

Jan Wilhelm
Sachenrecht

De Gruyter Handbuch

Sachenrecht

von

Jan Wilhelm

5., völlig neu bearbeitete Auflage

DE GRUYTER

Dr. iur. *Jan Wilhelm*, o. Professor an der Universität Passau i.R.

ISBN 978-3-11-046139-8
e-ISBN (PDF) 978-3-11-046324-8
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-046221-0

Bibliografische Information der Deutsche Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/ Boston

Einbandabbildung: AlexRaths/iStock/thinkstock
Datenkonvertierung und Satz: jürgen ullrich typosatz, Nördlingen
Druck und Bindung: Hubert & Co. GmbH und Co. KG, Göttingen

☺ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort zur 5. Auflage

Die Neuauflage beruht auf möglichst umfassender, an einigen Stellen auch straffender Überarbeitung der vorherigen Auflage. Im Stoff gestrafft worden ist wegen verminderter Aktualität das Kapitel über die Wiedervereinigung, sodann wegen der Eigenart als Spezialgebiet, welches in ein Lehrbuch des Sachenrechts nur im strukturell-prinzipiellen Überblick aufzunehmen ist, das Recht des WEG. In den übrigen Gebieten ist vor allem die Rechtsprechung möglichst umfassend behandelt worden. Sie musste sich immer wieder mit der komplizierten, aber weitgehend logisch-deduktiv anzuwendenden Materie des Sachenrechts befassen und ist für ihren Scharfsinn zu bewundern. Sich mit ihr auseinanderzusetzen, bereitet Vergnügen. Zu bewundern ist aber auch und in erster Linie immer wieder die großartige Arbeit des Gesetzgebers des BGB aufgrund der Pandektistik des 19. Jahrhunderts. Ein vordringliches Anliegen dieses Buches ist, die Gesamtsystematik des BGB und demnach unseres Zivilrechts zu entwickeln. Die Regelung der dinglichen Rechte soll im Zusammenhang mit der Zuordnungssubstanz und dem Schutz aller subjektiven Rechte zum Verständnis gebracht werden. Entwicklungen durch Rechtsfortbildung und Gesetzesreform waren an der gehörigen Stelle einzuordnen. Die Bemühung um ein Gesamtverständnis unter Berücksichtigung jener Weiterentwicklung hat zum Ausbau insbesondere des ersten – allgemeinen – Teils des Buches geführt.

Meinem wertvollen Helfer bei der Überprüfung der Zitate, Herrn stud. iur. Sven Schwarzat vom Lehrstuhl Professorin Dr. Dörte Poelzig, danke ich herzlich.

Dieses Buch widme ich meiner Frau.

Passau, 21. Januar 2016

Jan Wilhelm

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXXIX

Erster Teil: Gegenstand, Wesenszüge und Anwendungsbereich

A. System und Prinzipien des Sachenrechts	1
B. Das Sachenrecht als Recht betreffend die absolute Zuordnung vor allem von Sachen	27
C. Die allgemeine Güterzuordnung über das Sachenrecht hinaus, insbesondere der verfassungsrechtliche Schutz der privaten Güterzuordnung	136
D. Auswirkungen der deutschen Wiedervereinigung	184
E. Anwendbarkeit des deutschen Sachenrechts (internationales Sachenrecht) . . .	195
F. Europäische Rechtsangleichung; Arbeit der UNCITRAL und des UNIDROIT	212

Zweiter Teil: Die Sachenrechte und der Besitz

A. Der Besitz	219
B. Das Grundbuch	264
C. Eigentum	358
D. Hypothek, Grundschuld an Grundstücken und Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten	665
E. Nießbrauch, sonstige Dienstbarkeiten und Reallast	899
F. Die grundstücksgleichen Rechte	937

Dritter Teil: Dingliche Positionen zwischen schuldrechtlichem Anspruch und dinglichem Recht

A. Vormerkung	979
B. Vorkaufsrecht	1030
C. Anwartschaftsrecht	1045

Vierter Teil: Sicherungsrechte und Eigentumsvorbehalt

A. Überblick	1065
B. Akzessorische Sicherung	1070
C. Nicht akzessorische Sicherung	1074
D. Eigentumsvorbehalt	1095
E. Der Rang der Sicherungsrechte	1105
F. Folgerung	1114

Anhang: Grundbuchmuster	1117
Entscheidungsregister	1127
Sachregister	1153

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXXIX

Erster Teil: Gegenstand, Wesenszüge und Anwendungsbereich

A. System und Prinzipien des Sachenrechts	1
I. Das Sachenrecht im System des BGB und das System des Sachenrechts; Übertragung, Begründung, Erlöschen der Sachenrechte	1
1. Das System und seine Grundbegriffe	1
2. Insbesondere Übertragung, Begründung, Erlöschen der Sachen- rechte	5
3. Einheit der Zuordnungsproblematik über das Sachenrecht hinaus	8
4. Übersicht über das Sachenrecht des BGB	8
II. Die Prinzipien des Sachenrechts	9
1. Bedeutung und Einteilung der Prinzipien	9
2. Prinzipien hinsichtlich der Arten der Sachenrechte	10
a) Numerus clausus, Typenzwang	10
b) Kein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Verfügung über veräußerliche Rechte	13
3. Prinzipien betreffend Verfügungen über Sachenrechte	15
a) Die Klarheit der Aktstypen des Sachenrechts	15
b) Spezialitätsgrundsatz	16
c) Bestimmtheitsgrundsatz	16
d) Trennungs- und Abstraktionsprinzip; der dingliche Vertrag und die Verfügung allgemein	18
4. Publizitätsgrundsatz und gutgläubiger Erwerb vom Nicht- berechtigten	22
5. Die Freiheit der Gestaltung der nach numerus clausus und Typen- zwang anerkannten Rechte	26
B. Das Sachenrecht als Recht betreffend die absolute Zuordnung vor allem von Sachen	27
I. Die Begriffe des Gesetzes: Sachen, Bestandteile, Zubehör, Nutzungen	27
II. Die Bestandteilseigenschaft als Grundlage der rechtlichen Zuordnung, insbesondere bei Versorgungsleitungen	33
III. Die Sache als körperlicher Gegenstand	37
IV. Die absolute Zuordnung von Sachen als Gegenstand des Sachenrechts; die allgemeinen Schutzansprüche	42

V. Absolute und relative Zuordnung; die allgemeinen Schutzansprüche in der relativen Beziehung	49
1. Zuordnung durch die Rechte und Zuordnung der Rechte selbst . . .	49
2. Zwischenformen zwischen relativem und absolutem Recht	50
a) Thema	50
b) Drittwiderspruch gegen Vollstreckung aufgrund relativer Rechte	51
c) Gesetzliche Schutzwirkungen relativer Rechte gegen Dritte	52
d) Treuhand	52
e) Anwartschaftsrechte	53
f) Veräußerungsverbote, Vormerkung und sonstige Register- eintragungen	53
3. Die allgemeine These von der Verdinglichung relativer Rechte	56
4. Identität des Schutzes durch absolute Rechte und im Rahmen der relativen Beziehung durch relative Rechte	58
a) Die Regelung des Schutzes der relativen Rechte als Spezialregelung des allgemeinen Zuordnungsschutzes	58
b) Die Abgrenzung der Zuordnungssanktionen in der relativen Beziehung nach dem Inhalt der Zuordnung	60
c) Die Wirkung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips sowie der Akzessorietät inter partes und zu Dritten	63
VI. Begründung und Änderung der absoluten und der relativen Rechte; Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft	65
VII. Dingliche und schuldrechtliche Ansprüche im Sachenrecht	69
VIII. Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, Besitz	70
1. Eigentum und beschränkte Rechte, insbesondere beschränkte ding- liche Rechte, subjektiv-dingliche Rechte, Eigentümerrechte, Abgrenzung des Besitzes	70
2. Beschränkte Rechte an Sachen wie an anderen Rechten als Abspaltungen des Stammrechts	78
a) Dogmatik des Abspaltungsgedankens bei den beschränkten Rechten	78
b) Die beiden Übertragungsarten der Bestellung und der Übertra- gung beschränkter Rechte an Sachen wie an anderen Rechten . .	83
3. Die Unterscheidung zwischen Besitz und Rechtsbesitz	85
4. Rechte an dinglichen Rechten als aus diesen abgespaltene und damit selbst dingliche Rechte	86
5. Die Absolutheit des Pfandrechts an der Forderung	87
6. Fortsetzung der Diskussion um die Abspaltungsnatur der Rechte an Rechten	90
7. Die Fortsetzung der Abspaltung in den Ansprüchen zum Schutz der Rechte	92
8. Möglichkeit der Gesamtläubigerschaft hinsichtlich von beschränk- ten dinglichen Rechten	93
IX. Die gemeinschaftliche Berechtigung mehrerer Personen aus einem Recht; Teil- und Mitbesitz	94
1. Bruchteilsgemeinschaft und Gesamthandsgemeinschaft	94
2. Die Bruchteilsgemeinschaft im Gegensatz zur Inhaberschaft von Teilen eines Rechts und zur juristischen Person	95
3. Die Gesamthands- im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft	104

a) Die Gesamthands- als Außengemeinschaft und das BGB	104
b) Die Übernahme der Lehre von der BGB-Gesellschaft als Rechts- subjekt durch den BGH	111
c) Die Übertragbarkeit des Gesamthandsanteils als Bestätigung der Selbstständigkeit der Gesamthand	111
d) Die Rechtsfähigkeit von Personengesellschaften nach § 14 II BGB	116
e) Die Reichweite der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft; insbesondere die Frage der Grundbuchfähigkeit	117
f) Die Folgerung für das Sachenrecht	122
g) Fallbeispiel	122
4. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft im Vergleich zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft	123
5. Die Abgrenzung zwischen Teilrecht, Bruchteilsberechtigung und Gesamthandsberechtigung	125
a) Entstehung von Teil-, Bruchteils-, Gesamthandsberechtigung . . .	125
b) Beispielfall zur Frage der Entstehung von Bruchteils- oder Gesamthandsberechtigung	132
6. Teil- und Mitbesitz; Gesamthandsbesitz	132
C. Die allgemeine Güterzuordnung über das Sachenrecht hinaus, insbesondere der verfassungsrechtliche Schutz der privaten Güterzuordnung	136
I. Güterzuordnung als allgemeine Erscheinung und Entwicklung im Recht	136
1. Güterzuordnung als allgemeines rechtliches Phänomen	136
2. Unvollständigkeit der Güterzuordnung	137
3. Die Entwicklung der Güterzuordnung und die Bedeutung des Sachenrechts	139
4. Die ökonomische Analyse des Rechts	140
II. Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums	141
1. Die Regelung des GG und ihr Eigentumsbegriff	141
2. Die Beteiligung der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit am Eigentumsschutz	145
3. Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung nach der Recht- sprechung der drei beteiligten Gerichtsbarkeiten	146
a) Enteignung als Inhaltsbestimmung, die nicht nach Art 14 I 2 GG zulässig ist, nach der früheren Rechtsprechung des BGH; die frühere Schweretheorie des BVerwG	146
b) Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und Enteignung andererseits als gegensätzliche Sachverhaltskategorien nach der Rechtsprechung des BVerfG	148
c) Dogmatische Zweifel an der Rechtsprechung des BVerfG	153
aa) Berechtigter Kern, zweifelhaftes Mittel der Rechtsprechung des BVerfG	153
bb) Geltung des Kontrollmonopols des BVerfG und des Budget- rechts des Gesetzgebers für Inhaltsbestimmung und Enteignung gleichermaßen	154
cc) Die Identität von Inhaltsbestimmung und Enteignung als Eigentumsminderung	156
dd) Unrichtige Konsequenzen aus der Gegenüberstellung von Inhaltsbestimmung und Enteignung als unterschiedlichen Sachverhaltskategorien	158

d) Die Voraussetzungen einer Enteignung und die Reichweite zulässiger Inhalts- und Schrankenbestimmung nach der Rechtsprechung des BVerfG	163
e) Prüfungsschema nach der Rechtsprechung des BVerfG für die verfassungsrechtliche Prüfung einer Inhalts- und Schrankenbestimmung	167
f) Entschädigungslos zulässige und entschädigungspflichtige Beeinträchtigung nach der Rechtsprechung des BGH zum enteignungsgleichen und zum enteignenden Eingriff; Vergleich mit der Schweretheorie des BVerwG	170
III. Eigentumsschutz nach der Menschenrechtskonvention und dem Recht der Europäischen Gemeinschaften	177
IV. Drittwirkung der Grundrechte und der Grundfreiheiten	181
D. Auswirkungen der deutschen Wiedervereinigung	184
I. Der Einigungsvertrag	184
II. Rechtslage in der ehemaligen DDR – Überblick	184
1. Eigentum	184
2. Nutzungsrechte mit Gebäudeeigentum; Mitbenutzungsrechte	185
3. Gütertausch; Abstraktionsprinzip; gutgläubiger Erwerb	186
4. Dienstbarkeiten, Pfandrecht, Grundpfandrechte; Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung	186
III. Die Überleitung der sozialistischen Eigentumsordnung durch den Einigungsvertrag und die nachfolgenden Gesetze	187
1. Wiederherstellung der Privatrechtsordnung	187
2. Restitution	189
3. Die Überleitung sachenrechtlicher Regelungen der DDR	191
a) Grundstückseigentum, Nutzungsrechte, Gebäudeeigentum	191
b) Sicherungsrechte	192
4. Das Sachenrechtsbereinigungsgesetz	193
E. Anwendbarkeit des deutschen Sachenrechts (internationales Sachenrecht)	195
I. Einordnung des Internationalen Privatrechts und die Regelung des Internationalen Sachenrechts	195
II. Lösungsschritte bei international-privatrechtlichen Fällen	196
III. Das Internationale Sachenrecht	198
1. Die Situsregel	198
2. Statutenwechsel bei Belegenheitsänderung	203
3. Zwingender Charakter der lex rei sitae im Unterschied zum Verpflichtungsgehalt von Verträgen	207
4. Res in transitu	208
IV. Auseinanderfallen von Schuld- und Sachenrechtsstatut bei akzessorischen Rechten	209
V. Zession, Verpfändung, Sicherungszession von Forderungen	210
F. Europäische Rechtsangleichung; Arbeit der UNCITRAL und des UNIDROIT	212
I. Europa	212
II. UNCITRAL, UNIDROIT	217

Zweiter Teil: Die Sachenrechte und der Besitz

A. Der Besitz	219
I. Regelung und Ursprung	219
II. Begriff, Rechtsnatur, Einordnung des Besitzes, Rechtfertigung des Besitzschutzes	221
III. Sachherrschaft	226
1. Erworbene und nicht beendigte Sachherrschaft als Besitz; Besitz und Stellvertretung	226
2. Besitzverlust und Verfolgungsrecht	228
3. Die nähere Abgrenzung der Sachherrschaft	230
4. Zurechnung des Besitzwillens; originärer und derivativer Besitzerwerb	232
5. Kriterium der Verkehrsanschauung; die Lehre Hecks	233
6. Beispielfälle	234
7. Besitz und Gewahrsam	237
8. Beendigung des Besitzes	237
IV. Besondere Arten des Besitzes	237
1. Übersicht	237
2. Besitz durch Besitzdiener, Besitz von juristischen Personen, Gesamthandsgemeinschaften	238
3. Erbenbesitz	240
4. Teil- und Mitbesitz	241
5. Unmittelbarer und mittelbarer Besitz	242
a) Einordnung des mittelbaren Besitzes	242
b) Die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes	243
c) Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes; die Lehre vom Nebenbesitz	246
6. Eigen- und Fremdbesitz	249
V. Besitzschutz	249
1. Sachenrechtlicher Schutz	249
a) Verbotene Eigenmacht, fehlerhafter Besitz	249
b) Selbsthilferecht und possessorischer Besitzschutz	254
aa) Das Selbsthilferecht	254
bb) Der possessorische Rechtsschutz	256
cc) Besitzschutz und petitorischer Schutz nach § 1007	260
c) Besonderheiten des Besitzschutzes beim Mitbesitz	260
d) Besonderheiten des Besitzschutzes bei mittelbarem Besitz	261
e) Besitzschutz durch Besitzdiener	262
2. Bereicherungs- und deliktsrechtlicher Schutz	262
B. Das Grundbuch	264
I. Grundbuch und Besitz; Erwerb kraft Verfügungserklärung und Eintragung in das Grundbuch	264
II. Führung, Gestalt und System des Grundbuchs	273
1. Führung und Gestalt des Grundbuchs	273
a) Rechtsgrundlagen, Muster, Grundakten, Einsichtnahme	273
b) Grundbuch und Grundstück	276
c) Historische Entwicklung des Grundbuchs	276
2. Gegenstand des Grundbuchs	277
a) Das Grundstück	277

b) Grundstücksrechte, Verfügungsbeschränkungen und Vermerke	279
3. Verfahren zur Eintragung	285
a) Formelles und materielles Grundbuchrecht	285
b) Die Eintragungsvoraussetzungen	286
aa) Amtliche bzw amtlich veranlasste und privatautonom veranlasste Eintragungen	286
bb) Voraussetzungen privatautonom veranlasster Eintragungen	287
c) Das Eintragungsverfahren	294
III. Vormerkung und Widerspruch	295
IV. Der Rang der Grundstücksrechte und seine Vollziehung in der Zwangsversteigerung	295
1. Rang	295
a) Die Regelung des Rangs und die Probleme der Regelung	295
b) Der Rang iSd §§ 879 ff	298
c) Die Rangfolge bei fehlerhaft vorgenommenen oder entgegen der Einigung zustande gekommenen Eintragungen	302
d) Die Bezogenheit der Vereinbarung über die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts auf den Rang	306
e) Das Kondiktionsverhältnis bei rechtsgrundlosem Rang	309
f) Anwendung des § 181 auf Rechtsgeschäfte zur Rangveränderung	309
g) Beweglichkeit des Ranges	311
aa) Aufrücken nachrangiger Rechte und Lösungsanspruch	311
bb) Rangänderung, Rangvorbehalt, insbesondere relativer Rang	311
2. Zwangsversteigerung	314
a) Die Zwangsversteigerung als Mittel der Immobilizarzwangsvollstreckung	314
b) Gegenstand der Immobilizarzwangsvollstreckung	314
c) Begünstigte der Zwangsversteigerung	314
d) Verfahren	315
e) Die Versteigerungsbedingungen	316
f) Zuschlag mit Rechts- und Verteilungswirkungen	317
g) Zusammenfassung	317
h) Praxis des Zwangsversteigerungswesens	318
V. Vermutungswirkung, Berichtigung des Grundbuchs und Erwerb kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs	319
1. Übersicht: Vermutungswirkung und öffentlicher Glaube, Widerspruch und Berichtigung	319
2. Berichtigungsanspruch	324
3. Der Widerspruch	327
a) Die Wirkung eines Widerspruchs und die Wege zum Widerspruch	327
b) Wirksamwerden des Widerspruchs	331
c) Löschung des Widerspruchs	333
4. Öffentlicher Glaube des Grundbuchs	334
a) Erwerb kraft Ermächtigung und kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs	334
b) Erwerb kraft des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs:	
1. Fall Verfügungen nach § 892 I 1	334
c) 2. Fall: Wirksamkeit trotz Verfügungsbeschränkung (§ 892 I 2)	335
d) 3. Fall: Anderweitige Verfügungen (§ 893 2. Fall)	336

e) 4. Fall: Einziehung eines Rechts (§ 893 1. Fall)	337
f) Die vom öffentlichen Glauben erfassten Eintragungen und die von ihm erfasste Nichteintragung von Verfügungsbeschränkungen im Einzelnen	339
g) Das Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, die Ausnahme des Nicht-Verkehrsgeschäfts	343
h) Kenntnis des Erwerbers oder sonst Begünstigten als Schranke des öffentlichen Glaubens	349
i) Einordnung des Erwerbs kraft des öffentlichen Glaubens	351
j) Keine Eintragung bei Kenntnis des Grundbuchamts	352
k) Disponibilität des Rechtsscheins?	355
l) Rückerwerb des Nichtberechtigten	356
m) Fälle	356
5. Ersitzung aufgrund Eintragung oder gegen eine Eintragung im Grundbuch	358
C. Eigentum	358
I. Das Eigentum in seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung	358
II. Die besondere Art des Miteigentums; das sog. Bergwerkseigentum	359
III. Inhalt und Schranken des Eigentums nach Zivilrecht	360
1. Ausschließlichkeit nach § 903	360
2. Abgrenzung des Grundstückseigentums nach Nachbarrecht	361
3. Einzelne Inhaltsbestimmungen, Zuordnungen, Duldungspflichten und Abwehrrechte	362
4. Die Regelung des § 906	364
a) Verbot, Duldung, Ausgleichsanspruch	364
b) Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch	367
5. Kausalitätsbeweis für Aufopferungsansprüche und sonstige Ansprüche aufgrund von Emissionen	368
6. Die Umdeutung des § 906 II 2 im Sinne einer Verursachungshaftung durch den BGH	378
7. § 906 und öffentlich-rechtliche Nutzungsregelungen	383
a) Das problematische Verhältnis	383
b) Präjudizwirkung öffentlich-rechtlicher Verbote	383
c) Präjudizwirkung öffentlich-rechtlicher Erlaubnisse insbesondere nach BImSchG	383
d) Präjudizwirkung behördlicher Grenzwerte	387
8. Analoge Anwendung des § 906	388
9. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis	388
IV. Erwerb und Verlust des Eigentums	390
1. Übersicht über die verschiedenen Tatbestände	390
2. Rechtsgeschäftlicher Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken	391
a) Überblick	391
b) Die Übereignung von Grundstücken im Einzelnen	392
aa) Erwerb vom Berechtigten	392
aaa) Hauptfall Übereignung aufgrund Kaufs	392
bbb) Verhältnis von schuldrechtlichem Veräußerungsgeschäft und Übereignung	401
ccc) Anwartschaftsrecht aus Auflassung?	405
bb) Erwerb vom Nichtberechtigten	407

c) Aufgabe des Eigentums an Grundstücken, Aneignung, Aufgebot	407
3. Rechtsgeschäftlicher Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen	408
a) Erwerb vom Berechtigten nach §§ 929 ff	408
aa) Die fünf Erwerbstatbestände	408
bb) Typenfixierung	410
cc) Eigentum des Veräußerers	411
dd) Übergabe bzw Ersatztatbestände und Einigung	411
aaa) Das Verhältnis zwischen Übergabe, Besitzkonstitut, Vindikationszession und der Einigung	411
bbb) Vorweggenommene Einigung und antizipierte Über- eignung	412
ccc) Einigung bei der aufschiebend bedingten Übereignung (Kauf unter Eigentumsvorbehalt)	413
ddd) Inhalt der Einigung	414
eee) Die Sicherungsübereignung und das Bestimmtheits- erfordernis	414
fff) Übereignung durch oder an Stellvertreter, Übereignung bei Erwerb von Ehegatten oder Lebenspartnern im gesetzlichen Güterstand	418
ggg) Die Frage der Bindungswirkung der Einigung	420
hhh) Trennungs- und Abstraktionsprinzip	422
iii) Die Übereignung durch oder an Minderjährige	423
jjj) Die Ersetzung von Einigung und Übergabe in der Zwangsvollstreckung	426
ee) Die Übergabe	426
aaa) Übergabe zu unmittelbarem und zu mittelbarem Besitz	426
bbb) Geheißübergabe	429
ccc) Übereignung durch Stellvertretung oder Botenschaft . .	430
ff) Die Ersetzung der Übergabe nach § 929 S 2	432
gg) Die Ersetzung der Übergabe nach § 930	432
hh) Die Ersetzung der Übergabe nach § 931	437
b) Erwerb vom Nichtberechtigten	439
aa) Drei Möglichkeiten des Erwerbs vom Nichtberechtigten . . .	439
bb) Der Erwerb nach §§ 932 ff BGB und § 366 HGB	441
aaa) Die Voraussetzungen und der Regelungsgedanke im Überblick	441
bbb) Das Ausgangsmerkmal der Übergabe	449
ccc) Der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Bösgläubigkeit	457
(1) Grundsätzliches zum Merkmal der Bösgläubigkeit im Sinne des § 932	457
(2) Der für die Bösgläubigkeit maßgebende Zeitpunkt	459
(3) Die Voraussetzungen des bösen Glaubens	460
(4) Die Erweiterung des gutgläubigen Erwerbs nach § 366 I HGB, Einschränkung nach § 367 HGB . . .	465
ddd) Der Ausschlussstatbestand des Abhandenkommens . . .	470
eee) Widersprüchlichkeit und Harmonisierung der §§ 933, 934, insbesondere bei Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung	478

fff) § 934 und die Eigentumsvermutung des § 1006	483
ggg) Folgerung für §§ 932 ff	484
hhh) Gutgläubiger Erwerb des Miteigentums	487
iii) Der gutgläubige lastenfreie Erwerb	490
jjj) Der Rückerwerb des Nichtberechtigten	492
kkk) Sachenrecht und Schuldrecht beim gutgläubigen Erwerb	496
c) Mitübereignung von Bestandteilen und Zubehör	498
d) Erwerb durch Aneignung, Verlust durch Eigentumsaufgabe	498
aa) Aneignung bei Herrenlosigkeit, insbesondere aufgrund von Dereliktion	498
bb) Aneignung	500
e) Erwerb von Erzeugnissen und Bestandteilen	500
4. Gesetzlicher Erwerb und Verlust des Eigentums	511
a) Gesetzlicher Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken	511
b) Gesetzlicher Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen	513
aa) Einverleibung bei Pacht und Nießbrauch, Verbindung, Vermischung/Vermengung, Verarbeitung	513
aaa) Allgemeines	513
bbb) Einverleibung	513
ccc) Verarbeitung	514
ddd) Verbindung, Vermischung	515
eee) Charakter der Erwerbsgründe und die Möglichkeit von Verarbeitungsklauseln	516
fff) Der schuldrechtliche Ausgleich (§ 951)	520
(1) Die Regelung	520
(2) Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung	520
(3) Die Anwendung des § 951 bei Verwendungen	527
(a) Die Lösung des Gesetzes	527
(b) Anwendung eines subjektiven Bereicherungsbegriffs	531
(c) Fazit	533
(4) Rechtsfolgen des § 951	533
ggg) Sonderfall Überbau	536
bb) Ersitzung	540
aaa) Ersitzung und Verjährung	540
bbb) Schuldrechtlicher Ausgleich	541
cc) Erwerb von Erzeugnissen oder sonstigen Bestandteilen	542
dd) Erwerb des Finders	542
aaa) Fund	542
bbb) Fund in öffentlichen Behörden oder Verkehrsanstalten	548
ccc) Schatzfund	549
ddd) Gesetzliches Schuldverhältnis beim Fund	550
eee) Eigentumserwerb des Finders	551
ee) Eigentum an Schuldurkunden und Wertpapieren	552
IVa. Beispiel zum rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Erwerb des Eigentums	553
V. Schutz des Eigentums	555
1. Schutz des Eigentums durch die dinglichen Ansprüche	555
a) Die dinglichen Ansprüche	555

b) Vermutung des Eigentums	557
c) Verjährung, Verwirkung dinglicher Ansprüche	559
d) Die Anwendung der Vorschriften aus dem allgemeinen Schuldrecht	562
2. Die rei vindicatio	566
a) Die Herausgabepflicht	566
b) Recht zum Besitz	568
c) Beschränkungen des Wegnahmerechts des Mieters als Recht zum Besitz?	571
d) Herausgabeanspruch bei mittelbarem Besitz	575
e) Wirkung des Besitzrechts gegen den Erwerber des Eigentums ..	577
f) Beendigung des Besitzrechts und einstweilige Verfügung	578
3. Rei vindicatio und actio Publiciana	579
4. Nebenfolgen der Vindikation: Einordnung und Grundmerkmale ..	579
a) Leges speciales; Verhältnis zur Vertrags- und Bereicherungshaftung	579
b) Fassung und Grundgedanken der Haftung und Berechtigung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	583
c) Der Grundgedanke der Verwendungsersatzregelung	587
d) Die Voraussetzung des Vindikationsverhältnisses	588
e) Die entsprechende Anwendung der §§ 987 ff	588
f) Haftungsfreiheit vorbehaltlich der besonderen Haftungstatbestände betr Nutzungsherausgabe und Schadens- ersatz	589
g) Rechtshängigkeit	591
h) Die Bösgläubigkeit	591
aa) Die für die Prüfung maßgebliche Bezugsperson: Zurechnung von Bösgläubigkeit in einer Organisation	591
bb) Zurechnung fremder Bösgläubigkeit bei der natürlichen Person	595
cc) Bedeutung des Merkmals „nicht in gutem Glauben“	596
dd) Grob fahrlässige Unkenntnis	596
i) Zurechnung fremden Verschuldens im Rahmen der Haftung wegen Rechtshängigkeit oder Bösgläubigkeit	598
5. Nebenfolgen der Vindikation i e: Die Voraussetzung des Vindikationsverhältnisses	598
6. Nebenfolgen der Vindikation i e: Nutzungsherausgabe	604
a) Haftung des Rechtshängigkeitsbesitzers, des bösgläubigen und des unentgeltlichen Besitzers sowie bei Substanzverzehr	604
b) Unentgeltlicher und rechtsgrundloser Erwerb	606
c) Nutzungsherausgabe bei Besitzmittlung	607
d) Wechsel zwischen Nutzungsberechtigung des Eigentümers und des Besitzers	607
e) Nutzungsherausgabe bei Verzug und Deliktsbesitz	607
7. Nebenfolgen der Vindikation i e: Schadensersatzhaftung	608
a) Schadensersatzhaftung des Rechtshängigkeitsbesitzers	608
b) Schadensersatzhaftung des unredlichen Besitzers	609
c) Schadensersatzhaftung des Deliktsbesitzers (§ 992)	611
d) Haftung bei redlichem Besitz und der sog. Fremdbesitzerexzess ..	613
8. Nebenfolgen der Vindikation i e: Verwendungsersatz sowie Weg- nahmerecht	618

a) Übersicht über die Regelung	618
b) Begriff der Verwendungen	618
c) Verwendungsersatz und Nutzungsherausgabe	621
d) Die Unterscheidung nach notwendigen und anderen als notwendigen Verwendungen	622
e) Unterscheidung nach redlichem, verklagtem und bösgläubigem Besitzer, auch für den Deliktsbesitzer, und maßgeblicher Zeitpunkt	623
f) Verwendungsersatz bei Rechtsnachfolge	623
g) Die Rechte des Besitzers bei Verwendung, insbesondere Verbindung	623
aa) Feinstruktur und Einordnung	623
bb) Tatbestände und Inhalt der Verwendungsersatzansprüche . .	624
cc) Die Geltendmachung der Verwendungsersatzberechtigung .	628
9. Die Anwendung der bereicherungs- und der deliktsrechtlichen Vorschriften im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	629
a) Regelung der Vindikationslage als Sonderregelung	629
b) Folgerung zur Anwendung der §§ 823 ff	632
c) Folgerung zur Anwendung des Bereicherungsrechts	632
10. Die Herausgabeansprüche nach § 1007	632
a) Problematik der Einordnung	632
b) Systematische Ordnung der Anspruchsmerkmale und Deutung des § 1007	634
aa) Eigentumsschutz für Kläger und Beklagten	634
bb) Klage oder Einwendung bei Fremdbesitz	638
cc) Das Merkmal „nicht in gutem Glauben“	639
c) Anwendungsbereich des § 1007	641
11. Die actio negatoria	643
a) Die allgemeine Geltung des § 1004; drei Ansprüche und die Einwendung der Duldungspflicht	643
b) Die kategoriale Einordnung der actio negatoria	644
c) Der Beseitigungsanspruch nach der Auffassung der Recht- sprechung	647
d) Die Unhaltbarkeit der Verursachungshaftung bei Änderung der Eigentumsverhältnisse, insbesondere Dereliktion	651
e) Die Haftung aus § 1004 I als Habenshaftung	652
f) Die Maßgeblichkeit des Inhalts des Eigentums	654
g) Der Ausschluss des Anspruchs mit Dereliktion oder Übergang des störenden Eigentums	656
h) Die Einordnung der Rechtsfolge des Beseitigungsanspruchs	657
i) Wiederholungs- und Begehungsgefahr beim Unterlassungs- anspruch	659
j) actio negatoria und § 1007	660
k) Die Verjährung der actio negatoria	660
12. Der bereicherungs- und deliktsrechtliche Schutz des Eigentums . . .	660
D. Hypothek, Grundschuld an Grundstücken und Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten	665
I. Hypothek und Grundschuld	665
1. Grundpfandrechte	665
2. Die Grundform der Hypothek (sog. Verkehrshypothek) und die Sicherungshypothek	667

3. Grundschild, insbesondere Sicherungsgrundschild, und Rentenschuld	668
4. Der Sicherungsvertrag	669
5. Praktische Bedeutung der Grundpfandrechte	671
6. Europäische Entwicklung	675
7. Grundpfandrechte und Verbraucherschutzrecht	676
8. Rechtsnatur der Grundpfandrechte, Bestellung, Verfügungen und Rang	678
a) Rechtsnatur	678
b) Tilgung, Verfügung, Pfandtausch, Rang	679
9. Die Unterscheidung von Hypothek und Grundschild im einzelnen	680
a) Akzessorietät der Hypothek und Nichtakzessorietät der Grundschild	680
aa) Begriff der Akzessorietät	680
bb) Die Akzessorietät der Hypothek	683
aaa) Die Geltendmachung der Hypothek als Einziehung der Forderung	683
bbb) Hypothek für nicht fällige oder künftige oder bedingte Forderungen und Höchstbetragshypothek im Unterschied zur Hypothek für ein sofort auszuzahlendes Darlehen	685
ccc) Drei Merkmale der Akzessorietät der Hypothek	692
ddd) Gläubiger- und Schuldnerwechsel bei der hypothekarisch gesicherten Forderung	692
cc) Die Nichtakzessorietät der Grundschild	695
aaa) Der Gegensatz zu den drei Merkmalen der Akzessorietät der Hypothek	695
bbb) Gläubiger- und Schuldnerwechsel bei der Sicherungsgrundschild	698
dd) Akzessorietät und Eigentümergrundpfandrecht	699
b) Akzessorietät, Nichtakzessorietät von Rechten und Kausalität, Abstraktheit von Rechtsgeschäften	699
10. Gesetzliche Abweichungen von der Akzessorietät der Hypothek ...	702
a) Zession der hypothekarisch gesicherten Forderung mit der Hypothek	702
b) Rechtsscheinwirkung des Grundbuchs bei Verkehrs- und Sicherungshypothek und ihre Ausdehnung bei der Verkehrshypothek durch Briefbesitz und Abtretungsurkunden	703
c) Schuldnerschutz bei der Verkehrshypothek nur gegen die Forderung, nicht gegen die Hypothek; selbstständige Fälligkeitserkündigung der Hypothek	710
11. Brief- und Buchhypothek sowie -grundschild; Wertpapierhypothek	710
12. Umwandlung von der einen in die andere Form eines Grundpfandrechts	717
13. Eigentümergrundpfandrecht	717
a) Begriff und Fälle	717
b) Bestellung und Aufhebung einer Eigentümergrundschild oder einer Eigentümerhypothek	718
c) Die Eigentümergrundschild hinter Hypothek und Grundschild	720
d) Rechtsnatur und Inhalt des Eigentümergrundpfandrechts	721

14. Die wichtigsten Vorschriften des Hypothekenrechts und die Kriterien der Anwendung auf die Grundschuld	724
II. Die Hypothek	727
1. Inhalt der Hypothek	727
2. Gegenstand der Haftung	730
a) Der Gegenstand allgemein	730
b) Grundstück oder grundstücksgleiche Rechte	731
c) Der Hypothekenverband, Beschlagnahme, Zwangsvollstreckung	731
3. Bestellung der Hypothek	743
a) Grundtatbestand	743
b) Brief- und Buchhypothek	744
c) Fünfgliedriger Entstehungstatbestand bei allen Arten der Hypothek; Divergenz zwischen der Einigung über die Art der Hypothek und der Eintragung	748
d) Die Voraussetzung des Bestehens der Forderung	749
e) Eigentümergegrundschuld bei Fehlen der Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Hypothek?	751
f) Anwartschaftsrecht des Hypothekars bei noch nicht entstandener Forderung?	754
g) Die Möglichkeit der Zwischenfinanzierung	756
4. Entstehung der Hypothek auf andere Weise als durch Rechtsgeschäft	758
5. Übertragung der hypothekarisch gesicherten Forderung	759
6. Erwerb vom Nichtberechtigten	763
7. Geltendmachung der Hypothek	770
a) Pfandreife und Rechte vor der Pfandreife	770
b) Durchsetzung der Hypothek aufgrund Pfandreife durch Erlangung eines Duldungstitels und Zwangsvollstreckung	771
c) Das Nebeneinander von Hypothek und Forderung	773
d) Einwendungen und Einreden gegen die Geltendmachung	775
aa) Begriff von Einwendungen und Einreden	775
bb) Einwendungen und Einreden bei der Zession	776
cc) Wirkung von Einwendungen gegen die Forderung auf die Hypothek	777
dd) Geltendmachung von Einreden gegen die Hypothek	779
8. Befriedigung des Hypothekars	786
a) Befriedigung aus Forderung oder Hypothek bei Identität von Schuldner und Eigentümer	786
b) Befriedigung aus Forderung oder Hypothek bei Nichtidentität von Schuldner und Eigentümer	787
aa) Befriedigungsrecht und Leistung des mit dem Schuldner nicht identischen Eigentümers	787
bb) Leistung des mit dem Eigentümer nicht identischen Schuldners	789
c) Hypothek und Bürgschaft für eine fremde Schuld	790
aa) Die Problematik und Lösungsansätze	790
bb) Die Folgerung für das Verhältnis von Bürgen und hypothekbelastetem Eigentümer	793
d) Leistung durch Dritte	793
e) Löschungsvormerkung und Löschungsanspruch bei Übergang einer Hypothek oder Grundschuld auf den Eigentümer	794

9. Schutz, Beendigung, Verzicht, Aufhebung	799
10. Die Sicherungshypothek	800
a) Fälle	800
b) Besonderheiten der Sicherungshypothek	802
c) Höchstbetragshypothek	803
11. Die Gesamthypothek	804
a) Begriff und wirtschaftliche Bedeutung	804
b) Fälle der Gesamthypothek	805
c) Bestellung der Gesamthypothek	806
d) Probleme der Gesamthypothek, insbesondere die sog. Regress- losigkeit der Gesamthypothek	807
III. Die Grundsuld	813
1. Gegenstand und Inhalt der Grundsuld	813
2. Rechtsnatur und Regelung	813
3. Die vertragliche Beschränkung der Sicherungsgrundsuld, insbe- sondere bei Interzession oder Finanzierungshilfe eines dritten Eigentümers	816
a) Fünf Fallgruppen von Sicherungen, Sicherung künftiger Forderungen	816
b) Die Rechtsfolgen aus dem Sicherungsvertrag oder seiner Unwirksamkeit	817
c) Die Sicherungsgrundsuld in Insolvenz und Zwangsversteige- rung	822
d) Die Zuständigkeit von Einreden und Rückgewähransprüchen bei mehr als zwei Beteiligten	824
aa) Die Maßgeblichkeit des Sicherungsvertrags neben der Grundsuld	824
bb) Zuständigkeit der Einreden aus dem Sicherungsvertrag	825
cc) Entstehen und Zuständigkeit des Rückgewähranspruchs	829
4. Sicherungsvertrag, begleitende Klauseln und AGB bei der Siche- rungsgrundsuld	831
5. Bestellung der Grundsuld	836
6. Entstehung der Grundsuld auf andere Weise als durch Rechts- geschäft	837
7. Übertragung der Grundsuld	837
8. Erwerb der Grundsuld vom Nichtberechtigten	838
9. Die Geltendmachung der Grundsuld, insbesondere der Siche- rungsgrundsuld	839
a) Geltendmachung bei Fälligkeit allgemein und das Verhältnis zur Forderung bei der Sicherungsgrundsuld	839
b) Einreden gegen die Sicherungsgrundsuld	841
aa) Einreden des Eigentümers aus dem Sicherungsvertrag	841
bb) Die Neuregelung der Drittwirkung von Einreden	842
cc) Wirkung der Einreden gegen den Zessionar der Grundsuld nach früherem Recht (§§ 1192 I, 1157 aF)	844
dd) Rechtfertigung der Drittwirkung der Einreden gegen den Zessionar der Sicherungsgrundsuld nach § 1192 Ia S 1	849
10. Die Zahlung von Schuldner oder Eigentümer auf Forderung oder Grundsuld und die dabei zu berücksichtigenden Einreden	849
a) Die Alternative der Zahlung auf die Forderung oder die Grund- schuld	849

b) Ausgleichsberechtigung des zahlenden Schuldners bei Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer	851
c) Übergang der Grundschuld bei der Zahlung des Eigentümers auf die Grundschuld	852
d) Befriedigungsrecht des vom Schuldner verschiedenen Eigentümers und Übergang der Forderung auf ihn	852
e) Verhältnis zum Bürgenregress	855
f) Der Lösungsanspruch	855
11. Befriedigungsrecht eines Dritten	857
12. Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung	859
13. Schutz, Verzicht, Aufhebung, Befriedigung durch Zwangsvollstreckung	864
14. Die Gesamtgrundschuld	864
IV. Pfandrecht	865
1. Wesen, Arten und Regelung	865
2. Pfandrecht an Sachen	871
a) Arten, Bedeutung	871
b) Rechtsbeziehungen bei Verpfändung von Sachen und Versteigerung	874
c) Bestellung; Rang; Übertragung	875
d) Gutgläubiger Erwerb	878
aa) Gutgläubiger Erwerb bei Bestellung, aber nicht bei Übertragung	878
bb) Gutgläubiger Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts	880
e) Rechtszustand vor und aufgrund der Pfandreife; Verwertung des Pfandes	882
f) Schutz, Erlöschen des Pfandrechts an Sachen	888
3. Pfandrecht an Rechten; Pfandrecht an Wertpapieren	889
a) Pfandrecht an Rechten, insbesondere an Forderungen	889
b) Pfandrecht an Wertpapieren	896
c) Erlöschen des Pfandrechts an Rechten	897
V. Schutz der Gläubiger von Grundpfandrechten und Pfandrechten gegen Beeinträchtigungen und Schutz gegen Beeinträchtigungen durch solche Gläubiger	897
1. Schutz gegen den Eigentümer und des Eigentümers gegen den Pfandgläubiger	897
2. Schutz gegen Dritte	898
3. Schutz Dritter gegen Grundpfandrechtsgläubiger	898
E. Nießbrauch, sonstige Dienstbarkeiten und Reallast	899
I. Begriffe und Regelung der Dienstbarkeiten	899
II. Nießbrauch	900
1. Begriff und Regelung	900
2. Erscheinungsformen und Bedeutung	901
3. Der Nießbrauch an Sachen	903
a) Entstehung	903
b) Rechte des Nießbrauchers	904
c) Pflichten des Nießbrauchers	906
d) Der Schutz des Eigentümers	907
e) Pflichten des Eigentümers	907
f) Der Schutz des Nießbrauchers	907

g) Übertragung, Pfändung des Nießbrauchs	907
h) Erlöschen des Nießbrauchs	908
i) Uneigentlicher Nießbrauch (§ 1067)	909
4. Nießbrauch an Rechten	909
a) Begriff und Regelung	909
b) Entstehen, Übertragung, Erlöschen	911
5. Der Nießbrauch an einem Vermögen	912
III. Die Grunddienstbarkeit (§§ 1018–1029)	913
1. Begriff und Regelung	913
2. Inhalt und Grenzen der Grunddienstbarkeit	915
a) Die möglichen Arten des Inhalts	915
aa) Duldungsinhalt bei der Nutzungsdienstbarkeit	915
bb) Untersagungsinhalt bei der Verbotsdienstbarkeit	916
cc) Inhalt des Ausschlusses der Rechtsausübung bei der Rechtsverzichtsbarkeit	916
b) Der Grundsatz <i>servitus in faciendo consistere nequit</i>	917
c) Die Vorteilsregel	918
d) Änderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse	918
e) Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Eigentümer	920
aa) Schonende Ausübung	920
bb) Verlegungsrecht	920
3. Entstehen und Erlöschen der Grunddienstbarkeit	921
a) Entstehen	921
b) Erlöschen	922
4. Schutz der Grunddienstbarkeit	922
5. Die altrechtlichen Grunddienstbarkeiten	924
6. Die Dienstbarkeit als Mittel der Wettbewerbsbeschränkung	925
IV. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090–1093)	927
1. Begriff und Regelung	927
2. Inhalt	928
3. Berechtigter	928
4. Entstehen und Erlöschen, Schutz	929
5. Das Wohnungsrecht	930
V. Reallasten (§§ 1105–1112)	933
1. Inhalt und Bedeutung	933
2. Berechtigter	935
3. Bestellung und Übertragung der Reallast	936
4. Erlöschen der Reallast	936
5. Haftung für die Reallast	936
a) Haftung des Grundstücks	936
b) Persönliche Leistungspflicht des Eigentümers aus der Reallast	937
c) Verpflichtung aus dem Schuldverhältnis	937
F. Die grundstücksgleichen Rechte	937
I. Übersicht	937
II. Wohnungseigentum und Teileigentum	940
1. Verhältnis von Miteigentum am Grundstück und Wohnungs- bzw. Teileigentum	940
2. Die Entstehung und ihre Folgen	942
3. Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Aufhebung und sonstiges Erlöschen des Wohnungseigentums	944

4. Schutz des Wohnungseigentums	948
5. Die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer	949
a) Grundlagen der Rechte und Pflichten	949
b) Die Rechte und Pflichten i e	951
6. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums	953
a) Gemeinschaft und Verwalter als „Organe“ der Eigentümergemeinschaft	953
b) Die Haftung	956
7. Beginn und Ende der Wohnungseigentümergeinschaft	956
III. Das Erbbaurecht	958
1. Rechtsnatur und Regelung	958
a) Beziehung zum Bauwerk	958
b) Historische und wirtschaftliche Bedeutung	959
c) Das Erbbaurecht als grundstücksgleiches Recht	959
d) Vom BGB zur ErbbauVO	960
2. Entstehung, Art, Übertragung, Erlöschen des Erbbaurechts	961
a) Entstehung	961
aa) Einigung und Eintragung und Verpflichtungsgeschäft	961
bb) Erfordernis des ersten Rangs	962
cc) Erfordernis der Bezogenheit auf ein Bauwerk	963
b) Rechtsnatur des Erbbaurechts und mögliche Inhaltsbestimmungen	964
c) Schutz des Erbbaurechts	967
d) Sonderformen des Erbbaurechts	967
aa) Gesamterbbaurecht	967
bb) Auf einen Gebäudeteil beschränktes Erbbaurecht	968
cc) Wohnungs- und Teilerbbaurecht	968
dd) Untererbbaurecht	969
ee) Nachbarerbbaurecht	969
e) Übertragung des Erbbaurechts	969
f) Beendigung des Erbbaurechts	970
g) Wegfall des Bauwerks; Ausschluss der Bebaubarkeit	971
3. Erbbauzins	971
a) Überblick	971
b) Erbbauzins-Reallast	972
c) Anpassung des Erbbauzinses	972
IV. Das Bergwerkseigentum	974
Dritter Teil: Dingliche Positionen zwischen schuldrechtlichem Anspruch und dinglichem Recht	
A. Vormerkung	979
I. Grundlegung	979
1. Übersicht über die Regelung; Erstverfügung und Zweit- oder Zwischenverfügung	979
2. Der sachenrechtliche Kern der Vormerkung; Vormerkung und Widerspruch	981
3. Vormerkung als sachenrechtliche Rechtsposition im Unterschied zum Veräußerungsverbot	984
4. Die Abhängigkeit der Vormerkung vom gesicherten Anspruch; Identitätsgebot	986

5. Wirksamkeit der Vormerkung gegenüber einem Erben	988
6. Bewilligung oder einstweilige Verfügung, Eintragung der Vormerkung	989
7. Rangfunktion und Sicherungsfunktion der Vormerkung; Zustimmungsanspruch gegen Zweitverfügungserwerber	990
8. Vollwirkung	994
II. Entstehung und Bestehen der Vormerkung	996
1. Eintragungserfordernis	997
2. Unterscheidung nach der Erwerbsart	1000
3. Der Art nach vormerkbarer Anspruch	1000
4. Wirksame Begründung des (bedingten oder künftigen) Anspruchs, kein Wegfall	1005
5. Wirksame Bewilligung des Betroffenen oder einstweilige Verfügung (§ 885)	1005
6. Rechtsinhaberschaft und/oder Rechtsmacht des Bewilligenden	1006
a) Rechtsmacht des Berechtigten oder kraft seiner Ermächtigung . .	1006
b) Rechtsmacht kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs	1006
aa) Grundwertungen zum gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung; insbesondere Unterscheidung zwischen Erst- und Zweiterwerb	1006
bb) Gesetzliche Grundlage des gutgläubigen Erwerbs bei der Bewilligung einer Vormerkung durch einen Nicht- berechtigten	1007
cc) Wirkung der gutgläubig erworbenen Vormerkung, insbe- sondere gegen den Berechtigten	1008
dd) Der maßgebliche Zeitpunkt für Kenntnis und Widerspruch bei Bewilligung eines Nichtberechtigten für bedingte oder künftige Ansprüche	1012
7. Erlöschen der Vormerkung	1014
8. Die Voraussetzung der Entstehung des (aufschiebend) bedingten oder künftigen Anspruchs	1018
9. Einreden gegen den vorgemerkten Anspruch	1019
10. Vormerkungswidrige Verfügung	1019
11. Zweiterwerb: Erwerb durch Zession, insbesondere vom Nichtberechtigten	1021
a) Zession des Berechtigten	1021
b) Zession kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs?	1022
c) Die Eintragungsfähigkeit der Zession des vorgemerkten Anspruchs	1026
III. Die Kehrseite der relativen Unwirksamkeit von Zweitverfügungen, ihre relative Wirksamkeit	1027
IV. Nebenfolgen (Schadensersatz, Nutzungen, Verwendungen) aus der Vormerkungsposition	1028
B. Vorkaufsrecht	1030
I. Rechtsnatur	1030
1. Schuldrechtliches und dingliches Vorkaufsrecht	1030
2. Gegenstand, Vorkaufsfall und Umgehung des dinglichen Vorkaufsrechts	1032
3. Dingliches Vorkaufsrecht und Vormerkung	1036
4. Begründung und Ausübung des dinglichen Vorkaufsrechts	1037

II. Die Vormerkungswirkung und die Abwicklung der beiden Kaufverträge	1039
III. Gestaltungen des Vorkaufsrechts	1042
IV. Rang, Übertragbarkeit, Aufhebung, Erlöschen	1044
C. Anwartschaftsrecht	1045
I. Problematik	1045
II. Anwartschaftsrecht aus Auflassung	1045
III. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers und des Veräußerers bei auflösend bedingter Übereignung	1049
1. Die Entwicklung des Anwartschaftsrechts	1049
a) Die gesetzliche Regelung des Eigentumsvorbehalts	1049
b) Der gutgläubige Erwerb des Anwartschaftsrechts von einem Nichteigentümer als Verkäufer der Kaufsache; die Frage des Besitzrechts des Erwerbers	1052
c) Schutz des K in der Zwangsvollstreckung gegen V	1053
2. Die Verfügung über das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers	1054
a) Das Anwartschaftsrecht als Verfügungsgegenstand	1054
b) Gutgläubiger Erwerb vom vermeintlichen Anwartschafts- berechtigten	1057
c) Änderung der Stellung des Vorbehaltsverkäufers zu Lasten des Anwartschaftsrechtserwerbers	1059
3. Wirkung des Anwartschaftsrechts gegen Dritte	1062
a) Schutz des Anwartschaftsrechts durch negatorische, deliktische und Bereicherungsansprüche	1062
b) Schutz in der Zwangsvollstreckung; Lage bei Insolvenz des Vorbehaltskäufers oder des Vorbehaltsverkäufers	1062
IV. Die Frage des Anwartschaftsrechts des Hypothekengläubigers vor der Valutierung	1064

Vierter Teil: Sicherungsrechte und Eigentumsvorbehalt

A. Überblick	1065
I. Sicherungsrechte und Eigentumsvorbehalt	1065
II. Europäische Rechtsangleichung, insbesondere Finanzsicherheitenrichtlinie; UNCITRAL	1066
III. Akzessorische und nicht akzessorische Sicherungsrechte; Sicherungsabrede	1068
B. Akzessorische Sicherung	1070
I. Die Rechtsgeschäfte bei der Einräumung akzessorischer Rechte	1070
II. Verwertung akzessorischer Rechte	1071
1. Die Verwertung beim Pfandrecht	1071
2. Hypothek	1071
III. Akzessorische Rechte in Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren	1072
1. Zwangsvollstreckung	1072
2. Insolvenzverfahren	1073
C. Nicht akzessorische Sicherung	1074
I. Die verschiedenen Sicherungsrechte	1074
II. Dingliche Abhängigkeit vom Sicherungszweck; Sicherheitenpool	1075

III. Die einzelnen Sicherungsverfügungen	1078
1. Sicherungsübereignung	1078
a) Sicherungsübereignung einer beweglichen Sache	1078
b) Sicherungsübereignung eines Grundstücks	1079
2. Sicherungsabtretung einer Forderung	1079
3. Sicherungsgrundschuld	1082
4. Sicherungsnießbrauch	1082
5. Sicherungsübertragung eines Anwartschaftsrechts	1082
IV. Die Problematik der treu- oder sittenwidrigen Sicherung, insbesondere der Übersicherung	1083
V. Verwertung sicherungsweise übertragener Rechte	1091
VI. Sicherungsweise übertragene Rechte in der Zwangsvollstreckung und dem Insolvenzverfahren	1091
D. Eigentumsvorbehalt	1095
I. Wesen	1095
II. Schuld- und Sachenrecht; Trennungs- und Abstraktionsprinzip	1097
III. Nachträglicher Eigentumsvorbehalt	1098
IV. Die schuldrechtliche Wirkung des Eigentumsvorbehalts	1099
V. Verwertung der Rechtsstellung des Verkäufers, insbesondere beim verlängerten Eigentumsvorbehalt	1100
VI. Formen des Eigentumsvorbehalts	1100
1. Einfacher Eigentumsvorbehalt	1100
2. Verlängerter Eigentumsvorbehalt	1101
3. Nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt	1102
4. Weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt	1102
5. Kontokorrentvorbehalt	1102
6. Konzernvorbehalt	1103
7. Erweiterter Eigentumsvorbehalt; Übersicherung	1103
VII. Erlöschen des Eigentumsvorbehalts	1104
VIII. Vorbehaltenes Eigentum in Zwangsvollstreckung und Insolvenzverfahren	1104
E. Der Rang der Sicherungsrechte	1105
F. Folgerung	1114
Anhang: Grundbuchmuster	1117
Entscheidungsregister	1127
Sachregister	1153

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
aA	anderer Ansicht; am Anfang
aaO	am angeführten Ort
abgedr	abgedruckt
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
abl.	ablehnend
Abs	Absatz
Abschn	Abschnitt
Abt.	Abteilung
abw	abweichend
abzgl.	abzüglich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v 1861
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union v 9.5.2008, ABl C 115/47
aF	alte(r) Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v 9.12.1976, BGBl I, S 3317
AGBGB	Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006, BGBl I, S 1897
AktG	Aktiengesetz v 6.9.1965, BGBl I, S 1089
Alt	Alternative
aM	anderer Meinung; am Main
Amtsbl	Amtsblatt
AnfG	Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz) v 5.10.1994, BGBl I, S 2911
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung
AO	Abgabenordnung idF der Bekanntmachung v 1.10.2002, BGBl I, S 3866, 2003 BGBl I S 61
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) idF v 15.7.1985, BGBl I, S 1566
AVBWasserV	Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20.6.1980, BGBl I 750, 1067
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
Bau-ArGe	Bau-Arbeitsgemeinschaft
BauGB	Baugesetzbuch idF v 23.9.2004, BGBl I, S 2414
BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung) idF v 23.1.1990, BGBl I, S 132

BayBO	Bayerische Bauordnung idF v 4.8.1997, GVBl, S 433
BayDSchG	Bayerisches Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler v 25.6.1973, GVBl, S 328
BayImSchG	Bayerisches Immissionsschutzgesetz v 8.10.1974, RS 2129-1-1-U
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf	Bayerische Verfassung
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BB	Betriebsberater
BBergG	Bundesberggesetz v 13.8.1980, BGBl I, S 1310
Bd	Band
Bearb.	Bearbeitung
Begr.	Begründung
Bek.	Bekanntmachung
Bekl	Beklagte(r)
Beschl.	Beschluss
betr	betreffend
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz idF v 23.12.1988, BGBl I 1989, S 1
BeurkG	Beurkundungsgesetz v 28.8.1969, BGBl I, S 1513
BezG	Bezirksgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v 18.8.1896, RGBl, S 195
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche und ähnliche Vorgänge (Bundesimmissionsschutzgesetz) idF v 26.9.2002, BGBl I, S 3830 und der Änderung durch Gesetz v 11.8.2010, BGBl I, 1163
Bl	Blatt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMF	Bundesminister der Finanzen
BMinJustiz	Bundesminister der Justiz
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz v 25.3.2002, BGBl I, S 1193
BNotO	Bundesnotarordnung v 24.2.1961, BGBl I, S 98
BR-DrS	Bundesratsdrucksache
Brit.	Britisch
Brüssel-I-VO	VO (EG) N4 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl 2001 Nr L 12 S 1)
Bsp.	Beispiel
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-DrS	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW DSchG	Baden-Württembergisches Gesetz zum Schutz der Kulturdenkmale (Denkmalschutzgesetz) idF v 6.12.1983, GBl, S 797
BW LFGG	Baden-Württembergisches Landesgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit vom 12.2.1975 (GBl 116), zuletzt geändert durch G vom 29.7.2012 (GBl 555)
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise

ca.	circa
CoPECL	(Excellence-Project) Common Principles of European Contract Law
CFR	Common Frame of Reference
D	Digesten
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDR-GDO	Verordnung über die staatliche Dokumentation der Grundstücke und Grundstücksrechte in der Deutschen Demokratischen Republik (Grundstücksdokumentationsordnung) v 6.11.1975, BGBl I, S 697
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (Depotgesetz) idF v 11.1.1995, BGBl I, S 34
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
dh	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotI-Report	Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts (über beck-online einsehbar)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSchG	Denkmalschutzgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
DrZ	Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DWE	Der Wohnungseigentümer
DZWIR	Deutsche Zeitung für Wirtschaftsrecht
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development
EG	Europäische Gemeinschaft; Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft idF des Vertrags von Amsterdam v 2.10.1997, ABl Nr C 340 S 1
EGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch idF v 21.9.1994
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung v 5.10.1994, BGBl I, S 2911
EJCL	Electronic Journal of Comparative Law
ERVGBG	Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 11.08.2009, BGBl I 2713
EGZGB	Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik v 19.6.1975, BGBl I, S 517
EinigungsV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) v 31.8.1990, BGBl II, S 889
Einl	Einleitung
EinlPrALR	Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
einstw	einstweilige
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v 4.11.1950, BGBl 1952 II, S 685
ErbbauRG	Erbbaurechtsgesetz, neue Bezeichnung für ErbbauVO
ErbbauVO	Verordnung über das Erbbaurecht v 15.1.1919, RGBl, S 72

EStG	Einkommensteuergesetz idF v 19.10.2002, BGBl I, S 4210
etc	et cetera
EU	Europäische Union; Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Amsterdam v 2.10.1997, ABl Nr C 340 S 1
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	VO (EG) Nr 1215/2012 vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl L 351, 1)
EuInsVO	VO (EG) Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl Nr L 160)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.06.1980, ABl EG L 266/1 (Europäisches Schuldvertragsübereinkommen)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
<i>f/ff</i>	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v 17.12.2008, BGBl I, S. 2586
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Festgabe
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v 20.5.1898, RGBl, S 771
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz idF v 20.2.2003, BGBl I, S 286
GBBerG	Grundbuchbereinigungsgesetz v 20.12.1993, BGBl I, S 2182
GBI	Gesetzblatt
GBMaßnG	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet des Grundbuchwesens (Grundbuchmaßnahmegesetz) v 20.12.1963, BGBl I, S 986
GBO	Grundbuchordnung idF v 26.5.1994 (BGBl I, S 1114), geändert durch Art 1 Gesetz vom 11.08.2009 (BGBl I, 2713)
GBV	Verordnung zur Durchführung der GBO (Grundbuchverfügung- GBV -) v 8.8.1935 (RMBl, S 637), bekanntgemacht 24.1.1995 (BGBl I, 114), zuletzt geändert durch Art 2 Gesetz vom 11.08.2009 (BGBl I, 2713)
GBVorV	Grundbuchvorrangverordnung v 3.10.1994, BGBl I, S 2796
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz idF v 28.8.1986, BGBl I, S 1455
gem.	gemäß
GemS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz) idF v 19.8.1994, BGBl I, S 2202
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v 23.5.1949, BGBl, S 1
ggf	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung idF v 20.5.1892, RGBl, S 846
GmbHHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GrdstVG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz) v 28.7.1961, BGBl I, S 1091

GRR	Gemeinsamer Referenzrahmen
Gruch. Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet v Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GVBl	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz idF v 9.5.1975, BGBl I, S 1077
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen idF v 26.8.1998, BGBl I, S 2546
GZS	Großer Senat in Zivilsachen
HaftpflG	Haftpflichtgesetz vom 4.1.1978, BGBl I, S 145
HGB	Handelsgesetzbuch v 10.5.1897, bereinigte Fassung BGBl III, Glied-Nr 4100-1
HHDSchG	Hamburgisches Denkmalschutzgesetz v 3.12.1973, neu gefasst durch G vom 5.4.2013 GVBl I, S 466
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung idF v 26.7.1976, BGBl I, S 1933
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
Hs	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
i e	im einzelnen
iE	im Ergebnis
i e S	im engeren Sinn
insbes	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung v 5.10.1994, BGBl I, S 2866
Inst.	Institutionen
InvG	Investmentgesetz v 15.12.2003, BGBl I, 1276
InVorG	Gesetz über den Vorrang für Investitionen bei Rückübertragungsansprüchen nach dem Vermögensgesetz (Investitionsvorranggesetz) v 14.7.1992, BGBl I, S 1268
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
ISR	internationales Sachenrecht
iSv	im Sinne von
i ü	im übrigen
iVm	in Verbindung mit
i w S	im weiteren Sinn
i Zw	im Zweifel
JA	Juristische Arbeitsblätter
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
Jh	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JMinBINRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JMBI	Justizministerialblatt
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) vom 14.7.2013, BGBl I, 1981, geänd. durch G vom 15.4.2013, BGBl I 934
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der (bis 1.9.1899: nichtstreitigen) freiwilligen Gerichtsbarkeit in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
Kl	Kläger
KO	Konkursordnung idF v 20.5.1898, RGBl, S 612
KonsG	Konsulargesetz idF v 11.9.1974, BGBl I, S 2317
krit.	kritisch
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
KunstUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturhebergesetz) v 9.1.1907, RGBl, S 7
KWG	Gesetz über das Kreditwesen idF der Bekanntmachung vom 9.9.1998, BGBl I, S 2776
lfd.	laufend
LG	Landgericht
l Sp	linke Spalte
lit	Litera
Lit.	Literatur
LM	Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz vom 16.2.2001, BGBl I, S 266
LPG	Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft
LT	Landtag
LuftVG	Luftverkehrsgesetz idF v 14.1.1981, BGBl I, S 61
LwAnpG	Landwirtschaftsanpassungsgesetz v 3.7.1991, BGBl I, S 1418
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
maW	mit anderen Worten
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz) v 25.10.1994, BGBl I, S 3082
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
Mio.	Million
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz) v 4.5.1976, BGBl I, S 1153
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
mN	mit Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, v 23.10.2008, BGBl I, S 2026
Mot.	Motive der 1. Kommission zur Beratung des BGB
MünchKomm	Münchener Kommentar
mwA	mit weiteren Angaben
mwN	mit weiteren Nachweisen
N	Nachweise
NdsNatSchG	Niedersächsisches Naturschutzgesetz idF v 11.4.1994, NdS GVBl, S 155
nF	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NJWE-MietR	NJW-Entscheidungsdienst Miet- und Wohnungsrecht
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr	Nummer
NRW	Nordrhein Westfalen
NRWDSchG	Gesetz zum Schutz und zur Pflege der Denkmäler im Lande Nordrhein-Westfalen (Denkmalschutzgesetz) v 11.3.1980, GV NW, S 226
NuR	Natur und Recht
Nw	Nachweise
NVwZ	Neue Verwaltungszeitschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o	oben
o ä	oder ähnliches
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Besatzungszone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OLSchVO	Verordnung über Orderlagerscheine vom 16.11. 1931, Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4102-1 (nach Art 7 TransportrechtsreformG vom 25.6.1998, BGBl 1998 I Nr 39 außer Kraft getreten)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz) v 25.7.1994, BGBl I, S 1744
PatG	Patentgesetz idF v 16.12.1980, BGBl 1981 I, S 1
PBefG	Personenbeförderungsgesetz idF v 8.8.1990, BGBl I, S 1690
PECL	Principles of European Contract Law
PfandBG	Pfandbriefgesetz (Art 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Pfandbriefrechts v 22.5.2005, BGBl I, S 1373)
PfandleiherVO	Pfandleiherverordnung
PNP	Passauer Neue Presse
pr.	principium
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
ProdHaftG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz) v 15.12.1989, BGBl I, S 2198
Prot.	Protokolle der 2. Kommission zur Beratung des BGB
r Sp	rechte Spalte
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
REIT	Real Estate Investment Trust
REIT-Gesetz	Gesetz über deutsche Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen vom 28.5. 2007, BGBl I, 914
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen
RHeimstG	Reichsheimstättengesetz idF v 25.11.1937, RGBl I, S 1291
Risikobegrenzungs-gesetz	Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken vom 18.8.2008, BGBl I 2008, 1666

RIW/AWD	Recht der Internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Rn	Randnummer (= Rz)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rom-I-VO	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 Nr. L 177 S. 6, ber. 2009 Nr. L 309 S. 87))
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr 864/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (ABl Nr L 199 vom 31.7.2007, S. 40)
RPDSchPflG	Rheinland-Pfälzisches Landesgesetz zum Schutz und zur Pflege der Kulturdenkmäler (Denkmalschutz- und -pflegegesetz) idF v 27.10.1986, GVBl, S 159
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPflG	Rechtspflegergesetz v 5.11.1969, BGBl I, S 2065
Rs	Rechtssache
RSiedlG	Reichssiedlungsgesetz v 11.8.1919, RGBl, S 1429
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Ranziffer (hier nicht unterschieden von Rn)
S	Satz; Seite; siehe
s a	siehe auch
SaarlNatschG	Gesetz über den Schutz der Natur und die Pflege der Landschaft (Saarländisches Naturgesetz) idF v 19.3.1993, Amtsblatt, S 346
SachenRÄndG	Sachenrechtsänderungsgesetz v 21.9.1994, BGBl I, S 2457
SachenRBerG	Gesetz zur Sachenrechtsbereinigung im Beitrittsgebiet (Sachenrechtsbereinigungsgesetz) v 21.9.1994, BGBl I, S 2457
sc.	scilicet
ScheckG	Scheckgesetz v 14.8.1933, RGBl I, S 597
SchiffsRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken v 15.11.1940, RGBl I, S 1499
SchuldRAnpG	Gesetz zur Anpassung schuldrechtlicher Nutzungsverhältnisse an Grundstücken im Beitrittsgebiet (Schuldrechtsanpassungsgesetz) v 21.9.1994, BGBl I, S 2538
SchuldRModG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl I, S 3138
Slg	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes
s o	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp	Spalte
s u	siehe unten
st Rspr	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch idF v 13.11.1998, BGBl I, S 3322
str.	streitig
StVG	Straßenverkehrsgesetz v 5.3.2003, BGBl I, S 310
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung idF v 28.9.1988, BGBl I, S 1793
SZ	Süddeutsche Zeitung
TKG	Telekommunikationsgesetz v 25.7.1996, BGBl I, S 1120
TPG	Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen (Transplantationsgesetz) v 5.11.1997, BGBl I, S 2631
TzWrG	Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz) idF v 29.6.2000, BGBl I, S 957
u	unten
U.	Urteil

u a	unter anderem; und andere
u ä	und ähnliches
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz v 10.12.1990, BGBl I, S 2634
UmwG	Umwandlungsgesetz v 28.10.1994, BGBl I, S 3210
UPR	Umwelt und Planungsrecht
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v 9.9.1965, BGBl I, S 1273
usw	und so weiter
u U	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v 7.6.1909, RGBl, S 499
v	vom; von; vor
v a	vor allem
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) idF v 17.12.1992, BGBl 1993 I, S 2
Var.	Variante
VEB	Volkseigener Betrieb
verb	verbunden
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz idF v 29.6.2000, BGBl I, S 940
Verf.	Verfasser
VerglO	Vergleichsordnung v 26.2.1935, RGBl I, S 321
VermBerG	Gesetz zur Bereinigung vermögensrechtlicher und anderer Vorschriften (Vermögensrechtsbereinigungsgesetz) v 20.10.1998, BGBl I, S 3180
VermG	Vermögensgesetz idF v 18.4.1991, BGBl I, S 957
2. VermRÄndG	Gesetz zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften – Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz v 14.7.1992, BGBl I, S 1257
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht
VO	Verordnung
Voraus.	Voraussetzung
Vorbem	Vorbemerkung
Vorn	Vornote
VVG	Versicherungsvertragsgesetz v 23.11.2007 (BGBl I, 2631)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung idF v 19.3.1991, BGBl I, S 686
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz idF v 23.1.2003, BGBl I, S 102
WährG	1. Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) v 20.6.1948, WiGBl, Beil. Nr. 5, S 1
WE	Wohnungseigentum
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) v 15.3.1951, BGBl I, S 175
WG	Wechselgesetz v 21.6.1933, RGBl I, S 399
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz) idF v 19.8.2002, BGBl I, S 3245
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
wN	weitere Nachweise
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz idF v 9.9.1998, BGBl I, S 2708
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) v 11.8.1919, RGBl, S 1383
WSB	Wertpapiersammelbank
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht

WZG	Warenzeichengesetz idF v 2.1.1968, BGBl I, S 1
zB	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRwiss Forschung	Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v 10.12.1907; Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik v 19.6.1975, GBl I, S 465
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert(e)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium, online: www.zjs/online.com
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung idF v 5.12.2005, BGBl, S 3202
ZRG	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	zum Teil
zust.	zustimmend
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung idF v 20.5.1898, RGBl, S 713
ZwSt.	Zweigstelle
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
z Zt	zur Zeit

Im übrigen wird verwiesen auf Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. A. 2008.

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Bamberger/Roth* *Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert*: Bürgerliches Gesetzbuch, München 2003
- v. Bar*, IPR II *v. Bar, Christian*: Internationales Privatrecht/2. Band, Besonderer Teil, München 1991
- Bärman/Bearbeiter*, WEG *Armbrüster, Christian, Becker, Matthias, Merle, Werner, Pick, Eckhart, Wenzel, Joachim*: Wohnungseigentumsgesetz, 10. Auflage München 2008
- Baur/Stürner* *Baur, Fritz*: Lehrbuch des Sachenrechts, fortgeführt von Jürgen F. Baur und Rolf Stürner, 18. Auflage München 2009
- Baumbach/Hopt* *Hopt, Klaus J.*: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 32. Auflage München 2006
- Baumbach/Hefermehl*, WG und ScheckG *Hefermehl, Wolfgang*: Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen und einer Einführung in das Wertpapierrecht, 22. Auflage München 2000
- Boldt/Weller*, BBERG *Boldt/Weller*: Bundesberggesetz vom 13. August 1980; nebst Durchführungsbestimmungen des Bunds und der Länder sowie Gesetz zur vorläufigen Regelung des Tiefseebaus vom 16. August, Berlin u a 1980
- Brehm/Berger*, Sachenrecht *Brehm, Wolfgang; Berger, Christian*: Sachenrecht, 2. Auflage Tübingen 2006
- Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht *Brox, Hans/Walker, Dietrich*: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Auflage Köln, München u a 2003
- Bülow* *Bülow, Peter*: Recht der Kreditsicherheiten, 6. Auflage Heidelberg 2003
- Demharter*, GBO *Demharter, Johann*: Grundbuchordnung, 29. Auflage München 2014
- Erman/Bearbeiter* *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg.: Harm Peter Westermann, Bd. I und II, 9. Auflage Münster 1993, 11. Auflage Münster 2004, 12. Auflage 2008 (grundsätzlich wird die 12. Auflage zitiert)
- Ferid*, IPR *Ferid, Murad*: Internationales Privatrecht, 3. Auflage Frankfurt aM 1986
- Flume I/1* *Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band I, 1. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin u a 1977
- Flume I/2* *Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band I, 2. Teil, Die juristische Person, Berlin u a 1983
- Flume II* *Flume, Werner*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage Berlin u a 1992
- Gerhardt*, Immobiliarsachenrecht *Gerhardt, Walter*: Immobiliarsachenrecht, Grundeigentum und Grundpfandrechte, 5. Auflage München 2001
- Gerhardt*, Mobiliarsachenrecht *Gerhardt, Walter*: Mobiliarsachenrecht, Besitz, Eigentum, Pfandrecht, 5. Auflage München 2000
- Habersack*, Examensrepetitorium *Habersack, Mathias*: Examensrepetitorium Sachenrecht, 4. Auflage Heidelberg 2010
- Heck* *Heck, Philipp*: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930, Neudruck Aalen 1970

- Hüffer*, AktG
Ingenstau, ErbbauVO
Jauernig/Bearbeiter
Kegel, IPR, 6. A.
Kegel, IPR, 7. A.
Kegel/Schurig, IPR
Kommentar zum ZGB
Larenz I
Larenz II/1
Larenz/Canaris
Lutter
Maunz/Dürig
K. Müller
Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht
Medicus, Bürgerliches Recht
MünchKomm/Bearbeiter
MünchKommZPO/Bearbeiter
Musielak/Hau
Musielak/Bearbeiter, ZPO
Musielak, Examenskurs BGB
Ossenbühl, Staatshaftungsrecht
Palandt/Bearbeiter
Planck/Bearbeiter
Reinicke/Tiedtke
RGRK/Bearbeiter
Rimmelspacher
- Hüffer*, Uwe: Aktiengesetz, 7. Auflage München 2006
Ingenstau, Heinz; *Hustedt*, Volker: Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Auflage Düsseldorf 2001
Jauernig, Othmar: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage München 2004
Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 6. Auflage München 1987
Kegel, Gerhard: Internationales Privatrecht, 7. Auflage München 1995
Kegel, Gerhard; *Schurig*, Klaus: Internationales Privatrecht, 9. Auflage München 2004
Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR, hrsg. vom Ministerium der Justiz, verfasst von einem Autorenkollektiv, 2. Auflage Berlin 1985
Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage München 1987
Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage München 1986
Larenz, Karl; *Canaris*, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 2, Besonderer Teil, 13. Auflage München 1994
Lutter, Marcus: Umwandlungsgesetz, Band I und II, 3. Auflage Köln 2004
Maunz, Theodor; *Dürig*, Günter: Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, 46. Auflage München 2006
Müller, Klaus: Sachenrecht, 4. Auflage Köln u a 1997
Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage München 2006
Medicus, Dieter: Bürgerliches Recht, 20. Auflage Köln u a 2004
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I 7. Aufl. München 2015, Bde II-XI 6. Auflage München 2012 ff
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Hrsg.: *Lüke*, Gerhard, Band I-IV, 2. Auflage München 2000-2002
Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015
Musielak, Hans-Joachim, ZPO, Zivilprozessordnung, Kommentar, 10. Aufl 2013
Musielak, Hans-Joachim: Examenskurs BGB, 2. Aufl. 2010
Ossenbühl, Fritz: Staatshaftungsrecht, 5. Auflage München 1998
Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Auflage München 2015
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Hrsg.: *E. Strohal*, Band I (§§ 1-240), II 1 (§§ 241-432), II 2 (§§ 433-853), 4. Auflage Berlin u a 1913-1928, Band III 1 (§§ 854-1112), III 2 (§§ 1113-1296), 5. Auflage, Berlin u a 1933-1938
Reinicke, Dietrich; *Tiedtke*, Klaus: Kreditsicherung, 5. Auflage Neuwied 2006
Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Mitgliedern des BGH, Bd. I-III 1, 12. Auflage Berlin u a 1976-2000
Rimmelspacher, Bruno: Kreditsicherungsrecht, 2. Auflage München 1987

- Rosenberg/Gaul/Schilken* *Rosenberg, Leo; Gaul, Hans Friedhelm; Schilken, Eberhard: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage München 1997*
- Rozek, Eigentumsbindung und Enteignung* *Rozek, Jochen: Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung; eine Bestandsaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art 14 GG nach 15 Jahren Naßauskiesung, Tübingen 1998*
- K. Schmidt, Gesellschaftsrecht* *Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage Köln, München u a 2002*
- K. Schmidt, Handelsrecht* *Schmidt, Karsten: Handelsrecht, 5. Auflage Köln, München u a 1999*
- Schöner/Stöber* *Handbuch der Rechtspraxis Teil 4, Grundbuchrecht. 15. Aufl. 2012*
- Schweitzer, Staatsrecht III* *Schweitzer, Michael: Staatsrecht III – Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 8. Auflage Heidelberg 2004*
- Serick I–VI* *Serick, Rolf: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band I–VI, Heidelberg 1963–1986*
- Soergel/Bearbeiter* *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, II und IV, 13. Auflage Stuttgart u a 1999–2006*
- Staub/Bearbeiter* *Staub, Hermann: Handelsgesetzbuch Großkommentar, 4. Auflage Berlin u a 1995–2004*
- Staudinger/Bearbeiter* *v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1978–1989.*
 Wenn nichts Besonderes vermerkt, gelten folgende Neubearbeitungen: §§ 90–124 Neub. 2012; §§ 139–163 Neub. 2015; §§ 164–240 Neub. 2014; §§ 562–580a Neub. 2014; §§ 631–651 Neub. 2014; §§ 741–763 Neub. 2015; §§ 854–882 Neub. 2012; §§ 883–902 Neub. 2013; §§ 905–924 Neub. 2009; §§ 925–984 Neub. 2011; §§ 985–1011 Neub. 2013; §§ 1018–1112 Neubearb 2009; §§ 1113–1203 Neub. 2015; §§ 1204–1292 Neub. 2009; ErbbauRG und §§ 1018–1112 Neub. 2009; Art 43–46 EGBGB Neub. 2015
- Stöber* *Zwangsversteigerungsgesetz, Kom. 20. Aufl. 2012*
- Streinz/Bearbeiter, EUV/EGV* *Streinz, Rudolf: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003*
- v. Tuhr II/1* *v. Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band. Erste Hälfte, München, Leipzig 1914*
- Uhlenbruck/Bearbeiter* *Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzordnung, 12. Auflage München 2003*
- Vieweg/Werner* *Vieweg, Klaus; Werner, Almuth: Sachenrecht, 7. Auflage München 2015*
- H. Weber* *Weber, Hansjörg: Kreditsicherungsrecht, 8. Auflage München 2006*
- R. Weber I* *Weber, Ralph: Sachenrecht I Bewegliche Sachen, Baden-Baden 2005*
- R. Weber II* *Weber, Ralph: Sachenrecht II Grundstücksrecht, Baden-Baden 2005*
- Weitnauer, WEG* *Weitnauer, Hermann; Hauger, Maria; Lüke, Wolfgang: Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht; Kommentar, 9. Auflage München 2005*
- Westermann, 4. A.* *Westermann, Harry: Sachenrecht, 4. Auflage Karlsruhe 1960*
- Westermann, 8. A.* *Westermann, Gursky, Eickmann: Sachenrecht; Lehrbuch begründet von Harry Westermann, fortgeführt von Harm*

- Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann,*
8. Auflage Heidelberg, München, Landsberg, Frechen,
Hamburg 2011
- Wieling, Hans Josef:* Sachenrecht Band I, Sachen, Besitz
und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Auflage Berlin u a
2006
- Wieling, Hans Josef:* Sachenrecht, 5. Auflage 2007
- Wieling, Hans Josef:* Sachenrecht, 5. Auflage 2007
- Wilhelm, Jan:* Rechtsform und Haftung bei der
juristischen Person, Köln, München u a 1981
- Wilhelm, Jan:* Rechtsverletzung und
Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen
des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn
1971
- Windscheid-Kipp, Pandekten* *Windscheid, Bernhard:* Lehrbuch des Pandektenrechts,
8. Aufl. 1901, bearb. von *Theodor Kipp*
- Wolf, Ernst:* Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage Köln,
München u a 1979
- Wolf, Manfred:* Sachenrecht, 22. Auflage München 2006
- Wolff, Martin; Raiser, Ludwig:* Lehrbuch des Bürgerlichen
Rechts, begründet von Enneccerus, Kipp, Wolff, Band 3,
Sachenrecht, 10. Bearbeitung Tübingen 1957

Erster Teil

Gegenstand, Wesenszüge und Anwendungsbereich

A. System und Prinzipien des Sachenrechts

I. Das Sachenrecht im System des BGB und das System des Sachenrechts; Übertragung, Begründung, Erlöschen der Sachenrechte

1. Das System und seine Grundbegriffe

Das Sachenrecht ist das Rechtsgebiet des 3. Buchs des BGB. Also ist es ein privatrechtliches Rechtsgebiet¹. Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes regelt das 3. Buch die Rechte an Sachen, dh an körperlichen Gegenständen (§ 90), die sich in bewegliche Sachen und Grundstücke aufteilen (§§ 91 f, §§ 94 ff). Dann sagen die §§ 1068 I, 1273 I: „Gegenstand des Nießbrauchs“ bzw „des Pfandrechts“ „kann auch ein Recht sein“^{1a}. Der Sprachgebrauch ist gleich in dreifacher Hinsicht nicht exakt: Zunächst stehen sich nicht Rechte an Sachen und Rechte an Rechten gegenüber. Vielmehr gelten die folgenden zwei Unterscheidungen: zum einen die Unterscheidung zwischen dem Eigentum und den vom BGB geregelten beschränkten „Rechten an Sachen“ (Nießbrauch, Hypothek, Pfandrecht an Sachen etc). Zum anderen die Unterscheidung zwischen anderen Rechten als dem Eigentum und wiederum beschränkten Rechten an diesen anderen Rechten. Das Eigentum ist das umfassende Recht an einer Sache, welchem die beschränkten Rechte an Sachen gegenüberstehen. Den beschränkten Rechten an Sachen entsprechen die beschränkten Rechte an Rechten: Alle beschränkten Rechte sind nämlich Abspaltungen bestimmter Befugnisse aus einem Quellrecht; die beschränkten Rechte „an Sachen“ sind Abspaltungen aus dem Eigentum, beschränkte Rechte an anderen Rechten sind Abspaltungen aus einem anderen Recht. Etwa ist die Hypothek eine Abspaltung aus dem Grundstückseigentum dergestalt, dass der Hypothekar das Recht hat, das Grundstück zur Befriedigung wegen seiner Forderung versteigern zu lassen (§§ 1113 I, 1147). Als Beispiel eines Rechts an einem Recht ist das Pfandrecht an einer Forderung eine Abspaltung aus der Forderung dergestalt, dass der Pfandgläubiger das Recht hat, zur Befriedigung wegen der gesicherten Forderung (des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder) die verpfändete Forderung (des Verpfänders gegen einen Dritten) einzuziehen oder sonst zu verwerten (§§ 1204 I, 1273 I, 1281 ff).

Diese Eigenart der beschränkten Rechte macht die beiden weiteren Ungenauigkeiten im Sprachgebrauch unseres Gesetzes deutlich: Erstens sind schon die sog. beschränkten Rechte „an Sachen“ genauer betrachtet Rechte an einem Recht, nämlich am Eigentum. Zweitens haben alle beschränkten Rechte gar nicht andere Rechte zum Gegenstand und bestehen deshalb auch nicht „an“ diesen, sondern sie sind Rechte „aus“ den anderen Rechten. Rechte aus anderen Rechten können in zweifacher Form bestehen. Normaler-

¹ Vom (privatrechtlichen) Sachenrecht ist das öffentlich-rechtliche Rechtsgebiet der öffentlichen Sachen zu unterscheiden, s u Rz 4.

^{1a} S a § 876.

weise denkt man an die Bestellung beschränkter Rechte für andere Inhaber. Hierbei werden bestimmte Befugnisse aus dem Quellrecht auf einen anderen übertragen, der dadurch Inhaber des beschränkten Rechts wird. Unser Recht kennt aber auch die Abspaltung beschränkter Rechte unter Verbleib beim Inhaber des Quellrechts. Man schaue nur in § 1196 hinein, der die Bestellung einer Eigentümergrundschuld ermöglicht. Die Eigentümergrundschuld ist eine Grundschuld, die sich der Eigentümer selbst bestellt^{1b}. Der Eigentümer spaltet hier sein Recht auf, er spaltet nicht einen Teil ab unter Übertragung auf einen anderen. Die Bestellung zugunsten eines anderen, dh die Übertragung einer Teilbefugnis auf einen anderen ist aber der Hauptfall der Begründung beschränkter dinglicher Rechte.

Mit der Kennzeichnung der Bestellung eines beschränkten Rechts als Aufspaltung unter Verbleib beim Inhaber des Quellrechts oder als Übertragung von Befugnissen auf einen anderen kommen wir zu einer letzten Klärung im Verhältnis zum Sprachgebrauch des Gesetzes: Das Gesetz drückt die Bestellung beschränkter Rechte mit dem Begriff Belastung aus; nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes wird durch die Bestellung beschränkter Rechte „an Sachen“ das Eigentum (nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes: die Sache) „belastet“ (s §§ 873 I, 1030 I, 1113 I). Das Quellrecht wird aber nicht etwa nur gewissermaßen eingedrückt, vielmehr wird eine bestimmte Befugnis aus dem Quellrecht herausgenommen und als Inhalt eines beschränkten Rechts auf einen anderen übertragen oder in der Hand des Bestellers gebildet. Allerdings führt das Erlöschen des beschränkten Rechts zur Wiederauffüllung des Quellrechts und kann insofern von „Belastung“ (mit einer vorübergehenden Last) gesprochen werden.

- 2** Zum Verständnis der beschränkten Rechte als Teilrechte, die durch Aufspaltung oder Abspaltung gebildet werden, ist die Zuordnung zu analysieren, die durch Rechte insgesamt bewirkt wird. Für die Analyse bleiben wir jetzt beim Hauptfall der Bildung beschränkter Rechte, dem der Einräumung an einen anderen Erwerber. Die Aufspaltung unter Verbleib des Rechts beim Inhaber des Quellrechts ist aber ganz entsprechend zu denken. Bei der durch Rechte bewirkten Zuordnung sind zwei Richtungen zu unterscheiden, nämlich die Zuordnung im Hinblick auf den Rechtsgegenstand (Sache oder sonstige Gegenstände; die Objektseite der Zuordnung) und die Zuordnung im Hinblick auf die Frage, wem von allen möglichen Rechtssubjekten das Recht gehört (die Subjektseite der Zuordnung). Konsequenz der Zuordnung im Hinblick auf das Rechtssubjekt ist, dass der Berechtigte, wenn es sich um ein übertragbares Recht handelt, über das Recht verfügen, also ein anderes Subjekt an seine Stelle setzen kann^{1c}. Eine solche Verfü-

^{1b} Sinn: Der Eigentümer behält sich vor, über sein Eigentum und die Eigentümergrundschuld selbstständig zu verfügen, etwa die Grundschuld zu übertragen und das Eigentum zu behalten oder umgekehrt das Eigentum zu übertragen und dabei die Grundschuld zu behalten.

^{1c} Die Verfügung über das Quellrecht durch Abspaltung eines beschränkten Rechts als Teil daraus verfehlen *Baur/Stürmer*, wenn sie § 37 Rn 4 in Fällen, dass ein belastetes Grundstück wegen Unwirksamkeit des Kaufvertrages nach Bereicherungsrecht herauszugeben ist, aus der Rechtsprechung folgenden Unterschied entnehmen: Habe der Käufer das Grundstück nach dessen Erwerb im eigenen Namen selbst mit einer Grundschuld (§ 1191 I) belastet, schulde er nicht die Beseitigung der Belastung, sondern nur Wertersatz nach § 818 II (angeführt wird BGH NJW 1991, 917). Anders, wenn der Käufer zur Sicherheit seines Kreditgläubigers das Grundstück vor der Übereignung kraft Vollmacht des Verkäufers belastet habe. Hier sei die Sicherheit Bereicherungsgegenstand und deshalb zu beseitigen (angeführt wird BGHZ 150, 187). Die Belastung nach der Übereignung ist aber ebenso durch Leistung des Verkäufers erlangt, wie die Belastung mit seiner Vollmacht vor der Übereignung: Im Fall der Belastung nach Übereignung hat der Verkäufer dem Käufer das volle Eigentum, einschließlich des dann durch Belastung abgespaltenen Teils, geleistet. Im einen wie im anderen Fall geht es darum, ob der Käufer das durch Belastung abgespaltenen Teilrecht trotz Einräumung an den Kreditgläu-

gung stellt auch die Bestellung von Rechten an Rechten, einschließlich der Bestellung von beschränkten Sachenrechten dar: Bei dieser wird nur nicht vollständig, sondern durch Abspaltung bestimmte Befugnisse teilweise an die Stelle des ursprünglich ausschließlich Berechtigten ein anderes Subjekt gesetzt.

Die Unterscheidung zwischen Rechtsobjekt- und Rechtssubjektseite der Zuordnung ist bedeutsam für die Einordnung unseres Rechtsgebiets. Allgemein ist man geneigt zu sagen, das Sachenrecht sei das Gebiet der absoluten Rechte, insbesondere der dinglichen, dh an Sachen bestehende Rechte, während das Schuldrecht die relativen Rechte regelt. Absolute und relative Rechte werden, wie folgt, unterschieden: Absolute Rechte sind gegen jedermann, auch gegen Gläubiger in der Zwangsvollstreckung (§ 771 ZPO) und im Insolvenzverfahren (§§ 47–52 InsO) wirksame Rechte^{1d}, relative Rechte wirken nur gegen die tatbestandlich Betroffenen, insbesondere die vertraglichen Rechte nur gegen den Vertragspartner². Dann fragt sich aber, was Pfandrecht oder Nießbrauch an Forderungen (relativen Rechten) im Sachenrecht zu suchen haben. Dies klärt sich auf, wenn man berücksichtigt, dass auch relative Rechte eine absolute Dimension haben, nämlich hinsichtlich der Subjektseite der Zuordnung. Gerade diese absolute Dimension kommt darin zum Ausdruck, dass das Sachenrecht auch Nießbrauch und Pfandrecht an Forderungen regelt. Auch relative Rechte sind nämlich insoweit absolut, als sie nur dem Berechtigten gehören. Und diese absolute Zuordnung überträgt der Gläubiger einer Forderung durch Abtretung oder er gibt daraus etwas ab, indem er einem anderen einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht an seiner Forderung einräumt. Nur hinsichtlich der Objektseite der Zuordnung (in Richtung auf den Gegenstand, bei der Forderung auf die Leistung) sind relative Rechte relativ, wirkt eine Forderung nur gegen den Schuldner, auch in der Hand des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers der Forderung. In Hinsicht auf die Subjektseite sind Pfandrecht und Nießbrauch an relativen Rechten aber absolut, indem der absolute Inhaber des Rechts durch Bestellung von Pfandrecht oder Nießbrauch das ihm gehörige Recht aufteilt. Das Sachenrecht regelt diese Aufteilung der absoluten Inhaberschaft³.

biger noch herausgeben kann. Kann er die eingeräumte Grundschuld ablösen, insbesondere aufgrund Kooperationsbereitschaft des Kreditgläubigers, die bestehen kann, sofern der Käufer seine gegen die Belastung erbrachten Zahlungen zurückgewährt (zur Erstreckung des Bereicherungsanspruchs auf die für die Verfügung erlangten Surrogate s § 818 I 2. Alt), schuldet der Käufer nach § 812 I 1 die Ablösung. Mit Recht macht BGHZ 150, 187 (194) den Vorbehalt, dass dahingestellt sei, ob nicht möglicherweise auch in einer dem früheren Fall entsprechenden Fallgestaltung für die Beseitigung zu entscheiden sei.

^{1d} Die Absolutheit, insbesondere Dinglichkeit von Rechten bedeutet die Wirkung gegen jedermann, damit auch gegen die Gläubiger des Unterworfenen. Der Gegenschluss, dass aus der Wirkung gegen Mitgläubiger die Dinglichkeit der Rechtsstellung folgt, ist nicht zutreffend: So billigt § 10 I Nr 2 ZVG der Wohnungseigentümergeinschaft in der Zwangsversteigerung gegen einen Wohnungseigentümer für das rückständige Wohn- bzw Hausgeld den Vorrang zu und folgt daraus ein Absonderungsrecht im Insolvenzverfahren (BGH NJW 2011, 3098). Das ist aber eine gesetzliche Anordnung für das Verhältnis zu Mitgläubigern, die Dinglichkeit mit der Konsequenz der Wirkung auch gegen einen Erwerber des Wohnungseigentums folgt daraus nicht (BGHZ 198, 216, zum Rangklassenprivileg des § 10 I Nr 2 ZVG *Johannes Weber* DNotZ 2014, 738).

² Gegen den Versuch, durch schuldrechtliche (Treuhand-)Vereinbarung ein Aussonderungsrecht im Insolvenzverfahren zu erreichen, BGH NJW 2003, 3414.

³ In der Literatur zum Sachenrecht wird von dinglichen Rechten oder Elementen gesprochen, wenn man absolute Rechte oder Elemente von Absolutheit meint, die das Gebiet des Sachenrechts umfasst. Sauberer wäre es, bei der Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten zu bleiben und den Ausdruck dingliche Rechte für absolute Rechte an Sachen (im Gegensatz zu absoluten Rechten an anderen Rechten als dem Eigentum) zu verwenden.

- 4 Das Sachenrecht des 3. Buchs des BGB wird ergänzt zum einen durch sachenrechtliche Vorschriften des BGB außerhalb des 3. Buchs⁴ und zum anderen durch sachenrechtliche Vorschriften außerhalb des BGB⁵. Das Sachenrecht ist in das System des BGB eingeordnet. Es gehört zum bürgerlichen als dem für alle geltenden Recht. Auf die Sachen, insbesondere das Eigentum an Sachen, bezieht sich auch in mannigfacher Weise das öffentliche Recht, indem die zivilrechtliche Zuordnung der Sachen notwendigerweise überlagert wird von der Ordnung des Zusammenlebens durch das öffentliche Recht⁶. Was die Einordnung des Sachenrechts in das BGB betrifft, beginnt das BGB in seinem 1. Buch, dem „Allgemeinen Teil“, mit den Personen (Rechtssubjekten, §§ 1 ff) und geht dann über zu den Gegenständen (Rechtsobjekten), von denen das BGB nur die Sachen nennt und als die körperlichen Gegenstände bestimmt (§ 90 und ff). Man könnte meinen, dass damit die unkörperlichen Gegenstände übergangen werden. Von Nießbrauch oder Pfandrecht an Rechten her betrachtet, erscheinen als unkörperliche Rechtsobjekte die Rechte. Wir haben aber schon gesehen, dass die Rechte an Rechten keine Rechte mit anderen Rechten als Gegenstand sind, sondern Abspaltungen, insbesondere Teilübertragungen von Rechten auf andere Subjekte. Die Übertragung ist aber ein bei den einzelnen Rechten, nicht ein im Allgemeinen Teil zu regelnder Gegenstand. Allgemeines Thema ist demgegenüber das Rechtsgeschäft als die allgemeine Figur der autonomen Begründung, Übertragung, Änderung und Aufhebung von Rechten. Deshalb folgt im Allgemeinen Teil des BGB auf die Personen als Rechtssubjekte und die Sachen als Rechtsobjekte der Abschnitt über die Rechtsgeschäfte (§§ 116 ff). Das 2. Buch des BGB schließt mit dem Schuldrecht eine erste, und zwar die allgemeinste Kategorie von Rechtsbeziehungen zwischen Personen an, nämlich die Schuldverhältnisse oder Obligationen, dh die auf Verpflichtetheit der einen Person gegenüber einer anderen beruhende Rechtsbeziehung. Das 3. Buch über „Sachenrecht“ behandelt nach Besitz und Grundbuch zunächst das allgemeine Thema der absoluten Rechte der Personen an den in § 90 abgegrenzten Sachen und schließt beschränkte Rechte an Rechten an, die bestimmten beschränkten Rechten an Sachen entsprechen und wie diese Abspaltungen aus der absoluten Inhaberschaft der Quellrechte sind.
- 5 Eine Grundunterscheidung des Sachenrechts^{6a} ist die der Sachen in bewegliche und unbewegliche Sachen (Mobilen und Immobilien), altertümlich: Fahrnis und Liegenschaften. Die unbeweglichen Sachen sind die Grundstücke. Ein mit Grundstückseigentum verbundenes und als Gesamtheit ihm gleiches Recht ist das Eigentum an einer Wohnung oder einer Gewerbefläche nach dem WEG. Nicht zum Sachenrecht, sondern zum Kapitalmarkt-, Gesellschafts- und Steuerrecht gehört die Kapitalanlage in Immobiliengesellschaften. Diese ist für Immobilien-Sondervermögen in §§ 230 ff KAGB und für die Anlage in Immobilien-Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen im REIT-

⁴ §§ 90 ff, 1362, 1416, 1424.

⁵ Etwa ErbbauRG, WEG. S weiter – auch zur Geltung von Landesrecht – Übersicht bei *Baur/Stürner* § 2 Rn 12 f und über das Agrar-, Forst- und Wasserrecht bei *Westermann* 8. A. § 6.

⁶ Zwar stehen auch die öffentlichen Sachen wie Verkehrswege, Behördengrundstücke etc im privatrechtlichen Eigentum, sie unterliegen aber der verwaltungsrechtlich geregelten Zweckbestimmung. Hinweise, insbesondere zum unterschiedlichen Rechtsschutz je nach verfassungs-, verwaltungs- oder privatrechtlicher Richtung der Auseinandersetzung sowie gegen die Annahme, dass es statt der Überlagerung des privatrechtlichen Eigentums durch die öffentliche Ordnung sogar ein öffentliches Eigentum gebe, bei *Baur/Stürner* § 1 Rn 2, § 2 Rn 6 f. Von öffentlichem Eigentum bei Herrschaftsmacht „öffentlicher Hände“ spricht *Westermann* 8. A. § 5 Rn 2.

^{6a} Das Strafrecht schützt gegen Diebstahl und Unterschlagung nur bewegliche Sachen (§§ 242, 246 StGB). Selbstverständlich ist das nicht. Weil es einen gutgläubigen Erwerb von Grundstücksrechten gibt, könnte ein Täter, der fälschlich als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist und dies weiß, auch ein Grundstück durch wirksame Verfügungen „unterschlagen“.

Gesetz geregelt. Dabei geht es um die Rechtsform der Gesellschaften und den Schutz und die Besteuerung der Kapitalanleger. Mit Sachenrecht hat das nur so viel zu tun, als die Gesellschaften in Immobilien, dh Grundstücks-, Wohnungs- oder Teileigentum investieren, das relevante Gesellschaftsvermögen also in Sachenrechten an Immobilien besteht.

Im Verhältnis zum 2. Buch über „Recht der Schuldverhältnisse“ steht die Materie des 3. Buchs über „Sachenrecht“ zunächst in einem Gegensatz. Nach § 241 I ist das Schuldverhältnis im Hinblick auf die untereinander bestehenden Rechte und Pflichten (im Hinblick auf den Gegenstand der Rechte) ein *iuris vinculum inter personas*, also relativ. Deshalb kann die schuldrechtliche Beziehung, insbesondere die durch Rechtsgeschäft (§ 311 I) begründete Verpflichtung, frei gestaltet werden. Im Gegensatz dazu regelt das Sachenrecht Rechte, die auch betreffs des Gegenstands absolut sind, deren Zuordnung eines Gegenstands also jedermann achten muss, auch die Gläubiger in der Zwangsvollstreckung und im Insolvenzverfahren. Deshalb ist das Sachenrecht entgegen der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch die objektivrechtliche Festlegung der sachenrechtlichen Rechte und Regelungstypen gekennzeichnet. Das Verhältnis des Sachenrechts zum Schuldrecht ist aber nicht das eines vollständigen Gegensatzes. Das BGB ordnet seine Gegenstände in inhaltlicher Folgerichtigkeit und dabei nach dem Prinzip, das Allgemeine vor dem Besonderen zu sagen. Allgemein enthalten Rechte, sowohl die schuldrechtliche Forderung wie die Sachenrechte, die Subjektseite der Zuordnung und kann diese, wenn dies nicht ausnahmsweise nach dem Inhalt des Rechts oder dem Gesetz ausgeschlossen ist, durch Verfügung übertragen werden. Dazu findet sich denn auch bereits im Schuldrecht eine allgemeine Regelung, die im Sachenrecht nur modifiziert wird, nämlich die Regelung der Abtretung der Forderung (§ 398). Nach § 413 gelten die Vorschriften über die Übertragung der Forderungen für alle Rechte, soweit nichts Besonderes bestimmt ist. **6**

2. Insbesondere Übertragung, Begründung, Erlöschen der Sachenrechte

Im Verhältnis zu der im Schuldrecht zu findenden allgemeinen Regelung der Abtretung (§ 398), allgemein: der Übertragung von Rechten (§ 413), sind die Übertragungsvorschriften des Sachenrechts Modifikationen. Soweit solche nicht eingreifen (so bei der Übertragung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen, soweit dieser – nach § 1059a I Nr 2, II ausnahmsweise – übertragbar ist), gelten die allgemeinen Übertragungsvorschriften der §§ 398, 413. Wesentlich ist dieses Verhältnis für die Frage, ob Rechte kraft guten Glaubens an das Recht des Zedenten von einem nichtberechtigten Zedenten erworben werden können. Nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 398 ff ist dies mit der Ausnahme des § 405 ausgeschlossen^{6b}. Der Ausschluss eines Erwerbs vom Nichtberechtigten muss in der Tat im Grundsatz gelten, weil der Erwerb vom Nichtberechtigten, wenn er wirksam wäre, die Enteignung des Berechtigten bedeuten würde. Nur kraft besonderer gesetzlicher Regelung, die die Erfordernisse und Abwägung des Art 14 GG beachtet, kann es den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten geben. Im Sachenrecht war dieser seit Inkrafttreten des BGB für den Erwerb von Grundstücksrechten (§ 892) und den Erwerb des Eigentums und beschränkter Rechte an beweglichen Sachen vom angeblichen Eigentümer (§§ 932 ff, 1032, 1207, Ergänzung in § 366 HGB) ermöglicht. Weiter berechtigen sog. Inhaberpapiere, dh Wertpapiere, die auf den Inhaber ausgestellt sind, den Eigentümer des Papiers und können deshalb nach den Vorschriften über die Übertragung des Eigentums gutgläubig erworben werden (§§ 932 ff, s § 935 II). Grund- **7**

^{6b} § 405 schützt lediglich im Fall der Abtretung einer Forderung unter Vorlegung einer vom Schuldner ausgestellten Urkunde über die Schuld den guten Glauben des neuen Gläubigers daran, dass die Schuld nicht nur zum Schein begründet worden ist, und weiter daran, dass die Übertragung der Forderung nicht, wie in § 399 vorgesehen, durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist.

figur ist die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793), weiteres Beispiel die Inhaberkarte (§ 10 I AktG). Ebenso gibt es den gutgläubigen Erwerb von Orderpapieren, dh Wertpapieren, die auf einen ersten Berechtigten und dessen Order lauten (das ist die Anweisung auf dem Papier – sog. Indossament – zugunsten eines Nachfolgers, der seinerseits durch neue Order oder – bei Blankoerteilung des vorausgehenden Indossaments – auch durch Einigung und Begebung^{6c} weiterreichen kann). Die Orderpapiere können aufgrund des Anscheins für die Berechtigung des Veräußerers im Papier nach den Sondervorschriften des Wertpapierrechts kraft guten Glaubens erworben werden (Art. 16 II WG, zur Namensaktie § 68 I AktG iVm Art 16 WG, zum Orderscheck Art. 21 ScheckG).

Schließlich gibt es seit dem MoMiG vom 23.10.2008 nach § 16 III GmbHG nF auch den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen an einer GmbH vom Nichtberechtigten. Interessant und für die Rechtsfortbildung wichtig ist, dass die Neuregelung an die Dokumentation der Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste anknüpft und dafür Elemente aus der Regelung des gutgläubigen Erwerbs des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 932 ff) und von Grundstücksrechten (§ 892) mischt^{6d}.

- 8** Die systematische Korrespondenz zwischen Sachen- und Schuldrecht beschränkt sich auf die Übertragung der Rechte. Damit ist aber auch die sog. Belastung von Rechten, insbesondere die Bestellung von Pfandrecht und Nießbrauch an Forderungen erfasst. Denn diese ist ja Teilübertragung und deshalb zutreffend entsprechend der Übertragung der Rechte geregelt (s § 873, § 1205 im Vergleich zu § 929 sowie §§ 1069, 1274). Was andererseits die Begründung und das Erlöschen der Rechte betrifft, sind diese in Schuld- und Sachenrecht je besonders geregelt. Die Schuldverhältnisse als Verbindungen von Gläubiger und Schuldner und somit auch die aus ihnen begründeten Forderungen entstehen und erlöschen, soweit nicht das Gesetz oder allgemeine Rechtsgrundsätze eine Verpflichtung begründen oder enden lassen, durch die privatautonome Regelung beider betroffener Personen, dh durch Vertrag (§§ 311 I, 397, nach § 311 I vorbehaltlich von Sonderregeln), und dh weiterhin, was Begründung und Inhalt betrifft: nach dem Prinzip der freien Gestaltung durch die Parteien. Im Sachenrecht geht es demgegenüber zunächst bezüglich der Entstehung von Rechten an Sachen um die Entstehung des Eigentums als

^{6c} S für den Wechsel Art 14 Abs 2 Ziff 3 WG, für die Verpfändung von Orderpapieren § 1292 BGB.

^{6d} In Anlehnung an das Grundbuch ist maßgeblich die Dokumentation in der zum Handelsregister einzureichenden Gesellschafterliste als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs. Dazu wird wie beim Grundbuch die Zuordnung eines Widerspruchs ermöglicht. In mehrfacher Hinsicht werden sodann wegen der geringeren Verlässlichkeit der Liste Merkmale des gutgläubigen Mobiliarerwerbs eingefügt: Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs bei Nichtzurechenbarkeit der Unrichtigkeit – nach dreijährigem Bestand der Unrichtigkeit ist diese jedenfalls zurechenbar – und weiter Ausschluss des Erwerbs schon bei Bösgläubigkeit aufgrund von Kenntnis oder grober Fahrlässigkeit. Dazu *Wilhelm*, FS *Picker*, 2010, 837 ff; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, Kom. GmbHG 8. Aufl. 2015, Rn 67 ff, insbes zum Schutz eines Zweit(zwischen)erwerbers, wenn diesem nach einer aufschiebend bedingten Erstabtretung vor Eintritt der Bedingung abgetreten worden ist (S 850 ff); den Schutz ablehnend, so dass der bedingte Ersterwerber gegen den Zwischenerwerb jedenfalls geschützt wird, BGH NZG 2011, 1268, dagegen mit Recht *Altmeyen*, Liber Amicorum Klaus Schurig 2012, 1 ff, *Jeep*, NJW 2012, 658; der Entscheidung im Ergebnis zustimmend *Walek*, JZ 2012, 608. Der BGH berücksichtigt nicht sorgfältig genug die Unterschiedlichkeit der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste einerseits (§ 16 I GmbHG) und der Rechtsscheinwirkung (§ 16 III) andererseits mit der Verweisung hinsichtlich der zweiten in § 16 III S 3 ff auf die dort vorgesehene Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs. Diese muss bei bedingter Abtretung eines Anteils genutzt werden. Unterlassen die Abtretungsparteien, insbesondere der bedingte Ersterwerber, die Zuordnung, wird der Rechtsschein dem bedingten Erwerber zurechenbar (dies vermisst *Walek* im Fall des BGH).

des umfassenden Herrschaftsrechts an einer Sache. Alle anderen Sachenrechte leiten sich ja aus dem Eigentum ab, indem sie durch Teilübertragung aus dem Eigentum eingeräumt werden. Was nun die Entstehung des Eigentums betrifft, so ist sie in den Sonderregeln über die Aneignung durch Ausschließung etwaiger Eigentümer (§ 927 I, II) oder die Aneignung herrenloser Sachen erfasst (§§ 928 II, 958). Die Regelung stellt letztlich auf den einseitigen Bemächtigungsakt ab und sichert, dass zum einen keine untragbare und unkontrollierte Rechtsentziehung erfolgt und zum anderen der Erwerb genügend nach außen hervortritt⁷. Was sodann das Erlöschen der Sachenrechte betrifft, enden die Sachen-

⁷ In der Rechtsgeschichte wird das Eigentum an einem Land oder Landstrich durch Eroberung und Bemächtigung begründet (zur „Entdeckung“ Amerikas mit beißender Ironie *Washington Irving*, *A history of New York from the beginning of the world to the end of Dutch dynasty*, Ausgabe New York 1848, S 51 ff). In unserem BGB ist die Begründung von Eigentum für Grundstücke einerseits und bewegliche Sachen andererseits bemerkenswert unterschiedlich geregelt. Die Regelung spiegelt den grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden Kategorien hinsichtlich der Publizitätsmittel wider: amtliches Grundbuch einerseits und bloßer Besitz als körperliche Innehabung andererseits (vgl § 891 und § 1006). Eine bewegliche Sache kann man sich durch Begründung des Besitzes aneignen, allgemeine Voraussetzung dafür ist, dass die Sache herrenlos ist (§ 958). Nur ein Fall der Herrenlosigkeit ist die Aufgabe des Eigentums an der Sache, die die Aufgabe des Besitzes voraussetzt (§ 959; weitere Spezialfälle in §§ 960 f). § 928 II sieht die Aneignung von Grundstücken nur für den Fall der Aufgabe des Grundstückseigentums nach § 928 I vor, und diese Aufgabe setzt eine Verzichtserklärung und die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch voraus. Der Eigentümererwerb durch Aneignung vollzieht sich ebenfalls mit Eintragung in das Grundbuch (§ 928 II 2). Neben dieser speziellen Regelung der Aufgabe des Grundstückseigentums gibt es aber noch die allgemeine Möglichkeit der Aneignung von Grundstücken durch einen nicht im Grundbuch eingetragenen Prätendenten nach § 927. Auch für diesen Eigentümererwerb ist die Eintragung in das Grundbuch erforderlich (§ 927 II). Dafür muss das Grundstück, ist es bisher im Grundbuch nicht gebucht, erst einmal gebucht werden. Das Verfahren dafür regeln die §§ 116 ff GBO (Anwendungsfall begutachtet durch das DNotI, DNotI-Report 2011, 26 ff). Die Aneignung nach § 927 setzt die Ausschließung des Berechtigten in einem Aufgebotsverfahren nach §§ 433 ff, 442 ff FamFG voraus (mit der Ergänzung durch § 927 III). Die Möglichkeit der Aneignung nach § 927 betrifft Eigentum, welches mangels Greifbarkeit des Eigentümers nicht mehr real ist (s die Voraussetzungen nach § 927 I 3 bei Eintragung des bisherigen Eigentümers). Sie erfasst aber auch den Fall der Nichtexistenz eines Eigentümers und damit der Nichtexistenz von Eigentum, eröffnet so also auch die Neubegründung von Eigentum. Die für § 927 zu findende Bezeichnung Kontratabularersitzung erfasst nur den Fall der Ausschließung eines im Grundbuch eingetragenen Eigentümers und ist insofern unvollständig und wegen der Notwendigkeit eines Ausschließungsverfahrens (§§ 442 ff FamFG) auch schief. § 927 I und II sind so formuliert, als wenn bei 30 Jahren Eigenbesitz einer Person jeder Beliebige das Ausschlussurteil erwirken und sich dann als Eigentümer eintragen lassen kann. Gemeint ist das nicht. Antragsberechtigt im Aufgebotsverfahren und aneignungsberechtigt ist der Eigenbesitzer. Sein Aneignungsrecht kann er aber von einem Rechtsvorgänger erworben haben. Das Aneignungsrecht kann also vererbt oder abgetreten, es kann auch gepfändet werden, und zwar auch schon vor dem Aufgebotsverfahren. Dann sind antragsberechtigt und aneignungsberechtigt der Erbe, Zessionar oder der Gläubiger. Auf die Abtretung soll § 925 analog anzuwenden sein (Staudinger/Pfeifer § 927 Rn 20). Nach §§ 413, 398 muss aber Zessionsrecht gelten. Der sog Kontratabularersitzung steht die sog Tabularersitzung nach § 900 gegenüber, die auf der Grundbucheintragung des Prätendenten beruht. Auf dieser Grundlage kann nicht nur das Eigentum, sondern können nach § 900 II auch besitz- sowie besitzschutzverbundene Grundstücksrechte ersessen werden (deshalb die Einreihung in die allgemeinen Vorschriften der §§ 873 ff). Neben 30-jähriger Grundbucheintragung ist 30-jähriger Besitz (für die Ersitzung des Eigentums: Eigenbesitz) erforderlich. Waren weder der Prätendent noch Rechtsvorgänger vor ihm 30 Jahre lang eingetragen, muss der Prätendent über die Aneignung nach § 927 gehen. Da er dann schon eingetragen ist, genügt für den Eigentümererwerb durch Eintragung (§ 927 II) der bloße Klarstellungsvermerk im Grundbuch (Staudinger/Pfeifer, § 927 Rn 26). Die Ersitzung des Ei-

rechte, wenn nicht durch Wegfall des Gegenstands oder durch Gesetz, wiederum durch einseitige Erklärung des Berechtigten, zu der andere Erfordernisse hinzutreten (s etwa §§ 875, 876, 959, 1064 etc)⁸.

3. Einheit der Zuordnungsproblematik über das Sachenrecht hinaus

- 9 Berücksichtigt man, dass es, abgesehen von diesen Besonderheiten, sowohl im Schuldrecht wie im Sachenrecht um die Zuordnung durch Rechte geht, ist man davor gefeit, die hier anschließend darzustellenden Prinzipien des Sachenrechts: numerus clausus, Spezialität, Bestimmtheit etc, als notwendig spezifisch sachenrechtliche Prinzipien aufzufassen. Sie können durchaus allgemeine Prinzipien der Güterzuordnung sein. Die Erkenntnis dieser Zusammengehörigkeit bewahrt ebenso vor übereilten Gegenschlüssen hinsichtlich anderer Rechte als Sachenrechte, wie sie übereilten Sonderfeststellungen für das Sachenrecht vorbeugt⁹.

4. Übersicht über das Sachenrecht des BGB

- 10 Die teils gegensätzliche, teils sondergesetzliche Regelung des Sachenrechts entfaltet das BGB in folgender Ordnung: Am Anfang steht die tatsächliche Herrschaft über Sachen aller Art, der Besitz (§§ 854 ff). Er ist als solcher, aber auch als Grundlage und Gegenstand von Sachenrechten bedeutsam. Es folgt die an die urkundliche Grundlage von Grundstücksrechten anknüpfende Regelung, die Regelung des Grundbuchs in seiner materiellrechtlichen Bedeutung, insbesondere als Mittel der Verfügung über Grundstücksrechte (§§ 873 ff mit §§ 873, 875, 877)¹⁰. Nach diesen tatsächlichen Grundlagen normiert das Gesetz das umfassende Herrschaftsrecht an Sachen, sowohl beweglichen wie unbeweglichen, das Eigentum (§§ 903 ff). Das Eigentum können sich mehrere teilen

gentums an beweglichen Sachen knüpft wieder an die schwächere Grundlage des Besitzes an und setzt deshalb nach § 937 II guten Glauben an den eigenen Erwerb vom Berechtigten voraus. Dem Bösgläubigen hilft hier nur die Verjährung der Vindikation nach §§ 197 I Nr 1, 198.

⁸ Lehrreich die Gegenüberstellung von *Flume* II § 115d, S 144: Auf die Hypothek als das dingliche Recht kann einseitig verzichtet werden (§ 1168), die Hypothekenforderung kann nur durch Vertrag erlassen werden (§ 397).

⁹ Zu ausschließlich, auch vom Ausgang *Wiegands* beim historischen BGB aus betrachtet (das BGB kennt die Forderung und deren Verpfändung; zur Zeit seines Inkrafttretens gab es auch insbesondere schon die gewerblichen Schutzrechte), bezieht *Wiegand* (AcP 190 (1990), 113 ff) Spezialität, Abstraktheit, numerus clausus auf das sachenrechtliche Eigentum. *Wiegand* übertreibt in seinem Anliegen, das Sachenrecht des BGB als autonomes, abstraktes, vom Schuldrecht abgeschottetes Rechtsgebiet mit dem Eigentum als totaler und abstrakter Sachherrschaft zu charakterisieren und dem eine moderne Entwicklung der zunehmenden Einbeziehung schuldrechtlicher Zweckvereinbarungen in das Sachenrecht und das Eigentum gegenüberzustellen (*Wiegand* vertritt hierzu die Einschränkung des Abstraktionsprinzips und die Anerkennung von relativem Eigentum wie Vorbehalts- und Treuhand-, insbesondere Sicherungseigentum). Nur wenn man das Sachenrecht als Teil der Güterordnung auffasst, zu der das Schuldrecht mit der Forderung, die hinsichtlich des Gegenstands relativ zuordnet, hinsichtlich der Subjektseite aber absolut zugeordnet ist, hinzugehört, ist man frei von überzeichneten Gegensätzen und damit frei für die gebotene Lösung des Rechtsanwendungsproblems. Dieses ist auf die Lösung des Einzelfalls nach den maßgeblichen Grundlagen gerichtet. Die Einschränkung des Abstraktionsprinzips verletzt die gesetzlichen Verfügungstatbestände. Das Vorbehalts Eigentum ist als Folgerung aus einer bedingten Übereignung, das Sicherungseigentum als Eigentum mit schuldrechtlich-treuhänderischer Bindung zu behandeln.

¹⁰ Die formelle Regelung des Grundbuchs und des darauf bezogenen Verfahrens steht in der GBO.

(Miteigentum, §§ 1008 ff)¹¹. Sodann regelt das BGB die beschränkten Rechte, die aus dem Eigentum oder anderen Rechten abgespalten werden können¹².

In der Einzelregelung des Sachenrechts gilt wie im gesamten BGB die Unterscheidung von *lex generalis* und *lex specialis*. Etwa enthalten die §§ 873, 875, 877 die allgemeinen Regeln über die Übertragung (einschließlich der Belastung als einer Teilübertragung), Aufhebung und Änderung von Grundstücksrechten. Die allgemeine Übertragungsregelung wird durch Spezialregeln ergänzt, zB für die Übertragung des Grundstückseigentums durch § 925, für die Übertragung der Grundschuld durch §§ 1154, 1192 I¹³. Die in § 873 enthaltene Belastungsregelung wird für die Belastung mit einer Hypothek oder Grundschuld durch §§ 1115 I, 1192 I ergänzt. Auf die spezielle Regelung der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen (§§ 929 ff) wird für die Belastung der beweglichen Sachen mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht Bezug genommen (§§ 1032, 1207). Auch hieran zeigt sich, dass die Belastung Abspaltung, dh Teilübertragung ist. Schließlich werden für den Schutz der Rechte die Mittel der General- und Spezialregelung genutzt (die §§ 985, 1004 für das Eigentum werden etwa in § 1065 auf den Nießbrauch und in § 1227 auf das Pfandrecht erstreckt)¹⁴.

11

II. Die Prinzipien des Sachenrechts

1. Bedeutung und Einteilung der Prinzipien

Man spricht von den Prinzipien des Sachenrechts¹⁵. In der Tat beruht die Regelung des Sachenrechts auf bestimmten Gestaltungsprinzipien, die das BGB im Hinblick auf die Rechte an Sachen für erforderlich hält. Diese Prinzipien helfen als logische, systematische oder teleologische Gesichtspunkte bei der Auslegung der anzuwendenden Normen. Viele dieser Prinzipien sind nicht spezifisch sachenrechtlich, sondern Prinzipien, die bei der Zuordnung von Gegenständen (Rechtsobjekten) und von Rechten selbst zu Personen unter Ausschluss aller anderen Personen allgemein als sachgerecht in Betracht kommen und gelten können.

12

Die Prinzipien des Sachenrechts sind zunächst in zwei Gruppen zu unterteilen (im folgenden Text sub 2. und 3.). Hinzu kommt ein übergreifendes Prinzip (4.). Abschließend geht es um eine nähere Bestimmung der Prinzipien der ersten Gruppe, bei der Prinzipien der zweiten Gruppe beachtlich sein können (5.). Die erste Gruppe besteht aus Prinzipien, die für die Klarheit der Arten der Rechte, welche die Rechtsordnung überhaupt anerkennt, sorgen. Die zweite Gruppe besteht aus Prinzipien, welche die Verfügungen über die anerkannten Rechte regieren, also für Klarheit in der Frage sorgen, welcher Berech-

¹¹ Besonders relevant ist die Aufteilung des Eigentums nach der speziellen Regelung des WEG.

¹² Übersicht u Rn 115 ff.

¹³ Die Übertragung der Hypothek gibt es demgegenüber nicht. Vielmehr wird bei der Hypothek die hypothekarisch gesicherte Forderung abgetreten. Diese Abtretung wird aber in § 1154 mit Rücksicht auf die im Grundbuch eingetragene Sicherung durch die Hypothek modifiziert. § 1154 ist somit, was die Hypothek betrifft, *lex specialis* zu § 398. Indem § 1154 über § 1192 I auch auf die Grundschuld angewandt wird, ordnet das BGB die Übertragung der Grundschuld als Abtretung ein. Damit zeigt sich die Zusammengehörigkeit von § 873 einerseits und §§ 413, 398 andererseits.

¹⁴ U Rn 69 wird gezeigt, dass die negatorischen Ansprüche generell geltende Schutzansprüche für absolute Rechte sind.

¹⁵ *Baur/Stürner* § 4 S 35 ff; *R. Weber* I, § 4 Rn 1; *Wieling*, Sachenrecht, 4. A., § 1 II 3 S 8 f; *Westermann* ordnet die Grundsätze in die Systembegriffe von Zuordnung und Verfügungen als Grundelementen des Sachenrechts ein (8. A. § 2).

tigte und inwieweit der neue Berechtigte Nachfolger eines bisher Berechtigten ist. Das übergreifende Prinzip, welches sowohl die Arten wie die Verfügungen bestimmt, ist das Publizitätsprinzip. Was schließlich die nähere Bestimmung der Arten der Rechte betrifft, geht es um die Möglichkeit privatautonomer Abwandlung.

2. Prinzipien hinsichtlich der Arten der Sachenrechte

a) *Numerus clausus, Typenzwang*

- 13** Das erste Prinzip des Sachenrechts, ein die möglichen Arten der Sachenrechte bestimmendes Prinzip, ist der Grundsatz der Geschlossenheit des Kreises der absoluten Rechte an Sachen und Rechten (*numerus clausus* der Sachenrechte). Er kommt zum Ausdruck in den Normen über die einzelnen Sachenrechte. Die §§ 1018, 1030 I, 1068 I, 1090 I, 1094 I, 1105 I, 1113 I, 1191 I, 1199 I, 1204 I, 1273 I enthalten mit ihren Formulierungen „kann belastet werden“, „Gegenstand kann ... sein“ zwei Feststellungen: Zum einen die Definition der in den jeweils folgenden Vorschriften behandelten Rechte. Und zum anderen die Aussage, dass diese Rechte anerkannt werden, demgegenüber Rechte aber nicht, die in solchen Vorschriften nicht definiert und damit zugleich anerkannt werden^{15a}. Das Prinzip des *numerus clausus* ist spezifisch für die absolute Zuordnung von Gütern. Auch Forderungen sind absolut nur entweder zu Inhaberschaft (entsprechend dem Eigentum an Sachen) oder zu Pfandrecht oder Nießbrauch zugeordnet (§§ 1068, 1074, 1273, 1279). Der Grund dafür, dass nur ein *numerus clausus* anerkannt wird, ist ein einheitlicher: Es geht um Klarheit und Übersichtlichkeit der absoluten Rechte insbesondere an Sachen, namentlich im Grundstücksrecht. Die absolute Zuordnung gilt und wird geschützt gegen jedermann. Jedermann muss also die möglichen Zuordnungsarten kennen. Sodann lebt der Rechtsverkehr vom Wechsel der absoluten Zuordnung, nämlich vom Erwerb der Güter. Die Erwerbsmöglichkeiten müssen klar sein. Schließlich müssen der vollstreckende Gläubiger und die Gläubigersamtheit in der Insolvenz wissen, auf welche Güter sie zugreifen können und inwieweit sie darauf zugreifen können, dh welche und inwieweit sie ihrem Schuldner, welche und inwieweit sie anderen absolut zugeordnet sein können.
- 14** Der *numerus clausus* gilt, was die Möglichkeiten der Zuständigkeit von Rechten betrifft, auch im Schuldrecht. Es gibt die Inhaberschaft der Forderung mit der Möglichkeit der Abtretung und daneben die Möglichkeiten eines Nießbrauchs und eines Pfandrechts an einer Forderung (§§ 1068, 1273). Unterschiedlich zwischen Schuld- und Sachenrecht ist die Möglichkeit der Einzelausgestaltung der zugeordneten Güter. Das Schuldverhältnis als Band zwischen bestimmten Personen kann frei gestaltet werden. Mit der Möglichkeit freier Gestaltung muss bei Abtretung einer Forderung gerechnet werden. Demgegenüber gibt es bei den Rechten an Sachen keine freie Einzelgestaltung nach dem Willen betroffener Parteien. Hier muss das objektive Recht ordnen, deshalb tritt zu dem *numerus clausus* der Sachenrechte der Typenzwang bei den Sachenrechten hinzu. Präzise hat das Zusammenspiel der Grundsätze, bezogen auf das Grundstücksrecht, das Bay-OBLG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967¹⁶ formuliert: „Im BGB gilt auf dem Gebiet des Sachenrechts der Grundsatz der Geschlossenheit der dinglichen Rechte. Er besagt, dass ihre Zahl und Art im Gesetz erschöpfend bestimmt, ihr Inhalt zwingend vorgeschrieben und jedes dingliche Recht in seinen Merkmalen von jedem anderen dinglichen Recht scharf abgegrenzt ist ... Denn andernfalls könnte das Grundbuch seine

^{15a} Überblick über die anerkannten Sachenrechte u Rn 115.

¹⁶ NJW 1967, 1373 f.

Aufgabe, den Rechtsverkehr sicher, zuverlässig und erschöpfend über die Rechtsverhältnisse *am Grundstück*¹⁷ zu unterrichten, nicht nachkommen.“¹⁸

Aus *numerus clausus* und Typenzwang im Sachenrecht folgt beispielhaft: Man kann nicht das historisch bekannte „*ius ad rem*“ (Ausstattung eines Forderungsrechts auf eine Sache mit gewissen dinglichen Elementen) als Vorstufe der Übereignung vereinbaren¹⁹, ebensowenig ein forderungsloses Pfandrecht (vgl § 1204 im Gegensatz zur Alternative zwischen Hypothek, § 1113, und Grundschuld, § 1191). Weiter gibt es kein besitzloses Pfandrecht (§§ 1205 f). Es gibt auch keine Nutzungshypothek („Antichrese“) – die Befugnisse aus der Hypothek sind in §§ 1113, 1120 ff hinsichtlich des Gegenstands, in §§ 1147 BGB, 865 I, II, 866 ZPO hinsichtlich der Geltendmachung als Rechte zur Verwertung des Grundstücks und der Gegenstände des sog. Hypothekenverbands abschließend geregelt. Demgegenüber gibt es nach § 1213 I das Nutzungspfandrecht an beweglichen Sachen²⁰.

15

Ungeachtet dessen, dass unser Gesetz die zulässigen Typen von Sachenrechten festlegt, lässt diese Festlegung doch immer wieder Raum zu inhaltlicher Gestaltung. So geht etwa § 1018 für die Grunddienbarkeit davon aus, dass zugunsten des herrschenden Grundstücks ein Benutzungsrecht zu Lasten des dienenden Grundstücks eingeräumt wird, ohne dass die Ausübung des Benutzungsrechts räumlich festgelegt wird. Die rechtsgeschäftliche Festlegung auf einen Teil des dienenden Grundstücks ist aber nach § 1023 I 2 eine Möglichkeit der Gestaltung. Weiteres Beispiel: Nach unserem Gesetz gibt es den Nießbrauch an Rechten (§ 1068), insbesondere Forderungen, und so auch den Nießbrauch an einer durch Hypothek gesicherten Forderung. Die durch den Nießbrauch zugewiesenen Nutzungen sind hier die Zinsen aus der Forderung (§ 99 II). Das Recht auf die Zinsen kann aber auch auf anderem Wege zugewandt werden: Aus der Hypothekenforderung kann das Recht auf die künftigen Zinsen als Teil der Hypothek nach § 1154 I abgetreten werden^{20a}. Näher auszuführen ist die Gestaltungsfreiheit im Rahmen des sachenrechtlichen Typenzwangs bei unserem letzten Thema zu den sachenrechtlichen Prinzipien²¹.

16

¹⁷ Hervorhebung im Abdruck des Beschlusses.

¹⁸ Zu den Festlegungen des BGB treten die in Art 115 EGBGB vorbehaltenen Schranken für Grunddienbarkeit, persönliche Dienstbarkeit und Reallast hinzu, die das Landesrecht bestimmen kann. Anwendungsbeispiel (landesrechtliche Voraussetzung einer lebenslänglichen Geldzahlungs-Reallast, dass ein Ablösungsbetrag bestimmt wird) OLG Koblenz NJW-RR 2006, 523.

¹⁹ Gründliche Aufarbeitung bei *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, 2002.

²⁰ Näher zu *numerus clausus* und Typenzwang *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S 241 ff. Zu pauschal als Frage des *numerus clausus* oder des Typenzwangs wird im Wertpapierrecht die Frage behandelt, inwieweit Order- oder Inhaberpapiere möglich sind. Man spricht vom *numerus clausus* der Orderpapiere (BGHZ 68, 18, 22 spricht von der Nichterweiterbarkeit durch Parteiabrede) und vom *numerus clausus* der Inhaberpapiere (s *Zöllner*, Wertpapierrecht, § 4 V). *Canaris* führt für ersteres in Staub Großkommentar HGB, 3. A. 1978, § 363 Anm 1–4 die sachenrechtlichen Prinzipien des *numerus clausus* und des Typenzwangs an. Man muss aber unterscheiden: die inhaltliche Gestaltung der im Papier verkörperten Rechte unter Einschluss der Voraussetzungen ihrer Geltendmachung einerseits und die Übertragung der Rechte andererseits. In ersterer Hinsicht gelten *numerus clausus* und Typenzwang des Sachenrechts, soweit Sachenrechte verkörpert werden, (*Zöllner* aaO). In Hinsicht auf die Übertragung gilt der Grundsatz betreffend *lex generalis* und *lex specialis*, dh grundsätzlich gilt die allgemeine Regelung (§§ 398 ff, 413), es sei denn das Gesetz bestimmt etwas Besonderes.

^{20a} RGZ 74, 78; 86, 218, dazu u Rn 1606 Fn 2579a.

²¹ Unten Rn 39 ff.

Als Verstoß gegen numerus clausus und Typenzwang verdächtig waren die Anerkennung der Sicherungsübereignung beweglicher Sachen²² und ebenso der Sicherungsabtretung von Forderungen. Was zunächst die Sicherungsübereignung betrifft, so bedeutet sie, dass das Eigentum an beweglichen Sachen zur Sicherheit für eine oder mehrere Forderungen dem Gläubiger übertragen wird; und zwar wird dies typischer Weise unter Belassung der Sache im Besitz des Sicherungsgebers, der im typischen Fall selbst der Schuldner ist (auch ein Dritter kann aber zur Sicherung der gegen den Schuldner gerichteten Forderung übereignen), nämlich durch Übereignung seitens des Schuldners nach § 930 vollzogen. Übereignung zur Sicherheit heißt Übertragung des Eigentums mit schuldrechtlicher Bindung des Erwerbers (Sicherungsnehmers), die Sache nur zur Befriedigung wegen einer vom Schuldner bei Fälligkeit nicht erfüllten, von der Sicherungsvereinbarung erfassten Forderung zu verwerten und bei Nichtrealisierung des Sicherungszwecks (entweder Nichtentstehung der gesicherten Forderung oder ihr Wegfall wegen Befriedigung des Gläubigers, ohne dass die Sache verwertet werden musste) auf den Sicherungsgeber zurückzübertragen. Verdächtig war dies, weil mit der Übereignung nach § 930 doch der Sache nach entgegen §§ 1205 f (sog. Faustpfandprinzip) ein besitzloses Pfandrecht anerkannt sein könnte.

Für die Sicherungszession einer Forderung gilt die entsprechende Problematik im Verhältnis zur Verpfändung von Forderungen. Diese bedarf gemäß dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip der Anzeige an den Schuldner der Forderung (§ 1280). Wird die Forderung – unter schuldrechtlicher Bindung an den Sicherungszweck – an den Gläubiger einer anderen Forderung abgetreten, so entfällt nach § 398 das Anzeigerfordernis. Dies ist unumgänglich, wenn eine Vielzahl von Forderungen zur Sicherheit eingeräumt werden soll (Globalzessionen etc). Deshalb ist hier die Sicherungszession unausweichlich.

Die wunde Stelle bei diesen Sicherungen ist freilich nicht die Sicherungsübertragung als solche. Eigentum und Forderungen können zu beliebigen schuldrechtlichen Zwecken eingeräumt werden, also auch zum Sicherungszweck. Die Verjährungsregelung des BGB ging schon immer von dieser Möglichkeit aus (§ 223 II aF^{22a}, jetzt § 216 II 1). Von den herkömmlichen Typen weicht erst ab die Behandlung des Sicherungseigentums und der sicherungshalber zedierten Forderung in der Zwangsvollstreckung und in der Insolvenz. Nach heutiger Praxis ist anerkannt: Der Sicherungsgeber kann, obwohl er bei Erledigung des Sicherungszwecks nur einen schuldrechtlichen Rückforderungsanspruch hat, der Vollstreckung von Gläubigern des Sicherungsnehmers in das Sicherungsgut widersprechen (§ 771 ZPO) und das Gut in der Insolvenz des Sicherungsnehmers aussondern (§ 47 InsO). Andererseits hat der Sicherungsnehmer, obwohl er Eigentümer ist, in der Insolvenz des Sicherungsgebers kein Aussonderungsrecht, sondern nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung (so jetzt ausdrücklich § 51 Ziff 1 InsO^{22b}), steht er also wie ein Pfandgläubiger da. Diese Behandlung der Sicherungsübertragung ist bereits vor Schaffung des BGB durch das RG entwickelt worden. Grundlegend war der alte Gedanke der Treuhands²³. Das BGB hat dem nicht widersprochen. Die

²² Umfassend *Schubert*, ZRG (Germ) 107 (1990), 132. Mit Recht spricht aber *Flume* II § 2 1, S 23 von der Herausbildung der Sicherungsübereignung als anerkannten Aktstyps unserer Rechtsordnung.

^{22a} Die Vorschrift wurde von der 2. Kom. eingefügt (Annahme des entsprechenden Antrags ohne Begründung, Prot. Mugdan I, 795). Die darin liegende Anerkennung der Sicherungsübertragung entspricht der Stellungnahme der Kom. zu dem Antrag, die Verwendung der Übereignung durch Besitzkonstitut für Sicherungszwecke auszuschließen. Der Antrag wurde abgelehnt, Prot. Mugdan III, 626f. Wie die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut im Hinblick auf das Faustpfandprinzip problematisch war, so die Sicherungszession ohne Erfordernis der Mitteilung an den Schuldner (stille Zession) im Hinblick auf das Anzeigerfordernis bei der Forderungsverpfändung (s. § 1280). Die Kom. hat sich dennoch auch für die Möglichkeit einer stillen Abtretung, und zwar mit Rücksicht gerade auch auf die Sicherungszession, entschieden (Prot. Mugdan II, 571).

^{22b} Der Insolvenzverwalter kann in seinem Besitz befindliche Sachen, die im Absonderungsrecht eines Dritten stehen, freihändig verwerten, zur Sicherung abgetretene Forderungen einziehen oder anders verwerten (§ 166 I, II InsO, Ausnahmen in Abs 3; Verteilung des Erlöses unter Tragung der Feststellungs- und Verwertungskosten durch den Sicherungsnehmer nach §§ 170, 171 InsO).

²³ RGZ 24, 48; 45, 80; 79, 121.

Rechtsprechung hat den besonderen Typus der sicherungsweise übertragenen Rechte entwickelt, in § 51 Ziff 1 InsO ist er jetzt gesetzlich anerkannt.

Entsprechend kann es andere Entwicklungen im strengen Recht von numerus clausus und Typenzwang geben, in denen Bedürfnissen des Lebens und Wirtschaftens durch Weiterentwicklung der gegebenen Rechtsfiguren Rechnung getragen wird²⁴.

Dem sachenrechtlichen Typenzwang entspricht der Typenzwang im Erbrecht, soweit es im Erbrecht darum geht, dass das Vermögen des Erblassers nach dessen Tod den Nachfolgern zugeordnet werden muss. Der erbrechtliche Typenzwang begrenzt aber die Verfügungsmöglichkeiten des Erblassers noch darüber hinaus aufgrund prinzipieller Wertungen unserer Rechtsordnung zur Nachfolge von Todes wegen. Zu nennen sind neben dem Familienerbrecht (§§ 2303 ff) die Prinzipien der Höchstpersönlichkeit der Verfügung (§§ 2064 f), der Beschränkung des Erblassers auf die Zuordnung des Nachlasses unter Ausschluss einer Bevormundung der Nachfolger und das Prinzip der zeitlichen Begrenzung der Zuordnungsverfügung (s § 2109)²⁵.

b) *Kein rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Verfügung über veräußerliche Rechte*

Auch der zweite Grundsatz nach numerus clausus und Typenzwang betrifft abstrakt die Zuordnungsarten, die unser Recht anerkennt: Nach § 137 S 1 kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Bei der Anwendung ist auf die Voraussetzung zu achten, die § 137 macht: Bei einem veräußerlichen Recht kann die Verfügungsbefugnis nicht beschränkt werden. Gar nicht erst veräußerlich sein können Forderungen: Bei ihnen kann die Abtretbarkeit durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden (§ 399 2. Alt). Mangels eines veräußerlichen Rechts ist § 137 S 1 gar nicht anwendbar. Nach § 413 gilt § 399 grundsätzlich auch für andere Rechte. Für die Frage, welche Rechte § 413 meint und welche Rechte demgegenüber § 137 zwingend veräußerlich macht, ist zu unterscheiden zwischen Rechten, die einen Inhalt haben, der nicht auf einen Berechtigten abgestellt ist, und Rechten, die Leistungsrechte eines bestimmten Berechtigten enthalten. Nicht auf Leistungsrechte des Berechtigten abgestellt ist das Eigentum. Gerade darauf ist § 137 S 1 bezogen. Namentlich also die Übertragbarkeit des Eigentums kann nicht durch Vereinbarung eines besonderen Eigentumsinhalts eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Dem Eigentum hat der BGH mit Recht das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers auf den Eigentumserwerb gleichgestellt^{25a}. Dagegen kann eine Vereinbarung nach § 399 2. Alt getroffen werden und ist dann § 137 S 1 gar nicht erst einschlägig bei Rechten, die Leistungsrechte eines bestimmten Berechtigten enthalten. § 413 behält die Einzelregelung der Rechte vor. So wird die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Beschränkung der grundsätzlichen Abtretbarkeit eines Rechts erst dann relevant, wenn nicht schon das Gesetz die Unübertragbarkeit des Rechts bestimmt (so in §§ 1059 S 1, 1092 I 1, 1098 I 1 iVm § 473). Gibt es eine solche Bestimmung nicht und schließt das Gesetz auch nicht im Gegensatz dazu die Abtretungsbeschränkung aus, so kann nach §§ 399 2. Alt, 413 die Unübertragbarkeit durch rechtsgeschäftliche Bestimmung des Rechtsinhalts festgelegt werden. Für die Reallast wird die Möglichkeit der Bestimmung der Unübertragbarkeit in § 1119 II vorausgesetzt. Ebenso kann wie bei der Hypothek, bei der die gesicherte Forderung und folglich auch die akzessorische Hypothek nach § 399 S 2 unabtretbar sein kann, eine Grundschuld durch Inhaltsbestimmung in der Übertragbarkeit beschränkt werden. Für die Frage, ob dieser Rechtsinhalt nach den Grundsätzen des Grundstücksrechts über die Einigung hinaus der Eintragung bedarf (s im Grundsatz § 873 I), ist wie folgt zu unterscheiden: Wird das Recht mit Einigung über die Beschränkung bestellt, die Beschränkung aber nicht eingetragen, so kommt das Recht als beschränktes zustande und ist die Eintragung iSv § 892 I unrichtig. Ist das Recht aber als abtretbares bestellt worden und wird nachträglich die Abtretungsbeschränkung vereinbart, so ist diese nach § 877 nur dann als Inhaltsänderung wirksam, wenn die Änderung eingetragen ist.

²⁴ Dazu u Rn 39 ff.

²⁵ Zum erbrechtlichen Typenzwang *Deeg*, Testierfreiheit und Typenzwang, Passauer Dissertation, 2003.

^{25a} BGH NJW 1970, 699.

17

18

Die Vorschrift des § 137 S 1 hat nichts mit der Gewährleistung von Freiheit zu tun. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung nämlich, über ein veräußerliches Recht nicht zu verfügen, wird durch die Vorschrift ja nicht berührt (§ 137 S 2)²⁶. Diese grundsätzlich geltende Freiheit wird durch den Gegensatz zum Erbrecht betont: Betreffend Verfügungen von Todes wegen statuiert nämlich das Erbrecht die Nichtigkeit von Verträgen über Verfügungs- oder Verfügungsunterlassungsverpflichtungen (§ 2302). § 137 S 1 ist lediglich eine Folgerung aus dem Typenzwang: Nach ihrem Typus veräußerliche Rechte sollen nicht durch Rechtsgeschäft unveräußerlich gemacht werden können²⁷. Mit diesem beschränkten Ansatz steht die Norm Versuchen entgegen, sie unter dem Gesichtspunkt der Umgehung auszuweiten. Die Vereinbarung der vormerkungsgesicherten Rückübertragungspflicht für den Fall, dass der Erwerber weiterveräußert, wird in der Literatur zT als Umgehung des § 137 angesehen²⁸. § 137 schließt aber nur die Beschränkung der Veräußerlichkeit des Rechts aus, der bedingten Vornahme einer Veräußerung, auch der an den früheren Veräußerer, steht die Vorschrift nicht entgegen²⁹ und ebensowenig der durch Vormerkung gesicherten Pflicht zur Rückübertragung³⁰. Ebenso wenig wie § 137

²⁶ Schuldrechtliche rechtsgeschäftliche Verfügungsverbote unterliegen auch keiner zeitlichen Begrenzung (etwa auf 30 Jahre). Einschränkungen sind aber aus Sinn und Zweck und den guten Sitten ableitbar (BGH NJW 2012, 3162).

²⁷ Grundlegend *Flume* II § 17, 7, S 362 f, § 53, 6, S 884 Fn 36. *Kobler* spricht in DNotZ 1989, 339 ff, 347 und im Anschluss an ihn der BGH in BGHZ 134, 182 ff von der Wahrung des numerus clausus der Sachenrechte. Das ist nur richtig, wenn man darauf sieht, dass der numerus clausus den Typenzwang einschließt. – Im Typus nicht auf Veräußerlichkeit festgelegt ist die Forderung (s die Möglichkeit der Unabtretbarkeit nach § 399, eingeschränkt nur durch § 354a HGB).

²⁸ MünchKomm/Mayer-Maly 3. A. § 137 Rn 33; anders 4. A. Rn 35 und 7. Aufl. (*Armbrüster*) Rn 15.

²⁹ Unter § 137 fällt freilich die auf den Fall der Weiterveräußerung gestellte auflösend bedingte Übertragung, bei der im Fall des Eintritts der Bedingung die Übertragung nicht gelten soll, bei der also nicht eine bedingte (Wieder-)veräußerung vorgenommen wird. Durch die auf den Weiterveräußerungsfall gestellte auflösend bedingte Übertragung wird der mit der Veräußerung verbundene Rechtserwerb iSd Unveräußerlichkeit des erworbenen Rechts begrenzt. Zutreffend *Flume* II § 17, 7, S 363; für die Möglichkeit dagegen BGHZ 134, 182, 187 mwN. Die im gedachten Sinne auflösend bedingte Übereignung beweglicher Sachen (der bedingten Übereignung von Grundstücken steht § 925 II entgegen) kann auch nicht durch eine auf den Weiterveräußerungsfall gestellte aufschiebend bedingte Rückübereignung ersetzt werden. Die Rückübereignung müsste nach §§ 929 ff vorgenommen werden. In Betracht zu ziehen wäre ein aufschiebend bedingtes Besitzkonstitut iSd § 930. Die Vereinbarung eines für den Fall der Weiterveräußerung begründeten Besitzmittlungsverhältnisses zum Erstveräußerer ist aber perplex und unwirksam.

³⁰ So mit Recht *Kobler* aaO (Fn 27) BGHZ 134, 182, 187. Nicht zutreffend *Berger*, Anm zu der Entscheidung des BGH, JZ 1997, 519 ff, der meint, die Vormerkung werde zweckwidrig verwendet, weil der Veräußerer nicht erwerben, sondern die Weiterveräußerung unterbinden wolle (S 519). Im Fall der Weiterveräußerung will der Veräußerer erwerben bzw bei Vereinbarung eines Rücktrittsrechts (so im Fall des BGH) erwerben können. Der Erwerber hat auch entgegen *Berger*, S 520, nicht Eigentum ohne die Komponente der Verfügungsmacht, vielmehr hat er nur die Konsequenz seiner aufschiebend bedingten und dinglich gesicherten Verpflichtung zugunsten des Veräußerers zu tragen. Ist der Rückübereignungsanspruch auch für den Fall der Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung vereinbart, so setzt er sich wie andere Übereignungsansprüche auch kraft der Vormerkung gegen die Zwangsversteigerung beim Erwerber durch (§§ 883 II 2, 888) und ist selbst tauglicher Vollstreckungsgegenstand. Die Bedenken von *Berger*, S 521 wenden sich gegen das geltende Recht. § 851 II ZPO regelt mit dem Fall der Unveräußerlichkeit eines Rechts einen anderen Fall. Gegen *Timm*, der die auf den Veräußerungsfall gestellte resolutive bedingte Verfügung über Mobiliareigentum, aber nicht die Vor-

steht der Ausschluss der bedingten Auflassung nach § 925 II der Vormerkung des bedingten Rückübernehmensanspruchs entgegen. Die Vorschrift ist unter dem Hinweis in das Gesetz eingefügt worden, dass die Beschränkung der Auflassung durch bedingte Vornahme nicht abzulehnen, sondern nur es vorzuziehen sei, sie durch die Vereinbarung eines bedingten Übereignungsanspruchs, der durch die Vormerkung dinglich gesichert werden könne (§§ 883, 888), zu ersetzen³¹. Damit ist auch die bedingte Rückauflassung durch den vorgemerkten bedingten Rückübernehmensanspruch zu ersetzen. Ebenso ist der Schutz der nach § 137 S 2 möglichen Verfügungsunterlassungsvereinbarung iS von § 137 S 2 durch ein richterliches Veräußerungsverbot im Wege einstweiliger Verfügung möglich (§ 938 II ZPO mit §§ 136, 135 BGB), das ebenfalls Vormerkungswirkung hat (§ 888 II)³².

3. Prinzipien betreffend Verfügungen über Sachenrechte

a) Die Klarheit der Aktstypen des Sachenrechts

Was nunmehr die sachenrechtliche Gestaltung der Verfügungen über Sachenrechte betrifft, so führen Numerus clausus und Typenzwang bezüglich der Rechte zu einem Typenzwang auch im Hinblick auf die Aktstypen der Verfügung über die Rechte an Sachen. Immer möglich ist die Aufhebung des eigenen Rechts. Schon die Änderung kommt aber nur in Betracht, soweit die Neubestimmung im Rahmen des Typenzwangs anerkannt ist. Was sodann die Möglichkeiten betrifft, die Subjektseite der Rechte zu verändern, so gilt über die Sachenrechte hinaus: Der Berechtigte kann nur insoweit zugunsten von Erwerbern über sein Recht verfügen, als aus seinem Ausgangsrecht (Eigentum, Forderung etc) anerkannte Rechte anderer Personen abgeleitet werden können. Er kann das Recht, wenn es nicht unübertragbar ist, übertragen. Er kann, soweit solche Rechte anerkannt sind, beschränkte Rechte wie Pfandrecht oder Nießbrauch an seinem Recht bestellen. Weiter legt das Sachenrecht, soweit Verfügungen möglich sind, bestimmte Erfordernisse für die Übertragung, Änderung und Aufhebung von Sachenrechten und für die „Belastung“ von Rechten allgemein fest.

19

merkung des bedingten Rückübernehmensanspruchs für möglich hält (JZ 1989, 13 ff, 21 f), zu Recht *Kohler* aaO.

³¹ Prot. III, S 182 ff Den Vorteil sah man in der Existenz des bedingten Anspruchs als zessiblen und der Zwangsvollstreckung zugänglichen Vermögenswerts, während bei bedingter Auflassung das Grundstück der Zwangsvollstreckung entzogen sei.

³² BGHZ aaO unter irreführender Anführung von *Kohler* (aaO Fn 27), der zwar zur Vormerkung eines bedingten Rückübernehmensanspruchs mit der herrschenden Anerkennung der Möglichkeit des richterlichen Veräußerungsverbots argumentiert, ihr aber entgegentritt (s *Kohler* S 347, 342 f). *Kohler* ist zuzugeben, dass nicht ohne weiteres klar ist, zu welcher den Anspruch realisierenden Verfügung des Geschützten der verbotswidrige Erwerber nach § 888 II die Zustimmung zu geben hat. Eine solche ist aber zu finden: Nach dem Sinn des Veräußerungsverbots, die Unterlassungspflicht zu schützen, ist dies die Rückübertragung an den verbotswidrig Verfügenden. Diese kann der Geschützte als Nichtberechtigter vornehmen. Dazu muss der Erwerber nach § 888 II die Zustimmung geben. Entgegen *Kohler* (ihm folgend *Berger* aaO S 520) ist das Veräußerungsverbot keine dauerhafte Verfügungsbeschränkung, die im Hauptsacheprozess in der Tat nicht zu erreichen wäre. Es ist nur Sicherung des Unterlassungsanspruchs und mit Enden der Möglichkeit, eine Gefährdung des Anspruchs glaubhaft zu machen, auf Antrag aufzuheben. Die Glaubhaftmachung wird insbesondere bei verbotswidriger Verfügung dann enden, wenn der Geschützte nicht für die genannte Gegenverfügung sorgt. Weiter ist das Verbot, gerade weil es nur zur Sicherung eines schuldrechtlichen Verfügungsunterlassungsanspruchs dient, bei dem das Verbot nicht in die Vollstreckung der Herausgabe an den Verbotsgeschützten übergehen kann, entgegen *Kohler* nicht Grundlage einer Drittwiderspruchsklage nach § 772 ZPO.

Nicht ohne weiteres einleuchtend sind die Unterschiede in der Gestaltung dieser Erfordernisse. Ein genereller Unterschied besteht in der folgenden Hinsicht: Die Abtretung von Forderungen und Rechten geschieht durch bloße mündliche Einigung (§§ 398, 413). Dem folgt das Gesetz für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Recht, insbesondere an einer Forderung (§ 1069). Ebenso wird der Nießbrauch an Rechten, darüber hinaus aber auch der an beweglichen Sachen, soweit er überhaupt übertragbar ist (§§ 1059a I Nr 2, II, 1068 II), mangels einer eingreifenden Spezialbestimmung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 398, 413 übertragen (immerhin nach § 1059a I Nr 2: als Bestandteil der Unternehmensübertragung). Anders sind die Verpfändung von Forderungen und alle weiteren Verfügungen über Sachenrechte geregelt. Für sie verlangt das Gesetz die Manifestation des Verfügungsvorgangs (§§ 873, 929, 1032, 1205, 1280) oder doch zumindest die Realisierung in einem Akt der Veräußerung der Herrschaft über die Sache (§§ 930, 931 sowie die Verweisung darauf in § 1032). Dennoch hat die Regelung Konsequenz: Allgemein reicht zur Übertragung der Übertragungsvertrag. Soweit indessen Sachen im Spiel sind, haben wir die besonderen Vollzugserfordernisse im Hinblick auf Besitz und Grundbuch. Noch gesteigert ist das Offenlegungserfordernis beim Pfandrecht an Sachen (§§ 1205 f im Vergleich zu §§ 929 ff). Dem entspricht, dass der Gesetzgeber auf einem Offenlegungserfordernis bei der Verpfändung von Forderungen besteht (§ 1280), während er hinsichtlich der Einräumung eines Nießbrauchs an Forderungen beim Prinzip des bloßen Verfügungsvertrags bleibt (§ 1069 I). Was die Übertragung des ausnahmsweise übertragbaren Nießbrauchs betrifft, wird diese nach § 1059a als Bestandteil einer Unternehmensübertragung zugelassen.

b) *Spezialitätsgrundsatz*

- 20** Der Spezialitätsgrundsatz ist kein besonderes sachenrechtliches Prinzip, sondern ein Prinzip des Rechts der Verfügungen allgemein. Er gilt im Recht der rechtsgeschäftlichen Zuwendungen. Ihm gegenüber steht das Prinzip der Universalsukzession, welches kraft Gesetzes eingreifen kann (zB § 1922 I). Nach dem Spezialitätsprinzip müssen sich Verfügungen auf einen speziellen Gegenstand beziehen und die für Verfügungen über diesen Gegenstand bestimmten Verfügungserfordernisse erfüllen. Verfügungen über Vermögens- oder Gattungsgesamtheiten sind unwirksam³³. So ist eine Unternehmensübertragung in toto nicht möglich. Zwar gibt es eine Zuordnung des Unternehmens, nämlich in Gestalt des Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³⁴. Aber wir haben für dieses Bündel aus personellen, sachlichen und rechtlichen Beziehungen keine Gesamtübertragungsform. Deshalb muss sich aus der Spezialität der Rechte und Güter die Übertragungsform für das Unternehmen aufbauen, indem die zugehörigen Gegenstände nach der für sie geregelten Übertragungsform übertragen werden (entsprechend geregelt ist der Nießbrauch an einem Vermögen, § 1085). Ua wegen dieser Schwierigkeit ist im UmwG umfassend die Möglichkeit geregelt, den Unternehmensträger mittels bloßer Rechtsformänderung oder mittels Universalsukzession zu ändern.

c) *Bestimmtheitsgrundsatz*

- 21** Auch der Bestimmtheitsgrundsatz ist kein speziell sachenrechtliches Prinzip. In einer ersten Bedeutung ist er mit dem Spezialitätsprinzip identisch. Weil die Verfügung die einzelnen Rechte betrifft, muss sie auch auf das bestimmte einzelne Recht gerichtet sein, wenn sie gelten soll^{34a}. Wann die Bestimmtheit der Verfügung in diesem Sinne erreicht

³³ Auch der aufgehobene § 419, der die Haftung bei Vermögensübernahme betraf, begründete nicht die Möglichkeit einer Gesamtverfügung (Soergel/Zeiss, 12. A., § 419 Rn 2; unzutreffend Cordes, JZ 1998, 547, 551).

³⁴ Die Anerkennung eines Eigentums an einem wirtschaftlichen Ganzen findet man in den Einverleibungsvorschriften der §§ 582a II 2, 1048 I 2, 2111 II.

^{34a} Zur Anforderung an die Bestimmtheit der betroffenen Grundstücke bei Übernahme oder Spaltung von Gesellschaften BGHZ 175, 123 mit Anm Wilhelm LMK 2008, 259885, s a

ist, hängt von dem Verfügungsgegenstand ab. Das Eigentum etwa besteht an der einzelnen körperlichen Sache, entweder einer beweglichen Sache oder einem Grundstück als abgegrenztem Teil der Erdoberfläche. Sollen bewegliche Sachen übereignet werden, so muss aus dem Übereignungsgeschäft hervorgehen, welche einzelne körperliche Sache betroffen sein soll. Bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit beweglichem Bestand müssen Kriterien angegeben sein, nach denen die betroffenen Sachen, auch die, die später erst in das Warenlager hineinkommen werden, identifiziert werden können. Die Kriterien müssen zur Abgrenzung körperlicher Sachen geeignet sein, dh es muss mit räumlicher Abgrenzung³⁵ und körperlichen Beschaffenheitsmerkmalen gearbeitet werden³⁶. Abstrakte Kategorien wie Mengenangaben oder rechtliche Merkmale sind ungeeignet. Es kann nicht etwa die Hälfte eines Warenlagers als solche übereignet werden³⁷. Sehr wohl kann dagegen Miteigentum zur Hälfte übereignet werden³⁸. Der Verfügungsgegenstand ist hier der Teil eines Rechts, nicht der einer Sache oder einer Menge von Sachen. Und Rechte nach Gemeinschaftsanteilen zuzuordnen, ist möglich (§§ 741 ff). Möglich ist auch die Aufteilung eines Rechts dem Betrage nach, wenn das Recht nicht an einem körperlichen Gegenstand, sondern betragsmäßig besteht. Dies trifft auf Geldforderungen zu, und so ist die Globalzession von je 50% aller Kaufpreisforderungen eines Unternehmens möglich.

In einer zweiten Bedeutung ist das Bestimmtheitsprinzip erst recht kein sachenrechtliches Spezifikum, im Gegenteil wären Vorstellungen von einem besonderen sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot der Praxis und Praktikabilität zuwider. Zu dieser Bedeutung

22

Volmer, WM 2002, 428, *Bungert, Lange*, DB 2009, 103. Dem BGH folgt OLG Schleswig Der Konzern 2009, 484.

³⁵ S BGH NJW 2000, 2898 ff.

³⁶ BGH NJW 1996, 2654f betreffend Sicherungsübereignung von zu einem Gestüt gehörigen Pferden. Bestimmtheit bei die körperliche Identifizierung ermöglichender namensmäßiger Bestimmung oder Bestimmung durch räumliche Abgrenzung und Abgrenzung der körperlichen Art (Jährlinge, Stuten), Unbestimmtheit dagegen bei Vermischung mit Pensionspferden, wenn das Eigentum Dritter beachtet werden sollte. Daraus folgt: Die Übereignung, die ungeachtet der Rechte Dritter vorgenommen wird, ist bestimmt, sie ist nur hinsichtlich der im Dritteigentum stehenden Sachen Verfügung eines Nichtberechtigten. Das Bestimmtheitsanfordernis bezieht sich auf die Übereignung, nicht auf die Alternative der Übereignung durch den Berechtigten oder einen Nichtberechtigten.

³⁷ Nicht begründbar ist das, im Einzelfall auch gar nicht abgrenzbare, Erfordernis, dass für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kenne, infolge der gewählten Abgrenzungskriterien ohne weiteres ersichtlich sein müsse, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind, so aber BGH, NJW-RR, 1994, 1537 f.

³⁸ Auch Miteigentum am Sammelbestand vertretbarer Wertpapiere, die im Depot der Wertpapiersammelbank gelagert sind (§ 6 DepotG), oder Miteigentum an der darüber ausgestellten Sammelurkunde (§ 9a DepotG). Bei Aktien, die nicht verbrieft sind (§ 10 V AktG), kommt diese Übertragung nicht in Betracht. Der Inhaber kann hier aber, wenn die Aktien gleichartig sind, wie bei Forderungen (s weiter im Text) unter betragsmäßiger Bestimmung übertragen. Zwar darf sich die Aufteilung nach dem Betrag wegen der Unteilbarkeit der Aktie (§ 8 V AktG) nicht auf die einzelne Aktie beziehen, zuzulassen ist hier aber die Übertragung einer bestimmten Stückzahl aus dem Bestand. Der Bestimmtheitsgrundsatz ist gewahrt: Für die Aktien kommt es nur darauf an, wie viele jemand hat. Deshalb hat der Bestimmtheitsgrundsatz nur dafür zu sorgen, dass nach einer Verfügung klar ist, inwieweit der Verfügende nach der Verfügung noch Rechte hat (gegenüber der Gesellschaft) und was also noch für weitere Verfügungen übrig bleibt und in was Gläubiger vollstrecken können. Für alle diese Fragen ist nur die Zahl der Aktien, aber keinerlei Individualisierung der einzelnen Aktien relevant. Nur wenn die Aktien verbrieft sind, kommt es auf das Eigentum an den einzelnen Stücken an (an den Wertpapieren als beweglichen Sachen). Dann scheidet die Übertragung nach Stückzahl aus. Hier kommt nur die Miteigentumsübertragung bei Sammelverwahrung in Betracht.

kommt es im Hinblick auf die inhaltliche Bestimmung von Rechten insoweit, als diese Bestimmung nicht wie beim Eigentum festliegt. Dies ist unser letztes Thema zu den sachenrechtlichen Prinzipien³⁹. Soweit die inhaltliche Gestaltung möglich ist, kommt es auf die Bestimmbarkeit bei der Auslegung an. Dies steht im Gegensatz zum Erfordernis der Bestimmtheit iS der genauen Identifizierung des Verfügungsgegenstands.

- 23** Die in der Literatur⁴⁰ zu findende Redeweise, bei der Vorausabtretung der Forderung genüge im Gegensatz zur Sicherungsübereignung bloße Bestimmbarkeit, verkennt ebenso die zwei Richtungen des Bestimmtheitsgrundsatzes wie die Feststellung, dass er kein sachenrechtliches Spezifikum ist. Auch bei der Vorausabtretung muss die Identität der erfassten Forderungen als Verfügungsgegenstand bestimmt sein. Dass der Inhalt der Forderung noch nicht feststeht (man weiß zB noch nicht, an wen zu welchem Preis verkauft wird), berührt nicht die Bestimmtheit der Identität (Kaufpreisforderung aus dem Verkauf einer bestimmten Sache).

d) Trennungs- und Abstraktionsprinzip; der dingliche Vertrag und die Verfügung allgemein

- 24** Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist eines derjenigen Prinzipien, die über das Sachenrecht hinausreichen. Es betrifft die Unterscheidung des Verfügungsgeschäfts von der schuldrechtlichen causa der Verfügung, insbesondere von den Schuldverträgen, die die Verpflichtung zu der Verfügung begründen. Paradigma ist das Verhältnis zwischen Kauf und Eigentumsübertragung, was die Verpflichtung des Verkäufers betrifft. Der Kauf begründet nur die Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung der Kaufsache (§ 433 I 1), die Übereignung erfolgt beim Grundstückskauf durch den besonderen Vertrag der Einigung (§ 873 I) in der Form der Auflassung (§ 925 I) und die Eintragung des Käufers in das Grundbuch (§ 873 I), beim Kauf einer beweglichen Sache wiederum durch den besonderen Vertrag der Einigung, dieser hier verbunden mit der Übergabe der Sache oder mit Ersatzformen dafür (§ 929 1, §§ 929 2, 930 f).

- 25** Die Einigung iS von §§ 873 I, 929 1 wird dinglicher Vertrag genannt⁴¹. Auf einer Stufe mit dem dinglichen Vertrag der Einigung bei der Übereignung steht etwa die Abtretung von Forderungen (§ 398). Oberbegriff ist das Verfügungsgeschäft. Dieses kann auch einseitig sein (§§ 875, 1168, 1183). Weiter genügt für die Übertragung des Eigentums der Vertrag nicht, sondern kommen weitere Erfordernisse hinzu (§§ 929 1, 873 I). Diese gehören zu den Grunderfordernissen der Verfügung (man kann auch von den Erfordernissen des Zustandekommens sprechen). Insgesamt gehören zu diesen Erfordernissen: (1) Grundsätzlich muss der Verfügende Inhaber des Rechts sein, über das er verfügt. Ist er Nichtberechtigter, kommt noch in Betracht, dass er mit Zustimmung des Berechtigten verfügt, § 185, oder dass er, obwohl nichtberechtigt, als berechtigt gilt, § 892 I, oder aufgrund anderer Sondervorschriften wirksam verfügen kann, s §§ 932 ff. (2) Je nach dem Tatbestand der Verfügung die Verfügungserklärung oder der Verfügungsvertrag, und zwar Zustandekommen und Wirksamkeit der Erklärungen. (3) Die besonderen Voraussetzungen des jeweiligen Verfügungstatbestands.

Von den Grundvoraussetzungen der Verfügung sind die Gründe für die Unwirksamkeit von Verfügungen zu unterscheiden. Unwirksamkeitsgrund ist insbesondere der Mangel der Verfügungsbefugnis des – das Recht innehabenden – Verfügenden (etwa nach § 80 I InsO, s § 81 I 1 InsO).

³⁹ Unten Rn 39 ff.

⁴⁰ Soergel/Zeiss § 398 Rn 7 mN; Medicus, Bürgerliches Recht, Rn 523.

⁴¹ Zum dinglichen Vertrag Jakobs, ZRG (Rom) 119 (2002), 269 ff.

Sowohl im Hinblick auf das Zustandekommen als auch im Hinblick auf die Wirksamkeit sind Verfügungen nach unserem Recht von den Kausalbeziehungen unabhängig. Hinsichtlich der Voraussetzungen des Zustandekommens sind sie getrennt, hinsichtlich der Wirksamkeit sind sie vom Kausalgeschäft abstrahiert, dh sie sind nicht deshalb unwirksam, weil das Kausalgeschäft unwirksam ist. Darin besteht unser Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Von selbstverständlicher Richtigkeit ist dieses Prinzip bei Geldzahlungen auf eine Schuld. Bei der heute typischen unbaren Zahlung kann schon technisch der Zufluss beim Gläubiger nicht vom Bestehen der Schuld abhängig gemacht werden. **26**

H. H. Jakobs⁴² hat gezeigt, dass der besondere dingliche Vertrag im 19. Jahrhundert durch Hugo und Savigny als logisch-dogmatisch zwingend erkannt und dann für die Rechtswissenschaft und Gesetzgebung grundlegend geworden ist. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip hat danach zunächst einmal einen logischen Ausgangspunkt. Zwischen Verpflichtungen und Verfügungen ist notwendigerweise zu unterscheiden. Die Verpflichtung begründet nämlich nur das relative Band zwischen Schuldner und Gläubiger, die Verfügung versetzt den Erwerber in das gegen alle wirkende und von allen anzuerkennende Recht. Zwar sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft nicht unverbunden. Es gibt keine von der causa völlig losgelöste, in diesem Sinne rein abstrakte Übereignung. Der Verfügende verfügt aus dem Grunde der Kausalbeziehung, also kaufes-, schenkungshalber usw, in diesem Sinne kausal. Aber das Geschäft betreffs der absoluten Zuordnung ist nur motiviert durch die causa, die Unterscheidung der relativen causa von der auf absolute Zuordnung gerichteten Verfügung ist unberührt. **27**

Diese Unterscheidung wird im Fall der Übereignung nach unserem Recht durch die Eigenart des Verfügungsgeschäfts hervorgehoben. Die Übereignung beweglicher Sachen ist nach dem Veräußerungsprinzip geregelt. Dieses entspricht nach seinem Wesen der Trennung und Abstraktion des Verfügungsgeschäfts vom Kausalgeschäft. Das Veräußerungsprinzip führt dazu, dass das Eigentum grundsätzlich (vorbehaltlich des § 929 S 2) nicht durch bloßen Vertrag übertragen wird, sondern durch die Übertragung der Sachherrschaft in Einigkeit über den Eigentumsübergang, nämlich durch in dieser Einigkeit vollzogene Übergabe, Einräumung eines Besitzkonstituts oder Vindikationszession (§§ 929 ff). Übereignung beweglicher Sachen ist also wirklich Veräußerung des Eigentums, und der Erwerber wird Sachherr. Von dem Veräußerungsakt entbindet das Gesetz nur dann, wenn der Erwerber schon Sachherr ist (§ 929 S 2). Damit wird die logische Konsequenz der Trennung von Verpflichtung und Verfügung durch die Regelung der Rechtsgeschäfte betont: Einerseits ist der schuldrechtliche Vertrag noch nicht die Veräußerung und andererseits ändert, wenn veräußert ist, der Mangel der causa nichts daran, dass der Erwerber der Sachherr ist.

Bei der Verfügung über Grundstücksrechte wird die Selbstständigkeit des Verfügungsgeschäfts durch das Publikationsprinzip hervorgehoben. Zur Verfügung bedarf es hier der Eintragung in das Grundbuch als eines besonderen Wirksamkeitserfordernisses (§ 873).

Dem Gesetzgeber steht es allerdings frei, die logisch zwingend zu unterscheidenden Geschäfte der Verpflichtung und Verfügung vollständig oder in besonderen Fallgruppen als verbundene Geschäfte auszugestalten, insbesondere etwa den Barkauf wenigstens hinsichtlich der Übereignung der Kaufsache als verbundenes Geschäft aus Verpflichtungen und Verfügung zu ordnen. Bei dieser Ordnung leiten teleologisch-rechtspolitische Gesichtspunkte. Unser BGB hat aus der Unterscheidung der Geschäfte das Trennungs- und Abstraktionsprinzip gefolgert und dabei seinerseits eine teleologische Abwägung getroffen⁴³. Gerade weil es bei allen Verfügungstatbeständen um die Ein- **28**

⁴² S Vorn.

⁴³ Entschiedenenes Plädoyer für die Vorzüge unseres Prinzips und Warnung davor, das Prinzip auf dem Altar der europäischen Rechtsangleichung zu opfern, bei Bormann, Wettbewerbsbeschränkungen durch Grundstücksrechte, 2003, 248. Es begründet erhebliche Zweifel an der von den Urhebern erhofften Wirkkraft des Draft Common Frame of Reference (dazu u Rn 429 ff), dass dort entgegen unserem Trennungs- und Abstraktionsprinzip die Wirksamkeit der Übereignung von der Wirksamkeit der causa (dem bestehenden Recht des Erwerbers auf die Übereignung) abhängig gemacht ist. Überzeugende Verteidigung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips gegenüber abweichenden Gestaltungen anderer Rechtsordnungen durch Baur/Stürner § 5 Rn 43, § 51 Rn 44, rechtsvergleichend zum Recht der beweglichen Sachen s

räumung von Rechten mit Wirkung für und gegen jedermann im Rechtsverkehr geht, strebt unsere Rechtsordnung die Klarheit und Sicherheit der Rechtszuordnung an und legt deshalb das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zugrunde. Aufgrund der nach diesem Prinzip geordneten Verfügungstatbestände sind der Nachfolger im Recht und ebenso ein vollstreckender Gläubiger mit den Fragwürdigkeiten der Verhandlungen oder Vereinbarungen zwischen den Geschäftspartnern des relativen Verpflichtungsgeschäfts nicht belastet. Zweifel sollen zwischen den Beteiligten des unklaren Geschäfts geklärt werden⁴⁴.

- 29** Für die Konsequenzen aus dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip sind zu unterscheiden das Verhältnis zwischen den Partnern eines Zuwendungsgeschäfts und das Verhältnis zu Dritten, dh die Wirksamkeit des Prinzips im Rechtsverkehr. Zwar bedeutet der getrennte und abstrakt wirksame Erwerb zunächst einmal auch, dass der Partner des Zuwendungsgeschäfts selbst ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts Inhaber des Gegenstands der Zuwendung wird. Dies hat aber die volle Konsequenz nur im Verhältnis zu Dritten. Diese können vom Erwerber als Berechtigtem erwerben und bei ihm, weil er Rechtsinhaber ist, in das Recht vollstrecken. Was den Partner aber selbst betrifft, so ist er bei Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts dem Geber genau so zur Herausgabe des Rechtsgegenstands verpflichtet, wie wenn er das Recht nicht abstrakt wirksam erworben hätte. Dafür sorgt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dieser Unterschied zwischen der Beziehung inter partes und im Verhältnis zu Dritten ist im größeren Zusammenhang der Unterscheidung von mittelbarer und unmittelbarer Zuordnung zu entwickeln⁴⁵.
- 30** Von dem Prinzip der Selbstständigkeit des Verfügungsgeschäfts ist nicht berührt, dass das Verfügungsgeschäft seine selbstständige Wirkung nur dann entfalten kann, wenn es selbst wirksam ist⁴⁶. Dies gilt auch insoweit, als Unwirksamkeitsgründe in der Person eines Geschäftsbeteiligten ihren Ursprung haben oder als sie mit dem in der Lebenswirklichkeit einheitlichen Vorgang der auf Verfügung und Verpflichtung bezogenen Erklärungen zu tun haben⁴⁷. Wenn ein Partner wissentlich etwas nicht Geschuldetes annimmt,

die Aufreihung möglicher abweichender Gestaltungen in § 51 Rn 2 und die Darstellung der Rechtsordnungen in § 64 Rn 87 ff, rechtsvergleichend zum Immobiliarsachenrecht § 64 Rn 7 ff. Kritik am Abstraktionsprinzip übt *Westermann* 8. A. § 3 Rn 9.

⁴⁴ *Flume* II § 12 III 3, S 176 f; *Brehm/Berger*, Sachenrecht, § 1 Rn 22. Nicht zu folgen ist *Jakobs* (Fn 41) darin, dass der Selbstständigkeit des „dinglichen Vertrages“ allein eine dogmatische und nicht eine teleologische Bedeutung beizumessen sei. *Jakobs* meint, darin frei zu sein, dem Veräußerer bei Wirksamkeit, aber Rechtsgrundlosigkeit des dinglichen Vertrages für die an die Stelle des Eigentums tretende Kondiktion in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht zu gewähren (S 323 ff). Weiter will er einen Zweiterwerber, der vom rechtsgrundlosen Ersterwerber in Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit erworben hat, nicht wirksam erwerben lassen (S 322 mit Hinweis auf § 142 II, der aber mit der Gleichstellung der Kenntnis der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit gar nicht passt). Die Durchführung der Unterscheidung von Verpflichtung und Verfügung durch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist eine teleologische Entscheidung. Die Zwecksetzung der klaren Güterzuordnung ist nicht durch derartige Aufweichungen vom Ergebnis her zu konterkarieren.

⁴⁵ U Rn 75 ff.

⁴⁶ Nicht zutreffend ist, von Durchbrechungen des Abstraktionsprinzips zu sprechen (so *Baur/Stürner* § 5 Rn 50). Zur Anfechtbarkeit des Verfügungsgeschäfts *Grigoleit*, AcP 199 (1999), 379 ff. Zur Sittenwidrigkeit des Verfügungsgeschäfts und der Anwendung des § 817 S 2 *Flume* II § 18 8c S 384 ff, *Baur/Stürner* § 5 Rn 52.

⁴⁷ Anders der Versuch, eine Auswirkung der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts auf das Verfügungsgeschäft über § 139 zu begründen. Das ist eine Argumentation mit der rechtlichen Einheit beider Geschäfte. Diese ist mit dem Trennungsprinzip nicht vereinbar. Nicht zu folgen ist *Westermann* 8. A. § 3 Rn 13, der nur bei Grundgeschäft und Auflassung § 139 für unanwendbar hält, weil hier das „Abstraktionsstreben“ „verstärkt“ sei, was immer das heißen

ist das Zuwendungsgeschäft nach § 138 als nichtig anzusehen⁴⁸. Wird bei Geschäften über bewegliche Sachen die Einigung über die Verfügung in dem Kausalgeschäft mitgeteilt, so ist Bestandteil der Einigung je nach dem Kausalgeschäft die Erklärung über die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit. Bei Dissens hierüber – eine Einigung über eine Schenkung oder eine Leistung aufgrund Testaments oder aber stattdessen über Kauf oder Darlehen ist nicht zustande gekommen⁴⁹ – ist die Einigung auch in dinglicher Hinsicht nicht zustande gekommen⁵⁰. Wegen der Einheitlichkeit der Einigung ist Voraussetzung der Übereignung der hinsichtlich Kausalgeschäfts und Übereignung einheitliche consensus. Ist ein consensus gegeben, so ist allerdings hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen dem consensus über die Übereignung und dem über das Kausalgeschäft zu unterscheiden, um die Übereignung von den Fragwürdigkeiten des Kausalgeschäfts freizuhalten⁵¹. Dies ist insbesondere auf die Anfechtbarkeit wegen Eigenschaftsirrums (§ 119 II) zu beziehen. Bestimmt man den wesentlichen Eigenschaftsirrtrum nach der Lehre *Flumes* von der Relevanz nur einer Beschaffenheitsvereinbarung⁵², so betrifft ein wesentlicher Eigenschaftsirrtrum sowohl die Einigung über das Kausalgeschäft als auch die über das dingliche Geschäft (Fall der Fehleridentität). Deshalb nimmt *Flume* selbst den Tatbestand des wesentlichen Eigenschaftsirrtrums bei beiden Geschäften an und lässt nur für beide Geschäfte die Anfechtbarkeit insoweit zurücktreten, als die Haftung des Verpflichteten nach den Spezialregeln über die Mängelgewährleistung eingreift⁵³.

Soweit sich die Möglichkeiten, dass das Kausalgeschäft unwirksam, anfechtbar oder rückabzuwickeln ist, auf die Verfügung nicht auswirken, wird der Verlust des Veräußerers ausgeglichen durch den bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch (§ 812 I 1). Dieser richtet sich gegen den Geschäftspartner. Die Vereitelung der Herausgabe des Geschäftspartners durch einen Dritten, dem der Empfang weitergegeben worden ist, kann insoweit, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 822, nur nach § 826 zum Schadensersatz verpflichten.

Die Trennung von Verfügungsgeschäft und schuldrechtlichem Geschäft führt uU zur Erörterung der Geschäfte bei der Prüfung verschiedener Anspruchsgrundlagen. Um Zustandekommen und Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts geht es zB im Rahmen des Herausgabeanspruchs aus § 985, um Zustandekommen und Wirksamkeit des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts im Rahmen des Herausgabeanspruchs aus § 812 I 1 Alt 1.

Gegen das Abstraktionsprinzip polemisiert *Wesel*⁵⁴: „Das Abstraktionsprinzip des § 929 BGB hat auch seine guten Seiten. Es ist außerordentlich schwer zu verstehen. ... Jurastudenten (haben) damit am Anfang ihres Studiums viele Schwierigkeiten. Es ist eine der meisten Fehlerquellen in

mag. Der dafür angeführte Ausschluss von Bedingung und Befristung (§ 925 II) bezieht sich auf die Verfügung und nicht den Zusammenhang von Verfügung und causa. Außerdem sind Bedingtheit und Befristung durch die Rechtsfigur der Vormerkung ersetzt.

⁴⁸ *Flume* II § 12 III 5 b, S 180.

⁴⁹ S die Fälle der Digesten D 12, 1, 18 und D 41, 1, 36.

So im Anschluss an D 12, 1, 18 gegen D 41, 1, 36 *Flume* II § 12 III 5 c, S 181 f.

⁵⁰ *Flume* II § 12 III 5 c, S 181.

⁵² Zu dieser als konsequenter Entwicklung im Rahmen der geschichtlichen Rechtswissenschaft *Wilhelm*, FG *Flume* (1998), S 301 ff.

⁵³ *Flume* II § 24 2 b, 4, S 479, 489. Der Fall der Lieferung einer Auster, die eine Perle enthält, ist mangels Eingreifens der Mängelregelung über die Anfechtung der Übereignung nach § 119 II zu lösen (Staudinger/*Gursky* § 956 Rn 5).

⁵⁴ *Wesel*, Juristische Weltkunde, Suhrkamp-Taschenbuch Wissenschaft, Bd 467, Frankfurt 1984, S 92 f. Für Einschränkung des Abstraktionsprinzips durch weitgehende Zweckabhängigkeit der Übertragung Staudinger/*Wiegand*, § 929 Rn 22 ff, *ders.*, AcP 190 (1990), 135 ff, FG BGH I 770 ff. Zu solchen Einschränkungen *Flume* II § 12 III 4, 5, S 177 ff.

31

32

juristischen Übungsarbeiten. Das zieht ganz schön runter. Es wäre ja noch schöner, wenn diese lustigen jungen Menschen am Ende ihres Studiums genau so fröhlich wären wie am Anfang. Wie würde unsere Justiz dann aussehen? Das Abstraktionsprinzip ist ein wichtiger Beitrag zur Sozialisation von Juristen.“ – Das ist ganz witzig, aber erstens sprachlich unvollkommen („eine der meisten“) und zweitens mindestens unvollständig.

4. Publizitätsgrundsatz und gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

- 33** Sowohl die Bestimmung der Arten der im Sachenrecht geregelten Rechte als auch die Gestaltung der Verfügungen unterliegen dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip. Wir sprechen vom materiellen Publizitätsprinzip, nicht von der sog. formellen und materiellen Publizität des Grundbuchs: Die formelle bezeichnet die Möglichkeit der Einsichtnahme in das Grundbuch. Die materielle umfasst die Verfügung mit dem Erfordernis der Eintragung in das Grundbuch, die Vermutung für die Richtigkeit und den öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Diese materielle Publizität gehört aber wenigstens in den größeren Zusammenhang des sachenrechtlichen Publizitätsprinzips. Dieses ist in überraschenden Konsequenzen durchgeführt. An sich ist sein Ausgangspunkt die Publizität der Rechte. Aber das Publizitätsprinzip wird von unserem BGB einerseits nicht durchgehend angewandt, zB durch Zulassung der Sicherungsübereignung neben dem auf Publizität gestellten Pfandrecht⁵⁵, zum anderen wird es sogar bei Rechten angewandt, die selbst keiner Publizität zugänglich sind, hier nämlich für bestimmte Verfügungen über das Recht. Nicht iS des Publizitätsprinzips offenkundig sind Forderungen. Die Übertragung von Forderungen ist nach § 387 formfrei. Für die Verfügung durch Verpfändung von Forderungen gilt aber das Publizitätsprinzip: Die Verpfändung ist dem Schuldner anzuzeigen (§ 1280)^{55a}. Für die absoluten Rechte an Grundstücken gilt das Publizitätsprinzip durchweg: Die Rechte werden in das Grundbuch eingetragen, und die Begründung oder Änderung von Rechten an Grundstücken sind an die Eintragung in das Grundbuch geknüpft (§§ 873, 877).
- 34** Im Bereich beweglicher Sachen wird die Regelung der Übereignung nach §§ 929 ff mit dem Publizitätsprinzip in Zusammenhang gebracht⁵⁶. Dies bedarf genauerer Betrachtung: Das Gesetz sieht Möglichkeiten der Übereignung vor, die zwischen den Parteien intern bleiben. Eine bewegliche Sache kann nämlich durch die sog. *brevi manu traditio* (§ 929 S 2), durch Besitzkonstitut (§ 930) und durch Vindikationszession (§ 931) übereignet werden⁵⁷. Das Gesetz verlangt für die Übertragung des Eigentums grundsätzlich über die Einigung hinaus die Veräußerung der Sache (das Sich-Entäußern der Herrschaft über die Sache durch den Eigentümer unter Bekleidung des Erwerbers mit derselben). Damit kann sich die Übereignung grundsätzlich nicht in einer bloßen Willensübereinkunft erschöpfen, sie muss in der Herrschaftsentäußerung beim Veräußerer und der Herrschaftsbegründung beim Erwerber real hervortreten, wenn dies auch durch die Begründung einer schuldrechtlichen Position des Erwerbers geschehen kann (§§ 930, 931). Besonders ist der Fall des § 929 S 2: Ist der Erwerber schon im Besitz der Sache, so genügt die Einigung. Hier erspart das Gesetz den unnötigen Umweg der Rückgabe der Sache an den Veräußerer und der daraufhin folgenden Übergabe. Die Einigung bedeutet die Aufgabe des Herrschaftsrechts des Veräußerers über die Sache und damit die Aufrichtung der Sachherrschaft des Erwerbers zur Rechtsherrschaft. Damit steht sie der Übergabe gleich (*brevi manu traditio*).

⁵⁵ S o Rn 16.

^{55a} Anders wieder die Sicherungsabtretung von Forderungen.

⁵⁶ Darstellung bei *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005.

⁵⁷ Kritisch zur Deutung aus dem Publizitätsprinzip inzwischen auch *Quantz* (Vorn).

Wie die *brevi manu traditio* und die Übereignung durch Besitzkonstitut (§ 930) und Vindikationszession (§ 931) zeigen, stellt unser Recht nicht durchgehend auf die Offenkundigkeit des Veräußerungsakts für Dritte ab. Erforderlich ist nur, weil es um Sachenrechte geht, die Realisierung der neuen Eigentumsstellung durch die wenigstens schuldrechtliche Herrschaft des Erwerbers über die Sache, aber nicht die Offenkundigkeit dieser Realisierung. **35**

Im Recht sowohl der beweglichen wie der unbeweglichen Sachen tritt das Offenkundigkeitsprinzip, soweit es gilt, in Zusammenhang mit dem Rechtsscheinprinzip. Bei den bloß schuldrechtlich vermittelten Erwerbsarten kann der Rechtsschein noch mittels des zusätzlichen Erfordernisses der Übertragung des Besitzes des Veräußerers an den Erwerber begründet sein (§§ 933, 934). Das Gesetz ermöglicht aufgrund der dem Publizitätsprinzip folgenden Verfügungstatbestände und der dazu verwendeten Mittel (Besitz, Grundbuch) den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten aufgrund des Rechtsscheins der Berechtigung. Der Rechtsverkehr soll aufgrund der nach außen erkennbaren tatsächlichen Herrschaftspositionen auf die entsprechenden Rechtspositionen vertrauen können. Kraft der Rechtsscheinwirkung des Besitzes für das Eigentum an beweglichen Sachen (§ 1006) und derjenigen der Eintragung im Grundbuch für die eingetragene Grundstücksrechtsposition (§ 891) wird der gutgläubige Rechtsverkehr in seinem Glauben an das dem Besitz entsprechende Eigentum des Besitzers oder die der Eintragung entsprechende Berechtigung des Eingetragenen geschützt, so dass kraft guten Glaubens auch von einem Nichtberechtigten erworben werden kann (§§ 932 ff, 1032 S 2, 1207 f, §§ 873 ff iVm § 892). **36**

Die Vorschriften, die einen Erwerb ermöglichen, obwohl der Verfügende Nichtberechtigter ist, bedeuten eine Enteignung des Berechtigten und sind deshalb Ausnahmenvorschriften. Diese beruhen auf den vom Gesetzgeber abgewogenen Tatbestandsmerkmalen. Eine ausdehnende oder analoge Anwendung ist grundsätzlich ausgeschlossen^{57a}.

Der Rechtsschein der sachenrechtlichen Verfügungstatbestände zeigt die Rechtsinhaberschaft des Verfügenden an. Also gibt es grundsätzlich auch nur den Schutz des guten Glaubens an die Rechtsinhaberschaft. Nach einzelnen Vorschriften kommt aber der Schutz des guten Glaubens an die bloße Verfügungsmacht hinzu (etwa nach §§ 135 II, 892 I 2, 2113 III, 2211 II BGB, 366 HGB). **36a**

Bemerkenswert ist die Vielfalt der *variae causarum figurae* (D 44, 7, 1) unseres BGB: Sie unterscheiden sich durch die Arten der Verfügungsbeschränkungen, die durch gutgläubigen Erwerb überwunden werden. Zu unterscheiden sind zunächst die Fälle der Verfügung eines Verfügenden, der zwar Rechtsinhaber ist, dem aber (jedenfalls teilweise) die Verfügungsmacht fehlt oder genommen ist. Hierzu gehören §§ 2113 III und 2211 II. Davon zu unterscheiden ist die Verfügung eines Nichtberechtigten, dem nur zum Schutz des Gutgläubigen Verfügungsmacht beigemessen wird (§ 366 HGB). Wieder besonders sind die Fälle des gutgläubigen Erwerbs entgegen einer Vormerkung (§§ 883, 892) und entgegen einem richterlichen Veräußerungsverbot (§§ 135 II, 136). Gerade hierfür sind zunächst die Verfügungsbeschränkungen genau zu bestimmen. Das Gesetz spricht von der Unwirksamkeit einer Zwischenverfügung im Verhältnis zur geschützten Person bzw der Unwirksamkeit, soweit die Zwischenverfügung die Rechtsstellung des Geschützten beeinträchtigen würde. Man spricht von relativer Unwirksamkeit. Die Schwierigkeit liegt darin, dass im einen wie im anderen Fall (Vormerkung, Veräußerungsverbot) die Verfügung über das Recht zu-

^{57a} Aufgrund dieser Gebotenheit einer restriktiven Anwendung des Erwerbs vom Nichtberechtigten hat der BGH in NZG 2011, 1268 zu der neu hinzugekommenen Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs des Geschäftsanteils an einer GmbH (§ 16 III 1 GmbHG) den gutgläubigen Erwerb entgegen dem bedingten Zwischenerwerb aus einer vorangehenden bedingten Übertragung abgelehnt: § 161 III BGB verweise auf die jeweils einschlägigen Vorschriften; der Wortlaut des § 16 III GmbHG umfasse den Schutz aber nicht. Der BGH hat jedoch die gesetzliche Regelung nicht zu Ende gedacht (s o Rn 7 Fn 6d).

gunsten des Geschützten noch nicht vorgenommen ist, vielmehr der Schutz darin besteht, dass der Anspruch auf die Verfügung gesichert wird. Daraus folgt für eine Zwischenverfügung: Der Verfügende verfügt als Rechtsinhaber über sein Recht, und der Zwischenerwerber erwirbt das Recht vom Berechtigten. Nur verbleibt dem Verfügenden aufgrund der Vormerkung oder des Veräußerungsverbots die Befugnis, im Rahmen der Erfüllung des gesicherten Anspruchs über das Recht zugunsten des Geschützten zu verfügen. Die durch Vormerkung oder richterliches Veräußerungsverbot begründete Verfügungsbeschränkung besteht, genau gesehen, in der Beschränkung, über das Recht vollinhaltlich zu verfügen. Die Verfügungsbefugnis des bisherigen Rechtsinhabers bleibt bei einer Zweitverfügung zurück, sofern und soweit der gesicherte Anspruch zugunsten des Geschützten zu erfüllen ist. Gegen diese Verfügungsbeschränkung wird der gutgläubige Zwischenerwerber zunächst bei einem Veräußerungsverbot nach § 135 II geschützt. Die Verfügungsbeschränkung durch eine Vormerkung (§ 883 II^{57b}) stimmt in ihrer Wirkung damit überein. Aber die beiden Verfügungsbeschränkungen kommen unterschiedlich zustande, und deshalb hat auch der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Vormerkung eine andere Grundlage als in einer Sondervorschrift wie § 135 II. Das richterliche Veräußerungsverbot kommt schon durch die richterliche Entscheidung zustande. Bezieht es sich auf Grundstücksrechte, geht es nur noch um die Deklaration des Veräußerungsverbots im Grundbuch. Darauf ist der Gutglaubensschutz nach § 135 II iVm § 892 I 2 bezogen. Die Vormerkung kommt demgegenüber durch die Verfügung der Einräumung der Vormerkung zustande, zu der die Eintragung in das Grundbuch als konstitutives Merkmal gehört (§ 885 I). Darauf ist der Schutz nach § 892 I 1 bezogen. Zu fragen ist, wie es eines Schutzes gegen eine nicht eingetragene Vormerkung bedarf, wenn die Vormerkung doch erst durch Eintragung wirksam wird. Auf den Schutz kommt es an, wenn die Vormerkung eingetragen und damit entstanden ist, aber später unrichtig gelöscht wird, und dieser Schutz richtet sich nach § 892 I 1.

36b Zwischen dem Erwerb trotz Verfügungsbeschränkung und dem Erwerb von einem Nichtberechtigten steht der Erwerb des Zwischenerwerbers aus einer Verfügung, die der Berechtigte trotz der zugunsten eines Dritten getätigten bedingten oder befristeten Verfügung vornimmt (§§ 161, 163). Berechtigter ist bei aufschiebender Bedingung noch der Verfügende und bei auflösender Bedingung noch derjenige, der unter auflösender Bedingung erworben hat. Diese Berechtigten können nicht entgegen der bedingten Verfügung verfügen (§ 161 I, II). Gutgläubige Zwischenerwerber werden aber geschützt (§ 161 III). Die bedingte Verfügung bewirkt aber keine Verfügungsbeschränkung. § 161 I–III sind vielmehr Ausdruck dafür, dass auch eine bedingte Verfügung schon Verfügung ist und deshalb der Bedingungseintritt auf die Verfügung zurückwirkt. Der bedingt Verfügende (bei der aufschiebenden Bedingung), der Erwerber (bei der auflösenden Bedingung) sind aufgrund der bedingten Verfügung bedingt Nichtberechtigte. § 161 III ist ein Fall des Erwerbs vom Nichtberechtigten.

Im Einzelnen: Die bedingte Verfügung ist vorgenommen, bei auflösender Bedingung ist sie sogar zunächst wirksam. Die Verfügung ist nur unter die Wirksamkeitsvoraussetzung der aufschiebenden oder den Wirksamkeitsbeendigungsgrund der auflösenden Bedingung gestellt. Zwar ist der aufschiebend bedingt Verfügende bzw der Erwerber aus auflösend bedingter Verfügung vor Eintritt der Bedingung noch Inhaber des Rechts. Ein Zwischenerwerb von ihm ist aber wegen der bedingten Verfügung, die schon vorgenommen ist, bei Eintritt der Bedingung unwirksam (§ 161 I, II). Aufgrund des erfüllten Verfügungstatbestandes ändert sich die Lage durch den Bedingungseintritt. Der Eintritt der Bedingung wirkt in dem Sinne zurück, dass die ehemals getroffene Verfügung wirksam bzw (wenn auflösend bedingt) unwirksam wird. Was den aufschiebend bedingten Erwerber bzw den auflösend bedingten Rückerwerber betrifft, so erwirbt dieser mit Bedingungseintritt das Recht, andererseits wird der aufschiebend bedingt Verfügende bzw derjenige, der das Recht durch auflösend bedingte Verfügung erworben hat, rückwirkend zum Nichtberechtigten^{57c}. Insofern ist die Verfügung iSv § 161 die Verfügung eines bedingt Nichtberechtigten. Folglich ist die Wertung unseres Gesetzes in § 161 III: Der Erwerb vom bedingt Nichtberechtigten wird dem vom vollständig Nichtberechtigten

^{57b} § 883 III sagt das Entsprechende für andere Fälle mit anderer Technik.

^{57c} Eingehend *Altmeyden*, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, 1 ff (zur bedingten Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH und dem Schutz nach § 16 III GmbHG).

gleich gestellt. Dies entspricht hier dem folgenden *argumentum a fortiori*: der Erwerber, der immerhin von einem zunächst noch Berechtigten erworben hat, kann nicht schwächer geschützt sein als der Erwerber, der von einem überhaupt nicht Berechtigten erworben hat^{57d}.

Für andere Voraussetzungen der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts wie Geschäftsfähigkeit, Vertretungsmacht etc gibt es grundsätzlich keine sachenrechtliche Rechts-scheingrundlage. Gegen den Geschäftsunfähigen und den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, der ohne Vertretungsmacht handelt, gibt es keinen gutgläubigen Erwerb. Auch der Mangel an Vertretungsmacht des für einen anderen Verfügenden wird, sofern nicht besondere Rechtsscheingrundlagen wie § 15 HGB betreffs der Kaufleute und Handels-gesellschaften oder § 2368 über das Testamentsvollstreckerzeugnis eingreifen, nicht durch guten Glauben ersetzt. Eine Ausnahme hiervon ist neuerdings – wenigstens nach hiesiger Meinung⁵⁸ – die Regelung der BGB-Gesellschaft in § 899a.

36c

Die Regelung des gutgläubigen Erwerbs erleidet eine Einschränkung und hat sodann wichtige Konsequenzen im Schuldrecht. Die Einschränkung steht in § 816 I 2. Danach kann der wirklich Berechtigte vom gutgläubigen Erwerber das Erlangte herausverlangen, wenn die gegen ihn aufgrund Schutzes des guten Glaubens wirksame Verfügung unentgeltlich erfolgt ist. Konsequenzen hat die Regelung zunächst im Umkehrschluss: Bei entgeltlichem Erwerb gibt es auch nicht einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch des Berechtigten gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung. Weitere Konsequenz hat der Schutz der Regelung des gutgläubigen Erwerbs, und zwar auch bei unentgeltlichem Erwerb, im Deliktsrecht. Mit dem gutgläubigen Erwerb unvereinbar wäre, wenn der Geschützte dem Berechtigten auf Schadensersatz, etwa noch im Wege der Naturalrestitution, haften würde. Also kann die Deliktshaftung eines Erwerbers erst eröffnet sein, sofern die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs nicht erfüllt sind (im Grundstücksrecht wegen Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs oder Eintragung eines Widerspruchs – § 892 I 1 –, im Recht der beweglichen Sachen wegen grob fahrlässiger Unkenntnis der Nichtberechtigung – § 932 I 1, II –).

36d

Weil der Besitz (bei beweglichen Sachen) und die Eintragung im Grundbuch (bei Grundstücksrechten) einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen, wird der Berechtigte zur Publizierung seines Rechts gedrängt, also zur Herstellung seines Besitzes oder zu seiner Eintragung in das Grundbuch. Andernfalls läuft er Gefahr, das Recht zu verlieren. Zugleich kann, wenn der Berechtigte den Besitz einem anderen überlässt oder die Publizierung seines Rechts im Grundbuch unterlässt, dieses als Veranlassung eines für die Berechtigung eines Anderen (Nichtberechtigten) sprechenden Rechtsscheins gesehen werden. Dies rechtfertigt die Höherbewertung des Verkehrsinteresses am Erwerb vom Nichtberechtigten vor dem Erhaltungsinteresse des Berechtigten. Nur bei starkem Vertrauensinteresse des Verkehrs wird der Erwerber auch dann geschützt, wenn der Berechtigte den Rechtsschein für das Recht des Nichtberechtigten nicht veranlasst hat (§§ 892, 935 II). Aus der Wirkung des Besitzes oder der Eintragung eines Nichtberechtigten gegen den Berechtigten ergibt sich andererseits, dass derjenige Erwerber nicht überwiegend schutzwürdig ist, der sich für seinen Erwerb ebensowenig eine Rechtsscheingrundlage sichert, wie der Berechtigte sie hatte^{58a}.

37

Die Feststellung, dass der Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache vom Berechtigten nicht durchgehend dem Publizitätsprinzip folgt, ist bedeutsam für die umstrittene Frage nach dem deliktischen Schutz der Forderungszuständigkeit. Dieser kann nicht deshalb verneint werden, weil der Forderungszuständigkeit die sozialtypische Offen-kundigkeit fehle⁵⁹.

38

^{57d} S zu diesem Argument in der Entstehungsgeschichte unseres Gesetzes, welches aber auch für den Gutgläubenschutz in § 135 II anzuführen war, *Walek*, JZ 2012, 608, 609 f.

⁵⁸ Näher u Rn 198a.

^{58a} Zur Anwendung der §§ 933, 934 iS dieses Gedankens u Rn 981 ff.

⁵⁹ Vgl u Rn 78, 135 ff.

5. Die Freiheit der Gestaltung der nach *numerus clausus* und Typenzwang anerkannten Rechte

39 Das Prinzip des strengen Rechts von *numerus clausus* und Typenzwang wird von unserem Gesetz nicht um seiner selbst willen exerziert und darf auch in der Rechtsanwendung nicht um seiner selbst willen exerziert werden. Bedürfnissen des Lebens und Wirtschaftens muss durch Gestaltungsspielraum und Weiterentwicklung im Rahmen der gegebenen Rechtsfiguren Rechnung getragen werden, soweit die Sicherheit der sachenrechtlichen Zuordnung nicht relevant tangiert ist⁶⁰. Beispiel ist die schon erwähnte Regelung der Grunddienstbarkeit^{60a}. Hierher gehört auch die vom BGH ohne weiteres anerkannte Möglichkeit, dass Erbbauberechtigte mehrerer aneinander angrenzender Hausgrundstücke für ihr Verhältnis eine Gemeinschaftsordnung nach der Regelung des WEG vereinbaren⁶¹.

39a Noch vor der Frage der inhaltlichen Ausgestaltbarkeit der Grundstücksrechte steht die Frage, wem sie zugeordnet sein können. Das Gesetz formuliert jeweils den Ausgangsfall, dass ein Recht einem bestimmten Berechtigten eingeräumt werden kann. Die Rechtsprechung hat aber aufgrund der Bedürfnisse der Lebensgestaltung im einzelnen Fall anerkannt, dass Grunddienstbarkeiten oder persönliche Dienstbarkeiten, insbesondere Wohnrechte, und schließlich Reallasten zugunsten mehrerer Personen eingeräumt werden können. Anknüpfungspunkt ist hier eine auf Forderungen bezogene Regelung, nämlich die der §§ 428, 432 über die Gesamtgläubigerschaft. Wenn man nach einer Begründung für deren Übertragbarkeit auf das strengere Sachenrecht sucht, so findet man in den Entscheidungen die Darlegung, dass die Interessenlage die Rechtsgestaltung rechtfertigt und die Alternative keine überzeugende Lösung bietet: Die Alternative würde in der Begründung je selbstständiger Rechte bestehen, deren Verbundenheit gemäß der Interessenlage dann nur schwer herstellbar wäre^{61a}. Dass diese Begründung nicht sehr sicher ist, zeigt die Frage nach einer Bestellung des Nießbrauchs für mehrere Mitberechtigten. Das OLG München^{61b} hat die Möglichkeit abgelehnt. § 432 setze eine unteilbare Leistung voraus, und das sei beim Nießbrauch nicht gegeben, nur das Nießbrauchsrecht sei teilbar in einer Gemeinschaft nach §§ 741 ff. Wenn aber nur § 432 entfällt, bleibt immer noch § 428.

40 Was nun weiter die inhaltliche Gestaltbarkeit betrifft, sind nach der Rechtsprechung sehr weitgehend gestaltbar auch die Reallast als Recht auf wiederkehrende Leistungen aus dem belasteten Grundstück (§ 1105) und die Vormerkung zur Sicherung eines möglicherweise künftigen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück (§ 883). Hier gilt lediglich der Grundsatz der Bestimmbarkeit, der sich daraus begründet, dass auf unbestimmte und nicht einmal bestimmbare Positionen kein Recht zu gewähren ist. Nach diesem Grundsatz ist jede Gestaltung anzuerkennen, die in den gesetzlichen Begriff des Rechts fällt und durch den Richter

⁶⁰ S die Diskussion um einen Dispositionsnießbrauch (Nießbrauch unter Einschluss des Rechts zu Verfügungen über das dem Nießbrauch unterworfenen Recht, insbesondere das Eigentum an der Sache), dazu *Friedrich*, NJW 1996, 32 ff, s weiter die Ansätze zur dinglichen Einrichtung anteiliger Dauerwohnrechte (Time-sharing durch Sachenrecht); der BGH ZIP 1995, 1359 = JZ 1996, 368 mit Anm *Preuß* erkennt die Bestellung eines in Rechtsgemeinschaft mehrerer Beteiligten stehenden Dauerwohnrechts (§§ 31 ff WEG) mit dinglich wirkender Nutzungsordnung (§ 33 IV WEG) an, die die Nutzung unter die Anteilsberechtigten zeitanteilig verteilt. Zur Weiterentwicklung der Sachenrechte trotz *numerus clausus* und Typenzwang s *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S 241 ff, zum Dispositionsnießbrauch S 289 ff.

^{60a} O Rn 16. Bei den Dienstbarkeiten zeigt sich aber auch eine allgemeine Grenze der Gestaltbarkeit: Nach BGH NJW 2013, 1963 ist die Ausübung eines Unterlassungsanspruchs aus einer persönlichen Dienstbarkeit eine unzulässige Rechtsausübung, wenn sie der Durchsetzung von AGB dient, die nach dem Recht der AGB unzulässig ist (hier des § 309 Nr 9a).

⁶¹ NJW 2005, 2622.

^{61a} Für Gesamtgrunddienstbarkeit BayObLG NJW 1966, 56, für Gesamtberechtigung aus beschränkter persönlicher Dienstbarkeit BayObLG DNotZ 1991, 254. Für Wohnungsberechtigung nach Art einer Gesamtgläubigerschaft BGHZ 46, 253.

^{61b} NJW 2009, 3310 = JuS 2010, 72 (*K. Schmidt*).

bestimmbar ist. So hat der BGH eine Reallast anerkannt, durch die das von einer Mutter ihren Kindern überlassene Grundstück mit der Leistung der Pflege der Mutter nach dem Maß der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung der beruflichen Belastungen der Kinder beschwert war⁶².

Das OLG Düsseldorf hat die Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Anspruchs auf Rückübertragung eines Miteigentumsanteils an Grundbesitz zugelassen, der wie folgt festgelegt war: Miteigentumsanteil entsprechend dem Wert, den der Anteil am Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zur Verwaltung des Grundbesitzes gegründet war, am Tag des Rückübertragungsverlangens hatte, abzüglich des Wertes von Leistungen des Verpflichteten aus eigenem Vermögen zugunsten des Gesellschaftsvermögens, festzulegen im Streitfall durch Schiedsgutachten eines von der IHK zu bestimmenden Wirtschaftsprüfers (s § 317)⁶³.

In Anbetracht der Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen des Begriffs der anerkannten Rechtspositionen ist es keine durchschlagende Begründung, wenn das KG die Eintragung eines Nießbrauchs, für den die gesetzliche Haftung des Nießbrauchers (§§ 1036 II, 1037 I, 1041 S 1) auf den Verantwortungsmaßstab eigenüblicher Sorgfalt (§ 277) reduziert sein sollte, unter Berufung auf numerus clausus und Typenzwang abgelehnt hat⁶⁴. Die Vereinbarung entsprach dem von den Parteien gewollten Schenkungsvertrag über ein Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den Schenker. Eine lediglich schuldrechtliche Wirkung der Haftungsmilderung wurde dem Parteiwillen nicht gerecht.

Bei der Gestaltungsfrage sind freilich die weiteren Prinzipien des Sachenrechts zu berücksichtigen. Gegen die Ansicht des KG spricht, dass in seinem Fall für die Haftungsmilderung das Publizitätsprinzip durchaus gewahrt werden konnte, nämlich durch Eintragung der entsprechenden Bestimmung in das Grundbuch oder die dort in Bezug zu nehmenden Eintragungsgrundlagen. Beim Nießbrauch an beweglichen Sachen ist die Kundmachung einer entsprechenden Vereinbarung nicht möglich. Dies spricht gegen die Zulässigkeit der (dinglichen) Gestaltung gemäß dem Fall des KG, wenn es um einen Nießbrauch an beweglichen Sachen geht.

B. Das Sachenrecht als Recht betreffend die absolute Zuordnung vor allem von Sachen

I. Die Begriffe des Gesetzes: Sachen, Bestandteile, Zubehör, Nutzungen

Das sog. Sachenrecht ist das für alle Rechtssubjekte geltende, also privatrechtliche Regelungsgebiet betreffend die absolute Zuordnung vor allem⁶⁵ von Sachen. Den Sachbegriff und die mit Sachen (parallel auch mit Rechten) möglicherweise zusammenhängenden Sachen und Vorteile erläutern die §§ 90 ff. § 90 und § 90a grenzen den Begriff der Sache ab, §§ 91 f unterscheiden die beiden Arten bewegliche Sachen und Grundstücke (genauer: setzen die Unterscheidung voraus), §§ 91 f definieren verschiedene Arten beweglicher Sachen.

Die Regelung der §§ 93 ff unterscheidet Bestandteile (§§ 93 f, 96) und Zubehör von Sachen (§ 97). Bestandteile sind – mit der Ausnahme der sog. Scheinbestandteile (§ 95)^{65a} – körperliche Teile einer natürlichen Sacheinheit oder einer zusammengesetzten Sache. Über die Bestandteileigenschaft entscheiden die Verkehrsanschauung und die natürliche Betrachtungsweise unter Zugrundelegung eines technisch-wirtschaftlichen Standpunktes. Zu berücksichtigen sind Dauer und Festigkeit der Verbindung, die Funktion in der Sach-

⁶² BGH NJW 1995, 2780.

⁶³ DNotZ 1996, 162 ff. Das OLG spricht von der Einbringung des Grundbesitzes in die Gesellschaft. Eigentümerin des Grundbesitzes war also die Gesellschaft geworden, und es ging um deren Verpflichtung zur Rückübertragung eines Miteigentumsanteils und die Vormerkung zur Sicherung des Übereignungsanspruchs gegen die Gesellschaft.

⁶⁴ KG DNotZ 2006, 470. Zu Recht kritisch die Anm von *Frank*.

⁶⁵ S o Rn 1.

^{65a} Dazu sogleich Rn 49 ff.

einheit, der Grad der Anpassung an diese. Zum Oberbegriff der Bestandteile definiert das Gesetz den Unterbegriff der wesentlichen Bestandteile als solche Bestandteile, die nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§ 93)^{65b}, und gibt Kriterien dafür (§§ 93, 94)⁶⁶. Das Gesetz meint mit der Abgrenzung den Gegenstand von Rechten an Sachen. Sehr wohl kann sich ein schuldrechtlicher Anspruch auf einen wesentlichen Bestandteil, der zur Erfüllung von der Gesamtsache zu trennen ist, richten^{66a}. Von den wesentlichen Bestandteilen sind unwesentliche Bestandteile, dh solche, für die die Kriterien der §§ 93, 94 nicht zutreffen und die folglich Gegenstand besonderer Rechte sein können, und Nichtbestandteile (insbesondere Scheinbestandteile) zu unterscheiden. Für die Bestandteileigenschaft reicht jede körperliche Verbindung im soeben genannten Sinne aus. Auf sie kommt es an bei der Auslegung von Rechtsgeschäften, die sich auf Gesamtsachen beziehen. Sie beziehen sich im Zweifel auch auf die unwesentlichen Bestandteile.

44a Zubehör sind nach § 97 Sachen, die keine Bestandteile der Hauptsache, aber deren wirtschaftlichem Zweck zu dienen bestimmt sind (§ 97 I 1). Hier taucht im Gesetz erstmalig der Begriff der Hauptsache auf, hier unter Sachen, die im ersten Schritt noch zusätzlich von Bestandteilen abzugrenzen sind (anders bei der einheitlichen Sache des § 947 II). Allgemein ist der Begriff der Hauptsache schwierig zu bestimmen^{66b}. Das Gesetz weiß um die Problematik. Deshalb gibt er den Begriff hier in der Gegenüberstellung zu Zubehör, so dass sich beide Begriffe ergänzen können. Der Begriff der Hauptsache kommt weiter in dem Tatbestand der Verbindung beweglicher Sachen vor (§ 947 II). Der Gesetzgeber berücksichtigt auch hier die Schwierigkeit. Er gibt hier die Hilfe, dass es auf eine Gewichtung ankommt. Nur bei eindeutiger Qualität eines der Bestandteile als Hauptsache wird der Eigentümer dieser Sache der Eigentümer der einheitlichen Sache.

^{65b} Durchbrechung des § 93 durch § 1 I 1 des G zur Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung v 19.1.1949, ber. Fassung BGBl III 404-11. Die Vorschrift räumt Finanzierern jener Mittel ein gesetzliches Pfandrecht an den Früchten der Ernte ein, die mit Hilfe der Mittel hervorgebracht wird. Das Pfandrecht entsteht schon vor der Trennung der Früchte.

⁶⁶ § 93 allgemein, § 94 speziell für Grundstücke und Gebäude. Nach § 93 kommt es auf den Effekt der Trennung (mögliche Zerstörung oder Wesensveränderung) für die Bestandteile, nicht für die Gesamtsache an. Zu den wesentlichen Bestandteilen etwa eines Bootssteiges zählen die dafür geformten Holzteile. Nicht zu den wesentlichen Bestandteilen eines Kfz zählt der serienmäßig hergestellte Motor (BGHZ 61, 81). Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks nach § 94 sogleich Rn 48. Die Rechtsfolge des § 93 („nicht Gegenstand besonderer Rechte“) bedeutet etwa die Wirkungslosigkeit eines Eigentumsvorbehalts, wenn der Bestandteil als wesentlicher in das Alleineigentum des Eigentümers der anderen Sache übergeht. Dazu bedarf es aber nicht nur der Wesentlichkeit des Bestandteils, sondern auch der Eigenschaft der anderen Sache als Hauptsache (§ 947 II), dazu Rn 47a. Dies ist aber die Ausnahme, grundsätzlich entsteht nach § 947 I Miteigentum an der aus den beiden Bestandteilen hergestellten Gesamtsache. Nebensache ist nach BGHZ 20, 159, 163 ein Bestandteil, der fehlen könnte, ohne dass das Wesen der Sache beeinträchtigt würde; nach der Entscheidung ist das Aluminiumgehäuse eines medizinisch-technischen Apparats nicht Nebensache, wenn es Schutz- o Bedienungsfunktionen für den Gesamtapparat hat. Der Eigentumsvorbehalt an einem Bestandteil, der nicht Nebensache wird, setzt sich bei Zusammenfügung als wesentlicher Bestandteil einer Gesamtsache am Miteigentum an der Gesamtsache fort. Auch beschränkte dingliche Rechte an den Bestandteilen werden von der Unselbstständigkeit berührt. § 949 regelt Erlöschen oder Fortdauer entsprechend der Regelung über Untergang des Bestandteileigentums oder Fortdauer als Allein- oder Miteigentum nach §§ 946–948. Dazu u Rn 1066 ff.

^{66a} Beispiel der Kauf einer Ausstellungshalle im Fall BGH NJW 2000, 504. Der bei Übereignung eines Grundstücks unwirksame Eigentumsvorbehalt im Hinblick auf noch ungetrennte Nutzpflanzen (§ 94 I 1), kann als Aneignungsgestattung aufrechterhalten werden mit der Folge des Eigentumserwerbs mit Trennung oder Besitzergreifung nach § 956.

^{66b} S nur die Zusammenstellung bei MünchKomm/Stresemann § 97 Rn 10 ff.

Im Zweifel werden aber die Bestandteileigentümer Miteigentümer der einheitlichen Sache.

Zur Zubehörqualität dürfen Sachen nach § 97 II S 1 nicht nur vorübergehend dem Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sein. Sie müssen weiter in einem der Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zur Hauptsache stehen (§ 97 I 1). Eine vorübergehende Trennung schadet aber nicht (§ 97 II 2). Eine abweichende Verkehrsauffassung steht der Zubehöreigenschaft entgegen (§ 97 I 2)^{66c}. § 98 stellt für bestimmte Sachen den erforderlichen Zweckzusammenhang zu gewerblich genutzten Gebäuden und Landgütern fest (die Voraussetzung, dass die dort genannten Sachen keine Bestandteile sein dürfen, ist nicht berührt). Scheinbestandteile sind nach den Merkmalen des Zubehörs auch kein Zubehör.

Nach § 96 gelten Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, als Bestandteile des Grundstücks. Solche Rechte können ebenfalls mit grundstücksgleichen Rechten verbunden sein (Wohnungseigentum ist sogar mit Grundstückseigentum verbundenes Eigentum, § 1 II WEG; zur Grundstücksgleichheit des Erbbaurechts s § 11 I 1 ErbbauRG). Sind Rechte mit Grundstückseigentum oder jenen Rechten verbunden, so sind sie also Bestandteile dieser Rechte. Man fragt sich, weshalb nicht in wesentliche und nicht wesentliche Bestandteile unterschieden wird⁶⁷. Dieser Unterscheidung bedarf es hier nicht. Sie ist eine Abgrenzung im Hinblick auf die Sache, während § 96 nur Rechte im Hinblick auf die Bestandteileigenschaft Sachbestandteilen gleichstellt. Ob Rechte an einem Grundstück (immer mitdenken: oder grundstücksgleichen Rechten) mit dem Eigentum (oder Recht) verbunden und deshalb nach § 96 Bestandteile sind und ob sie dann trennbar oder nicht trennbar sind, ergibt sich aus dem Inhalt der Rechte. Die Rechte an einem Grundstück oder grundstücksgleichen Recht unterscheiden sich danach, ob sie einer bestimmten Person zustehen (*persönliche Rechte* oder *Personalrechte*) oder ob sie, wie § 96 sich ausdrückt, mit dem Eigentum am Grundstück verbunden sind, dh dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zustehen (*subjektiv-dingliche* oder *Realrechte*)⁶⁸. Unter den Personalrechten gibt es noch *höchst persönliche Rechte* wie das Wohnungsrecht (§ 1093, unübertragbar nach § 1093 I 1 iVm § 1092 I 1)^{68a}. Wenn Rechte Realrechte sind, werden sie notwendig zusammen mit dem Grundstückseigentum übereignet^{68b}. Sie könnten freilich durch Inhaltsänderung oder Teilung des Grundstücks trennbar sein. Das hängt von ihrer gesetzlichen Regelung ab (s §§ 1025, 1103 I, 1109 f)^{68c}. Aufgrund ihrer Einordnung als Bestandteile fallen sie sodann nach §§ 1120 ff in die Hypothekenhaftung.

45

^{66c} Prüfung der Merkmale (Zweck, der Hauptsache zu dienen, abweichende Verkehrsauffassung, nur vorübergehende Benutzung für die Hauptsache) für vom Mieter eingebaute Einbauküchen in BGH WM 2009, 285.

⁶⁷ Von wesentlichen Bestandteilen sprechen RGZ 93, 71, 73; BGH NJW 1954, 1443, 1445; *Wolff/Raiser* § 2, S 17 Fn 29, § 108 III, IV, S 445 f mit Fn 15; zutreffend unterscheidet Palandt/*Ellenberger* § 96 Rn 1.

⁶⁸ § 444 aF gebrauchte für letztere den Ausdruck Gerechtsame (Planck/*Knöke* § 444 Anm 1).

^{68a} Übertragbar, also nicht höchstpersönlich ist das Dauerwohnrecht nach §§ 31 ff WEG, s § 33 I 1 WEG.

^{68b} Folgerung: gutgläubiger Erwerb eines Vorkaufsrechts, wenn dieses zwar als persönliches bestellt, aber fälschlich als subjektiv-dinglich zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks eingetragen war, mit der Übertragung des Eigentums an dem anderen Grundstück, RGZ 104, 316, 319. Kein Bestandteil und deshalb bei Übereignung vorbehaltbar das einem Miteigentümer durch Sondervereinbarung zugewiesene Nutzungsrecht, BGH NJW 2009, 1270.

^{68c} Das RG hatte sich mit der Trennbarkeit des mit dem Eigentum verbundenen landwirtschaftlichen Amortisationsguthabens nach Preuß LandschaftsO 1891 zu befassen, RGZ 74, 401.

Beispielhaft für die Unterscheidung von persönlichen und subjektiv-dinglichen Rechten ist die zwischen der Grunddienstbarkeit (§ 1018) und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090). Reallast und dingliches Vorkaufsrecht können in beiderlei Zuständigkeitsart bestellt werden (§§ 1105 I, II, 1094 I, II)⁶⁹, Nießbrauch, Erbbaurecht⁷⁰ und (Grund-)Pfandrechte nur als persönliche Rechte.

- 46** Relevant ist die Bestandteils- oder Zubehöreigenschaft etwa nach §§ 311c (Erstreckung von Grundstückskaufverträgen auf Zubehör), 926 (Erstreckung der Grundstücksübereignung auf Zubehör, analog auch auf nicht wesentliche Bestandteile), 953 ff (Eigentumserwerb an Bestandteilen mit Trennung oder Besitzergreifung), 1120 ff, 1192 I, 1200 I BGB (Erstreckung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld auf Bestandteile und Zubehör), 865 II ZPO (Abgrenzung von Mobiliar- und Immobiliarzwangsvollstreckung), §§ 90, 55 II ZVG (Mitversteigerung von Zubehör des versteigerten Grundstücks).
- 47** Neben Bestandteilen und Zubehör definiert der Allgemeine Teil des BGB sodann die Nutzungen von Sachen und Rechten. Nach § 100 sind Nutzungen die Früchte und die Gebrauchsvorteile einer Sache oder eines Rechts. Die Früchte einer Sache sind in § 99 I mit III, die eines Rechts sind in § 99 II mit III definiert. Auf der Mitte zwischen Sachen und Rechten liegen Wertpapiere, wenn hier die Zuständigkeit für das verkörperte Recht an die Sachzuständigkeit geknüpft ist (so bei Inhaberpapieren). Ungeachtet der Anwendung der Vorschriften über Sacheigentum etc sind die Gewinnansprüche etwa aus einer Inhaberaktie Erträge vermöge eines Rechtsverhältnisses aus dem verkörperten Recht (§ 99 III). Die Definition der Nutzungen ist relevant insbesondere für den Gegenstand des Nießbrauchs (§ 1030) und für die Auseinandersetzung zwischen einem Eigentümer und einem nicht berechtigten Besitzer (§§ 987 ff)⁷¹. § 101 regelt die Nutzungsverteilung zwischen einander ablösenden Berechtigten, § 103 die Lastenverteilung zwischen einander ablösenden Verpflichteten, § 102 begründet einen Erstattungsanspruch bei Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten.
- 48** Schon in §§ 91 ff wird der zu Anfang des Buchs angesprochene⁷² fundamentale Unterschied zwischen den zwei Arten von Sachen gemacht, die durch das ganze Sachenrecht hindurch unterschieden werden, der Unterschied zwischen den Grundstücken (dem stehen gleich die grundstücksgleichen Rechte⁷³) und den beweglichen Sachen. Auf die Grundstücke⁷⁴ bezieht sich das Grundstücks- oder Immobiliarsachenrecht, auf die be-

Selbstständig regelbar sind die mit dem Miteigentum nach § 743 verbundenen Nutzungsrechte, deshalb werden sie in BGH NJW 2009, 1270 der Sache nach zu Recht als nicht wesentliche Bestandteile bezeichnet.

⁶⁹ Es gibt also eine Reallast, die kein „Realrecht“ ist („Reallast“ ist eine Bezeichnung vom Gegenstand her; sie betrifft das Recht auf Realien aus dem Grundstück; Realrecht ist eine Bezeichnung von der Zuständigkeit her: Es geht um das einer anderen „res“ dienliche, dh dem jeweiligen Eigentümer dieser Sache zustehende Recht; dieser Zuständigkeitsbezug wird durch den anderen Ausdruck „subjektiv-dingliche Rechte“ klarer hervorgehoben).

⁷⁰ Ausnahme das Nachbarerbbaurecht nach § 39 SachenRBerG.

⁷¹ Weiter stellen sich die Rechtsfragen nach dem Eigentum an Früchten (§§ 93, 94 I, 953 ff) und danach, wem das Eigentum an Früchten oder die sonstigen Nutzungen schuldrechtlich gebühren (etwa §§ 346 I, 596a, 818 I, 987, 1039 I 2).

⁷² O Rn 5.

⁷³ Früher gebräuchlicher Ausdruck für ein solches Recht: juristischer Fundus. Beispiel sind Wohnungseigentum (§ 7 WEG), Erbbaurecht (§ 11 ErbbauRG) und Bergwerkseigentum (§ 9 BBergG). S weiter bei *Wolff/Raiser* § 28 II. Genauer stehen die Rechte dem Eigentum am Grundstück gleich und sollte man von grundstückseigentumsgleichen Rechten sprechen.

⁷⁴ Altertümlich Liegenschaften genannt.

weglichen Sachen⁷⁵ das Mobiliarsachenrecht. Grundstücke sind die unbeweglichen Sachen oder Immobilien. Sie sind abgegrenzte Teile der Erdoberfläche. Für die Rechte an Grundstücken werden sie erfasst durch das Grundbuch. Das für den Grundbuchverkehr maßgebliche Grundstück im Rechtssinne ist das im Grundbuch gebuchte Grundstück. Beweglich sind alle anderen körperlichen Gegenstände, vorbehaltlich der Möglichkeit, dass ehemals bewegliche Sachen als wesentliche Bestandteile eines Grundstücks zum Gegenstand der Rechte am Grundstück mit hinzugehören (§§ 93 f).

Nach § 94 I 1 gehören insbesondere Gebäude zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks. Nach Abs 2 gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen⁷⁶. Fraglich ist, wieso das Gesetz hier von wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes und nicht mit dem Gebäude zusammen von solchen des Grundstücks spricht. Wenn Gebäude immer wesentliche Bestandteile des Grundstücks wären, müsste die Bestandteilseigenschaft der zu ihrer Herstellung eingefügten Sachen im Hinblick auf das Grundstück, also in Ergänzung des § 94 I 1, bestimmt werden. Gebäude sind aber nicht immer wesentliche Bestandteile des Grundstücks, deshalb muss die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil für Gebäude selbstständig abgegrenzt werden. Gebäude können nach § 95 auch einmal nicht zu den Grundstücksbestandteilen gehören (Scheinbestandteile).

In § 95 führt der Gesetzgeber seine scharfe Begrifflichkeit fort: Hinsichtlich der Bestandteile von Gebäuden kommt nur die erste Möglichkeit von Scheinbestandteilen (Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck, § 95 I 1) in Betracht, nicht die zweite (Einfügung aufgrund eines Rechts an einem fremden Grundstück, § 95 I 2): Die zweite Grundlage für eine Scheinbestandteilseigenschaft sind ja Rechte an einem fremden Grundstück, nicht an einem Gebäude. Folglich bleibt, was die Scheinbestandteilseigenschaft von Gebäudeteilen betrifft, nur übrig, in Abgrenzung von ihrer grundsätzlichen Eigenschaft als wesentlicher Bestandteile die Scheinbestandteilseigenschaft in der ersten Alternative (vorübergehender Zweck) zu regeln. Dies tut § 95 II.

Nach der ersten Alternative von Scheinbestandteilen sind Scheinbestandteile solche Sachen, also auch Gebäude, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind (§ 95 I 1)⁷⁷. Diese Alternative gilt auch für die Bestandteilseigenschaft von Bestandteilen eines Gebäudes: Nach § 95 II sind Scheinbestandteile des Gebäudes solche Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt worden sind.

Für die begrenzte Zwecksetzung kommt es erst einmal auf den Zeitpunkt der Verbindung an. Eine spätere Aufgabe der nur beschränkten Zwecksetzung ist aber möglich. Sie bedeutet aber, wenn der Eigentümer des Scheinbestandteils und der des Grundstücks oder Gebäudes verschiedene Personen sind, den Übergang des Eigentums vom einen zum anderen. Eine bloße Willensänderung des Verbindenden reicht dazu nicht aus. Es handelt sich um eine Verfügung iSv § 929 S 1 oder 2. Erforderlich ist also die Einigung des bisherigen Bestandteilseigentümers mit dem Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer. Der

⁷⁵ Altertümlich Fahrnis.

⁷⁶ Über die Einfügung zur Herstellung entscheidet die Zweckbestimmung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Zur Herstellung eingefügt sind etwa – auch nachträglich eingefügte – Heizungsanlagen, einschließlich Wärmepumpen, (BGH NJW-RR 1990, 158), nach u U regional unterschiedlicher Verkehrsanschauung Einbauküchen (BGH NJW-RR 1990, 587), ein Notstromaggregat in einem Großhotel (BGH NJW 1987, 3187).

⁷⁷ Stehen gebliebene Teile der Berliner Mauer sind wesentliche Bestandteile (§ 94 I 1), keine Scheinbestandteile, das galt für das Recht der DDR und gilt (vorbehaltlich der Möglichkeit der Übereignung) noch heute, KG NJW-RR 2006, 301. Zur Scheinbestandteilseigenschaft von Windkraftanlagen OLG Schleswig WM 2005, 1909, *Peters*, WM 2007, 2003, von Energieerzeugungsanlagen (für Heizwärme, Dampf zur Sterilisation etc) *Stieper*, WM 2007, 861.

BGH hat von „verfügungsähnlicher Wirkung“ und der Anwendung der §§ 929 ff „in abgewandelter Form“ gesprochen^{77a}. Die Verfügung passt aber durchaus unter § 929 S 1 oder 2. Die Übereignung kann auch in der umgekehrten Richtung vom Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer zum Erwerber des Bestandteils geschehen. Der Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer kann aus einem wesentlichen Bestandteil einen Scheinbestandteil in der Hand eines anderen Eigentümers machen^{77b}. In beiden Fällen begründet das Rechtsgeschäft der Übereignung den Wechsel von der bisherigen zur gegenteiligen Zweckbestimmung.

Für den Wechsel der Bestandteileigenschaft iSv § 95 I 1, II kann keine Übereignung gefordert werden, wenn der Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer selbst Sachen zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden hat und es bei der Identität von Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer und Bestandteileigentümer bleibt. So wie hier schon die ursprüngliche Zwecksetzung aus dem erkennbaren Wirtschaftsplan des Grundstücks- oder Gebäudeeigentümers für das Grundstück oder Gebäude zu folgern ist, ist auch ein Wechsel in der Zweckbestimmung von der Organisation und Planung des Grundstücks- oder Gebäudeeigentümers abhängig. Zu beachten ist aber, dass § 95 Ausnahmebestimmung zu den Regeln betreffend wesentliche Bestandteile (§§ 93 f) ist und deshalb bei Einfügung eigener Sachen durch den Grundstückseigentümer selbst es grundsätzlich bei § 94 bleibt, und eben nur durch den beschriebenen Übereignungsvorgang eine andere Folgerung zu begründen ist.

- 51** Nach der zweiten Alternative von Scheinbestandteilen (§ 95 I 2) kann sich die Scheinbestandteileigenschaft aus der Zuordnung zu einem Recht am Grundstück ergeben: Nach § 95 I 2 sind Scheinbestandteile Gebäude oder andere Werke, die in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden sind⁷⁸.

§ 95 I 2 löst nur den Zusammenhang als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks auf. Die Vorschrift sagt nicht, dass wegen des Zusammenhangs mit der Ausübung eines Rechts die Bestandteile dem Inhaber des Rechts zugeordnet sind. Ob das nicht dennoch zutrifft, ist sogleich zu klären⁷⁹. Dort ist auch zu klären, ob das Recht, in dessen Ausübung der Bestandteil verbunden worden ist,

^{77a} BGHZ 23, 57, 60. S a BGHZ 37, 353, 359, NJW 2006, 990 (dazu *Wicke*, DNotZ 2006, 252); KG NJW-RR 2006, 301, 302, BGHZ 157, 301, 305.

^{77b} Sehr streitig. Dafür aber mit Recht der BGH in BGHZ 37, 353, 359. Die gegenteilige Meinung (Staudinger/*Jickeli/Stieper*, 2004, § 95 Rn 14 mwN) verabsolutiert die Sonderrechtsunfähigkeit wesentlicher Bestandteile. Bestandteile sind aber nach § 95 gerade nicht wesentlich, wenn sie zu vorübergehendem Zweck verbunden sind. Dass eine Zweckänderung nicht möglich sein soll (oder nur in der Richtung vom Schein- zum wesentlichen Bestandteil) ist nach dem Verhältnis von §§ 93 f und 95 nicht begründet.

⁷⁸ Schöner Grenzfall OLG Celle WM 2005, 1909, in dem es um die Bestandteileigenschaft einer Windkraftanlage ging: Diese war entweder wegen ihrer festen Verankerung als wesentlicher, aber künftig wieder lösbarer Bestandteil oder nach § 95 I 1 zu einem nur vorübergehenden Zweck errichtet, weil der zugrunde liegende schuldrechtliche Nutzungsvertrag zeitlich begrenzt war, oder als Scheinbestandteil nach § 95 I 2 anzusehen aufgrund der Dienstbarkeit, die im Vertrag vorgesehen und dann auch eingetragen worden war. Mit Recht führt das OLG Celle aus, dass der Kaufvertrag über die Anlagen keinesfalls (nach altem Schuldrecht) wegen Unmöglichkeit der Übereignung hinfällig war. Angesichts der sicherlich auch die Dienstbarkeit betreffenden zeitlichen Begrenzung war die Dienstbarkeit nicht per se anzuführen, sondern unter Berücksichtigung der Zeit ihres künftigen Erlöschens (§§ 163, 158 II). Für diese Zeit galten aber die Ausführungen des OLG für den Fall der Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil oder zur Scheinbestandteileigenschaft nach § 95 I 1 ebenso. War die Windkraftanlage aufgrund einer Dienstbarkeit errichtet, war sie einerseits Scheinbestandteil des Grundstücks, andererseits – aber eben nur, solange die Dienstbarkeit begründet war – wesentlicher Bestandteil der Dienstbarkeit (s u Rn 54).

⁷⁹ Rn 52 ff.

schon vor der Verbindung begründet gewesen sein muss oder auch nach der Verbindung mit Auswirkungen auf die Bestandteileigenschaft begründet werden kann. Hier ist schon zu vermerken, dass eine Parallele zu dem soeben erörterten Problem besteht, ob und wie die Zuordnung entweder als Grundstücks-, Rechts- oder Scheinbestandteil geändert werden kann.

Die zur Eigenschaft als Scheinbestandteil iSv § 95 I 2 führenden Rechte müssen dingliche Rechte am Grundstück sein⁸⁰, dazu kommen in Betracht Erbbaurecht, Nießbrauch⁸¹, persönliche Dienstbarkeit oder Grunddienstbarkeit, das Recht, einen vom Nachbarn zu duldenen Überbau zu haben (§ 912)^{81a}, aber auch öffentlich-rechtliche Befugnisse⁸².

II. Die Bestandteileigenschaft als Grundlage der rechtlichen Zuordnung, insbesondere bei Versorgungsleitungen

Wenn § 94 I 1 bestimmt, dass mit Grund und Boden fest verbundene Sachen, insbesondere Gebäude, wesentliche Bestandteile des Grundstücks sind, folgt daraus nach § 93 nur, dass derartige Sachen nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, dass also nur einheitliche Rechte an der Sachgesamtheit aus Grundstück und verbundener Sache in Betracht kommen. Wem das Eigentum an dieser Sachgesamtheit zusteht, sagen die allgemeinen Vorschriften nicht. Das ist Sache der Materie des Sachenrechts. § 946 erstreckt mit der Verbindung einer beweglichen Sache als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks das Eigentum am Grundstück auf die verbundene Sache (*superficies solo cedit*)⁸³. **52**

Aus der Regelung des § 95 I 2, wonach in Ausübung eines Rechts an einem Grundstück mit diesem verbundene Sachen keine Bestandteile des Grundstücks sind, folgt, dass sich das Eigentum an einem Grundstück dann nicht nach § 946 auf ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude oder anderen Werk erstreckt, wenn das Gebäude oder Werk aufgrund eines Rechts am Grundstück errichtet wird. Wem aber das Eigentum an Gebäude oder Werk stattdessen zusteht, ist damit noch nicht gesagt. Für einen besonderen Fall greift hier § 12 I 1, 2 ErbbauRG ein: Das aufgrund eines Erbbaurechts errichtete und das ihm unterfallende schon vorhandene Bauwerk gelten als wesentliche Bestandteile des Erbbaurechts. Da sie damit nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, erstreckt sich statt nach § 946 das Eigentum am Grundstück das Erbbaurecht auf sie. **53**

Die mit der ErbbauVO in der Zeit nach dem BGB statuierte Regelung der Zusammengehörigkeit mit dem Erbbaurecht ist nicht von den Verfassern der ErbbauVO erfunden worden, sondern hatte ein Vorbild in der Wissenschaft zum BGB aF. Für die Regelung des BGB über das Erbbaurecht in §§ 1012–1017 BGB aF ergab sich aus § 95 I 2 BGB, dass das aufgrund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wurde. Die Folge-

⁸⁰ S nur OLG Celle WM 2005, 1909, 1912 r Sp.

⁸¹ Der Nießbrauch bedeutet zwar zunächst einmal nur das Recht zur Nutzung der unterworfenen Sache (§ 1030 I), dieses umfasst aber auch das Recht, im Rahmen der ordnungsmäßigen Wirtschaft für die Nutzziehung nützliche Einbauten vorzunehmen. Diese werden nach § 95 I 2 nicht Bestandteile des Grundstücks, *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S 150.

^{81a} So letztlich zutreffend, wenn er auch unklar zunächst von einem vorübergehenden Zweck iS der ersten Alternative von § 95 I 1 spricht, der BGH MDR 1967, 749f für die auf einem Wassergrundstück aufgebrachten Holzpfähle eines vom Ufergrundstück hinausführenden Bootssteiges, der als Einheit ein Überbau vom Ufergrundstück aus über das Wassergrundstück sei.

⁸² S BGHZ 125, 56 betr Recht der Post zur Verlegung von Fernseekabeln, OLG Schleswig WM 2005, 1909 betr Windkraftanlagen, die in Ausübung eines Nutzungsrechts verlegt worden sind.

⁸³ Institutionen des Gaius 2, 43.

zung der damaligen hM war, dass es im Eigentum des Erbbauberechtigten stehe, und weiter: dass dieses Eigentum des Erbbauberechtigten wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts sei⁸⁴. Mit Recht hat die ErbbauVO diese Konstruktion eines wesentlichen Bestandteils des Erbbaurechts übernommen und iS der Eigenschaft des Bauwerks als unmittelbaren Bestandteils des Erbbaurechts geglättet.

- 54** Die Entwicklung der Wissenschaft wie die Regelung der ErbbauVO haben eine Lücke in der Regelung des BGB zugleich erkennen lassen und ausgefüllt⁸⁵: Das BGB geht von der Logik aus, dass im Allgemeinen Teil die Sache und ihre Bestandteile als Objekt der später erst zu klärenden Rechtszuordnung und dann später diese Rechtszuordnung betreffs der Objekte selbst zu regeln ist. Die Lücke ergibt sich im Zusammenhang mit einer anderen logischen Differenzierung des BGB: derjenigen zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten. Das Eigentum ist das grundsätzliche umfassende Herrschaftsrecht an einer Sache; die beschränkten dinglichen Rechte werden aus dem Eigentum als Quellrecht abgeleitet. Das BGB nennt sie Belastungen des Eigentums. Aufgrund dieses Verhältnisses zwischen Quellrecht und abgeleitetem Recht betrifft die Gestaltung der Sache als Zuordnungsobjekt, die das BGB im Allgemeinen Teil vornimmt, immer zunächst das Eigentum. Die beschränkten dinglichen Rechte sind, weil sie vom Eigentum abhängig sind, von der Gestaltung des Eigentumsobjekts abhängig. Es ergibt sich: Eine Sache kann sich nach der Regelung des BGB nur deshalb und insoweit als wesentlicher Bestandteil in Bezug auf ein beschränktes dingliches Recht darstellen, weil und soweit sie schon für das Eigentum wesentlicher Bestandteil ist. Man kann insoweit doch davon sprechen, dass §§ 93 ff gar nicht nur die Sachbestandteile als Objekt, sondern die Bestandteile des jeweiligen Eigentums am Objekt regeln. Folglich ist das BGB lückenhaft im Hinblick auf die folgende Frage: Kann eine Sache nicht gerade deshalb kein wesentlicher Bestandteil in Bezug auf das Eigentum sein, weil sie gerade nur wesentlicher Bestandteil eines beschränkten dinglichen Rechts ist? Die von § 95 I 2 ausgehende Regelung macht aufgrund des eigentumsbezogenen Denkens des BGB vor genau dieser Frage Halt: § 95 I 2 sagt, systemgerecht unter Beschränkung auf die Regelung des Objekts, dass Gebäude oder Werke, also Sachen, die ohne Sonderbestimmung wesentliche Eigenschaften des Grundstücks wären, dann nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören, wenn sie aufgrund eines Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grundstück verbunden werden. Sodann beschränkt sich das BGB aber auf das Negativum der Nichtzuordnung zum Grundstück als Objekt des Grundstückseigentums (und der daraus abgeleiteten Rechte). Die Frage der positiven Zuordnung bleibt offen. Diese positive Zuordnung könnte aber eine solche statt zum Eigentum zu dem beschränkten dinglichen Recht sein, das die Grundlage der Verbindung mit dem Grundstück ist. Durch die negative Feststellung enthält § 95 I 2 bestimmte Bestandteile als Scheinbestandteile dem Grundstückseigentum vor. Desgleichen werden sie dadurch solchen beschränkten Rechten vorenthalten, die aus dem auf die Scheinbestandteile gerade nicht erstreckten Eigentum abgespalten sind. Es fehlt aber die Frage, wie sich die Sachen zu eben denjenigen Rechten verhalten, kraft deren sie aufgebracht sind.

Entdeckt man diese Lücke, so ist ihre Ausfüllung aber nicht fraglich, und für das Erbbaurecht haben die Wissenschaft zum alten BGB wie die ErbbauVO die Lücke so gefüllt, wie das an sich selbstverständlich ist: Die Bestandteile, die nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks sein können, weil sie aufgrund eines beschränkten Rechts am Grundstück errichtet worden sind, müssen stattdessen wesentliche Bestandteile derjenigen Grundstücksrechte sein, aufgrund deren sie mit dem Grundstück verbunden worden

⁸⁴ Planck/*Strecker* § 1012 Anm 3.b β, γ S 646, 647 mwN.

⁸⁵ *Wilhelm*, FS Wiegand, 2005, 685, 697 ff.

sind. Weil dies jetzt in § 12 I 1 ErbbauRG anerkannt ist, ist diese Folgerung allgemein in Analogie zu § 12 I 1 ErbbauRG zu ziehen^{85a}.

Das ErbbauRG ist zugleich vorbildlich für eine andere Parallelfrage: Können Bestandteile des Grundstücks auch dadurch Scheinbestandteile oder aber wesentliche Bestandteile eines beschränkten Rechts am Grundstück werden, dass erst nach der Verbindung mit dem Grundstück das Recht begründet wird, in dessen Ausübung der Bestandteil gehalten werden darf? § 12 I 2 ErbbauRG macht Bauwerke auch dann zum wesentlichen Bestandteil des Erbbaurechts, wenn das Bauwerk bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden war. Allgemein muss für § 95 I 2 gesagt werden, dass Gebäude oder Werke ihre bisherige Eigenschaft als wesentliche Bestandteile des Grundstücks verlieren, wenn für sie ein beschränktes Recht begründet wird, in dessen Ausübung sie weiterhin im Grundstück gehalten werden dürfen^{85b}. Beispiel ist eine Dienstbarkeit, kraft deren eine Photovoltaikanlage auf dem fremden Grundstück gehalten werden darf^{85c}. Sind der Grundstückseigentümer und der Inhaber des beschränkten Rechts verschiedene Personen, liegt im Wechsel der Zuordnung vom Grundstückseigentümer zum beschränkt Berechtigten eine Herrschafts- und Zuordnungsübertragung. Diese vollzieht sich im Rahmen der Begründung des beschränkten Rechts, in dessen Ausübung das Gebäude oder Werk gehalten werden darf.

54a

Die Praxis zum BGB außerhalb des Erbbaurechts hat demgegenüber aus § 95 I 2 gefolgert, dass Bestandteile, die aufgrund eines Rechts verbunden werden, bewegliche Sachen seien, an denen Mobiliareigentum bestehe. Es gelte für sie dasselbe wie für Scheinbestandteile iS von § 95 I 1 (Verbindung zu vorübergehendem Zweck). Dies führt zu Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Großanlagen wie Versorgungsleitungen jedweder Art⁸⁶. Soweit Stücke dieser Anlagen auf bestimm-

55

^{85a} Richtig für die Verallgemeinerung der Entscheidung, die auch § 12 I 1 ErbbauG zugrunde liegt, *Wieling*, Sachenrecht Bd 1 1990 § 2 III 1d S 70f, III 6 vor a S 83, 6b S 85. *Wieling* verweist auf die Vorlage des Redaktors *Johow* für die 1. Kommission, Sachenrecht Teil 1, hrsg. von *Schubert*, Begr. S 56 (bei *Schubert* S 180). *Johow* führt das Beispiel der Wasserleitungs-Grunddienstbarkeiten aus den Digesten an: fistulae, canales, castellum, die der Berechtigte aufgrund seiner Dienstbarkeit auf dem praedium serviens errichte, seien „Accessionen seines Rechts“. Die Folgerung *Johows* ist, dass die vom Berechtigten mit dem Grundstück verbundenen Sachen im Eigentum des Berechtigten blieben (ebenso Mot. Mugdan III, 26). Einzig konsequent demgegenüber § 12 I 1 ErbbauG: Alternative dazu, dass ein Werk sonst Bestandteil, bei fester Verbindung sogar wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wäre, ist, wenn die Nichtzugehörigkeit zum Grundstück auf einem beschränkten Recht beruht, die Zurechnung zu diesem Recht. Konsequent dann auch § 12 III ErbbauG: Mit Erlöschen des (Erbbau-)Rechts wird das Bauwerk wesentlicher, andere Bestandteile einfache Bestandteile des Grundstücks.

^{85b} § 12 I 2 ErbbauRG macht richtig die Zuordnung von den Zufälligkeiten der Vereinbarung und Entstehung des beschränkten Rechts unabhängig. § 95 I 2 wenden mit Recht auch bei Einfügung vor Entstehung des Rechts an OLG Schleswig WM 2005, 1909, Palandt/*Ellenberger* § 95 Rn 5 mwN. Gerade den Gegenschluss aus § 12 I 2 ErbbauG zieht aber *Volmer*, NotBZ 2002, 437, 438, im Grundsatz auch *Staudinger/Jickeli/Stieper* § 95 Rn 18, 21, allerdings mit der Einschränkung, dass die Stellung des Eintragungsantrags genüge, weil damit ein Anwartschaftsrecht begründet sei. Nach MünchKom./*Stresemann* 7. Aufl § 95 Rn 33 Frage nur zweifelhaft für die Phase vor der Entstehung des Rechts. In dieser Phase sei ein Scheinbestandteil nach § 95 S 1 zu prüfen (zu vermuten bei schuldrechtlicher Berechtigung, im Fall einseitiger Verbindung bei Nachweis des vorübergehenden Zwecks).

^{85c} Eingehend, freilich mit u E unnötigen Schwierigkeiten, *Reymann*, ZIP 2013, 607. Richtig fügt *Reymann* die Möglichkeit der Bestellung einer Dienstbarkeit am eigenen Grundstück des Dienstbarkeitsberechtigten hinzu (S 607f).

⁸⁶ Die Eigentumszuordnung von Leitungsanlagen ist ein schon dem römischen Recht geläufiges Problem (s Fn 85a). Zum Folgenden *Wilhelm* (Fn 85).

ten Grundstücken aufgrund einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit⁸⁷ aufgebracht werden, sind sie nach der Rechtsprechung infolge von § 95 I 2 bewegliche Sachen iS von Mobiliareigentum⁸⁸. Werden sie auf fremden Grundstücken ohne Grundlage in einer Dienstbarkeit errichtet, könnten sie wesentlicher Bestandteil des fremden Grundstückseigentums sein, sofern sie nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck verlegt sind. Ist aufgrund der Anlageplanung und mit Rücksicht auf Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte anzunehmen, dass die Stücke endgültig im Boden bleiben werden, sind sie nach dem Gesetz wesentlicher Bestandteil. Merkwürdigerweise wird grundsätzlich von Mobiliareigentum ausgegangen, soweit die Leitungen auf fremdem Grund verlaufen⁸⁹, und ohne weiteres von der Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil, soweit Stücke der Anlagen auf eigenen Grundstücken des Betreibers errichtet sind⁹⁰. In einer neueren Entscheidung des BGH hat das zu der Annahme geführt, dass auf eigenen Grundstücken einer Kommune eingerichtete und damit als wesentliche Bestandteile anzusehende Wasserleitungen durch Übertragung der Wasserversorgung auf einen anderen Betreiber (wodurch die Leitungsgrundstücke der Kommune nunmehr für den Betreiber fremder Grund wurden) ihres Charakters als wesentliche Bestandteile entkleidet und als bewegliche Sachen übertragbar würden⁹¹. Das ist mit der auf wirtschaftlich-faktische Merkmale abstellenden gesetzlichen Abgrenzung in § 95 I 1 offenbar nicht vereinbar.

Aber auch die Folgerung, dass Leitungen, die nach jener Abgrenzung Scheinbestandteile von Grundstücken sind, in selbstständigem Mobiliareigentum stünden, ist nicht haltbar: Zunächst können nicht irgendwelche Stücke der Leitungen nach §§ 929 ff übertragbar sein, es sei denn sie würden herausgetrennt. Die Eigentumsübertragung setzt die Besitzübertragung voraus. Diese ist möglich, wenn die Gesamtanlage auf einen neuen Versorgungsträger übertragen wird, dann aber bezüglich der Gesamtanlage⁹², nicht bezüglich einzelner Leitungsteile. Man könnte dem Rechnung tragen, indem man die einzelnen Leitungsteile als wesentliche Bestandteile der Gesamtanlage iS von § 93 auffassen würde. Dazu würde aber die Annahme der Rechtsprechung in Widerspruch stehen, dass die Teile, solange sie über eigene Grundstücke des Betreibers verlaufen, wesentliche Bestandteile gerade dieser Grundstücke sind. Weiter kommt auch nicht in Betracht, dass die Gesamtanlage vom Betreiber nach § 929 auf einen Nichtbetreiber übereignet wird. Solange die Stücke im Funktionszusammenhang der Gesamtanlage verbleiben, bleibt der Betreiber Alleinherrscher und kann keinerlei Sachherrschaft bezüglich der Leitung auf einen Erwerber übertragen. Dies bestätigen die öffentlich-rechtlichen Regelungen für Versorgungsanlagen für Strom, Gas und Wasser⁹³. Sie sprechen das Eigentum an Leitung und Hausanschluss dem Unternehmer zu⁹⁴. Damit wenden sie sich gegen ein selbstständiges Mobiliareigentum an der Leitung. Die Zuordnungsregelungen gelten jeweils dem Eigentum des Anlagenbetreibers, weil die Leitung zu der von diesem betriebenen Versorgungsanlage gehört⁹⁵.

56 Für die Lösung der Zuordnungsfrage ist, wie gezeigt, vorbildlich die Regelung des ErbbauRG. Das ErbbauRG ist nicht die einzige Regelung, die diese sinnfällige Lösung enthält. Das Recht der

⁸⁷ Die Grunddienstbarkeit eignet sich weniger, da sie mit dem Eigentum an einem bestimmten Grundstück verbunden ist (§ 1018), also nicht bei Verlagerung des Unternehmens auf ein anderes Grundstück beim Unternehmen bleibt. Dagegen berücksichtigt die Regelung der persönlichen Dienstbarkeit gerade die Problematik der Belastung von Grundstücken für Versorgungsleitungen: § 1092 II iVm § 1059a Nr 1, 2 sorgt im Fall des Übergangs des Versorgungsunternehmens auf einen anderen Träger für den Verbleib der Leitungsdienstbarkeit beim Unternehmen. § 1092 III ermöglicht die Übertragung einer Leitungsdienstbarkeit auf ein anderes Versorgungsunternehmen.

⁸⁸ Staudinger/*Jickeli/Stieper* § 95 Rn 28 mwN.

⁸⁹ RGZ 83, 67; 87, 43; JW 1936, 673; BGH NJW 1968, 2331.

⁹⁰ RGZ 87, 43, 52; HRR 1928 Nr 1182; RGZ 168, 288; BGHZ 37, 353, 356 ff; BGH NJW 1980, 771; NJW 2006, 990.

⁹¹ NJW 2006, 990 (dazu *Wicke*, DNotZ 2006, 252).

⁹² S BGH (Vornote).

⁹³ S die Übersicht bei Palandt/*Ellenberger* § 95 Rn 6.

⁹⁴ N bei Palandt (Vorn). Dagegen enthält § 57 TKG nur eine Duldungspflicht hinsichtlich von Telekommunikationsleitungen, entscheidet aber nicht die Eigentumsfrage (zur Vorschrift BGHZ 159, 168).

⁹⁵ So etwa § 10 AVBWasserV für Hausanschlüsse.

Überleitung des alten DDR-Rechts enthält dieselbe Lösung, und zwar gerade für Versorgungsanlagen: Zunächst sind den Versorgungsträgern kraft Gesetzes persönliche Dienstbarkeiten an den durch die Leitung betroffenen Grundstücken in den neuen Bundesländern eingeräumt worden⁹⁶. Sodann bestimmt § 9a I 1 GBBerG⁹⁷ hinsichtlich der Leitungen, dass das Eigentum an ihnen dem jeweiligen Inhaber der Dienstbarkeiten zusteht. Weil damit das Eigentum untrennbar mit der Dienstbarkeit verbunden wird, ist diese Regelung nur in der Konstruktion von der Vorschrift des ErbbauRG unterschieden, dass das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts ist. Sie entspricht bemerkenswerter Weise der Behelfskonstruktion, die die Wissenschaft zum alten BGB zu dem aufgrund eines Erbbaurechts errichteten Gebäude vertreten hat und die dann von der ErbbauVO übernommen, aber mit Recht iS der unmittelbaren Bestandteileigenschaft des Gebäudes geglättet worden ist.

Für Versorgungsleitungen insgesamt ergibt sich die folgende Rechtslage: Soweit Stücke aufgrund beschränkter dinglicher Rechte des Versorgungsträgers an einem Grundstück, insbesondere aufgrund einer Dienstbarkeit, verlegt sind, sind sie wesentliche Bestandteile dieser Rechte. Weiter ist die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass Versorgungsträger aufgrund öffentlich-rechtlicher Befugnisse Leitungen über Grundstücke verlegen (dürfen). In diesem Fall sind die Leitungsstücke als wesentliche Bestandteile dieser öffentlich-rechtlichen Befugnis anzusehen. Wechselt der Versorgungsträger und greift keine Regelung iSd Universalsukzession⁹⁸ ein, müssen, soweit solche bestehen, die beschränkten Grundstücksrechte oder die zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Konzession auf den neuen Träger übertragen bzw ihm eingeräumt werden. Die Leitungsteile, die aufgrund dieser Rechte verlegt sind, gehen als wesentliche Bestandteile der Dienstbarkeit oder der öffentlich-rechtlichen Befugnis auf den neuen Versorgungsträger mit über. Sind Leitungsstücke dagegen ohne Grundlage in einer Dienstbarkeit oder Konzession verlegt, entscheidet § 95 I 1 darüber, ob sie wesentliche oder Scheinbestandteile sind. Sind sie Scheinbestandteile iS von § 95 I 1, können sie nur durch Übereignung der Gesamtanlage nach § 929 auf einen neuen Betreiber übereignet werden. Soweit die Übereignung auf der Grundlage der Scheinbestandteileigenschaft nach § 95 I 1 nicht möglich ist, müssen rechtliche Grundlagen für ihre Einrichtung in Dienstbarkeiten oder einer Konzession hergestellt werden, damit die Leitung mit diesen Rechten zusammen auf den Erwerber übertragen werden kann⁹⁹.

57

III. Die Sache als körperlicher Gegenstand

§ 90 rechnet zu den Sachen iSd Gesetzes nur körperliche Gegenstände. Durch diesen Begriff werden die Rechtsobjekte in körperliche und unkörperliche Gegenstände geschieden¹⁰⁰. Unkörperlich sind insbesondere Rechte. Deshalb scheinen Hauptfälle von Rechten an einem unkörperlichen Gegenstand zu sein die Rechte an Rechten. Dies trifft aber nicht zu. Zu beachten sind die oben¹⁰¹ schon bemerkten zwei Richtungen der Zuordnung, indem durch die Rechte zunächst einmal (vertikal) die Objekte dieser Rechte rechtlich zugeordnet werden und sodann (horizontal) das zuordnende Recht dem Berechtigten und keinem anderen gehört. Wird vom Recht als unkörperlichem Gegenstand gesprochen, ist die vertikale Richtung gemeint. In diesem Sinne wird von Rechten an Rechten gesprochen. Rechte an Rechten sind aber nicht Rechte, die andere Rechte zu

58

⁹⁶ § 9 I 1 GBBerG v 20.12.1993, BGBl I S 2182, sodann § 1 I 1 SachenRDV v 20.12.1994, BGBl I S 3900, iVm § 9 IX GBBerG. Berücksichtigung in der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks bei der Aufstellung des geringsten Gebots BGH WM 2006, 1016.

⁹⁷ Eingefügt durch VermögensbereinigungsG vom 20.10.1998, BGBl I S 3180.

⁹⁸ Zur Auswirkung auf eine persönliche Leitungsdienstbarkeit s § 1092 II iVm § 1059a Nr 1.

⁹⁹ Diesen notwendigen Zusammenhang des Leitungseigentums mit der Berechtigung zum Halten oder Betreiben der Versorgungsanlage spart der BGH aus, indem er nur die Übereignung des Leitungseigentums thematisiert (o Fn 91).

¹⁰⁰ Diskussion des Begriffs der Rechtsobjekte bei *Christiane Wendehorst*, Juristische Grundlagenforschung (ARSP-Beiheft 104), 2005, 71.

¹⁰¹ Rn 2.

ihrem Gegenstand haben. Die im BGB sog. Rechte an Rechten sind Abspaltungen aus den Rechten, „an denen“ sie bestehen. Folglich ordnen sie ebenso wie die Quellrechte, aus denen sie abgespalten sind, nur in einem beschränkteren Umfang als diese, den Gegenstand der Quellrechte ihrem Inhaber zu. Insbesondere haben Rechte an Sachenrechten wie diese Sachenrechte selbst Sachen zum Gegenstand und nicht Rechte. Die sog. Rechte an Rechten bedeuten eine Aufteilung in der zweiten – horizontalen – Richtung: Das Quellrecht gehört nicht mehr dem Inhaber des Quellrechts allein, sondern nach Maßgabe des beschränkten Rechts „am“ Quellrecht dem Inhaber des beschränkten Rechts.

Rechte „an“ Rechten sind also nicht schon deshalb Rechte mit unkörperlichem Gegenstand, weil sie „an einem Recht“ bestehen. Es kommt auf den körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand des Quellrechts an. Nur wenn der Gegenstand des Quellrechts unkörperlich ist, bestehen auch die Rechte an diesem Recht an einem unkörperlichen Gegenstand. Unkörperliche Gegenstände sind etwa das Werk des Urhebers als Gegenstand des Urheberrechts, die Erfindung des Patentinhabers als Gegenstand des Patentrechts oder die Mitgliedsstellung des Gesellschafters als Gegenstand des Gesellschaftsanteils.

- 59** Zur Körperlichkeit müssen die Gegenstände fassbar und abgegrenzt sein. Die natürlichen Elemente wie Luft, Gas oder Wasser sind Sachen erst, wenn und soweit Teile aus ihnen entnommen sind und für sich bestehen, sei es durch Aufbewahrung, sei es durch Grenzziehung¹⁰². Selbstständig und jedenfalls immer wieder identisch verkörperungsfähig sind auch die Dateiinhalte der EDV. Dennoch sind sie keine Sachen¹⁰³. Sie sind geistige Hervorbringungen, an ihnen können Urheber- und urheberrechtliche Lizenzrechte bestehen¹⁰⁴. Eigentum besteht an ihnen nicht. Allein der Fall, dass ein Eingreifer rechtswidrig eine Datei auf einen eigenen Datenträger überspielt oder aus dem Internet zieht und auf eigenes Papier ausdruckt, belehrt darüber, dass an dem Dateinhalt kein Eigentum besteht. An Computer oder Papier mit den in diesen gespeicherten Daten hat in diesen Fällen allein der Eingreifer Eigentum. Mit Recht wendet allerdings die Rechtsprechung schuld- und handelsrechtliche Vorschriften über den Sachkauf auf den Vertrag über die Überspielung von Software entsprechend an¹⁰⁵.
- 60** Nach § 90a S 1¹⁰⁶ sind Tiere keine Sachen. Nach S 2 der Vorschrift sind die für Sachen geltenden Vorschriften auf Tiere entsprechend anwendbar, soweit nicht ein anderes bestimmt ist¹⁰⁷. Entgegen § 90a S 1 ergibt sich aus der Systematik des BGB zwingend, dass Tiere nach wie vor Sachen iSd BGB sind. Das BGB stellt nämlich den Personen (§§ 1 ff) die Sachen gegenüber und grenzt diese in § 90 als körperliche Gegenstände

¹⁰² *Vieweg/Werner* § 1 Rn 12.

¹⁰³ Etwas irreführend, als ob Computerprogramme Sachen werden, soweit sie gespeichert werden, *Baur/Stürner* § 3 Rn 2. Gemeint ist, dass der körperliche Datenträger mit den gespeicherten Daten zusammen Sache ist wie ein Buch mit dem Text. Das ist nicht bloß trivial. Nach BGH NJW 2007, 2394 ist der Vertrag über die Nutzung einer auf Datenträger verkörperten Software durch online-Zugang Mietvertrag. Zum Problem *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287. Zur Frage der Pfändbarkeit von Computerprogrammen siehe *Franke*, MDR 1996, 236 ff.

¹⁰⁴ Vgl § 2 I Nr 1, § 4, §§ 31 ff, 69a ff UrhG.

¹⁰⁵ BGHZ 102, 135; 109, 101, BGH DB 1993, 1871. Mit Recht betont die nur entsprechende Anwendung *Kort*, DB 1994, 1505 und dehnt sie über die Fälle der Verkörperung einer Programmkopie auf einem Datenträger hinaus auf die herunterladbare Software im Internet aus.

¹⁰⁶ Eingefügt durch Gesetz v 20.8.1990, BGBl I, 1762.

¹⁰⁷ „Anderes“ anordnende Bestimmungen finden sich außerhalb des Sachenrechts: §§ 251 II 2 BGB, 765a I 2, 811c ZPO. Für eine Sonderbehandlung der Tiere über die besonderen Vorschriften iSd § 90a hinaus (nämlich betreffend § 273) LG Stuttgart NJW-RR 1991, 446.

ab¹⁰⁸. Es stehen also Personen als Rechtssubjekte auf der einen und Gegenstände als Rechtsobjekte auf der anderen Seite. Tertium non datur. Da Tiere nach unserer Rechtsordnung nicht Rechtssubjekte sind, sind sie Rechtsobjekte, Gegenstände. Da sie körperlich sind, sind sie Sachen. § 903 S 2 handelt deshalb vom Eigentum an Tieren. Das Wort „nur“ in § 90 wird auch nicht abwertend, sondern nur abgrenzend gebraucht. Sind Tiere mithin nach der Einteilung des BGB Sachen, so ist § 90a dahin zu verstehen, dass Tiere besondere Sachen sind. Sie sind als Geschöpfe zu würdigen. § 903 S 2 weist den Tier Eigentümer auf die Tierschutzvorschriften hin. Die Vorschriften der §§ 90a und 903 S 2 haben Appellcharakter¹⁰⁹. Sie appellieren an den Inhaber des Besitzes oder eines Rechts an einem Tier, die Geschöpfnatur des Tieres zu beachten. Ebenso appellieren sie an den Richter, bei der Anwendung der Rechtsnormen zur Entscheidung des Einzelfalls, in dem es um ein Tier geht, die Geschöpfnatur des Tieres zu berücksichtigen¹¹⁰. Im Folgenden ist, wenn von Sachen gesprochen wird, die Anwendung des Sachenrechts auf Tiere als Sachen besonderer Natur mitzudenken.

Aufgrund der Unterscheidung von Personen und Sachen sind der menschliche Körper und seine Teile zu Lebzeiten des Menschen Bestandteile des Menschen als Person und nicht Sachen¹¹¹. Mit dem Tode endet der Mensch als gegenwärtiges, den Körper integrierendes Rechtssubjekt und damit auch sein Persönlichkeitsrecht aus Art 2 I GG¹¹². Nur ein postmortaler Persönlichkeitsschutz dauert fort¹¹³. Der Körper des Menschen wird Sache, auf diese bezieht sich das Persönlichkeitsrecht

61

¹⁰⁸ Damit weicht das BGB von der Begriffsbildung des *corpus iuris* und des gemeinen Rechts ab, nach der der Begriff „res“ die *res corporales* und die *res incorporales* umfasste (Inst. II pr.). § 90 stellt klar, dass entgegen diesem weiteren Begriff der Sache das BGB mit Sachen nur die körperlichen Gegenstände meint. Das Wort „nur“ hat folglich rein abgrenzenden, aber nicht etwa peiorativen Charakter.

¹⁰⁹ *Schmebl*, ZRP 1991, 251 rechnet das Gesetz vom 20.8.1990, durch das die §§ 90a, 903 S 2 in das BGB eingefügt worden sind (zu dem Gesetz *Mübe*, NJW 1990, 2238), zu den „symbolischen Gesetzen“. Zu den Komplikationen, die § 90a in der Gesetzesanwendung zur Folge haben kann, *J. Braun*, JuS 1992, 758. Was *Braun* noch nicht wissen konnte: Auch das Strafrecht ist nicht von der Zeit der Geltung des § 90a an dazu übergegangen, die auf Sachen bezogenen Tatbestände wie etwa den Diebstahlstatbestand auf Tiere nur noch entsprechend anzuwenden. Überzeugend *Küper*, JZ 1993, 435, 439; siehe weiter *Graul*, JuS 2000, 215 ff.

¹¹⁰ Dem folgt das LG Stuttgart in der Fn 107 angeführten Entscheidung.

¹¹¹ Zur Zuordnung des menschlichen Körpers und seiner Teile *Schünemann*, Die Rechte am menschlichen Körper, 1985; *Knut Müller*, Postmortaler Rechtsschutz – Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbener, 1995; *Taupitz*, JZ 1992, 1089 ff, NJW 1995, 745 ff.

¹¹² BVerfG NJW 1971, 1645, s weiter den Beschluss des 1. Senats betreffend „Gedenkmünze“ für Willy Brandt (NJW 2001, 594 ff). Nach BGH NJW 2000, 2195 ff („Marlene Dietrich“) sind dagegen die mit dem Schutz der ideellen Interessen verbundenen vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts vererblich und bestehen für die Dauer des postmortalen Persönlichkeitsschutzes (s hier im Anschluss) fort. Eine postmortale Eingriffskondition der Angehörigen im Fall Marlene Dietrich ablehnend OLG München, BB 1997, 1971 ff. Kritisch zum Standpunkt des BGH *Schack*, JZ 2000, 1060. Man muss unterscheiden: Das Bild einer verstorbenen allgemein bekannten Person ist nur noch Erinnerung. Ist die Erinnerung durch öffentliche Vorführung nutzbar, so deshalb, weil es sich um die Erinnerung der Allgemeinheit handelt; diese ist, nachdem es den Verstorbenen nicht mehr gibt, Gut der Allgemeinheit. Der kommerziellen Ausnutzung des Bildes einer bekannten Person steht gegenüber der Fall einer Berichterstattung mit Bild des Opfers über einen spektakulären tödlichen Unfall. Hier geht es von vornherein nur um den ideellen postmortalen Schutz. Zu einem solchen Fall BGH NJW 2012, 1728, der aber in seinem Fall den Eltern der verunglückten Tochter einen Anspruch auf Schmerzensgeld verwehrt.

¹¹³ Das BVerfG (s Vorn) stützt ihn auf Art 1 I GG. Aus der Rechtsprechung des BGH (s *Bender*, VersR 2001, 815 ff) BGHZ 15, 249 „*Cosima Wagner*“, BGHZ 50, 133 „*Mephisto*“, bestätigt durch BVerfGE 30, 173; BGHZ 107, 375 „*Nolde*“; BGH NJW 2012, 1728 (s Vorn).

des Menschen zu seinen Lebzeiten und der postmortale Persönlichkeitsschutz nach dem Tode¹¹⁴. Folglich ist auch der Leichnam eine besondere Sache. Wie bei den Tieren vom Eigentum am Tier kann man vom Eigentum am Leichnam sprechen, wenn man nur beachtet, dass dieses Eigentum von besonderen Normen überlagert ist. An der Spitze dieser Normen steht der Persönlichkeitsschutz zu Lebzeiten im Hinblick auch auf den Tod und nach dem Tode, hinzutreten Bestimmungen, die die Verfügung über den Leichnam in der Wahrung des Persönlichkeitsrechts regeln¹¹⁵. Das OLG Hamburg nimmt an, dass der Leichnam eine herrenlose Sache sei und die mit ihm fest verbundenen Bestandteile (etwa Zahngold) nach ihrer Herauslösung (im Fall: Einäscherung) aneignungsfähig seien. Von einem Vermögensrecht, welches mit dem Tod und der Herauslösung auflebe und auf die Erben übergehe, könne aber nicht gesprochen werden, weil eben vor dem Tod kein Eigentum begründet sei. Das Aneignungsrecht stehe aufgrund des fortdauernden Persönlichkeitsschutzes den nächsten Angehörigen als Totensorgeberechtigten zu. Erst mit deren Zustimmung komme es den Erben und nur mit Zustimmung beider Gruppen dem Bestattungsinstitut zu¹¹⁶. Wenn man beachtet, dass die herausgelösten Sachen (Zahngold) wegen des Vermögenswerts interessieren, stellt man fest, dass hier Pietätsvorstellungen zur Grundlage von Vermögensrechten gemacht werden. Die Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht rechtfertigt das nicht, insbesondere nicht, wieso den Totensorgeberechtigten jene Vermögensrechte zukommen sollen.

- 62** Was die Verfügung über den Leichnam betrifft, ist zunächst der Wille des verstorbenen Menschen aus der Zeit vor seinem Tod maßgeblich, ohne die Voraussetzungen einer Verfügung von Todes wegen¹¹⁷. Gemäß diesem Willen, wenn ein solcher feststeht, und hilfsweise nach dem Willen der nächsten Angehörigen ist über eine eventuelle Entnahme von Organen zur Transplantation und sodann über die Bestattung zu entscheiden¹¹⁸. Das bedeutet nicht, dass, wenn der Verstorbene insoweit nichts verfügt hatte, die nächsten Angehörigen das Bestimmungsrecht auch darüber hätten, ob künstliche Teile des Leichnams herauszunehmen sind und wem sie gehören sollen¹¹⁹. Das könnte zu Verhandlungen darüber führen, welche Summe der Erbe den Angehörigen bieten muss, dass sie der Herausnahme zustimmen. Zu fragen ist auch, aufgrund welcher Zuordnung den Erben ein Aneignungsrecht soll eingeräumt werden können, wenn kein auf sie übergehendes Recht anzunehmen sein soll. Soweit künstliche Teile für sich bestehen und im Zuge der Bestattungsvorbereitung verselbstständigt werden, gehören sie so, wie vor der Einfügung dem Lebenden, nach dessen Tod dem Erben. Dieser kann sie, wenn sie nicht mit bestattet werden, herausverlangen. Soweit künstliche Teile integrative Teile des Körpers sind, gehören sie zum Körper und sind mit diesem zu

¹¹⁴ *Forkel*, Jura 2001, 73 ff.

¹¹⁵ Etwa § 4 Transplantationsgesetz. Bei Erdbestattung erstreckt sich nach der Auflassung der Grabstelle das Bodeneigentum der Friedhofsanstalt auf das Eigentum an den Gebeinen.

¹¹⁶ OLG Hamburg NJW 2012, 1601 (mit reichen Nachweisen, zu der Entscheidung Anm *Stoffers*) im Rahmen der Prüfung eines dinglichen Arrestes am Vermögen der Beschuldigten nach §§ 111b II, V, 111d I 1, 111e I StPO. Wie das OLG Hamburg hatte auch schon das OLG Bamberg JuS 2008, 457 (*Jahn*) wegen der Herrenlosigkeit die Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls abgelehnt. Anders als im Fall des OLG Hamburg war nach dem damaligen Sachverhalt auch keine Prüfung eines versuchten Diebstahls angezeigt, den das OLG Hamburg angenommen hat; aber in beiden Fällen Strafbarkeit wegen Störung der Totenruhe (§ 168 StGB).

¹¹⁷ Die Ausstellung „Körperwelten“, 1997/98 in Mannheim, 1999 in Basel, veranstaltet vom Institut für Plastination der Universität Heidelberg, stellt nach der Methode der Plastination (Entnahme von Haut und Flüssigkeit, Ersetzung durch flüssiges, hart werdendes Plastik) präparierte Leichname in verschiedenen Konfigurationen aus. Die Plastination der Körper und ihre Einfügung in die Ausstellung beruht nach den Ausstellungsmachern auf der Zustimmung jeder betroffenen Person (Bericht Badische Zeitung, „Ticket“ 10 v. 16.9.1999).

¹¹⁸ Nach dem Transplantationsgesetz vom 5.11.1997, BGBl I 2631 (TPG) ist zunächst der Wille des Organspenders maßgeblich (§ 3), nach § 4 ist hilfsweise zustimmungszuständig der nächste Angehörige. Was die Bestattung betrifft, s das Feuerbestattungsg v. 15.5.1934, RGBl I, 380, und die landesrechtlichen Bestattungsgesetze (in Bayern Bestattungsgesetz vom 24.9.1970, BayRS 2127-1-A mit DVO; weitere Nachweise bei *LangelKuchinke*, Erbrecht, 5. A., S 105 Fn 149).

¹¹⁹ So das OLG Hamburg und *LangelKuchinke* S 105 f.

bestatten. Wenn sie freilich vom Leichnam getrennt werden oder bei Feuerbestattung in der Asche übrig bleiben, steht dem Erben der Herausgabeanspruch zu. Werden sonstige Bestandteile vom Leichnam getrennt und etwa unter Wahrung des Bestimmungsrechts der Angehörigen medizinisch genutzt, steht dem Erben das Recht auf Gewinnherausgabe aus § 812 I 1 Alt 2 zu.

Zu Lebzeiten des Menschen erlangen Teile seines Körpers Sachcharakter mit der Trennung¹²⁰. Auch wenn Organe oder Flüssigkeiten des Körpers mit dem Ziel entnommen werden, entweder dem Körper, dem sie entnommen wurden¹²¹, oder einem anderen Körper¹²² funktionsgemäß eingefügt zu werden, oder wenn bei gewaltsamer Abtrennung die Wiedereinfügung möglich ist, sind die getrennten Körperteile während der Trennung Sachen. So wie der Mensch als Person das absolute Recht an seinem Körper innehat, hat er es an den getrennten Teilen nach der Trennung¹²³. Er hat also an den Teilen nach der Trennung Eigentum. Werden die getrennten Teile entwendet oder wird sonst in sie eingegriffen, so stellt der Eingriff zunächst eine Eigentumsverletzung dar¹²⁴. Vereitelt der Eingriff die funktionsgemäße Wiedereinfügung der Teile in den Körper, dem der Teil entnommen ist, oder in einen anderen Körper, so stellt die Verletzung über die Eigentumsverletzung hinaus eine Körperverletzung dar¹²⁵. Wird ein krankes Organ herausoperiert und nicht beseitigt, sondern zum Ausgangspunkt eines hoch effizienten und gewinnbringenden medizinischen Heilmittels genommen¹²⁶, so steht dem betroffenen Patienten die Eingriffskondition zu¹²⁷.

63

¹²⁰ Die Zulässigkeit der Abtrennung eines Organs zum Zweck der Transplantation regelt das TPG. Nach § 8 I 2 TPG ist die Entnahme von Organen, die sich nicht wieder bilden können, nur zum Zwecke der Übertragung auf Verwandte ersten oder zweiten Grades, Ehegatten, Verlobte oder andere Personen, die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen, zulässig. Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung siehe BVerfG NJW 1999, 3399 ff = JuS 2000, 393 (*Sachs*).

¹²¹ Beispiel ist der von *Scott*, *The body as property*, 1981, S 189 berichtete Fall der Augenoperation, bei der das Auge herausgenommen wurde und dann dem Chirurgen entglitten ist. Weiteres Beispiel die Eigenblutkonserve, die für den Fall einer späteren Operation bereitgestellt wird.

¹²² Beispiele sind die vor Unfruchtbarwerden des Mannes hergestellte Eigenspermakonserven, s BGHZ 124, 52, oder eine gespendete Niere.

¹²³ Für das Eigentum an Zahngold BGH NJW 2015, 1978 Rn 37. Dazu, dass dem Menschen, von dessen Körper die Teile abgetrennt werden, Eigentum an den Teilen zukommt, will man § 953 analog anwenden (MünchKomm/Holch § 90 Rn 27 mwN). Zu diesen und anderen Lösungsansätzen *Taupitz*, JZ 1992, 1089, 1092 f.

¹²⁴ Mit Recht behandelt der BGH das Ausbrechen und Sich-Aneignen der Goldplombe eines Gefangenen durch einen Mitgefangenen als Raub (MDR 1958, 739 f). Die Wegnahme einer Blutkonserve oder einer gespendeten Niere ist, vorbehaltlich der weiteren Erfordernisse von § 242 StGB, Diebstahl.

¹²⁵ Zutreffend hat der BGH in BGHZ 124, 52, 54 im Fall der rechtswidrigen Vernichtung der Eigenspermakonserven Schmerzensgeld wegen Körperverletzung (§ 847 aF) zugesprochen. Dazu muss man nicht – und der BGH tut das auch nicht – der Konserve den Sachcharakter absprechen (so *Baur/Stürner* § 3 Rn 3). Unnötig auch und ohne ausreichende Grundlage der Lösungsversuch von *Voß* über die Annahme, dass ein Schmerzensgeld bei Verletzung höchstpersönlicher Verträge aufgrund ergänzender Vertragsauslegung begründet sei, ZRP 1999, 452.

¹²⁶ S den Fall des *John Moore*, dem die Milz entnommen und als Grundlage von Zellkulturen verwendet wurde, die medizinisch hochwertige Proteine produzieren, Entscheidung des Supreme Court for California im Rechtsstreit *Moore v. Regents of the University of California et al.*, Darstellung bei *Taupitz*, VersR 1991, 369, s a *Taupitz*, AcP 191 (1991), 201 ff, JZ 1992, 1089 ff.

¹²⁷ Die Forschungsleistungen, der Einsatz von Geräten und die sonstigen Hilfestellungen der Klinik, die den Erfolg hervorgebracht haben, sind nach den Regeln über den „Kombinationseingriff“ abzugelten, s *F. Schulz*, AcP 105 (1909), 23 f, 102 ff, 361 ff. Man kann im Fall der Vornote nicht argumentieren, dass der Patient jedenfalls das Eigentum aufgegeben hat. Sind Möglichkeiten der Nutzung gegeben, muss die Klinik den Patienten aufklären und dieser wird das Eigentum keineswegs aufgeben; auf eine Aufgabe mangels Aufklärung könnte sich die Klinik nicht berufen. Richtig ist hier, den Gewinn unter Berücksichtigung aller Forschungsaufwendungen zu berechnen und zwischen verwertendem Institut und Patienten hälftig zu teilen. Widerspricht der Patient der Verwertung, obwohl es sich zum ersten um andernfalls zu

IV. Die absolute Zuordnung von Sachen als Gegenstand des Sachenrechts; die allgemeinen Schutzansprüche

- 64** Bezeichnet man das Sachenrecht als das Recht der absoluten Zuordnung von Sachen, so geht es zunächst um den Begriff der Zuordnung in Hinsicht auf die Objektseite eines Rechts¹²⁸. Immer hinzuzudenken ist aber die Subjektseite des Rechts. Die Sachenrechte ordnen die Sache als Objekt absolut zu, und sie ordnen die Sache absolut dem Inhaber des Sachenrechts als dem alleinigen Subjekt zu. Wir wissen, dass die absolute Zuordnung im Hinblick auf die Subjektseite jedem Recht zu eigen ist^{128a}. Als Erscheinungsformen dieser absoluten Zuordnung in Hinsicht auf das Subjekt gehören der Nießbrauch und das Pfandrecht an Rechten auch zum Sachenrecht. Zusammengefasst geht es im Sachenrecht – wenn wir den Besitz (§§ 854 ff) als Sondererscheinung im Sachenrecht zunächst herauslassen – um die Zuordnung von Gütern an bestimmte Subjekte, dh um die Frage: Wem gehört das Gut? Wem steht etwas zu? Davon zu trennen ist etwa die Rechtsfrage der Verantwortlichkeit (zB nach § 280, § 823), wenn sie auch mit der Zuordnungsfrage dergestalt verbunden ist, dass es bei ihr in einem Hauptbereich um die Verantwortlichkeit für die Schädigung zugeordneter Güter geht.
- 65** Soweit das Sachenrecht die Rechte an Sachen regelt, behandelt es die Zuordnung des Objekts Sache durch absolute Rechte, dh Rechte, die hinsichtlich ihres Objekts gegen jedermann wirksam sind. Nur diese Rechte nennen wir absolute Rechte. Absolute Rechte an Sachen nennt man dingliche Rechte, wobei dieser Ausdruck aber auch über Sachen hinaus für absolute Rechte an anderen Rechten als Sachenrechten verwendet wird¹²⁹. Das Eigentum ordnet etwa eine Sache – vorbehaltlich beschränkter dinglicher Rechte an der Sache – unter Ausschluss aller anderen dem Eigentümer zu: § 903 (Objektseite des Eigentums). Damit gehört die Sache ausschließlich dem Eigentümer. Hinzu kommt, dass der bestimmte Berechtigte und kein anderer ausschließlicher Inhaber des Eigentums an einer bestimmten Sache ist (Subjektseite des Eigentums). Die Ausschließlichkeit wird durch allgemeine Schutzrechte sanktioniert.
- 66** Mit einer von *Picker*¹³⁰ eingeführten Unterscheidung kann man die die Güterzuordnung bewirkenden Rechte Substanzrechte (man kann auch sagen: Zuordnungspositionen) und die sie schützenden Rechte Schutzrechte nennen. ZB folgt aus der Verantwortlichkeit für einen Eingriff in die durch ein Substanzrecht begründete Zuordnung eines Gutes (Objektseite) – etwa beim Eigentum aus der Verantwortlichkeit für den Eingriff in die zugeordnete Sache – das Schutzrecht des Schadensersatzanspruchs. Um die Verletzung der Subjektseite des Eigentums daneben zu stellen: Bestreitet jemand dem Eigentümer, dass er Eigentümer sei, so folgen daraus ebenfalls Schutzansprüche, zB der Unterlassungsanspruch oder die Möglichkeit der Feststellungsklage. Die im Sachenrecht geregelten Rechte an Sachen, also das Eigentum, die Dienstbarkeiten etc, sind Substanzrechte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie hinsichtlich ihres Objekts dem Berech-

beseitigenden Körperabfall handelt, zum zweiten aussichtsreiche Forschungen auf die Stoffe gestützt werden könnten, ist der Widerspruch als rechtsmissbräuchlich unbeachtet zu lassen.

¹²⁸ O Rn 2.

^{128a} O Rn 2, 3.

¹²⁹ S o Rn 3 Fn 3. Nach § 197 I Nr 1 verjähren Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten in 30 Jahren. – In den Motiven sind die dinglichen Rechte im Gegensatz zu den obligatorischen Rechten als die Sache selbst ergreifend bestimmt. Damit wird dingliches Recht und absolutes Recht an Sachen bezeichnet. Dann wird aber gesagt, dass nur regelmäßig zutrefte, dass die dinglichen Rechte absolut sind. Als abweichende Beispiele werden indessen nicht irgendwie relative Rechte aufgezählt, sondern absolute Rechte, die nicht an Sachen bestehen (*Mugdan* III S 1). Der Sprachgebrauch des Begriffs dingliches Recht ist also unklar. Klar ist die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten (unter Beachtung der Unterscheidung zwischen Objekt- und Subjektseite der Rechte, o Rn 2, 3).

¹³⁰ FS H. Lange (1992), 625 ff, 680 ff.

tigten gegen jedermann zustehen. Dh in ihr Objekt kann jedermann mit der Konsequenz von Schutzrechten eingreifen.

Die Unterscheidung von Substanz- und Schutzrechten ist von erheblicher Relevanz. Schutzrechte sind nur insoweit denkbar, als die Substanz reicht, und die Substanz insbesondere des Eigentums reicht so weit, wie es Zuständigkeit und Herrschaftsmacht, also Abwehrrechte des Eigentümers gibt. Exemplarisch ist der Schutz des Eigentums gegen verbotene Eigenmacht. Der besitzende Eigentümer hat gegen verbotene Eigenmacht die Abwehrrechte nach §§ 858 ff. Dem entspricht der Schadensersatzschutz nach § 992¹³¹. Schwer gegen Billigkeitsdenken durchzuhalten ist die Orientierung an Abwehrrechten in Fällen, in denen infolge von Vorkommnissen auf einem benachbarten Grundstück die Nutzung der eigenen Sachsubstanz beeinträchtigt wird. In den berühmten Stromkabelfällen (durch Arbeiten in der Nachbarschaft wurde ein Stromkabel beschädigt mit der Folge der Unterbrechung der Stromzufuhr für den Betrieb der Kläger) hat der BGH derjenigen Klägerin Schadensersatz verweigert, deren Betrieb durch den Stromausfall still stand, dagegen dem klagenden Inhaber einer Geflügelzucht Schadensersatz zugesprochen, bei dem der Stromausfall die zu bebrütenden Eier zerstört hatte^{131a}. So sehr man angesichts der Sachbeschädigung im zweiten Fall geneigt ist, dem Judiz des BGH zu folgen, ist dieses doch nicht mit der rechtlichen Verteilung der Herrschaftsbereiche vereinbar. *Picker* hat gezeigt, dass der Stromausfall als negative Einwirkung einzuordnen und so in beiden Fällen ebenso wie ein Abwehrrecht auch ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen ist^{131b}. Eine negative Einwirkung ist ein Verhalten in einem anderen Rechtsraum, von dem der eigene Rechtsraum nur aufgrund der Betätigung des Herrn des anderen Rechtsraums in dessen Herrschaftssphäre beeinflusst wird. Beispielhaft für negative Einwirkungen ist die Ausübung von benachbart belegenen Rechten mit der Folge der Verhinderung des Zutritts von Licht, Luft, Sendewellen zum Grundstück des Klägers^{131c}. Wie allgemein anerkannt, sind negative Ein-

66a

¹³¹ Zum Schutz des Eigentümers eines Kundenparkplatzes gegen unbefugtes Parken Besprechung der Entscheidung BGHZ 181, 233 durch *Wilhelm*, LMK II/2009, 83 sowie u Rn 523b, 1290.

^{131a} BGHZ 29, 65 (prüft den Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und verneint die Unmittelbarkeit des Eingriffs in dem ihm vorliegenden Fall); BGHZ 41, 123 (bejaht Eigentumsverletzung durch Sachbeschädigung).

^{131b} FS Medicus, 2009, S 311 ff.; FS Koziol, 2010, S 816; nochmals zusammenfassend JZ 2010, 541 ff., 548. Berufen konnte sich *Picker* (JZ 2010, S 552) auf die kühle Versagung einer Einwirkung auf die eigene Sache iS von § 904 S 1 und folglich eines Schadensersatzanspruchs nach § 904 S 2 durch das RG in einem Fall aus dem Jahre 1901 (RGZ 75, 80): Zur Versorgung eines Kriegsschiffs mit Kohle waren Prähme gekommen und mit dem Schiff durch Trossen verbunden worden. Als Sturm aufkam, hat der Kapitän zur Rettung des Schiffs die Trossen zu den Prähmen gelöst und Kurs auf die Außenreedee genommen. Ein Prahm ist untergegangen. Neben dem Anspruch aus § 904 S 2 hat das RG einen Schadensersatzanspruch aus Vertrag geprüft und mangels Verschuldens abgelehnt. Das RG hält seinen Fall für gleichartig mit dem Fall, dass Fahrzeuge in hilfloser Lage unter dem Rumpf des großen Kriegsschiffs Schutz gesucht hätten. In diesem Fall sei ganz offenbar nicht der Eigentumsschutz berührt, allerdings sei eine unerlaubte Handlung iSv §§ 823 ff aus dem Gesichtspunkt der Rechtspflicht zur Rücksichtnahme auf die hilflose Lage Schutz suchender Fahrzeuge denkbar (S 83, 84).

^{131c} Klassisches Beispiel einer negativen Einwirkung der berühmte Müller-Arnold-Fall mit Eingreifen Friedrichs des Großen (s besonders plastisch *Pierre Gaxotte*, Friedrich der Große, Paris 1972, S 352 f): Im Oberlauf des Flüsschens, welches die Wassermühle des Müllers Arnold speiste, hatte ein Landrat auf seinem Grundstück einen Karpfenteich angelegt. Nach der Behauptung des Müllers kam nicht nur während der Ableitung in den Teich, sondern auch danach noch nicht mehr genügend Wasser für die Mühle. Deshalb zahlte er seinem adeligen Verpächter den Pachtzins nicht, der daraufhin die Mühle zwangsversteigern ließ. – Der Fall zeigt, obwohl der Rechtsstreit vertragsrechtlich und nicht eigentumsrechtlich geführt worden ist, die Problematik der negativen Einwirkung. Das Billigkeitsjudiz schlägt hier zugunsten des Mühlenbetriebs aus. Allerdings war die Ausübung des Eigentums des Landrats genau so legitim wie der Mühlenbetrieb. Die Eigentumsrechte konkurrierten um die Nutzung des Flusses, ein *prio tempore potior iure* gibt es dazu nicht. Die Nutzung musste durch den öffentlichen Eigentümer geregelt werden. Für die am Fluss liegenden Grundstücke bestand die Freiheit der Eigentumsausübung vorbehaltlich einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung.

wirkungen, wenn es keine Sonderregelung gibt, die die Herrschaftssphären verschiebt, vom negativen Schutz (§ 1004) ausgeschlossen. Folglich müssen sie auch vom deliktischen Schutz des Betroffenen ausgeschlossen sein. Die Herrschaft in der eigenen Rechtssphäre kann nicht die Freiheit in der anderen Rechtssphäre beschränken. Selbstverständliche Schranke ist das Schikaneverbot (§ 226). Die Entziehung von Strom infolge der Bau- oder Baumfälltigkeit auf dem Nachbargrundstück ist eine negative Einwirkung. Der Eigentümer hat nicht kraft seines Eigentums einen Anspruch auf ungestörte Stromlieferung und entsprechend auf sorgfältige Ausführung der auf die Leitung bezogenen Arbeiten in der Nachbarschaft. Die Beschädigung des Stromkabels auf dem Nachbargrundstück mit der Folge der Zerstörung von Eiern in einem Geflügelzuchtbetrieb führt nach der maßgeblichen Abgrenzung des Eigentums anders als positive physische Verursachungen einer gleichen Beschädigung^{131d} nicht zum Schadensersatz. Der BGH kommt in seiner Rechtsprechung, in der er von der Abgrenzung der Rechtssphären abweicht, zur Misslichkeit, zwischen unmittelbarer und mittelbarer Schädigung abgrenzen zu müssen^{131e}.

- 67** Die allgemeinen Schutzrechte sind im Schuld- und im Sachenrecht geregelt. Es sind vor allem die Schadensersatzansprüche und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Nach der Einordnung *Savignys* handelt es sich bei der Obligation der ungerechtfertigten Bereicherung um die Beseitigung rechtswidrigen Habens auf Seiten des Schuldners. Bei den anderen Obligationen, insbesondere der auf Schadensersatz gerichteten, handelt es sich um solche, die „unabhängig von der eben angegebenen Beseitigung des rechtswidrigen Habens“ entstehen und auf „etwas ganz Neues, wie die Zahlung des Kauf- oder Mietgeldes“ gerichtet sind¹³². Mit den ersteren Ansprüchen hat der Erfüllungsanspruch dann, wenn er auf einen bestimmten Gegenstand gerichtet ist, gemeinsam, dass auch eine solche Verpflichtung eine Zuordnungsposition begründet, wenn diese auch nur auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner beschränkt ist. Sie wird in diesem Verhältnis durch die Schutzansprüche sanktioniert^{132a}. Sind zB vertraglich

^{131d} Zu dem Beispiel einer entsprechenden Schädigung durch zu starke Stromzufuhr *Picker*, JZ 2010, 548 Fn 53.

^{131e} S die Schwierigkeit, der sich der BGH im Fleet-Fall (BGHZ 55, 153); dazu *Picker*, ZfPW 2015, 385 ff) gegenüber gesehen hat. Hier hat der BGH die Einschließung eines Schiffes durch Sperrung eines Fleets nach Einsturz der Uferbefestigung als zum Schadensersatz verpflichtende Eigentumsverletzung angesehen, während die Verhinderung, in das Fleet hineinzufahren und, wie vertraglich zugesichert, Transportgut von einer am Fleet gelegenen Mühle aufzunehmen, aus dem Schadensersatzschutz auszuklammern sei. Damit war die Kalamität der Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Beeinträchtigungen einer Sache eröffnet, aufgrund deren der Inhaber einer Autobahnraststätte auf die Idee kommen konnte, bis zum BGH Schadensersatz für seinen Einnahmeausfall zu verlangen, der durch Ausbleiben der Kundschaft infolge unfallbedingter Sperrung der Autobahn verursacht war. Nur mit mühevoller Begründung hat der BGH die Klage zurückgewiesen (BGH NJW 2015, 1174, s demgegenüber die klare Stellungnahme von *Picker*, NJW 2015, 2304 ff).

¹³² Obligationenrecht, Bd II, Berlin 1853, S 294, System des heutigen römischen Rechts, Bd V, Berlin 1841, S 567 (Hervorhebungen vom *Verf.*). Jede vertragliche Leistungspflicht, nicht nur die zur Leistung eines ursprünglich dem eigenen Vermögen des Schuldners angehörenden Gegenstands, ist auf Mehrung des Gläubigervermögens aus dem Schuldnervermögen gerichtet, auch dann, wenn sie auf Erhaltung eines Vermögensgegenstands des Gläubigers gerichtet ist. Die vertragliche Verantwortlichkeit ist ein Mehr gegenüber der bloßen Achtung der Gläubigerrechte, die kraft dieser Rechte verlangt werden kann.

^{132a} Merkwürdig apodiktisch der Satz des BGH, dass es in der relativen Beziehung keinen Zuweisungsgehalt und folglich keinen bereicherungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch gebe (NJW 2013, 781). Wir werden u Rn 88 ff sehen, dass entsprechend der Lage beim Eigentum auch bei den relativen Forderungen auf einen konkreten Gegenstand die allgemeinen Schutzrechte eingreifen, nur eben relativ, weil die Rechte ihren Gegenstand relativ (dem Gläubiger im Verhältnis zu Schuldner) zuordnen. Gerade hier muss der positive Gehalt der Zuordnung beachtet werden: Die Schutzrechte greifen unterschiedlich ein je nachdem, ob ein Speziesgegenstand oder die Leistung eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes oder eines

che Forderungen auf einen Speziesgegenstand gerichtet, ist der Erfüllungsanspruch zwar primär, neben ihn oder an seine Stelle können aber die Schutzansprüche treten. Auch bei Forderungen, die gattungs- oder betragsmäßig bestimmt oder auf ein Verhalten oder Unterlassen gerichtet sind, gibt es nach unserem Recht den Erfüllungsanspruch. Der Schutzanspruch ist hier der Schadensersatzanspruch bei Verzug oder Unvermögen.

Die Schutzansprüche fügen sich zu einem Kanon der Zuordnungssanktionen zusammen, der bei jeder Zuordnungsverletzung durchzugehen ist. *Picker* spricht anschaulich vom „Rundumschutz“ der subjektiven Rechte^{132b}. Bei Forderungen, gerichtet auf „etwas ganz Neues“, kommt zuerst der Erfüllungsanspruch in Betracht, bevor an die Schutzrechte wegen Verletzung der Forderung zu denken ist¹³³. Die allgemeinen Schutzrechte sind die folgenden. Dabei ist zu beachten, dass die Schutzrechte im Einzelfall konkurrierend eingreifen können, sofern nämlich die Tatbestandsvoraussetzungen für mehr als ein Schutzrecht erfüllt sind:

68

1. Negatorische Ansprüche: Die *actio negatoria* des römischen Rechts war auf Feststellung des Nichtbestehens eines vom Gegner angemäßen, das Eigentum beschränkenden Rechts gerichtet¹³⁴. Heute bezeichnet man als negatorische Rechte zum Schutz

69

Geldbetrages zuordnet ist. Nur im Fall der Zuordnung eines Speziesgegenstands ist dieser bestimmte Gegenstand zugeordnet mit der Möglichkeit aller Schutzrechte (gegen den Schuldner!) bei Nutzung, Veränderung oder Wegkommen des Gegenstands. Im Fall der Gattungs- oder Betragsschuld ist dem Gläubiger nur der Erfolg unter Belastung des Vermögens des Schuldners mit der Herstellung des Erfolges, aber nicht ein bestimmtes Gut des Schuldners zugeordnet. Die Möglichkeit von Schutzrechten ist entsprechend auf den Schadensersatzanspruch eingeschränkt. Dasselbe gilt grundsätzlich für Forderungen auf ein Verhalten oder Unterlassen des Schuldners. Eine Vorschrift wie die des § 113 I Hs 2 HGB zeigt aber, dass dies nicht immer so sein muss. In der Vorschrift wird der OHG gegen den Gesellschafter, der ihr gesetzwidrig Konkurrenz macht, die Wahl eingeräumt, statt des Schadensersatzes die Herausgabe des Geschäftserfolgs zu verlangen. Darin zeigt sich, dass eine Unterlassungspflicht Konsequenz einer gegenständlichen Zuordnung zum Gläubiger sein kann: im Fall der Vorschrift der Zuordnung eines bestimmten Geschäftsbereichs. Gegen den apodiktischen Leitsatz des BGH überzeugend *Jan Felix Hoffmann*, JA 2014 (1), 71 ff).

^{132b} FS *Franz Bylinski*, 2992, S 270, 313 f; JZ 2010, 546 ff. Bemerkenswert für die Reichweite der Schutzansprüche die Bewehrung der Gewerkschaften mit einem negatorischen Beseitigungsanspruch gegen Betriebsvereinbarungen, die der Tarifvereinbarung widersprechen, durch BAG NJW 2012, 250 mit Anm *Bauer/v. Medem*. – Gegen die Zweifel an der Existenzberechtigung des Bereicherungsrechts, die *Wendehorst* (Ungerechtfertigte Bereicherung, in: *Schulze/von Bar/Schulte-Nölke*, Der akademische Entwurf für einen gemeinsamen Referenzrahmen = Draft Common Frame of Reference, Kontroversen und Perspektiven, 2008, S 216 ff, 217, 244, 253 ff) an der Existenzberechtigung des bereicherungsrechtlichen Schutzes äußert (den der Draft durchaus anerkennt und regelt) *Wilhelm*, Liber amicorum Klaus Schurig, 2012, 301, 317 Fn 33.

¹³³ Nach § 196 verjähren Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts in 10 Jahren. Nach § 197 I Nr 1 verjähren Herausgabeansprüche aus dinglichen Rechten in 30 Jahren. Die ersteren sind Erfüllungsansprüche auf Leistung dinglicher Rechte, die letzteren Schutzansprüche aus der Innehabung dinglicher Rechte, und zwar negatorische (s hier im Anschluss). Weitere Vorschriften über die Verjährung negatorischer Ansprüche sind neben der Bestimmung der allgemeinen Verjährung in drei Jahren nach § 195 (mit Regelung des Fristbeginns in § 199) die besonderen Vorschriften der §§ 898, 902 (in einem weiteren Zusammenhang ist auch § 924 zu nennen). Unrichtig lautet die Überschrift über § 196, obwohl dieser die Erfüllungsansprüche betrifft: „Verjährungsfrist bei Rechten an einem Grundstück“.

¹³⁴ *Jörs/Kunkel/Wenger*, Römisches Recht, bearbeitet von *Honsell, Mayer-Maly, Selb*, 1987, S 538 f; *Picker*, Schriftenreihe der Univ. Regensburg, 1986, S 289 ff, 300 f.

des Eigentums die Ansprüche aus § 1004 I 1, 2 auf Freiheit des Eigentums von Störungen mit den Varianten des Unterlassungsanspruchs, der vor drohenden oder wiederholten Störungen schützt, und des Anspruchs auf die Beseitigung von Beeinträchtigungen. Der Beseitigungsanspruch ist, wie allerdings immer wieder gegen Überwucherungen durch unklare Rechtsentwicklungen, insbesondere die gegenwärtige Rechtspraxis zu § 1004, zu klären ist¹³⁵, ebenso wie die Bereicherungsansprüche ein Anspruch auf Beseitigung eines rechtswidrigen Habens. Er verwirklicht so, wie der Unterlassungsanspruch das Recht in seinem unmittelbaren Gehalt für die Zukunft bewahrt, das Recht für die Gegenwart, indem er auf die Aufhebung eines Widerspruchs zwischen tatsächlicher Herrschaft des Bekl einerseits und der dem subjektiven Recht entsprechenden Herrschaft des Kl über das Objekt des Rechts andererseits gerichtet sind. Der Anspruch entzieht dem Bekl eine gegen das Recht des Kl angemäße Position, dh ein Plus auf Seiten des Bekl, das zum Kl gehört. Damit ist der negatorische Beseitigungsanspruch pars pro toto der Verwirklichung des unmittelbaren Gehalts eines absoluten Rechts überhaupt. Negatorische Ansprüche in diesem weiteren Sinne sind die Ansprüche aus § 985 (sog. rei vindicatio oder Vindikation¹³⁶), § 1004 I 2 (zweiter Fall der sog. actio negatoria) und § 894 (Grundbuchberichtigungsanspruch)¹³⁷.

Als Rechtsverwirklichungsansprüche sind der Beseitigungsanspruch, die rei vindicatio sowie der Berichtigungsanspruch auf ein Verhalten des Gegners gerichtet, mit dem dieser ein an ihm liegendes Hindernis für die Rechtsverwirklichung beendet. Damit haben diese negatorischen Ansprüche Ähnlichkeit mit dem Anspruch auf Erfüllung einer vertraglichen Forderung, die auf einen Speziesgegenstand gerichtet ist. Beispielhaft trifft dies zu für den Anspruch auf Herausgabe nach § 985. Eher dem Erfüllungsanspruch als den negatorischen Ansprüchen kann man zurechnen den Anspruch auf Duldung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit nach §§ 1027, 1004 I iVm § 1018 Alt 1¹³⁸ sowie den Anspruch auf Duldung der Verwertung des Grundstücks, der dem Inhaber einer Hypothek nach §§ 1113 I, 1147 zusteht. Die Grenze zwischen Erfüllungsansprüchen (gerichtet auf etwas Neues) und den negatorischen Ansprüchen auf die Beseitigung einer der Rechtsverwirklichung tatsächlich entgegenstehenden Herrschaft eines anderen gerichteten Ansprüchen lässt sich nicht scharf formulieren¹³⁹.

¹³⁵ Zur Rechtsprechung betr § 1004 im Einzelnen u Rn 1369 ff. Aufgrund der Unklarheit der Rechtsprechung hat die Neufassung des BGB die vorgeschlagene Vorschrift über die dreißigjährige Verjährung von Herausgabeansprüchen aus dinglichen Rechten (§ 197 I Nr 1) nicht auf Beseitigungsansprüche erstreckt, weil dies „regelmäßig zu Abgrenzungsschwierigkeiten zum deliktischen Beseitigungsanspruch führen“ würde (Begr. des RegE BT-DrS 14/6040 S 106). Gegen den Neuregelungsvorschlag durchgreifend *Ernst*, ZRP 2001, 1, 4f. Das Verdienst der Klärung der negatorischen Ansprüche kommt *Picker* zu: Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, und nochmals u a FS Gernhuber (1993), 315 ff.

¹³⁶ Nach *Manthe*, Geschichte des römischen Rechts, 2000, S 17 ist der vindex derjenige, der etwas als zur Familie oder Sippe (*winis) gehörig bezeichnet.

¹³⁷ Negatorisch begründet sind auch die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO (s *Picker*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem und Prozeßrecht, 1981) und die Aus- und Absonderungsrechte nach §§ 47, 49 ff InsO. *Picker* klärt Grund und Maß der Einbeziehung von (relativen) Ansprüchen in die Drittwiderspruchsklage (s seine Monografie), in einer späteren Arbeit auch die Einbeziehung in die Aussonderung gemäß § 47 InsO (FS Jan Schröder, 2013, 517 ff).

¹³⁸ Vollstreckung nach § 890 ZPO.

¹³⁹ Dass aber bei der Verpflichtung zur Leistung eines Speziesgegenstands Erfüllungs- und negatorischer Anspruch betreffs des Gegenstands auseinanderzuhalten sind, zeigt sich in dem Fall, dass der Schuldner, etwa der Verkäufer beim Spezieskauf, den Leistungsgegenstand (die Kauf-

Wenn man von dinglichen Ansprüchen spricht, meint man häufig unterschiedslos die negatorischen Ansprüche. Man sollte den Ausdruck dingliche Ansprüche auf die negatorischen Ansprüche insoweit beschränken, als diese aus dinglichen Rechten, dh Rechten an Sachen und zum Schutz des Besitzes entstehen¹⁴⁰.

2. Schadensersatzanspruch: Dieser gilt der Beseitigung oder Kompensation von im Vermögen des Gläubigers eingetretenen Lücken, eines auf Seiten des Gläubigers eingetretenen Minus. Zur Wiedergutmachung des minus muss grundsätzlich eigenes (rechtlich dem Verletzer zugeordnetes) Vermögen des Verletzers erhalten. Auch der Schadensersatzanspruch ist also eine auf etwas ganz Neues gerichtete Forderung. Die Belastung damit setzt grundsätzlich die Verantwortlichkeit des Verletzers für den Verlust voraus. Zu beachten ist freilich gerade hier die soeben angesprochene Möglichkeit der Idealkonkurrenz: Soweit der Eingriff in der Entziehung einer fremden Sache besteht und diese beim Eingreifer vorhanden ist, sind Schadensersatz- und Herausgabeanspruch deckungsgleich, soweit es um die Kompensation durch Herausgabe der Sache geht. Der schadensersatzliche Herausgabeanspruch ergibt sich aus dem Grundsatz der Naturalrestitution (§ 249 I). Absolute Rechte werden durch den Schadensersatzanspruch nach § 823 I geschützt, der Verschulden voraussetzt. Aufgrund besonderer Haftungsgrundlagen¹⁴¹ kann eine – verschuldensunabhängige – Gefährdungshaftung eingreifen.
3. Aufopferungsanspruch: Dieser erlegt dem Anspruchsgegner eine Kompensationsleistung auf für eine Rechtsentziehung, die die Rechtsordnung dem Anspruchsgegner um als höherwertig angesehener Interessen willen gestattet hat. Positiv geregelte Beispiele aus dem BGB sind die Ansprüche aus § 904 und § 906 II 2¹⁴². 71
4. Bereicherungsanspruch: Der Anspruch ist wie der negatorische ein Anspruch auf Beseitigung rechtswidrigen Habens. Auch er setzt nicht an einer Lücke auf Seiten des Gläubigers, sondern an einem Zuwachs auf Seiten des Schuldners an mit dem Unterschied, dass der Zuwachs nicht in der Anmaßung einer tatsächlichen, nach dem Recht des Gläubigers diesem vorbehaltenen Herrschaft, sondern in einer Vermögenserweite-

sache) zu beschädigen droht. Als Abwehr dagegen käme der Erfüllungsanspruch zu spät. Hier tritt ergänzend der negatorische Unterlassungsanspruch hinzu – mit der Möglichkeit der einstweiligen Verfügung. Ergänzt so der negatorische Anspruch den Erfüllungsanspruch, so geht umgekehrt der Erfüllungsanspruch insofern weiter, als er den Schuldner zu einer sein Vermögen belastenden, das des Gläubigers erweiternden Leistung an den Gläubiger zwingt, während der negatorische Anspruch nur das Zurückweichen vor dem Recht des Gläubigers bewirkt. An der Unterschiedlichkeit von Erfüllungsanspruch und negatorischem Anspruch liegt es auch, dass es keinen Anspruch auf Erfüllung eines negatorischen Anspruchs mit der Möglichkeit der Haftung wegen Nichterfüllung dieses Anspruchs gibt. Zur Unterschiedlichkeit der Erfüllungshaftung und der negatorischen Haftung (auch inter partes) mit der Folge der Unanwendbarkeit der Vorschriften über die Pflichtverletzung auf die negatorische Haftung u Rn 1183 ff. Dh auf die negatorischen Ansprüche ist, obwohl sie selbst relativ sind und obwohl sie auch zum Schutz relativer Rechte eingreifen können, die Regelung über die Unmöglichkeit nicht anwendbar.

¹⁴⁰ Ein Problem der Auslegung des Versicherungsvertrages und der dafür geltenden Bedingungen ist die Abgrenzung der in diesen Bedingungen sog. dinglichen Rechte oder Ansprüche, s etwa OLG Karlsruhe VersR 1991, 1172; OLG Hamburg VersR 1991, 1169 mit Anm G. Winter; BGH VersR 1992, 487.

¹⁴¹ Zu nennen nur etwa die Tierhalterhaftung (§ 833 I) und die Haftung des Kraftfahrzeughalters (§ 7 StVG). Umfassend zur Gefährdungshaftung *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993.

¹⁴² Missachtung des Unterschieds zwischen Schadensersatz- und Aufopferungsanspruch in der Entscheidung BGH NJW 2001, 1865 = JuS 2001, 816 (K. Schmidt).

zung besteht, die rechtlich ins Gläubigervermögen gehört (s §§ 812 ff, 818 III)¹⁴³. Er setzt die die Zuordnung durch ein Recht unmittelbar verwirklichenden negatorischen Ansprüche auf der Vermögensebene fort. Ist die Bereicherung durch eine dem Gläubiger kraft eines gegen den Nutzer wirksamen Rechts vorbehaltene Nutzung eines Rechtsguts eingetreten, ist der Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 Alt 2 begründet.

- 73** 5. § 687 II: Ansprüche aus unechter Geschäftsführung: Die Haftung trifft den vorsätzlich in fremdes Recht Eingreifenden. Dieser maßt sich is der Formulierung des Gesetzes ein fremdes Geschäft als sein eigenes an, obwohl er weiß, dass er dazu nicht berechtigt ist. § 687 II verweist auf das Auftragsrecht (über § 681 S 2). Damit ist einerseits der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Pflichten, die einen Beauftragten treffen würden, involviert. Andererseits ist der Geschäftsanmaßer nach §§ 687, 681 S 2, 667 zur Herausgabe seines Eingriffserwerbs gerichtet, ohne dass es auf eine Bereicherung des Eingreifers gerade nur aus der Nutzung des fremden Rechtsobjekts ankommt. Weder hebt die Nichtursächlichkeit des Eingriffs für den Erfolg wegen hypothetischer Kausalität rechtmäßigen Handelns für den gleichen Erfolg den Anspruch auf¹⁴⁴ noch mindert ihn die Feststellung, dass der Erfolg nicht ausschließlich dem fremden Rechtsgut, sondern auch der Tüchtigkeit des Eingreifers zuzurechnen ist¹⁴⁵.

Der vorsätzlich handelnde Patentverletzer etwa muss seinen Absatzerfolg, der ihm aus der Patentverletzung erwachsen ist, auch dann herausgeben, wenn er ohne die Patentverletzung durch eine andere Art der Produktion denselben Ertrag erzielt hätte.

- 74** 6. Die Vergütungshaftung des bösgläubigen oder verklagten Nutzers eines fremden Rechtsobjekts: § 987 I, §§ 990 I 1 iVm 987 I zeigen durch Verweisung auf § 100, der die Gebrauchsvorteile zu den Nutzungen zählt, dass für die Inanspruchnahme eines fremden Rechtsobjekts (etwa Fahren eines fremden Autos durch einen unrechtmäßigen Besitzer), wenn diese bösgläubig oder nach Rechtshängigkeit der Klage auf Herausgabe des Rechtsobjekts erfolgt, eine angemessene Vergütung zu zahlen ist. Auch dieser Anspruch ist unabhängig von einer gegenwärtigen Bereicherung des Schuldners. Was §§ 987, 990 für die Nutzung des Rechtsobjekts, welches sich beim nichtberechtigten Benutzer befindet, sagen, muss in gleicher Weise für die Nutzung eines Rechtsguts durch einen Nichtberechtigten gelten, wenn das Rechtsgut beim Gläubiger verbleibt¹⁴⁶. Die für das vertragliche Rücktrittsrecht, bei dem man sich auf die Rückabwicklung des Vertrages einstellen muss, geltende Bestimmung des § 346 S 2 aF hatte dieses Prinzip bestätigt. Die Neufassung durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts gibt in § 346 diesen Zusammenhang auf.

¹⁴³ *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S 19 ff, insbesondere S 22 Fn 25, nach der Lehre von *Savigny*, mit der sich auch die Erkenntnisse von *Picker* treffen (s nur FS Gernhuber (1993), 316 ff, 338 f mit Fn 60). Zur bereicherungsrechtlichen Gewinnhaftung *H. H. Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, *Lucrum ex negotiatione*, 1993.

¹⁴⁴ *S Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S 76 Fn 58.

¹⁴⁵ *S Frank*, JuS 1991, 102. Die selbstständige Bedeutung des § 687 II verkennt *Reichard*, AcP 193 (1993), 576 ff.

¹⁴⁶ *S zum Fall der Erschleichung einer Flugreise Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S 180 ff, sodann *ders.*, AcP 183 (1983), 1, 11 f. Das Vorgehen der Rechtsprechung, dem Verletzten insbesondere bei Eingriffen in Immaterialgüterrechte jedenfalls, dh auch bei Gutgläubigkeit und Unverklagtheit des Verletzers beim Eingriff, ohne Prüfung einer Bereicherung des Verletzers aus § 812 I Alt 2 eine Lizenzgebühr zu geben (BGHZ 20, 345, 352; 77, 16; 82, 299 und 310), ist mit § 818 III nicht vereinbar (*Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, 1964, S 135).

V. Absolute und relative Zuordnung; die allgemeinen Schutzansprüche in der relativen Beziehung

1. Zuordnung durch die Rechte und Zuordnung der Rechte selbst

Das Sachenrecht betrifft vor allem die Sachenrechte als absolute Rechte im Hinblick auf Sachen: Sie ordnen das Objekt Sache dem Berechtigten, wie man auch sagt, „unmittelbar“ zu. Unmittelbare ist gleichbedeutend mit absoluter Zuordnung von Sachen, dh Zuordnung durch ein (betreffend die Sache als Rechtsobjekt) absolutes Recht. Der Gegensatz zu der absoluten Zuordnung einer Sache ist die Zuordnung von Sachen durch relative Rechte, wozu man auch den Ausdruck der mittelbaren Zuordnung (von Sachen) verwendet. Die relative oder mittelbare Zuordnung besagt Folgendes: Jetzt gehört mir die Sache noch nicht. Aber ich habe gegenüber einem bestimmten Schuldner eine Forderung auf Leistung der Sache (genauer: auf Leistung eines Rechts an der Sache, das mit Eintritt des Leistungserfolgs die Sache mir absolut zuordnet); etwa habe ich als Käufer eines Spezies-Kaufs aus dem Kaufvertrag gegen den Verkäufer einen Anspruch darauf, dass er mir das Eigentum an der bestimmten Kaufsache verschafft (§ 433 I). Ist der Verkäufer Eigentümer der Kaufsache, so ist die Sache, wenn er sie verkauft, trotzdem weiterhin unmittelbar ihm zugeordnet, aufgrund des absoluten Rechts des Eigentums. Der Käufer hat aber aus dem Kaufvertrag den Anspruch auf Übereignung der Sache; dadurch ist die Sache mittelbar ihm, dem Käufer, zugeordnet, nämlich über die Leistungsverpflichtung des Verkäufers. Daraus folgen für die relativen Rechte alle Schutzansprüche, die auch der absolut Berechtigte hat, mit dem einzigen Unterschied, dass sie nur im Verhältnis zum Schuldner begründet sind. Etwa steht das Eigentum an der Sache dem Käufer nur gegenüber dem Verkäufer zu, damit relativ, aber in dieser Beziehung „gehört“ es ihm (und nicht dem Verkäufer).

75

Also ist gleichbedeutend die mittelbare – relative – Zuordnung einer Sache mit der Zuordnung auf schuldrechtlicher Grundlage. Die Sachenrechte aus dem Sachenrecht begründen demgegenüber die unmittelbare – absolute – Zuordnung einer Sache. Im Gegensatz zum Verlangen-Können, Anspruch-Haben betreffen die Sachenrechte das Mir-Gehören einer Sache.

Im Beispiel des Spezieskaufs zeigt sich der Gegensatz wie folgt: Bis zur Übereignung kommt der Käufer nur über den Verkäufer an die Sache heran. Veräußert der Verkäufer die Sache an einen Dritten, verliert der Käufer die Sache (vorbehaltlich eines Rückerwerbs vom Dritten oder eines Verhaltens des Dritten iSd § 826 BGB, § 1 UWG¹⁴⁷). Hat der Verkäufer demgegenüber die Sache schon nach §§ 929, 930 an den Käufer übereignet, so verbleibt die Sache (allerdings vorbehaltlich eines gutgläubigen Erwerbs des Dritten) dem Käufer kraft seines Eigentums auch dann, wenn der Verkäufer sie an einen Dritten gibt¹⁴⁸.

76

Man kann deshalb auch die schuldrechtliche Zuordnung eines Objekts als Beziehung über eine Person zum Objekt der sachenrechtlichen Zuordnung als Beziehung unmittelbar zum Zuordnungsobjekt gegenüberstellen. Die Konsequenz der ersteren Zuordnungsart ist, dass, wenn die vermittelnde Person das Objekt nicht mehr hat, die Bezie-

77

¹⁴⁷ Dann Anspruch gegen den Dritten auf Schadensersatz durch Naturalrestitution (§ 249 I): Sittenwidrigkeit iSv § 826 ist aber nur bei unanständiger Einwirkung auf die Pflichttreue des Verfügenden anzunehmen (vgl BGHZ 103, 235, 241; BGH NJW 1981, 2184).

¹⁴⁸ Weiteres Beispiel der Vergleich zwischen gesichertem und ungesichertem Kredit: Ohne dingliche Sicherung kann sich der Darlehensgläubiger aus einer Sache des Schuldners nur so lange befriedigen, wie die Sache dem Schuldner gehört, anders dann, wenn der Gläubiger ein dingliches Befriedigungsrecht (Pfandrecht oder Hypothek) an der Sache hat.

hung dazu erlischt, während bei der sachenrechtlichen Zuordnung ein Wechsel der Personen auf der Gegenseite die Beziehung zum Objekt nicht beendet. Die Kennzeichnung, dass Sachenrechte Rechtsbeziehungen zum Objekt seien, wird allerdings angegriffen¹⁴⁹. Zuzugeben ist, dass auch das Sachenrecht eine Rechtsbeziehung nicht zu einer Sache ist, sondern Quelle von Rechtsbeziehungen zwischen Personen. Die Gegenüberstellung bleibt: Sachenrechte bedeuten die unmittelbare rechtliche Zuweisung einer Sache an ein Subjekt, wodurch Beziehungen zwischen diesem Subjekt und anderen Rechtssubjekten in Gestalt von Schutzansprüchen wegen Eingriffs in die Sache begründet werden. Das Sachenrecht regelt die Zuweisung einer Sache als Quelle von Beziehungen zwischen Personen. Das Schuldrecht regelt demgegenüber die Beziehung zu einer Person als Grundlage des Erlangens von Sachen.

78 Wir sprechen hier von der Zuordnung von Sachen und damit von der Objektseite der Rechte. Von Anfang an müssen wir aber die Subjektseite der rechtlichen Zuordnung hinzunehmen: Danach sind die sog. absoluten und relativen Rechte zwar absolut bzw. relativ im Hinblick auf ihr Objekt, beide sind aber gleich absolut im Hinblick auf das Subjekt, indem der Berechtigte und nur dieser der Inhaber des Rechts ist. Genauer ist dies im Anschluss an das Pfandrecht an Forderungen¹⁵⁰ zu erklären. Man kann hinsichtlich der Zuordnung eines Objekts von der Zuordnung *durch* die Rechte sprechen, und dann gilt: Die Kaufsache beim Speziaukauf ist bis zur Übereignung *durch* das Eigentum dem Verkäufer absolut, *durch* die Forderung aus § 433 I dem Käufer relativ zugeordnet. Es gibt aber über die Zuordnung des Rechtsgegenstands *durch* das Recht (die Objektseite) hinaus die Zuordnung *des* Rechts *selbst* (die Subjektseite der Zuordnung), und die ist auch bei relativen Rechten absolut^{150a}. Das sog. relative Recht der Forderung auf Übereignung der Kaufsache gehört dem Käufer und nur ihm, also gehört sie ihm absolut, ebenso wie das absolute Recht Eigentum dem Eigentümer gehört. Wenn wir im Folgenden weiterhin die absoluten und die relativen Rechte unterscheiden, meinen wir die ihr Objekt absolut oder relativ zuordnenden Rechte. Die absolute Seite der relativen Rechte in Hinsicht auf die Zuordnung zu einem bestimmten Subjekt ist davon zu trennen.

2. Zwischenformen zwischen relativem und absolutem Recht

a) Thema

Im Folgenden werden Erscheinungen zusammengestellt, bei denen relative Rechte durch Eingriffsschutz nach Art von absoluten Rechten gegen Dritte wirken. In einen größeren Zusammenhang gehören die Rechtsfiguren, nach denen relative Rechte über die relative Beziehung in der Weise hinauswirken, dass Dritte in die Anwendung der relativen Beziehung einbezogen werden. Zu diesen gehören Fälle der Gleichbehandlung mittelbarer mit unmittelbarer Stellvertretung^{150b}, die Figur der Drittschadensliquidation (anerkannt gerade auch bei mittelbarer Vertretung) und schließlich die Figur der Schutzwirkung von Verträgen für Dritte. Diese Fragen seien hier nur genannt.

¹⁴⁹ *Hadding*, JZ 1986, 926; dazu *Niehues*, JZ 1987, 453 und „Schlußwort“ *Hadding*, S 454 f.

¹⁵⁰ S u Rn 122 ff.

^{150a} S erneut *Canaris*, FS Steffen, 1995, 85 ff. Nicht überzeugend die Ablehnung durch *Medicus*, FS Steffen, 1995, 333 ff.

^{150b} Zur Einordnung des § 392 II HGB (Forderungen des Kommissionärs gelten im Verhältnis zu den Gläubigern des Kommissionärs als auf den Kommittenten übertragen, s entsprechend für die Spedition § 457 S 2 HGB) in das Surrogationsprinzip u Rn 2479.

b) *Drittwiderspruch gegen Vollstreckung aufgrund relativer Rechte*

Ein erstes Beispiel jener Zwischenerscheinungen zwischen absolutem und relativem Recht¹⁵¹ ist von *Picker*^{151a} untersucht und geklärt worden. Sein Ergebnis kann sonst schlecht einzuordnende Folgerungen im Verhältnis von absoluten und relativen Rechten erklären. *Picker* hat sich mit der bekannten Auslegung des § 771 ZPO befasst, dass die dort gewährte Drittwiderspruchsklage gegen die Vollstreckung von Gläubigern in Gegenstände, die diese beim Schuldner vorfinden, so wie Inhabern absoluter Rechte auch Inhabern bestimmter relativer Rechte zusteht, obwohl die Rechte nur gegen den Schuldner, nicht gegen den Gläubiger begründet sind. Ein Käufer, dem noch nicht übereignet ist, kann nicht aufgrund seines Kaufanspruchs gegen den Vollstreckungsschuldner erfolgreich die Drittwiderspruchsklage gegen einen Gläubiger erheben, der in die Kaufsache vollstreckt. Anders ist es anerkannter Maßen¹⁵² bei Mietern oder Verwahrern, die die gepfändete Sache – so der einfachste Fall – vom Schuldner selbst gemietet haben oder für ihn verwahren. *Picker* hat gezeigt, dass die Vollstreckungsabwehrmöglichkeit relativ Berechtigter darauf beruht, dass diese Berechtigten gegenüber der Zwangsvollstreckung durch einen Vollstreckungsgläubiger als Prozessstandscharakter das Interesse eines hinter ihnen stehenden absolut Berechtigten, von dem sie ihr Recht herleiten, also vor allem des Eigentümers einer Sache, wahrnehmen^{152a}. Nur diejenigen Berechtigten, die mit der Klage die Sache dem – wir bleiben beim Beispiel – Eigentümer näherbringen (im Unterschied also zum Abkäufer des Vollstreckungsschuldners, der bei Ausübung seines relativen Rechts die Sache noch weiter vom Eigentümer entfernt), und auch diese Berechtigten nur so lange, wie sie mit dem mutmaßlichen (und nicht etwa zurückgezogenen) Einverständnis des Eigentümers die Sache diesem wieder näherbringen wollen, sind zur Klage gegen den Vollstreckungsgläubiger befugt, indem sie mit der Klage das absolute Recht des hinter ihnen stehenden Inhabers dieses Rechts wahrnehmen.

Aufgrund dieser Unterscheidung betreffend § 771 ZPO lassen sich über § 771 ZPO hinaus die folgenden Konsequenzen erklären: Zunächst einmal der Schutz eines Besitzers gegen schädigende Eingriffe Dritter in die Sache, sofern dem Besitzer ein Recht zum Besitz zukommt. Aus dem Besitz als tatsächlicher Rechtsposition kann sich der Schutz nicht ableiten, wohl aber aus dem hinter dem Besitzrecht stehenden dinglichen Recht. Ebenso erklärt der *Pickersche* Gedanke die Anspruchsberechtigung eines Fremdbesitzers aus § 1007. Die Erscheinungen sind an anderer Stelle zu erörtern^{152b}.

¹⁵¹ Zu den Zwischenerscheinungen für das österreichische Recht *Schilcher*, FS Fenyves 2013, S 311 ff. Zum allgemeinen Ansatz der Verdinglichung obligatorischer Rechte s Rn 82 ff.

^{151a} Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1981. Entsprechend ist die Einbeziehung schuldrechtlicher Ansprüche in die Aussonderung nach § 47 InsO wie ebenso in die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO einzuordnen, *Picker*, FS Jan Schröder, 2013, 517 ff, zur Ersatzaussonderung S 540 ff.

¹⁵² *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, § 771 Rn 20, Stichwort: Schuldrechtlicher Anspruch. Dieselbe Problematik stellt sich zum Aussonderungsrecht in der Insolvenz (§ 47 InsO), zu dem ausdrücklich die Aussonderung aufgrund eines persönlichen Rechts erwähnt ist.

^{152a} Sehr anschaulich zur Entwicklung des Warenverkehrs und dem sich in ihr zeigenden Bedürfnis für die schnelle und beweisrechtlich unkomplizierte Wahrnehmung absoluter Rechte auf der Grundlage von obligatorischen Herausgabeansprüchen gegenüber dem Schuldner *Picker* aaO und nochmals in FS Jan Schröder, 2013, 517, 530, 531, 537 f. Absoluter Rechtsinhaber kann auch der obligatorisch Berechtigte als Inhaber eines zusätzlichen relativen Rechts selbst sein, dann erspart ihm die Möglichkeit der Berufung auf sein relatives Recht die Darlegung und den Beweis seines absoluten Rechts.

^{152b} Zu § 823 I u Rz 541, zu § 1007 u Rz 1353 ff.

c) *Gesetzliche Schutzwirkungen relativer Rechte gegen Dritte*

79a Eine weitere Zwischenform der Wirkung relativer Rechte, als wären sie absolut, gegen Dritte stellen Regelungen dar, die eine grundsätzlich schuldrechtliche Zuordnung aus besonderen Schutzgründen mit einem begrenzten Schutz gegen Dritte ausstatten. Hierher gehört die folgende Drittwirkung: Der Besitzer einer beweglichen Sache, die durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 übereignet wird, kann gemäß § 986 II seine Einwendungen gegen den Anspruch, insbesondere ein schuldrechtliches Recht zum Besitz, auch dem neuen Eigentümer entgegenhalten. Er soll durch die vereinfachte Möglichkeit der Übereignung nicht benachteiligt werden.

Weiter sind Vorschriften zu erwähnen, die besitzende Grundstücksmieter oder -pächter, insbesondere Wohnungsmieter, über ihren Schutz gegen den Vermieter hinaus auch gegen Dritte schützen: Solche Besitzer behalten ihre Rechte auch bei Veräußerung des Grundstücks, indem der Erwerber in die Pflichten aus dem Mietverhältnis eintritt (Stichwort: Kauf bricht nicht Miete; §§ 566, 578, 581 II; 593b¹⁵³). Dies gilt auch bei der Veräußerung von Wohnungseigentum, welches ja besonders ausgestattetes Miteigentum am Grundstück ist. Ein weiterer Drittschutz gilt für Mieter in der Zwangsversteigerung und -verwaltung gegen den Vermieter sowie in der Insolvenz des Vermieters (§§ 9 Ziff 2, 21 II, 57 ff, 152 II ZVG, §§ 108 ff InsO)¹⁵⁴.

Gerade nicht gegen einen Erwerber, vielmehr nur gegen Mitgläubiger wirkt das Vorrecht nach § 10 I Nr 2 ZVG, aus dem im Insolvenzverfahren ein Absonderungsrecht folgt. Hierdurch wird der Anspruch, der der Wohnungseigentümergeinschaft gegen den in der Zwangsversteigerung oder im Insolvenzverfahren befindlichen Wohnungseigentümer zusteht, in bestimmten Grenzen gegen die Mitgläubiger geschützt, aber nicht auch gegen einen Erwerber^{154a}.

d) *Treuhand*

79b Großen Raum in dem Gebiet der Abweichungen von der Unterscheidung absoluter und relativer Rechte nehmen die in der Praxis entwickelten Erscheinungen der sog. Treuhand (treuhänderische oder fiduziarische Berechtigung) ein. Die Praxis unterscheidet fremd-

¹⁵³ Wörtlich genommen, trifft dies in keinem Bestandteil zu (*Schön*, JZ 2001, 119 f). Vor allem geht es nicht um Kauf, sondern um den Erwerb des Eigentums an Grundstücken, die ein anderer vermietet oder verpachtet hat: §§ 566 ff sind auch auf den Erwerb eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung anzuwenden (§§ 57 ff ZVG); der Schutz des Mieters ist auch bei der Aneignung eines nach § 928 derelinquierten Grundstücks zu gewähren (RGZ 103, 166) und ebenso im Fall der Enteignung, *Fritz Schulz*, FG Zitelmann (1923), 83, 89. § 2135 überträgt die Regelung auf den Erwerb des Nacherben bei Eintritt der Nacherbfolge; weiter überträgt § 567 den Schutz auf den Fall des Erwerbs nicht des Eigentums, sondern eines den Gebrauch bzw die Nutzung betreffenden beschränkten dinglichen Rechts; schließlich wirkt der entsprechende Schutz gegen den Eigentümer eines Grundstücks, wenn ein Nießbraucher das Grundstück über die Zeit des Nießbrauchs hinaus vermietet hat (§ 1056). Weil durch die Regelung einerseits ein neuer Rechtsinhaber in das Mietverhältnis etc einbezogen wird, muss dieser andererseits vor Vorausverfügungen des Vermieters über die Mietzinsansprüche geschützt werden, dies unter Abwägung seines Schutzes gegen den des Mieters oder Zessionars, der sich auf die Verfügung verlässt (dazu §§ 566b ff, 1056 I, 2135, 57b ZVG, 110 InsO).

¹⁵⁴ S u Rn 82 ff. Eine dem Drittschutz des Mieters entsprechende Regelung taucht in dem anderen Zusammenhang auf, dass nicht das gesamte Mietverhältnis durch den Erwerb eines neuen Berechtigten bedroht ist, sondern nur die Mietforderung des Vermieters der Haftung für das dingliche Grundstücksrecht eines anderen unterfällt, so dass sie für das Recht beschlagnahmt werden kann (§§ 1123, 1124 betreffend die Hypothek sowie § 1192 I iVm §§ 1123, 1124 betreffend die Grundschuld).

^{154a} O Rn 3 Fn 1d.

nützige (Verwaltungs-) und eigennützige (Sicherungs)-Treuhand. Bei beiden wird dinglich wirksam ein Recht voll übertragen, die Übertragung wird aber schuldrechtlich intern beschränkt, bei der fremdnützigen Treuhand auf den Zweck der Verwaltung für den Treugeber, bei der eigennützigen Treuhand auf die Sicherung des Trenehmers für Forderungen, die er gegen den Treugeber hat. Diese eigentlich nur interne Beschränkung wird zunächst im Rahmen der Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs relevant^{154b}. Bei der Verwaltungstreuhand hält der Erwerber ja das erworbene Recht für den nicht berechtigten Veräußerer. Wäre der Erwerb wirksam, würde er gegen den Berechtigten und zugunsten des nichtberechtigten Veräußerers wirken. Die Bejahung des Erwerbs ist deshalb nicht gerechtfertigt. Wegen des verfolgten Eigeninteresses muss dagegen ein Sicherungstreuhand erwerbender gutgläubiger erwerben können.

Sodann wird die interne schuldrechtliche Beschränkung bei beiden Treuhandtypen in der Zwangsvollstreckung und im Insolvenzverfahren mit Drittwirkung ausgestattet^{154c}. Bei fremdnütziger Treuhand können die Gläubiger des Trenehmers nicht, die des Treugebers doch auf die dem Treuhänder übertragenen Rechte zugreifen. Bei der Sicherungstreuhand muss die Wirksamkeit für den Treuhänder auf den schuldrechtlich vereinbarten Sicherungszweck beschränkt sein. Diese Drittwirkung der Treuhandabrede wird aber beschränkt durch das Unmittelbarkeitsprinzip: Nur vom Treugeber unmittelbar erworbene Rechte binden den Treuhänder mit Drittwirkung^{154d}.

e) Anwartschaftsrechte

Weiter sind die sog. Anwartschaftsrechte als Zwischenformen zu nennen: Sie kommen in Betracht, wenn der Erwerb eines Rechts mangels voller Erfüllung des Verfügungstatbestands noch nicht eingetreten ist, insofern also weiterhin nur das relative Recht auf die Verfügung besteht. Andererseits könnte der Verfügungstatbestand aber doch immerhin so weit vollzogen sein, dass eine gesicherte Erwerbsanwartschaft bestehen könnte. Hauptbeispiel ist das Anwartschaftsrecht des Käufers beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt. Das Gesetz legt den Vorbehalt des Eigentums bis zur Zahlung des Kaufpreises als bedingte Übereignung aus (§ 449 I). Die Folge ist der Schutz des Käufers vor anderweitigen Verfügungen über die Kaufsache (also zugunsten Dritter) nach § 161. Daraus ist das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers entwickelt worden^{154e}.

79c

f) Veräußerungsverbote, Vormerkung und sonstige Registereintragungen

Schließlich gibt es Veräußerungsverbote zum Schutz relativer Rechte, die Vormerkung relativer Rechte auf ein Grundstücksrecht und dinglich wirkende besonders geregelte Registereintragungen. Aus einem Veräußerungsverbot und einer Vormerkung folgt die relative Unwirksamkeit einer Verfügung über den Gegenstand des relativen Rechts. Wird gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen oder entgegen einem vorgemerkten Anspruch zugunsten Dritter verfügt, so sind die Verfügungen insoweit (relativ) unwirksam, als der

79d

^{154b} S u Rn 713.

^{154c} Zur Wirkung der Sicherungstreuhand in Zwangsvollstreckung und Insolvenz u Rn 2432 ff.

^{154d} S die Gegenüberstellung in RGZ 91, 12, 16: Übertragung zu treuen Händen – Erwerb als mittelbarer Stellvertreter von einem Dritten für einen Hintermann. Einen Erwerb von einem Dritten erkennt das RG aber als Treuhand an, wenn er auf Anweisung des Treugebers erfolgt (RGZ 45, 80; 79, 121). Eingehend zur Treuhand, auch unter Einbeziehung kapitalmarktrechtlicher Treuhandfiguren *Baur/Stürmer* § 3 Rn 34 S 25 f, s a *Westermann* § 4 Rn 14 ff. Nicht zu folgen ist dem BGH, der in ZIP 2006, 2307 dem Sicherungsnehmer wegen der Beschränkung durch die Sicherungsabrede Nutzungsherausgabeansprüche gegen einen unbefugt nutzenden Dritten versagt hat. Das ist Gewährung einer *exceptio ex iure tertii*.

^{154e} Dazu und allgemein zu Anwartschaftsrechten u Rn 2328 ff.

relativ Berechtigte sein Recht durchsetzen kann und will (§§ 135, 136, 883 II, 888 I, II). Die Rechtsfiguren beziehen sich auf die absolute Zuordnung eines Rechts durch eine Verfügung über das Recht. Sie bewirken, dass die Verfügung in einem bestimmten Verhältnis (insofern relativ) nicht gilt (§§ 135 I 1, 883 II). Der erwerbende Dritte kann aber noch kraft guten Glaubens oder öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gegen die relative Unwirksamkeit geschützt sein.

Im Fall der Übereignung wurde hier verbreitet vom relativen Eigentum gesprochen^{154f}. Es gibt aber nicht die Verdoppelung des Eigentums (einerseits beim Erwerber, andererseits zugunsten des Geschützten noch beim Verfügenden). Der Erwerber hat aufgrund des Tatbestands der Übereignung Eigentum. Die relative Unwirksamkeit bedeutet nur, dass der Veräußerer, obwohl er verfügt hat, immer noch zugunsten des Verbotsgeschützten die Verfügungsmacht über das Eigentum behält, sofern das Gesetz dem Erwerber nicht den Schutz bei gutem Glauben zuspricht^{154g}.

79e Hat etwa ein Eigentümer sein Eigentum einem Käufer verkauft, so verschafft der Anspruch des Käufers auf Übereignung der Sache diesem das Eigentum nicht. Erst die Leistung des Schuldners verschafft das Eigentum, sofern dieser der Eigentümer ist oder sonst über das Eigentum wirksam verfügen kann. Ist der Schuldner Eigentümer, leistet er aber nicht, so muss der Gläubiger seinen Anspruch durch Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner durchsetzen. Beides, schuldgemäße Leistung und Zwangsvollstreckung, kommt wegen Unmöglichkeit (§ 275 I) nicht mehr in Betracht, wenn der Schuldner anderweitig über das Eigentum verfügt¹⁵⁵.

Vor dieser Möglichkeit kann sich der Gläubiger eines Anspruchs auf eine Verfügung über Grundstücksrechte dadurch schützen, dass er sich eine Vormerkung eintragen lässt (§ 883). Zusätzlich kommt das Mittel der einstweiligen Verfügung durch Erlass eines gerichtlichen Veräußerungsverbots gemäß § 938 II ZPO, § 136 iVm § 135 BGB in Betracht. Nur dieses letztere Mittel hat der Gläubiger eines Anspruchs bezüglich beweglicher Sachen¹⁵⁶. Die Rechtslage, die aufgrund einer Vormerkung oder eines Veräußerungsverbots in dem Fall eingreift, dass der Schuldner doch anderweitig verfügt, ist der Interessenlage genau angepasst, die zwischen Gläubiger und Schuldner

^{154f} N bei Westermann (*Gursky*) 8. A. § 82 Rn 26; zB *Baur/Stürner* § 3 Rn 33.

^{154g} *Flume* II, § 17 6.d., *Wilhelm*, FS Picker, 2010 S 837 ff, *Westermann* aaO.

¹⁵⁵ Zur Möglichkeit eines Anspruchs gegen den Dritterwerber o Fn 147.

¹⁵⁶ Der Begriff „Veräußerungsverbot“ umfasst jede Verfügung (§ 135 I 2). Zur Möglichkeit *Foerste*, ZZP 106 (1993), 151 ff (mit differenzierter Behandlung von Arrest und einstweiliger Verfügung je nach dem Gegenstand des Anspruchs, dh, ob es sich um Geld-, Gattungs- oder Stückschuld handelt). Zu Unrecht gegen die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung im Fall der Verpflichtung des Schuldners zu derselben Leistung gegenüber mehreren Personen OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 77 f im Anschluss an *Wieling*, JZ 1982, 842; gegen *Wieling* zu Recht *Kohler*, JZ 1983, 586 ff (mit Schlusswort *Wieling*, der weiterhin die positivrechtliche Anerkennung des Verfügungsverbots und die Konsequenz eines ersten Verbots auch dann, wenn zugunsten eines anderen Antragstellers ein zweites kommt, verkennt); gegen das OLG Frankfurt *Wichert*, ZMR 1997, 16 ff. Gehen beide Gläubiger im Wege der einstweiligen Verfügung vor, kommt es auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens des einen Verbots vor dem anderen an (zum Wirksamwerden einer einstweiligen Verfügung durch Urteil *Münch-Komm/Musielak*, ZPO, vor § 300 Rn 3 f, zum Wirksamwerden einer Verfügung durch Beschluss *Musielak/Musielak*, ZPO, 7. A. 2009 § 329 Rn 21); mit der ersten einstweiligen Verfügung ist dem Schuldner jegliche Veräußerung außer der an den Begünstigten aus dieser ersten einstweiligen Verfügung verboten, mit der zweiten einstweiligen Verfügung wird dem Schuldner jegliche Veräußerung außer der an den Begünstigten aus der zweiten einstweiligen Verfügung verboten, diese Veräußerungsbindung ist wie eine Veräußerung selbst im Verhältnis zum Begünstigten aus der ersten einstweiligen Verfügung (relativ) unwirksam. – Nicht geschützt ist der Gläubiger bezüglich eines ihm relativ zustehenden individuellen Gegenstands durch das AnfG: Der Rückgewähranspruch nach § 7 AnfG steht nur bezüglich von Geldsummenansprüchen zu (*Böhle-Stamschräder/Kilger*, AnfG, 1984, § 2 Anm 2). Es geht – wie bei der Insolvenzanfechtung – um die Sicherung der Vollstreckungsmasse; relative Ansprüche bezüglich eines Gegenstands betreffen außerhalb der Relation stehende Dritte nicht, vorbehaltlich nur des Verbots sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB, § 1 UWG).

besteht, wenn der Gläubiger die Leistung des Schuldners noch nicht durchsetzen kann (etwa fehlen ihm noch die Mittel zur Aufbringung der Gegenleistung), aber gesichert haben will. Trotz der Vormerkung oder der einstweiligen Verfügung hat der Gläubiger noch nicht das absolute Recht in der Hand, das ihm der Schuldner schuldet. Dieses hat aufgrund der Verfügung der Erwerber. Der Gläubiger hat nach wie vor lediglich den Anspruch gegen den Schuldner auf die Verfügung, die ihm das Recht verschafft. Nur sichern Vormerkung und Veräußerungsverbot die wirksame Vornahme dieser Verfügung ab, indem aufgrund der Vormerkung oder des Verbots eine etwaige anderweitige Verfügung des Schuldners im Verhältnis zum Gläubiger, dh wenn es darum geht, dass nun an diesen geleistet wird, unwirksam ist (§§ 883 II, 135 I 1). Aufgrund der Forderung des Gläubigers ist der Schuldner weiterhin zur Verfügung an den Gläubiger verpflichtet. Zu der Vornahme der Verfügung ist er aufgrund der relativen Unwirksamkeit seiner früheren Verfügung imstande¹⁵⁷.

Sicherungscharakter durch Gewährung der Vorwirkung einer dinglichen Position, wenn auch aufgrund einer andersartigen Motivation, haben sodann die folgenden zwei Registereintragungen: erstens die Eintragung von Hypotheken (mit Forderung) und Grundschulden (auch bei Sicherungsgrundschulden zusammen mit den gesicherten Forderungen), die zur Deckung von Pfandbriefen¹⁵⁸ dienen, in das Deckungsregister nach dem PfandBG; und zweitens die Eintragung sog. Refinanzierungsgegenstände in das Refinanzierungsregister nach § 22j KWG¹⁵⁹. Was zunächst die Eintragung in das Deckungsregister für die Deckung von Pfandbriefen betrifft, bewirkt diese eine dingliche Sicherung der in den Pfandbriefen verkörperten Forderungen an der Deckungsmasse. Gegenstände der Deckungsmasse sind Forderungen, die mit Grundpfandrechten gesichert sind, und die Grundpfandrechte selbst. Die Absicherung durch eine Deckungsmasse heißt, dass die Pfandbriefforderungen nicht selbst durch ein auf das einzelne Papier bezogenes Grundstücksrecht gesichert werden, sondern die Gesamtheit der Pfandbriefe durch eine besonders formierte und in das Deckungsregister eingetragene Vermögensmasse der Pfandbriefbank gesichert werden muss. Die Deckungstitel stehen nur noch für die Befriedigung der Forderungen aus den damit gedeckten Pfandbriefen zur Verfügung. Maßnahmen der Einzelzwangsvollstreckung aus anderen Forderungen in die Deckungstitel sind unzulässig (§ 29 PfandBG). In der Insolvenz der Pfandbriefbanken fallen die Titel des Deckungsregisters nicht in die Masse (§ 30 I PfandBG).

Was sodann die Eintragung in ein Refinanzierungsregister betrifft, kann diese zur Ergänzung der Deckungsmasse für Pfandbriefe und darüber hinaus durch sog. Zweckgesellschaften genutzt werden. Zweckgesellschaften sind nach § 1 Abs 26 KWG Gesellschaften, deren wesentlicher Zweck darin besteht, durch Emission von Finanzierungsinstrumenten oder auf sonstige Weise Gelder aufzunehmen oder andere vermögenswerte Vorteile zu erlangen, um von Refinanzierungsunternehmen¹⁶⁰ Gegenstände aus deren Geschäftsbetrieb oder Ansprüche auf solche Gegenstände zu erwerben¹⁶¹. Gerade derartige Ansprüche können nach § 1 II PfandBG zur Ergänzung der Deckung von Pfandbriefen verwendet werden. Die Ansprüche müssen sich nach §§ 1 II, 18 I, II PfandBG auf die Übertragung von Hypotheken oder von Grundschulden mit den von ihnen gesicherten Forderungen richten¹⁶². Zur Erfindung des Refinanzierungsregisters haben folgende Überlegungen ge-

80

81

¹⁵⁷ Bei Forderungen auf Übertragung von Grundstücksrechten durch den Hilfsanspruch nach § 888 II, bei Forderungen auf Übereignung beweglicher Sachen durch die Möglichkeit der Übereignung nach §§ 929, 931 (der in § 931 vorausgesetzte Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Dritten besteht zugunsten des Gläubigers aufgrund der relativen Unwirksamkeit der Verfügung an den Dritten, s u Rn 913 Fn 1607).

¹⁵⁸ Zum Pfandbrief u Rn 1426.

¹⁵⁹ Zu §§ 22a ff KWG *Fleckner*, DB 2005, 2733 mwN.

¹⁶⁰ Definiert in § 1 Abs 24 KWG.

¹⁶¹ US-amerikanischer Ausdruck für die auf diesem Hintergrund ausgegebenen Finanzinstrumente: asset backed securities. Für die Zweckgesellschaften: Special Purpose Vehicle. Zu der Regelung dieser Figuren im deutschen Recht *Baur/Stürner* § 58 Rn 15a mit N.

¹⁶² § 22a I 1 KWG bezieht nach seiner Formulierung Forderungen von Refinanzierungsunternehmen allgemein in die möglichen Refinanzierungsgegenstände ein. Der Gegensatz: Anspruch auf Forderungen oder auf Grundpfandrechte, die der Sicherung von Forderungen dienen – scheint aber auf die Gegenüberstellung von Hypothekenforderungen und Sicherungsgrundschulden – bei den letzteren noch: selbstverständlich einschließlich der gesi-

führt: Die Übertragung der einzelnen Hypothekenforderungen oder Forderungen nebst Sicherungsgrundschulden ist zu kompliziert, als dass die Praxis des Massengeschäfts darauf verwiesen werden könnte, dass die Forderungen durchgesetzt werden müssen und damit die volle dingliche Inhaberschaft am Gegenstand der Forderung erreicht werden muss. Außerdem ist es idR zweckmäßig, dass die Verwaltung der Kredite, aus denen die Forderungen samt Sicherheit an die Pfandbriefbank oder eine Zweckgesellschaft verkauft werden, weiterhin beim Refinanzierungsunternehmen verbleibt. Folglich liegt es nahe, es bei der schuldrechtlichen Forderung des Emissionsinstituts gegen das Refinanzierungsunternehmen (idR aus Kauf) auf Übertragung hypothekarisch gesicherter Forderungen oder von Forderungen nebst den sie sichernden Grundschulden zu belassen. Andererseits wäre es jedoch eine unzureichende und insbesondere mit der Deckung der Pfandbriefe unvereinbare Vermögensposition, wenn nur die rein schuldrechtlich wirkenden Forderungen auf Übertragung der Gegenstände der Pfandbriefbank oder Zweckgesellschaft gehören würden. Im Fall der Insolvenz des Refinanzierungsunternehmens wäre eine solche Rechtsstellung kaum etwas wert. Die Sicherung der Forderungen durch Vormerkung wäre wiederum zu umständlich. Der Ausweg aus diesen Zwängen ist das Refinanzierungsregister. Es wird vom Refinanzierungsunternehmen geführt (§ 22a I 1 KWG)¹⁶³, unter Kontrolle gesetzlich institutionalisierter Verwalter (§§ 22e ff KWG). Werden aufgrund einer Forderung auf Übertragung insbesondere hypothekarisch gesicherter Forderungen oder auf Übertragung einer Forderung nebst der sie sichernden Grundschuld Hypothekenforderungen oder Grundschulden („diese Gegenstände“, § 22a I 1 KWG) in das Refinanzierungsregister eingetragen, so hat dies eine beschränkte dingliche Wirkung: Das Emissionsinstitut hat in der Insolvenz des Refinanzierungsunternehmens ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO (§ 22j I 1 KWG), dh es kann vom Insolvenzverwalter die Übertragung der zu beanspruchenden Gegenstände verlangen¹⁶⁴. Das Institut kann es aber auch dabei belassen, dass die Verwaltung der Refinanzierungsgegenstände, die vorher beim Refinanzierungsunternehmen lag, durch einen vom Insolvenzgericht zu bestellenden Sachwalter fortgeführt wird (§ 22n II KWG). Man kann zur Kennzeichnung der Rechtsposition betreffend die im Refinanzierungsregister eingetragenen Refinanzierungsgegenstände von einer Refinanzierungstreuhand sprechen¹⁶⁵.

3. Die allgemeine These von der Verdinglichung relativer Rechte

- 82** Wie im vorausgegangenen Abschnitt gesehen, weicht unsere Rechtsordnung in bestimmten Hinsichten von dem Gegensatz zwischen absoluten und relativen Rechten ab und gewährt Schutz relativ Berechtigter nach Art absoluter Rechte gegen Personen, die außerhalb der relativen Rechtsbeziehung stehen.
- 83** *Dulckheit* hat das Thema unter dem Titel „Die Verdinglichung obligatorischer Rechte“ bekannt gemacht¹⁶⁶. Das Stichwort ist bedenklich, weil es geneigt macht, von einer allgemeinen und erwei-

cherten Forderung – hinzudeuten. Dafür spricht auch der Bezug von § 22a I 1 KWG ausdrücklich auch auf die Pfandbriefbanken.

¹⁶³ Daneben gibt es die Führung des Registers für Dritte nach § 22b KWG. Zur elektronischen Führung des Registers s § 22d KWG.

¹⁶⁴ Gegen die Einzelzwangsvollstreckung in die zu beanspruchenden Gegenstände hat der Berechtigte die Drittwiderspruchsklage (§ 22j I 3 KWG).

¹⁶⁵ Im anglo-amerikanischen Recht wird die Rechtsfigur des trust verwendet (*Fleckner*, o Fn 155, S 2734).

¹⁶⁶ *Dulckheit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951. S den gleichnamigen Aufsatz von *Canaris*, FS Flume 1978, Bd 1, S 371 ff. *Krebs*, *Becker*, JZ 2009, 932 sprechen von Teilverdinglichung und prüfen und bejahen deren Anwendbarkeit auf Internetdomains. Ein Terminus Teilverdinglichung leuchtet aber ebenso wenig ein wie der Terminus Teilrechtsfähigkeit, von dem die Autoren ihren Begriff ableiten. Selbstverständlich ist mit dem Problem der Verdinglichung ebenso wie dem der Rechtsfähigkeit (etwa von Personengesellschaften) immer die Frage der Reichweite der Zuerkennung verbunden. Hinsichtlich der Internetdomains ist den Autoren Recht zu geben, dass es keinen Sinn macht, in der Eintragung einer Domain durch die DENIC e.G. die Begründung eines rein schuldrechtlichen Verhältnisses zu sehen (so die Rechtsprechung, BGHZ 149, 191, 205, BGH NJW 2005, 3353, BVerfG NJW 2005, 589), dann aber dem Inhaber einer früher registrierten Domain doch Schutz gegenüber einer zwar

terungsfähigen Erscheinung auszugehen. So hat sich *Canaris* für die Ausdehnung der dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ entsprechenden Vorschriften (jetzt §§ 566 ff, 578 I, 581 II, 593b) auf alle entgeltlichen Nutzungsverhältnisse ausgesprochen¹⁶⁷. *Schön* will aus diesen Vorschriften ein Regelungssystem entwickeln, nach welchem alle Nutzungsverhältnisse an Grundstücken gegen Erwerber geschützt werden können¹⁶⁸. Dem ist entgegenzutreten. Grundsatz ist und muss um der Rechtssicherheit willen bleiben der folgende: Die gesetzlichen Verfügungstatbestände entscheiden darüber, ob dem Schuldverhältnis entsprechend das bisher dem Schuldner gehörende Recht auf den Gläubiger übergeht. Zu der Teilhabe eines Gläubigers an dem absoluten Recht seines Schuldners, auf welches der Gläubiger nach dem zwischen beiden begründeten Tatbestand einen Anspruch hat, ist die Verfügung des Schuldners über das Recht an den Gläubiger erforderlich. Für die Verfügung statuiert das Recht einen bestimmten Verfügungstatbestand. Hat der Schuldner noch nicht verfügt, so kann noch durch besondere Sicherungstatbestände die Verfügungsmöglichkeit gesichert werden. Ist beides nicht geschehen und verfügt der Schuldner an einen Dritten, so bekommt der Dritte das Recht und nicht der gedachte Gläubiger. Da nach dem Tatbestand, der bisher erfüllt ist, der Gläubiger nur den Anspruch gegen den Schuldner hat, besteht für ein Recht des Gläubigers gegen den Dritten zunächst einmal keine Grundlage. Davon kann die Rechtsordnung abweichen. In bestimmten Fällen kann sie einen Abwehrschutz des Gläubigers gegen einen Dritten begründen. Dieser Schutz ist aber extraordinär, er beruht auf bestimmten Gründen, und er ist, wenn nicht genau diese Gründe vorliegen, nicht auszuweiten.

Das gilt vor allem für § 566. Der Formulierung des RG, die Vorschrift des früheren § 571 beruhe auf „wirtschaftlichen und sozialen Erwägungen, die sich auf Miete und Pacht beziehen“¹⁶⁹, ist nichts hinzuzufügen. Das Kriterium von *Canaris*, dh das der Entgeltlichkeit, ist aus §§ 816 I 2, 822 hergeleitet. Die Vorschriften schützen in ihrem Kernfall das Eigentum. § 816 I 2 restringiert den Verlust insbesondere des Eigentums durch gutgläubigen Erwerb, § 822 den durch das Abstraktionsprinzip, beide Vorschriften restringieren den Verlust, erhalten also einen Restbestand der verlorenen Rechtsposition bei einem unentgeltlichen als einem weniger schutzwürdigen Erwerb. Daraus erklärt sich die Drittwirkung. Für den Drittschutz eines genuin relativen Rechts unter Ausweitung des § 566 geben die Vorschriften nichts her. Und was das System betrifft, welches *Schön* aus den dem Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ entsprechenden Vorschriften entwirft, benutzt *Schön* die Vorschriften als Spielmaterial, aus welchem ein seines Erachtens angemessenes Verhältnis zwischen jeder Art Nutzungsberechtigtem und Erwerber zu bauen ist. Das ist eine Verkehrung der Regelung der (jetzigen) §§ 566 ff, 578 I, 581 II, 593b. Diese beruht darauf, dass der Gesetzgeber aus bestimmten wirtschaftlichen und sozialen Erwägungen den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ verankert hat und, nachdem diese Grundentscheidung getroffen ist, das Verhältnis zwischen Mieter und Erwerber angemessen zu regeln war. Man kann nicht umgekehrt die Elemente dieser Regelung zur Grundlage einer Grundentscheidung machen, die anders als die im Gesetz getroffene ist.

Was sodann die Wirkung eines Besitzrechts nach § 986 II gegen einen Dritten betrifft, der das Eigentum nach § 931 erworben hat, so hat diese Drittwirkung ihren besonderen Grund in einem Kompromiss zwischen der erweiterten Verkehrsfähigkeit des Eigentums einerseits und dem für die Übereignung grundsätzlich maßgeblichen Traditionsprinzip andererseits. Nach dem Traditionsprinzip könnte es zu dem Verlust eines besitzenden und zum Besitz berechtigten Gläubigers aufgrund einer Übereignung durch den Schuldner nicht kommen. Indem man um der Verstärkung der Verkehrsfähigkeit des Eigentums willen die Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zuließ, gefährdete man die Position des besitzenden Gläubigers. Die Regelung des § 986 II ist nichts anderes als eine Einschränkung der Möglichkeit, das Eigentum nach § 931 zu übertragen, wieder wird ein Restbestand erhalten, hier ein Restbestand der Abhängigkeit der Übereignung von

84

85

später registrierten, aber ihrerseits im Geschäftsverkehr durchgesetzten und folglich mit Namensschutz versehenen Domain zu gewähren, indem dem Inhaber der letzteren kein Klage-recht auf Löschung der früher registrierten Domain gegeben wird (so aber BGH NJW 2008, 3716 unter Berufung auf eine Interessenabwägung im Rahmen von § 12).

¹⁶⁷ *Canaris* aaO, S 395.

¹⁶⁸ JZ 2001, 119 ff.

¹⁶⁹ RG LZ 1921, S 414 Nr 4. Dem folgt der BGH, s die Darstellung von *Schön* aaO.

der Tradition und der damit verbundenen Sicherung des Rechts eines besitzenden Gläubigers gegen seinen Schuldner aufgrund des Traditionsprinzips.

- 86** Den vermeintlichen Widerspruch zwischen der Relativität eines schuldrechtlichen Rechts und der Abwehrmöglichkeit gegenüber Dritten durch Erhebung einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO oder die Aussonderung nach §§ 47,48 InsO haben wir oben aufgelöst¹⁷⁰.
- 87** Dieselbe Einordnung ist der Klage relativ Berechtigter aus § 1007 zugrundezulegen¹⁷¹. Und auch der Deliktsschutz des relativ berechtigten Besitzers gegenüber Dritten ist als Interessenwahrnehmung für den hinter dem relativ Berechtigten stehenden absolut Berechtigten einzuordnen und abzugrenzen¹⁷². Von einem verdinglichten Recht zum Besitz zu sprechen^{172a}, ist irreführend.

4. Identität des Schutzes durch absolute Rechte und im Rahmen der relativen Beziehung durch relative Rechte

a) *Die Regelung des Schutzes der relativen Rechte als Spezialregelung des allgemeinen Zuordnungsschutzes*

- 88** Wir hatten schon gesehen^{172b}, dass in der relativen Beziehung, nur beschränkt auf diese Beziehung, die mittelbare Zuordnung, soweit sie reicht, von derselben Qualität und also denselben Konsequenzen ist wie die Zuordnung kraft absoluten Rechts. Dh im Beispiel des Kaufs einer bestimmten Sache: Im Verhältnis zum Verkäufer steht die Sache dem Käufer grundsätzlich ebenso zu wie die im Eigentum stehende Sache dem Eigentümer. Das bedeutet: Der Käufer hat bei Eingriffen des Verkäufers in die Sache genau dieselben Schutzansprüche gegen diesen wie der Eigentümer bei Eingriffen jedes Dritten in seine Sache gegen jeden Dritten. Steht die Haftung des Schuldners im Verhältnis zum Gläubiger und die Haftung des Schuldners im Verhältnis zu einem dritten Eigentümer nebeneinander, sind sie gleichrangig¹⁷³.

¹⁷⁰ Rn 79.

¹⁷¹ Zur zutreffenden Einordnung des § 1007 durch *St. Weber* u Rn 1353.

¹⁷² U Rn 541.

^{172a} So *Lutz, Schapiro*, ZIP 2008, 1212, 1216 ff.

^{172b} O Rz 67.

¹⁷³ Nicht zu folgen ist der Entscheidung BGHZ 5, 337, dass der aufgrund Rücktritts wegen Rechtsmangels dem Verkäufer zur Herausgabe der Sache verpflichtete Käufer sich nicht dadurch die Rückgabe der Sache schuldhaft unmöglich mache, dass er die Sache an den Eigentümer herausgebe. Das Zurücktreten des Verkäufers hinter den Eigentümer ist nicht damit zu begründen, dass der Verkäufer mit der Rückgabe an ihn, den Verkäufer, vom Käufer ein Verhalten verlangen würde, durch das sich der Käufer nach § 990 dem Eigentümer schadensersatzpflichtig machen würde (*Ernst*, Rechtsmängelhaftung, 1994, 196 f, 204). Eben dasselbe muss man nämlich für den Eigentümer sagen, indem dieser durch das Verlangen der Herausgabe der Sache an sich den Käufer in die Lage bringen würde, nach § 351 aF das Rücktrittsrecht zu verlieren oder – bei schon erklärtem Rücktritt – dem Verkäufer nach §§ 347 aF, 989 (§ 346 IV nF) schadensersatzpflichtig zu werden. Weiter ergab § 440 II aF (die berühmte „Eviktionshaftung“ ist in der Schuldrechtsreform ohne Begründung weggelassen) nichts für den Vorrang des Eigentümers. Die Vorschrift stellte den Schadensersatzanspruch unter die Voraussetzung der Herausgabe an den Eigentümer, sagte aber nichts zu der Frage, ob der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer die Sache an den Eigentümer herausgeben darf. Wie *Picker* gezeigt hat, haben wir eine gesetzliche Regelung zu dem Fall, dass zwei Anspruchsprätendenten miteinander konkurrieren. Diese Regelung hat der Besitzer zu beachten. *Picker* weist auf die Anwendung der Rechtsgedanken der §§ 76, 77 ZPO betr die Urheberbenennung bei Besitz hin (FS Flume, 1978, 649, 654 f). Das hieß im Fall BGHZ 5: Wenn sich der Käufer zwei im Verhältnis zu ihm gleich berechtigten Gläubigern gegenüber sieht, darf er nicht durch Herausgabe der Sache an den einen Richter spielen, sondern muss den Prätendenten Gelegenheit geben, den Konflikt unter sich auszutreten. Die rei vindicatio des Eigentümers und der Rückgabeanspruch des Verkäufers sind als Ansprüche im Verhältnis zum Käufer gleich stark. Nur im Ergebnis zutreffend BGHZ 73, 317, 322 ff mit der

Unser Rechtsgebrauch scheint allerdings anders zu sein. In der relativen Beziehung arbeiten wir mit dem Leistungsstörungsrecht der §§ 275 ff, zum Schutz der absoluten Rechte setzen wir die allgemeinen Zuordnungssanktionen¹⁷⁴ ein: die negatorischen Rechte, den Schadensersatzanspruch (gestützt auf § 823 I), den Aufopferungsanspruch, den Bereicherungsanspruch (gestützt auf § 812 I 1 Alt 2), den Anspruch aus unechter Geschäftsführung sowie die Vergütungshaftung des bösgläubigen oder verklagten Nutzers eines fremden Rechtsobjekts. Insbesondere Vertrags- und Deliktshaftung stehen als anscheinend gegensätzliche Systeme zum Schutz (vertraglicher) relativer Rechte einerseits und zum Schutz absoluter Rechte andererseits einander gegenüber. **89**

Bei näherem Hinsehen ist der Gegensatz aber ein Unterschied nur im Hinblick auf die anzuwendenden Normen und deren Details, nicht ein Unterschied in der Schutzqualität¹⁷⁵. Die selbstständige Regelung des Schutzes in der relativen Beziehung ist keine grundsätzlich andere, sondern eine spezielle Regelung. Allerdings können, wie sogleich darzulegen ist, die Zuordnungssanktionen nur angeknüpft werden nach dem Inhalt der Zuordnung. Was die Schutz- und Durchsetzungsqualität begründeter relativer Rechte nach ihrem Zuordnungsinhalt betrifft, besteht aber zwischen absoluten und relativen Rechten kein Unterschied. **90**

Was die identischen Schutzrechte angeht, die entweder in allgemeinen oder in speziellen Regeln zu finden sind, so geht es um die unterschiedlichen Sanktionen entweder gegen widerrechtliches Haben (Herausgabe, Beseitigung) oder auf „etwas Neues“ (Erfüllung, Schadensersatz). Diese sind nur für die relative Beziehung in Spezialnormen geregelt: In Hinsicht etwa auf die Schadensersatzhaftung steht § 280 parallel zu § 823 I. Aber auch der auf Herausgabe gerichtete Bereicherungsanspruch hat sein Pendant: § 285. Soweit sodann Spezialregelungen fehlen, müssen auch zum Schutz relativer Rechte inter partes die allgemeinen Regeln eingreifen. Der Gläubiger einer auf einen Speziesgegenstand gerichteten Leistungspflicht muss auch negatorisch, insbesondere vorbeugend gegen Eingriffe in den Leistungsgegenstand geschützt werden, wenn dies nur **91**

Annahme, dass ein Pfandbesitzer gegen den Anspruch des Verpfänders aus § 1223 nicht einwenden könne, der Verpfänder sei nicht Eigentümer und habe diesem gegenüber kein Besitzrecht. Der Grund liegt aber nicht, wie der BGH meint, im Mangel eines Verschuldens gegenüber dem Eigentümer, sondern in der Gleichrangigkeit der Herausgabeansprüche, ohne Beeinträchtigung durch Drittrechtspositionen (*Müller-Laube*, AcP 183, 215, 232 f). Die Ausnahme von seinem Ergebnis, die der BGH nach §§ 242, 826 BGB macht (S 323: Kenntnis vom mangelnden Besitzrecht des Verpfänders und Gefahr des endgültigen Verlustes für den Eigentümer), ist nach der Lösung *Pickers* unnötig.

¹⁷⁴ S o Rn 67 ff.

¹⁷⁵ *Picker* AcP 183 (1983), 369, 511. Die Konsequenz für den Schutz auch des relativen Rechts inter partes nach § 687 II folgt dort S 512 f. S auch S 401. Zur Frage der Anwendung des § 687 II im relativen Verhältnis bejahend BAG DB 1967, 558, verneinend BGH WM 1989, 1355 mit dem Abgrenzungskriterium, dass die Fremdheit des Geschäfts (in casu: durch eine Vertragsbeziehung des Berechtigten zu einem Dritten) äußerlich in Erscheinung treten müsse, einem Kriterium, das inter partes gerade keine Legitimation hat. S auch *Schwark*, JuS 1989, 707 ff. Die Identität der Zuordnungskonsequenzen bei absoluten und – inter partes – bei relativen Rechten ist geläufig für den Vergleich der Herausgabeberechtigung bei sachenrechtlich wirksamer, aber rechtsgrundloser Übertragung beispielsweise des Eigentums einerseits (der Verkäufer übereignet die Kaufsache, der Kaufvertrag ist nichtig) und auch sachenrechtlich unwirksamer Übertragung (auch die Übereignung ist nichtig) andererseits: Ob die Vindikation aus dem Eigentum oder ein schuldrechtlicher Bereicherungsanspruch geltend gemacht wird, darf, für sich genommen, im Verhältnis zum Herausgabepflichtigen keinen Unterschied machen. S etwa *H. H. Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung, 1964, S 20 Fn 16; *ders.* *Lucrum ex negotiatione*, 1993; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung, S 25 Fn 40, 73 ff.

Eingriffe eben des Schuldners sind, also derjenigen Person, der gegenüber die mittelbare Zuordnung des Gegenstands besteht¹⁷⁶. Der Käufer muss gegen den Verkäufer (insbesondere vorbeugend) auf Unterlassung klagen können, wenn dieser die Kaufsache beschädigt oder zu beschädigen oder in Verlust geraten zu lassen droht. Auf demselben Unterlassungsanspruch beruht die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung, durch die dem Verkäufer, der die Sache anderweitig zu veräußern sich anschickt, im Sinne der §§ 136, 135 die Veräußerung untersagt wird (§§ 935, 938 ZPO).

b) Die Abgrenzung der Zuordnungssanktionen in der relativen Beziehung nach dem Inhalt der Zuordnung

- 92** Was sodann die Beachtung des Zuordnungsgehalts betrifft, haben wir schon angeführt¹⁷⁷ die Unterscheidung von Forderungen, die auf einen Speziesgegenstand gerichtet sind, und solchen, die gattungs- oder betragsmäßig bestimmt oder auf ein Verhalten oder Unterlassen gerichtet sind, das nicht Konsequenz eines Bereichsvorbehalts zugunsten des Gläubigers ist. Durch die nicht auf einen Speziesgegenstand oder einen bestimmten dem Gläubiger zugewiesenen Bereich gerichteten Forderungen ist das Vermögen des Schuldners damit belastet, dass der Schuldner die Leistung erbringen oder Schadensersatz leisten muss. Es gibt aber keinen dem Gläubiger zugeordneten Gegenstand, den der Schuldner zuordnungswidrig nutzen oder beeinträchtigen kann. Aber auch bei der Verpflichtung zur Leistung eines Speziesgegenstands muss auf die Reichweite der Zuordnung geachtet werden. Dies zeigt § 446 S 2, der auch beim Spezieskauf die Nutzungen der Sache dem Käufer erst von der Übergabe der Sache an zuspricht^{177a}. Allgemein trifft es zu, dass, wenn ein Vertragspartner dem anderen einen Gegenstand seines eigenen Vermögens verspricht, die Nutzung des Gegenstands als solche¹⁷⁸ dem anderen erst zu steht, wenn der Schuldner den Gegenstand leistet.
- 93** Diese Abgrenzung folgt aus dem Zuordnungsgehalt des relativen Rechts. Über diesen bestimmt im vertraglichen Schuldverhältnis die Vereinbarung zwischen den Parteien und nicht, ob absolute oder relative Rechte im Spiel stehen. Vielmehr bestimmen das Schuldverhältnis und seine Sanktionen (Fälligkeit, Verzug, Schadensersatz, Rechtshängigkeithaftung) darüber, welchen Zuordnungsgehalt die relative Einräumung eines Rechts inter partes hat, sei dieses selbst als solches auch absoluter Natur¹⁷⁹. Die schuldrechtliche Ver-

¹⁷⁶ Zutreffend BGH VersR 1995, 790: Anspruch des Dienstberechtigten gegen den Dienstverpflichteten auf Unterlassung von Verfügungen über das Konto eines Dritten, das zwischen Dienstberechtigtem und Drittem streitig und über das zu verfügen der Dienstverpflichtete ermächtigt ist. Der Anspruch besteht, wenn der Dienstverpflichtete pflichtwidrig Zahlungen von Schuldnern des Dienstberechtigten auf dieses Konto hat überweisen lassen.

¹⁷⁷ O Rn 67 mit Fn 132a.

^{177a} Etwas anderes ergibt sich bei Rechtshängigkeit des Anspruchs eines Spezieskäufers (§ 292 erfasst als Herausgabe- auch Übereignungsansprüche, freilich bei gegenseitigen Verträgen ohne Vorleistung der einen Partei nur bei richtiger Klage auf Zug-um-Zug-Leistung).

¹⁷⁸ Anders ist es mit der Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs aus Verzug, berechnet nach den entgangenen Nutzungen.

¹⁷⁹ Paradigmatisch für die differenzierte Bestimmung des Zuordnungsgehalts von absoluten oder relativ eingeräumten Rechten je nach der maßgeblichen Rechtsbeziehung ist die Frage eines Bereicherungsanspruchs des Verletzten bei rechts- oder vertragswidriger Ausübung eines Gebrauchsrechts: In BGHZ 131, 297 hat der BGH dem Vermieter einen Bereicherungsanspruch gegen den Mieter verwehrt, wenn dieser unberechtigt untervermietet. In BGH JZ 2013, 153 hat der BGH sich auf diese Entscheidung berufen für die Verneinung des Bereicherungsanspruchs des Eigentümers bei unberechtigter Vermietung durch einen dinglich Wohnungsberechtigten (und daraus wiederum andererseits in dem umgekehrten Fall, dass der Eigentümer rechtswidrig vermietet, die Verwehrrung eines Bereicherungsanspruchs des Wohnungsberechtig-

einbarung kann auch einmal dahin auszulegen sein, dass dem Gläubiger die Nutzungen des versprochenen Gegenstands von Anfang an zustehen. Dies trifft zu, wenn eine vertragliche Vereinbarung ergibt, dass der Gegenstand zu Unrecht im Vermögen des Schuldners ist. Dann muss die allgemeine Zuordnungssanktion der Nutzungsherausgabe durch den Schuldner eingreifen, die Relativität des Rechts ist kein Hinderungsgrund. Dies hat der BGH im Fall des Urteils vom 31.10.1986¹⁸⁰ verkannt.

Nach dem (hier vereinfachten) Sachverhalt hatten die Bekl von Eheleuten Grundbesitz gekauft. Unter Anrechnung auf einen Teil des Kaufpreises hatten sie sich verpflichtet, den Eheleuten ein Wohnrecht an einer der Wohnungen auf dem Grundbesitz einzuräumen. Ihnen war der Grundbesitz übereignet worden. Die Bekl hatten die Wohnung, an der das Wohnrecht einzuräumen war, selbst genutzt. Nach dem Tode des Ehemannes hatte der Vormund der Ehefrau für diese eine Klage auf Herausgabe der Wohnung und auf Vergütung der Nutzungen erhoben, die Vergütung der Nutzungen von dem Zeitpunkt an, in dem die Bekl die Wohnung in Besitz genommen hatte. Nach dem Tode der Frau hatte er den Prozess als Nachlasspfleger fortgeführt. Die Bekl waren zur Herausgabe verurteilt worden. Nach der Herausgabeverurteilung war noch über den zweiten Antrag auf Nutzungsvergütung zu entscheiden.

tigten gefolgt). Näher betrachtet ist die Parallele nicht zu ziehen: Die Untervermietung durch einen Mieter ist eine, wenn auch vertragswidrige, Ausübung des entgeltlich eingeräumten Gebrauchs. Der Vermieter kann kündigen und damit den Gebrauch an sich ziehen. Tut er dies nicht, bleibt er also bei seinem Anspruch auf die Miete stehen, so belässt er dadurch dem Mieter das Gebrauchsrecht und ist aus diesem die Untervermietung abgeleitet. Dem Vermieter bleibt dann nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen vertragswidrigen Gebrauchs. Im umgekehrten Fall, in dem der Vermieter ohne Vereinbarung mit dem Mieter die Mieträume statt an diesen an einen anderen vermietet und überlässt, entzieht der Vermieter dem Mieter den Gebrauch und hat nach § 285 (§ 281 aF) dem Mieter den erlangten Mietzins, abzüglich der vertraglichen Miete (durch Herausgabe des Mietzinses wird dem Mieter ja insoweit der Gebrauch kompensiert) herauszugeben. Anders ist die Lage beim dinglichen Wohnungsrecht. Hier sind Eigentum und dingliches Wohnungsrecht auf Dauer aufgeteilt. Sowohl der Eigentümer greift in das Wohnungsrecht ein, wenn er ohne Zustimmung des Wohnungsberechtigten vermietet, wie im umgekehrten Fall der Wohnungsberechtigte in das Eigentum (*Wilhelm*, JZ 2013, 155) des Vermieters eingreift.- Der Zuordnungsgehalt im relativen Verhältnis und nicht die Absolutheit oder Relativität eines Rechts entschied auch im Fall OLG Frankfurt aM JZ 1985, 337 ff: Das Gericht hat der Kl, der die Bekl versprochen hatte, bei ihr ihren gesamten Bedarf an Flüssiggas zu decken, einen Anspruch auf Unterlassung des Bezuges bei einem anderen Lieferanten versagt. Der Bezugsanspruch sei keine absolut gegen jedermann geschützte Rechtsposition. Die Kl ging aber nicht gegen jedermann, sondern gegen ihre Schuldnerin vor. Unrichtig ist auch die Meinung des OLG, ein schuldrechtlicher Erfüllungsanspruch ändere nichts an der Befugnis des Schuldners, über den geschuldeten Gegenstand zu verfügen. Schuldet der Schuldner dem Gläubiger einen bestimmten Gegenstand, ist er im Verhältnis zum Gläubiger keineswegs befugt, über den geschuldeten Gegenstand anderweitig zu disponieren. Im Fall des OLG war ein Unterlassungsanspruch als negatorischer Schutz des Bezugsanspruchs deshalb ausgeschlossen, weil das Bezugsversprechen nicht einen bestimmten Gegenstand zugeordnet hatte, in den der Schuldner hätte beeinträchtigend eingreifen können. Vielmehr waren durch das Versprechen nur die Freiheit und das Vermögen des Schuldners belastet; die sind dem Gläubiger aber nicht zugeordnet. Eine andere Frage war, ob nicht statt des negatorischen Anspruchs aus dem Vertrag ein Erfüllungs-Unterlassungsanspruch herzuleiten war. Auch dies hat das OLG abgelehnt. Dementgegen ist in dem Versprechen des ausschließlichen Bezuges als Kehrseite das Versprechen der Unterlassung zu sehen, bei einem anderen Lieferanten zu beziehen. Fasst man den Anspruch auf ausschließlichen Bezug nur positiv, ist mit ihm mangels Bestimmtheit nichts anzufangen. Das sieht auch das Gericht. Dann wird aber die Vereinbarung überhaupt erst sinnvoll, wenn man den Unterlassungsanspruch als selbstverständliche Kehrseite des ausschließlichen Bezugsversprechens gewährt, vorbehaltlich freilich der kartellrechtlichen Zulässigkeit.

180 NJW 1987, 771 ff.

Der BGH hat die Nutzungsvergütung nur gemäß §§ 292 II, 987 II für die Zeit ab Rechtshängigkeit der Herausgabeklage zugesprochen. Für die vorherige Zeit hat er wie folgt unterschieden: Hätten die Eheleute noch nach der Übereignung Besitz an der Wohnung gehabt und die Bekl sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt, so sei eine Eingriffskondition wegen Verletzung des rechtmäßigen Besitzes begründet. Seien die Bekl dagegen ohne Besiztziehung in den Besitz gekommen und verblieben, so sei eine Nutzungsvergütung abzulehnen. „Vor der Erfüllung eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Überlassung von Räumen ist noch keine Rechtsgüterzuordnung zugunsten der Erblasser ... erfolgt, in die die Bekl in sonstiger Weise zu Lasten der Erblasser hätten eingreifen können. ... Schuldrechtliche Ansprüche auf Herausgabe weisen ... die beanspruchten Rechtsgüter vor ihrer Erfüllung noch nicht dem Gläubiger zu. Dies zeigt sich besonders daran, dass bei Eingriffen durch Dritte die daraus resultierenden Ersatzansprüche nicht dem Gläubiger des Herausgabeanspruchs, sondern dessen Schuldner als dem Noch-Berechtigten zustehen.“

An diesem letzteren, so muss man klar sehen, zeigt sich aber für das Thema nichts: Auf die Abolutheit der Rechtsposition kommt es nur bei der Geltendmachung gegen Dritte an, das Beweisthema des vorliegenden Falles ist demgegenüber die Beziehung inter partes. Der BGH sieht auch selbst noch die Möglichkeit inter partes, dass der Gläubiger vom Schuldner Herausgabe von Ansprüchen verlangen könne, die der Schuldner gegenüber Dritten erlangt habe, bzw von Leistungen, die solche Dritte auf die Ansprüche erbracht hätten. Dies bestimme sich nach den Vorschriften über die vertraglichen Leistungsstörungen. (Der BGH denkt an § 281 aF = § 285 nF). Für einen Anspruch auf Herausgabe vom Schuldner selbst gezogener Nutzungen hat der BGH in diesen Vorschriften offenbar keine Anspruchsgrundlage gefunden. Zu fragen war aber, ob nicht aus der Zuordnungsdogmatik eine solche zu entwickeln ist, und ob insbesondere § 281 aF als Ausdruck der Identität der Zuordnung auch, was die Zuordnung inter partes betrifft, zu verstehen und dies zu verallgemeinern, dh auch außerhalb der direkten Anwendung der Vorschrift ein entsprechender Anspruch dann zu gewähren ist, wenn die schuldrechtliche Vereinbarung ergibt, dass der Schuldner einen Gegenstand zu Unrecht besitzt.

Dem könnte § 292 entgegenstehen, der die Nutzungsvergütung auf die Zeit nach Rechtshängigkeit beschränkt¹⁸¹. § 292 ist aber nur eine besondere Anspruchsgrundlage, aber keine andere Ansprüche ausschließende Spezialregelung. Die Untersuchung der Rechtshängigkeitshaftung¹⁸² wird noch erweisen, dass es dabei um eine strenge Verwalterhaftung geht. Damit durchaus vereinbar ist insbesondere die auf die vorhandene Bereicherung beschränkte Bereicherungshaftung (§§ 812, 818 III). Um eine solche geht es auch, wenn der Schuldner einen Gegenstand des Gläubigervermögens nach der vertraglichen Vereinbarung zu Unrecht besitzt. Sofern der Schuldner insoweit – wie in der Regel anzunehmen – von der Ungerechtfertigkeit seines Besitzes Kenntnis hat, greift die ebenso wie die Rechtshängigkeitshaftung bereicherungsunabhängige Haftung bei Bösgläubigkeit ein (§§ 819, 818 IV, 292 II, 987).

Weiter ist darauf zu achten, wie weit die Zuordnung eines Gegenstandes im relativen Verhältnis reicht. Wir hatten gesehen: Verspricht der Schuldner eine Leistung des ursprünglich eigenen Vermögens, stehen dem Gläubiger die Nutzungen als solche erst von der Leistung an zu. Der Fall des BGH ist aber anders. Hier hatten die Bekl nicht einen Gegenstand des ursprünglich eigenen Vermögens versprochen. Sie hatten vielmehr das Grundstück und die Wohnung als dessen Teil von den Eheleuten erhalten und die Wohnung an diese zurückzuerstatten. Sie hatten die Wohnung ohne rechtlichen Grund. Daran konnte die Konstruktion der Vollübereignung unter Begründung eines Anspruchs auf Rückübertragung des Wohnrechts nichts ändern. Ebenfalls nicht entscheidend konnte sein, ob die Bekl den Besitz nach oder ohne Besiztziehung vorenthielten. Der vertragliche Anspruch auf Einräumung des Wohnrechts entsprach einem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Ausgestaltung der Haftung war der Regelung der Haftung des bösgläubigen Bereicherungsschuldners zu entnehmen, da die Bekl die Verpflichtung zur Einräumung des Wohnrechts und damit die Rechtsgrundlosigkeit ihres unbeschränkten Eigentums und Besitzes an der Wohnung kannten. Man musste hier die Bekl in analoger Anwendung der §§ 819, 818 IV, 292 II, 987 haften lassen.

¹⁸¹ So noch *Wilhelm*, ZRP 1986, 62, 63 Fn 16, 64 Fn 24. In der Grundauffassung anders schon *ders.*, ZIP 1987, 1497, 1504.

¹⁸² U Rn 1233 f.

c) *Die Wirkung des Trennungs- und Abstraktionsprinzips sowie der Akzessorietät inter partes und zu Dritten*

Bestimmt zwischen den Parteien das Schuldverhältnis über den Zuordnungsgehalt der Rechte, so relativiert dies die Wirksamkeit des Trennungs- und Abstraktionsprinzips, und zwar, was die Wirkung getrennt und abstrakt erworbener Rechte betrifft, auf das Außenverhältnis zu Dritten. Mit Trennung und Abstraktion unterscheidet die Rechtsordnung Verfügungsgeschäfte einerseits und ihre causa, insbesondere das Kausalgeschäft, andererseits. Das Verfügungsgeschäft betrifft die unmittelbare Zuordnung, indem es Rechte überträgt (deren Subjekte austauscht), inhaltlich ändert oder aufhebt; das Kausalgeschäft betrifft die mittelbare Zuordnung, indem es über den Rechtsgrund der Änderung der unmittelbaren Zuordnung entscheidet, insbesondere eine Verpflichtung dazu begründet. **94**

Die von der causa unabhängige Gestaltung der Verfügung durch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip hat wesentliche materiellrechtliche Relevanz nur im Verhältnis zu Dritten, aber nicht inter partes. Inter partes ist es lediglich für die Darlegung im Prozess von Belang, ob eine Partei gegen die andere nur ein relatives Recht oder das absolute geltend machen kann. Ob der Käufer nur den Kaufanspruch oder schon das Eigentum erworben hat, ob im Fall der Unwirksamkeit des Kaufs der Verkäufer schon das Eigentum verloren und nur einen Bereicherungsanspruch auf Rückgewähr hat, ist für die Zuordnung inter partes nicht relevant. Die Schutzqualität des Rechts darf für das relative Recht, ist es erst einmal belegt, inter partes nicht von der des absoluten Rechts unterschieden sein. Insofern kommt es nur im Verhältnis zu Dritten darauf an, dass das absolute Recht kraft des Trennungs- und Abstraktionsprinzips von der causa selbstständig erworben wird. **95**

Um diese Problematik des Trennungs- und Abstraktionsprinzips ist es im Fall einer Entscheidung des BGH¹⁸³ gegangen. In dem Fall hatte der Käufer eines Grundstücks seiner Bank im Rahmen der Kaufpreisfinanzierung mit Ermächtigung des Verkäufers und Eigentümers an dem Grundstück eine Grundschuld bestellt. Der Sicherungszweck war aber über den Finanzierungskredit hinaus für die ganze Geschäftsbeziehung des Käufers zur Bank vereinbart worden. Dies entsprach nicht der Ermächtigung des Verkäufers. Der BGH hat es abgelehnt, die Sicherungsvereinbarung nach § 139 in dem der Ermächtigung entsprechenden Teil aufrechtzuerhalten. Seine Begründung war, dass die Sicherungsvereinbarung von der Bestellung getrennt und als solche einheitlich zu sehen sei. Die Bestellung zu dieser Sicherung habe die Ermächtigung überschritten. Sieht man dagegen auf das Verhältnis inter partes, so ist das Geschäft der Bestellung zur Sicherheit als Ganzes zu sehen und in die Teile Bestellung der Grundschuld zur Sicherung der Kaufpreisfinanzierung und Bestellung der Grundschuld zur Sicherung der gesamten Geschäftsverbindung trennbar; darauf war § 139 anzuwenden¹⁸⁴. **96**

Materiellrechtlich nicht relevant ist das Trennungsprinzip im Verhältnis inter partes aber nur, soweit es um die Frage geht, ob absolute Rechte, deren Erwerb getrennt und abstrakt erfolgt, schon erworben sind oder noch nicht. Dies ändert nichts daran, dass das schuldrechtliche Geschäft nur die schuldrechtliche Rechtsstellung und erst das Verfügungsgeschäft die absolute Rechtsstellung verschafft. Dies wird auch inter partes relevant, soweit Unwirksamkeitsgründe das Verfügungs-, jedoch nicht das Verpflichtungsgeschäft betreffen. **97**

Dies ist zu beachten bei der bekannten Problematik der Anwendung des § 181 auf die Schenkung eines gesetzlichen Vertreters an seinen (über 7 Jahre alten) minderjährigen Schutzbefohlenen: Ist das Verfügungsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, schenkt der gesetzliche Vertreter

¹⁸³ BGH WM 1988, 1849, EWiR § 185 BGB 1/89, 123 (*Köndgen*)).

¹⁸⁴ Ausführliche Besprechung des Falls in der 1. Aufl dieses Buches Rn 911.

etwa ein reallastbelastetes Grundstück (mit der Folge von Verpflichtungen des neuen Eigentümers nach § 1108 I), so ist anerkannt, dass der gesetzliche Vertreter nicht dadurch wirksam schenken kann, dass er zunächst unter Mitwirkung des Minderjährigen diesem ein Schenkungsversprechen erklärt und sodann die Übereignung durch Insichgeschäft vornimmt. Aufgrund der Trennung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft könnte dieses Ergebnis herauskommen: Das Schenkungsversprechen begründet nur den Anspruch des Minderjährigen und ist damit als lediglich rechtlich vorteilhaft nach § 107 wirksam, sodann könnte die Übereignung wirksam sein, weil sie „in der Erfüllung einer Verbindlichkeit“ vorgenommen wird und § 181 deshalb nach seinem Hs 2 entfallen könnte. Dem ist nicht mit der Argumentation zu begegnen, dass die schenkweise Zuwendung der Reallast inter partes eine Einheit und wegen § 1108 I ein insgesamt nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft sei¹⁸⁵. Es geht vielmehr nur um die Ausnahmebestimmung in § 181 Hs 2 (kein Vertretungsverbot bei Erfüllung einer Verbindlichkeit). Diese kann ihrem Sinne nach nicht gelten, wenn gerade erst das Verfügungsgeschäft Nachteile für den Vertretenen enthält. Die Folge ist, dass, weil die Ausnahmebestimmung nicht eingreift, das grundsätzliche Verbot des Insichgeschäfts nach § 181 anzuwenden ist, damit wird aber nur das Verfügungsgeschäft unwirksam. Aus der Einheitsbetrachtung folgt demgegenüber, dass auch das für sich genommen einwandfreie Verpflichtungsgeschäft (Schenkungsversprechen) nach § 181 unwirksam ist. Der gesetzliche Vertreter ist aber aus diesem verpflichtet, nur für die Erfüllung bedarf es eines Ergänzungspflegers.

- 98** Die entsprechende Relativierung, die für das Trennungs- und Abstraktionsprinzip zutrifft, gilt für den Gegensatz zwischen akzessorischen Rechten, im Sachenrecht der Hypothek und dem Pfandrecht, und dem nicht akzessorischen Recht der Grundsuld. Akzessorietät bedeutet die inhaltliche Verklammerung des dinglichen Rechts mit der gesicherten Forderung, nämlich die Abhängigkeit des dinglichen Rechts von dem relativen Recht (s §§ 1113 I, 1204 I). Das Gegenstück ist die Grundsuld, die von einer Forderung unabhängig ist (§ 1191 I), und zwar auch dann, wenn sie zur Sicherung einer

¹⁸⁵ Für diese Einheitsbetrachtung BGHZ 78, 28 sowie BGH NJW 1981, 111. Der BGH hat die Einheitsbetrachtung dann aber zunächst auf den Gegenfall nicht angewandt (dingliches Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft, schuldrechtliches Geschäft nachteilig) – BGHZ 161, 170 –. Sodann ist der BGH in der Entscheidung BGHZ 162, 137 zu dem dem § 181 2. Hs entsprechenden Ausnahme vom Vertretungsverbot wegen Ehe oder Verwandtschaft gemäß §§ 1795 I Nr 1 2. HS, 1629 II 1 – auch hier kein Verbot bei Erfüllung einer Verbindlichkeit – von der früher zu § 181 vertretenen Linie abgewichen: Bei Nachteilhaftigkeit des dinglichen Geschäfts sei für §§ 1796, 1629 nicht das Gesamtgeschäft, sondern nur das dingliche Geschäft vom Vertretungsverbot erfasst (S 142 f). Ausdrückliche Aufgabe der früheren Gesamtbetrachtung zu § 181 in BGHZ 187, 119 (121 Rn 6). Kritisch zu dieser Praxis *Lobinger*, AcP 213 (2013), 366. *Lobinger* will statt der Auslegungsmühen um § 181 familienrechtliche Normen über die Genehmigungsbedürftigkeit von Geschäften eines Vormunds oder der Eltern anwenden, zT fortbilden (S 387 ff, 392 ff). Die familienrechtlichen Normen erscheinen aber wegen ihrer Kasuistik und ihrer Rechtsfolge als letztlich nicht passend für das allgemeine Problem; zB nennt § 1822 Nr 10 nur die Übernahme einer Verbindlichkeit, nicht die Übertragung einer Rechtsstellung mit gesetzlichen Folgen möglicher Haftung, weiter bedeutet § 1821 Nr 2 nur die Gleichstellung einer einschlägigen dinglichen Rechtsposition des Schutzbefohlenen (Nr 1) mit einem Anspruch auf eine solche, er eröffnet nicht die Genehmigungsbedürftigkeit für den ganz anderen Fall der Verfügung des Vertreters über ein diesem selbst gehöriges Recht zur Tilgung einer Forderung des Vertretenen gegen ihn. Was sodann die Rechtsfolge betrifft (Erfordernis der Zustimmung des Familiengerichts), ist diese für die Einzelfälle des Familienrechts angeordnet, die Ausweitung des Verfahrens ist nicht sachgerecht. Das sieht auch *Lobinger*, wenn er die Normen zwar auf die rechtsgeschäftliche Vertretung (aufgrund einer Generalvollmacht) ausdehnen will (S 396 ff, dies ist wiederum schon im Hinblick auf die Kasuistik der Normen kaum überzeugend), hier freilich jenes Zutimmungserfordernis durch das Erfordernis der Zustimmung des Vertretenen selbst ersetzen will, andererseits aber die organschaftliche Vertretung von der Anwendung der familienrechtlichen Normen ausnehmen will (S 398 Fn 114).

Forderung bestellt wird (Sicherungsgrundschuld, § 1192 Ia 1). Auch diese Unterscheidung zwischen akzessorischen und nicht akzessorischen Rechten ist für die Rechtsstellung aus dem erworbenen Recht zwar im Verhältnis zu Dritten, aber nicht im Verhältnis inter partes irrelevant¹⁸⁶.

Dies ist durch das folgende Beispiel darzutun: Zahlt der durch eine (akzessorische) Hypothek belastete Eigentümer eines Grundstücks, der auch Schuldner der gesicherten Forderung ist, auf die gesicherte Forderung, so erlischt die Forderung (§ 362 I). Aufgrund der Akzessorietät steht die Hypothek nicht mehr dem Gläubiger zu, vielmehr geht sie nach § 1163 I 2 auf den Eigentümer über. Zahlt der durch eine Sicherungsgrundschuld belastete Eigentümer und Schuldner auf die Forderung, so bleibt die Sicherungsgrundschuld, weil sie nicht akzessorisch ist, dennoch beim Gläubiger. Inter partes stehen dem Gläubiger der Grundschuld aber ebenso wenig wie dem Hypothekengläubiger weitere Zahlungen durch den Eigentümer zu. Würde der Gläubiger aus der Grundschuld gegen den Eigentümer vorgehen, hätte dieser die Einrede der Arglist, weil der Gläubiger nach der Sicherungsvereinbarung wieder herausgeben müsste, was er aus der Grundschuld erlangen sollte¹⁸⁷. Das Beispiel zeigt zugleich, inwiefern der Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Zuordnung auch inter partes relevant werden kann. Für die Darlegungs- und Beweislast kann die Relevanz bestehen: Geht der Gläubiger aus der Hypothek vor, muss er für seine Berechtigung sowohl die Forderung als auch die Hypothek dartun. Dagegen braucht der Gläubiger der Grundschuld nur diese darzutun. Die Einrede aus dem Sicherungsvertrag, dass wegen der Erfüllung der gesicherten Forderung der Gläubiger das aus der Grundschuld Erlangte sogleich wieder zurückgeben müsste, muss der Eigentümer dartun¹⁸⁸.

VI. Begründung und Änderung der absoluten und der relativen Rechte; Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Die Zuordnung von Gütern durch absolute oder relative Rechte wird entweder durch das objektive Recht oder durch Rechtsgeschäft begründet, geändert oder aufgehoben. Die Begründung von Forderungen als relativen Rechten folgt gesetzlich insbesondere aus Haftungstatbeständen, rechtsgeschäftlich aus sog. *Verpflichtungsgeschäften*. Das Verpflichtungsgeschäft erfordert nach § 311 I grundsätzlich einen Vertrag. Auch die Änderung und die Aufhebung eines Verpflichtungsgeschäfts nehmen an der Natur des Geschäfts als Verpflichtungsgeschäft teil. § 311 I bezieht deshalb die Änderung in die Regelung der Begründung eines Schuldverhältnisses mit ein. Die Aufhebung eines Verpflichtungsgeschäfts, die selbstverständlich möglich ist, wird in § 311 I nicht erwähnt, weil die Norm nicht das Verpflichtungsgeschäft, sondern das Schuldverhältnis betrifft. Dessen Kehrseite ist die Forderung, und für die gibt das Gesetz eine Aufhebungsregelung (§ 397). Die Aufhebung der Forderung ist schon Verfügungsgeschäft. Auch die Übertragung der Forderung (§ 398) ändert die absolute Zuordnung des Rechts (nach der Subjektseite) und gehört somit in den Kreis der Verfügungsgeschäfte.

99

¹⁸⁶ Gegen die Argumentation mit der Akzessorietät der Hypothek, um damit im Verhältnis zwischen Bank und Kunde die Unangemessenheit von AGB bei der Sicherungsbestellung von Grundschulden zu begründen, *Wilhelm*, FG 50 Jahre BGH I, 2000, S 897, 912 f.

¹⁸⁷ *Dolo agit qui petit quod statim redditurus est*. Die Einrede wird vorausgesetzt (nicht begründet, das BGB sagt nichts Selbstverständliches) in § 478 aF (entspr. § 438 IV 2) und in § 821.

¹⁸⁸ Allerdings hilft dem Gläubiger der Hypothek grundsätzlich das Grundbuch. Insofern besteht in unserem Fall nicht einmal ein prozessualer Unterschied: Wenn der zahlende Eigentümer nicht für die Berichtigung sorgt, streitet das Grundbuch für den Gläubiger, und zwar auch hinsichtlich des Bestehens der Forderung (§ 1138). Wenn der Eigentümer sich davor schützen will, darf er dem Gläubiger nur eine Sicherungshypothek bestellen (nach § 1185 II gilt für diese § 1138 nicht).

- 100** Was die absoluten Rechte betrifft, ist unsere Regelung zur Begründung des Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen, aus dem die beschränkten dinglichen Recht abgeleitet werden, oben¹⁸⁹ aufgeführt. Weiter gibt es die gesetzliche Begründung vor allem bei Rechten außerhalb des Sachenrechts. So wird für den Erfinder nach den Vorschriften des PatentG ein Patentrecht, für den Werkschöpfer ein Urheberrecht nach dem UrhG begründet.
- 101** Die Begründung von Rechten kann nicht zum Gegenbegriff der Verpflichtungsgeschäfte, den *Verfügungsgeschäften*, gehören, weil ja schon das Verpflichtungsgeschäft in seinem Hauptfall auf die Begründung eines Rechts, nämlich die Begründung mindestens einer Forderung, gerichtet ist. Die Begründung von Rechten kann aber auch deshalb keine Verfügung sein, weil die Verfügung einen Gegenstand voraussetzt, über den verfügt wird. Die Begründung eines Rechts schafft aber den Gegenstand erst. Rechtsbegründende Akte sind also auch dann keine Verfügungen, wenn es um die Begründung eines absoluten Rechts geht. Die Aneignung ist keine Verfügung¹⁹⁰. Verfügungsgeschäfte sind mithin die Änderung, Übertragung, Belastung¹⁹¹ und Aufhebung absoluter Rechte und ebenso die Übertragung und Aufhebung relativer Rechte.
- 102** Die Verfügung der *Übertragung* eines absoluten, aber auch eines relativen Rechts geschieht, da Veräußerer und Erwerber betroffen sind, durch Vertrag, zu dem weitere Erfordernisse hinzutreten können (etwa die Übergabe nach § 929 S 1). Diesen Vertrag nennt das BGB für die Forderung Abtretung (§ 398) und für die Sachenrechte Einigung (§§ 929 S 1, 925 I 1).
- 103** Für die Verfügungen der *Aufhebung* von Sachenrechten wendet das Sachenrecht des BGB einen feinsinnigen Sprachgebrauch an. Unterschieden werden (1) die Aufgabe, (2) die Aufhebung und (3) der Verzicht. (1) Die Aufgabe ist die Räumung der umfassenden Rechts- oder Sachherrschaft, das Gesetz verwendet den Begriff für Eigentum und Besitz (§§ 928 I, 959). Im juristischen Sprachgebrauch wird die Aufgabe des Eigentums in Anlehnung an das römische Recht auch als Dereliktion bezeichnet¹⁹². (2) Die Aufhebung ist die Aufgabe eines beschränkten dinglichen Rechts mit der Folge seines Erlöschens (§§ 875, 1183, 1192 I). (3) Der Verzicht ist demgegenüber die Räumung eines beschränkten Rechts unter dessen Fortbestand, nur dass die Rechtsposition jetzt nicht mehr dem Verzichtenden, sondern dem Inhaber des Quellrechts zusteht (§§ 1168 I, 1192 I). (1) Die Aufgabe des Eigentums erfolgt bei Grundstücken durch Erklärung des Verzichts gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung des Verzichts in das Grundbuch (§ 928 I), bei beweglichen Sachen durch Besitzaufgabe mit Verzichtswillen (§ 959). (2) Jede Art der Aufhebung eines beschränkten Rechts geschieht durch einseitige Erklärung, die nach außen treten muss. Ein schuldrechtliches Recht wird nicht aufgehoben, sondern erlassen, und zwar durch Vertrag (§ 397). Schon dies zeigt, dass ungeachtet des sauberen Sprachgebrauchs des Gesetzes (Erlass statt Aufhebung von Forderungen) je nach Art des Rechts und der Aufhebung sowie nach der Zuständigkeit des Rechts und

¹⁸⁹ Rn 8 mit Fn 7. Ein zur Aneignung von Grundstücken analoger Vorgang ist die Aneignung der Telekommunikationswege durch den Staat, um Rechte daran im Wege der Versteigerung von Lizenzen nach dem TKG zu vergeben.

¹⁹⁰ Die Aneignung nach § 958 ist nicht einmal ein Rechtsgeschäft, sondern ein bloßer Realakt. Das Sich-Eintragen-Lassen nach einem Ausschlussurteil gemäß § 927 ist zwar rechtsgeschäftlicher Natur, aber keine Verfügung. Zum rechtsgeschäftlichen Charakter des Eintragungsantrags nach § 927 II s Staudinger/Pfeifer § 927 Rn 24.

¹⁹¹ Die Belastung ist als Übertragung besonderer Art hervorzuheben.

¹⁹² Der entgegengesetzte Akt der Aneignung (§§ 928 II, 958) als Okkupation.

der Betroffenheit durch das Recht die Anforderungen unterschiedlich sind^{192a}. Die Aufhebung von Grundstücksrechten erfolgt allgemein – vorbehaltlich abweichender Spezialregelung – durch empfangsbedürftige Erklärung (§ 875 I 2 nennt als Empfänger das Grundbuchamt oder den Begünstigten) und die Löschung des Rechts im Grundbuch (§ 875 I 1). Ist ein Dritter an dem Recht beteiligt, muss er zustimmen (§ 876). Der Nießbrauch an beweglichen Sachen und das Pfandrecht werden durch Erklärung gegenüber dem Besteller bzw Verpfänder oder dem Eigentümer aufgehoben (§§ 1064, 1255 I). (3) Aufhebung und Verzicht unterscheidet das Gesetz bei der Hypothek und der Grundschuld. Der Aufhebung, die auch hier nach der allgemeinen Vorschrift des § 875 erfolgt, muss der Eigentümer zustimmen (§§ 1183, 1192 I). Der Verzicht erfordert demgegenüber nur die Erklärung gegenüber Eigentümer oder Grundbuchamt und die Löschung im Grundbuch (§§ 1168 II, 1192 I).

Der BGH hat den Verzicht auf den Eintritt der Bedingung bei aufschiebend bedingter Verfügung anerkannt, sofern die Bedingung ausschließlich den Verzichtenden begünstigen soll¹⁹³. Der Verzicht geschehe durch einseitige, formfreie, empfangsbedürftige Willenserklärung¹⁹⁴. Dem ist zu widersprechen. Der Verzicht ist vorbehaltlich der Unterscheidung im Recht der Hypotheken und Grundschulden die Aufgabe einer Rechtsposition oder auch (s § 151) das Absehen von formellen Erfordernissen, die über den materiellen Rechtsgrund der interessierenden Rechtsfolge hinaus, etwa zur Klarstellung, zugunsten des Verzichtenden eingerichtet sind. Der Verzicht ist abhängig von dem Gegenstand, auf den verzichtet wird. Ist dieser ausschließlich in der Hand des Verzichtenden, kann dieser ihn einseitig aufgeben oder von ihm absehen, dh auf ihn verzichten. Liegt der Gegenstand aber in einem Vertrag, so kann dieser nicht einseitig umgestaltet werden. Wenn auf die Bedingung bei der aufschiebend bedingten Übereignung oder Abtretung verzichtet wird, soll entgegen der Vereinbarung das Recht sofort statt mit Eintritt der Bedingung auf den Erwerber übergehen. Damit handelt es sich nicht um einen Verzicht auf einen einseitig in der Hand des Verzichtenden befindlichen Gegenstand, sondern um die Umgestaltung einer Übertragung, die der Einigung bedarf. Die Streichung der Bedingung kann also nicht einseitig erfolgen. Es bedarf der einvernehmlichen Änderung der bisher bedingt geschlossenen Einigung. Die Frage ist nicht sehr relevant: Erklärt der Veräußerer gegenüber dem Erwerber den Verzicht, so ist ohne Weiteres von der Annahme des Erwerbers auszugehen, wenn dieser nicht widerspricht, und er wird nur dann widersprechen, wenn der Jetzttritt des Erwerbs für ihn nachteilig ist. Die Frage kann also nur dann relevant werden, wenn von dem sofortigen Wirksamwerden der zunächst bedingt vereinbarten Übertragung Rechtsfolgen abhängen, die für den Erwerber nicht nur vorteilhaft sind¹⁹⁵. Ist die Bedingung in einem

104

^{192a} Zu unterscheiden ist noch die Aufgabe eines Einzelrechts von der eigenen Beteiligung an einer Gesamtberechtigung. Zum Verzicht auf Miteigentum u Rn 169 ff; zur Aufgabe der Gesamtberechtigung an beschränkten Rechten Gutachten DNotI DNotI-Report 2012, 25.

¹⁹³ BGH LM § 127 BGB Nr 1 betreffend die aufschiebend bedingte Übereignung beim Eigentumsvorbehalt; BGHZ 127, 129 = LM § 15 GmbHG Nr 28 mit Anm *Wolf* (1. Revisionsentscheidung, 2. Revisionsentscheidung BGH LM § 15 GmbHG Nr 30 mit Anm *Wilhelm*) betreffend die durch Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingte Abtretung von GmbH-Anteilen nach § 15 III GmbHG.

¹⁹⁴ Der Vertragsänderung (bei Formbedürftigkeit des Vertrages: in der vorgeschriebenen Form) soll es dagegen für den Verzicht auf die Bedingung in einem Verpflichtungsvertrag bedürfen (zB in dem über die Verpflichtung zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils), BGH (II. Senat) ZIP 1989, 234 ff; ebenso für den Übernahmevertrag bei der Kapitalerhöhung der II. Senat BGH ZIP 1999, 310 mit Anm *Wilhelm* EWiR § 55 GmbHG 1/99, 323.

¹⁹⁵ Nach BGHZ 127, 129 kann der Veräußerer von Geschäftsanteilen an einer GmbH durch Verzicht auf die Bedingung einseitig dem Zessionar die Heilungswirkung nach § 15 IV 2 GmbHG aufdrängen. Das ist weder dem Erwerber zuzumuten, noch ist dem Veräußerer um der Heilung willen der Verzicht auf die Bedingung der Kaufpreiszahlung zuzumuten. Entgegen der Konstruktion des BGH mit dem Verzicht auf die Bedingung ist schon der bedingten Abtretung selbst die Heilungswirkung zuzuerkennen (*Wolf* in seiner Anmerkung zu BGH LM o Fn 193); zur Verzichtsmöglichkeit und zur Frage der Heilung zutreffend *Pohlmann*, NJW 1999, 190, 191 f.

Vertrag vereinbart, für den rechtsgeschäftlich eine Form bestimmt war (§ 127), so liegt in der form-freien Abbedingung zugleich der Verzicht auf die Form für diese Änderung.

- 104a** Auf ein vertragliches Recht wirkt ein, ist aber entgegen dem OLG München^{195a} gleichwohl durch einseitige Erklärung gegenüber dem Verpflichteten (zum Begriff beim Vorkaufsrecht s § 463) vollziehbar der Verzicht eines der Berechtigten auf die Ausübung eines mehreren zustehenden Vorkaufsrechts, sei dieses schuldrechtlich oder iSv § 1094 dinglich. Die im letzteren Fall vorzunehmende entsprechende Eintragung in das Grundbuch ist nur eine Berichtigung, nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Erklärung^{195b}. Die Zuständigkeit zur einseitigen Erklärung folgt hier aus § 464. Danach ist das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts ein Gestaltungsrecht und deshalb einseitig verzichtbar. § 464 knüpft zwar an den Eintritt des Vorkaufsfalls an, muss aber entsprechend auch schon vorher gelten. Ein Grund zu unterscheiden besteht nicht. Bestätigt wird die Möglichkeit des einseitigen Verzichts gerade durch das mehreren zustehende Vorkaufsrecht. Dieses kann nach § 472 (für das dingliche Recht iVm § 1098 I) nur im Ganzen ausgeübt werden. Nach § 472 S 2 können die übrigen das Vorkaufsrecht im Ganzen ausüben, wenn einer von ihnen sein Recht nicht ausübt. Die Frage, ob alle Berechtigten am Recht festhalten oder einer oder einige das Recht nicht ausüben, kann aber nicht erst mit Eintritt des Vorkaufsfalls entscheidbar sein. Weist mit Eintritt die einseitige Verzichtserklärung eines Berechtigten das Gesamtausübungsrecht den anderen zu, so muss auch vorher diese Zuweisung schon möglich sein, ohne dass sich unterschiedliche Erklärungsvoraussetzungen rechtfertigen ließen.
- 105** Die Verfügung gibt Rechte ganz oder teilweise weg. Damit setzt sie zu ihrer Wirksamkeit die Verfügungsbefugnis als die Befugnis voraus, über das Recht, das weggegeben werden soll, zu verfügen. Diese steht grundsätzlich dem Rechtsinhaber zu; sie kann aber eingeschränkt oder dem Rechtsinhaber genommen sein; Beispiele von Verfügungsbeschränkungen sind die in der Insolvenz (§§ 80 f InsO) und die Verfügungsbeschränkung durch gerichtliches Veräußerungsverbot (§ 938 II ZPO, § 136 BGB). Umgekehrt kann ein Nichtberechtigter Verfügungsbefugnis haben, nämlich durch die Zustimmung des Berechtigten (§ 185 I, II 1).
- 106** Gibt die Verfügung ein Recht ganz oder teilweise weg und ist damit grundsätzlich die Berechtigung Voraussetzung der Verfügung, so ist die wichtigste Verfügungsbeschränkung die Verfügung selbst. Mit ihr verliert der Berechtigte sein Recht nach dem Maß der Verfügung, eine weitere Verfügung desselben Verfügenden mit identischem Gegenstand gibt es jetzt nur noch, soweit von einem Nichtberechtigten erworben werden kann. Es gilt unter diesem Vorbehalt der Satz: *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*.
- 107** Die Verfügung ist aber nicht nur selbst die wichtigste Art der Verfügungsbeschränkung, sie ist andererseits auch eine Schranke für die anderen Arten von Verfügungsbeschränkungen: Ist nämlich eine Verfügung perfekt, kann insoweit dem Verfügenden nicht mehr durch Insolvenz oder Veräußerungsverbot die Verfügungsbefugnis genommen werden. Gerät zB der Verfügende in die Insolvenz, wirkt sich der Ausschluss der Verfügungsbefugnis nach §§ 80, 81 InsO auf die vollendete Verfügung nicht mehr aus. Wann die Verfügung perfekt ist und folglich die andere Verfügungsbeschränkung ins Leere geht, hängt vom Verfügungstatbestand ab. Dieser ist nicht immer eindeutig, da man Verfügungswirkungen schon bei der Verwirklichung eines Teils der Tatbestandsmerkmale annehmen kann, zB in § 956 den Erwerb eines Anwartschaftsrechts aufgrund der Ges-

^{195a} MittBayNot 2010, 42 (für Anwendung des § 875 I); dazu DNotI-Report 2010, 109.

^{195b} Entgegen RGZ 110, 409, 418 zutreffend *Schurig*, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S 172 ff. Nicht passend die Heranziehung der Gesamthandsgemeinschaft und des Austritts aus ihr (*Amann*, NotBZ 2010, 201, 203). Der BGH hat zwar betreffend die gemeinsame Ausübung nach der § 472 entsprechenden Vorschrift aF von einer gesamthandartigen Rechtsposition gesprochen (BGHZ 136, 327, 330). Von den Berechtigten als eine im Verkehr auftretender Handlungsgemeinschaft kann aber keine Rede sein. So folgert der BGH auch zutreffend aus der Gesamtausübung die Zuständigkeit der mehreren Ausübenden als Bruchteilsgemeinschaft mit der nach § 47 GBO einzutragenden Besonderheit gemäß § 513 aF (§ 472 nF).

tattung und Besitzergreifung¹⁹⁶. Ausnahmsweise zieht auch das Gesetz die der Verfügungsbeschränkung vorgreifliche Verfügungswirkung vor: s § 878¹⁹⁷.

Von der Frage, ob die Verwirklichung von Verfügungsmerkmalen dem Verfügenden oder demjenigen, über dessen Recht er mit Verfügungsbefugnis verfügt, schon das Recht genommen hat, hängt auch die Frage ab, ob bei Hintereinanderschaltung mehrerer Verfügungen der jeweiligen Inhaber über denselben Rechtsgegenstand der Letzterwerber das Recht im Durchgangserwerb durch die verschiedenen Verfügungsstationen oder im Direkterwerb erwirbt. Von der Frage hängt ab, ob gegen den Zwischenmann wirksame Pfandrechte oder auch ein gegen ihn bestehender Hypotheken- oder Grundschuldverband oder schließlich die Beschlagnahme seines Vermögens im Insolvenzverfahren aufgrund seines Durchgangserwerbs das Recht erfassen. Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist die Übereignung an den Käufer noch nicht perfekt, dem Käufer wird aber schon aufgrund der bedingten Übereignung ein Anwartschaftsrecht eingeräumt. Dieses kann er übertragen, damit verliert er durch die Übertragung sein Recht (das Anwartschaftsrecht, nicht das Eigentum, das hatte er noch nicht). Bei Kaufpreiszahlung erwirbt der Anwartschaftserwerber folglich nicht mehr im Durchgang durch den Anwartschaftsveräußerer¹⁹⁸. Demgegenüber tritt bei der antizipierten Übereignung, weil der in dieser Weise Übereignende das Recht für die Weiterübereignung erst selbst noch erwerben muss, Durchgangserwerb ein.

108

VII. Dingliche und schuldrechtliche Ansprüche im Sachenrecht

Die Unterscheidung zwischen dem Anspruch *auf* etwas als schuldrechtlicher Position und dem Recht *an* einem Gegenstand als sachenrechtlicher Position ist auf die Ebene des Rechts bezogen. Das Mir-Gehören eines Rechtsobjekts betrifft die *rechtliche* Alleinzuständigkeit, das Von-Rechts-wegen-meiner-Alleinherrschaft-Unterfallen des Objekts. Der rechtlichen entspricht aber nicht immer die *tatsächliche* Alleinherrschaft über das Objekt: Der Zustand meiner Sachen kann von meinem Recht und dessen Ausübung durch mich abweichen. Etwa kann mir jemand meine Sache weggenommen haben. Dann entstehen aus dem Sachenrecht die erwähnten¹⁹⁹ Schutzansprüche als Subjekt-Subjekt-Beziehungen, dh Ansprüche gegen den Störer auf Verwirklichung der dem Recht entsprechenden konkreten Sachherrschaft: Herausgabe-, Beseitigungs-, und Unterlassungsansprüche (§§ 985, 1004). Es sind die dinglichen Ansprüche. Wir haben sie im Rahmen des Kanons der Zuordnungssanktionen²⁰⁰ als negatorische Ansprüche kennengelernt. Sie gehören zum Sachenrecht als Mittel der Verwirklichung des schon bestehenden absoluten Rechts. Zu den dinglichen Ansprüchen gehören auch die Besitzschutzansprüche (§§ 861 f), obwohl der Besitz kein Sachenrecht ist.

109

Die dinglichen Ansprüche sind von den auf Sachen bezogenen schuldrechtlichen zu unterscheiden. Die dinglichen Ansprüche beseitigen oder verhüten die Herrschaft einer anderen Person über eine Sache, die das Mir-Gehören der Sache faktisch stört. Dagegen gibt das Schuldrecht einerseits Ansprüche auf Übertragung von Sachenrechten, auf Beschaffen von etwas, was mir nicht gehört, und andererseits Herausgabeansprüche aus

110

¹⁹⁶ Zur Frage u Rn 1047 ff, 1059.

¹⁹⁷ Damit darf nicht verwechselt werden die Frage, ob eine Erklärung als Bestandteil des Verfügungstatbestands endgültig oder widerruflich ist (s § 873 II, 875 II).

¹⁹⁸ S u Rn 2345.

¹⁹⁹ O Rn 69.

²⁰⁰ O Rn 67 ff.

besonderen nach Schuldrecht verpflichtenden Gründen (zB aus ungerechtfertigter Bereicherung, §§ 812 ff, oder unerlaubter Handlung, §§ 823 ff mit § 249).

- 111** Dingliche und schuldrechtliche Ansprüche sind nicht säuberlich zwischen Schuld- und Sachenrecht getrennt. Zunächst gibt es den dinglichen gleichstehende, nämlich ebensolche negatorischen Ansprüche bezüglich schuldrechtlicher Ansprüche, dh in Bezug auf Forderungen. In der relativen Beziehung ist der Gläubiger durch sie geschützt, wenn der Schuldner auf das geschuldete Objekt nachteilig einwirkt. Weiter kommen, wie unten²⁰¹ näher auszuführen, negatorische Ansprüche zur Verteidigung oder Realisierung der Inhaberschaft von Forderungen in Betracht. Der Rechtskreis der Forderung kann also nicht insgesamt als schuldrechtlich dem Kreis der dinglichen Ansprüche gegenübergestellt werden.

Umgekehrt enthält das Sachenrecht als Spezialmaterie auch schuldrechtliche Ansprüche, die mit den genannten dinglichen nur eng zusammenhängen. Materiell handelt es sich dabei um Spezialregelungen des Schuldrechts. Das sind etwa die Nebenfolgen der Vindikation (§§ 987 ff) als Spezialansprüche im Verhältnis zum allgemeinen Delikts- oder Bereicherungsanspruch.

- 112** Zusammengefasst: Sachenrecht betrifft das unmittelbare Gehören vor allem von Sachen im Gegensatz zu schuldrechtlichen Ansprüchen auf Sachenrechte und auf Herstellung faktischer Zustände. Zu diesen schuldrechtlichen Ansprüchen stehen auch die Ansprüche aus Sachenrechten (§§ 985, 1004) in Gegensatz. Der Schutz von Forderungen ist aber insofern gleich geartet, als den Ansprüchen aus Sachenrechten als negatorischen Ansprüchen negatorische Ansprüche zum Schutz des Gläubigers von Forderungen entsprechen: Dieser negatorische Schutz greift in der Beziehung zum Schuldner ein und sodann allen gegenüber insofern, als die alleinige Inhaberschaft des Gläubigers der Forderung betroffen ist. Sodann enthält das Sachenrecht auch nicht negatorische schuldrechtliche Normen, nämlich in Gestalt von Spezialregelungen, die in engem Zusammenhang stehen mit der negatorischen Beeinträchtigung der Sachherrschaft.

VIII. Eigentum, beschränkte dingliche Rechte, Besitz

1. Eigentum und beschränkte Rechte, insbesondere beschränkte dingliche Rechte, subjektiv-dingliche Rechte, Eigentümerrechte, Abgrenzung des Besitzes

- 113** Das BGB unterscheidet Rechte an Sachen und Rechte an Rechten (§§ 1068 I, 1273 I), insbesondere an Forderungen. Unter den Rechten an Sachen ist zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten zu unterscheiden. Die beschränkten dinglichen Rechte sind Abspaltungen aus dem Eigentum oder aus anderen Rechten an Sachen, die ihrerseits beschränkte dingliche Rechte sind. Die Abspaltung betrifft die Subjektseite des Rechts, dh die Frage, wem ein Recht gehört und inwieweit es ihm gehört^{201a}. Daneben gibt es beschränkte Rechte an Rechten, die keine dinglichen Rechte sind (etwa an Forderungen). Im Folgenden konzentrieren wir uns, wenn nichts Anderes gesagt wird, auf das Eigentum als umfassendes Recht an einer Sache. Dem Eigentümer gehört die Sache, an der er Eigentum hat, in einem im Ausgangspunkt umfassenden Sinn (§ 903). Das Eigentum kann aber belastet werden durch Bestellung eines beschränkten dingli-

²⁰¹ S u Rn 135 ff.

^{201a} O Rn 2, 3. Eine interessante Zwischenstellung zwischen Eigentum und beschränktem Recht nehmen das Wohnungs- und das Teileigentum nach dem WEG ein: Hier spaltet sich etwas ab, dies ist aber Miteigentum und nicht nur ein beschränktes dingliches Recht: Aus den Miteigentumsanteilen wird das Sondereigentum an den Raumeinheiten abgespalten (u Rn 2035).

chen Rechts, etwa eines Pfandrechts an der (beweglichen) Sache. Der Inhaber dieses Pfandrechts hat ein beschränktes Recht an der Sache, er hat nämlich die Sache zur Sicherung und zur Verwertung (§§ 1204 ff). Der Nießbraucher als Inhaber eines anderen beschränkten dinglichen Rechts hat die Sache zur Nutzung (§§ 1030 ff). Entsprechend hat der Inhaber eines Pfandrechts oder Nießbrauchs an einer Forderung ein beschränktes Recht an der Forderung.

Die beschränkten dinglichen Rechte sind genauso absolute Rechte (dh betreffs des Objekts absolut zuordnende Rechte) wie das Eigentum oder das andere dingliche Recht, aus dem sie abgespalten werden. Bleiben wir der Einfachheit halber bei den beschränkten Rechten am Eigentum, so richten sich diese nach ihrem Inhalt in erster Linie, aber nicht ausschließlich gegen den Eigentümer, und zwar, weil sie absolut sind, gegen den jeweiligen Eigentümer. Ist etwa eine Hypothek an einem Grundstück bestellt, so heißt das, dass der Hypothekar sich zur Sicherung einer bestimmten Forderung aus dem Grundstück befriedigen, also das Grundstück zur Befriedigung verwerten kann (§ 1113 I). Nach § 1147 erfolgt die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung. Dh der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks ist verpflichtet, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu dulden. Dazu müssen die Vollstreckungsvoraussetzungen hergestellt werden. Zunächst bedarf es eines Vollstreckungstitels. Nach § 704 I ZPO ist hierzu grundsätzlich ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil erforderlich, durch das der Eigentümer zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet wird. Der Eigentümer kann sich aber auch in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (§ 794 I Nr 5 ZPO). Diese Unterwerfung wirkt als solche relativ, gegen den Eigentümer, der sich unterworfen hat. Die Unterwerfung kann aber auch verdinglicht werden: Nach § 800 I 1 ZPO kann sich der Eigentümer in der Weise unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer wirken soll. Diese Unterwerfung bedarf der Eintragung in das Grundbuch (§ 800 I 2 ZPO).

114

Nur in Hinsicht auf die Durchsetzung der Verwertung wirkt die Hypothek speziell gegen den Eigentümer und seine Nachfolger. In Hinsicht darauf, dass die Hypothek von niemandem in ihrer Sicherheit beeinträchtigt werden darf, wirkt sie unterschiedslos gegen den Eigentümer und jeden Dritten (s §§ 1134, 1135).

Insgesamt regelt das Sachenrecht des BGB zu Eigentum und beschränkten Rechten in systematischer Ordnung die folgenden Gegenstände: Zunächst werden die tatsächlichen Grundlagen der Rechte an Sachen normiert, nämlich Besitz (§§ 854 ff) und Grundbuch (§§ 873 ff). Darauf werden in folgerichtiger Ordnung die folgenden Rechte aneinander gereiht: Zunächst das *Eigentum* als umfassendes Herrschaftsrecht an einer beweglichen Sache oder einem Grundstück (§ 903) mit dem Sonderfall des *Miteigentums* (§§ 1008 ff); sodann die beschränkten dinglichen Rechte als Rechte an Sachen in Gestalt von Befugnissen, die im Ausgangspunkt zum Eigentum gehören: dh die Befugnis, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen (oder dies gerade nicht zu tun), und weiter Befugnisse, über das Eigentum zu verfügen, sei es, dass man an einen anderen veräußern kann, sei es, dass man die Sache verwerten kann. Als Annex werden mit geregelt bestimmte Rechte an Rechten.

115

Wenn wir uns im Folgenden einen Überblick über die Sachenrechte des BGB verschaffen, so fällt auf, dass das BGB mehr Arten beschränkter Rechte an Grundstücken als an beweglichen Sachen und Rechten kennt, es kennt nämlich nur zwei Rechte an beweglichen Sachen und an Rechten: den Nießbrauch (der aber auch an Grundstücken bestellt werden kann) und das Pfandrecht (zu dem es das Pendant der Hypothek am Grundstück gibt): §§ 1030, 1204 erkennen Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen an, die §§ 1068, 1273 Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten. Der Grund für die Unterschiedlichkeit zwischen Immobilien und Mobilien liegt in der Vielfalt der Möglichkeiten, ein Grundstück zu nutzen oder zu verwerten, aber auch an der Möglichkeit differenzierter Eintragung im Grundbuch im Vergleich zu den Mobilien mit ihrer Grundla-

ge nur in der tatsächlichen Sachherrschaft (Besitz) und zu den Rechten, bei denen als Gemeinschaft nur an die Übertragungsmöglichkeit (§§ 398, 413) angeknüpft werden kann, sofern diese besteht.

Am Anfang der Regelung der beschränkten Rechte stand – bis zur Schaffung der ErbbauVO – das umfassendste Recht, ein Grundstück zu nutzen, nämlich das Recht, ein Gebäude auf einem Grundstück zu haben (*Erbbaurecht*; §§ 1012–1017 aF)²⁰². Heute steht im BGB an der ersten Stelle der beschränkten dinglichen Rechte ein Recht, das in der mannigfaltigsten Weise Einwirkungsrechte aus dem Eigentum zum Inhalt haben kann, nämlich die *Dienstbarkeit* (§§ 1018 ff), von der es die Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff), den Nießbrauch (§§ 1030 ff) und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§§ 1090 ff) gibt²⁰³. Die *Grunddienstbarkeit* kann die unterschiedlichsten Rechte zur Einwirkung auf ein Grundstück umfassen und steht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zu (§ 1018). Der *Nießbrauch* steht dem Nießbraucher zu und hat die besondere Einwirkungsmöglichkeit der Nutzung zum Gegenstand. Es gibt den Nießbrauch an Grundstücken und beweglichen Sachen – § 1030 –, sodann den Nießbrauch an einem Recht – § 1068 – und schließlich weiter den Nießbrauch an einem Vermögen – § 1085. Die *beschränkte persönliche Dienstbarkeit* ist von der Grunddienstbarkeit nur dadurch unterschieden, dass sie nicht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks, sondern einem bestimmten Berechtigten eingeräumt wird (§ 1090)²⁰⁴. Auf die Dienstbarkeiten folgt ein Recht, das in die Befugnis des Eigentümers eines Grundstücks

²⁰² Mit dem Erbbaurecht wird immer wieder verwechselt das „Erbpachtrecht“. Das gibt es heute allenfalls in wenigen aus der Vergangenheit überkommenen Rechtsverhältnissen: Art 63 EGBGB behält Landesrecht vor, welches das Erbpachtrecht betrifft. Es handelt sich dabei um sog Nutzereigentum des Pächters, welches nicht an die Schranken des Nießbrauchsrechts gebunden, insbesondere grundsätzlich frei veräußerlich, belastbar und vererblich ist. Der Eigentümer behält nur das sog Obereigentum. Historischer Vorläufer ist das hochmittelalterliche Lehnverhältnis. Übersicht über das Erbpachtrechte betreffende Landesrecht bei Soergel/Hartmann, 1996, Art 63 EGBGB Rn 5. Das Kontrollratsgesetz Nr 45 Art X Nr 2 iVm III Nr 2 hat Art 63 EGBGB und die Erbpachtrechte, soweit sie land- und forstwirtschaftliche Grundstücke betrafen, aufgehoben, die Erbpachtrechte durch Vollerigentum der bisherigen Pächter ersetzt. Nach MünchKomm/Säcker 5. Aufl 2010, Art 63 Rn 1 vollständige Aufhebung des Art 63 EGBGB durch § 3 I 2 Gesetz vom 10.7.1958 (BGBl I 437), die Neubekanntmachung des EGBGB vom 28.9.1994 (BGBl I 2495) könne daran nichts ändern. Säcker übersieht § 3 III des Gesetzes von 1958, der die aufgehobenen Vorschriften betreffend damals bestehende Rechtsverhältnisse aufrechterhält. Aufgehoben ist aber jedenfalls § 36 ErbbauVO, der für nach Inkrafttreten der ErbbauVO begründete Erbpachtrechte statt auf § 1017 BGB aF auf die ErbbauVO verwies (Aufhebung durch Art 138 Nr 5 Erstes Gesetz über die Bereinigung von Bundesrecht vom 19.4.2006, BGBl I 866). – Mit dem Erbpachtrecht im Gegenstand verwandt, aber nicht identisch ist die Emphyteuse (zu der Figur *Windscheid-Kipp*, Pandekten I §§ 218 ff). Das Erbpachtrecht ist deutschrechtlichen Ursprungs und war partikularrechtlich geregelt (Hinweise auf Lit bei *Windscheid-Kipp* § 218 S 988 Fn 2). Die Emphyteuse ist römisch- und gemeinrechtlich und war nur bei eindeutiger Vereinbarung statt der partikularrechtlichen Figur anwendbar (s *Windscheid-Kipp* S 988 f). Soweit sie zur Zeit des Inkrafttretens des BGB überhaupt noch bestand, wurde sie durch Art 184 EGBGB aufrechterhalten, mit Vorbehalt für das Landesrecht in Art 196 EGBGB. Kontrollratsgesetz Nr 45 Art III Nr 2 würde, wenn eine Emphyteuse überhaupt noch zu finden sein sollte, auch insoweit (betr land- und forstwirtschaftliche Grundstücke) eingreifen.

²⁰³ Durch Dienstbarkeiten, je nach Inhalt aber auch durch Reallasten oder Grundpfandrechte können Rechte aus Altenteils- oder Leibgedingverträgen (Art 96 EGBGB) gesichert werden. Bei der Eintragung kann es bei der Bezeichnung als Leibgedinge etc bleiben unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874).

²⁰⁴ Vom Wohnungsrecht iSd § 1093 zu unterscheiden ist das im WEG besonders geregelte Dauerwohnrecht (§§ 31 ff WEG).

eingreift, das Grundstück zu veräußern (*Vorkaufsrecht*, §§ 1094 ff), weiter das Recht, aus einem Grundstück wiederkehrende Leistungen zu erwirtschaften (*Reallast*, §§ 1105 ff). Die Grundstücksrechte werden abgeschlossen durch Rechte, ein Grundstück zur Erlangung von Geld zu verwerten (sei es zur Befriedigung wegen einer Forderung, *Hypothek*, §§ 1113 ff, sei es – im Hinblick auf den dinglichen Rechtsgehalt – davon unabhängig, *Grundschild*, §§ 1191 ff, insbesondere zur Erlangung wiederkehrender Geldzahlungen, *Rentenschuld*, §§ 1199 ff)²⁰⁵. Das Sachenrecht schließt ab mit dem zur Hypothek parallelen Pfandrecht (§§ 1204 ff). Es ist das Recht, entweder eine bewegliche Sache oder ein Recht zur Befriedigung wegen einer Forderung zu verwerten (*Pfandrecht an beweglichen Sachen*, §§ 1204 ff, *an Rechten*, §§ 1273 ff).

Als *beschränktes dingliches Recht, welches an beweglichen und unbeweglichen Sachen* bestehen kann, ist also nur der *Nießbrauch* geregelt (§§ 1030, 1031). Aber auch das Recht, eine Sache zur Befriedigung wegen einer Forderung zu verwerten, kann an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen bestehen. Nur heißen die Rechte hier unterschiedlich, nämlich Pfandrecht einerseits (§§ 1204 ff) und Hypothek andererseits (§§ 1113 ff). *Nießbrauch und Pfandrecht gibt es auch an anderen Rechten als dem Eigentum* (§§ 1068 ff, 1273 ff). Alle anderen hier genannten Rechte sind Grundstücksrechte. Darunter gibt es auch *grundstücksgleiche Rechte*, etwa das Erbbaurecht. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass an ihnen wie am Grundstückseigentum Rechte bestellt werden können und dazu die Eintragung der Rechte in besondere Register vorgesehen ist (s § 11 ErbbauRG, § 7 I WEG). Wenn das Gesetz von der Belastung eines an einem Grundstück bestellten Rechts spricht (s §§ 873 I, 876), so meint es mit dem an einem Grundstück bestellen Recht ein zu Lasten des Grundstückseigentums bestelltes beschränktes dingliches Recht und mit der Belastung des Rechts ein wiederum zu Lasten dieses beschränkten dinglichen Rechts eingeräumtes Recht. Solche Rechte an einem Grundstücksrecht sind zunächst möglich an den genannten grundstücksgleichen Rechten. Sodann meint das BGB mit der Belastung von Rechten, die an einem Grundstück bestehen, den Nießbrauch und das Pfandrecht an solchen Rechten, die am Grundstück oder an einem grundstücksgleichen Recht bestellt sind (§§ 1068 ff, 1273 ff).

Der Wirkung der beschränkten dinglichen Rechte auf der Passivseite, die selbstverständlich gegen alle, insbesondere den jeweiligen Eigentümer, gerichtet ist, steht die Wirkung auf der Aktivseite gegenüber. Hier sind die Rechte nach der Zuständigkeitsart zu unterscheiden in die *persönlichen* und die *subjektiv-dinglichen* oder *Realrechte*. Die subjektiv-dinglichen Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass sie dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zustehen. Wir hatten oben ihre Eigenschaft als Grundstücksbestandteile festgestellt und Beispiele gegeben²⁰⁶. Weil die subjektiv-dinglichen Rechte nicht dem Inhalt, sondern der Rechtszuständigkeit nach von den entsprechenden persönlichen Rechten unterschieden sind, ist eine Inhaltsänderung der subjektiv-dinglichen in subjektiv-persönliche Rechte nicht möglich. Für die Umwandlung sind Aufhebung und Neubegründung nötig²⁰⁷. Für das Vorkaufsrecht und die Reallast, deren

116

117

²⁰⁵ Hypothek, Grund- und Rentenschuld sind in einem, dem 8. Abschnitt des vierten Buches, zusammengefasst.

²⁰⁶ S o Rn 45. Vom subjektiv-dinglichen Recht zu unterscheiden ist die Bestellung eines Rechts für einen bestimmten Eigentümer und seine Rechtsnachfolger, dies ist die Bestellung eines subjektiv-persönlichen Rechts, für das die Übertragbarkeit bestimmt wird (BGHZ 37, 147, 152 ff mit Anm *Rothe* LM Nr 5 zu §§ 1094, 242).

²⁰⁷ Zutreffend zur Frage der Umwandlung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in eine Grunddienstbarkeit OLG Hamm Rpfleger 1989, 448. Einigen sich die Parteien über eine Umwandlung und trägt das Grundbuchamt falsch eine Inhaltsänderung ein, ist zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft als Aufhebung des alten und Bestellung des neuen Rechts aufrechterhalten

Regelung beide Möglichkeiten (Bestellung als persönliches oder subjektiv-dingliches Recht) nebeneinander stellt (§§ 1094 I, II, 1105 I, II), ist der Ausschluss der Inhaltsänderung zwischen beiden Formen ausdrücklich hervorgehoben (§§ 1103, 1110, 1111). Für die Grunddienstbarkeit und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die als verschiedene Rechte an verschiedenen Orten geregelt sind (§§ 1018 ff, 1090 ff), war diese Hervorhebung unnötig²⁰⁸.

118 Die beschränkten dinglichen Rechte an Sachen, insbesondere an Grundstücken, sind auch als beschränkte Rechte des Eigentümers selbst denkbar (Eigentümerrechte). Diese dürfen nicht mit den subjektiv-dinglichen Rechten verwechselt werden. Die Eigentümerrechte sind Rechte des Eigentümers, subjektiv-dingliche Rechte sind mit dem Grundstück verbundene Rechte des jeweiligen Eigentümers. Soll durch Bestellung seitens des Eigentümers eines Grundstücks ein subjektiv-dingliches Recht begründet werden, das dem bestellenden Eigentümer gehört, dann muss der bestellende Eigentümer zusätzlich Eigentümer des begünstigten Grundstücks sein^{208a}. Ein solches subjektiv-dingliches Recht zugunsten des anderen Eigentums geht als Bestandteil mit dem anderen Eigentum auf einen Erwerber über. Persönliche Eigentümerrechte gehen dagegen nicht mit dem Eigentum auf einen Erwerber über. Sie müssten vielmehr besonders übertragen werden. Andernfalls verbleiben sie dem Eigentümer und sind jetzt Fremdrechte.

Wenn wir hier den Blick weiten über das Eigentum hinaus auf andere Rechte, an denen beschränkte Rechte bestehen können (die Möglichkeiten von Nießbrauch und Pfandrecht an Rechten, §§ 1068 ff, 1273 ff), so ist parallel zu den beschränkten Rechten des Eigentümers an der eigenen Sache an beschränkte Rechte des Inhabers eines anderen Rechts am eigenen Recht zu denken.

Was zunächst die Eigentümerrechte betrifft, so befassen wir uns hier nicht weiter mit dem Sonderfall der Bestellung eines subjektiv-dinglichen Rechts zugunsten desjenigen, der bei der Bestellung zugleich Eigentümer des begünstigten Grundstücks ist, sondern mit den subjektiv-persönlichen Rechten des Eigentümers an dieser eigenen Sache. Die Übereignung einer Sache an den Eigentümer ist denkunmöglich, nicht demgegenüber die Bestellung eines beschränkten Rechts an der eigenen Sache zugunsten des Eigentümers selbst. Die beschränkten Rechte sind ja Abspaltungen aus dem Quellrecht. Bestellung von beschränkten Rechten zugunsten des Eigentümers ist also eine Aufspaltung des Eigentums, wobei der dadurch entstandene Teil in der Hand des Eigentümers bleibt. Insofern sind die Möglichkeiten der Bestellung beschränkter Rechte an eigener Sache und die Aufrechterhaltung solcher Rechte trotz Vereinigung mit dem Eigentum zu unterscheiden. § 1196 I sagt, dass die Grundschild auch für den Eigentümer (des Grundstücks, auf dem die Grundschild lasten soll), bestellt werden kann. § 1196 II regelt die Bestellungserfordernisse. § 889 erhält generell beschränkte dingliche Rechte aufrecht, wenn der Berechtigte das Eigentum an dem mit dem Recht belasteten Grundstück erwirbt. §§ 1063 II, 1256 II erhalten Nießbrauch und Pfandrecht bei Zusammentreffen mit dem Eigentum aufrecht, wenn der Eigentümer daran ein Interesse hat. Entsprechend der Bestellmöglichkeit des § 1196 ist für Grundstücksrechte die Möglichkeit der Bestellung beschränkter dinglicher Rechte in der Hand des Eigentümers generell aner-

werden kann. Dem neuen Recht würde aber nicht der Rang des bisherigen Rechts zukommen. Droht nach dem Stand der Belastungen des Grundstücks der Verlust des Ranges des alten Rechts als eine ins Gewicht fallende Folge, muss es bei dem bisherigen Recht bleiben und ist die „Umwandlung“ unwirksam.

²⁰⁸ Richtig für den Ausschluss der Inhaltsänderung zwischen Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit Staudinger/Mayer § 1018 Rn 165.

^{208a} Zulässig etwa die Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch den Eigentümer zweier Grundstücke zu Lasten des einen, zugunsten des anderen Grundstücks.

kannt²⁰⁹. Für die Bestellung gelten die in § 1196 II genannten Erfordernisse. Die Bestimmungsmöglichkeit ist dagegen für Pfandrecht und Nießbrauch an beweglichen Sachen im Gesetz nicht anerkannt und auch nicht anzuerkennen. Zwar gibt es ein Eigentümerpfandrecht (§ 1256 I 2, II), aber nicht die Bestellung eines Eigentümerpfandrechts. Unterschiedlich wirken hier die Bestimmungsmittel des Besitzes einerseits und des Grundbuchs andererseits: Bestimmungsmittel bei Rechten an beweglichen Sachen ist der Besitz, der gerade unter Aufhebung oder Einschränkung des Besitzes des Eigentümers in die Hand des beschränkt Berechtigten gegeben werden muss. Das schließt die Bestellung des Eigentümers an sich selbst aus. Anders kann bei Grundstücksrechten die beschränkte Berechtigung des Eigentümers ohne weiteres im Grundbuch vermerkt werden.

Was sodann beschränkte Rechte an einem anderen eigenen Recht als dem Eigentum betrifft, so sind zunächst schon nach dem Gesetz die Vorschriften, die wir eben zur Aufrechterhaltung von Pfandrecht und Nießbrauch an Sachen in der Hand des Eigentümers zitiert haben (§§ 1063, 1256), auf den Nießbrauch und das Pfandrecht an anderen Rechten als dem Eigentum entsprechend anzuwenden (§ 1072 iVm § 1063; § 1273 I iVm 1256). Darüber hinaus kann man wegen der Maßgeblichkeit des Grundbuchs hier (§ 873 I) an die Bestellung beschränkter Rechte an Grundstücksrechten durch den Inhaber dieser Rechte selbst denken, wenn ein berechtigtes Interesse des Bestellers feststellbar wäre.

Die Möglichkeit einer solchen Begründung von Rechten am eigenen Recht oder einer eigenen Rechtsstellung ist sodann sogar über das Grundstücksrecht hinaus immer dann anzuerkennen, wenn sich entsprechende rechtsgeschäftliche Konstellationen ergeben, die die Begründung eines Eigenrechts erfordern und zugleich den Entstehungsstatbestand des Rechts bieten können. Eine solche Konstellation ist in dem Fall gegeben, dass bei einer BGB-Gesellschaft mit zwei Gesellschaftern der eine Gesellschafter seinen Anteil auf den anderen übertragen und sich dabei den Nießbrauch vorbehalten will²¹⁰. Im Grundsatz erfolgt die Übertragung des Anteils an einer Personengesellschaft durch Abtretung (§§ 413, 398) mit Zustimmung der anderen Gesellschafter. Auf die Zustimmung kommt es dann nicht an, wenn in einer Zwei-Personen-Gesellschaft der eine Gesellschafter seinen Anteil auf den anderen überträgt. Allerdings erlischt hier grundsätzlich die Gesellschaft, weil nur noch eine Person als Inhaberin des Gesellschaftsvermögens übrig bleibt. Dies Letz-

²⁰⁹ S BGHZ 41, 209 ff = NJW 1964, 1226 (betreffend beschränkte persönliche Eigentümerdienstbarkeit); BGH DNotI-Report 2011 152 ff (betreffend Nießbrauch). Beispiel Bestellung einer Dienstbarkeit vor Veräußerung des Eigentums, um eine Photovoltaik-Anlage, die wesentlicher Bestandteile sein könnte, in der Hand des Veräußerers und damit als Scheinbestandteil zu halten (§ 95 I 2). Dazu das DNotI in DNotI-Report 2014, 57 ff. Einen Eigentümernießbrauch ablehnend, weil grundsätzlich kein Bedürfnis für eine solche Rechtsverdoppelung denkbar sei, OLG Düsseldorf NJW 1961, 561. Die Entscheidung ist nach dem Einzelfall, in dem es um die Eintragung eines Nießbrauchs für einen Vorerben ging, gerechtfertigt, weil die Eintragung eines ebenso wie die Vorerbfolge bedingten und befristeten Nießbrauchs zugunsten des Vorerben Verwirrungen hinsichtlich der Vorerbenbeschränkung zugunsten des Nacherben begründen konnte. Die Prüfung ist also mehr eine Verwirrungs- als eine Bedürfnisprüfung. Was das Bedürfnis betrifft, sagt der BGH mit Recht, allein die Kostenbelastung werde von unnötigen Eintragungen abhalten (BGHZ 41, 209, 211). Eine Verwirrung könnte allerdings auch dann bestehen, wenn der Eigentümer ein unübertragbares beschränktes Eigentümer-Recht begründen will wie zB die genannte beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Es könnte nämlich nach §§ 851 I, 857 III ZPO die Pfändbarkeit des beschränkten Rechts ausgeschlossen und so die Vollstreckung in die Position des Eigentümers erheblich eingeschränkt sein. Man muss aber annehmen, dass für den Fall der Verbindung der Rechte in der Person des Eigentümers die Unübertragbarkeit, zumindest aber Vollstreckungsschwererungen aus der Unübertragbarkeit nicht gerechtfertigt sind (der BGH, NJW 1964, 1226 nimmt an, dass der Eigentümer sich selbst die in § 857 III ZPO als Grundlage der Pfändbarkeit vorbehaltene Gestattung zur Überlassung der Ausübung erteile, das ist künstlich).

²¹⁰ OLG Schleswig ZIP 2006, 615 mit Anm *Claus Ahrens*.

tere kann aber zunächst einmal dann nicht gelten, wenn der Zedent zuvor einem Dritten an seinem Gesellschaftsanteil den Nießbrauch bestellt hat (s. §§ 1068 I, 1069²¹¹). Die Übertragung des Gesellschaftsanteils führt hier dazu, dass der Zessionar zwei Anteile in der Hand hält, von denen der eine mit einem Nießbrauch belastet ist²¹². Ist dies so, so muss auch die Bestellung des Nießbrauchs am eigenen Anteil möglich sein, damit dieser unter Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen werden kann²¹³.

- 118a** Als beschränktes dingliches Recht könnte auch das Aneignungsrecht eingeordnet werden, welches in § 958 II als Hinderungsgrund für die Aneignung herrenloser beweglicher Sachen genannt wird. Solche Aneignungsrechte sind im Recht der Jagd und der Fischerei geregelt^{213a}. Weiter gibt es das Recht des Fiskus zur Aneignung von Grundstücken im Fall der Aufgabe des Eigentums an Grundstücken (§ 928 II). Da beschränkte Rechte Abspaltungen aus einem Quellrecht sind, sind Aneignungsrechte keine beschränkten dinglichen Rechte^{213b}.
- 119** Kein dingliches Recht iSd Mir-Gehörens ist der Besitz, insbesondere der sog. Rechtsbesitz²¹⁴. Der Besitz ist tatsächliche Sachherrschaft, die freilich rechtlich geschützt wird.

²¹¹ Zu der Übertragung und Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen, an die § 1069 anknüpft, s u Rn 186 ff.

²¹² In der Literatur anerkannt (s *Flume* I/1 § 7 III 4, S 102 f, wN im Urteil des OLG Schleswig). Das OLG lässt dahingestellt.

²¹³ Anders OLG Schleswig mit unzutreffender Begründung: Das OLG folgert aus einer Analogie zu § 1256 II (hinzuzufügen ist § 1063 II), dass die Verbindung des eigenen Nießbrauchs mit dem eigenen Gesellschaftsanteil nur bei einem rechtlichen Interesse des Gesellschafters an der Anerkennung der Nießbrauchsposition an seinem eigenen Anteil zulässig sei. Weil im gegebenen Fall aber auch eine Gestaltung möglich sei, mit der die Interessen der Beteiligten ohne Konstruktion eines Nießbrauchs am eigenen Gesellschaftsanteil erreicht würden (Bestellung eines Quotennießbrauchs am verbleibenden Wohnungs-Alleineigentum der Erwerberin sowie bedingte Wieder-Gründung der Gesellschaft mit Vormerkung eines Anspruchs auf Übertragung des Wohnungseigentums an die Gesellschaft), seien der Nießbrauch und die Übertragung des Anteils unter Vorbehalt des Nießbrauchs als unwirksam anzusehen. Die gesetzlichen Vorschriften verlangen aber nur, dass überhaupt ein rechtliches Interesse des Eigentümers/Inhabers an der Bestellung eines Nießbrauchs am eigenen Recht besteht, nicht dagegen, dass die Bestellung des Nießbrauchs die einzige Möglichkeit ist, das Interesse zu realisieren. Insofern mit Recht kritisch zu dem Urteil *Ahrens* in seiner Anm ZIP 2006, 619 f. Allerdings ist das Urteil als richterliche Hilfe zu einer sachenrechtlichen Sicherung des Zedenten anzusehen, die aufgrund der von den Parteien gewählten Konstruktion nicht erreichbar war: nämlich die dingliche Beteiligung des Ehemanns am Wohnungseigentum und die dingliche Sicherung eines Anspruchs auf Rückgewähr, der insbesondere für den Fall der Scheidung vereinbart war. Der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil bedeutete keine sachenrechtliche Position hinsichtlich des Wohnungseigentums. Und eine Vormerkung war nicht zu erreichen, wenn man durch Nießbrauchs begründung den Gesellschaftsanteil bestehen ließ und den Rückgewähranspruch auf diesen Anteil richtete. Insofern hat das Gericht die Gestaltung der Parteien nicht mangels Interesses des Berechtigten am Eigenrecht, sondern deshalb zurückgewiesen, weil es eine bessere Gestaltung gab.

^{213a} Als beschränkte dingliche Rechte werden sie bei *Baur/Stürner* § 3 Rn 42 angeführt. Dort (§ 27 Rn 65 ff) Übersicht über die gesetzliche Regelung und Zuordnung.

^{213b} Nach *Westermann* 8. A. § 86 Rn 5 ist das Aneignungsrecht iSv § 928 II ein dingliches Recht eigener Art oder einem dinglichen Recht zumindest ähnlich.

²¹⁴ Von Rechtsbesitz gesprochen wird im Hinblick auf die Ausübung einer Dienstbarkeit, dh die der Dienstbarkeit entsprechende Beherrschung der dienenden Sache. Diese wird besitzrechtlich geschützt, §§ 1029, 1090. Der Rechtsbesitz ist also nicht Besitz eines Rechts. Näher u Rn 132 ff.

Die Besitzschutzansprüche der §§ 861, 862²¹⁵ sind nach unserem Katalog negatorische Ansprüche, und sie sind – zB iS von § 198 – dingliche Ansprüche. Dieser rechtliche Schutz macht den Besitz gleichwohl nicht zu einem Sachenrecht. Die rechtliche Achtung des Besitzes beruht vielmehr auf Folgendem: So wie grundsätzlich Rechte nur mit friedlichen Mitteln verwirklicht werden dürfen, dient die rechtliche Achtung der tatsächlichen Sachherrschaft dem Umgang der Menschen miteinander in der Achtung vor der Person des anderen. Die Sachherrschaft wird als Selbstbestimmung der Person hinsichtlich einer Sache gegen gewaltsame Störung geschützt. Daher ist die Sache zum Besitzer nicht kraft subjektiven, sondern kraft objektiven Sachenrechts zugeordnet, mit der Folge jener Ansprüche bei Störung (§§ 861 f).

Im Vergleich der Sachenrechte untereinander sind beschränkte dingliche Rechte Abspaltungen aus dem Eigentum, welches insofern, als beschränkte Rechte am Eigentum bestellt sein können, nicht vorbehaltlos als das umfassende Recht an der Sache definiert werden kann. Beschränkte Rechte an anderen Rechten als dem Eigentum sind Abspaltungen aus den jeweiligen anderen Rechten. Wenn wir im Folgenden beim Eigentum und den das Eigentum beschränkenden dinglichen Rechten bleiben, so beschreiben wir den Grundfall. Für das Verhältnis eines anderen Rechts zu einem aus diesem Recht abgespaltenen Recht, insbesondere eines beschränkten dinglichen Rechts zu einem daraus abgespaltenen beschränkten dinglichen Recht gilt das Entsprechende.

120

Weil das Eigentum das ursprünglich umfassende Recht an der Sache ist, sind die beschränkten dinglichen Rechte am Eigentum aus dem Eigentum abgeleitet²¹⁶. Das BGB spricht von Belastungen des Eigentums²¹⁷. Dies ist in zweifacher Weise richtig: Erstens vermindert ein beschränktes dingliches Recht zwar das Eigentum, aber das Eigentum ist nur belastet, es existiert noch, und dies nicht etwa nur als Teileigentum. Dies ist zu zeigen in dem Fall, dass der Eigentümer einer beweglichen Sache das vom Besitzer seiner Sache geltend gemachte Pfandrecht anzweifelt und deshalb von dem Besitzer Herausgabe der Sache nach § 985 verlangt. Die Voraussetzungen des § 985 sind erfüllt: Der Kl hat, auch wenn dem Bekl ein Pfandrecht zustünde, jedenfalls Eigentum. Das Pfandrecht steht aber, wenn es besteht, nach § 986 I 1 als Recht zum Besitz der Klage entgegen.

Zweitens ist der Ausdruck der Belastung durch ein beschränktes dingliches Recht insofern richtig, als nur durch die Existenz dieses Rechts das Eigentum vermindert ist, also auch nur für die Dauer seiner Existenz. Endet das beschränkte dingliche Recht, dehnt sich das Eigentum ohne weiteres wieder aus.

Der Begriff der Belastung erfasst den Vorgang der Begründung und den Zustand der Begründetheit eines beschränkten dinglichen Rechts an einer Sache aber nicht vollständig. Genauer geht es um die Abspaltung selbstständiger Befugnisse aus dem Eigentum²¹⁸.

²¹⁵ Die Ansprüche aus § 1007 sind keine Ansprüche aus Besitz, sondern dingliche Ansprüche aus dinglichem Recht oder geschützter Erwartung eines solchen, u Rn 1343 ff.

²¹⁶ Ursprünglich ist immer das Eigentum. Die beschränkten dinglichen Rechte werden daraus erst abgeleitet. Insbesondere gibt es nur die *Aneignung* einer herrenlosen Sache (§§ 958 I, 928 II), aber nicht die *Ansichnahme* nur zur Begründung eines Pfandrechts etc. Das Pfandrecht wird immer vom Eigentümer oder zu Lasten des Eigentümers begründet.

²¹⁷ Wie es dem Doppelsinn des Wortes Belastung entspricht, nennt das BGB sowohl die Verfügung der Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts (s § 873 I) als auch das Ergebnis der Verfügung, das eingeräumte Recht selbst, Belastung (s etwa § 439 II 1 aF – anders § 442 II –, s a § 1113 I).

²¹⁸ *Wolff/Raiser* § 51 III, S 176 f; *Baur/Stürner* § 3 Rn 23. Die Argumente für die Selbstständigkeit der beschränkten dinglichen Rechte und gegen die Abspaltungstheorie, die bei *Stadler*, AcP 189 (1989), 425, 428 ff mwN zu finden sind und von dieser für berechtigt erklärt werden, sind unzutreffend. Eine Hypothek ist nicht ein Verwertungsrecht schlechthin, sondern im

Insofern haben wir doch eine besondere Art der Teilübertragung des Eigentums vor uns. Das sehen wir gerade am Beispiel des Pfandrechts. Der Eigentümer hat nach § 903 das Recht, seine Sache zu besitzen und zu veräußern. Veräußerung bedeutet die Übertragung des Eigentums. Bestellt der Eigentümer nun ein Pfandrecht, so bekommt der Pfandgläubiger den Besitz und das Recht zum Besitz der Sache (§§ 1205 ff), er kann die Herausgabe der Sache an den Eigentümer nach § 986 I 1 verwehren, und er kann jedermann, auch den Eigentümer selbst, von pfandrechtsbeeinträchtigenden Einwirkungen auf die Sache abwehren (§ 1227 iVm den Vorschriften über den Schutz des Eigentums). Schließlich kann er die Sache zur Befriedigung wegen seiner Forderung veräußern (§§ 1204 I, 1228 ff). Wieder bedeutet Veräußerung die Übertragung des Eigentums. Die Veräußerungsbefugnisse des Eigentümers und des Pfandgläubigers verhalten sich zueinander, wie folgt: Der Eigentümer kann – vorbehaltlich eines gutgläubigen Erwerbs – nur das mit dem Pfandrecht belastete Eigentum veräußern. Der Pfandgläubiger kann – allerdings nach Maßgabe der gesetzlichen Verwertungsregelung – das Eigentum vollständig veräußern, um sich aus dem Erlös zu befriedigen.

Belastung und Abspaltung zusammen umschreiben also das beschränkte dingliche Recht an einer Sache. Dieses löst sich aus dem Eigentum. Das Eigentum bleibt aber als Stammrecht bestehen: Der Eigentümer bleibt Eigentümer; fällt das beschränkte dingliche Recht weg, füllt sich das bisher verminderte Eigentum um die abgespaltenen Befugnisse wieder auf (sog. Elastizität des Eigentums).

2. Beschränkte Rechte an Sachen wie an anderen Rechten als Abspaltungen des Stammrechts

a) Dogmatik des Abspaltungsgedankens bei den beschränkten Rechten

121 Beschränkte Rechte sind auch die Rechte an Rechten, insbesondere Pfandrecht und Nießbrauch an Rechten (§§ 1273 ff, 1068 ff). Es ist nun aber ein bemerkenswerter Unterschied, dass im Gesetz die Rechte an Rechten den Rechten an Sachen gegenübergestellt werden, dass etwa die Hypothek als Belastung des *Grundstücks* aufgeführt wird (§ 1113 I) und zuerst der Nießbrauch und das Pfandrecht an *Sachen* behandelt werden (§§ 1032, 1204) und dem dann die Regelung der Rechte an *Rechten* hinzugefügt wird. Nach §§ 1068 I, 1273 I kann Gegenstand eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts „auch ein Recht“ sein. Das BGB formuliert das Recht am Recht so, als wäre im Vergleich zu den Sachenrechten, bei denen der körperliche Gegenstand (§ 90) als Objekt zugeordnet ist, bei den Rechten an Rechten das Recht als Objekt zugeordnet. Da jedes Recht seinerseits einen Gegenstand zuordnet, scheinen beim Recht am Recht anders als beim Recht an der Sache zwei Stufen der Zuordnung zu unterscheiden, von einer Zuordnung einer Zuordnung zu sprechen zu sein.

122 Der Gegensatz, den das BGB zwischen Rechten an Sachen und Rechten an Rechten macht, wird aber sogleich zweifelhaft, wenn man das Pfandrecht an einer (beweglichen)

Hinblick auf einen Anspruch bestimmten Betrages. Eine zweite Hypothek bedeutet also nicht, dass der Eigentümer an Stelle seines eigenen einmaligen Verwertungsrechts deren zwei setzen kann, sondern ergreift nur das, was die erste Hypothek vom Eigentum noch übrig lässt, sie ist also eine zusätzliche Abspaltung. Dass Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche aus §§ 1133, 1134 für zwei Hypothekare denkbar sind, ist keine Vervielfältigung, sondern eine Berechtigung mehrerer hinsichtlich des unter ihnen geteilten Rechts ebenso wie der Anspruch aus §§ 432, 1011. Auch i ü geht es um die Nebeneinanderordnung der mehreren Berechtigten in praktischer Konkordanz ihrer Teilrechte. Die Unterlassungsdienstbarkeit ist entgegen *Stadler* geradezu ein klassischer Übergang eines Eigentumsrechts auf einen anderen, indem jetzt dieser statt des Eigentümers über die entsprechende Ausübung entscheidet.

Sache (Fahrnispfandrecht) mit dem Pfandrecht an der Forderung vergleicht. Zwar scheinen die Verwertungsbefugnisse aus beiden Pfandrechten zunächst der Unterscheidung des BGB zu entsprechen. Man spricht davon, dass beim Fahrnispfandrecht der Pfandgläubiger die Befugnis zur Veräußerung der Sache erhält. Demgegenüber erhält der Pfandgläubiger des Pfandrechts an der Forderung – neben der Empfangs- und Einziehungszuständigkeit bezüglich der Forderung (§§ 1281 f) – die Befugnis zur Verwertung der *Forderung* im Wege der Zwangsvollstreckung (s §§ 1277, 1282 II 2. Hs). Vordergründig scheint es danach in der Tat hier um die Befriedigung aus der Forderung und dort um die Befriedigung aus der Sache zu gehen. Rechtlich genauer betrachtet, löst sich der Gegensatz aber auf: Auch das Sachpfandrecht ist ja, wie oben²¹⁹ gezeigt, Abspaltung von Befugnissen aus dem Eigentum, und so geht es auch beim Sachpfandrecht in rechtlich genauere Betrachtung bei der Befugnis zur Veräußerung der Sache um die Befugnis zur Übertragung des *Eigentums an der Sache*.

Sachpfandrecht und Pfandrecht an der Forderung sind danach gleichermaßen Pfandrechte an Rechten, das vom BGB sog. Pfandrecht an Sachen ist ein Pfandrecht am Eigentum und steht so – jedenfalls nach dem Bisherigen – nicht als Sachpfandrecht dem Recht an Rechten gegenüber. Zutreffend ist die Bemerkung bei *Wolff/Raiser*²²⁰: Bei der Einziehungsbefugnis des Gläubigers eines Pfandrechts an einer Forderung (§ 1282 I) werde „deutlich, dass die Verpfändung als Abspaltung einer selbstständigen Befugnis aus dem Stammrecht anzusehen ist, die den Gläubiger des Stammrechts beschränkt.“ Bei dieser Sicht der Verpfändung stehen aber im Vergleich zwischen Sachpfand und Forderungspfand nicht Sache und Forderung, sondern Eigentum und Forderung nebeneinander. Wie hier aus der Forderung wird dort aus dem Eigentum ein Befugnisbündel abgespalten, wenn statt Forderungen „Sachen verpfändet“ werden²²¹.

Ist so einerseits vom Recht am Recht aus darauf zu schließen, dass auch beschränkte Rechte an Sachen *in Wirklichkeit Rechte an einem Recht* sind und so beide Kategorien von Rechten gleich sind, so ergibt umgekehrt die Kategorie der Rechte an Sachen, dass auch beim sog. Recht am Recht nicht etwa ein Recht *Gegenstand eines anderen Rechts*, dass es *vielmehr Teil aus einem anderen Recht* ist. Die Gleichheit von beschränkten Rechten an Sachen und Rechten an Rechten im Hinblick darauf, dass beides Rechte an Rechten sind, konkretisiert sich dahin, dass beide Rechte an Rechten in der Weise sind, dass sie – wie oben gesehen²²², is einer Belastung des anderen Rechts – Teil aus dem anderen Recht, nicht aber Rechte mit dem anderen Recht als Gegenstand sind.

Die Erkenntnis, dass beschränkte Rechte Teil des Rechts sind, aus dem sie abgespalten werden, bewährt sich bei der Frage, ob es einen Erwerb von Rechten an einem (beschränkten) Grundstücksrecht kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs gibt in dem Fall, dass das Grundstücksrecht zwar eingetragen ist, aber nicht besteht. Beispiel ist die Bestellung einer Hypothek an einem eingetragenen, aber in Wirklichkeit nicht bestehenden Erbbaurecht. Grundsatz unseres Rechts bei der Zulassung eines gutgläubigen Erwerbs (s § 892 für den Erwerb von Grundstücksrechten, §§ 932 ff für den Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen) ist, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten zu Lasten des Berechtigten zugelassen wird, wenn der vom Gesetz für erforderlich erklärte Rechtsschein dafür spricht, dass der Nichtberechtigte berechtigt sei. Ein Rechtsschein hingegen dafür, dass ein gar nicht existierendes Recht besteht, wird nicht anerkannt, und so gibt es grundsätzlich auch keinen gutgläubigen Erwerb eines nicht existierenden Rechts. Der Erwerb eines

²¹⁹ Rn 120.

²²⁰ § 175 I, S 718.

²²¹ Konsequenz *Wolff/Raiser* § 120 I, S 482: Der Sachnießbrauch könne als Verkürzung oder Belastung des Sacheigentums aufgefasst werden. – Ebenso besteht kein Unterschied bzgl der Elastizität (dazu o Rn 120): Wie das Eigentum sind auch die anderen Stammrechte gegenüber der Begründung und dem Wegfall von Rechten an Rechten elastisch.

²²² Rn 120.

beschränkten Rechts an einem im Grundbuch eingetragenen, in Wirklichkeit nicht existierenden Rechts wird aber bejaht^{222a}. Dazu wird davon gesprochen, dass es doch nicht nur den gutgläubigen Erwerb eines bestehenden Rechts vom Nichtberechtigten, sondern auch den gutgläubigen Erwerb eines Rechts (genauer: aus einem Recht) gibt, welches gar nicht existiert^{222b}. Dies trifft nicht zu: Das eingetragene (nicht existierende) Recht wäre, wenn es existieren würde, Teil des Quellrechts (Hauptbeispiel: Eigentum). Die Ableitung eines Rechts an dem Grundstücksrecht ist Abspaltung aus dem Grundstücksrecht. Ist dieses selbst aber Teil des Eigentums, so ist das Recht am Recht Teil vom Teil, also selbst Teil des Eigentums. Also bedeutet der gutgläubige Erwerb des Rechts an einem nicht existierenden Grundstücksrecht den gutgläubigen Erwerb eines Teils des (existierenden) Eigentums vom Nichtberechtigten. Die Rechtsstellung bemisst sich nach dem erworbenen Recht einerseits unter Berücksichtigung andererseits, dass es als an dem (eingetragenen) Grundstücksrecht bestehend zu denken ist.

125 Dass beim sog. Recht am Recht nicht das eine Recht Gegenstand des anderen ist, dh durch das andere Recht einem Berechtigten zugeordnet wird, ergibt der Vergleich zwischen dem Verhältnis von Sacheigentum und Sachpfandrecht auf der einen und dem Verhältnis von Pfandrecht an einer Forderung und der Forderung selbst auf der anderen Seite. Das Sachpfandrecht ist ein beschränktes Recht an der Sache, dem das Sacheigentum als Vollrecht (vorbehaltlich abgespaltener Rechte etc) gegenübersteht. Am Gegenstand Sache gibt es das umfassende und das beschränkte Recht an der Sache. Soll nun der Sache beim Pfandrecht an Rechten das Recht, insbesondere die Forderung, entsprechen, so müsste es neben dem beschränkten Recht an der Forderung ebenfalls ein umfassendes Recht geben, untechnisch gesprochen: das Eigentum an der Forderung²²³.

126 Es ist nun aber sicher so, dass der Sache als Gegenstand des Eigentums nicht die Forderung, sondern der Gegenstand der Forderung, dh die Leistung bzw der Leistungsgegenstand, auf die oder den die Forderung gerichtet ist, entspricht. Diese wird durch die Forderung dem Gläubiger zugeordnet, wie die Sache durch das Eigentum dem Eigentümer zugeordnet wird. Eine weitere Stufe der Zuordnung gibt es aber nicht: Es gibt nicht noch zusätzlich ein Eigentum am Eigentum, und also gibt es auch nicht zusätzlich ein „Eigentum“ an der Forderung. Es gibt mit anderen Worten nicht die – ja auch logisch unvollziehbare – Zuordnung der Zuordnung. Allerdings hat die Forderung ebenso wie das Eigentum neben der Objektseite eine Subjektseite der Zuordnung. Wie das Eigentum ausschließlich dem Eigentümer gehört die Forderung ausschließlich dem Gläubiger. Und diese Subjektseite betrifft die Verpfändung. Verpfändung einer Forderung ist Teil-Übertragung der Forderung auf ein anderes Rechtssubjekt (Befugnisabspaltung aus ihr an den Pfandgläubiger), so wie die Verpfändung einer Sache, rechtlich genau betrachtet, Teilübertragung des Eigentums an den Pfandgläubiger ist.

127 Als Gegenstand eines Pfandrechts an der Forderung könnte die Forderung freilich im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 1282 II Hs 2, 1277 erscheinen. Hiernach gewährt das Pfandrecht an der Forderung die Befugnis zur Zwangsvollstreckung *in die Forderung* (§§ 828 ff ZPO) und wird

^{222a} BGH WM 1963, 533, 534; BayObLGZ 1986, 294, 301 (für die Prüfung eines Amtswiderspruchs nach § 53 I 1 GBO auf die Richtigkeitsvermutung des § 891 abstellend – an der für den Widerspruch vorausgesetzten Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften fehlt es, soweit sich das Grundbuchamt bei der Eintragung auf die Vermutung zu stützen hatte –, § 892 bleibt dahingestellt); Staudinger/*Gursky* § 892 Rn 222. Das von *Gursky* zusätzlich gebrachte Beispiel der Verpfändung einer Grundschuld mit deshalb unrichtig eingetragenen Rang, weil eine vorrangige Grundschuld unrichtig gelöscht ist (KG OLGE 46, 61, 62), ist der Fall eines teilweise nicht wie eingetragen existierenden Rechts.

^{222b} Staudinger/*Gursky* aaO; *Omlor*, WM 2009, 2105, 2110 r Sp.

²²³ Nachweise darüber, dass es die Vorstellung eines Eigentums an Rechten tatsächlich, nämlich insbesondere in der Literatur des 19. Jh., gegeben hat, bei *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. A. 1900, Bd 1, § 168 Fn 1.