
a) Nichtberücksichtigung der Frage im Kaufrecht .....	37
b) Meinungsstand im Sachenrecht .....	38
3. Differenzierung .....	39
II. Dingliche und persönliche oder absolute und relative Rechte .....	41
1. Prinzipien .....	41
a) Dingliche und persönliche Rechte .....	41
b) Absolute und relative Rechte .....	42
2. Mischfiguren .....	43
3. Differenzierung .....	44
III. Anspruch auf Erfüllung in natura oder Anspruch auf Geldersatz .....	45
1. Prinzipien .....	45
a) Geldersatz .....	45
b) Naturalerfüllung .....	45
2. Rechtsvergleichender Meinungsstand .....	46
3. Differenzierung .....	47
B. Schwächen des traditionellen Ansatzes und Ansatz dieser Arbeit .....	47
I. Der Zusammenhang der Fragen .....	48
1. Notwendigkeit der Zusammenbehandlung .....	48
2. Möglichkeit der Zusammenbehandlung .....	49

II. Begrifflichkeit .....	49
1. Notwendigkeit voraussetzungsarmer Begriffe .....	49
2. Kaufvertrag .....	51
3. Sachzuordnung .....	51
a) Wertzuordnung und Sachzuordnung .....	53
(1) Wertzuordnung als Sachzuordnung im weiteren Sinne .....	53
(2) Sachzuordnung im engeren Sinne .....	53
b) Relative und absolute Sachzuordnung .....	54
(1) Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	54
(2) Sachzuordnung im Außenverhältnis .....	54
C. Hypothese und ius ad rem .....	55
I. Hypothese .....	55
II. Ius ad rem .....	56
III. Hypothese und ius ad rem im Zusammenhang mit den Fragen dieser Arbeit ...	57
1. Ius ad rem zwischen Konsens- und Traditionsprinzip .....	57
2. Ius ad rem zwischen absolut-dinglichem und relativ-persönlichem Recht ...	58
3. Ius ad rem und Erfüllung in natura .....	58
IV. Gang der Untersuchung .....	58
1. Geschichte .....	59
2. Interessen und Dogmatik .....	60
3. Geltendes Recht .....	60

## *Kapitel 2*

### **Geschichte**

A. Die Grundlagen des ius ad rem .....	61
I. Römisches Recht .....	61
1. Frühzeit .....	61
a) Kaufvertrag und Übereignung .....	61
(1) Mancipatio .....	62
(2) In iure cessio .....	63
(3) Traditio .....	64
b) Grundlagen des Schuldverhältnisses .....	64
(1) Deliktshaftung .....	64
(2) Vertragshaftung .....	65

c) Die Durchsetzung von Rechtspositionen .....	66
(1) Begriff der actio .....	66
(2) Actio in rem .....	67
(3) Actio in personam .....	68
(4) Struktureller Vergleich .....	69
2. Wandlungen im klassischen Recht .....	70
a) Kaufvertrag und Übereignung im klassischen Recht .....	70
(1) Der Kaufvertrag als sachzuordnender Vertrag .....	70
(2) Die Übereignung durch traditio .....	71
(3) Die Unvollständigkeit der kaufvertraglichen Zuordnung im Außenverhältnis .....	72
b) Die Durchsetzung von Rechten im Prozess .....	74
(1) Formularverfahren und omnis condemnatio pecuniaria .....	74
(2) Kognitionsverfahren .....	75
(3) Strukturvergleich zwischen actio in rem und in personam .....	76
3. Das nachklassische Vulgarrecht .....	76
a) Eigentumserwerb durch Kaufvertrag .....	76
b) Schuld- und Sachenrecht .....	77
c) Die Durchsetzung von Rechtspositionen .....	77
d) Ius ad rem im Erbrecht? .....	78
4. Iustinianisches Recht .....	81
a) Eigentumserwerb durch traditio .....	81
(1) Der Bedeutungswandel der traditio .....	81
(2) Auflockerungen des Traditionsprinzips .....	82
(3) Die Überwindung des Traditionsprinzips aus sich selbst: Übereignung mittels Besitzkonstituts .....	83
b) Die Durchsetzung von Rechtspositionen .....	84
(1) Die Trennung von obligatio faciendi und obligatio dandi .....	84
(2) Grundlagen .....	85
(3) Bedeutung .....	87
c) Mischformen zwischen relativ-persönlichen und absolut-dinglichen Positionen .....	87
(1) Eine relativ-dingliche Klage: Die rei vindicatio utilis .....	88
(2) Eine absolut-persönliche Klage: die actio in rem scripta .....	89
(3) Eine Außenwirkung der actio in personam: die in integrum restitutio .....	89
II. Germanisches Recht .....	90
1. Die Eigentumsübertragung .....	90
a) Die Gewere als Grundbegriff des germanischen Sachenrechts .....	90

b) Die Übertragung von Grundstücken .....	92
(1) Übertragung auf dem Grundstück .....	92
(2) Übertragung außerhalb des Grundstücks .....	92
c) Die Übertragung von Fahrnis .....	93
2. Sachzuordnung durch Kaufvertrag .....	94
a) Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	94
b) Der Doppelverkauf .....	95
3. Dogmatik .....	96
a) Schuld- und Sachenrecht .....	96
b) Übereignung durch Vertrag? .....	97
c) Der Kaufvertrag als unvollständige Übereignung .....	98
III. Vergleich .....	99
1. Die Bedeutung der Form .....	99
a) Die Unübertragbarkeit von Rechten .....	99
b) Eigentumsübertragung als geduldetes Ergreifen .....	100
c) Sachzuordnung durch Kaufvertrag? .....	101
2. Die Struktur subjektiver Zuordnungen .....	102
a) Zweipolige Zuordnungen als Frühform .....	102
b) Dreipolige Zuordnung .....	103
c) Zuordnung und Naturalvollstreckung .....	103
3. Das römisch-rechtliche Traditionsprinzip als Modell für das europäische Privatrecht? .....	104
a) Die traditio zwischen Vertrag und Ergreifungsakt .....	104
b) Die Grundlage des Traditionsprinzips .....	105
c) Die Aufweichung durch das Besitzkonstitut .....	106
B. Die Entstehung des ius ad rem .....	107
I. Das ius ad rem im Kirchen- und Lehnrecht .....	108
1. Kanonisches Recht .....	108
a) Dekretalrecht .....	108
b) Wissenschaftliche Einordnung .....	110
c) Würdigung .....	112
2. Lehnrecht .....	112
a) Entwicklung .....	112
b) Wissenschaftliche Einordnung .....	113
c) Würdigung .....	114

II. Das ius ad rem der Zivilistik .....	114
1. Rechtsentwicklung .....	115
a) Kaufvertrag und Übereignung .....	115
b) Naturalerfüllungsanspruch beim Kauf .....	116
c) Doppelverkauf .....	117
2. Dogmatische Einordnung .....	119
a) Die Herausbildung subjektiver Rechtspositionen .....	119
b) Das ius ad rem in der Zivilistik .....	120
III. Würdigung .....	121
1. Zum materiellen Zivilrecht .....	121
2. Zur dogmatischen Einordnung als ius ad rem .....	122
3. Das ius ad rem zwischen Sachenrecht und Schuldrecht .....	123
C. Die Entwicklung des ius ad rem .....	124
I. Humanismus und Usus Modernus .....	124
1. Kaufvertrag und Sachzuordnung .....	124
2. Dogmatik .....	125
3. Würdigung .....	126
II. Naturrechtslehre .....	127
1. Kaufvertrag und Sachzuordnung .....	127
a) Die Übereignung durch Vertrag .....	127
b) Die naturrechtliche Vertragslehre .....	129
c) Vollstreckung in natura .....	130
d) Der Doppelverkauf .....	131
2. Dogmatik .....	132
a) Dominium .....	132
b) Ius ad rem .....	133
3. Würdigung .....	134
a) Stärken .....	134
b) Schwächen .....	135
III. Gemeines Recht .....	136
1. Die Lehre von titulus und modus .....	136
2. Die Bedeutung der traditio .....	137
a) Die konsensuale Übereignung mittels Besitzkonstitut .....	137
b) Publizitätsprinzip und Erwerb vom nichtberechtigten Besitzer .....	138

3. Doppelverkauf .....	139
4. Das ius ad rem innerhalb der Lehre von titulus und modus .....	140
IV. Das ius ad rem in den deutschsprachigen naturrechtlichen Kodifikationen ....	140
1. Die Kodifikationen .....	140
2. Kaufvertrag und Übereignung .....	142
a) Traditionsprinzip .....	142
b) Die Übereignung mittels Besitzkonstituts .....	143
3. Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	144
4. Doppelverkauf und ius ad rem .....	145
a) Bayern .....	145
b) Preußen .....	145
c) Österreich .....	147
5. Würdigung .....	148
V. Das ius ad rem im französischen Code Civil .....	148
1. Konsensprinzip beim Kauf .....	148
a) Regelung .....	148
b) Einschränkungen .....	149
(1) Beschränkung auf den Verkauf von dem Verkäufer gehörenden Einzelsachen .....	149
(2) Relativität .....	150
c) Erklärungen zur Herkunft der Regel .....	151
(1) Naturrechtlicher Einfluss: Eigentumsübergang durch Willensakt ....	151
(2) Romanistischer Einfluss: traditio ficta .....	152
(3) Germanischer Einfluss: Kauf als dingliches Geschäft .....	153
(4) Gefahrtragung .....	153
(5) Konsensprinzip und obligatio dandi .....	154
2. Sachzuordnung im Innenverhältnis: Die Unterscheidung von obligatio dandi und obligatio faciendi .....	155
3. Drittwirkung der Sachzuordnung .....	156
a) Die Bedeutung des Besitzes .....	156
b) Die Bedeutung der Eintragung .....	156
c) Der Doppelverkauf .....	157
4. Würdigung .....	158
D. Der Niedergang des ius ad rem .....	159
1. Die Ablehnung des ius ad rem in der Lehre des 19. Jahrhunderts .....	159
1. Dogmatische Grundlagen .....	159

a) Die Trennung subjektiver Rechte in dingliche und persönliche Rechte ..	159
b) Die Übereignung .....	160
(1) Der dingliche Vertrag .....	160
(2) Die Bedeutung der traditio .....	162
c) Die Trennung des materiellen Rechts vom Prozessrecht .....	162
2. Sachzuordnung durch Kaufvertrag .....	163
a) Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	163
b) Sachzuordnung im Außenverhältnis .....	164
3. Die Verteidigung des ius ad rem durch Ziebarth .....	165
4. Würdigung .....	167
II. Die Abschaffung des ius ad rem durch die Gesetzgebung .....	168
1. Das preußische Eigentumserwerbsgesetz von 1872 .....	168
a) Regelung .....	168
b) Diskussion .....	168
c) Die Vormerkung .....	169
2. Das Bürgerliche Gesetzbuch .....	170
a) Die Beibehaltung des Traditionsprinzips .....	170
b) Abschaffung des ius ad rem .....	171
c) Die Vormerkung des BGB .....	172
3. Beibehaltung der Realexekution .....	173
III. Versuche der Wiedereinführung .....	174
1. Die Thesen von Wellspacher .....	174
2. Ansätze im Nationalsozialismus .....	175
a) Relatives Eigentum (Dulckeit, Meyer) .....	176
b) Das ius ad rem als Ausdruck des Austauschcharakters des Kaufs (Brandt) .....	176
c) Das „Recht zum Grundstück“ (Locher) .....	177
d) Exkurs: Zur Verwertbarkeit wissenschaftlicher Äußerungen des Dritten Reichs .....	179
3. Kaufvertrag und Eigentumsübergang im Recht der DDR .....	180
4. Ansätze in der Wissenschaft der Bundesrepublik .....	182
a) Die „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ .....	182
(1) Inhalt .....	182
(2) Stellungnahmen der Literatur .....	182
(3) Würdigung .....	183

b) Das „Anrecht“ .....	184
(1) Inhalt .....	184
(2) Würdigung .....	185
c) Das „spezielle Sach- und Vermögensrecht inter partes“ .....	186
(1) Inhalt .....	186
(2) Würdigung .....	187
E. Das ius ad rem im heutigen Privatrecht – rechtsvergleichender Überblick .....	188
I. Der Doppelverkauf .....	188
1. Deliktsrechtliche Lösungen .....	188
2. Besondere Regelungen .....	189
3. Der Doppelverkauf im Konsensprinzip .....	190
II. Naturalerfüllung und Sachzuordnung beim Kaufversprechen (promesse de vente) .....	190
a) Die promesse unilatérale de vente .....	191
(1) Einordnungsversuche .....	191
(2) Bindende Wirkung und ius ad rem .....	192
(3) Obligation de faire und Fehlen einer Bindung .....	193
(4) Würdigung .....	193
b) Die promesse synallagmatique de vente .....	194
c) Ergebnis .....	195
III. Naturalerfüllung und Sachzuordnung im englischen Recht .....	196
1. Konsensprinzip und Doppelverkauf bei beweglichen Sachen .....	196
2. Erfüllungsanspruch und equitable interest .....	197
3. Ergebnis .....	197
F. Sachzuordnung und ius ad rem – Bewertung der historischen Erkenntnisse .....	198
I. Die Isolierung der Rechtsfragen der Sachzuordnung .....	198
II. Ius ad rem .....	199

### *Kapitel 3*

#### **Theorie**

A. Das Verhältnis zwischen Eigentum und Besitz bzw. Registereintragung .....	201
I. Argumente für einen logischen Zusammenhang .....	201
1. Eigentum und Besitz .....	201
2. Eigentum und Registereintragung .....	203

Inhaltsverzeichnis	21
3. Eigentum und „Haben-Beziehung“	203
4. Eigentum und Gefahrtragung	204
5. Argumente aus speziellen Vertragsgestaltungen	205
a) Das Argument der logischen Unmöglichkeit	205
b) Mangel an Praktikabilität	206
II. Die Grundlegung der Trennung als Folge eines geänderten Verständnisses der Rechtsübertragung	208
1. Übergabe und gesetzlicher Eigentumsübergang	208
2. Übergabe und privatautonomer Eigentumsübergang	208
III. Folgerungen	209
B. Interessen und Ökonomie	209
I. Interessen	210
1. Sachzuordnung im Innenverhältnis	210
a) Einfachheit und Vertragsfreiheit	210
b) Interessen am sofortigen Übergang	211
(1) Sachzuordnung und Kaufpreiszahlung	211
(2) Die durch Kaufpreiszahlung bedingte Sachzuordnung als anwartschaftsrechtsähnliche sofortige Sachzuordnung	212
c) Beschränkung auf das Innenverhältnis	213
d) Voraussetzung der Naturalexekution für die konsensuale Sachzuordnung	214
2. Sachzuordnung im Außenverhältnis durch Übergabe oder Eintragung	216
a) Allgemeines Publizitätsprinzip	216
(1) Beschränkung der Argumente auf die Sachzuordnung im engeren Sinne	217
(2) Beschränkung der Argumente auf das Verhältnis zu Sachgläubigern	217
(a) Interessen von Sachgläubigern	218
(b) Interessen von Geldgläubigern	220
(c) Fazit	221
b) Beweisfunktion	222
c) Beschränkung auf das Außenverhältnis	223
3. Außenwirkung konsensualer Sachzuordnung gegenüber Bösgläubigen	223
II. Ökonomische Analyse: die „Efficient Breach Theory“	225
1. Die allgemeine Efficient Breach Theory	226
a) Ergebnis ohne Transaktionskosten	227
b) Ergebnis mit Transaktionskosten	229
c) Fragen der Risikoverteilung	231
d) Zwischenergebnis	232

2. Efficient Breach Theory der obligatio dandi .....	233
a) Opportunitätskosten .....	234
b) Transaktionskosten .....	236
(1) Vertretbare und einzigartige Sachen .....	236
(2) Geldinteressen und Sachinteressen .....	237
(3) Anwendung gegenüber dem Zweitkäufer .....	238
c) Risikoverteilung .....	239
3. Erträge der ökonomischen Analyse: Efficient Breach, property rights und Sachzuordnung .....	239
a) Efficient Breach als Allokationsproblem .....	239
b) Allokation und property rights .....	240
c) Property right und Sachzuordnung .....	241
d) Die Frage des Zeitpunkts .....	242
III. Ergebnisse .....	243
C. Dogmatik .....	244
I. Die Systematisierung subjektiver Rechte .....	244
1. Kriterien der Dinglichkeit .....	245
a) Beziehung zur Sache – Beziehung zur Person .....	245
(1) Varianten .....	245
(2) Kritik .....	246
b) Absolutheit – Relativität .....	247
(1) Varianten .....	248
(2) Kritik .....	249
c) Die Verbindungsthese und deren Probleme .....	249
(1) Der Streit als Unterschied der Sichtweisen .....	249
(2) Die Verbindungsthese .....	250
(3) Neue Probleme .....	251
2. Die Systematisierung subjektiver Rechte durch J. Schmidt .....	252
3. Eine neue Systematisierung .....	255
a) Absolutes und relatives Recht als Unterscheidung der Richtung .....	255
b) Dingliches und persönliches Recht als Unterscheidung des Inhalts .....	256
c) Kombinationsmöglichkeiten, insbesondere das relativ-dingliche Recht ..	258
(1) Die theoretische Möglichkeit des relativ-dinglichen Rechts .....	258
(2) § 392 Abs. 2 HGB als praktisches Beispiel einer relativen Zuordnung .....	258

Inhaltsverzeichnis	23
II. Die obligatio dandi als relativ-dingliches Recht	261
1. Der Inhalt des Forderungsrechts	261
a) Die drei möglichen Anspruchsfunktionen des Schuldvertrags	261
b) Zur Aufteilung dieser Funktionen	263
c) Der Inhalt des Erfüllungsanspruchs	264
(1) Französisches Recht	264
(2) Common Law	265
(a) Der Grundsatz des Geldersatzes	265
(b) Specific performance und Sachzuordnung	266
(3) Deutsches Recht	267
d) Sachzuordnung durch obligatio dandi	268
(1) Die angebliche Vermögenshaftung im deutschen Recht	268
(2) Der Inhalt der Primärhaftung	269
(3) Exkurs: Zur Autonomie des materiellen Rechts	272
2. Das Außenverhältnis des Forderungsrechts	273
a) Das Konzept der opposabilité	273
b) Bewertung	274
c) Modifikation	275
D. Formulierung einer neuen Dogmatik der Sachzuordnung	276
I. Sachzuordnung im Innenverhältnis	276
II. Sachzuordnung im Außenverhältnis	276
1. Doppelverkauf	276
a) Zwei gutgläubige Käufer	276
b) Der bösgläubige Zweitkäufer	278
2. Die relative Sachzuordnung in Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs	278
a) Einzelzwangsvollstreckung	279
b) Konkurs	280

#### *Kapitel 4*

#### **Geltendes Recht**

A. Der konsensuale Eigentumserwerb gemäß § 930 BGB	282
I. Die Möglichkeit der Übereignung nach §§ 929 S. 1, 930 BGB im System der Beziehung von Kaufvertrag und Übereignung	284
1. Übereignung und Besitzverschaffung	284

2. Die Abgrenzung zwischen Begründung eines Verschaffungsanspruchs und konsensualer Eigentumsübertragung .....	285
3. Konsensprinzip im deutschen Recht als Folgerung? .....	287
<b>II. Die Außenwirkung der Übereignung nach § 930 BGB .....</b>	<b>289</b>
1. § 930 BGB im Doppelverkauf .....	289
a) Das Verhältnis zwischen besitzendem und nicht besitzendem Käufer .....	289
b) Das Verhältnis zwischen zwei nicht besitzenden Käufern .....	290
c) Ergebnis .....	291
d) BGB und Gemeines Recht .....	292
2. § 930 BGB gegenüber Geldgläubigern des Verkäufers .....	292
a) § 930 BGB in der Einzelzwangsvollstreckung .....	292
b) § 930 BGB im Konkurs .....	293
<b>III. Ergebnis: Die Übereignung nach § 930 BGB als unvollständige Übertragung der Sachzuordnung .....</b>	<b>295</b>
1. Dogmatische Rekonstruktion .....	295
a) Die faktische Verfügungsmacht des noch besitzenden Verkäufers .....	295
b) Die Beständigkeit des gutgläubigen Erwerbs .....	297
2. Rechtspolitische Begründung .....	298
a) Zurechnungsprinzip .....	298
b) Die Rolle des Besitzes .....	299
3. Kriterien für die Bösgläubigkeit .....	300
<b>B. Die Vormerkung .....</b>	<b>301</b>
1. Grundzüge und Probleme der gesetzlichen Regelung .....	302
1. Entstehensvoraussetzungen .....	302
a) Anspruch ohne Gefährdung .....	302
b) Bewilligung ohne dingliche Einigung .....	303
c) Eintragung .....	303
2. Wirkungen .....	303
a) Sicherung gegenüber Zwischenverfügungen .....	304
b) Sicherung gegenüber Einzelzwangsvollstreckung .....	304
c) Sicherung im Konkurs .....	305
3. Bezeichnung .....	306
<b>II. Rechtsnatur .....</b>	<b>306</b>
1. Rechtsnatur der Vormerkung .....	307
a) Dingliches oder „quasi-dingliches“ Recht .....	307
b) Durchgangerscheinung auf dem Weg zum dinglichen Recht .....	308

c) Verfügungsverbot .....	308
d) Grundbuchvermerk .....	309
2. Vormerkung und Anspruch .....	309
a) Der Fehler in der Fragestellung nach der Rechtsnatur der Vormerkung ..	309
b) Vormerkung und Widerspruch .....	310
3. Rechtsnatur des vorgemerkten Anspruchs .....	311
a) Die Vormerkung ändert nicht das Forderungsrecht .....	312
b) Vormerkung als Grundbuchvermerk .....	312
c) Positiv angeordnete Rechtswirkungen .....	314
d) Rückbeziehung .....	316
e) Gleichbehandlung der Gläubiger .....	317
f) Exkurs: Die Relevanz der Ansichten der 1. Kommission für das Ver- ständnis des BGB .....	317
III. Einzelfragen .....	318
1. Natur und Rechtswirkungen der Bewilligung nach § 885 Abs. 1 S. 1 BGB	318
2. Anspruch auf Vormerkung aus dem Kaufvertrag .....	320
a) Meinungen .....	320
b) Relevanz .....	321
c) Stellungnahme .....	322
d) Lösung .....	323
3. Deliktsschutz des Vormerkungsberechtigten .....	324
4. Austausch des gesicherten Verschaffungsanspruchs .....	325
IV. Ergebnisse .....	327
1. Vormerkung und Sachzuordnung .....	327
2. Vormerkung und ius ad rem .....	328
3. Vormerkung und Verdinglichung .....	329
C. Das Veräußerungsverbot .....	330
I. Das einstweilige Verfügungsverbot .....	332
1. Grundlagen .....	332
a) Wirkungen .....	332
b) Durchsetzung .....	333
2. Das Problem kollidierender Verfügungsverbote .....	335
a) Unzulässigkeit des einstweiligen Verfügungsverbots zur Sicherung von Verschaffungsansprüchen? .....	335
(1) Einstweiliges Verfügungsverbot und ius ad rem .....	335

(2) Stellungnahme .....	336
b) Meinungen zur Auflösung kollidierender Veräußerungsverbote .....	338
c) Kritik .....	339
d) Lösung .....	340
3. Veräußerungsverbot und Geldgläubiger .....	342
a) Veräußerungsverbot und Einzelzwangsvollstreckung .....	342
b) Veräußerungsverbot und Eigentümerkonkurs .....	343
(1) Grundsatz: Wirkungslosigkeit des Verfügungsverbots gegenüber Verfügungen nach Konkurseröffnung .....	343
(2) Das publizierte Verfügungsverbot .....	344
(3) Ergebnis .....	344
II. Das rechtsgeschäftliche Verfügungsverbot .....	345
1. Normzweck des § 137 BGB .....	345
2. Wirkungen des schuldrechtlichen Veräußerungsverbots .....	347
a) Wirkungen im Innenverhältnis .....	347
b) Wirkungen im Außenverhältnis .....	349
3. Umgehungsmöglichkeiten der Beschränkung auf relative Wirkungen .....	351
a) Bedingte Verfügung .....	351
(1) Bedingung der Veräußerung .....	351
(2) Bedingung der Pfändung .....	352
b) Bedingter (Rück-)Übereignungsanspruch .....	352
III. Ausblick .....	353
D. Der Schutz des bloß obligatorisch berechtigten Käufers .....	354
I. Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	354
1. Die Möglichkeit einer Sachzuordnung durch Vertrag .....	355
a) Vertragsfreiheit und vertragliche Sachzuordnung .....	355
b) Soll-Zuordnung und Ist-Zuordnung .....	356
2. Relative Sachzuordnung im engeren Sinne .....	357
a) Erwirkung der geschuldeten Willenserklärungen .....	357
b) Erwirkung der Eintragung oder Übergabe .....	358
c) Ergebnisse und Folgerungen .....	358
3. Relative Sachzuordnung und Gefahrtragung .....	359
II. Sachzuordnung im Doppelverkauf .....	360
1. Die Beschränkung der Diskussion auf das Deliktsrecht .....	361

2. Rechtsgutsschutz unter § 823 Abs. 1 BGB .....	362
a) Genereller Schutz der Forderung unter § 823 Abs. 1 BGB .....	362
(1) Keine begriffliche Unverletzbarkeit .....	362
(2) Kein automatischer Schutz von Forderungsrechten wegen Rechts- qualität .....	363
(3) Begrenzung auf absolute Rechte .....	364
b) Schutz bei sozialtypischer Offenkundigkeit .....	367
c) Schutz der Forderung gegen bestimmte Eingriffe .....	368
d) Schutz bestimmter Elemente der Forderung .....	370
(1) Schutz der Forderungszuständigkeit .....	370
(2) Schutz der obligationsmäßigen Willensrichtung des Schuldners .....	371
e) Stellungnahme .....	373
3. Haftung unter § 826 BGB .....	374
a) Die schädigende Handlung .....	375
b) Vorsatz .....	376
c) Die Notwendigkeit über den Vorsatz hinausgehender Kriterien für die Sittenwidrigkeit .....	376
(1) Die Notwendigkeit besonderer Sittenwidrigkeitsmerkmale .....	376
(2) Kriterien für die Sittenwidrigkeit .....	378
(3) Praktische Relevanz der Kriterien in der Rechtsprechung .....	378
(4) Theoretische Bewertung der Kriterien .....	381
(5) Ergebnis .....	383
d) Konkretisierung des Begriffs der Sittenwidrigkeit in §§ 826 BGB für den Doppelverkauf .....	384
(1) Zur Dogmatik des § 826 BGB .....	384
(2) Konkretisierung für die Verleitung zum Vertragsbruch .....	385
(3) Konkretisierung für den Doppelverkauf .....	387
(4) Vereinbarkeit des Ergebnisses mit allgemeinen Wertungen .....	388
e) Doppelverkauf und Sachenrecht .....	389
4. Schaden und Schadensersatz .....	391
a) Inadäquanz von Ersatz in Geld .....	391
b) Rechtsfolge des deliktischen Anspruchs .....	392
(1) Geldersatz .....	392
(2) Direktübereignung an den Erstkäufer .....	392
(3) Rückübereignung an den Verkäufer .....	394
(4) Zustimmung zur Übereignungserklärung des Verkäufers .....	395

5. Ergebnis .....	396
a) Deliktischer Schutz und ius ad rem .....	396
b) Deliktischer Schutz und relative Sachzuordnung .....	398
III. Einzelzwangsvollstreckung .....	398
1. Die obligatio dandi in der Zwangsvollstreckung nach herrschender Meinung .....	399
a) Der Ausschluss des kaufvertraglichen Verschaffungsanspruchs aus den zur Drittwiderspruchsklage berechtigenden Positionen .....	399
b) Der Schutz des Käufers nach herrschender Meinung .....	400
(1) Der Schutz des dinglich gesicherten Käufers .....	401
(2) Der Schutz des besitzenden Käufers .....	401
(3) Der Schutz des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers .....	402
c) Der Schutz von anderen Forderungsrechten unter § 771 ZPO .....	403
(1) Herausgabeansprüche .....	403
(2) Treuhandverhältnisse .....	404
2. Die relative Zuordnung als die Vollstreckung hinderndes Recht .....	404
a) Das in der Einzelzwangsvollstreckung haftende Vermögen .....	404
(1) Das „die Veräußerung hindernde Recht“ .....	405
(2) Das haftende Vermögen .....	406
b) Die Relevanz der relativen Sachzuordnung in der Einzelzwangsvollstreckung .....	407
(1) Obligatio dandi und Herausgabeanspruch .....	407
(2) Die Funktion der Drittwiderspruchsklage als Fortsetzung negatorischer Ansprüche .....	408
c) Drittwirksamkeit der relativen Sachzuordnung .....	409
(1) Die Struktur des Schutzes besitzlosen Eigentums .....	409
(2) Übertragung auf den Schutz relativer Sachzuordnung .....	411
3. Die Einheit von materiellem und Prozessrecht – zur Konzeption von Picker .....	413
IV. Konkurs des Verkäufers .....	414
1. Der Schutz der obligatio dandi in der Insolvenz .....	416
2. Das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 103 InsO .....	417
3. Umfassender Schutz über ein „Benefiziarrecht“? .....	418
a) Der Ansatz von Assfalg .....	418
b) Dinglichkeit .....	419
c) Drittwirksamkeit .....	420
d) Würdigung .....	421
E. Sachzuordnung durch Kaufvertrag und ius ad rem im deutschen Recht .....	422
I. Sachzuordnung im Innenverhältnis .....	422

Inhaltsverzeichnis	29
II. Sachzuordnung im Außenverhältnis	423
1. Doppelverkauf	423
2. Schutz des Erstkäufers in Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs	424
III. Ius ad rem?	425

## *Kapitel 5*

### **Schluss**

A. Zusammenfassung der Ergebnisse	426
I. Geschichte	426
II. Theorie	428
III. Geltendes Recht	429
B. Folgerungen	431
<b>Literaturverzeichnis</b>	433
<b>Namenverzeichnis</b>	467
<b>Sachverzeichnis</b>	469

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch von 1814
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AKKR	Archiv für katholisches Kirchenrecht
allg.	allgemein
ALR	(preußisches) Allgemeines Landrecht von 1794
Alt.	Alternative
AltK	Alternativkommentar zum BGB
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
An Der civ	Anuario de Derecho civil (Spanien)
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BankA	Österreichisches Bankarchiv
BayObLGZ	Rechtsprechung des Obersten Landesgerichts, Entscheidungssammlung in Zivilsachen
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGHZ	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
Bull.	Bullettino dell' istituto di diritto romano „Vittorio Scialoja“ (Italien)
Bull.civ.	Bulletins civils (Frankreich)
BWNNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
C.	Codex
Card.L.Rev.	Cardozo Law Review (USA)
Cass.	Cour de cassation (Frankreich)
C.civ.	Code civil

chron.	chronique
Cod.civ.	Codice civile (Italien)
Cód.civ.	Código civil (Spanien)
Cod.Max.	Codex Maximilianeus (Bayern)
Col.L.Rev.	Columbia Law Review (USA)
Comp.	Compilatio
Cornell L.R.	Cornell Law Review (USA)
Dall.	Recueil Dalloz (Frankreich)
Defr	Répertoire du notariat Defrénois (Frankreich)
ders.	derselbe
Dig.	Digesten
DJT	Deutscher Juristentag
doctr.	doctrine
DP	Dalloz Périodique (Frankreich)
Duke L.J.	Duke Law Journal (USA)
EEG	(preußisches) Eigentumserwerbsgesetz von 1872
ERPL	European Review of Private Law
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgende
Fed.Cas.	Federal Cases (USA)
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gai. Inst.	Gaius, Institutionen
Gaz.Pal	Gazette du Palais (Frankreich)
GBO	Grundbuchordnung
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Gl.	Glosse
Gruch	(Gruchots) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GS	Gedenkschrift / Gedächtnisschrift
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HDIEO	Histoire du droit et des institutions de l'église en occident
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review (USA)
HdwbRvgl	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch der Rechtsgeschichte
hrsg.	herausgegeben
JhJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung

Inst.	Institutionen
Int'l. Rev. L.&Econ.	International Review of Law and Economics (USA)
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.Contr.L.	Journal of Contract Law (Australien)
J.Law&Econ.	Journal of Law and Economics (USA)
J.Leg.Stud.	Journal of legal studies (USA)
JbJgZRw	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler
JB1.	Juristische Blätter (Österreich)
JR	Juristische Rundschau
jur.	jurisprudence
Jur.Rev.	Juridical Revue (Schottland)
JurA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KglGehObTribE	Entscheidungen des königlichen Geheimen Obergerichtes (Preussen)
King's Coll.L.J.	King's College Law Journal (England)
KO	Konkursordnung
KritV	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des BGH in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring
L.Quart.Rev.	Law Quarterly Review (England)
m.Anm.	mit Anmerkung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins
Mod.L.Rev.	Modern Law Review (England)
Mot.	Motive zum BGB
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKomm-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Niederlande)
Ned. jur.	Niederlands jurisprudentie
NJ	Neue Justiz
NJB	Niederlands juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
Nouv.rev.hist.	Nouvelle revue historique de droit français et étranger
Nov.	Novellae
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖNZ	Österreichische Notariatszeitung
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
Pr.Ob.Tr.	Preußisches Obertribunal
Prot.	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB
Prot.Ak.Dt.R.	Akademie für deutsches Recht: Protokolle der Ausschüsse
Quart.J.Econ.	Quarterly Journal of Economics (USA)
Q.J.	Quotidien juridique (Frankreich)
RabelsZ	(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Req.	Cour de cassation, chambre de requette (Frankreich)
Rev.crit.der.inm.	Revista crítica de derecho inmobiliario (Spanien)
Rev.der.priv.	Revista de derecho privado (Spanien)
Rev.dr.int.comp.	Revue de droit international et de droit comparé (Frankreich)
Rev.hist.	Revue historique de droit français et étranger
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé (Frankreich)
Rev.jur.not.	Revista jurídica del notariado (Spanien)
Rev.trim.dr.civ	Revue trimestrielle de droit civil (Frankreich)
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Amtliche Sammlung der Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
R.I.D.A.	Revue internationale des Droits de l'Antiquité
Riv.dir.priv.	Rivista di diritto privato (Italien)
Riv.trim.dir.proc.civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (Italien)
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis (Niederlande)
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
S.	Seite / Satz
S.A. Law Times	The South African Law Times
SALJ	South African Law Journal
SavZ/ Germ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung
SavZ/ Kan	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Kanonistische Abteilung
SavZ/ Rom	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung
S.C.	Session Cases (Schottland)
SchwJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sec.	section
Sem.jur.	La semaine juridique (Frankreich)

SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
S.G.A.	Sale of Goods Act (England)
SLT	Scottish Law Times
So.Calif.L.Rev.	Southern California Law Review (USA)
StGB	Strafgesetzbuch
Stud.Dir.Hist.Iuris	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Italien)
StuR	Staat und Recht (DDR)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivil- und Justizverwaltungssachen
T.G.I.	Tribunal de Grande Instance (Frankreich)
THRHR	Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg (Südafrika)
TranspR	Transportrecht
TRG	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit (Niederlande)
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review (USA)
u. a.	und andere
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review (USA)
UCC	Uniform Commercial Code (USA)
Va.L.Rev.	Virginia Law Review (USA)
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen Teil IV
W.P.N.R.	Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie (Niederlande)
Yale Law J.	Yale Law Journal (USA)
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZürchKomm zust.	(Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

## Kapitel 1

# Einleitung

## A. Traditionelle Fragestellungen

Inwieweit ist dem Käufer die Kaufsache zugeordnet, nachdem er darüber einen Vertrag geschlossen hat und bevor sie ihm übergeben wurde oder er die Eintragung seiner Berechtigung in ein Register erlangt hat?

Das ist die Frage dieser Arbeit. In dieser Form wird sie allerdings in der rechtswissenschaftlichen Diskussion selten gestellt. Meist beschränkt man sich auf die Frage nach Traditions- oder Konsensprinzip. Tatsächlich sind aber damit drei Fragestellungen verbunden, die traditionell isoliert voneinander behandelt werden und daher auch zunächst getrennt voneinander dargestellt werden sollen, richtigerweise aber zusammen gehören.

## I. Konsens- oder Traditionsprinzip

### 1. Prinzipien

#### a) Traditionsprinzip

Nach dem Traditionsprinzip erfordert der Eigentumsübergang neben einer vertraglichen Einigung die Übergabe der verkauften Sache. Dabei kann die vertragliche Einigung im Kaufvertrag selbst liegen, wie etwa in Österreich<sup>1</sup> und Spanien<sup>2</sup>, oder in einem getrennten dinglichen Vertrag bestehen, dessen Wirksamkeit aber vom zugrundeliegenden Kaufvertrag abhängt – so etwa in den Niederlanden<sup>3</sup> und in der Schweiz<sup>4</sup>; in beiden Fällen ist das Traditions- mit dem Kausalprinzip kombiniert. Ist dagegen neben dem Kaufvertrag eine zusätzliche und von diesem recht-

---

<sup>1</sup> So zumindest die h.M.: OGH SZ 67/213; Rummel(-*Spielbücher*)<sup>3</sup> § 425 Rn. 2; kritisch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>11</sup> 285 f.

<sup>2</sup> Art. 609 Cód.civ.; vgl. *Diez-Picazo*, Fundamentos III<sup>4</sup> 771 ff.

<sup>3</sup> Art. 3:84 Abs. 1 NBW; vgl. *Mijnssen/de Haan*, Zakenrecht I<sup>13</sup> 161 – 187.

<sup>4</sup> Vgl. ZürichKomm.(-*Schönke*)<sup>3</sup> OR Art. 184 Rn. 24 – 35; ZGB(-*Lain*) Art. 656 Rn. 5 (für Grundstücke); ZGB(-*Schwander*) Art. 714 Rn. 3 f. (für Fahrnis). Grundlegend gegen das Abstraktionsprinzip BGE 55 II 302.

lich unabhängige Einigung erforderlich, so ist das Traditionsprinzip mit dem Abstraktionsprinzip verbunden. Diese letzte Form gilt vor allem in Deutschland<sup>5</sup>, daneben für bewegliche Sachen in Griechenland<sup>6</sup>, sowie in den Mischrechtsordnungen von Südafrika<sup>7</sup> und Schottland<sup>8</sup>.

Allerdings ist der Begriff Traditionsprinzip für das moderne Recht zu eng. Während bei beweglichen Sachen in der Regel tatsächlich die Übergabe Voraussetzung für den Eigentumsübergang ist, tritt bei unbeweglichen Sachen an deren Stelle häufig die Eintragung in das Grundbuch oder ein entsprechendes Register. Dass auch diese Form der Übereignung unbeweglicher Sachen häufig dem Traditionsprinzip zugeordnet wird, liegt wohl zum einen an einer gewissen begrifflichen Trägheit, zum anderen daran, dass man in der Eintragung in ein Register das Funktionsanalogon zur Übergabe bei beweglichen Sachen sieht. Beide Formen gleichen einander insofern, als zum Vertrag noch ein tatsächlicher Akt hinzutreten muss; das rechtfertigt unabhängig von der Bezeichnung ihre gemeinsame Behandlung.

Auch wo das Traditionsprinzip im eigentlichen Sinne gilt, findet es aber Einschränkungen. Das Erfordernis einer Übergabe wird häufig stark beschränkt, etwa auf eine symbolische Übergabe, oder faktisch ganz beseitigt, so insbesondere bei der Übereignung mittels Besitzkonstituts. Diese Formen der Übereignung gelten noch als Übereignung durch *traditio*, konstruktiv sind sie auch vom Konsens- und Einheitsprinzip unterschiedlich, aber faktisch besteht kaum noch ein Unterschied<sup>9</sup>: Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion kann der Eigentumsübergang durch bloßen Vertrag bewirkt werden. Grundlage ist ein ungenauer Begriff der *traditio*, die in der Diskussion manchmal für den tatsächlichen Vorgang der Übergabe, manchmal aber auch für einen vom rein schuldrechtlichen Kaufvertrag unterschiedlichen dinglichen Vertrag benutzt wird<sup>10</sup>.

Traditionsprinzip kann daher dreierlei bedeuten: die Notwendigkeit der körperlichen Übergabe, die Notwendigkeit eines Übertragungsakts (Übergabe oder Eintragung) oder bloß die Notwendigkeit eines dinglichen Übertragungsgeschäfts. Eine solche begriffliche Unschärfe muss fast zwangsläufig zu Missverständnissen in der Diskussion führen<sup>11</sup>. Gerade diese Doppeldeutigkeit des Begriffs ist aber so prägend für das Traditionsprinzip in Geschichte und Gegenwart, dass auch in dieser Arbeit nicht eine Definition unter Ausschluss aller anderen verwendet werden soll; stattdessen wird im Einzelfall die jeweilige Bedeutung benannt.

---

<sup>5</sup> *Jauernig* JuS 1994, 721 – 727.

<sup>6</sup> Art. 1034 ZGB; anders für unbewegliche Sachen Art. 1033 ZGB.

<sup>7</sup> *Miller*, in: *Southern Cross* 727 (734 – 739); *Kleyn/Boraine*, *Property* 78 – 84.

<sup>8</sup> Vgl. *Gordon*, *Studies* 210 – 236.

<sup>9</sup> So auch etwa *Drobnig*, in: *Towards a European Civil Code*<sup>2</sup> 495 (503).

<sup>10</sup> Vgl. etwa die Nachweise zur Schweizer Diskussion bei *Dischler*, *Rechtsnatur* 57 – 60.

<sup>11</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die Beispiele bei *Jauernig* JuS 1994, 721 f.

### b) *Konsensprinzip*

Nach dem Konsensprinzip ist dagegen weder Übergabe noch Eintragung für den Eigentumsübergang erforderlich. Das Eigentum geht durch bloße vertragliche Vereinbarung über; weder die körperliche Übergabe, noch die Eintragung in ein Register ist also Voraussetzung. Dogmatisch kommt das Konsensprinzip nur als Einheitsprinzip in der Form vor, dass der Eigentumsübergang eine automatische Folge des Kaufvertrags ist, dieser also translative Wirkung hat. Ein solches Prinzip gilt in Frankreich<sup>12</sup>, Belgien<sup>13</sup> und Luxemburg<sup>14</sup>, daneben etwa in Italien<sup>15</sup>, sowie – mit Einschränkungen – in England<sup>16</sup>.

Versteht man allerdings *traditio* als tatsächliche Übergabe, so ist dem Konsensprinzip auch ein Trennungssystem zuzurechnen, das einen vom Kaufvertrag getrennten dinglichen Vertrag erfordert, nicht aber die tatsächliche Übergabe. Wie soeben gesehen, unterliegt auch die Übereignung mittels Besitzkonstituts in diesem Sinne dem Konsensprinzip. Die Doppeldeutigkeit des Begriffs Traditionsprinzip hat also auch eine Doppeldeutigkeit des Begriffs Konsensprinzip zur Folge.

## 2. Rechtsvergleichender Meinungsstand

### a) *Nichtberücksichtigung der Frage im Kaufrecht*

Im Rahmen des Kaufrechts wird – jedenfalls außerhalb der Länder mit Konsensprinzip – die translative Wirkung des Kaufvertrags meist nicht erörtert; das wird auch in der Literatur und den Verträgen zu Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung deutlich. Schon Rabel verzichtete in seinem umfassenden rechtsvergleichenden Werk zum Warenkauf entgegen ursprünglichen Plänen<sup>17</sup> darauf, hier Vorschläge zur Vereinheitlichung zu machen<sup>18</sup>. Diese Zurückhaltung setzte sich in den Haager Übereinkommen zum Einheitskaufrecht vom 1. Juli 1964<sup>19</sup> fort; auch das Wiener UN-Kaufrecht<sup>20</sup> hat die Frage in seinem Art. 4 S. 2 lit. b ausdrücklich

<sup>12</sup> Art. 1582, 1583 C.civ.; vgl. unten S. 148 – 159.

<sup>13</sup> Art. 1582, 1583 C.civ.; vgl. *de Page*, *Droit civil belge* IV / 1<sup>4</sup> 42 – 60.

<sup>14</sup> Art. 1582, 1583 C.civ.

<sup>15</sup> Art. 1376 cod. civ.; vgl. *Garbaro*, *Diritto di proprietà* 680 – 692; *Jayme*, in: FS Mühl 339 – 347; *Chianale*, *Obbligazione di dare* 93 – 95 m. w. N.

<sup>16</sup> S.G.A sec. 17 rule 1 (allerdings unter dem Titel „Transfer of Property as between Seller and Buyer“). Zum Einfluß des Rechts von Louisiana (das seinerseits teilweise auf französischem Recht beruht) auf diese Vorschrift vgl. *Chianale*, in: *Vendita e trasferimento* I 843 – 860.

<sup>17</sup> Vgl. *Rabel* *RabelsZ* 9 (1935) 1 – 79 (1, 46).

<sup>18</sup> Vgl. zur Frage *Rabel*, *Warenkauf* I 27 – 32.

<sup>19</sup> BGBl. 1973 II, 886. Das Abkommen ist mittlerweile in Deutschland nicht mehr in Kraft: Bek. v. 10. 10. 1990, BGBl. II S. 1482.